VITOR AUGUSTO JOSÉ BUTRUCE

O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor Rodrigo Octávio Broglia Mendes

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

VITOR AUGUSTO JOSÉ BUTRUCE

O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado

Tese apresentada a Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito na área de concentração Direito Comercial, sob a orientação do Professor Doutor Rodrigo Octávio Broglia Mendes.

Versão corrigida em julho de 2019. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo – SP
2019

Catalogação da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Butruce, Vitor Augusto José
O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado / Vitor Augusto José Butruce ; orientador Rodrigo Octávio Broglia Mendes -- São Paulo, 2019.
474

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

1. Contratos empresariais. 2. Design contratual. 3. Desligamento contratual. 4. Intenção contratual. 5. Mecanismos de ruptura contratual. I. Mendes, Rodrigo Octávio Broglia, orient. II. Título.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 27

As disputas contratuais no vácuo cultural entre o *counsel* e o causídico 28

O título do trabalho (e suas escolhas) 31

Notas prévias sobre forma e metodologia do trabalho 35

1. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE PRAZO DETERMINADO 37

1.1. "Nos contratos empresariais é diferente": uma tendência em consolidação 39

1.2. A transição cultural na práxis dos contratos empresariais: a inserção da advocacia privada brasileira no cenário globalizado 43

1.3. O problema dogmático: a aplicação dos mecanismos de ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado 47

1.4. A fuga do juiz no planejamento dos contratos empresariais 51

1.5. As notas distintivas dos contratos empresariais 53

1.6. A utilidade limitada da categoria dos contratos empresariais 58

1.7. Os contratos por prazo determinado no contexto das categorias contratuais baseadas na relevância do tempo 64

2. O PAPEL DO DESIGN CONTRATUAL NO PLANEJAMENTO DA RUPTURA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS 71

2.1. O design contratual 78

2.2. Os custos de negociação e os custos de implementação no design contratual 81

2.3. A definição dos parâmetros no design contratual ("*choice of proxy*") 84

2.4. A relevância da capacidade de observar ou comprovar parâmetros e condutas para o design contratual 90

2.5. O método do design contratual: as escolhas dos agentes econômicos sobre investimentos em custos de transação 97

2.5.1. A mescla entre instrumentos jurídicos de tutela ou alternativas relacionais de *enforcement* 98

2.5.2. A mescla entre regras e conceitos indeterminados 104
2.6. A relevância da compreensão da dinâmica do sistema adversarial de solução de disputas para o design contratual 108
2.7. A contribuição da teoria do design contratual para a dogmática jurídica: a compreensão dos elementos da intenção contratual (os *meios estruturais* e os *fins contratuais*) e as expectativas de constrição do espaço de discricionariedade do julgador 115
2.8. O design (e o roteiro) do processo de ruptura contratual 127
2.8.1. O roteiro do processo de ruptura 130
2.8.1.1. A alternância entre os mecanismos juridicamente vinculantes e não vinculantes pelos agentes econômicos 131
2.8.1.2. Os estágios da ruptura contratual: da rota de colisão à ruptura efetiva 135

3. O PROCESSO DE RUPTURA DOS CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO 143
3.1. Uma tentativa de descrição do fenômeno da *ruptura contratual* 144
3.2. O problema do propósito dúplice dos mecanismos de ruptura sob a roupagem unilateral dos direitos potestativos 148
3.3. Os mecanismos de ruptura no contexto dos remédios contratuais 155
3.4. O papel da autotutela no cenário de ruptura contratual 164
3.5. O inadimplemento como principal motivador da ruptura contratual 169
3.5.1. As diferentes modalidades de inadimplemento 175
3.5.2. Por uma análise pormenorizada do inadimplemento relevante para cada mecanismo específico 181
3.6. A ruptura baseada em motivos alheios ao inadimplemento 182
3.7. A engrenagem que leva ao acionamento dos mecanismos de ruptura 185

4. OS MECANISMOS DE RUPTURA COM FUNÇÃO DEFENSIVA 195
4.1. Apontamentos sobre a diferença entre os mecanismos defensivos: a *recusa*, a *retenção*, a *compensação* e a *suspensão* 196
4.2. A recusa ao cumprimento fundada no inadimplemento da contraparte 202
4.2.1. A refuncionalização da exceção de contrato não cumprido pela práxis 204
4.2.2. As variações da práxis sobre os pressupostos da *exceptio* 213
4.3. A recusa ao cumprimento fundada no risco do inadimplemento 223
4.4. A suspensão do contrato por caso fortuito 228

4.5. A retenção e a compensação convencionais de valores por riscos ou despesas imputáveis à contraparte 230
4.6. A retenção e a compensação convencionais de valores fundadas em multas por falhas de desempenho 233

5. OS MECANISMOS DE RUPTURA COM FUNÇÃO EXTINTIVA E SUBSTITUTIVA: O DESLIGAMENTO CONTRATUAL 255

5.1. Resilição, resolução, rescisão e denúncia: o problema da nomenclatura (e qualificação) dos principais fenômenos extintivos 257
5.2. O papel do prazo determinado na manutenção do vínculo contratual: as hipóteses de extinção motivada e imotivada 264
5.3. Uma proposta com os olhos postos na práxis: a distinção conforme a relevância dos motivos objetivos para o exercício do mecanismo extintivo 271
5.4. O desligamento imotivado contratualmente autorizado 276
5.5. O desligamento autorizado por motivos não imputáveis à contraparte 283
5.6. O desligamento autorizado por motivos imputáveis à contraparte 286
5.6.1. O entendimento convencional sobre a cláusula resolutiva expressa 289
5.6.2. A sindicância sobre as hipóteses que autorizam o desligamento: os problemas da correspectividade e da relevância da obrigação descumprida 292
5.6.3. A sindicância sobre a gravidade e a substancialidade do descumprimento que autoriza a extinção 297
5.6.4. As estratégias da práxis para o desligamento autorizado por motivos imputáveis 302
5.7. Os mecanismos de ruptura com função substitutiva 314
5.7.1. A contratação substitutiva 314
5.7.2. O mandato irrevogável 319

6. AS ALTERNATIVAS CONTEMPORÂNEAS ADOTADAS PELA PRÁXIS PARA MITIGAR OS RISCOS DA POTESTATIVIDADE E DA UNILATERALIDADE DOS MECANISMOS DE RUPTURA 321

6.1. As cláusulas escalonadas: tentativas consensuais de evitar o cenário litigioso . 322
6.2. A experiência dos contratos associativos: as opções como instrumento de conversão do objeto do litígio 331
6.2.1. Os contratos de opção como instrumentos de superação de impasses 333

6.2.2. A cláusula "*buy or sell*" como sofisticação procedimental para mitigar o risco da potestatividade 342
6.3. A participação de terceiros no cenário das disputas como fator mitigador dos riscos relativos a decisões unilaterais 346
6.3.1. O terceiro arbitrador: uma estratégia de custos de negociação *ex tempore* para preencher lacunas intencionais 349
6.3.2. O terceiro perito: a definição de um especialista independente como *proxy chooser* 356
6.3.3. Os *dispute boards*: estratégia de redução dos custos *ex post* de verificação 364
6.4. Os *step-in rights* pela via societária: o retorno episódico à hierarquia para solucionar disputas no contexto dos contratos híbridos 373

7. AS IRRITAÇÕES JURÍDICAS PROVOCADAS PELO MODO DE RACIOCÍNIO PRAGMÁTICO DOS MECANISMOS DE RUPTURA: PAUTAS PARA ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DO DESIGN CONTRATUAL 379

7.1. As irritações jurídicas provocadas pela adoção do raciocínio contratual pragmático na cultura jurídica brasileira 382
7.2. O procedimento dúplice de interpretação contratual e o espaço delimitado de discricionariedade atribuído ao julgador pelo design contratual 386
7.3. O impacto do discurso da boa-fé objetiva sobre os mecanismos de ruptura 388
7.3.1. O papel da função interpretativa da boa-fé diante do design contratual (art. 113 do Código Civil) 390
7.3.2. As limitações substanciais ao exercício dos mecanismos de ruptura (art. 187 do Código Civil) 394
7.3.2.1. Casuística: o caso Ventura *versus* Petrobrás 407
7.3.3. O problema da expectativa de comportamento cooperativo no cenário da ruptura: a incidência dos deveres de conduta (art. 422 do Código Civil) 413
7.3.3.1. Casuística: o caso Luiz Fernando Dannemann *versus* Molson 415
7.3.3.2. Casuística: o "caso Goodlight" 416
7.4. O argumento da onerosidade excessiva como risco de reexame do design contratual (art. 413 do Código Civil) 420
7.4.1. Casuística: o caso do apresentador Celso de Freitas *versus* TV Globo 421

7.5. A função social dos contratos como limitador do encerramento de investimentos de grande impacto (art. 421 do Código Civil) 424
7.5.1. Casuística: as disputas entre a Petrobras e seus fornecedores 427
7.5.2. Casuística: o "caso Pro Matre" 429
7.6. As possibilidades das convenções processuais (art. 190 do Código de Processo Civil) 431
7.6.1. A adoção do "*discovery* à brasileira" como investimentos *ex ante* para reduzir os custos da disputa 435
7.6.2. A compreensão da relevância processual dos meios estruturais dos contratos empresariais 438
CONCLUSÃO 445
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS 453

Em memória dos amigos
Hernani de Souza Carvalho Júnior e Marcos Lins da Cunha

Aos meus pais, Vitoria e Henrique

À Priscilla

AGRADECIMENTOS

"*You can do a lot in a lifetime*
If you don't burn out too fast
You can make the most of the distance
First you need endurance
First you've got to last..."

O fechamento desta tese encerra uma sequência de eventos e encontros inesperados e, ao final, felizes.

Cursar o Doutorado trouxe compromissos e desafios cansativos – no meu caso, amplificados pela ponte aérea e por um acúmulo insano de tarefas profissionais –, mas a travessia foi enriquecida por grandes pessoas que conheci e facilitada por aquelas que me acompanharam nos últimos anos. Devo a algumas delas o registro da minha gratidão.

Ao Professor Rodrigo Octávio Broglia Mendes sou muito grato pela orientação segura e ainda mais grato pela compreensão com minhas dificuldades nos meses que antecederam o depósito. Agradeço por ele ter me apresentado uma bibliografia desconhecida e um modo de enxergar o Direito, *partindo da práxis*, que me fez recuperar o ânimo pelos estudos acadêmicos. Também por meio dele tive a experiência construtiva de dividir dúvidas (as minhas e as alheias) com nossos colegas de *Baustelle*, nosso canteiro de obras, por três anos. Estendo a todos meu abraço – em especial a Daniella Sanchez Andrei, pelo apoio inicial, a Antonio Pedro Garcia de Souza, pela estrada compartilhada, a Rafael Bianchini, pelos comentários em nosso último encontro, e a Leonardo Furtado, pela parceria no período frutífero em que trabalhamos juntos.

Deixo um agradecimento especial à Professora Paula Forgioni, que junto com o Professor Rodrigo me abriu as portas do Departamento de Direito Comercial da FDUSP para uma experiência transformadora. Agradeço aos Professores Francisco Marino e Wanderley Fernandes pelas arguições durante a banca de qualificação, que me ajudaram a identificar os pontos-chave a enfrentar, a delimitar o objeto da tese e me evitaram tópicos inúteis que tornariam esse trabalho ainda mais enfadonho ou interminável (se não ambos). Sou grato também a Jorge Cesa Ferreira da Silva por uma conversa – tão rica quanto agradável – que me ajudou a realinhar pontos importantes desta tese.

Registro minha gratidão à Comissão de Pós-Graduação da FDUSP, na pessoa do seu Presidente, o Professor Titular Fernando Facury Scaff, por ter me oportunizado a prorrogação do prazo para depósito desta tese, e à sua Secretaria, na pessoa de Mário Sergio de Oliveira e Silva, pela atenção e presteza com que fui tratado.

Ao BMA – Barbosa Müssnich Aragão devo a inspiração e a experiência de ver e viver por 16 anos, em 360º, a realidade dos contratos empresariais. Sou grato ao Plínio Barbosa pela oportunidade de estudar e trabalhar nos casos mais interessantes que inspiraram esta tese, bem como pelas lições sobre o papel estratégico da advocacia empresarial. Ao Chico Müssnich agradeço pela confiança, derivada da sua loucura proverbial, de me incumbir de atuar na assessoria jurídica dos trabalhos do Comitê Organizador da Copa do Mundo da FIFA Brasil 2014 – experiência que me afastou da vida acadêmica, mas me aproximou da vida real. Ao Paulo Aragão agradeço pelos *insights* valiosíssimos sobre a ruptura dos contratos associativos. Ao Pedro Costa devo a imersão na advocacia contenciosa, uma conversa decisiva para dar forma final a esse trabalho e uma sintonia que transcende em muito os limites profissionais. A Fábio Henrique Peres e Leandro Bittencourt agradeço pelo convívio mais que decenal com os melhores *transactional lawyers* da minha geração, donde derivaram muitas das percepções que integram este texto. E agradeço simbolicamente a todos os integrantes da Área de Pesquisa do BMA, que tanto me orgulha, pelas incontáveis horas economizadas com o nosso acervo monumental de décadas de trabalho – um tesouro do Direito Empresarial brasileiro.

Fica aqui também meu agradecimento especial ao Álvaro Palma de Jorge, com quem tive a felicidade de trabalhar durante o projeto da Copa do Mundo – uma operação que me fez enxergar o mundo dos contratos sob lentes até então desconhecidas e que me fez perceber a distância entre os livros e a prática. Também contei com a parceria de Karen Mentzingen Coutinho durante aquele período, com quem tive a alegria não só de trabalhar, mas de conviver e aprender junto.

Ao Bruno Lewicki, grande culpado pelo meu interesse acadêmico, agradeço pelo convite para lecionar o Direito dos Contratos no IBMEC/RJ, outra experiência transformadora e decisiva para o surgimento desta tese. Pois foi no contato com os alunos entre 2012 e 2017 – as perguntas sem resposta nas aulas, e as respostas inteligentes nas

provas – que percebi a relevância de se estudar a ruptura contratual de forma sistemática. A eles também devo meu agradecimento.

Sou grato ao apoio de Caio Marotti, que foi desde a ajuda em pontos desta tese, com uma leitura sofisticada de seus pontos cruciais, até as indispensáveis passadas na Secretaria da FDUSP para resolver burocracias, mesmo com o braço imobilizado. Agradeço também a Ana Leticia da Costa Siqueira, que entrou em campo aos 48 minutos do segundo tempo, já na hora do escanteio desesperado, e ajudou naquele bate-rebate dentro da área que me permitiu fechar o texto.

Agradeço a Rafael Terreiro Fachada por manter em dia e em alto nível os trabalhos da Câmara Nacional de Resolução de Disputas da CBF, por continuar sendo o coração que a bombeia, e por permitir que eu me concentrasse na tese nos meses finais, mesmo com tanta coisa a decidir, tanta coisa acontecendo. Estendo o agradecimento à Amanda Bastos, cujo trabalho essencial tornou nossa vida mais fácil, e à ajuda inestimável do amigo Raphael Donato, que atuou comigo como uma espécie de presidente-adjunto da CNRD nos três meses que antecederam o encerramento deste texto.

À querida Nathalie Gazzaneo devo o impulso inicial para mudar de ares. Aos amigos José Eduardo Pieri e Luis Sérgio Mamari agradeço pela constante acolhida em São Paulo. Ao Demian Guedes devo os conselhos nos momentos de tensão e a manutenção da serenidade. E a Rebeca Garcia agradeço pelo prazer de ter trabalhado por dez anos com alguém tão admirável e que escreve tão bem.

À minha mãe, Vitoria, agradeço pelo carinho permanente e pela compreensão com a minha ausência. Ao meu pai, Henrique, agradeço pelo exemplo de dedicação ao trabalho e por ter me ajudado a montar um ambiente agradável para escrever. À minha irmã, Marcela, agradeço pela doçura de nunca ter me perguntado "*e aí, como está a tese?*", mas sim "*e aí, qual vai ser o próximo show?*". E a Vera Lúcia Mouta Nunes agradeço pelo apoio, a mim e à Priscilla, e pelas orações.

A todos, muito obrigado.

***

***

"*You tell me we can start the rain*
You tell me that we all can change
You tell me we can find something to wash the tears away"

Registro o meu agradecimento profundo a duas pessoas especialíssimas, joias preciosas, sem as quais este trabalho não teria se encerrado.

Fernanda Szyszka Baptista, muito obrigado: contar com o seu talento raro em toda essa empreitada foi um privilégio; contar com a sua tenacidade nas semanas finais tornou possível o impossível; contar com a sua parceria nos últimos anos deixou tudo mais divertido. Conte *sempre* comigo. Minha dívida de gratidão contigo é impagável.

Maria Beatriz Toledo acompanhou todo o roteiro que envolveu minha passagem pelo Doutorado e coordenou meus trabalhos do escritório nas minhas ausências. Só por isso já lhe devo um bocado. Mas foram sua lealdade e sua compaixão que me salvaram nos momentos de maior angústia. Serei eternamente grato.

***

"*When we are young,*
Wandering the face of the Earth
Wondering what our dreams might be worth
Learning that we're only immortal
For a limited time"

Os meses que antecederam o encerramento desta tese foram difíceis. Um conjunto incomum de circunstâncias me levou à beira de uma morte silenciosa. Felizmente, outro conjunto de circunstâncias ainda mais incomum me deu a rara oportunidade de sobreviver.

Agradeço aos Drs. Bruno Bussade, Guilherme Lavall, Thiago Gomes, José Kezen, Fabrício Braga e a todos os integrantes da equipe da Casa de Saúde São José que cuidaram de mim entre janeiro e março de 2019.

Jamais esquecerei o apoio e a companhia dos amigos e familiares que estiveram comigo. A todos, indistintamente, fica aqui meu agradecimento: aos que me acompanharam no hospital, aos que me visitaram na sequência, aos que mandaram mensagens de carinho, aos que torceram à distância e aos que me mantiveram animado.

***

***

"*You make me live*
Whatever this world can give to me
It's you
You're all I see
You make me live now, honey
You make me live"

Priscilla Mouta Nunes foi o motivo para este trabalho existir, como tem sido há 18 anos para tudo que faço. Mas dessa vez foi mais: foi o oxigênio para que eu conseguisse conduzir a tese até o fim, me levantando quando sobrava agonia e faltava esperança. Dela tive e por ela tenho a mais sublime das devoções. E foi ela quem me manteve vivo. Sem ela, esta tese não faria sentido; nada me faria sentido. Mas ela me faz ter todos os sonhos do mundo. E por isso eu continuo vivo. *So it goes*…

***

À trilha sonöra. Sempre.

"*... And always look on the bright side of life!*"

"Na elaboração do Direito positivo, cabe à doutrina o papel de criar a nova dogmática jurídica pela qual espera a ordem que aí está, transbordante de vitalidade, mas, minguando na sombra melancólica de conceitos antiquados, que monopolizam a luz e o calor do pensamento jurídico. Se é certo que as noções mumificadas não são menos perigosas do que as fórmulas inovadoras inadequadas, a verdade não está com Horvarth quando afirma que a tirania das idéias abortadas é tão dura e constrangedora quanto a tirania dos conceitos caducos. A precipitação da evolução jurídica é menos nociva do que a mumificação das ideias defuntas"

ORLANDO GOMES

RESUMO

BUTRUCE, Vitor Augusto José. **O design da ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado**. 2019. 474 fls. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

A tese procura analisar o problema da aplicação dos mecanismos de ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado e lhes propor uma nova semântica, à luz da observação da práxis e sob as premissas da teoria do design contratual. Trata-se de trabalho de teoria jurídica destinado a propor soluções dogmáticas. Ela analisa a *ruptura contratual*, consistente no progressivo esgarçamento da relação entre as partes, motivado por frustrações com a performance da operação ou pelo desejo de abandoná-la em prol de outros investimentos, que tende a resultar no seu encerramento antecipado. O Capítulo 1 delimita o objeto de análise e o Capítulo 2 descreve a ruptura como um processo planejado, que repercute no plano da eficácia, iniciado durante a redação contratual, quando se vislumbram diferentes cenários do porvir e se escolhem alternativas para permitir saídas eficientes e evitar posturas oportunistas em cenários de inadimplemento, desalinhamento ou mudanças de planos. O estudo constata que esse planejamento nem sempre é frutífero, sobretudo porque nossa cultura jurídica ainda desconhece suas feições e por incompatibilidades entre o raciocínio dos redatores contratuais e características próprias do Direito brasileiro. A tese propõe se adotar a teoria do *design contratual* para oferecer uma nova semântica à dogmática desses contratos, descrevendo-o como o conjunto de escolhas efetuadas para moldar os contratos de modo funcional, adotando-se estruturas que visam a atender aos objetivos e necessidades das partes, pressupondo antever cenários de disputas e traçar alternativas de modo estratégico, para que os investimentos em custos de transação sejam eficientes e evitem o oportunismo. O trabalho demonstra que isso se faz mediante dois raciocínios: alternando-se entre mecanismos de *enforcement* jurídico ou relacional para enfrentar contingências, e alternando-se entre investimentos em custos de transação *ex ante* ou *ex post* no grau de detalhamento dos parâmetros contratuais, com a adoção combinada de regras ou *standards*. Partindo disso, o texto identifica os elementos que integram a *intenção contratual*: os *meios estruturais* e os *fins contratuais*. Em seguida, demonstra que as partes efetuam escolhas sobre os meios estruturais mais adequados para atingir os fins contratuais, e que o julgador deve respeitá-las, atuando em espaços delimitados de discricionariedade. O Capítulo 3 analisa o modo como o processo de ruptura contratual ocorre, do seu planejamento até sua eclosão. Os Capítulos 4 e 5 estudam os mecanismos destinados a guiá-lo, com os olhos postos em como os redatores adaptam instrumentos típicos para tanto. Distinguem esses mecanismos pela sua função *defensiva* (a recusa ao cumprimento das obrigações, a retenção e a compensação convencionais), *extintiva* (o desligamento contratual) ou *substitutiva* (a contratação substitutiva e o mandato irrevogável). Em seguida, o Capítulo 6 descreve alternativas que a práxis desenvolve para lidar com riscos derivados da estrutura potestativa e do exercício unilateral daqueles mecanismos: as cláusulas escalonadas, as opções, a participação de terceiros e os *step-in rights*. Por fim, o Capítulo 7 antecipa pautas derivadas da incorporação dessa teoria, notadamente as irritações jurídicas relativas aos limites que doutrina e jurisprudência impõem aos mecanismos de ruptura e as possibilidades oferecidas pelas convenções processuais.

Palavras-chave: Contratos empresariais. Design contratual. Desligamento contratual. Intenção contratual. Mecanismos de ruptura contratual. Ruptura contratual.

ABSTRACT

BUTRUCE, Vitor Augusto José. **The design of contractual rupture in fixed-term contracts**. 2019. 474 p. Thesis (Doctorate) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

This thesis examines the problem of how endgame provisions are applied in fixed-term commercial contracts, and proposes a new semantics for those mechanisms, in light of actual practice, based on the premises of the theory of contract design. It is thus a work of legal theory intended to produce dogmatic solutions. It analyzes the phenomenon of *contractual rupture*, consisting of a progressive breakdown in the parties' relationship, driven by frustration with the contract's performance or by the desire to abandon it in favor of other investments, which tends to result in early termination. Chapter 1 frames the study's object and Chapter 2 describes rupture as a planned process that begins at the time the contract is produced, when the parties consider future eventualities and choose alternatives with a view to enabling efficient exits and avoiding opportunistic behavior in cases of breach, divergence of interests, or change of plans. The study establishes that this planning does not always bear fruit, largely because the Brazilian legal culture is unaware of its features and because of incompatibilities between the reasoning that motivates the contract's drafters and particular characteristics of Brazilian law. The thesis adopts the theory of contract design to propose a new semantics for the dogmatic framework of these contracts, describing it as a set of choices made to shape contracts in a functional manner, by adopting structures that are intended to serve the parties' needs and objectives, which presupposes that the parties will anticipate litigation and will map out alternatives strategically, with a view to efficient transaction costs and to avoid opportunism. The study shows that two approaches can be observed this in endeavor, with combined choices of legal or relational enforcement mechanisms to deal with possible contingencies, and shifting between front- and back-end transaction costs to choose proxies with the adoption of rules or standards. From there, the text identifies the elements that compose the concept of *contractual intent*: *contractual means* and *contractual ends*. It also shows that parties make choices as to the most appropriate contractual means to achieve their contractual ends, and decision-makers should respect those choices when resolving disputes, and act within defined areas of discretion. Chapter 3 examines the way in which the process of contractual rupture occurs, from planning for rupture to effective rupture. Chapters 4 and 5 study the endgame provisions intended to guide this process, focusing on how contract drafters adapt legal instruments to their purposes. These mechanisms can be differentiated according to their *defensive* (refusal of performance, retention as security for performance, and set-off), *extinctive* (contractual termination) or *substitutive* (performance by a third party and irrevocable mandates) function. Next, Chapter 6 analyzes the practical ways developed to deal with the risks associated with the mechanisms' one-sided structure (*direitos potestativos*) and their unilateral exercise: multi-tiered clauses, options, third-party participation and step-in rights. Last, Chapter 7 sets an agenda of the likely repercussions of incorporating contract design theory into Brazilian law, notably the eruption of legal irritants derived from the limits imposed by scholars and the courts on endgame provisions rub up against the possibilities offered to parties by agreed contractual processes.

Key words: Commercial contracts. Contract design. Contract termination. Contractual intent. Contractual rupture. Endgame provisions.

RIASSUNTO

BUTRUCE, Vitor Augusto José. **Il design della rottura dei contratti d'impresa a tempo determinato.** 2019. 474 pagg. Tesi (Dottorato) – Facoltà di Legge, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

La tesi cerca di analizzare il problema dell'applicazione dei meccanismi di rottura dei contratti d'impresa a tempo determinato e di proporgli una nuova semantica, alla luce dell'osservazione della prassi e a partire dalle premesse della teoria del design contrattuale. Si tratta di lavoro di teoria giuridica con lo scopo di proporre soluzioni dogmatiche. Essa analizza la *rottura contrattuale*, consistente nel progressivo esaurimento del rapporto tra le parti, motivato da frustrazioni con la performance dell'operazione o dal desiderio di abbandonarla a favore di altri investimenti, che tende a risultare nella sua interruzione anticipata. Il Capitolo 1 delimita l'oggetto di analisi e il Capitolo 2 descrive la rottura come un processo pianificato, che si riflette nell'ambito dell'efficacia, iniziatosi durante la redazione contrattuale, quando si intravedono differenti scenari dell'avvenire e si scelgono alternative che permettano soluzioni efficienti e evitino atteggiamenti opportunistici in scenari di inadempimento, disallineamento o cambiamenti di piani. Lo studio constata che questa pianificazione non è sempre fruttifera, soprattutto perché la cultura giuridica brasiliana ignora ancora le sue fattezze e per incompatibilità tra il ragionamento dei redattori contrattuali e le caratteristiche proprie del Diritto brasiliano. La tesi propone che si impieghi la teoria del *design contrattuale* per offrire una nuova semantica alla dogmatica di questi contratti, descrivendolo come l'insieme delle scelte fatte per dare forma ai contratti in modo funzionale, adottandosi strutture che mirino a esaudire gli obbiettivi e le necessità delle parti, pressuponendo che si prevedano scenari di disputa e si indichino alternative in modo strategico, affinché gli investimenti in costi di transazione siano efficienti e evitino l'opportunismo. Il lavoro dimostra che questo viene fatto tramite due ragionamenti: alternandosi tra meccanismi di *enforcement* giuridico o relazionale per affrontare contingenze, e alternandosi tra investimenti in costi di transazioni *ex ante* o *ex post* nel grado di dettagliamento dei parametri contrattuali, con l'impiego coordinato di regole o standards. Il testo identifica gli elementi che integrano l'*intenzione contrattuale*: i *mezzi strutturali* e i *fini contrattuali*. In seguito, dimostra che le parti fanno scelte consapevoli sui mezzi strutturali più adeguati per raggiungere i fini contrattuali, e che il giudice le deve rispettare, agendo in spazi delimitati di discrezionalità. Il Capitolo 3 analizza il modo come il processo di rottura contrattuale accade, dalla sua pianificazione fino al suo inizio. I Capitoli 4 e 5 studiano i meccanismi destinati a guidarlo, con l'attenzione su come i redattori adattano strumenti tipici per fare tale. Distinguono questi meccanismi a partire dalla loro funzione *diffensiva* (il rifiuto all'adempimento, la ritenzione e la compensazione convenzionali), *estintiva* (il recesso contrattuale) o *sostitutiva* (la contrattazione sostitutiva e il mandato irrevocabile). In seguito, il Capitolo 6 descrive alternative che la prassi svolge per affrontare rischi derivati dalla struttura potestativa e dall'esercizio unilaterale di quei meccanismi: le clausole *multistep*, le opzioni, la partecipazione di terzi e gli *step-in rights*. Infine, il Capitolo 7 anticipa relazioni derivate dall'incorporazione di questa teoria, notevolmente le irritazioni giuridiche relative ai limiti che la dottrina e la giurisprudenza impongono ai meccanismi di rottura e le possibilità offerte dalle convenzioni processuali.

Parole chiavi: Contratti d'impresa. Design contrattuale. Recesso contrattuale. Intenzione contrattuale. Meccanismi di rottura contrattuale. Rottura contrattuale.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

art. – artigo

arts. – artigos

BGB – Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)

CDC – Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990)

cf – confira-se

cl. – cláusula

CPC – Código de Processo Civil

CVM – Comissão de Valores Mobiliários

Des. – Desembargador

ed. – edição

i.e. – isto é

j. – julgado em

Min. – Ministro

n° ou n. – número

p. – página

Petrobras – Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras

Rel. – relator

ss. – seguintes

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

t. – tomo

TJMS – Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TJSP – Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

TJRS – Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

UNIDROIT – International Institute for the Unification of Private Law

v. – volume

v. m. – votação por maioria

v. u. – votação unânime

INTRODUÇÃO

"*When we study law we are not studying a mystery but a well known profession*".
OLIVER WENDELL HOLMES JR.[*]

SUMÁRIO: As disputas contratuais no vácuo cultural entre o *counsel* e o causídico. O título do trabalho (e suas escolhas). Notas prévias sobre forma e metodologia do trabalho.

"[O] mercado jurídico brasileiro evoluiu, juntamente com operações empresariais cada vez mais sofisticadas, para lidar com as disputas complexas que podem surgir desses negócios"[1]. Assim a revista *Latin Lawyer* resumiu o estado da advocacia empresarial brasileira ao anunciar a entrega do prêmio *Deal of the Year 2013* para o acordo que encerrou disputa intrincada entre o empresário Abilio Diniz e o grupo francês Casino.

De fato, tempos de bonança econômica costumam movimentar os negócios, seja em razão do ingresso de novos investidores no país, seja pela expansão de empreendimentos nacionais, públicos ou privados. Logo, nada mais natural do que o incremento qualitativo dos serviços de advocacia que acompanharam os investimentos realizados no Brasil a partir da segunda metade da década de 90.

Hoje, todavia, o cenário econômico não é mais o mesmo – para dizer o mínimo. Os últimos anos foram marcados por recessão econômica profunda e instabilidade política. Chegou-se a estimar que o patamar do produto interno bruto brasileiro de 2013 só seria alcançado novamente ao cabo de 2023[2]. O momento ainda é de incerteza sobre investimentos e de lidar com os impactos de uma crise que deixou um conjunto de projetos deficitários, obras abandonadas e operações frustradas.

Nesses tempos de crise, se por um lado os investimentos diminuem, os litígios aumentam[3]. A advocacia empresarial volta suas atenções às disputas destinadas a manter

[*] HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. X, n. 8, mar. 1897, p. 457.
[1] "*Deal of the Year 2013*", *Latin Lawyer*, vol. 13, n. 4, jun. 2014, disponível em http://latinlawyer.com/features/article/46752/deal-year-2013/, acessado em 18.3.2019.
[2] É o que se encontra em artigo de LUIZ GUILHERME GERBELLI, divulgado pela Agência Reuters, sob o título "Brasileiro só recuperará riqueza perdida com recessão em 10 anos", publicado em 24.2.2017 e disponível em http://br.reuters.com/article/businessNews/idBRKBN16322O, acessado em 18.3.2019.
[3] "Advogados destacam que, além da nova lei, a crise econômica deve provocar um aumento significativo no uso da arbitragem. Especialista na área, Frederico Straube, sócio do escritório que leva o seu nome, explica que isso deve ocorrer porque em períodos de crise há um número maior de descumprimento de contratos e,

ou romper os negócios celebrados nos tempos de maré alta. O mercado jurídico se adapta no ritmo das circunstâncias, no tempo que as necessidades econômicas ditam[4]. Como os mercados em geral.

As disputas contratuais no vácuo cultural entre o *counsel* e o causídico

Mas esse não é o mesmo ritmo do *discurso jurídico* – sobretudo da doutrina e da jurisprudência. Evoluções, crises: esses fenômenos requerem tempo de maturação mais extenso para que sejam devidamente compreendidos por estudiosos, tribunais, intérpretes jurídicos em geral. E a prática da elaboração dos contratos que cristalizaram grandes investimentos efetuados no Brasil nos últimos vinte anos é bastante diversa do que ainda se lê nos livros ou nas decisões judiciais[5].

Não por acaso, alguns escritórios de advocacia brasileiros têm adotado a postura de compartilhar a condução de casos entre os advogados de negócios e os advogados contenciosos, em especial nas arbitragens mais complexas – numa tentativa de aproximar as duas culturas, com o propósito de melhorar a compreensão das operações e traduzi-las de forma a facilitar o convencimento dos julgadores. Há mesmo situações em que os clientes optam por contratar parcerias entre escritórios especializados em litígios e escritórios mais orientados para as operações, que fornecem aos litigantes subsídios técnicos sobre o negócio celebrado – o *deal*, no jargão[6].

Esse mesmo movimento de aproximação e troca, todavia, não se vê na doutrina brasileira, ainda um tanto conceitualista e distante da realidade em matéria contratual.

---

consequentemente, surgem conflitos empresariais. 'Há muitas companhias que haviam planejado e contratado investimentos que resolveram, no mínimo, adiá-los, quando não abortá-los integralmente. Isso gera rupturas de contrato', diz" (*Valor Econômico*, "Disputas em arbitragem chegam a R$ 29 bilhões nos últimos dez anos", publicado em 27.7.2015).

[4] "[Um] ano bom para os escritórios, pelas razões erradas", foi o diagnóstico bem humorado de GUSTAVO LOYOLA, ex-presidente do Banco Central, acerca das perspectivas do mercado jurídico para o ano de 2015, diante da crise econômica que então se intensificava (*ConJur*, "Ex-presidente do BC prevê 2015 bom para advocacia, mesmo com crise econômica", http://www.conjur.com.br/2015-mar-20/ex-presidente-bc-preve-2015-bom-advocacia-mesmo-crise, acessado em 18.3.2019).

[5] Aliás, essa diferença cultural chega mesmo a se manifestar no uso da linguagem: ao passo que os redatores dos contratos empresariais contemporâneos se veem às voltas com expressões em inglês (*breakup fees*, *buy or sell clauses* etc.), os debates da advocacia contenciosa permanecem centrados em fenômenos dogmáticos sintetizados em expressões ou parêmias latinas (eficácia *ex tunc* ou *ex nunc* etc.).

[6] Apenas para ficar no exemplo que abre a introdução deste trabalho, a disputa entre Abilio Diniz e o Grupo Casino foi assessorada por nada menos do que treze diferentes escritórios, dos mais prestigiados entre brasileiros e estrangeiros, alguns do perfil *full service,* outros de litígios e outros de operações ("*Deal of the Year 2013: Disputes*", disponível em http://latinlawyer.com/features/article/46763/disputes/, acessado em 18.3.2019).

Como resultado, os tribunais nem sempre têm onde encontrar subsídios para compreender questões jurídicas que não fazem parte do catálogo das disputas habituais de que tomam conhecimento, e os atores da arbitragem comercial se ressentem da falta de uma semântica capaz de robustecer os fundamentos das sentenças a proferir.

Acredita-se, assim, que a conjunção de uma crise econômica inserida num ambiente de transição cultural representa ocasião propícia para que se efetuem pesquisas avançadas sobre o planejamento das disputas contratuais. E é nesse cenário que se insere esta tese: deseja-se construir pontes que liguem os anseios da práxis dos contratos empresariais desenhados ao longo dos últimos anos com as necessidades dos que devem se dedicar à tarefa de conduzir – e julgar – sua *ruptura*.

E se pretende construir essas pontes sobre os alicerces deixados por estudos de matriz norte-americana (não por acaso, a cultura jurídica que inspira em grande parte o modo de elaboração de negócios empresariais mundo afora) a respeito dos raciocínios empreendidos pelos atores das grandes contratações contemporâneas: a ideia do *design contratual* – ou seja, a percepção de que os instrumentos contratuais são moldados pelos seus redatores de modo funcional, para suprir necessidades das partes e pautar estratégias para cenários de eventuais disputas futuras. Pretende-se jogar luzes sobre esse fenômeno e inseri-lo no contexto dos debates dogmáticos realizados no estudo do direito contratual brasileiro[7].

Assim, as páginas seguintes se dedicam a examinar as estruturas, as funções e as possibilidades dos principais mecanismos adotados pela prática jurídica para regular a ruptura dos contratos empresariais submetidos a prazo determinado.

Em resumo, pretende-se investigar dois aspectos principais:

(a) o modo pelo qual ocorre o *processo de ruptura* desses contratos, desde o seu planejamento durante a confecção do instrumento contratual até a sua efetiva eclosão; e

[7] Movimento que tem se desenvolvido nos estudos jurídicos norte-americanos, como indicado por GEORGE TRIANTIS em recente passagem pelo Brasil: "*The teaching of contract law in the US is in the midst of a transformation from* thinking about the law of contracts to thinking about the design of contracts" (trecho de palestra realizada no evento intitulado "*Contract Enforcement in Brazil: Challenges and Substitutes*", disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=nQJ4pT1kBTQ&t=2827s>, acessado em 18.3.2019).

(b) os mecanismos destinados a guiar esse processo, com os olhos postos na maneira pela qual alguns instrumentos da teoria geral dos contratos e positivados no Código Civil são utilizados pelos redatores para tanto, em especial a *recusa ao cumprimento de obrigações*, a *retenção* e a *compensação convencionais*, as diferentes hipóteses de *desligamento contratual*, a *contratação substitutiva* e o *mandato irrevogável* – observando de que modo os resultados das suas adaptações devem ser qualificados à luz do Direito brasileiro.

Em particular, pretende-se demonstrar que *a compreensão da ruptura contratual como um processo planejado torna os investimentos em custos de transação mais eficientes e é necessária para respeitar a intenção que as partes cristalizam em suas declarações* – ponto de relevância hermenêutico dos contratos empresariais no Direito brasileiro. Para tanto, é preciso analisar sistematicamente a maneira como os mecanismos de ruptura são construídos pelos agentes econômicos, de modo a aplicá-los de forma compatível com os investimentos realizados na fase pré-contratual.

Em paralelo, pretende-se antecipar alguns dos principais desafios dogmáticos desses exercícios de adaptação efetuados pelos redatores, inspirados em modelos contratuais em boa parte importados da prática norte-americana, notadamente desafios derivados dos limites que doutrina e jurisprudência brasileiras costumam impor aos mecanismos de ruptura, típicos ou atípicos – sobretudo para testar o grau de compatibilidade dos resultados planejados pelas partes com as pautas oferecidas pela legislação nacional e pelo ambiente institucional em que se inserem.

Ainda, como este estudo se concentra na análise dos mecanismos contratuais planejados para regular a ruptura dos negócios, não faz parte do seu escopo o exame dos institutos *legais* destinados à revisão ou extinção contratual por fatos supervenientes (notadamente os arts. 317 e 478 do Código Civil). Tampouco se estudam as invalidades na formação dos contratos, por não fazerem parte do processo de ruptura planejada, nem as feições do dever de indenizar ou o acionamento de garantias contratuais – que são *efeitos* da ruptura contratual, e não partes integrantes desse processo.

Em especial, dois fatores parecem justificar esta tese.

Primeiro: o debate sobre a pertinência do estudo específico dos contratos empresariais está cada vez mais na ordem do dia – seja na doutrina, na jurisprudência ou em iniciativas legislativas nacionais e internacionais.

Segundo: com já quase meia década de uma crise acentuada, que desabou após período de notável crescimento e sofisticação da economia brasileira, além da perspectiva de incertezas para os próximos anos, pode-se perceber a crescente ocorrência de litígios sofisticados e complexos acerca da ruptura de contratos igualmente complexos e sofisticados, sem que alguns dos mecanismos destinados a esse propósito estejam satisfatoriamente consolidados ou tenham sido suficientemente testados pela experiência jurídica brasileira.

Por essa conjunção de fatores, deve-se analisar mais de perto o instrumental da ruptura desses contratos – e a partir do exame de cláusulas concretas a respeito do tema –, descendo na escala de abstração principiológica e se concentrando em fenômenos mais específicos do que as tentativas de generalização que ainda parecem dominar o debate brasileiro em matéria contratual.

O título do trabalho (e suas escolhas)

É preciso justificar o título deste trabalho, pois ele representa um conjunto de escolhas acerca do objeto e do modo como este texto se desenvolve.

Fala-se no *design da ruptura*, e não apenas na ruptura em si, porque esta tese estuda o fenômeno da ruptura como um *processo* – isto é, como uma sequência de atos cadenciada e, mais do que isso, *programada* para condicionar cenários, incentivar condutas e atingir propósitos desejados pelos agentes econômicos. E o vocábulo *design*, em particular, remete à influência que trabalhos dos proponentes da *theory of contract design* exercem sobre o texto, sobretudo a partir de obras de autoria ou coautoria de dois professores das universidades de Columbia e Stanford – ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS, respectivamente. O tema, de difusão ainda limitada entre os estudiosos brasileiros de Direito Privado, é objeto de atenção específica no Capítulo 2.

Sob essa inspiração, analisam-se sistematicamente os diferentes mecanismos que os agentes econômicos moldam para guiar o processo de ruptura. São mecanismos que, no mais das vezes concatenados, buscam o exercício de situações jurídicas potestativas

tendentes a proteger interesses legítimos, exercer pressão comercial sobre a contraparte e conduzir a extinção de relações contratuais. Pretende-se compreender suas estruturas e suas funções, bem como adiantar pautas de debates sobre os seus pressupostos e limites – dado que a estrutura potestativa potencializa o risco de exercício ilegítimo.

Nem todos esses mecanismos são precipuamente extintivos – vide o caso da recusa ao cumprimento de obrigações ou da compensação convencional de créditos a título de multa. Isso justifica não se adotar o termo *extinção* no título do trabalho, tampouco os nomes dos fenômenos específicos da *resolução* ou da *resilição*, optando-se pelo vocábulo *ruptura*[8], que traduz não apenas a ideia da "ação ou efeito de romper(-se)" *um objeto*, mas também a noção de "quebra de *relações sociais ou compromissos*"[9].

Afinal, como se detalha no item 2.8 abaixo, a noção de ruptura que se adota nesta tese busca capturar um fenômeno do mundo dos negócios difícil de ser reduzido em um conceito jurídico preciso: trata-se do progressivo esgarçamento da *relação* entre os contratantes, motivado por frustrações com o desempenho de uma operação ou pelo desejo de abandoná-la em prol de outros investimentos – possibilidade constante (e quiçá inafastável) para qualquer agente econômico que se vê diante da perspectiva de ingressar em acordos complexos, de longo prazo e cercados dos riscos mais variados. Ou seja, pretende-se traduzir o modo de atuação de um conjunto de mecanismos que, vistos isoladamente, até se destinam a efeitos jurídicos diferentes e autônomos, como a suspensão da eficácia de obrigações e a extinção contratual; vistos em conjunto, todavia, e analisados pela dinâmica com que se pretende que sejam utilizados, pode-se perceber que eles fazem parte de um mesmo fenômeno, que é a *condução progressiva do encerramento de uma relação contratual*, algo que raras vezes acontece de modo estanque.

Nessa perspectiva, é inegável a inspiração na obra clássica de CLÓVIS DO COUTO E SILVA a respeito da obrigação como processo. Pretende-se nesta tese tomar de empréstimo a percepção de que, tal como o surgimento da obrigação, a ruptura contratual é um

[8] ORLANDO GOMES aponta que o uso do vocábulo *ruptura* não é desconhecido da cultura jurídica brasileira para designar a extinção contratual, embora o seja em menor frequência do que o consagrado termo *rescisão* (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 220).

[9] As duas acepções foram extraídas da versão eletrônica do *Grande Dicionário Houaiss*, disponível em https://houaiss.uol.com.br, acessado em 18.3.2019. O autor cogitou adotar o termo *rompimento*, talvez até mais comum do que *ruptura* na literatura jurídica brasileira sobre contratos. Sendo ambos sinônimos, e considerando que existe fenômeno extintivo típico denominado *rompimento*, aplicável aos testamentos (v. arts. 1.973 a 1.975 do Código Civil), optou-se pelo vocábulo *ruptura*.

fenômeno dinâmico, destacando-se as "várias fases que surgem no [seu] desenvolvimento [...] e que entre si se ligam com interdependência"[10].

Ainda, a escolha da expressão *mecanismos de ruptura* ao longo do texto tenta traduzir e sintetizar o conteúdo da expressão *end-game norms* ou *end-game provisions* (i.e., normas destinadas a guiar o fim de uma relação), adotada em diferentes trabalhos de matriz norte-americana, também influentes sobre a elaboração desta tese[11]. Em especial, o uso do vocábulo *mecanismo*, em vez de *cláusulas contratuais*, se justifica porque as ferramentas estudadas se acionam, no mais das vezes, a partir de um conjunto articulado de cláusulas, e não mediante apenas uma cláusula específica; também se inspira no emprego da expressão *mecanismos de governança* pela literatura econômica que serve de base para a teoria do design contratual (como se expõe na introdução do Capítulo 2); e porque ele permite evitar as sutilezas de nomenclatura acerca do conteúdo da expressão *remédios contratuais* (como se discute no item 3.3).

O apego ao rigor dogmático talvez sugerisse que o título falasse na ruptura das *relações contratuais* empresariais, e não dos *contratos* empresariais. Isso porque é conhecida a lição de que, mesmo nos casos de resilição ou resolução, não são *os contratos* que se extinguem, mas alguns dos *efeitos obrigacionais deles derivados*. Reconhece-se o ponto, mas se opta pela metonímia.

Por fim, o estudo se fixa sobre o design da ruptura dos *contratos empresariais* de *prazo determinado*.

---

[10] SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 20.

[11] Destacam-se, em especial, o uso da expressão *end-game norms* nos textos derivados de estudos empíricos de LISA BERNSTEIN (sobretudo seu Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 144, 1996, com destaque para as p. 1796-ss) e o uso de *endgame provisions* na obra praxista de TINA L. STARK (*Drafting contracts*: how and why lawyers do what they do. 2. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 191), que bem sintetiza sua preferência com relação à mera ideia de *termination clauses*: "*The author prefers the term endgame provisions to termination provisions. First, it echoes the argot clients ofen use. Second, and more importantly, endgame provisions contemplate a broader range of provisions than termination provisions. Endgame provisions include not only default, remedy, and termination provisions, but also exit strategies for the venture capitalist and provisions that tie up loose ends in successful transactions*" (em tradução livre: "A autora prefere a expressão *endgame provisions* a *termination clauses*. Primeiro, essa expressão reflete o jargão que os clientes normalmente usam. Em segundo lugar, e mais importante, as *endgame provisions* contemplam um leque mais amplo de disposições do que as *termination clauses*. As *endgame provisions* incluem não apenas regras sobre inadimplemento, remédios e extinção do contrato, mas também estratégias de saída para o investidor e disposições que amarram pontas soltas em transações bem-sucedidas).

A escolha de concentrar a análise sobre os *contratos empresariais* se justifica pelo propósito de estudar as especificidades culturais que se observam no âmbito do esgarçamento e desfazimento dessas relações. Especificidades essas que, em larga medida, não se observam nos contratos de trabalho ou nos contratos de consumo, em que a nota da vulnerabilidade condiciona significativamente as possibilidades dos mecanismos de ruptura, o que explica a exclusão do campo consumerista do objeto desta tese.

O exame também não contempla os contratos administrativos, em razão da sua regulamentação específica e dos poderes conferidos à Administração Pública mediante as cláusulas exorbitantes, o que muda a dinâmica de poder que subjaz ao modo como os mecanismos de ruptura se acionam. Exclui-se ainda o exame dos contratos privados comuns, sem feição empresarial, pois o nível de complexidade de alguns dos mecanismos estudados e o modo de aplicação das cláusulas gerais sobre os efeitos dos negócios empresariais recomendam temperamentos relevantes.

Já a concentração sobre os contratos empresariais *de prazo determinado* se justifica pelo fato de a ruptura dessa categoria ser mais complexa e contingente – pois são contratos feitos para serem executados até o transcurso do período combinado ou a entrega da atividade ou obra prometida[12]. Por sua vez, as relações contratuais por prazo indeterminado convivem a todo tempo com o risco potencial de extinção, suscitando problemas jurídicos que não fazem parte do escopo a se estudar. Explica-se a relevância da submissão das relações a termo no item 1.7.

Parece prudente, portanto, fixar esses cortes no objeto de investigação desta tese.

[12] Reconhece-se que, a rigor, o escopo deste trabalho contempla realidade ligeiramente mais ampla do que os contratos submetidos a prazo determinado – uma vez que o estudo também contempla contratações que se sujeitam a termo incerto, cujo regime jurídico se equipara, em linhas gerais, ao dos contratos por prazo determinado. Igualmente, deve-se reconhecer a pertinência do comentário de PAULO DÓRON REHDER DE ARAÚJO no sentido de que se deve falar somente em "contrato a prazo", ou "contrato com prazo", uma vez que "[s]e o tempo de duração é determinado, utiliza-se a expressão prazo", e que "sendo prazo, é necessariamente determinado" (*Prorrogação compulsória de contratos a prazo*: pressupostos para sua ocorrência. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 42). De fato, tomadas as expressões em seu sentido literal, seria mais adequado falar no título em *contrato a prazo* ou *contratos submetidos a termo*. Ainda assim, opta-se pelo uso da expressão *prazo determinado* por força de uma premissa de estilo (e, até certo ponto, de método) que perpassa todo o trabalho: a busca por prestigiar a maneira como a práxis enxerga e regula os problemas jurídicos que enfrenta, na medida do possível (isto é, sem que se aceite de modo acrítico atecnias inoportunas – o que se acredita não ser o caso).

Notas prévias sobre forma e metodologia do trabalho

Registram-se alguns aspectos de ordem formal e de metodologia adotados neste trabalho.

Nas citações a obras doutrinárias ou textos legislativos, palavras grafadas no original sob ortografia antiga foram adaptadas ao português contemporâneo; as citações de autores portugueses foram transcritas literalmente, sem adaptações; as citações em língua estrangeira foram traduzidas livremente para a língua portuguesa, com transcrição de seu teor original, excetuados os casos em que a fonte consultada já consistia em tradução alheia[13]. Os destaques em itálicos são nossos, se o contrário não estiver expressamente indicado.

As decisões judiciais utilizadas foram obtidas nas ferramentas de pesquisa de seus respectivos tribunais, à exceção daquelas em que há indicação específica da fonte.

Diante da relevância que o autor enxerga no papel da práxis para a demonstração do design contratual, empreendeu-se esforço de identificação de documentos autênticos para servir de exemplo para alguns dos pontos suscitados no trabalho. Para tanto, consultaram-se sobretudo as bases de processos eletrônicos do STJ, do TJSP e do TJRJ, identificando-se inclusive litígios cujos pedidos ou causas de pedir não necessariamente guardavam conexão com o objeto desta tese, mas que permitiram ao autor consultar e referenciar contratos disponíveis ao público[14].

Em especial, o autor fez uso de um conjunto de contratos derivados de dois grupos de litígios instaurados nos últimos anos e que receberam grande repercussão na imprensa: disputas entre a Petrobras e seus fornecedores no setor de óleo e gás e ações envolvendo a

[13] Do que são exemplos os trechos citados da obra de KARL LARENZ disponível em espanhol (como os extraídos do exemplar que o autor consultou: *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1), que contaram somente com a tradução livre do autor.

[14] O autor esclarece que adotou uma combinação de ferramentas, termos e métodos de pesquisa para obter esses documentos – uma pesquisa que se reconhece ter natureza difusa e não submetida a controle metodológico científico rigoroso. O autor entende que a opção por utilizar um conjunto delimitado de termos e fontes não seria capaz de fornecer o mesmo conjunto de resultados, e que explicitar neste texto os meios de pesquisa empregados seria ocioso – até por força das circunstâncias atípicas com que alguns documentos foram encontrados. Ainda assim, acredita-se que o esforço de pesquisa empregado autoriza embasar as análises pretendidas nesta tese, pois ela não se pretende exaustiva, e porque a pesquisa permitiu identificar exemplos concretos e publicamente disponíveis para demonstrar tendências observáveis pelo autor na sua experiência profissional e apontadas ao longo do trabalho.

contratação de serviços pelo Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016. Também se fez uso de sentenças arbitrais disponíveis em processos judiciais não submetidos a segredo de justiça.

O autor optou por evitar reproduzir trechos de documentos derivados de operações ou casos de que tomou conhecimento por questões profissionais, mesmo públicos, aproveitando somente excertos adaptados e descaracterizados nas situações em que não lhe foi possível identificar exemplo publicamente disponível para tanto; nessa atividade, a transcrição das cláusulas dos documentos a que o autor teve acesso sofreram adaptações de forma e estilo, mantida sua essência. Já a transcrição de cláusulas de documentos públicos com os quais o autor não teve contato profissional foi a mais próxima possível da literal, corrigindo-se somente erros materiais ou de ortografia, efetuando-se o paralelismo verbal com o contexto em que citadas, bem como se fazendo ligeiros ajustes para evitar a reprodução das iniciais maiúsculas que identificam termos definidos, de modo a facilitar a leitura.

1. OS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE PRAZO DETERMINADO

SUMÁRIO: 1.1. "Nos contratos empresariais é diferente": uma tendência em consolidação. 1.2. A transição cultural na práxis dos contratos empresariais: a inserção da advocacia privada brasileira no cenário globalizado. 1.3. O problema dogmático: a aplicação dos mecanismos de ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado. 1.4. A fuga do juiz no planejamento dos contratos empresariais. 1.5. As notas distintivas dos contratos empresariais. 1.6. A utilidade limitada da categoria dos contratos empresariais. 1.7. Os contratos por prazo determinado no contexto das categorias contratuais baseadas na relevância do tempo.

É possível observar nos últimos anos a existência de vários esforços, de autores oriundos de diferentes escolas, no sentido de se averiguar a existência e pertinência de uma nova categoria contratual, supostamente capaz de sintetizar a nota peculiar dos *contratos empresariais*, sobretudo em comparação aos *contratos civis* e aos *contratos de consumo*. Pode-se questionar o papel dogmático dessa distinção, bem como analisar quais seriam seus parâmetros condutores, mas o tema está na ordem do dia, e sua utilidade didática parece inegável.

Nunca é demais lembrar que, com a existência concorrente do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916, por décadas se cultivou no Brasil uma dicotomia a distinguir os *contratos comerciais* dos *contratos civis*. A principal diferença que se estabelecia entre as duas classificações consistia no fato de que os contratos comerciais eram "os praticados pelos comerciantes no exercício de sua profissão, enquanto que [os civis eram] os que qualquer pessoa capaz [podia] praticar"[15]. Na síntese de J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, contrato comercial era "aquele que [tinha] por objeto ato de comércio"[16].

Apesar da existência de regras específicas para os contratos comerciais, a distinção foi paulatinamente perdendo importância sistemática. A esse respeito, ainda durante a vigência da dicotomia, FÁBIO KONDER COMPARATO registrava não haver propriamente "contraposição de dois sistemas jurídicos distintos", mas "um só sistema, no qual os dispositivos do Código Comercial [apareciam] como modificações específicas das regras

[15] MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 75.
[16] MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v. 6, 1. parte, n. 537.

gerais da legislação civil", verdadeiras "regras de exceção, dentro do sistema global"[17]. Não por acaso, a unificação das obrigações e dos contratos civis e comerciais pelo Código Civil de 2002 não chegou a causar maior impacto no modo de se pensar a matéria.

Impacto mesmo foi causado pela entrada em vigor do CDC – esse, sim, de enormes proporções. E por diversos fatores.

Sob o ponto de vista metodológico, o CDC impressionou pela sua principiologia declaradamente protetiva, em sentido diverso do perfil pretensamente neutro que presidia o regime das obrigações e dos contratos Código Civil de 1916[18], bem como por sua técnica legislativa avançada, com a conjugação de regras específicas, cláusulas gerais, conceitos indeterminados, enunciações explicativas e critérios exemplificativos[19]. Pelo ângulo substancial, o CDC consagrou mecanismos arrojados na defesa do consumidor, com destaque para a lesão consumerista, a revisão contratual por onerosidade superveniente, a responsabilidade objetiva, a inversão do ônus da prova e o rol das cláusulas abusivas.

Assim, os anos que se seguiram à entrada em vigor do CDC foram marcados pelas constantes dúvidas sobre a sua abrangência. O CDC deveria representar o novo repositório da teoria geral dos contratos[20]? Ou o papel do CDC deveria estar limitado às situações envolvendo consumidores vulneráveis? A discussão atravessou a década até 2002, quando se deu a promulgação do novo Código Civil.

Durante esse período, contudo, a influência do CDC foi se estabelecendo – e o fato de esse diploma ter se identificado como marco na consolidação de conceitos como os de boa-fé objetiva e equilíbrio contratual fez com que esses institutos se impregnassem pelo seu viés protetivo. Parte representativa da comunidade jurídica brasileira passou a

---

[17] COMPARATO, Fábio Konder. A cessão de controle acionário é negócio mercantil?. In: _____. *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 251.

[18] Diz-se pretensamente neutro porque o Código Civil de 1916, como uma lei do seu tempo, não deixou de atender aos interesses à época predominantes, como analisa GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. In: _____. *Direito Privado*: novos aspectos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p. 101.

[19] Para uma interessante lembrança do impacto metodológico do CDC para o direito brasileiro, cf. GRAU, Eros Roberto. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, jan./mar. 1993, p. 183-189. A leitura do texto, para além do seu mérito técnico, vale pelo registro histórico das reflexões iniciais de um dos principais estudiosos da hermenêutica jurídica – e ex-integrante do STF – a respeito de legislação tão transformadora.

[20] Sobre o tema, cf. TEPEDINO, Gustavo. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 199-216.

confundir boa-fé objetiva com a noção de proteção do mais fraco, por exemplo – o que não é compatível com a aplicação generalizada do conceito às relações contratuais, inexorável com as previsões dos arts. 113, 187 e 422 do Código Civil, muito menos com sua própria evolução histórica. Afinal, na síntese de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, "[a]o Direito comercial deve-se a História moderna da boa fé"[21], e não à proteção dos vulneráveis.

Há, portanto, a necessidade de se efetuar tratamento diferenciado, de conteúdo mesmo, no momento de se aplicarem conceitos como a boa-fé objetiva, por exemplo, em contratos de consumo e nos demais contratos regidos pelo Código Civil – pois existem diferenças entre essas realidades.

Para ficar em exemplos extremos, a empreitada global para construção de unidade industrial é operação econômica bastante distinta da contratação de financiamento para aquisição da casa própria; o afretamento e a operação de sondas de perfuração distanciam-se em muito da aquisição de automóvel. Sob o ponto de vista jurídico, portanto, esses contratos dificilmente podem ser observados sob as mesmas lentes.

Para os fins desta tese, seria ociosa uma exposição mais extensa sobre as opiniões de autores brasileiros a respeito do tema. Parece claro – quase consensual – que há, sim, elementos relevantes que o jurista não pode desconsiderar diante de contratos empresariais. Elementos esses que não estão presentes em outras operações econômicas, ou que nelas se apresentam em diferentes graus de intensidade.

1.1. "Nos contratos empresariais é diferente": uma tendência em consolidação

Essa constatação chegou aos nossos tribunais, como algumas manifestações recentes da jurisprudência ajudam a demonstrar. Talvez a mais emblemática derive do acórdão proferido pela 4ª Turma do STJ no Recurso Especial nº 936.741/GO, decidido em votação unânime, sob relatoria do Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA[22].

Cuidava-se na hipótese de mais uma entre inúmeras ações promovidas por produtores rurais goianos em busca da resolução de contratos de venda de safra futura de soja, celebrados no início dos anos 2000. As ações buscavam liberar os produtores das suas

[21] CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 371.
[22] STJ, 4ª Turma, Recurso Especial n° 936.741/GO, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, v. u., j. 03.11.2011.

obrigações de entregar as safras conforme os preços contratados, pois, segundo defendiam, a variação cambial do dólar ocorrida em 2002 teria causado desequilíbrio contratual. O caso em si não chega a representar algo incomum em litígios dessa natureza, envolvendo, no plano jurídico, discussões sobre a resolução contratual por alteração das circunstâncias, em especial à luz do art. 478 do Código Civil, ou mesmo acerca da incidência da boa-fé e da função social dos contratos nessas operações[23]. E a solução dada pelo STJ ao caso, recusando a resolução por não ver preenchidos os requisitos do art. 478 do Código Civil, não chega a ser surpreendente; ao contrário, merece elogios por sua precisão técnica na análise dos critérios exigidos pelo Código.

O que chama a atenção – e merece destaque – é parte substancial da fundamentação apresentada pelo voto do relator. Entre os argumentos utilizados para acolher o recurso especial e rechaçar o pedido resolutório, registrou-se que os contratos empresariais não poderiam ser tratados "da mesma forma que os demais contratos de direito privado, tais como os contratos de trabalho, os contratos de consumo *ou mesmo os contratos entre particulares*". A ementa do acórdão merece ser integralmente reproduzida, pela sonoridade do seu discurso:

> "Direito Empresarial. Contratos. Compra e venda de coisa futura (soja). Teoria da imprevisão. Onerosidade excessiva. Inaplicabilidade. **Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais**. O caso dos autos tem peculiaridades que impedem a aplicação da teoria da imprevisão, de que trata o art. 478 do CC/2002: (i) os contratos em discussão não são de execução continuada ou diferida, mas contratos de compra e venda de coisa futura, a preço fixo, (ii) a alta do preço da soja não tornou a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, mas apenas reduziu o lucro esperado pelo produtor rural e (iii) a variação cambial que alterou a cotação da soja não configurou um acontecimento extraordinário e imprevisível, porque ambas as

[23] Para uma análise específica sobre esse grupo de casos, cf. ZAMPAR JR., José Américo; BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Contratos de soja verde: estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz dos princípios contratuais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, n. 48, out. 2011, p. 219-245.

> partes contratantes conhecem o mercado em que atuam, pois são profissionais do ramo e sabem que tais flutuações são possíveis. Recurso especial conhecido e provido".

Por outras palavras: segundo esse acórdão, o dirigismo contratual seria admissível nos contratos de consumo e nos contratos civis, mas não nos empresariais; nestes, haveria uma prevalência *a priori* da liberdade contratual e da força obrigatória sobre outros princípios contratuais; haveria ainda uma diferença *de essência* entre os contratos empresariais e os civis, que justificaria regras próprias para aqueles. Há de se destacar a frase de efeito cunhada pelo Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA ao relatar o recurso especial: "[n]os contratos empresariais, dada a simetria natural que há entre as partes contratantes, *a situação é diferente*".

Uma declaração de tamanha eloquência, proveniente do órgão com a função constitucional de garantir a uniformidade da interpretação da legislação federal, não pode ser ignorada.

Ainda, embora não menos importante, o reconhecimento da particularidade dos contratos empresariais em comparação com os contratos civis ou de consumo também entrou na pauta do Poder Legislativo, e de uma forma simbolicamente significativa. O tema é um dos principais objetos do Projeto de Novo Código Comercial que hoje tramita no Congresso Nacional em duas versões: mediante o Projeto de Lei da Câmara nº 1.572/2011, de autoria do Deputado Federal Vicente Cândido, e mediante o Projeto de Lei do Senado nº 487/2013, de autoria do Senador Renan Calheiros. Tomando-se por base a versão mais recente do Projeto, submetida ao Senado Federal, observa-se que a matéria contratual ocupa parte relevante – não só pelo número de artigos a respeito, mas por seu conteúdo.

O texto abre com uma enunciação de "princípios comuns do direito comercial", "princípios aplicáveis às sociedades" e "princípios aplicáveis aos contratos empresariais". Os princípios comuns, elencados no art. 5º, seriam a *liberdade de iniciativa empresarial* (inciso I), a *liberdade de competição* (inciso II), a *função econômica e social da empresa* (inciso III) e *a ética e boa-fé* (inciso IV). Os arts. 6º[24], 7º[25], 8º[26] e 9º[27] procuram enunciar o

[24] "Art. 6º: Decorre do princípio da liberdade de iniciativa empresarial o reconhecimento: I – da imprescindibilidade, no sistema capitalista, da empresa privada para o atendimento das necessidades de cada

significado de cada um desses princípios. Já os princípios aplicáveis aos contratos empresariais seriam, conforme o art. 14, a *autonomia da vontade* (inciso I), a *plena vinculação dos contratantes ao contrato* (inciso II), a *proteção do contratante empresarialmente dependente nas relações contratuais assimétricas* (inciso III) e o *reconhecimento dos usos e costumes do comércio* (inciso IV).

No que toca à parte geral dos contratos, o Projeto nitidamente procura diminuir as possibilidades interpretativas das cláusulas gerais da boa-fé e da função social dos contratos, bem como dos instrumentos de reequilíbrio, no contexto dos contratos empresariais[28]. Isso se faz basicamente por três maneiras. Ora mediante indicação de limites à atuação dos julgadores, como no parágrafo único do art. 16, segundo o qual "[a] revisão judicial de cláusulas do contrato empresarial é excepcional". Ora mediante enunciados restritivos, como no parágrafo único do art. 371, segundo o qual "[o] contrato empresarial cumpre a função econômica e social quando, atendendo aos interesses das partes, não causa prejuízo a interesse público". E ora mediante o estabelecimento de critérios específicos, como nos arts. 375 e 376, que regulam as possibilidades de revisão judicial dos contratos empresariais.

Vale dizer que boa parte do espírito condutor dos dispositivos do Projeto sobre os contratos empresariais foi prestigiada pela I Jornada de Direito Comercial, cuja Comissão de Trabalho sobre Obrigações Empresariais, Contratos e Títulos de Crédito atuou sob presidência de FÁBIO ULHOA COELHO – um dos principais entusiastas do Projeto de Novo

---

um e de todos; II – do lucro obtido com a exploração regular e lícita de empresa como o principal fator de motivação da iniciativa privada; e III – da importância, para toda a sociedade, da proteção jurídica assegurada ao investimento privado feito com vistas ao fornecimento de produtos e serviços, na criação, consolidação ou ampliação de mercados consumidores, na inovação e no desenvolvimento econômico do país".

[25] "Art. 7º. No âmbito deste Código, a liberdade de iniciativa empresarial e de competição é protegida mediante a coibição da concorrência desleal e de condutas parasitárias".

[26] "Art. 8º: A empresa cumpre sua função econômica e social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico da comunidade em que atua, ao adotar práticas empresariais com observância de toda legislação aplicável à sua atividade".

[27] "Art. 9º: Pelo princípio da ética e boa-fé, o empresário deve buscar a realização de seus interesses na exploração da atividade empresarial cumprindo rigorosamente a lei".

[28] O propósito é declarado no relatório final que acompanha o anteprojeto submetido ao Senado Federal: "O Anteprojeto introduz, na matéria atinente aos negócios contratuais, substanciais alterações, visando, de um lado, prestigiar os princípios e regras próprias do direito contratual empresarial, e, de outro, dando a exata envergadura ao princípio constitucional da livre iniciativa, reduzir a intervenção do Estado-juiz na autonomia privada dos contratantes" (Senado Federal. *Relatório Final da Comissão de Juristas para Elaboração de Anteprojeto de Código Comercial no âmbito do Senado Federal*, p. 30, disponível em http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4232146&disposition=inline, acessado em 18.3.2019).

Código Comercial, autor do anteprojeto submetido à Câmara dos Deputados e relator-geral da comissão de juristas instalada para apresentar nova versão ao Senado Federal. Para os fins deste trabalho, destacam-se os enunciados 21[29], 25[30], 26[31], 28[32], 29[33] e, em especial, o 23, pelo qual, "[em] contratos empresariais, é lícito às partes contratantes estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação dos requisitos de revisão e/ou resolução do pacto contratual".

Independentemente do mérito das propostas do Projeto de Novo Código Comercial sobre os contratos empresariais (cuja análise específica não é pertinente no momento), não se pode negar que a simples *tramitação* de projeto dessa magnitude, sobre tema dessa importância, indica a necessidade de reflexão.

Como se não bastassem essas circunstâncias doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas, é pertinente apontar que o atual cenário de crise econômica – com o aumento de disputas sobre o descumprimento e a extinção de contratos – ocorre em momento de *transição cultural na prática jurídica* brasileira. Em suma, pode-se dizer que a lógica que presidiu a elaboração dos contratos empresariais dos últimos anos não é necessariamente a mesma que historicamente tem guiado a ruptura contratual na experiência dos nossos tribunais.

Explica-se melhor.

1.2. A transição cultural na práxis dos contratos empresariais: a inserção da advocacia privada brasileira no cenário globalizado

Não é novidade que o direito privado se encontra em já longo estágio de adaptação em matéria contratual. Os eixos centrais do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916 havia décadas eram tidos como insuficientes para responder a novas tendências

[29] "21. Nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais".
[30] "25. A revisão do contrato por onerosidade excessiva fundada no Código Civil deve levar em conta a natureza do objeto do contrato. Nas relações empresariais, deve-se presumir a sofisticação dos contratantes e observar a alocação de riscos por eles acordada".
[31] "26. O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial".
[32] "28. Em razão do profissionalismo com que os empresários devem exercer sua atividade, os contratos empresariais não podem ser anulados pelo vício da lesão fundada na inexperiência".
[33] "29. Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (artes. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais".

doutrinárias e jurisprudenciais[34]. Os princípios aplicáveis aos contratos, a técnica legislativa inovadora do CDC e as legislações esparsas que se sucederam passaram a exigir diferentes esforços de interpretação por parte da comunidade jurídica. Movimentos como esses naturalmente causam certo nível de incompreensão – o que no Direito costuma resultar em sentimento de insegurança jurídica[35].

Na doutrina, a primeira direção que se tomou a esse respeito pareceu uma espécie de tentativa de diminuir o papel dos instrumentos jurídicos mais propensos a admitir algum nível de intervenção nos contratos. Mas essa tentativa não resistiu ao enorme potencial argumentativo de ferramentas como a função limitadora da boa-fé objetiva, a função da boa-fé como criadora de deveres ou a noção de equilíbrio contratual – que caíram no gosto da advocacia contenciosa e da magistratura brasileiras. As disputas contratuais contemporâneas, por mais simples ou complexas, normalmente envolvem algum grau de argumentação baseada nesses temas – o que, inclusive, tem justificado a importante ressalva doutrinária sobre indesejada hipertrofia desses princípios e cláusulas gerais.

Ultrapassada essa primeira fase, a doutrina vive hoje um segundo momento, por assim dizer, na evolução dos estudos a respeito dos contratos – sobretudo os celebrados

---

[34] A insuficiência do Código Civil de 1916 – e das instituições do Direito Privado como um todo – diante das novas circunstâncias jurídicas, políticas, econômicas e sociais já vinha sendo atestada por ORLANDO GOMES desde a década de 60: "Ninguém de boa fé pode negar que relevantes transformações modificaram nos últimos anos o quadro das instituições de direito privado. Vêm proclamando-as, desde o começo do século, os juristas que se dedicaram à crítica aos Códigos inspirados na doutrina filosófica do individualismo jurídico, clamando pela sua revisão. Os fatos confirmaram os anseios revisionistas tão incisivamente que hoje não se contesta a superação dos princípios que informaram os Códigos do século XIX. Verdade é que alguns perduram aparentemente hígidos, mas, sobrevivendo por força de um processo de respiração artificial que lhes retira a autenticidade" (Lineamentos gerais do Anteprojeto de Reforma do Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 52, n. 334, ago. 1963, p. 7).

[35] Confira-se, por exemplo, o diagnóstico de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: "[...] grandes reformas legislativas têm sido promovidas sob aplauso geral da comunidade jurídica brasileira e, de nossa parte, não deixamos de aderir a essas loas. Nossas restrições voltam-se contra o descaso, em alguns episódios, manifestado em face dos *reflexos que a nova regulamentação legal possa produzir sobre a segurança jurídica*. Podemos ilustrar nossas preocupações com uns poucos exemplos apenas extraídos de algumas das grandes leis que recentemente afetaram as principais codificações, no direito público e privado. Comecemos pela Carta Magna: é crônico o desprezo (que chega às raias da má-fé política) devotado à segurança dos credores do Estado, no tocante ao regime dos precatórios. [...]. Outro exemplo flagrante de desrespeito à segurança jurídica se vê no Código de Defesa do Consumidor, editado em 1990. Nele se estabeleceu, contra a estabilidade do contrato, a possibilidade de revisão judicial de suas cláusulas em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (art. 6.º, V, do CDC), assim como a nulidade daquelas que se mostrem exageradamente desvantajosas para o consumidor (art. 51, IV, do CDC). Normas como essas não preservam a certeza da relação contratual, porque editadas sem a clareza necessária e sem a delimitação adequada das condições fáticas necessárias para afastar a força obrigatória do contrato, sem a qual o mundo dos negócios não encontra segurança para suas operações" (A onda reformista do Direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 136, jun. 2006, p. 32).

entre empresas. Já não é mais possível negar a aplicabilidade de certos instrumentos jurídicos, também não sendo mais frutífero tentar diminuir suas potencialidades. Por isso, consagra-se cada vez mais o discurso de que os contratos celebrados entre empresários, profissionais experientes e devidamente assessorados, cientes dos riscos que estão assumindo, não podem estar sujeitos ao mesmo grau de intervenção externa aplicável aos contratos de consumo, por exemplo.

Vale notar ainda que, sobretudo a partir da década de 90, como se adiantou, o processo de abertura e expansão da economia brasileira trouxe não apenas novos investimentos ao país, mas novas técnicas de se negociar e redigir contratos – algo perceptível em especial em projetos relacionados a privatizações, a concessões de serviços públicos e a empreendimentos privados de grande porte.

Essa fase também contou com o surgimento de legislações que buscavam consolidar marco legal mais propício aos investimentos[36], entre outros objetivos – inclusive mediante o reforço de instrumentos de garantia[37] e o prestígio legislativo que a arbitragem comercial recebeu como meio para solução de litígios[38].

Essa conjunção de fatores ofereceu uma série de desafios à atividade empresarial – e, por consequência, aos seus assessores jurídicos. Diante de contratos cada vez mais complexos, estruturando investimentos de enorme monta financeira, como garantir aos agentes econômicos que os contratos sejam cumpridos rigorosamente como previstos? Como impedir que os riscos distribuídos nessas operações sejam modificados mediante sentenças judiciais baseadas em conceitos indeterminados, como boa-fé ou equilíbrio econômico? E – no que interessa para esta tese – como assegurar que a saída do investimento seja autorizada diante de mudanças de panorama, sem maior necessidade de judicialização, mas evitando o oportunismo da contraparte?

---

[36] Para um recorte do cenário jurídico à época, cf. WALD, Arnaldo. O Direito das privatizações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 763, mai. 1999, p. 47-55.

[37] A esse respeito, destacam-se as diferentes medidas legislativas implementadas para legitimar e reforçar a eficácia e praticidade da alienação fiduciária em garantia, particularmente mediante a Lei nº 9.514/1997, que a rege nas relações imobiliárias, e a Lei nº 10.931/2004, que deu mais robustez à disciplina da garantia fiduciária no mercado de capitais, até então disciplinada pela Lei nº 4.728/1965.

[38] Sobre o papel da arbitragem no âmbito das contratações empresariais e o impacto do reconhecimento de sua constitucionalidade pelo STF, cf. WALD, Arnoldo. A evolução da arbitragem internacional no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 23, out. 2009, p. 19-38.

Cumpre ressaltar que o fluxo de novos negócios observado a partir da década de 90 foi acompanhado pela maior complexidade dos documentos contratuais, motivada por diversos fatores. Um deles foi a existência de uma geração de profissionais habituados ao intercâmbio em universidades e escritórios estrangeiros[39], muitos dos quais com passagem por instituições norte-americanas, cuja experiência serviu para mudar o perfil das firmas de advocacia: elas passaram a lidar com "novos clientes e operações pouco familiares"[40], muitas vezes envolvendo companhias estrangeiras em vez clientes locais, e se tornaram mais comuns operações que antes eram "raramente vistas no Brasil, como fusões e aquisições transnacionais e emissões internacionais de ações e títulos"[41].

Assim, a abertura econômicas da década de 90, com a onda de privatizações, concessões de serviços públicos e incremento de investimentos privados por grupos estrangeiros, encontrou no Brasil grupos de escritórios e profissionais já preparados para incorporar padrões alinhados com o estilo de advocacia empresarial norte-americano. No mais, houve demanda dos próprios investidores para que, ao aportarem no Brasil, se

[39] Até a primeira metade do século XX, as elites jurídicas dominantes no Brasil eram compostas por advogados generalistas, com parte de sua formação normalmente na Europa. Segundo YVEZ DEZALAY e BRYANT GARTH, "[i]*n Brazil those who occupied the most elite positions in law, politics, and business, especially those located in cosmopolitan Rio, typically spoke French, were not sympathetic to the United States, and had relatively little contact with the United States prior to the law and development initiatives in the 1960s. They served international interests, but their focus was much more on Europe*" (*The internationalization of palace wars*. Chicago: University of Chicago, 2002, p. 201; em tradução livre: "No Brasil, aqueles que ocupavam as posições mais elevadas no direito, na política e nos negócios, especialmente aqueles localizados no Rio cosmopolita, tipicamente falavam francês, não eram simpáticos aos Estados Unidos e tinham relativamente pouco contato com os Estados Unidos antes das iniciativas de direito e desenvolvimento da década de 1960. Eles serviam a interesses internacionais, mas seu foco era muito mais na Europa"). Após a década de 60, os quadros de destaque da carreira passaram a explorar "ligações com os Estados Unidos, fazendo construções jurídicas baseadas em ideias jurídicas dos Estados Unidos e obtendo suporte de instituições americanas" (WILKINS, David Wilkins et al. Globalization, lawyers, and emerging economies, the case of Brazil. In: WILKINS, David et al. (coords.), *The Brazilian legal profession in the age of globalization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, edição Kindle, p. 5). Essas mudanças se deram tanto em âmbito de estruturas de organização da advocacia, com o surgimento, por exemplo, de escritórios maiores, no estilo americano, *full service*, de direito empresarial e com fortes ligações com o mercado financeiro, como no âmbito da formação das ideias – com a criação de instituições de pesquisa e formação como o Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito (CEPED), que difundiam "ideias jurídicas norte-americanas e modelos de advocacia globais" (WILKINS, David Wilkins et al. Globalization, lawyers, and emerging economies, the case of Brazil. In: WILKINS, David et al. (coords.), *The Brazilian legal profession in the age of globalization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, edição Kindle, p. 5).

[40] "*Until 1990, the sector was small and largely focused on serving local clientes; today it includes many large firms as well as numerous specalized 'boutiques' serving both domestic and foreing corporations*" (WILKINS, David Wilkins et al. Globalization, lawyers, and emerging economies, the case of Brazil. In: WILKINS, David et al. (coords.), *The Brazilian legal profession in the age of globalization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, edição Kindle, p. 17).

[41] WILKINS, David Wilkins et al. Globalization, lawyers, and emerging economies, the case of Brazil. In: WILKINS, David et al. (coords.), *The Brazilian legal profession in the age of globalization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018, edição Kindle, p. 8.

adotassem instrumentos contratuais semelhantes aos que estavam acostumados em outras jurisdições – com forte inclinação para o modelo de clausulados norte-americano[42].

1.3. O problema dogmático: a aplicação dos mecanismos de ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado

Nesse contexto, a advocacia privada brasileira precisou – e continua precisando – desenvolver mecanismos em busca de soluções para os cenários de ruptura contratual, um dos pontos mais críticos na confecção dos contratos que cristalizam operações econômicas de longo prazo. Passou-se, então, a planejar um procedimento capaz de conduzir esse fenômeno, no qual os praxistas articulam diferentes mecanismos com os propósitos de *permitir saídas eficientes* em caso de mudanças de planos, inadimplemento ou desalinhamento entre os agentes, mas ao mesmo tempo *evitar saídas oportunistas* de parte a parte, protegendo os investimentos realizados nas operações. Esse procedimento é concebido na fase das negociações contratuais, sob pautas influenciadas pelo modo anglo-americano de redigir contratos, e se desenvolve por uma cadeia de atos durante a execução do contrato, que tende a desembocar em medidas de natureza gravosa – e sob a proposta de que tudo ocorra, tanto quanto possível, independentemente da instauração de um litígio.

---

[42] Como narra FELIPE CAMPANA PADIN IGLESIAS, "com o aumento contínuo de ingresso de capitais estrangeiros, aumentou a quantidade de transações internacionais visando a formalização do ingresso de recursos no país. Neste particular, multiplicaram-se os contratos firmados entre entidades – sobretudo provedoras de capital – situadas nos Estados Unidos da América e sociedades empresárias nacionais (tomadores). Como os detentores e provedores de capital eram, majoritariamente, entidades estrangeiras, naturalmente foi imposto o modelo contratual a que tais entidades estavam acostumadas, ou seja, contratos regidos por normas de sistema de *common law* (especialmente, pelas leis do Estado de Nova Iorque). Tal postura por parte das entidades financiadoras, em exigir a reprodução do modelo contratual usualmente utilizado em transações no âmbito doméstico de referidos países pode estar ligada a vários motivos [...]. Nesse sentido, como os contratos eram regidos por normas de direito anglo-saxão, as grandes bancas americanas e europeias (*law firms*) passaram a ter papel fundamental em referidas contratações, tanto na elaboração e interpretação dos contratos, como no conforto para as partes contratantes (através de opiniões legais – *legal opinions*) acerca da aplicação da legislação estrangeira a tais contratos. Os contratos preparados por referidas bancas estrangeiras passaram a ser, em certa medida, analisados e manejados por escritórios nacionais, os quais passaram a importar aspectos de *common law* para contratações entre partes estritamente nacionais (como exemplo, podem ser citadas as chamadas cláusulas de declarações e garantias, traduzidas das chamadas *representations and warranties*). Com isso, aliado a outros fatores, inclusive econômicos, aumentou-se exponencialmente o intercâmbio de advogados nacionais – sobretudo dos ramos societário e comercial – para países de *common law*, seja para participação em programas de pós-graduação ou para integrar bancas de ditas *law firms*, sem contar o recente aumento gradativo da presença direta de tais bancas em território nacional com a troca constante de experiência e conhecimento nas matérias respectivas. Diante desse panorama, tornou-se crescente a utilização de conceitos e negócios afetos ao sistema de *common law* em nosso país, sem que tenha havido, pelo menos na mesma velocidade e proporção, estudos acadêmicos a fim de lhes conferir o tratamento jurídico adequado sob a ótica de direito nacional" (*Opção de compra ou venda de ações no Direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 59-60, nota de rodapé nº 226).

Essas funções práticas (eficiência e segurança), reconhecidas em lei para alguns instrumentos habituais da atividade negocial privada[43], preside o raciocínio dos redatores dos contratos empresariais no seu ofício de *vestir juridicamente as operações econômicas* submetidas aos seus cuidados, parafraseando a já clássica passagem de VINCENZO ROPPO[44].

Nem sempre se alcançam essas funções, todavia – fruto, em parte, de certo desconhecimento pelos intérpretes jurídicos sobre as feições dos mecanismos contratuais desenvolvidos. Mas resultado, também em parte, de incompatibilidades entre o modelo anglo-americano de produzir e raciocinar sobre os contratos e as características próprias do Direito brasileiro.

O problema dogmático que se enfrenta nesta tese, então, reside na *aplicação dos mecanismos de ruptura dos contratos empresariais por prazo determinado* – contratos esses que representam a estrutura jurídica adotada pela práxis para moldar as operações de que se cogita neste trabalho.

Para tanto, parte-se da premissa dogmática de que o Direito brasileiro tem como pedra angular a força obrigatória dos contratos, especialmente no âmbito empresarial, e se considera a vigência das regras legais que estabelecem a presunção de veracidade das declarações constantes de instrumentos assinados (art. 219 do Código Civil) e a fixação do ponto de relevância hermenêutica em tema de contratos empresariais na intenção das partes consubstanciada nas suas declarações (art. 112 do Código Civil).

A principal fonte das dificuldades enfrentadas no acionamento dos mecanismos de ruptura contratual consiste na circunstância de que eles buscam cumprir dois propósitos potencialmente divergentes (permitir e evitar saídas), mas se moldam sobre estrutura cujo exercício ocorre de modo unilateral: o *direito potestativo*. Ou seja: deseja-se uma solução rápida e segura, independente da atuação de um terceiro adjudicador, mas se adota para tanto instrumental que potencializa o risco de litígios, por características da cultura jurídica brasileira.

[43] Como no caso da alienação fiduciária em garantia e dos acordos de acionistas, conforme suscitado no item 3.4 abaixo.
[44] ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 11.

Como se sabe, e em linha com o conceitualismo dos ordenamentos de matriz romano-germânica, a tradição do Direito brasileiro em matéria contratual valoriza os contratos como atos de vontade produtores de obrigações exigíveis, cujo inadimplemento autoriza o acionamento de remédios ao alvedrio do credor, dentre os quais a faculdade de se requerer o cumprimento forçado da obrigação. Em tempos recentes, agregou-se a premissa de que os contratos devem ser conservados, na medida do possível, em homenagem à vontade manifestada pelos celebrantes ao realizá-los[45]. Além disso, nos últimos 30 anos, sobretudo a partir da edição do CDC, e apoiados por movimentos doutrinários, os tribunais brasileiros se tornaram mais abertos a intervirem no conteúdo dos contratos privados – revisando cláusulas, fixando deveres de conduta, erigindo pressupostos teóricos não previstos em lei para o exercício de direitos contratuais e criando limitações a esse exercício em situações concretas.

Significa dizer que nos países de tradição romano-germânica "a autonomia privada, embora constitua o esteio da contratação entre particulares, não pode hoje aspirar à condição de fundamento exclusivo da força obrigatória dos contratos"[46]. Goste-se ou não dessa circunstância, há de se reconhecer que o Direito brasileiro confere margem considerável para intervenção do julgador no momento de se executarem cláusulas contratuais de consequências gravosas – e o cenário de ruptura é propício para dilemas complexos e de efeitos drásticos.

No entanto, esse quadro é bastante distinto do senso comum que desenvolveu o direito anglo-americano – e que se baseia no modelo teórico do *homo economicus*, sujeito apto a conduzir seus próprios negócios e com o dever de ser probo e diligente nas suas escolhas. Não havendo disparidade negocial ou de barganha significativa entre as partes, como se dá em algumas relações reguladas, os tribunais de raiz anglo-americana tendem a

[45] Como ensina ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, "o princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia. Seu fundamento prende-se à própria razão de ser do negócio jurídico; sendo este uma espécie de fato jurídico, de tipo peculiar, isto é, uma declaração de vontade (manifestação de vontade a que o ordenamento jurídico imputa os efeitos manifestados como queridos), é evidente que, para o sistema jurídico, a autonomia da vontade produzindo auto-regramentos de vontade, isto é, a declaração produzindo efeitos, representa algo juridicamente útil" (*Negócio Jurídico:* existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 66).

[4646] VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e seus diferentes significados à luz do Direito Comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 8, jul./set. 2016, p. 5.

prestigiar o contrato conforme desenhado pelas partes[47], especialmente na jurisdição que maior influência exerce sobre o comércio globalizado, Nova Iorque – cujas cortes interpretam os contratos conforme seus termos, sem grandes variações ou espaços para liberdade criativa, e evitando a sua modificação[48]. Além disso, o senso pragmático dessa cultura, que busca estimular o fluxo das transações econômicas, adota como remédio preferencial contra o inadimplemento a *reparação dos danos*, relegando a execução específica a papel excepcional.

Assim, não parece exagero dizer que a prática jurídica brasileira contemporânea se vê diante de uma difícil equação para moldar os mecanismos de ruptura dos contratos empresariais: função dúplice; estrutura potestativa; exercício unilateral; ambiente institucional conceitualista e intervencionista; inspiração em cultura estrangeira com feições distintas das nacionais. E o resultado dessa equação, pelo que se vê no contexto de ações judiciais e arbitragens comerciais, tem sido a criação de incertezas que estimulam a litigiosidade – exatamente os inconvenientes que se pretende evitar. Nem sempre esses mecanismos conseguem atender à intenção que as partes cristalizam nos instrumentos contratuais, portanto.

Em suma: *o problema existe*. Mas identificar a existência do problema representa apenas a primeira etapa desse processo. É preciso dar alguns passos adiante.

A proposta desta tese é buscar na cultura inspiradora da práxis contratual contemporânea brasileira (e global) subsídios capazes de esmiuçar a lógica por trás da liturgia da negociação e confecção dos instrumentos contratuais: analisa-se, então, o que estudiosos norte-americanos convencionaram denominar *design contratual* – que sintetiza o conjunto de escolhas efetuadas pelos redatores para moldar os contratos de modo

[47] Confira-se, a propósito, a síntese de DÁRIO MOURA VICENTE: "A verdade, porém, é que na sua essência o Direito inglês se manteve fiel – sobretudo no domínio comercial – a uma perspetiva marcadamente liberal dos contratos; e outro tanto se dirá do Direito norte-americano. O seu *ex libris* é o princípio da *sanctity of contracts*, por força do qual só em situações excecionais é permitido ao devedor exonerar-se das suas obrigações contratuais" (A autonomia privada e seus diferentes significados à luz do Direito Comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 8, jul./set. 2016 versão eletrônica, p. 8-9).

[48] Como aponta GEOFFREY MILLER, a jurisdição de Nova Iorque é conhecida entre os praxistas, sobretudo no contexto das operações financeiras, por implementar de forma estrita o resultado da barganha entre as partes, além de mostrar pouca tolerância para esforços de reescrever os contratos *ex post*. A Califórnia, em contraste, é mais propensa a modificar contratos por razões de razoabilidade, equidade, moralidade ou por questões de políticas públicas (Bargaining on the red-eye: new light on contract theory. *New York University Law and Economics Working Papers*, Nova Iorque, paper 131, 2008. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1129805, acessado em 18.3.2019, p. 1).

funcional, visando a atender aos objetivos e necessidades dos agentes econômicos, antevendo cenários de disputas e traçando alternativas de modo estratégico, com o propósito de que os investimentos em custos de transação sejam eficientes e que se evitem comportamentos oportunistas.

Partindo dessa perspectiva, procura-se demonstrar que o conceito de *intenção consubstanciada na declaração contratual*, ponto de relevância hermenêutica no plano dos contratos empresariais no Direito brasileiro, comporta dois elementos: as *finalidades* extraídas da declaração, destacas pela doutrina nacional, mas também *os meios estruturais escolhidos pelas partes para atingir essas finalidades*.

Levada essa ideia para o objeto específico da tese, explora-se a *estrutura da intenção comumente observada (e incrustada) na confecção dos mecanismos de ruptura*, de modo a deixar contribuição teórica para que seus intérpretes possam compreender suas feições e atuar em espaço de discricionariedade mais compatível com os anseios da práxis.

Pretende-se, pois, descer na escala de abstração daquilo que ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO adiantava ao falar sobre o paradigma pós-moderno da *fuga do juiz*.

1.4. A fuga do juiz no planejamento dos contratos empresariais

Inspirado nas ideias de Thomas Kuhn sobre as revoluções científicas, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO já há 20 anos apontava as mudanças paradigmáticas vividas pela experiência jurídica. Do *paradigma da lei* que presidiu o raciocínio dos juristas desde o fim do Absolutismo até a Primeira Grande Guerra, pelo qual o juiz era um autômato dedicado ao silogismo entre a lei abstrata e os fatos que lhe eram apresentados; ao *paradigma do juiz*, encarado como figura representante do Estado com o papel de preencher conceitos indeterminados no caso concreto; até se chegar ao *paradigma pós-moderno*, que "não se conforma com as noções vagas que tudo fazem depender do juiz nem, por outro lado, deseja, pura e simplesmente, uma volta ao passado com a lei abstrata e geral"[49]. Isso levou o Professor a falar num movimento de *fuga do juiz*:

> "Antes de mais nada, é preciso compreender que o direito, na verdade, não é em si um sistema totalmente autônomo; integrado

[49] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a codificação In: _____. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59.

> na sociedade, ele é um sistema de segunda ordem, algo assim como o sistema nervoso nos seres vivos [...] – existe em função do sistema maior. Por isso mesmo, para cumprir sua função, sem perturbar o grande corpo social, *ele tem, justamente, de solucionar conflitos da melhor forma possível*. Ora, para cumprir seu papel, não há necessidade de sempre tudo levar ao juiz; esse pode não ser o melhor caminho. *Aos poucos, os grupos sociais descobrem outras soluções*. Da fuga para o juiz, *cabe hoje falar em fuga do juiz* – e isso, diga-se, não diminui o Poder Judiciário, já que este fica limitado a agir nas hipóteses em que, de fato, é necessário como julgador"[50].

Desse diagnóstico geral, JUNQUEIRA parte para provocações específicas – uma delas, a que justifica este estudo: "Para que juiz, se é somente para notificar alguém? Para que juiz, se é caso de resolução contratual, 'rescisão', em que uma das partes já declarou expressamente que não vai cumprir o contrato?"[51].

Assim, parte-se da premissa de que é preciso analisar a realidade do planejamento do processo de ruptura das contratações empresariais, como *forma de solucionar os conflitos da melhor maneira possível, descoberta e desenhada pelos grupos sociais em que se inserem*, *na tentativa de evitar a sua judicialização*. Eis o porquê de, neste trabalho, estudarem-se as principais características do design da ruptura dos contratos empresariais, as preocupações mais comuns de seus agentes e os mecanismos habitualmente adotados pelos seus redatores para atingir aquele propósito, reconhecendo os *usos empresariais* como importante recurso analítico[52] – nem sempre valorizados pela jurisprudência e pouco explorados pela doutrina.

Essa postura também busca inspiração na perspectiva metodológica de RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES, para quem o jurista deve "observar diretamente como a *praxis* desenvolve suas estratégias de enfrentamento dos problemas que reclamam decisão pelo direito", para que possa "exercer seu potencial de gerar consequências produtivas para a

---

[50] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a codificação In: _____. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59.

[51] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. O Direito pós-moderno e a codificação In: _____. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 59.

[52] PAULA FORGIONI resume o papel decisivo dos usos empresariais na construção e desenvolvimento dos negócios: "Os usos e costumes são a prática dos comerciantes que, na busca de soluções para os problemas quotidianos, encontram e consolidam determinada forma de resolvê-los. Esses esquemas – que normalmente atuam em prol do tráfico – espraiam-se ao serem imitados por outros agentes. Daí a força uniformizadora dos usos e costumes, que tendem a planificar o comportamento das empresas" (*Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 116).

dogmática"[53], em vez de se fechar em busca de reconstrução pela própria dogmática jurídica.

Ou seja: é preciso que os estudos jurídicos não se resumam à análise crítica de artigos de lei, decisões judiciais ou opiniões acadêmicas; a doutrina também deve lançar os olhos para a realidade prática dos contratos, para as funções que seus redatores desejam alcançar, de modo a que seus julgadores – em boa parte, especialmente no Poder Judiciário, pouco afeitos à negociação desses instrumentos – tenham onde buscar auxílio para compreender a dinâmica dessas operações e avaliá-las de modo adequado.

Essa característica – a menor proximidade entre o julgador e a prática dos negócios empresariais – chega mesmo a ser um dos fatores que justificam a adoção da arbitragem em grande parte dos contratos empresariais. A escolha do árbitro conforme o perfil mais adequado para a causa permite, por exemplo, que uma disputa societária seja resolvida por árbitros habituados a assessorar operações dessa natureza; ou um conflito sobre uma construção seja decidido por um painel composto por engenheiros e advogados.

Mas, ainda assim, nota-se que até mesmo no âmbito da comunidade arbitral brasileira não há ampla familiaridade com alguns mecanismos habituais desses contratos. Isso porque o instrumental oferecido pela nossa legislação não está preparado para oferecer soluções aos problemas jurídicos deles derivados – que, pelo vulto dos investimentos que corporificam, são naturalmente submetidos a prazos longos de maturação. E porque, com raras e merecidas exceções, faltam estudos nacionais capazes de oferecer uma semântica e subsídios dogmáticos às decisões a serem alcançadas.

Eis a relevância da escolha da intersecção de duas categorias contratuais para este estudo: os *contratos empresariais* e os *contratos submetidos a prazo determinado*, inseridos no contexto dos *contratos de duração*.

1.5. As notas distintivas dos contratos empresariais

Como se viu, parece incontroverso haver diferenças significativas na análise jurídica da compra de ações representativas do controle de companhia fechada por um

[53] MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem*, lex mercatoria *e direito estatal*: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 23.

fundo de investimentos estrangeiro; da empreitada global para construção de grande empreendimento industrial, financiada por um conjunto de bancos; da locação residencial de imóvel urbano e da contratação de financiamento para aquisição da casa própria. São operações econômicas diferentes, tipos contratuais diferentes, objetos contratuais diferentes, finalidades contratuais diferentes, estilos de documentação diferentes, partes com características diferentes e assim por diante.

Da mesma forma, parece haver consenso sobre a impertinência de se aplicarem acriticamente aos contratos empresariais mecanismos de índole protetiva destinados a contratantes vulneráveis – como, a título de exemplo, o regime amplo das invalidades por abusividade de cláusulas contratuais, previsto no art. 51 do CDC[54]. Compartilha-se a percepção de que certas características peculiares do contexto empresarial devem ser levadas em consideração na análise jurídica dos seus contratos. E reconhece-se que a natural imprevisibilidade derivada do manejo de cláusulas gerais ou de mecanismos tendentes a modificar o conteúdo contratual pode causar certo incômodo[55].

Esse problema, em maior ou menor intensidade, já vinha ocupando as reflexões da doutrina. ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, em seus últimos anos de atividade docente, começara a vislumbrar uma espécie de dicotomia entre o que ele então denominava *contratos existenciais* e *contratos de lucro*, sendo esses últimos "aqueles entre empresas ou entre profissionais"[56]; empolgado com o assunto, chegara mesmo a dizer que essa seria "a dicotomia do séc. XXI"[57]. Nas suas notas de atualização ao clássico *Contratos* de Orlando Gomes, JUNQUEIRA falava ainda na contraposição entre os *contratos existenciais* e os

[54] Para uma comparação entre o regime das cláusulas abusivas no Código Civil e no CDC, cf. DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 32, out. 2007, p. 171-200.

[55] TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER bem sintetiza esse sentimento, ao dissertar sobre a função social do contrato: "Se a função do contrato é dar mais alternativas às pessoas, permitindo a elevação do nível de bem-estar na sociedade, é evidente que esta perspectiva fica comprometida se se instalar um clima de desconfiança e insegurança relativamente ao ato de contratar. Pedindo a paciência do leitor para insistir nesta ideia, pensamos que não se pode perder de vista que a previsibilidade e a segurança são valores intrinsecamente ligados ao Estado Democrático de Direito e mesmo à própria ideia de direito. Tudo há de ser contrabalançado: função social do contrato e da propriedade, liberdade, privacidade, individualidade etc. quando se pensa em ordem jurídica justa e estável (= não turbulenta)" (Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002 – A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 831, jan. 2005, p. 59).

[56] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. RTDC – Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: _____. *Novos Estudos e pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

[57] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. RTDC – Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: _____. *Novos Estudos e pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 600.

contratos empresariais ("celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não-empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro"[58]).

Essa dicotomia foi posteriormente retomada por RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, que, em estudo homenageando Antonio Junqueira de Azevedo, e já entrando em pormenores sobre a classificação sugerida, procura contextualizar sua utilidade e apontar insuficiências no critério até então proposto – indicando, por exemplo, que "assim como os contratos de lucro podem ser celebrados por quem não é empresário (investimento por aplicador financeiro), também o contrato empresarial pode não ter a finalidade de lucro"[59].

PAULA FORGIONI, por sua vez, dedica-se a verificar a existência dessa suposta nova categoria e a elaborar uma *teoria geral* que lhe seja aplicável, contrapondo os contratos empresariais aos contratos civis e aos contratos com consumidores[60]. Em resumo, a professora também atenta para a *finalidade de lucro* como aspecto distintivo de determinados contratos: "[o] fim lucrativo é a característica fundamental a partir do qual se desdobram as demais peculiaridades dos negócios mercantis"[61].

FÁBIO ULHOA COELHO igualmente advoga a separação entre os contratos de consumo, os contratos civis e os contratos "comerciais (mercantis ou empresariais)", aqueles em que "as duas partes são empresários, isto é, exploram atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços", arrematando que "[a] disciplina dos contratos comerciais por *regras específicas* é condição para a adequada estruturação do regime econômico da livre iniciativa"[62].

O primeiro desafio dogmático a se enfrentar, então, é o de identificar critérios capazes de distinguir satisfatoriamente os *contratos empresariais* daqueles que não o são, bem como apontar criticamente o papel metodológico dessa distinção.

---

[58] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 100.
[59] AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 45, jan./mar. 2011, p. 104-105.
[60] FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.
[61] FORGIONI, Paula. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 45.
[62] COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3, p.83-84.

Pergunta-se: seria possível atestar a existência de uma *categoria autônoma* para os contratos empresariais? E qual seria a utilidade de se buscar um critério, ou um conjunto de critérios, que separe – inclusive para fins de disciplina jurídica – os contratos empresariais de outras manifestações?

A dificuldade dessa empreitada começa pela própria perplexidade a respeito de qual fenômeno se está a tratar. Cuida-se de uma situação categorizável a partir do quê?

Da *busca pelo lucro*, como desejava ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO ao separar os contratos entre *existenciais* e *de lucro*? Esse critério não parece suficiente para abarcar toda e qualquer hipótese, embora represente um bom indicativo. Pense-se no exemplo de uma pessoa jurídica dar imóvel em comodato para que outra pessoa jurídica, cliente sua de longa data, instale sede provisória durante os dois primeiros anos em que pretende investir em nova cidade. Negócios dessa natureza podem ocorrer tendo como fundamento relações pretéritas de parceria, ou a manutenção de relações de confiança, e não necessariamente a busca pelo lucro[63]. Como certamente esse contrato não seria *existencial*, é de se perguntar se ele seria ou não *empresarial*, segundo a classificação proposta.

Critério alternativo que logo surge como opção seria o de classificar o contrato como empresarial a partir do *status* dos seus participantes: os contratos seriam empresariais quando celebrados por empresários, ou entre empresários, e civis quando não contarem com empresários em um ou em ambos os polos.

Mesmo esse critério, aparentemente simples e sedutor, não parece capaz de servir como parâmetro irrefutável. Imagine-se o controlador de um grupo empresarial, residente no Rio de Janeiro, celebrando contrato de locação de imóvel residencial com outro empresário, amigo seu, para que a filha daquele possa residir em São Paulo durante seus estudos. Dois empresários celebrando um contrato – mas não no exercício da empresa. Seria esse um *contrato empresarial*? Seria esse um *contrato de lucro*? Seria esse um *contrato existencial*?

[63] Daí alguns os classificam como *contratos gratuitos interessados* (a respeito, cf. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Classificação dos contratos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JR., Antonio Jorge (coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 39).

O contra-argumento à provocação do parágrafo anterior está no próprio exemplo fornecido: seria empresarial o contrato quando, além de firmado entre empresários, *seu conteúdo estiver relacionado com o exercício da empresa*. KLEBER LUIZ ZANCHIM parte dessa ideia e, detalhando-a, sugere que o critério definidor da categoria dos contratos empresariais seria a sua "causa geral própria", correspondente à "circulação de fatores de produção ou de objetos de empresa, em relação aos quais as partes contratantes dispõem, em conjunto e ao menos presumivelmente, das informações relevantes para sua contratação"[64].

Significa dizer, sob essa ótica, que o contrato seria empresarial quando celebrado por empresários, tendo como objeto "os insumos que o empresário utiliza para o exercício de sua empresa", ou "o produto e/ou serviço (coisas em sentido amplo) que o empresário disponibiliza ao mercado em cumprimento de seu objetivo social"[65], presumindo-se que, em razão da familiaridade dos contratantes com esses elementos, "não existe carência informacional na contratação"[66]. Mas deixaria de sê-lo se não celebrado entre empresários, se não integrar sua cadeia produtiva ou se for realizado em ambiente de carência de informação.

A construção impressiona pela sofisticação, mas talvez também esteja sujeita a reparos, não parecendo suficiente para contemplar algumas situações dignas de nota. Ela não abarca, por exemplo, aquela que talvez seja uma das maiores e mais complexas operações empresariais de que se tem notícia: a transferência do *controle* societário – ou, com o perdão pelo reducionismo, a transferência *da própria empresa*.

Afinal, a transferência do controle pode ser celebrada por *não empresários* – como na situação corriqueira dos herdeiros do controlador que não desejam exercer a atividade. E o objeto do contrato, nesse caso, não é nem um fator de produção e nem um produto ou serviço[67]. De igual modo, a aquisição de cotas de fundos de investimento por *outro* fundo

---

[64] ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos empresariais*: categoria – interface com contratos de consumo e paritários – revisão judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 86.
[65] ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos empresariais*: categoria – interface com contratos de consumo e paritários – revisão judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 76.
[66] ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos empresariais*: categoria – interface com contratos de consumo e paritários – revisão judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 85.
[67] Não custa lembrar, diga-se de passagem, que FÁBIO KONDER COMPARATO, ainda à luz da divisão entre contratos civis e comerciais, opinava que "a compra e venda de controle acionário não [estava] submetida, no direito brasileiro, às normas constantes do Código Comercial e, sim, à legislação civil, que é o direito

de investimento, para fins especulativos, também é celebrada por não empresários e tem como objeto bens que não são fatores de produção, produtos ou serviços.

Outro exemplo capaz de gerar dúvidas está na operação de transferência de atletas de futebol profissional: dado o modo de organização dos clubes de futebol no Brasil, quase todos organizados sob a forma de associações, está-se diante de operações de elevado vulto financeiro celebradas entre duas associações (portanto, sujeitos não empresários) tendo como objeto a força de trabalho de uma pessoa. *Empresarial*? *De lucro*? *Existencial*?

Também parece passível de críticas a proposta que pretende qualificar todo o regime jurídico de um contrato com base no grau de informação à disposição das partes no momento da sua formação. A primeira crítica deriva do fato de que o direito positivo já conta com uma série de remédios destinados a atacar esse problema – como as invalidades por erro e lesão. O segundo ponto é a própria dificuldade de identificar qual grau de assimetria informacional seria suficiente para mudar o regime jurídico de um contrato para empresarial ou não – pois é um dado de qualquer contratação a existência de assimetrias; nenhum contratante tem à disposição todas as informações de que gostaria para concluir seu negócio.

1.6. A utilidade limitada da categoria dos contratos empresariais

Sutilezas à parte, que mostram a dificuldade de se definir critérios irrefutáveis, há ainda um aspecto mais relevante a se investigar: até que ponto o esforço é necessário? Novamente os exemplos ajudam a ilustrar a reflexão.

Imaginem-se, por exemplo, dois contratos de compra e venda de imóvel. O primeiro tendo como vendedora companhia do ramo imobiliário, interessada em realizar o lucro no investimento feito no terreno, e como comprador um grupo industrial, que deseja adquiri-lo para construir unidade produtiva. O segundo contrato tendo como vendedor o herdeiro de investidor do ramo imobiliário, interessado em se desfazer do imóvel em troca de liquidez para aventuras pessoais, e como comprador o ex-controlador de um grupo empresarial, que pretende adquiri-lo para desfrutar da sua aposentadoria após a alienação dos seus empreendimentos.

---

comum" (A cessão de controle acionário é negócio mercantil?. In: _____. *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 257).

Parece intuitivo considerar o primeiro exemplo como um contrato empresarial e o segundo, não. E é evidente que as circunstâncias ao redor de cada negócio são diferentes. Mas é de se perguntar: esses dois contratos deveriam, *por natureza*, ser tratados de forma diferente? Haveria (nas palavras do STJ) algo que *essencialmente* os separe? Deveriam eles estar submetidos a *regras* e *princípios* distintos? Efetuar essa divisão teria algum efeito prático que não poderia ser alcançado mediante outros recursos metodológicos?

Ainda no plano hipotético, pergunta-se: sendo os vendedores dos dois exemplos assessorados cada qual pelas mesmas bancas de advocacia, e os dois compradores também acompanhados pelos mesmos especialistas, será que as negociações e os instrumentos contratuais respectivos resultariam significativamente distintos nos dois casos?

Acredita-se que não.

Vai-se além: está-se realmente diante de uma categoria que mereça receber *tratamento normativo* diferente dos contratos em geral? Está-se diante de fenômeno como os *contratos de consumo*, eminentemente disciplinados pelo CDC, os *contratos de trabalho*, em grande parte regidos pela CLT, ou os *contratos administrativos*, que recebem especial tratamento pela Lei nº 8.666/1993?

Adianta-se desde logo: não parece haver justificativa forte o suficiente para atribuir aos contratos empresariais uma principiologia *normativa* diferente daquela aplicável aos contratos ditos civis. Os *princípios jurídicos*, acredita-se, são os mesmos aplicáveis aos contratos em geral: a dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e da livre iniciativa, a solidariedade social, a livre concorrência e a defesa do consumidor, de estatura constitucional; e a liberdade contratual, a obrigatoriedade dos contratos, a boa-fé, a função social dos contratos e o equilíbrio econômico, consagrados pelo Código Civil ou culturalmente reconhecidos pelo discurso jurídico brasileiro. Quanto às *regras jurídicas* legais, idem. Não é, portanto, uma categoria capaz de atrair um regime jurídico autônomo[68].

[68] Em sentido ainda mais cético, apontando essa categoria ser quase dispensável, cf. BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 249-259.

Por isso, é de se questionar se, do ponto de vista metodológico, o raciocínio mediante *categorias contratuais* pode ter a utilidade que parte da doutrina lhe pretende atribuir no caso dos contratos empresariais. Pois não parece correto atribuir a essa categoria o efeito de *modificar o regime jurídico* dos contratos em análise. Além disso, os esforços de identificação de elementos precisos aptos a modificar a disciplina desses contratos se assemelha por demais a uma operação subsuntiva, ou mesmo ao raciocínio mediante *conceitos abstratos fechados* – o que também parece inadequado.

Sabe-se que a metodologia jurídica vem questionando, já há algumas décadas, a primazia do *raciocínio conceitual abstrato* como forma de pensamento dominante para o recorrente esforço de categorização e sistematização dos fenômenos, advogando-se cada vez mais a adoção do chamado *raciocínio tipológico*, inclusive para fins de qualificação contratual. Cumpre, pois, sintetizar as diferenças entre essas duas perspectivas.

O método de raciocínio conceitual abstrato consiste em identificar as notas distintivas presentes em um conjunto de objetos analisados e, a partir dessas notas, por meio indutivo, atribuir uma *definição* capaz de capturar os elementos comuns[69]. Efetuada essa definição, o intérprete examina se o objeto colocado à sua análise tem ou não todas aquelas notas; estando elas presentes, o objeto se enquadra na moldura do conceito; faltando-lhe uma, o objeto não se subsume ao conceito[70]. Exemplificando: conceituado o contrato como o negócio jurídico, firmado por ao menos dois centros de interesses, com o propósito de criar, modificar ou extinguir relações obrigacionais, o intérprete pode reconhecer esses elementos na compra e venda (e, portanto, classificá-la como um contrato), mas não os há de reconhecer no testamento (por lhe faltar elemento estrutural inderrogável, que é a existência de ao menos mais de um centro de interesses na sua gênese). Trata-se, portanto, de um exercício de inclusão e exclusão, em que não se admite que algo seja "mais ou menos" aderente ao conceito; ou a compra e venda é contrato ou não; ou o testamento é contrato ou não[71].

Já o pensamento por tipos se comporta de modo diverso. Em vez de um raciocínio de inclusão ou exclusão, baseado em elementos definidores, o método de pensamento por

[69] VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 27.
[70] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 624-625.
[71] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 646.

tipos trabalha com uma lógica de *aproximação*. Diante dos objetos analisados, e também identificando suas notas comuns, o intérprete *descreve* os aspectos mais marcantes que formam uma espécie de *imagem global* dos grupos que pretende categorizar, que são os *tipos*[72]. Esses aspectos podem não estar presentes em todas as hipóteses, ou estar presentes em maior ou menor grau, uns em comparação aos outros, sem que com isso se impeça a aproximação do objeto analisado à moldura do tipo[73]. São os denominados "índices do tipo"[74].

Opta-se neste estudo, portanto, por aplicar o raciocínio tipológico ao exame das *categorias contratuais*, abdicando de se prender à busca por uma classificação dicotômica de modo conceitual[75]. Quer-se com isso dizer que a identificação dos contratos

---

[72] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 658.

[73] LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 307. É o raciocínio, por exemplo, que se aplica em análises arquitetônicas: ao se contemplar um edifício como a Basílica de São Pedro, é possível descrevê-la a partir dos estilos arquitetônicos que nela se destacam, com elementos da arquitetura renascentisca e barroca, mas não se pode conceituá-la a partir de uma definição arquitetônica fechada.

[74] VASCONCELOS, Pedro Pais de. Contratos atípicos. Coimbra: Almedina, 1995, p. 6: "Os índices do tipo são características encontradas no caso que *indiciam*, quer dizer, que *constituem indício* de que o contrato é deste ou daquele tipo. Estas características não são necessariamente determinantes. Na maior parte dos casos os índices do tipo começam apenas por sugerir uma ou mais qualificações. Os índices do tipo são acentuadamente diferentes dos chamados 'elementos essenciais' a que o método subsuntivo recorre para a qualificação. Os '*essentialia*', no método subsuntivo, têm de estar todos presentes no caso para que possa ser operada, em termos binários, de sim ou não, a subsunção. A falta de um que seja, opera a exclusão. No método tipológico a diferença é grande. Na maior parte dos casos, a qualificação trabalha com vários índices em simultâneo, que podem sugerir qualificações diferentes.Os índices não são todos do mesmo peso para a qualificação, quer no que respeita ao caso, quer no que respeita ao tipo. A intensidade de verificação do índice no caso e a intensidade de verificação do índice no tipo não são sempre coincidentes. Os índices do tipo permitem a comparação do caso com o tipo e o aferimento das semelhanças e desvios entre ambos".

[75] Essa tarefa se inspira, em parte, no exercício teórico desenvolvido por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO em aulas ministradas na disciplina Sete Ideias Novas para o Direito Civil, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 18.4.2007 e 2.5.2007, quando o Professor expôs o raciocínio que então desenvolvia para cunhar a classificação que buscava para diferenciar os ditos *contratos existenciais* dos *empresariais*, ou *de lucro*. Após discorrer sobre os métodos conceitual e tipológico de pensamento, e como o regime das classificações contratuais tende a se desenvolver mediante as descrições fechadas do raciocínio conceitual, o Professor passou a destacar as diferentes maneiras de se encararem as classificações, que podem ser *dicotômicas* (ou seja, classificações que buscam a contraposição de fenômenos para diferenciá-los, como as que separam os contratos bilaterais dos unilaterais, os gratuitos dos onerosos, ou os comutativos dos aleatórios), ao passo que algumas classificações têm teor descritivo, em linha com o raciocínio tipológico – o que o Professor chamou então de *categoriais contratuais típicas* (ou *tipos categoriais*), que não buscam a dicotomia, como é o caso das classificações consagradas por FRANCESCO MESSINEO realçando as principais funções econômicas desempenhadas pelos contratos: contratos que disciplinam relações patrimoniais familiares, contratos que se destinam à circulação da riqueza, contratos de colaboração, contratos de prevenção de riscos, contratos de conservação, contratos voltados a prevenir ou dirimir uma controvérsia, contratos de concessão de crédito e contratos constitutivos de direitos reais de gozo (*Il contrato in genere*. Milano: Giuffrè, 1968. t. 1, p. 795-796). Traçado esse caminho, JUNQUEIRA então apontava que sua preocupação, àquela altura, era desenvolver uma classificação capaz de estimular tratamento diferenciado para os contratos nos quais se destaca a nota distintiva das necessidades existenciais,

empresariais neste trabalho lida com um raciocínio por aproximação, preocupado em apontar se determinado contrato contempla as características que denotam a imagem global da empresarialidade, para os fins que lhe são pertinentes: orientar o intérprete a compreender as feições próprias comuns a esses contratos *em razão do ambiente cultural no qual se inserem*. E é um raciocínio que não busca a dicotomia, mas tão somente o exercício de identificar a adequação de certos contratos àquela realidade.

Em suma: adota-se a categoria dos contratos empresariais como indicativa de um *fenômeno socioeconômico*, no qual se observa uma cultura própria: contratos nos quais pode se manifestar um conjunto de indicadores, como serem celebrados no exercício de atividade empresarial, ou terem como objeto investimentos relacionados a uma atividade empresarial; terem o escopo lucrativo ou o investimento em uma relação duradoura entre seus agentes; terem como partes agentes econômicos organizados e habituados a celebrar contratos; serem consolidados em instrumentos escritos preparados por especialistas (sejam assessores externos ou departamentos jurídicos próprios); e esses instrumentos serem complexos, contando com cláusulas especialmente dedicadas a oferecer soluções para diferentes cenários futuros, em prol do seu estipulante ou de todas as partes.

A imagem aqui sugerida guarda semelhança com os apontamentos apresentados acerca do sentido de *commercial contracts* que o Preâmbulo dos Princípios UNIDROIT 2016 emprega para definir seus propósitos[76], como se vê nos comentários oficiais a seu respeito:

---

ou nos quais há valores caros à dignidade humana (como contratos envolvendo aquisição de casa própria, planos de saúde etc.). Veio ali a distinção ensaiada pelo Professor e que deu origem ao que hoje alguns estudiosos apontam como uma dicotomia entre os *contratos existenciais* ou os *contratos de lucro* – mas há de se pontuar que a formulação de JUNQUEIRA ficou incompleta, em razão do seu triste passamento em 10.11.2009, sem que o Professor tivesse produzido texto com a densidade que lhe caracterizara, ao passo que os excertos publicados em textos esparsos a respeito do tema somente apontam a direção preliminar que, àquela altura, o Professor ainda ensaiava. Nesta tese, apesar da declarada inspiração no raciocínio de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, toma-se direção ligeiramente distinta, uma vez que, àquele momento, o Professor parecia enxergar a necessidade de formular uma categoria dicotômica para distinguir os contratos existenciais de outros contratos; nesta tese, acredita-se que a categoria dos contratos empresariais não merece buscar a dicotomia, sendo mais útil sob a lógica de uma categoria contratual típica.

[76] Diz o Preâmbulo dos Princípios UNIDROIT 2016: "*These Principles set forth general rules for* international commercial contracts. *They shall be applied when the parties have agreed that their contract be governed by them. They may be applied when the parties have agreed that their contract be governed by general principles of law, the lex mercatoria or the like. They may be applied when the parties have not chosen any law to govern their contract. They may be used to interpret or supplement international uniform law instruments. They may be used to interpret or supplement domestic law. They may serve as a model for national and international legislators*". Em tradução livre: "Estes Princípios estabelecem regras gerais para

> "A restrição aos contratos 'comerciais' não é de modo algum direcionada a substituir a distinção tradicionalmente feita em alguns sistemas jurídicos entre partes ou transações 'civis' ou 'comerciais', i.e., não se pretende fazer a aplicação dos Princípios dependente de saber se as partes têm o *status* formal de 'comerciantes' (*commerçants*, *Kaufleute*) e/ou se a transação é comercial em sua natureza. A ideia é mais de excluir do escopo dos Princípios as ditas 'relações de consumo', que entre vários sistemas jurídicos estão progressivamente se sujeitando a regras especiais, a maioria de caráter obrigatório, direcionadas a proteger o consumidor, i.e. a parte que se vincula ao contrato por motivo diverso do curso normal de seus negócios ou de sua profissão"[77].

Em síntese: o uso dessa classificação, embora não seja dotada de rigor dogmático, tem pertinência "operacional", nas palavras de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO e FRANCISCO MARINO, pois ajuda a destacar "importantes *peculiaridades de tratamento*, *v.g.*, no que diz respeito à interpretação (papel mais acentuado dos usos empresariais), à alteração das circunstâncias (menor possibilidade de revisão contratual) e à aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato"[78].

Assim, diante da dificuldade em se construir uma definição conceitual fechada e sendo questionável a pertinência de uma principiologia própria aos contratos empresariais, o que se propõe é analisar o problema por outra ótica. Quer-se avaliar a maneira como se tem planejado e aplicado diversos mecanismos costumeiros no âmbito dos contratos empresariais e suscitar os pontos de debate sobre como eles devem ser apreciados diante dos princípios, cláusulas gerais e regras legais presentes no Direito brasileiro.

---

contratos comerciais internacionais. Devem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por eles. Podem ser aplicados caso as partes tenham acordado que o seu contrato será regulado por princípios gerais de direito, pela *lex mercatoria*, ou similares. Podem ser aplicados caso as partes não tenham escolhido nenhuma lei para regular o seu contrato. Podem ser usados para interpretar ou suplementar instrumentos internacionais de direito uniforme. Podem ser usados para interpretar ou suplementar leis nacionais. Podem servir de modelo para legisladores nacionais e internacionais".

[77] No original: "*The restriction to 'commercial' contracts is in no way intended to take over the distinction traditionally made in some legal systems between 'civil' and 'commercial' parties and/or transactions, i.e. to make the application of the Principles dependent on whether the parties have the formal status of 'merchants' (*commerçants*,* Kaufleute*) and/or the transaction is commercial in nature. The idea is rather that of excluding from the scope of the Principles so-called 'consumer transactions' which, within the various legal systems, are increasingly being subjected to special rules, mostly of a mandatory character, aimed at protecting the consumer, i.e. a party who enters into the contract otherwise than in the course of its trade or profession*" (UNIDROIT, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Roma: UNIDROIT, 2016, disponível em https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016, acessado em 18.3.2019, p. 52).

[78] O trecho reproduzido integra nota de atualização acrescentada pelos professores mencionados nos *Contratos* de GOMES, Orlando. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 101.

Em especial, para os fins deste trabalho, concentra-se no exame de contratos que envolvem investimentos de grande porte – grandes projetos de engenharia, parcerias para desenvolvimento de atividades complexas em longo prazo, prestações de serviços de alto valor agregado, *joint ventures* contratuais, entre outros. Negócios que costumam ser estruturados mediante rodadas de negociações e consolidados em instrumentos extensos, elaborados por assessores especializados – ou que, quando cristalizados em instrumentos preparados quase que exclusivamente por uma das partes, como no caso dos contratos de franquia, tendem a regular operações empresariais complexas. E, em ambos os cenários, sempre com o propósito de antecipar soluções a um sem número de situações possíveis.

Contratos que, entre as maiores preocupações de seus redatores, contam com a criação de alternativas para ruptura eficiente em caso de inadimplemento, mudança de planos ou desalinhamento entre as partes. E que, para tanto, adotam o *prazo determinado* como primeira proteção jurídica.

1.7. Os contratos por prazo determinado no contexto das categorias contratuais baseadas na relevância do tempo

Não seria exagero, tampouco novidade, dizer que a dogmática do direito contratual foi moldada – e em larga medida continua sendo enxergada – com os olhos postos nas relações contratuais com função de troca; a compra e venda, sobretudo.

Relações de longo prazo não são desconhecidas da lei, por certo, mas em grande parte sua atenção é dedicada a problemas específicos de alguns contratos em espécie, como a empreitada e a locação de imóvel urbano, operações de setores específicos, como alguns contratos agrários, ou contratos de consumo de serviços essenciais. Não há, a rigor, uma semântica própria para o tratamento desses contratos em nosso direito positivo.

A doutrina há tempos destaca diferenças de regime jurídico entre os contratos de execução imediata, diferida, continuada ou periódica[79], mas o estado atual da matéria entre

[79] Como ensina FRANCISCO MARINO, nos contratos de *execução instantânea*, a execução se dá de uma única vez e em uma única prestação, que pode ocorrer (a) no momento da conclusão do negócio ou logo em seguida (*execução imediata*), ou, então, (b) em momento posterior à conclusão, se as partes, por razões de vontade, optarem por dividir o cumprimento da prestação no tempo (*execução diferida*). De outra ponta, os *contratos de duração* têm ao menos uma prestação que, por sua natureza, não pode ser executada instantaneamente. Eles se dividem em (a) contratos de *execução continuada*, se a prestação se prolonga no tempo ininterruptamente, como contratos de sociedade, e (b) contratos de *execução periódica*, se a prestação

os estudiosos brasileiros ainda é insuficiente para enfrentar as necessidades dos contratos empresariais contemporâneos de longo prazo.

Essa insuficiência tem sido paulatinamente preenchida por estudos com perfil dogmático e nítida inspiração em trabalho seminal de GIORGIO OPPO[80], que se dedicam a identificar as feições estruturais e funcionais próprias de contratos em que o tempo impacta diretamente sobre sua dinâmica[81]. Contratos que, justamente por isso, têm sido denominados *contratos de duração*.

Pela construção de GIORGIO OPPO, o tempo pode impactar na dinâmica dos contratos por pelo menos três formas[82].

Na primeira delas, mais básica, o contratante tem interesse em que a satisfação de suas necessidades ocorra em um determinado momento, e o tempo funciona como *fator que modula a execução das prestações à luz das conveniências das partes*. É o que ocorre, por exemplo, na execução diferida da compra e venda: estruturalmente, os atos de pagamento do preço e da transferência da propriedade podem ocorrer em momento único, mas as partes optam por dilatar a execução contratual no tempo, por diversos fatores – como a necessidade de obtenção de financiamento ou a previsão de desincentivos à inadimplência da contraparte.

Outra maneira pela qual o tempo impacta sobre a dinâmica contratual se dá pela natureza do objeto a ser executado, notadamente *o tempo necessário para que a prestação*

---

deve ser cumprida por repetições periódicas, como é o caso do contrato de fornecimento (Classificação dos contratos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JR., Antonio Jorge (coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006., p. 31).

[80] OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale dele Obbligazioni*, Milão, v. 41, 1ª parte, p. 146-180.

[81] Faz-se menção, em especial, à síntese apresentada por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO entre as p. 292-295 de seu parecer intitulado Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e consequente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a resilição unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva. In: _____. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. Também merecem destaque a tese de Doutorado de ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória de contratos a prazo*: pressupostos para sua ocorrência. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, *passim*); a dissertação de Mestrado de ROGÉRIO LAURIA MARÇAL TUCCI (*Prorrogação compulsória dos contratos de longa duração*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, *passim*) e artigo em coautoria de JUDITH MARTINS-COSTA e GUILHERME CARNEIRO MONTEIRO NITSCHKE sobre o preenchimento de lacunas em contratos duradouros (Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, ano 1, 2015, p. 1247-1299).

[82] A síntese da construção de GIORGIO OPPO se encontra nas p. 155-158 do artigo "*I contratti di durata*".

se desenvolva. É o que se dá com a empreitada: com o perdão pela tautologia, a satisfação do interesse do dono da obra pressupõe que uma obra seja executada, o que depende de uma série de atividades preparatórias a serem desenvolvidas ao longo de algum período.

A terceira hipótese, e que desafia maiores estudos, é aquela em que *o tempo integra a essência do interesse das partes*, pois se deseja uma atividade continuada[83]. Nesses casos, o que se dilata no tempo não é a execução de ato que poderia ser instantâneo, tampouco se tem atividade que dependa de fase prévia de preparação. Nesse terceiro grupo, o tempo é *desejado* pelas partes; mais do que elemento acidental de existência, o termo se torna integrante indissociável do próprio *fim do contrato*[84] – seja pela natureza da atividade, seja pela expectativa de retorno do investimento pelos agentes econômicos. É o que se dá nos contratos de distribuição, de franquia, em serviços contínuos de alto valor agregado, no suprimento em cadeias *just-in-time*, nos acordos de acionistas e assim por diante. Esses seriam os contratos de duração em sentido estrito, por assim dizer.

A pertinência do tema como objeto de estudo se reforça pela recente inovação empreendida em 2016 nos Princípios UNIDROIT, que passaram a contar com alterações e acréscimos no exato propósito de contemplar o fenômeno dos *long-term contracts* em seu texto. Esses contratos foram definidos como aqueles "que devem ser executados ao longo de um período de tempo e que normalmente envolvem, em graus variáveis, a complexidade da transação e uma relação continuada entre as partes"[85] – embora o próprio

---

[83] "*La durata è quindi elemento causale e non modalità accessoria del contratto: la causa, nei contratti di durata, non consiste nell'assicurare ad una parte una singola prestazione isolata, ancorchè tale prestazione possa pretendere dal debitore una precedente attività continuativa (*locatio operis*), o possa essere effettuata in parti e in momenti diversi (contratti ad esecuzione ripartita), ma nell'assicurarle la ripetizione di una prestazione per uma certa durata, o la prestazione di una attività continuativa, come tale, del debitore, per una certa durata*" (OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale dele Obbligazioni*, Milão, v. 41, 1ª parte, p. 174). Em tradução livre: "A duração é, portanto, elemento causal e não modalidade acessória do contrato: a causa, nos contratos de duração, não é assegurar a uma das partes uma única prestação isolada, embora tal prestação possa exigir do devedor uma atividade contínua antecedente (*locatio operis*), ou possa ser efetuada em partes e em momentos diversos (contratos de execução diferida), mas em assegurar-lhe a repetição de uma prestação por certo período, ou a prestação de uma atividade continuada, como tal, do devedor, por certo período".

[84] O autor opta por evitar o uso do termo polissêmico *causa contratual*, por entender que mais problemas cria do que resolve, adotando, tanto quanto possível, a expressão sugerida por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO em *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 129.

[85] Artigo 1.11 dos Princípios UNIDROIT 2016: "*In these Principles* [...] *'long-term contract' refers to a contract which is to be performed over a period of time and which normally involves, to a varying degree, complexity of the transaction and an ongoing relationship between the parties*". Em tradução livre: "Nos presentes Princípios, 'contrato de longa duração' se refere a contrato que é executado durante período de

texto reconheça que "o elemento essencial é a duração do contrato"[86], com a complexidade e a relação continuada figurando como fatores acidentais, capazes de recomendar apontamentos específicos.

O que se propõe, portanto, em linha com as tendências apontadas acima, é concentrar os olhos sobre a maneira como os agentes econômicos planejam os cenários de ruptura contratual diante dos riscos decorrentes do fato de o tempo incidir em grau significativo sobre seus investimentos – seja pela *necessidade de atos preparatórios* ou pela própria *natureza da operação*. E, cientes dos riscos jurídicos envolvidos sobre esses investimentos, a prática empresarial consagrou o mecanismo de atribuir um *prazo determinado* aos contratos como forma de impedir a saída imotivada de parte a parte.

Exemplo concreto que ajuda a demonstrar essa estratégia pode ser observado na prática dos acordos de acionistas à luz da Lei nº 6.404/1976. A instauração de litígios a respeito da denúncia sem justa causa de acordos de acionistas por tempo indeterminado divide os estudiosos desde a década de 80. Algumas opiniões se alinham à interpretação de que os acordos por tempo indeterminado podem ser denunciados sem justa causa a qualquer momento, em consonância com a teoria geral dos contratos[87]. Outras opiniões, empreendendo análise funcional do acordo, argumentam que o escopo de exercício conjunto do controle tende a impedir sua denúncia vazia, sendo exigível justa causa para rompê-lo[88].

O tema se tornou pauta indispensável no estudo doutrinário dos acordos de acionistas, especialmente diante do rumoroso litígio envolvendo a disputa pelo controle da então Lacta S.A., ocorrido entre o final da década de 80 e o início da década de 90, rendendo debates até hoje[89]. Mas o senso prático que inspira a advocacia empresarial

---

tempo e que normalmente envolve, em diversos graus, a complexidade da operação e o relacionamento corrente entre as partes".

[86] Comentário 3 ao Artigo 1.11 dos Princípios UNIDROIT 2016.

[87] Por todos, confira-se a opinião de BARBI FILHO, Celso. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 207-208.

[88] Também por todos, confira-se o entendimento de MODESTO CARVALHOSA (Acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 106, abr./jun. 1997, p. 20-21).

[89] Um panorama do debate acerca dessa disputa pode ser obtido mediante a análise de dois pareceres contrapostos oferecidos nos autos e publicados em versões editorais. ARNOLDO WALD opinou em favor dos antigos controladores, reunidos mediante a companhia Indústrias de Chocolate Lacta. S.A., no sentido de que o acordo de acionistas da Lacta S.A., por ter prazo indeterminado, estaria sujeito a denúncia vazia a qualquer tempo (Do cabimento de denúncia vazia de acordo de acionistas firmado por prazo indeterminado, especialmente nos casos de inadimplemento e de má-fé da outra parte ou de conflito de interesses

tornou o assunto progressivamente menos relevante – ao menos no que diz respeito aos acordos celebrados nos últimos vinte anos, pela costumeira fixação de prazo determinado, justamente para evitar a controvérsia[90]. Uma consulta na base de dados da CVM permite perceber que, das companhias consideradas entre as de maior valor de mercado listadas na B3[91], 11 têm acordos de acionistas registrados naquela autarquia e *todos* têm prazo determinado (variando desde prazos de três anos[92] até prazos de 25 anos[93]).

O mesmo pode ser dito entre as principais redes de franquias. Consultando contratos de franquia tornados públicos em litígios instaurados ao redor do país, pode-se perceber que, entre as dez maiores redes em número de unidades instaladas no Brasil[94], nove fixam termo de duração nos seus contratos-padrão, variando entre prazos curtos com

---

supervenientes. *Revista de Direito Civil*, *Imobiliário*, *Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 78, out./dez. 1996, p. 151-175). ALFREDO LAMY FILHO, por sua vez, consultado pelo bloco oposto que integrava o acordo, defendeu que a circunstância de o negócio cristalizar uma *joint venture* e ter natureza parassocial lhe confere características peculiares em comparação aos contratos de execução continuada em geral, não recomendando que se autorizasse sua denúncia vazia (Denúncia unilateral de acordo por prazo indeterminado. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 309-318). Apesar da proeminência que essa disputa assumiu na análise histórica do tema, cumpre ressaltar que a suposta inviabilidade de os acordos de acionistas por prazo indeterminado serem denunciados imotivadamente já havia sido suscitada anteriormente por CARLOS CELSO ORCESI DA COSTA (Da rescisão imotivada de acordo de acionistas por prazo indeterminado. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 60, out./dez. 1985, p. 39-44).

[90] CELSO BARBI FILHO já apontava em 2000 se ter tornado "comum a celebração de acordos de acionistas por trinta (30), quarenta (40) ou cinquenta (50) anos, que acabam tendo os mesmos efeitos da *holding* ou seja, vinculam contratualmente as ações e o voto por toda a vida de seu titular, atingindo ainda os sucessores" (Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no Direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, abr./jun. 2000, p. 54-58).

[91] O levantamento considerou as companhias listadas pela Forbes como as de maior valor de mercado do Brasil em 24.11.2017, em nota intitulada "Conheça as 20 companhias de maior valor de mercado do Brasil" (disponível em https://forbes.uol.com.br/fotos/2017/11/conheca-as-20-companhias-de-maior-valor-de-mercado-do-brasil/, acessado em 18.3.2019). As companhias integrantes desse critério são as seguintes: Ambev S.A., Itaú Unibanco Holding S.A., Petrobras, Banco Bradesco S.A., Vale S.A., Banco Santander S.A., Banco do Brasil S.A., Itaúsa – Investimentos Itaú S.A., Telefônica Brasil S.A., Cielo S.A., BB Seguridade Participações S.A., B3 S.A. – Brasil, Bolsa, Balcão, Ultrapar Participações S.A., Braskem S.A., WEG S.A., CCR S.A., BRF S.A., Kroton Educacional S.A., TIM Participações S.A. e CPFL Energia S.A.

[92] Caso do acordo de acionistas da Vale S.A., celebrado em 14.8.2017 (disponível em http://siteempresas.bovespa.com.br/consbov/ArquivoComCabecalho.asp?motivo=&protocolo=575959&funcao=visualizar&Site=C, acessado em 18.3.2019).

[93] Como no acordo de acionistas da CCR S.A., celebrado em 26.7.2012 (disponível em http://siteempresas.bovespa.com.br/consbov/ArquivoComCabecalho.asp?motivo=&protocolo=345744&funcao=visualizar&Site=C, acessado em 18.3.2019). Tem-se notícia ainda de acordo de acionistas fixado pelo prazo de 50 anos, caso do acordo entre os acionistas da Companhia Brasileira de Distribuição (http://siteempresas.bovespa.com.br/consbov/ArquivoComCabecalho.asp?motivo=&protocolo=482812&funcao=visualizar&Site=C, acessado em 18.3.2019), firmado em 20.8.2015.

[94] As franquias selecionadas são: O Boticário, AM PM Mini Market, Cacau Show, McDonald's, Jet Oil, Lubrax+, Kumon, BR Mania, Wizard e Dia%. Tomou-se como parâmetro a relação de franquias integrante do relatório "Perfil das 50 maiores franquias no Brasil" de 2017, divulgado pela Associação Brasileira de Franchising, disponível em https://www.abf.com.br/wp-content/uploads/2018/01/Perfil-das-50-maiores-Franquias-no-Brasil-Marcas-associadas-ABF-2017.pdf, acessado em 18.3.2019.

renovação automática[95] e relações com prazo longo fixo[96]. Para somente uma se identificaram contratos de franquia sob prazo indeterminado (O Boticário)[97].

Com isso se pode perceber que a fixação de prazo nos contratos empresariais destinados a reger operações complexas não é obra do acaso, tampouco uma fixação matemática precisa sobre o período de maturação aguardado para que determinado investimento tenha retorno. Trata-se, a bem dizer, de uma estratégia de proteção de parte a parte, um elemento de existência contratual com nítida função de reforçar a segurança do vínculo e impedir o desligamento voluntário imotivado. Pode ser fruto de um jogo livre de barganha entre partes em pé de igualdade negocial, mas pode resultar também da imposição de poder pelo elo mais forte da relação – como o titular de uma marca, um franqueador ou o dono de uma obra com especial poder negocial em dadas circunstâncias.

Diante disso, sabedora de que qualquer operação de longo prazo tende a sofrer os impactos do tempo, e que, quanto maior o prazo, maiores os riscos a se considerarem, a práxis precisa conjugar a fixação do prazo com a criação de alternativas para guiar o processo de ruptura contratual – seja para estancá-lo (criando cenários que o desincentivam), para controlá-lo (criando mecanismos para gerenciá-lo) ou para permiti-lo (criando hipóteses mais ou menos complexas para a saída da operação). E é perante essa necessidade dos agentes econômicos que a advocacia empresarial passou a desenvolver suas estratégias de design contratual.

[95] É o caso dos contratos relativos a unidades do Kumon, que costumam ser celebrados sob a seguinte cláusula: "O presente contrato será válido por um período de 2 (dois) anos a contar da data de sua assinatura, renovando-se automaticamente por iguais períodos e nas mesmas condições, salvo se uma das partes comunicar à outra sua intenção de não renová-lo, mediante aviso escrito com antecedência mínima de 3 (três) meses antes do término do período de validade" (cf. cláusula 6º do "Contrato de Franquia Empresarial – Kumon Inglês" firmado entre Kumon Instituto de Educação Ltda. e Ana Carolina Carniato em 30.1.2013, disponível a partir da fl. 14 dos autos do processo nº 1038933-26.2017.8.26.0100, do acervo do TJSP).

[96] Como os 20 anos originariamente programados para vigência do "Contrato de Franquia" celebrado em 31.7.2000 entre McDonald's Comércio de Alimentos Ltda. e Rui Jorge Almada Gouveia Gomes, disponível a partir da fl. 229 dos autos do Agravo em Recurso Especial 1.185.657/SP , do acervo do STJ).

[97] Identificaram-se contratos com a seguinte cláusula sobre a vigência da relação: "Este contrato é celebrado por prazo indeterminado, e tem seu início a contar da data da assinatura pelas partes" (cf. "Contrato de Franquia Empresarial (*Franchise*)" firmado entre Scorpius São Paulo Assessoramento de Marketing Ltda. e Tiago da Costa Litieri Barauskaite Vasiunas EPP em 20.3.2002, disponível a partir da fl. 70 dos autos do processo nº 1111955-88.2015.8.26.0100, do acervo do TJSP).

2. O PAPEL DO DESIGN CONTRATUAL NO PLANEJAMENTO DA RUPTURA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

SUMÁRIO: 2.1. O design contratual. 2.2. Os custos de negociação e os custos de implementação no design contratual. 2.3. A definição dos parâmetros no design contratual ("*choice of proxy*"). 2.4. A relevância da capacidade de observar ou comprovar parâmetros e condutas para o design contratual. 2.5. O método do design contratual: as escolhas dos agentes econômicos sobre investimentos em custos de transação. 2.5.1. A mescla entre instrumentos jurídicos de tutela ou alternativas relacionais de *enforcement*. 2.5.2. A mescla entre regras e conceitos indeterminados. 2.6. A relevância da compreensão da dinâmica do sistema adversarial de solução de disputas para o design contratual. 2.7. A contribuição da teoria do design contratual para a dogmática jurídica: a compreensão dos elementos da intenção contratual (os *meios estruturais* e os *fins contratuais*) e as expectativas de constrição do espaço de discricionariedade do julgador. 2.8. O design (e o roteiro) do processo de ruptura contratual. 2.8.1. O roteiro do processo de ruptura. 2.8.1.1. A alternância entre os mecanismos juridicamente vinculantes e não vinculantes pelos agentes econômicos. 2.8.1.2. Os estágios da ruptura contratual: da rota de colisão à ruptura efetiva.

Para além da fixação do prazo como estratégia de segurança, o impacto do tempo sobre os contratos – sobretudo os negócios mais complexos – é administrado pelos agentes econômicos e pelos seus assessores jurídicos, responsáveis por redigir os instrumentos que têm por propósito documentar e guiar as operações em discussão. Durante as negociações, eles atuam sob circunstâncias conhecidas e bem descritas pelo que se convencionou denominar Nova Economia Institucional[98] – que divergem do conhecimento que subjaz ao paradigma jurídico clássico sobre a formação da vontade contratual[99].

[98] Refere-se à Nova Economia Institucional ("*New Institutional Economics*") como um campo interdisciplinar do conhecimento que avalia o funcionamento da realidade econômica incorporando influxos jurídicos, da sociologia, da teoria política e da antropologia, reconhecedor de que as empresas não somente representam centros de produção de riquezas, mas também formas de organização – dependentes, portanto, de um conjunto de elementos para tanto, como as instituições, os contratos, as formas de governança, os direitos de propriedade e a compreensão de como se dão as relações no mercado, donde se destacam os custos de transação. Atribui-se sua gênese a RONALD COASE, a partir da publicação do seu clássico "*The nature of the firm*", de 1937 (COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, Londres, v. 4, issue 16, nov. 1937). Já o termo Nova Economia Institucional se atribui a OLIVER WILLIAMSON, empregado para destacar as diferenças de métodos e propósitos entre as novas ideias das correntes inspiradas na contribuição de COASE e as teorias que a precederam (cf. WILLIAMSON, Oliver. *Markets and hierarchies*: analysis and antitrust implications. Nova Iorque: The Free Press, 1975, p. 1-19, 1975). Entre as principais formulações derivadas da Nova Economia Institucional estão as chamadas *teoria dos custos de transação*, a *teoria dos direitos de propriedade* e a identificação dos problemas relativos à *teoria da agência*. Para uma análise geral da Nova Economia Institucional, cf. BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (ed.). *New Institutional Economics*: a guidebook. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

[99] A dogmática clássica do direito contratual se formou sob o paradigma do sujeito de direito abstrato, dotado de autonomia plena e capaz de agir munido de todas as informações necessárias para tomar decisões conscientes e racionais. Esse sujeito não existe no mundo dos fatos, todavia. Sobre a distinção entre as perspectivas das teorias contratuais clássica, neoclássica e a teoria dos *contratos relacionais*, cf. MACEDO

A primeira delas é a consciência de que contratar implica *custos de transação*[100] – que podem se dividir em custos *ex ante* e custos *ex post*, remetendo-se a OLIVER WILLIAMSON, que assim os sintetiza:

> "Os custos de transação de tipo *ex ante* e *ex post* são comumente diferenciados. Os primeiros são os custos de minutar, negociar e prever salvaguardas nos contratos. Isso pode ser feito com alto nível de cuidado, caso no qual se minuta um documento complexo, no qual várias contingências são reconhecidas, e as partes estipulam antecipadamente as adaptações apropriadas para tanto. Ou o documento pode ser bastante incompleto, com lacunas a serem preenchidas pelas partes conforme as contingências surjam. Em vez, portanto, de contemplar todas as pontes a serem cruzadas antecipadamente, o que é uma tarefa bastante ambiciosa, somente as efetivas decisões sobre cruzar ou não a ponte são tomadas, conforme os eventos se implementem"[101].

Trata-se, pois, dos custos para desenvolver o projeto desejado, conhecer a contraparte, engajar assessores responsáveis pelas negociações, controlar o desempenho do empreendimento, efetuar o desinvestimento, litigar e assim por diante. E os agentes desejam diminuir esses custos tanto quanto possível[102], de modo a extrair da operação econômica resultado eficiente.

JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 97-256.

[100] Na expressão clássica (e sempre reproduzida) de KENNETH ARROW, os *custos de transação*, que não se confundem com os *custos de produção*, representam os "custos de se recorrer ao sistema econômico" (ARROW, Kenneth. The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market versus non-market allocation. In: *The analysis and evaluation of public expenditure*: the PPB System. US Congress, Joint Economic Committee, Washington D. C., mai. 1969, p. 48; no contexto: "[i]*t is usually though not always emphasized that transaction costs are costs of running the economic system*"). Sobre o tema, cf. WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 15-42.

[101] WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 20. No original: "*Transaction costs of* ex ante *and* ex post *types are usefully distinguished. The first are the costs of drafting, negotiating, and safeguarding an agreement. This can be done with a great deal of care, in which case a complex document is drafted in which numerous contingencies are recognized, and appropriate adaptations by the parties are stipulated and agreed to in advance. Or the document can be very incomplete, the gaps to be filled in by the parties as the contingencies arise. Rather, therefore, than contemplate all conceivable bridge crossings in advance, which is a very ambitious undertaking, only actual bridge-crossing choices are addressed as events unfold*".

[102] Na síntese de OLIVER WILLIAMSON, "as instituições econômicas do capitalismo têm como propósito e efeito principal economizar em custos de transação" (*The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 17; no original: "*the economic institutions of capitalism have the main purpose and effect of economizing on transaction costs*").

Os agentes econômicos também atuam conhecedores de sua *racionalidade limitada* – isto é, a percepção de que não lhes é possível (ou economicamente viável) ter todas as informações necessárias para definir a conduta a tomar perante qualquer contingência que possa surgir na execução do contrato[103]. Isso se dá sobretudo em razão dos altos custos necessários para obter essas informações *antes* ou verificar a ocorrência dos fatos *depois*. Disso deriva a conclusão de que esses contratos são invariavelmente incompletos.

Note-se que a acepção de incompletude contratual por vezes tem ligeiras distinções no vocabulário de economistas e juristas. Para os juristas, a incompletude de um contrato deriva da sua *impossibilidade de descrever todas as obrigações de parte a parte e antever todos os cenários para contingências futuras*[104], em razão das premências do tempo, das limitações da linguagem ou das inconveniências dos custos para obter as informações necessárias para tanto – donde derivam problemas relativos ao modo de preenchimento dessas lacunas na ausência de consenso[105]. Na visão econômica, a incompletude do contrato vai além da inevitável existência de lacunas: preocupa-se com a incapacidade de se estabelecer de antemão o *conjunto de obrigações mais eficiente possível* para todo e qualquer cenário futuro[106]. Isto é: se o conjunto de regras combinado entre as partes não for capaz de lhes antecipar o resultado ótimo para cada cenário vindouro, forçando-lhes a cumprir uma obrigação ineficiente ou a renegociar os termos do negócio, isso resulta numa contratação *incompleta* na visão econômica[107].

---

[103] Significa dizer que os agentes econômicos são racionais, mas sua racionalidade encontra limites no grau de informação e nas premências do tempo que incidem sobre cada processo de tomada de decisão. Atribui-se o conceito de *bounded rationality* a HERBERT SIMON, sintetizado na frase, repetida pelas fontes que lhe sucederam, de que, no mundo real, os agentes se comportam de modo "pretensamente racional, mas apenas de forma limitada" (*Administrative behavior*: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4. ed. Nova Iorque: The Free Press, 1997, p. 88, tradução livre; no original: "*Indeed – as will become increasingly evident – it is precisely in the real world where human behavior is* intendedly *rational, but only* boundedly *so, that there is room for a genuine theory of organization and administration*"; grifos do original).

[104] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005, p. 190.

[105] Para exame profundo sobre o tema, cf. PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. 2013. Tese (Livre-Docência do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013, em especial p. 308-345.

[106] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005, p. 190.

[107] Dessa incompletude econômica derivam outras preocupações, com destaque para o risco do designado "*hold-up*" – isto é, a oportunidade que o agente tem de se aproveitar da posição favorável em que se encontra perante a contraparte, seja pela titularidade de um ativo específico ou por uma lacuna contratual, de modo a exigir condutas num cenário de renegociação que não lhe seria dado fazer se a contingência tivesse sido

Outra circunstância é o reconhecimento de que os agentes econômicos podem adotar *comportamentos oportunistas* – ou seja, eles buscam os seus próprios interesses nas transações, podendo se aproveitar de lacunas contratuais ou fatos supervenientes em detrimento dos parceiros ao longo do empreendimento[108]. Diante desse risco constante, os redatores procuram proteger os interesses dos seus clientes mediante o estabelecimento de salvaguardas, incentivos ao cumprimento e desincentivos ao descumprimento.

Os agentes são ainda cientes de que os riscos jurídicos e econômicos de suas operações variam significativamente a depender do grau de *especificidade do ativo* a que se referem[109]. Operações triviais, envolvendo objetos ou atividades de fácil reposição no

---

contemplada num instrumento contratual que previsse para tanto uma solução economicamente eficiente. O tema é explorado no contexto da contratação de grandes obras por CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 145-149.

[108] OLIVER WILLIAMSON assim descreve o oportunismo a que se refere a Nova Economia Institucional: "*By opportunism I mean self-interest seeking with guile. This includes but is scarcely limited to more blatant forms, such as lying, stealing, and cheating. Opportunism more often involves subtle forms of deceit. Both active and passive forms and both* ex ante *and* ex post *types are included.* Ex ante *and* ex post *opportunism are recognized in the insurance literature under the headings of adverse selection and moral hazard, respectively. The first is a consequence of the inability of insurers to distinguish between risks and the unwillingness of poor risks candidly to disclose their true risk condition. Failure of insureds to behave in a fully responsible way and take appropriate risk-mitigating actions gives rise to* ex post *execution problems. Both conditions are subsumed under the heading of opportunism. More generally, opportunism refers to the incomplete or distorted disclosure of information, especially to calculated efforts to mislead, distort, disguise, obfuscate, or otherwise confuse. It is responsible for real or contrived conditions of information asymmetry, which vastly complicate problems of economic organization*" (*The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 47-48). Em tradução livre: "Por oportunismo quero dizer a busca do auto-interesse com malícia. Isso inclui mas dificilmente se limita a formas mais flagrantes tais como mentir, roubar e enganar. O oportunismo envolve mais frequentemente formas sutis de engano. Ambas as formas passivas e ativas e ambos os tipos *ex ante* e *ex post* são incluídos. Oportunismos *ex ante* e *ex post* são reconhecidos na literatura de seguros sob os nomes de seleção adversa e *moral hazard*, respectivamente. A primeira é uma consequência da inabilidade de seguradoras de distinguirem entre riscos e a indisposição de segurados de menor porte informarem francamente sua verdadeira condição de risco. A falha dos segurados em se comportar de forma plenamente responsável e de adotar ações mitigadoras de riscos apropriadas origina problemas de execução *ex post*. Ambas as condições são subsumidas sob a alcunha de oportunismo. De modo mais geral, o oportunismo se refere à divulgação incompleta ou distorcida da informação, especialmente aos esforços calculados de induzir ao erro, distorcer, esconder, ofuscar ou confundir de alguma outra forma. É responsável por condições reais ou artificiais de assimetria de informação, o que complica sobremaneira problemas de organização econômica".

[109] Recorrendo-se uma vez mais às lições de OLIVER WILLIAMSON: "*Suffice it to observe here that (1) asset specificity refers to durable investments that are undertaken in support of particular transactions, the opportunity cost of which investments is much lower in best alternative uses or by alternative users should the original transaction be prematurely terminated, and (2) the specific identity of the parties to a transaction plainly matters in these circumstances, which is to say that continuity of the relationship is valued, whence (3) contractual and organizational safeguards arise in support of transactions of this kind, which safeguards are unneeded (would be the source of avoidable costs) for transactions of the more familiar neoclassical (nonspecific) variety*" (WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 55). Em tradução livre: "Basta observar aqui que a especificidade do ativo se refere a investimentos duráveis que são feitos em

mercado, tendem a exigir menos proteções do que aquelas relativas a bens ou empreendimentos complexos, escassos ou que exigem investimentos mais robustos e duradouros, de difícil realocação – o que força as partes a manter relações mais próximas do que as necessárias para quem busca serviços ou produtos no mercado indistintamente[110].

A relevância de se considerar essa especificidade do ativo ou do investimento se amplifica diante de outra premissa crucial sob a qual atuam os agentes econômicos: a *incerteza acerca do comportamento da contraparte*. Sabedores de que a incompletude contratual tende a gerar margem de necessidade de discussões futuras, seja para preencher os termos de uma lacuna, para renegociar aspectos contingentes ou para dirimir controvérsias, e que os espaços dessa zona cinzenta tendem a aumentar quanto maior for a incerteza a que se submetem, os contratantes precisam se cercar de cautelas e alternativas para lhes ajudar a "resolver os problemas"[111] que lhes esperam à frente.

Essa conjunção de fatores conduz os agentes econômicos a buscar uma série de medidas para proteger suas posições; afinal, parte-se das premissas de que o planejamento das operações é necessariamente incompleto (por conta da racionalidade limitada); que os compromissos firmados de parte a parte podem se frustrar (em razão do oportunismo); e que a perspectiva de manutenção da relação é relevante (diante da especificidade dos investimentos).

É nesse contexto que se concentra o foco da chamada *economia dos custos de transação*: "organizar as transações de modo a economizar num contexto de racionalidade

---

apoio a operações específicas, e em que o custo de oportunidade de tais investimentos é bem menor em usos alternativos melhores, ou por usuários alternativos, caso a operação original seja encerrada prematuramente, de modo que a identidade específica das partes de uma operação claramente importa nessas circunstâncias – o que significa dizer que a continuidade da relação tem valor, de modo que as salvaguardas contratuais e organizacionais surgem em apoio a operações desse tipo, ao passo que essas salvaguardas são desnecessárias (seriam fonte de custos evitáveis) para operações do tipo mais assemelhado ao neoclássico (não específica)".

[110] Assim, os contratos "podem proteger, e por consequência encorajar, o que os economistas chamam de 'investimentos específicos' e os advogados se referem como '*reliance expenditures*'" (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005, p. 189). No original: "*Contracts can protect, and thereby encourage, what economists call 'specific investments' and what lawyers refer to as 'reliance expenditures'*".

[111] WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 60. No original: "*Whenever assets are specific in nontrivial degree, increasing the degree of uncertainty makes it more imperative that the parties devise a machinery to 'work things out' – since contractual gaps will be larger and the occasions for sequential adaptations will increase in number and importance as the degree of uncertainty increases*".

limitada, ao mesmo tempo em que se protegem as transações dos perigos do oportunismo"[112]. E é esse o ambiente que exige a compreensão das *estruturas de governança* mais adequadas para cada tipo de investimento[113] – variando a escolha dos agentes econômicos entre recorrer ao *sistema de preços no mercado* (buscando suas necessidades mediante contratos descontínuos), às *estruturas hierárquicas* (optando pela integração vertical, incorporando suas necessidades em seu processo produtivo interno) ou, no meio do caminho, às chamadas *formas híbridas de contratação* (isto é, mediante relações contratuais de longo prazo).

As operações que se estudam nesta tese transitam pelo que a teoria econômica convencionou denominar de *formas híbridas*, que são aquelas relações contratuais, normalmente de longo prazo, em que as partes "mantêm autonomia, mas o negócio é mediado por mecanismos de contratação elásticos", a ponto de exigir "mecanismos de adaptação especiais para efetuar o realinhamento entre os agentes e restaurar a eficiência quando perturbados por distúrbios inesperados"[114]. São contratações complexas, exemplificadas por contratos de fornecimento de longo prazo, *joint ventures*, franquias, parcerias para serviços de alto valor agregado, entre outros. Contratos que podem exigir mecanismos de governança razoavelmente intrincados, a depender da complexidade do seu objeto.

Mas prever salvaguardas contratuais não é suficiente – pois o papel aceita tudo, e nem tudo funciona na prática. Por isso, a práxis também considera na sua atuação a relevância do *ambiente institucional* em que as operações se inserem. Não basta apenas negociar e minutar instrumentos detalhados e compreensíveis; é preciso saber até que ponto as obrigações integrantes de uma operação podem ser efetivamente executadas em

---

[112] WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 32. No original, e no contexto: "*This is the world of governance. Since the efficacy of court ordering is problematic, contract execution falls heavily on the institutions of private ordering. This is the world with which transaction cost economics is concerned. The organizational imperative that emerges in such circumstances is this: Organize transactions so as to economize on bounded rationality while simultaneously safeguarding them against the hazards of opportunism*".

[113] WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 7.

[114] WILLIAMSON, Oliver. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. *Administrative Science Quarterly*, [s. l.], v. 36, n. 2, jun. 1991, p. 217-272. No original: "*As developed below, hybrid modes of contracting are supported by neoclassical contract law. The parties to such contracts maintain autonomy, but the contract is mediated by an elastic contracting mechanism.* […] *More generally, long-term, incomplete contracts require special adaptive mechanisms to effect realignment and restore efficiency when beset by unanticipated disturbances*".

caso de inadimplemento, ou se as escolhas de alocação de riscos e responsabilidades tendem a ser respeitadas caso alguma contingência relevante se materialize. Isso significa compreender o modo de funcionamento dos tribunais, o custo da judicialização, as regras sobre ônus da prova e o grau de maturidade dos intérpretes jurídicos sobre o tipo contratual adotado, entre outros fatores.

Significa também compreender que o grau de complexidade dessas operações – e as inconveniências de se recorrer à via litigiosa – faz com que se deva levar em conta a maneira como os agentes econômicos por vezes resolvem suas divergências *sem o recurso a instrumentos jurídicos contenciosos*. Trata-se da advertência acerca do equívoco de se imaginar um *centralismo jurídico*[115] que exija sempre que as disputas sejam resolvidas mediante os instrumentos jurídicos de solução de litígios.

Afinal, a observância da realidade empresarial demonstra que grande parte das controvérsias se resolve *fora dos tribunais*, mediante mecanismos que independem da tutela judicial, cujas soluções por vezes se pautam em fenômenos que a dogmática jurídica tem dificuldade de encapsular, como aspectos reputacionais ou o nível de confiança entre os executivos de cada agente econômico[116].

Perante essa síntese de circunstâncias, os avanços da Nova Economia Institucional forçam o jurista à provocação inevitável de que, uma vez que custos de transação e mecanismos de governança se entrelaçam, não se pode querer guardar o bolo e comê-lo ao

---

[115] A expressão – e o diagnóstico – são de MARC GALANTER, em texto influente, seguidas vezes reproduzido pelos estudiosos da Nova Economia Institucional e do acesso à justiça: "*This notion of a good match between forum and dispute is set within a framework of presuppositions about disputes and forums. Typically it is assumed that disputes require 'access' to a forum external to the original social setting of the dispute, a location at which some specialized learning or expertise will be brought to bear. Remedies will be provided as prescribed in some body of authoritative learning and dispensed by experts who operate under the auspices of the state. The view that the justice to which we seek access is a product that is produced – or at least distributed – exclusive by the state, a view which I shall for convenience label 'legal centralism', is not an uncommon one among legal professionals*" (Justice in may rooms: court, private ordering, and indigenous law. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 13, n. 19, 1981, p. 1). Em tradução livre: "Essa noção de que há uma boa combinação entre juízo e disputa é definida dentro de um quadro de pressuposições sobre disputas e juízos. Tipicamente, presume-se que as disputas exigem 'acesso' a um juízo externo ao seu contexto social original, que tenha algum conhecimento especializado ou expertise. Os remédios devem ser fornecidos conforme estabelecido por algum corpo de conhecimento de reputação autorizada e aplicados por especialistas que operam sob os auspícios do Estado. A ideia de que a justiça que procuramos acessar é um produto que é produzido – ou pelo menos distribuído – exclusivamente pelo Estado não é incomum entre profissionais jurídicos. Por conveniência, o autor denomina essa visão de 'centralismo jurídico'".

[116] WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 20-21.

mesmo tempo[117]: isto é, tanto a definição dos termos *ex ante* como a maneira com a qual os contratos são executados *ex post* variam conforme as características dos investimentos e dos mecanismos de governança que lhe são associados (contenciosos ou não), os quais se incrustam em cada transação. Por isso, e uma vez mais nas palavras de OLIVER WILLIAMSON, "é importante que se estudem as contratações na sua inteireza"[118].

2.1. O design contratual

Diante dessas constatações da Nova Economia Institucional, absorvidas pela prática de modo intuitivo ou consciente, um conjunto de estudiosos da teoria jurídica dos contratos passou a avaliar como as definições do uso de mecanismos jurídicos ou extrajurídicos de *enforcement*, dos parâmetros sobre o objeto contratado e da redação e estruturação das cláusulas podem representar escolhas determinantes sobre a eficiência da operação e, mais do que isso, *estratégias de gerenciamento dos custos das disputas*, com destaque para trabalhos de ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS[119], propagadores do que se convencionou

[117] A expressão espirituosa é de OLIVER WILLIAMSON, cuja transcrição e contexto se encontram na nota seguinte.

[118] WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 35. No original, e no contexto integral: "*Inasmuch as price and governance are linked, parties to a contract should not expect to have their cake (low price) and eat it too (no safeguard). More generally, it is important to study* contracting in its entirety. *Both the* ex ante *terms and the manner in which contracts are thereafter executed vary with the investment characteristics and the associated governance structures within which transaction are embedded*".

[119] Ambos os autores, individualmente ou em coautoria, produziram textos fundamentais sobre o assunto. Destacam-se entre eles o introdutório "*Incomplete contracts and the theory of contract design*", publicado no *Case Western Reserve Law Review*, vol. 56, nº 1, set./dez. 2005, p. 188-201, que serviu de ensaio para o definitivo "*Anticipating litigation in contract design*", publicado no *The Yale Law Journal*, vol. 115, nº 4, jan. 2006, p. 814-879. Não seria exagero atribuir ao último o epíteto de texto *seminal* sobre a matéria, o que justifica as referências constantes a seu respeito nas próximas linhas – aliás, o tão só fato de uma versão preliminar desse texto ter circulado sob o sugestivo título "*Principles of contract design*" (disponibilizado desde maio de 2015 em https://ssrn.com/abstract=722263), um ano antes de sua publicação oficial no *The Yale Law Journal*, indica seu papel central nos postulados propostos pelos autores. A teoria do design contratual tem sido subsequentemente retomada por outros textos, muitos deles também contando com autoria ou coautoria de ROBERT SCOTT ou GEORGE TRIANTIS, e passou a receber adesão e desenvolvimento de outros estudiosos. Relacionam-se aqui alguns desses textos: KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1023-1104; CHOI, Albert; TRIANTIS, George. Strategic vagueness in contract design: the case of corporate acquisitions. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 119, n. 5, mar. 2010, p. 848-924; GILSON, Ronald J.; SABEL, Charles F.; SCOTT, Robert. Contract and innovation: the limited role of generalist courts in the evolution of novel contractual forms. *New York University Law Review*, Nova Iorque, v. 88, n. 1, abr. 2013, p. 170-215; VERSTEIN, Andrew. *Ex tempore* contracting. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 55, issue 5, article 5, 2014, p. 1869-1932; GILSON, Ronald J.; SABEL, Charles F.; SCOTT, Robert. Text *and* context: contract interpretation as contract design. *Cornell Law Review*, vol. 100, 2014, p. 23-98; e SCOTT, Robert. Contract design and the shading problem. *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 99, n. 1, 2015, p. 1-38.

denominar teoria do design contratual ("*theory of contract design*")[120]. Uma perspectiva que pressupõe "uma compreensão mais estruturada de como funciona o processo de *enforcement* dos contratos"[121].

Por design contratual, entende-se o conjunto de escolhas efetuadas para moldar os contratos de modo funcional, adotando meios estruturais que visam a atender aos objetivos e necessidades dos agentes econômicos, o que pressupõe antever cenários de disputas e traçar alternativas de modo estratégico, com o propósito de que os investimentos em custos de transação sejam eficientes e que se evitem comportamentos oportunistas.

Essa noção parte daquele pressuposto jurídico de que todos os contratos são incompletos, por ser praticamente impossível aos agentes antever todas as contingências futuras, todos os cenários alternativos, todos os riscos incidentes sobre as operações e, ainda por cima, discutir e chegar a um consenso sobre as consequências contratuais dessas contingências, desses cenários, desses riscos. Raramente há tempo suficiente para que se ponham à mesa todas essas questões, e os custos para tanto são elevados.

Ainda assim, mesmo se fosse teoricamente possível antever, discutir e acordar sobre todos os aspectos relevantes, seria necessário incorrer em outros custos igualmente altos para avaliar e demonstrar a ocorrência das hipóteses antevistas e, uma vez implementadas, aplicar as consequências acordadas. Daí porque se diz que qualquer contrato é incompleto, mesmo se não for dotado de maior complexidade.

Isso faz com que a práxis procure identificar maneiras de lidar com essa incompletude, de gerenciá-la – seja (a) ao se definirem mediante consenso parâmetros

---

[120] Esta tese opta em adaptar a expressão *theory of contract design* ao português como "teoria do design contratual", tanto em homenagem ao nome original do marco teórico como pelo fato de o termo "design" já ter sido incorporado ao vernáculo, em linha com o que indicam nossos principais dicionaristas (como é o caso de FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004, p. 650). A nomenclatura também foi adotada por ANALLUZA BRAVO BOLIVAR, em artigo no qual passa em revista a essência dos escritos de ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS sobre a teoria (BOLIVAR, Annaluza Bravo. A teoria do "design" contratual: Sua aplicabilidade face às regras de interpretação do contrato no Brasil. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 18, set. 2016). Registra-se, todavia, que outros estudiosos brasileiros que se referiram aos apontamentos da *theory of contract design* têm preferido a nomenclatura "arquitetura contratual", como se pode ver em especial em cursos e eventos promovidos no âmbito da FGV Direito SP, sob coordenação do Prof. WANDERLEY FERNANDES.

[121] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005, p. 187. No original, os autores sugerem que a teoria econômica do contrato "*should incorporate a more textured understanding of the process for judicial enforcement of contracts*".

controláveis sobre o objeto contratado, (b) ao se moldarem mecanismos capazes de tornar as condutas contratuais juridicamente exigíveis no futuro a custo razoável, ou (c) ao se optar por fazer com que certos compromissos não sejam exigidos juridicamente, ficando lastreados apenas em relações de confiança. Trata-se de uma espécie de gerenciamento que perpassa todo o corpo contratual, indo desde o grau de detalhamento da definição do conteúdo do negócio, como as características das prestações, passando pela definição de regras sobre quem arca com certos ônus e riscos contratuais, até a disciplina dos instrumentos destinados a reger a suspensão ou a extinção das suas obrigações principais.

Observa-se assim que, diante do risco inexorável da incompletude, das incertezas derivadas das operações e das dificuldades naturais envolvidas numa possível disputa, os agentes econômicos decidem *quanto* e *como* desejam investir em custos de transação ao (a) escolher entre adotar mecanismos de *enforcement*[122] juridicamente exigíveis ou baseados em relações de confiança; e (b) ao *variar o grau de precisão dos termos contratuais*. Isso porque, excetuada a hipótese de a operação ser naturalmente bem-sucedida, em algum momento pode ser necessário enfrentar uma contingência ou preencher o conteúdo de certos parâmetros contratuais – o que pode ocorrer *durante as negociações* (no chamado momento *ex ante*) ou somente *uma vez surgida a contingência* (ou seja, no momento futuro, *ex post*).

Esse gerenciamento, que envolve escolher entre meios de *enforcement* judicial ou relacional, e entre investimentos *ex ante* ou *ex post* em custos de transação, é o que sintetiza o *design contratual*. Nas palavras de JODY KRAUS e ROBERT SCOTT:

> "Os desafios do design contratual requerem o uso de várias combinações de normas jurídicas ou relacionais, bem como de

[122] Registra-se aqui a dificuldade de se capturar por completo a carga semântica do termo *enforcement* ao traduzi-lo para o português. Embora sua acepção mais evidente (e utilizada entre estudiosos brasileiros) seja a capacidade de se buscar o *cumprimento forçado* (ou a *exigibilidade*) de uma regra mediante instrumentos jurídicos, o uso do termo no inglês por vezes conta com sutilezas que ultrapassam essa esfera – vide o conceito sobre alguns contratos serem *self-enforcing*, explorado nas notas 163 e 164. Por isso, a tradução de *enforcement* pode variar ao longo deste trabalho, inclusive tendo o autor optado em alguns momentos por manter a expressão no original em inglês, quando a carga semântica do texto reproduzido ou da ideia a ser transmitida assim sugerir.

> regras e *standards*, para otimizar os contratos à luz da incerteza sobre o futuro e das dificuldades para produzir provas"[123].

É curioso notar que os textos que incorporam a teoria do design contratual não chegam a justificar a origem da nomenclatura, ou a escolha do vocábulo "design". Mas GEORGE TRIANTIS deixou pistas a respeito em visita ao Brasil, durante evento ocorrido em 24.3.2015 na Fundação Getúlio Vargas, em São Paulo[124], ao suscitar que a expressão se inspira em perspectivas da inovação tecnológica.

Segundo a manifestação do professor de Stanford, o papel do design no desenvolvimento de novas tecnologias é *funcional*: fazer com que um produto consiga atender às necessidades do consumidor – o que exige raciocinar sobre essas necessidades, montar as engrenagens adequadas, estabelecer um protótipo e testá-lo, num processo interativo. Traçando o paralelo com a realidade contratual, GEORGE TRIANTIS procura então demonstrar que a elaboração de contratos também guarda essas mesmas características – donde se captura a ideia do design como a busca em moldar a estrutura do instrumento contratual com os olhos postos no seu aspecto funcional, visando a atender aos objetivos e necessidades de parte a parte[125].

2.2. Os custos de negociação e os custos de implementação no design contratual

A essência dos raciocínios que presidem o design contratual envolve o *gerenciamento sobre a realização de investimentos* na etapa inicial da contratação, ao longo da redação dos instrumentos, ou sua postergação para o momento futuro, durante a

---

[123] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1102; no original: "*The challenges of contract design thus require parties to use various combinations of legal and relational norms, as well as contractual rules and standards, to optimize their contract in light of uncertainty about the future and the difficulties of proof*".

[124] A íntegra da participação de GEORGE TRIANTIS no evento "*Contract Enforcement in Brazil: Challenges and Substitutes*", está disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=nQJ4pT1kBTQ&t=2827s>, acessado em 18.3.2019.

[125] Inspirada no *insight* deixado por GEORGE TRIANTIS, ANALLUZA BRAVO BOLIVAR elabora: "O 'design' é um meio de adicionar valor, um instrumento para introduzir diferenciações. 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" (BOLIVAR, Annaluza Bravo. A teoria do "design" contratual: Sua aplicabilidade face às regras de interpretação do contrato no Brasil. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 18, set. 2016, versão eletrônica, p. 3).

execução do contrato ou diante de uma controvérsia concreta, bem como *o manejo estratégico do texto contratual* para atingir resultado eficiente.

Os recursos investidos no momento *ex ante*, empreendidos durante as tratativas contratuais, são designados "*front-end transaction costs*", ao passo que os custos incidentes no momento posterior, já diante da contingência materializada, se denominam "*back-end transaction costs*"[126] ou "*back-end enforcement costs*"[127]. Numa adaptação aproximada, e à luz da função que pretendem cumprir, pode-se tratá-los como os *custos de negociação* e os *custos de implementação* (ou *custos da disputa*).

Os *front-end transaction costs* envolvem, em síntese, o conjunto de custos derivados da necessidade de se especificarem *ex ante* as contingências relativas a possíveis cenários futuros. Como se adiantou, seu estudo pela teoria econômica se deve em grande parte às contribuições de OLIVER WILLIAMSON, que os descreve como "aqueles [custos] incorridos para minutar e negociar acordos, [que podem variar] de acordo com o design do bem ou serviço a ser produzido"[128]. Trata-se, pois, de investimentos relativos a prever possíveis contingências futuras, "a determinar obrigações a serem executadas de modo eficiente para cada contingência, à barganha sobre a partilha do excedente contratual e à minuta de uma redação do contrato que comunique a intenção das partes para os tribunais"[129].

Por sua vez, os *back-end enforcement costs* representam os custos decorrentes da *implementação* das medidas contratualmente previstas, bem como das *controvérsias* que surgem quando o contrato é inadimplido ou se torna desinteressante para uma das partes[130].

---

[126] A nomenclatura é adotada (e os conceitos, detalhados) por SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 823-839.

[127] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1028.

[128] WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 388. No original: "*The* ex ante *costs are those incurred in drafting and negotiating agreements. They vary with the design of the good or service to be produced*".

[129] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 823, tradução livre. No original: "*The parties invest in foreseeing possible future contingencies, determining the efficient obligations that should be enforced in each contingency, bargaining over the share of the contracting surplus, and drafting the contract language that communicates their intent to courts*".

[130] WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 388.

Começam, a bem dizer, pelos *custos de comprovação* (ou *custos de verificação*[131]) das condutas contratualmente esperadas (os "*verification costs*"[132]) – como os custos envolvidos na fiscalização de uma obra, no monitoramento contínuo de um projeto de longo prazo, na auditoria periódica dos documentos gerenciais de um concessionário ou no acompanhamento do desempenho de um franqueado, por exemplo.

Perpassam também os *custos da disputa* que se venha a instaurar entre as partes ("os custos antevistos para litigar"[133]), notadamente aqueles relacionados à *instauração da demanda* (custas judiciais, taxas de administração de procedimentos arbitrais, honorários advocatícios) e à sua *produção probatória* (o que envolve não somente os custos diretos com peritos ou assistentes técnicos, mas também o tempo e os esforços empreendidos pelas equipes gerenciais das empresas, que precisam se desfocar de suas tarefas diárias para recuperar documentos, produzir relatórios, instruir e acompanhar o desenvolvimento da disputa em conjunto com seus assessores jurídicos). Envolvem ainda alguns custos indiretos, que englobam os riscos da *manutenção da incerteza* e de possível *erro no julgamento* dos pleitos do agente econômico[134].

---

[131] Percebe-se que alguns estudiosos brasileiros optam por traduzir a expressão inglesa "*verification costs*" como *verificação* ou *verificabilidade* (por exemplo, CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 189). A versão não está equivocada, pois um dos sentidos que os dicionários da língua portuguesa reconhecem para o verbo *verificar* é o de "corroborar, confirmar, comprovar" (versão eletrônica do *Grande Dicionário Houaiss*, disponível em https://houaiss.uol.com.br, acessado em 18.3.2019). No entanto, o uso mais corrente do verbo *verificar* parece ser o de "indagar ou examinar a veracidade" de alguma coisa – o que é diferente de *comprovar* a sua existência. E o verbo *to verify*, no inglês, não carrega esse último significado. Por isso, opta-se nesta tese por dar preferência à expressão *custos de implementação* ou *comprovação*, em vez de *custos de verificação*, de modo a destacar que os custos de que se trata se destinam a *demonstrar* algo, *comprová-lo*, e não somente indagar a respeito de sua existência.

[132] WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985, p. 388: "Os custos *ex post* incluem custos de instalação e os custos operacionais da estrutura de governança a que o monitoramento foi atribuído e ao qual as disputas são referenciadas e resolvidas; os custos de adaptação defeituosa em que se incorre pela impossibilidade de restaurar posições na curva contratual variável; os custos de barganha que acompanham os ajustes (ou a falta deles); e os custos de vinculação para realizar compromissos seguros"; no original: "*The* ex post *costs include the setup and running costs of the governance structure to which monitoring is assigned and to which disputes are referred and settled; the maladaptation costs that are incurred for failure to restore positions on the shifting contract curve; the haggling costs that attend adjustments (or the lack thereof); and the bonding costs of effecting secure commitments*".

[133] "*Back-end enforcement costs include the* expected costs of litigation" (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005, p. 196).

[134] A respeito de como o impacto da incerteza e do risco de erro sobre os agentes econômicos é analisado, cf. SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 831-834.

Para além do momento em que neles se incorre, o que os separa na essência é a *influência da incerteza* sobre a decisão dos agentes econômicos: afinal, os custos *ex ante* são incorridos num ambiente em que a própria implementação do fato contingente é incerta; já os custos *ex post* surgem diante do fato consumado, restando a incerteza sobre a capacidade da parte de demonstrá-lo para o terceiro julgador[135].

É, então, essa escolha dos agentes econômicos no gerenciamento dos custos de transação, no mais das vezes direcionada pelos redatores dos instrumentos contratuais[136], e conduzida por fatores exógenos como o grau de incerteza envolvido na operação e os custos para redigir os instrumentos escritos[137], que corporifica o design contratual. Alguns exemplos ajudam a ilustrar o ponto.

2.3. A definição dos parâmetros no design contratual ("*choice of proxy*")

Inicia-se pelo grau de detalhamento na descrição do objeto contratado[138], que pode consistir em escolha relevante no plano do design contratual – e, consequentemente, repercutir na eficiência da operação de modo geral.

Pense-se, por exemplo, num contrato de fornecimento de peças de um fabricante para uma montadora de equipamentos industriais – tipo contratual que, diferentemente das relações episódicas de compra e venda, costuma envolver relação duradoura, muitas vezes firmada por prazo determinado, mediante contratos-quadro[139] nos quais os parceiros

---

[135] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 823.

[136] Cumpre registrar a provocação – cuja veracidade não se pode afastar – do diagnóstico de PAULA FORGIONI a respeito do papel dos redatores: "Em contratos complexos, não é incomum que o redator coloque-se como consultor externo, apartando-se do 'setor operacional' da empresa. Esse fato influencia a compreensão e interpretação dos contratos modernos: não raro, os instrumentos são redigidos por profissionais não familiarizados com aquele mercado ou com a dimensão técnica do negócio" (*Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 82).

[137] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1070.

[138] Utiliza-se aqui o termo *objeto contratado* em acepção ampla, capaz de contemplar tanto o *objeto da obrigação* como o *objeto da prestação*. Sabe-se que o rigor dogmático diferencia as duas figuras. O *objeto da obrigação* consiste na prestação combinada entre as partes – um dar, um fazer ou um não-fazer. Já *objeto da prestação* consiste na coisa ou o serviço a respeito do qual se aguarda um comportamento (por todos, cf. GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 21). Para os fins do que se pretende analisar no momento, o grau de detalhamento empreendido no design contratual pode incidir tanto sobre o objeto da obrigação (qual prestação se aguarda) como sobre o objeto da prestação (as qualidades do bem ou serviço a ser prestado).

[139] Adota-se aqui o conceito de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO a respeito dos *contratos-quadro*: "O contrato-quadro (*contrat-cadre*, *Rahmenvertrag*) pode ser definido como aquele que busca fixar algumas das principais regras às quais se submeterão os contratos pontuais a serem futuramente celebrados pelas partes; o

definem os parâmetros qualitativos sobre o material a ser fornecido, variando se as remessas devem ser por periodicidade específica ou se devem ser efetuadas mediante ordens de compras específicas por demanda.

Ao negociar os termos gerais da contratação, as partes podem optar por detalhar ao máximo as feições da peça a ser fornecida: seu peso, suas dimensões, sua composição química, sua resistência, e assim por diante. Ao fazê-lo, incorrem em custos de negociação significativos, pois o fabricante deve se certificar de que é capaz de manter a entrega *daquela peça*, com *aquelas propriedades*, o que o força a vislumbrar os esforços necessários para fazer frente à demanda e, por consequência, barganhar posições contratuais compatíveis com sua capacidade de investimento. A seu turno, a montadora se encontra no dever de se assegurar de que *aquelas peças*, com *aquelas propriedades*, satisfazem suas necessidades para montagem do seu produto – com o que também deve vislumbrar os esforços necessários para absorver aqueles insumos e produzir adequadamente, e também barganhar posições contratuais pertinentes a esse cenário.

Uma negociação bem-sucedida na fase *ex ante* pode facilitar a tarefa das partes no caso de inadimplemento futuro – seja se o fabricante fornecer peças inadequadas, seja se a montadora se recusar a pagar por peças adequadas, mas que julga insatisfatórias: basta que se verifique a compatibilidade entre as feições das peças *negociadas* entre as partes e as propriedades das peças efetivamente *entregues*. Se os custos dessa demonstração forem baixos, o investimento efetuado nas tratativas tende a resultar eficiente. No entanto, uma falha de qualquer dos agentes nesse processo de negociação pode ter resultados insatisfatórios para ambos: se o fabricante não for capaz de responder à demanda, ou se a montadora perceber que aquelas peças não servem ao propósito que imaginava, a operação como um todo tende a se frustrar.

---

contrato-quadro visa criar um quadro único para governar o conjunto de relações continuadas entre os contratantes. Os contratos a serem futuramente celebrados podem ser denominados contratos de execução (*contrats d'application*), na medida em que concretizam o contrato-quadro; eles preenchem o 'quadro' previamente delimitado. Característica do contrato-quadro, portanto, é a vontade das partes de concluir futuros contratos de execução, submetidos a um regime único predeterminado, é a *affectio modulus* ou a vontade de 'standardização'" ((Parecer) Contrato-quadro. Impossibilidade superveniente da obrigação e celebração dos contratos de execução (compra e venda) por inexistência de critério consensual para a estipulação do preço. Inadmissibilidade de arbitramento judicial do preço. Resolução *ex nunc* dos contratos-quadro e restituição de enriquecimento sem causa. In: _____. Direito das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167).

Mas esse grau de detalhamento pode dar margem à adoção de comportamentos oportunistas, o que não se pode desprezar. Isso porque o fabricante pode buscar reduzir ao máximo seu custo de produção, a ponto inclusive de afetar a qualidade da peça a fornecer, desde que seja capaz de atender aos parâmetros fixados no contrato. Indo além, se o exercício de verificar a compatibilidade entre as peças fabricadas e as propriedades descritas no contrato for complexo e custoso para a montadora, o fabricante também pode ter o incentivo de ser minimalista e sequer observar os parâmetros contratuais, transferindo à contraparte o ônus de receber as peças, utilizá-las, sofrer os impactos e mover demanda para demonstrar sua inadequação, com os custos e dificuldades inerentes.

Daí porque o design dessa operação pode dispensar o detalhamento minucioso da peça a ser fornecida. Nada impede que as partes optem por uma descrição mais genérica, mediante a adoção de critérios vagos, pelos quais, por exemplo, o fabricante se obriga a fornecer peças "compatíveis com o padrão de mercado", de "alta qualidade" ou "em padrão não inferior àquelas peças utilizadas pelos concorrentes da montadora".

Essa alternativa envolve menos custos de negociação, pois as partes se abstêm da barganha envolvida no detalhamento do objeto da prestação. Ainda, ao evitar a definição de todas as propriedades da peça a ser fornecida, esse design pode dificultar o comportamento oportunista do fabricante suscitado acima – uma vez que não lhe é dado saber de antemão qual medida tende a ser adotada para a adequação do material a ser entregue. Essa incerteza pode inclusive lhe incentivar a fabricar as peças em condições superiores às que entregaria se soubesse, desde o início, a especificidade do que há a fornecer[140].

[140] Confira-se, a propósito, o exemplo oferecido por ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS: "*Compare the incentives of an agent faced with a specific proxy for effort (in the form of a contract rule) and another agent whose behavior is governed by a broad standard of effort. The first agent has the incentive to direct her attention to satisfying the proxy alone and to ignore all other dimensions of the desired performance. When faced with a standard, however, the agent has many proxies that might bear probabilistically on litigation outcomes. Her optimal strategy may therefore be to focus on effort rather than on any single proxy, thereby improving her position vis-à-vis all proxies*" (Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 845-846). Em tradução livre: "Comparem-se os incentivos de um agente diante de um indicador específico de esforço (na forma de uma regra contratual) e outro agente cujo comportamento é regido por um *standard* amplo de esforço. O primeiro agente tem o incentivo de direcionar sua atenção a satisfazer apenas o parâmetro e a ignorar todas as dimensões da execução desejada. Quando se encontra diante de um *standard*, contudo, o agente tem muitos parâmetros que podem se relacionar probabilisticamente a resultados possíveis em uma disputa. Sua estratégia ótima pode ser, assim, focar no esforço em vez de em qualquer indicador específico de performance, dessa forma melhorando sua posição *vis-à-vis* todos os parâmetros".

No entanto, nesse cenário, em caso de desentendimento entre as partes, os custos de fiscalização e da disputa tendem a ser maiores do que os custos de negociação – afinal, em vez de simplesmente comparar as propriedades fixadas no contrato com aquelas das peças entregues, o julgador deve empreender uma tarefa prévia de identificar o que é o "padrão de mercado", o que deve ser considerado "alta qualidade", ou qual é o "padrão adotado pelas concorrentes", para em seguida comparar esses parâmetros com os dados de fato do caso concreto[141].

Não só o detalhamento do objeto contratado importa para o design contratual. Mesmo aspectos aparentemente acessórios, daqueles que a teoria jurídica considera *elementos acidentais*, têm o condão de produzir efeitos significativos sobre a dinâmica (e a eficiência) da operação como um todo. Basta pensar nas diferentes alternativas sobre o tratamento do dever de indenizar na mesma relação imaginária suscitada entre fabricante e montadora, e como elas repercutem num cenário de disputa.

Pois em contratações dessa natureza as partes podem optar por fixar uma *cláusula penal compensatória*, liquidando antecipadamente os danos devidos, por exemplo, se o fabricante entregar peças inadequadas; podem fixar uma *cláusula penal de caráter não compensatório*, ressalvando a possibilidade de a montadora cobrar os danos suplementares que demonstrar; podem incorporar a *regra geral, derivada da lei*, de que somente os prejuízos direta e imediatamente derivados do inadimplemento devem ser indenizados, na

[141] O exemplo de JODY KRAUS e ROBERT SCOTT ajuda a esclarecer o ponto: "Considere um exemplo simples de como esses parâmetros probatórios funcionam. Unidades de prova (*e.g.*, os choques do petróleo causando o aumento de 40% dos custos de energia baseada em carbono) provam diretamente se uma cláusula (ou regra) precisa do contrato está satisfeita (*e.g.*, 'o preço do contrato será ajustado em x% se os custos de energia da ALCOA aumentaram mais de 35%'). Agora, considere uma cláusula contratual vaga, um *standard*, como 'o preço do contrato está sujeito a ajuste se houver aumentos extraordinários nos custos de produção, causados por fatores extrínsecos além do controle da ALCOA'. Termos vagos são bem diferentes de unidades de prova: o conjunto probatório pode estabelecer que o choque do petróleo fizesse com que o custo da energia de carvão subisse 40%, mas nesse cenário o tribunal deve determinar qual importância dar àquelas provas quando comparadas com fatores alternativos (*e.g.*, disputas trabalhistas, decisão da administração de mudar da fonte de energia hidroelétrica para a fonte de energia baseada em carvão, etc.)" (Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1071, tradução livre). No original: "*Consider a simple example of how these evidentiary proxies work. Units of evidence (e.g., the oil shock's causing carbon-based energy costs to increase by 40%) prove directly whether a precise contract term (or rule) is satisfied (e.g., 'the contract price will be adjusted by x% if ALCOA's energy costs increase by more than 35%'). Now consider a vague contract term (or standard), such as 'the contract price is subject to adjustment if there are extraordinary increases in production costs caused by extrinsic factors beyond ALCOA's control.' Vague terms are one step further removed from the evidentiary units: The evidence may establish that the oil shock caused the cost of coal power to increase by 40%, but then the court must determine how much importance to give to that evidence compared to alternative factors (e.g., labor disputes, management's decision to shift from hydroelectric power to coal-based power, etc.)*".

exata extensão do dano produzido; ou podem limitar essa responsabilidade do fabricante a um montante determinado dos danos comprovados, mediante *cláusula limitativa do dever de indenizar*. Cada um desses cenários pressupõe uma estrutura jurídica diferente e gera um conjunto diferente de incentivos e desincentivos, variando conforme as feições de um potencial litígio a se vislumbrar e as informações disponíveis no momento da contratação.

O design contratual pode ser capaz de ir além de criar incentivos, portanto; ele aloca riscos e atribui ônus, considerando-se a maneira como tende a funcionar a dinâmica de uma disputa efetiva.

Tornando ao exemplo: a fixação de uma cláusula penal compensatória, a depender do seu valor, pode servir como incentivo ao cumprimento (se o custo do adimplemento for menor do que a multa a se pagar) ou ao inadimplemento (se o fabricante for capaz de redirecionar os investimentos que faria para cumprir o contrato para atender outro cliente que lhe permita obter resultado superior ao valor da multa). A possibilidade de se cobrarem danos suplementares aumenta a incerteza pendente sobre os agentes, o que pode induzir o fabricante a cumprir o contrato.

Já a ausência de cláusula penal agrega elemento de incerteza ainda maior, deslocando para a parte que tiver mais dificuldade para provar suas posições em juízo *o ônus da iniciativa judicial* e o risco de sofrer os efeitos da inadimplência – isto é, se for fácil para a montadora provar os prejuízos sofridos, esse risco fica com o fabricante; na hipótese contrária, sendo difícil para a montadora demonstrar seus prejuízos, ela arca não somente com o ônus da iniciativa judicial, mas também com o risco de não lhe ser possível demonstrar suas posições e não ser indenizada adequadamente.

Assim, não existindo uma fórmula única para todos os casos, a eficiência de cada negociação (e de cada operação) vai depender dos custos, das informações e dos riscos envolvidos na implementação das medidas planejadas, bem como das feições de um possível litígio a seu respeito, especialmente os custos da produção probatória – e a tarefa dos redatores contratuais deve ser a de produzir os incentivos adequados e criar desincentivos a comportamentos oportunistas de lado a lado.

O exemplo ajuda a demonstrar dois aspectos cruciais para compreender a teoria do design contratual.

O primeiro é a importância de as partes escolherem *quais são os critérios qualitativos* ou *as questões de fato relevantes* que devem servir de *parâmetros* para aferição posterior do objeto contratado ou da conduta exigível para o acionamento de um mecanismo contratual – o que os autores denominam de "*choice of proxy*"[142].

A escolha desses indicadores é guiada pelo grau de informação a que as partes têm acesso – e pelas vantagens informacionais de uma parte perante a outra – no momento da contratação, em comparação com as informações que se imaginam disponíveis no futuro, seja às partes ou a terceiros, diante de uma contingência materializada[143].

O segundo aspecto a se destacar é a relevância de se refletir sobre *quem deve ser o definidor desses parâmetros* (o "*proxy chooser*"): as próprias partes, o julgador convocado para dirimir eventual litígio ou um terceiro independente, sem função jurisdicional.

Veja-se: no exemplo do contrato entre a fabricante e a montadora em que as partes detalham as características das peças, são *elas* – as partes – quem define as balizas: o peso, as dimensões, a composição química etc.

No segundo exemplo, ao adotar parâmetros gerais ("padrão de mercado", "padrão adotado pelos concorrentes"), as partes transferem para *o julgador* a tarefa de especificar essas balizas em concreto – contando com as diferentes sugestões de parte a parte durante a instrução probatória da disputa acerca dos indicadores pertinentes.

E as partes também podem de antemão delegar a um terceiro a incumbência de fixá-las: um perito de confiança de ambas, um laudo de uma instituição respeitada, ou o certificado de uma entidade de classe podem ser previamente definidos como suficientes para tanto.

Podem, ainda, apontar uma informação independente ou uma meta de desempenho objetiva, não controlada pelas partes, como critério para o acionamento de efeitos

---

[142] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 839.

[143] "*The parties choose between front- and back-end proxy determination by comparing the informational advantage the parties may have at the time of contracting against the hindsight advantage of determining proxies in later litigation*" (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 819). Em tradução livre: "As partes escolhem entre determinar os parâmetros *a priori* ou *a posteriori* comparando as vantagens informacionais que elas têm à época da contratação contra as informações que elas podem ter em perspectiva no momento de um litígio futuro".

contratuais: é o que ocorre, por exemplo, na indústria do esporte, em que contratos de patrocínio costumam envolver bônus em razão da conquista de títulos ou premiações individuais[144].

2.4. A relevância da capacidade de observar ou comprovar parâmetros e condutas para o design contratual

Além das definições sobre esses indicadores, a teoria do design contratual não pode ser compreendida sem a percepção do impacto causado pela capacidade das partes de *observar* e *demonstrar* os parâmetros e condutas combinados, e dos custos a tanto associados.

Uma vez mais, o uso de exemplos auxilia – dessa vez analisando como o gerenciamento dos custos de transação pode ocorrer com os olhos postos na *eficiência dos custos da disputa* a partir do modo de tratamento de riscos naturais à atividade, e não mais na tentativa de alcançar a eficiência da operação mediante o detalhamento do seu objeto: imagine-se para tanto a contratação de serviços de dragagem para aprofundamento de um porto.

Pelas características próprias da dragagem de aprofundamento, o grau de incerteza sobre as condições do leito marítimo pode variar significativamente, e a maneira mais recomendável para diminuí-la é efetuar sondagens diretas na área a ser dragada – procedimento que pode se tornar economicamente inviável para o dono da obra se levar à interrupção das atividades portuárias, por exigir investimentos de investigação talvez mais altos do que o próprio serviço a ser contratado.

Sob o ponto de vista da operação econômica, é natural nesse cenário que as partes negociem a distribuição ou o compartilhamento do risco de haver condições adversas do subsolo. O draguista pode contingenciar esse risco no preço a ser proposto, assumindo-o

[144] É o que se pode observar, por exemplo, em contrato celebrado em 2002 entre a NIKE Europa Operações Netherlands – NEON e a Robinho Marketing Esportes S/C Ltda., empresa responsável pela administração dos direitos de imagem do conhecido jogador de futebol Robinho, no qual se previa, além de pagamentos semestrais, bônus por desempenho atrelados a conquistas coletivas de que o jogador participasse por seu clube ou pela Seleção Brasileira, tendo atuado em pelo menos 50% das partidas, ou se ele fosse agraciado com o prêmio *FIFA World Player of the Year* (contrato disponível nos autos da Homologação de Sentença Estrangeira nº 1.119/NL, em curso perante o STJ, fl. 82 e ss.). O uso de critérios alheios ao controle das partes pela indústria do esporte, com exemplos relativos ao beisebol, também é explorado por PRENDERGAST, Canice. The provision of incentives in firms. *Journal of Economic Literature*, [s. l.], v. 37, n. 1, mar. 1999, p. 22.

integralmente, por exemplo – fazendo com que o dono da obra arque com preço potencialmente maior, e acabe pagando mais do que o necessário no caso de as condições serem compatíveis com as previstas. Na falta de informações precisas sobre as condições do solo, o mercado também costuma adotar solução alternativa, tida como mais eficiente, mediante a denominada "*differing site conditions clause*"[145], pela qual o dono da obra se obriga a revisar o preço caso se implemente o risco de as condições do subsolo serem distintas[146].

Ainda assim, definido quem arca com o risco das condições diversas (e até que medida), persiste a dificuldade em mensurar os critérios de revisão. Numa situação como essa, portanto, as partes não devem negociar apenas a *distribuição dos riscos*, mas também o detalhamento e a distribuição dos *custos relativos a eventual disputa*. Explica-se melhor.

As partes podem optar, por exemplo, em negociar detalhadamente e registrar no texto contratual como deve ser o procedimento para revisão do preço – quais são os métodos de investigação *a posteriori* aceitáveis, quem deve ser o especialista escolhido para verificar as condições do solo, quais devem ser os parâmetros de ajuste de preço etc. Uma discussão a respeito implica tempo e custos de transação *ex ante* significativos.

Mas as partes também podem deslocar esses custos para fase posterior, adotando apenas *standards* genéricos de conduta no instrumento contratual – como o compromisso

---

[145] No relato dos especialistas, o propósito da *differing site conditions clause* (DSC) é o de "deslocar o risco de condições imprevistas do local das obras para o seu dono. A teoria é que, se houver essa cláusula, o empreiteiro não incluirá em sua proposta a contingência por condições desconhecidas do local das obras. Como resultado disso, o valor da proposta original deveria ser reduzido. Além disso, o dono da obra pagará pelas condições adversas do local de obras apenas se essas condições forem descobertas durante a execução do contrato". No original: "*The purpose of the DSC clause is to shift the risk of unanticipated site conditions to the owner of the site. The theory is that, if the clause is in place, the contractor will not include a contingency in its bid for unknown site conditions. As a result, the original bid amount should be reduced. Moreover, the owner will pay for differing site conditions only if such conditions are discovered during performance of the contract*" (CHU, Jeffrey M. Differing site conditions: whose risk are they?. *The Construction Lawyer*, Chicago, abr. 2000, p. 5).

[146] "*Because an unanticipated site condition could cause severe – and drastic – ramifications to a contractor's costs of performance, a rational bidder has two options when preparing a contract bid: either conduct an independent subsurface investigation prior to submitting the bid or include a contingency in the bid to cover any uncertainties caused by the subsurface conditions. Both of these options result in higher costs to the owner. The DSC* [*differing site conditions*] *clause is aimed at eliminating those costs*" (CHU, Jeffrey M. Differing site conditions: whose risk are they?. *The Construction Lawyer*, Chicago, abr. 2000, p. 6). Em tradução livre: "Como uma condição imprevista do local de obras poderia causar severas – e drásticas – ramificações nos custos de execução do empreiteiro, um proponente racional tem duas opções ao preparar a proposta contratual: ou conduzir uma investigação independente do subsolo antes de submeter a proposta, ou incluir uma contingência na proposta para cobrir quaisquer incertezas causadas pelas condições do subsolo. Ambas as opções resultam em custos mais altos para o dono da obra. As cláusulas de DSC [*differing site conditions*] servem para eliminar aqueles custos".

de que devem efetuar a revisão do preço se o subsolo for "razoavelmente mais resistente", por exemplo, para torná-lo condizente com os esforços adicionais incorridos pelo draguista.

Nessa hipótese, as partes poupam custos *ex ante*, mas, na ausência de acordo antecipado sobre os parâmetros geológicos, probatórios ou financeiros para guiar o procedimento de revisão, os potenciais custos *ex post* tendem a ser maiores, caso o risco de condições diversas se implemente – pois o escopo da controvérsia passa a envolver não apenas o *esforço adicional efetivo* do draguista, já que *os próprios parâmetros de revisão também devem ser debatidos*.

Além disso, ao decidir sobre esses aspectos, os contratantes devem levar em consideração as dificuldades a serem enfrentadas caso seja necessário demonstrar a um tribunal que as condições enfrentadas foram diferentes das previstas. Isso porque nesse tipo de atividade, como notam os especialistas, "enquanto a dragagem prossegue, a evidência de que materiais mais duros, mais resistentes etc. estão sendo escavados está, na realidade, ao mesmo tempo sendo destruída"[147]. Portanto, é mesmo esperado que a tarefa de produzir prova relativa às exatas condições e características do material dragado apresente alguma dificuldade prática, de maneira que o julgador chamado a avaliar essa disputa "terá que ter a mente aberta e considerar que os recursos que estão à disposição do empreiteiro, para efeitos de prova de se estar lidando com diferentes materiais, podem ser muito limitados"[148].

Esse exemplo permite ressaltar outros dois fatores relevantes para compreensão da teoria do design contratual.

Um deles é que, ao optar por conceitos indeterminados, os agentes econômicos na prática delegam duas tarefas para o julgador: a tarefa de precisar *em tese* o parâmetro

[147] IMBRECHTS, Luc. Aspectos particulares de contratos de dragagem e aterros. In: SILVA, Leonardo Toledo (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 171.
IMBRECHTS, Luc. Aspectos particulares de contratos de dragagem e aterros. In: SILVA, Leonardo Toledo (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 171.

contratual a ser atingido e a tarefa de definir *em concreto* se a ocorrência desse parâmetro foi demonstrada (ou afastada) de modo satisfatório pela parte a quem incumbia fazê-lo[149].

Isto é: estando diante de instrumento contratual no qual a revisão do preço depende de ser encontrado material "razoavelmente mais resistente", o primeiro passo do julgador é saber qual grau de maior resistência deve ser suficiente *em tese* para atingir esse parâmetro; num segundo momento, o julgador deve se perguntar se esse parâmetro foi atingido no *caso concreto*.

Logo, quando se opta pelo uso de conceitos indeterminados, os custos da disputa tendem a ser maiores não só pela necessidade de se efetuar a produção probatória, mas porque o próprio escopo do debate adversarial aumenta, agregando-lhe uma "seleção [de parâmetros] que é geralmente considerada como uma *questão de direito* para o julgador"[150]. Essa situação pode ser diversa, no entanto, se o contrato de antemão fixar que a revisão de preço é cabível caso o material encontrado seja 15% mais resistente do que o analisado para fins de orçamento; elimina-se com isso a questão jurídica prévia.

Assim, "se o parâmetro é determinado pelo contrato, as partes incorrem em custos de negociação [*front-end (transaction) costs*]"; por sua vez, "se as partes acordam no uso de um termo vago (um *standard*), elas aceitam incorrer em custos que se esperam mais altos para o *enforcement*, em contrapartida a custos de negociação mais baixos"[151].

No mais, o exemplo auxilia a perceber que o design contratual depende da capacidade das partes de *observar* e *demonstrar* os parâmetros contratuais ou as condutas esperadas – distinção também extraída da teoria econômica, e que se baseia na possibilidade (e no custo) de se comprovar situações de fato. Dito de outra forma: a capacidade de fazer prova dos parâmetros contratuais influencia diretamente as escolhas sobre os investimentos em custos de transação.

---

[149] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 851.
[150] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 837. No original: "*Although there are factual bases for choosing among proxies, the selection is generally regarded as a question of law for the judge*".
[151] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 838. No original: "*If the proxy is determined by contract, the parties incur front-end (transaction) costs. If the parties agree to a vague term (standard), they accept higher expected back-end (enforcement) costs in return for lower front-end costs*".

Na síntese de ALAN SCHWARTZ, um fato é observável quando "vale a pena para as partes conhecê-lo, mas os custos de prová-lo perante terceiros excedem os ganhos"; por sua vez, um fato é demonstrável "quando ele é tanto observável como vale a pena prová-lo a terceiros"[152]. E essa capacidade de observar ou demonstrar os parâmetros negociados contratualmente é mesmo um dos aspectos principais a guiar a decisão dos agentes econômicos sobre quanto preferem postergar para o momento *ex post* da contratação – isto é, quais custos deixar de investir na fase negocial e relegar para a hipótese de uma contingência efetivamente se materializar no futuro.

Assim, antes de decidir quanto deixar para o eventual cenário posterior, os agentes devem avaliar o benefício econômico esperado a partir dos ganhos que lhes seriam assegurados com a opção de não antecipar a definição de certos parâmetros no momento *ex ante* e não ter a contingência materializada[153]. Isso não significa, todavia, que as partes estão impedidas de contratar quando não lhes é possível observar ou demonstrar uma conduta; mas essas dificuldades devem ser consideradas no momento da contratação, pois fazem parte da equação global da operação negociada.

Portanto, sob as premissas acima, a teoria do *contract design* destaca como os esforços dos redatores no nível de detalhamento ou na concatenação dos diferentes mecanismos contratuais representam decisões sobre efetuar ou postergar custos de transação – por outras palavras, *estratégias de gerenciamento dos custos da disputa.*

---

[152] SCHWARTZ, Alan. Relational contract in the courts: an analysis of incomplete agreements. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 21, n. 2, jun. 1992, p. 279 (tradução livre). No original, e com o contexto na íntegra: "*There is a standard distinction in economic contract theory between information that parties can observe and information that is verifiable by a third party. The distinction is drawn because the costs of proving to a third party that a particular state of the world existed or a particular action was taken can exceed the gains. For example, an employer sometimes knows whether an employee shirked, but the costs of proving shirking to an arbitrator or a court are relatively high. As a consequence, when the contract prevents dismissal except for cause, the employer's best strategy often is to limit discharge to egregiously bad performance but routinely to take shirking into account in connection with salary or promotion. In this context, shirking is observable but seldom verifiable. Briefly put, information is observable when it is worthwhile for the parties to know it, but the costs of proving it to a third party exceed the gains; information is verifiable when it is both observable and worth proving to outsiders*". Repete-se aqui a ressalva linguística efetuada anteriormente: diante da carga semântica no contexto em que se insere, prefere-se traduzir o termo "*verify*" como "demonstrar" ou "comprovar", em vez de "verificar".

[153] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 824. No original: "*Before the parties can decide how much to invest in the back end, they must determine the expected net value of the incentive gain that they would secure with their back-end (enforcement) buck*".

E isso não necessariamente com o objetivo precípuo de *diminuir* os custos de negociação, mas de *tornar os investimentos em custos de transação mais eficientes*; a bem dizer, o objetivo dos agentes econômicos é o de selecionar *a combinação adequada* de regras precisas e *standards* genéricos que seja capaz de otimizar os custos totais da contratação (considerados os *front-end* e os *back-end transaction costs*), mesmo que para tanto seja necessário efetuar investimentos maiores do que o habitual[154]. Replicando a força de expressão de ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS, o propósito é fazer valer ao máximo *cada centavo* investido em custos de transação ("*maximize the incentive bang for the contracting-cost buck*"[155]).

Por outras palavras, se o propósito dos agentes econômicos fosse simplesmente reduzir custos de negociação, a solução seria simples: bastaria rechear os contratos de termos vagos, *standards* genéricos de conduta. Todavia, essa alternativa transfere para o momento *ex post* uma série de riscos que, caso implementados, embutem custos que lhes são inerentes (como visto acima na dupla tarefa destinada aos julgadores diante de conceitos indeterminados). Mas esses custos podem ser evitados mediante maiores investimentos no detalhamento de regras sobre aspectos específicos relevantes durante as negociações contratuais. Trata-se, portanto, de uma busca por alocar os investimentos adequados nos momentos *ex ante* ou *ex post* conforme os elementos à disposição dos agentes econômicos e as circunstâncias de cada contratação.

Portanto, no plano ideal, os agentes devem investir em custos de transação de modo a que o resultado da soma entre os custos de negociação e os custos esperados para implementar o contrato e executá-lo no cenário litigioso (o *enforcement*) seja inferior ao benefício obtido com os incentivos assegurados, a ponto de reforçar a segurança jurídica e

---

[154] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1031, nota 15.

[155] Vide o trecho na íntegra: "*The objective of contracting parties is to maximize the incentive bang for their contracting-cost buck. They should incur contracting costs, therefore, as long as the resulting increase in the sum of (a) the transaction costs of writing the contact and (b) the expected costs of enforcement are less than the marginal incentive gain (in motivating more efficient reliance)*" (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005, p. 196). Em tradução livre, "O objetivo das partes contratantes é maximizar o custo-benefício dos incentivos em relação aos custos contratuais. Eles deveriam incorrer em custos de contratação, portanto, contanto que o aumento resultante da soma dos (a) custos de transação de escrever o contrato e (b) os custos esperados de *enforcement* sejam menores do que o ganho de incentivo marginal (de motivar uma confiança mais eficiente)".

promover a eficiência da operação[156]. Eis o porquê de, na expressão feliz de ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS, o design contratual depender da capacidade de se *anteverem* as feições de uma disputa futura[157].

No entanto, para que os agentes econômicos possam efetuar esse planejamento e adotar as opções de investimento que considerarem mais eficientes, é preciso que essas opções sejam respeitadas no caso de o litígio antevisto durante o design contratual se tornar realidade ao longo da execução do contrato. Do contrário, não faz sentido investir em cláusulas detalhadas ou estratégias para acionamento de remédios contratuais se, uma vez judicializada uma controvérsia, os mecanismos pertinentes podem ser reinterpretados, modificados, limitados ou afastados num exercício de discricionariedade do julgador.

Dito por outras palavras: tratando-se de partes sofisticadas, a teoria do design contratual pressupõe que o julgador respeite as escolhas dos agentes econômicos e exerça seu mister no espaço de discricionariedade que lhe tiver sido conferido pelo instrumento contratual – pois a perspectiva de intervenção do julgador prejudica a aptidão das partes de escolherem os meios contratuais mais adequados para atingir seus objetivos[158].

Diante do quadro traçado acima, fruto da observação empírica, a teoria do design contratual pressupõe duas espécies de axiomas:

(a) o primeiro é o de que os agentes econômicos "são motivados a *selecionar aqueles mecanismos contratuais que tendem a atingir os seus objetivos da melhor forma possível, ao menor custo*"[159];

(b) já o segundo é o de que partes sofisticadas, em contratações comerciais, tendem a preferir que os *contratos estejam sujeitos a um regime de*

---

[156] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 823.

[157] Na expressão forte da proposta do estudo dos autores, que integra o título do seu texto seminal a respeito do tema, oferece-se "uma teoria do design contratual que *antevê* o *enforcement* dos contratos pelo sistema adversarial de litígio" (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 818). No original: "[*we*] *offer a theory of contract design that* anticipates *the enforcement of contracts by adversarial litigation*".

[158] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1074.

[159] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1028. No original: "*The first axiom of our theory of contract design is that contracting parties are motivated to select those contracting mechanisms that will best achieve their objectives at the least cost*".

> *julgamento que aplique o direito positivo de modo ortodoxo, sem maiores espaços de discricionariedade para o julgador*, exceto se elas mesmas – as partes – indicarem em sentido contrário no momento da contratação[160].

A partir desses dois axiomas, então, os estudiosos notam como a práxis das contratações empresariais adota um *método* para efetuar o design contratual. Talvez não haja elementos suficientes para apontar se esse método é compreendido de modo estruturado pelos praxistas, mas a observação empírica permite constatá-lo e descrevê-lo.

Se empregado de modo consciente pelos redatores contratuais ou fruto da intuição da arte da advocacia, pouco importa; o que importa é perceber que, de fato, *esse método existe*. Passa-se a narrá-lo, portanto.

2.5. O método do design contratual: as escolhas dos agentes econômicos sobre investimentos em custos de transação

Em apertada síntese, pode-se dizer que o método do design contratual pressupõe a concorrência de dois raciocínios, empregados de modo complementar ao longo do planejamento das operações econômicas e da confecção dos instrumentos contratuais, a respeito dos meios de *enforcement* que os agentes esperam ter à disposição no caso de se implementarem contingências indesejadas[161]:

---

[160] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1032. Eis a formulação apresentada pelos estudiosos: "partes comerciais sofisticadas […] tenderiam a preferir que os seus futuros contratos fossem adjudicados sob um regime que aplicasse exclusivamente doutrinas formais, a não ser que as partes indicassem em sentido contrário no momento de formação do contrato" (no original: "*sophisticated commercial parties* [...] *might prefer their future contracts to be adjudicated under a regime that applied formal doctrine exclusively, unless the parties indicate otherwise at the time they form their contract*". A fim de esclarecimento, vale registrar que JODY KRAUS e ROBERT SCOTT designam "doutrinas formais" (*formal doctrines*) os raciocínios e argumentos derivados do conjunto de regras e precedentes extraídos da maneira minimalista, abstrata, generalista e rigorosa com que a tradição das cortes da *common law* encarava as disputas contratuais, em contraposição às teorias desenvolvidas pelo modelo casuísta e criativo empregado pelas cortes da *equity*, o que os mesmos autores denominam "doutrinas equitativas" (*equitable doctrines*) (Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1025, notas 1 e 2). E antecipa-se que os autores justificam o axioma da preferência pela aplicação ortodoxa do direito positivo e da redução do espaço de discricionariedade do julgador em duas pesquisas empíricas realizadas, respectivamente, por LISA BERNSTEIN e por THEODORE EISENBERG e GEOFFREY MILLER (KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1102-1103). Essa questão é objeto de análise específica no item 2.8.1 abaixo, para o qual se remete.

[161] Faz-se a seguir um desdobramento a partir da seguinte síntese de JODY KRAUS e ROBERT SCOTT: "*Sophisticated actors engage in* ex ante *determinations of their means of enforcement, choosing whether*

(a) definir se o *enforcement* das condutas esperadas deve ser promovido por *instrumentos jurídicos de tutela*, ou se deve ficar limitado a *alternativas relacionais* (e, portanto, informais) desprovidas de exigibilidade jurídica; e

(b) definir se os parâmetros para o exame de compatibilidade entre as condutas esperadas e as condutas realizadas devem se estruturar mediante cláusulas contendo *regras precisas* ou *conceitos indeterminados*, alternando entre escolhas em investir em custos de negociação *ex ante* para alguns aspectos (os *front-end transaction costs*) e em postergar os custos para o momento *ex post* para outros aspectos (os *back-end enforcement costs*)[162].

Esses dois raciocínios, por sua vez, são pautados pela incerteza acerca do destino da operação econômica, pelo interesse e disponibilidade dos agentes em efetuar investimentos em custos de transação e pela dificuldade de se provarem os fatos eventualmente necessários para exigir, pela via litigiosa, as condutas contratualmente esperadas.

2.5.1. A mescla entre instrumentos jurídicos de tutela ou alternativas relacionais de *enforcement*

Para se analisar o primeiro raciocínio empregado no design contratual – a definição sobre o meio jurídico ou relacional de *enforcement* –, cumpre rememorar a crítica produzida pelo estudo dos contratos no contexto das instituições econômicas acerca do centralismo jurídico que domina as percepções dos juristas sobre a atividade contratual.

Como se apontou acima, contesta-se a noção de que os agentes econômicos agem sob a dependência absoluta de que seus compromissos sejam exigíveis mediante instrumentos de tutela forçada por via litigiosa. Pois a análise da atividade empresarial indica que muitas disputas se resolvem fora dos tribunais, mediante mecanismos que independem da atuação judicial, e cuja racionalidade a dogmática jurídica é incapaz de descrever.

---

enforcement is to be legal or relational and whether legal enforcement should rely on rules or standards" (Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1026).

[162] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1028-1029.

Nota-se, em especial, que a aceitação de certa margem de riscos nas contratações por vezes decorre da crença dos agentes de que questões reputacionais, ou mesmo a intensidade do relacionamento entre os executivos de parte a parte, pode ser suficiente para evitar a eclosão do conflito em caso de contingências, chegando ROBERT SCOTT a designar contratos em que disposições com esse perfil tomam maior proporção como "*self-enforcing agreements*"[163] – isto é, contratos quase *autoexecutáveis*, cuja exigibilidade se lastreia mais em aspectos relacionais, reputacionais e numa expectativa de reciprocidade do que propriamente na sua condição de cumprimento ou observância forçados mediante instrumentos processuais[164].

Não parece crível considerar que as operações de que se trata nesta tese sejam moldadas sob a forma de *self-enforcing agreements*, mas o exame da práxis permite visualizar que o processo de negociação entre empresas costuma envolver, em certas doses, algumas escolhas por mecanismos de *enforcement* essencialmente relacionais, sem vinculatividade jurídica. Um exemplo ajusta a ilustrar a hipótese.

Imagine-se que a siderúrgica "Alfa Siderurgia" esteja em negociações para celebrar contrato para adquirir insumos da "Beta Mineração", uma mineradora. Adicione-se ao

---

[163] "*Contracts may be 'self-enforcing' in two senses. First, where parties contemplate repeated interactions, neither party will breach an agreement if the expected gains from breaching are less than the expected returns from future transactions that breach would sacrifice. Second, neither party will breach if the reputational costs of a broken promise are greater than the gains from breaching*" (SCOTT, Robert. A theory of self-enforcing indefinite agreements. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 103, n. 7, nov. 2003, p. 1646). Em tradução livre: "Contratos podem ser auto-executáveis em dois sentidos. Em primeiro lugar, quando as partes contemplam interações repetidas, nenhuma das partes vai quebrar o acordo se os ganhos esperados da quebra forem menores do que os retornos esperados de operações futuras que a quebra sacrificaria. Em segundo lugar, nenhuma das partes vai quebrar o contrato se os custos reputacionais de quebrar uma promessa forem maiores que os ganhos advindos da quebra".

[164] Inspirado em achados da Economia Comportamental, ROBERT SCOTT dedica interessante estudo a analisar evidências capazes de demonstrar que alguns contratos são formulados mediante termos genéricos, sem maiores esforços de detalhamento de suas cláusulas, em razão de *expectativas de tratamento recíproco razoável* de parte a parte. O aspecto sugestivo dessa proposta está no fato de que o conhecimento convencional a respeito da eficiência de contratos com esse feitio pressupunha que eles só teriam lugar para reger relações duradouras, fiduciárias e cujo inadimplemento poderia causar riscos reputacionais ao contratante infiel. No entanto, diante de estudos econômicos experimentais demonstrativos de que parcela significativa da população testada atuava considerando o tratamento razoável recíproco como motivador relevante, mesmo em relações episódicas com estranhos, ROBERT SCOTT sugere que, em certas circunstâncias, pode ser mais eficiente celebrar negócios em bases genéricas do que contratos complexos e detalhados, inclusive correndo o risco de o agente não poder se socorrer de medidas judiciais, uma vez que a perspectiva de que aqueles compromissos sejam exigíveis deriva de uma *expectativa de reciprocidade*, o que dispensaria a tutela contenciosa. Sobre o tema, cf. A theory of self-enforcing indefinite agreements. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 103, n. 7, nov. 2003, p. 1641-1699. O texto é instigante, mas, como o próprio autor reconhece na sua p. 1646, a maioria dos contratos empresariais não integram essa realidade – e certamente não os que são objeto desta tese, nos quais se investem custos de negociação significativos para assegurar a possibilidade de se acionarem diferentes tutelas jurídicas.

contexto das negociações a necessidade urgente de a Alfa Siderurgia começar a receber esses insumos, por estar obrigada a fornecer chapas de aço para sua principal cliente, "Delta Peças", uma fabricante de peças industriais. Acrescente-se ao exemplo, contudo, a circunstância de a Beta Mineração ser uma *joint venture* societária sob controle compartilhado entre o grupo nacional "Beta" e o grupo estrangeiro "Gama" – e que, por força dos acordos societários entre os grupos, qualquer contrato de fornecimento a ser firmado pela Beta Mineração deve ser previamente aprovado pelo grupo Gama. Suponha-se ainda que o grupo Gama tenha dúvidas sobre a pertinência de a Beta Mineração celebrar esse contrato, por divergências sobre a adequação do preço negociado, e que não esteja disposto a aprovar a contratação dentro da urgência esperada pela Alfa Siderurgia. Por fim, adote-se a premissa de que os executivos da Beta Mineração consideram essencial o fechamento rápido do contrato, por vislumbrarem no estreitamento das relações com a Alfa Siderurgia um aspecto estratégico não só para a Beta Mineração, mas para outros empreendimentos do grupo Beta.

Num cenário com esse feitio, os negociadores do potencial contrato entre a Alfa Siderurgia e a Beta Mineração podem contar com diferentes meios para lidar com a situação. Um deles, indesejado por ambos os blocos, é simplesmente não se fechar o negócio enquanto o grupo Gama não o aprovar – com o que, potencialmente, a Alfa Siderurgia passaria a encetar negociações com concorrentes da Beta Mineração, dada a premência do tempo. Outra possibilidade é se firmar um contrato preliminar, no qual Beta Mineração e Alfa Siderurgia adiantam os pontos essenciais que devem integrar o contrato de fornecimento entre as partes, inclusive o preço, ficando a conclusão do contrato definitivo na dependência de o grupo Gama o aprovar. Uma terceira alternativa, entre outras, é se firmar um contrato de fornecimento sob condição suspensiva de a Beta Mineração obter a aprovação do grupo Gama.

No entanto, em razão dos acordos societários firmados entre os grupos Beta e Gama, quaisquer das alternativas jurídicas suscitadas estariam sujeitas a fragilidades – para a Alfa Siderurgia, em razão de nada se garantir ao seu favor e por não receber os insumos no curto prazo; para os executivos da Beta Mineração, pelo risco de se considerar que teriam atuado fora dos limites dos seus poderes. Portanto, sopesados os riscos e os benefícios dessas duas possibilidades, é possível que as partes entendam não fazer sentido investir em custos de transação para avançar nos sentidos cogitados.

Mas é possível que os executivos do grupo Beta utilizem sua reputação e o seu desejo de firmar outras parcerias com a Alfa Siderurgia para convencê-la a não buscar seus insumos com concorrentes da Beta Mineração e garantir que fariam todas as gestões para obter a aprovação do grupo Gama. É também possível que a diretoria da Alfa Siderurgia tenha motivos para acreditar nesse compromisso – seja pelo histórico de negociações anteriores entre as empresas, seja por conhecer a ascensão e o poder de barganha do controlador do grupo Beta sobre o grupo Gama. E é ainda plausível que, como demonstração de confiança, a Beta Mineração comece a fornecer minério para a Alfa Siderurgia sem contrato assinado, havendo apenas um acordo verbal entre os executivos das empresas de que o produto fornecido somente deve ser pago uma vez fechado o contrato que depende da aprovação da Gama. Uma iniciativa dessa natureza pode ser suficiente para permitir que a Alfa Siderurgia não procure concorrentes da Beta Mineração e que o grupo Beta consiga convencer o grupo Gama a aprovar o contrato. Sob essas características, o que se vê é a solução de um problema com base em aspectos relacionais.

Situações como essa não são incomuns; fazem parte do repertório sobre negociações entre empresas (inclusive de grande porte) mundo afora[165]. Elas apenas não são tão visíveis a boa parte dos juristas porque nem sempre dão margem a processos – e "é importante lembrar que as disputas jurídicas somente surgem quando os modos informais de *enforcement* deixam de funcionar"; assim, os casos judicializados "oferecem pouco material para demonstrar o poder da reciprocidade, da reputação e de outros mecanismos informais capazes de implementar acordos entre partes comerciais que nunca chegam a litígio"[166].

---

[165] JODY KRAUS e ROBERT SCOTT apontam, por exemplo, como na liturgia das operações de fusões e aquisições é comum se recorrer à reputação dos advogados como instrumento de solução relacional, dada a proximidade e a expectativa de respeitabilidade entre os advogados mais proeminentes das grandes bancas internacionais: "como os advogados de fusões e aquisições são provenientes de comunidades homogêneas, seus respectivos compromissos são confiáveis e podem 'emprestar' sua reputação para aumentar a credibilidade dos compromissos de seus executivos" (Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1056; no original: "[*s*]*ince attorneys in merger and acquisition deals are drawn from homogeneous communities, their respective commitments are credible and they can 'lend' their reputations to enhance the credibility of their principals' commitments*").

[166] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1059, nota 141. No original: "*It is important to keep in mind that legal disputes only arise when the informal modes of enforcement have broken down. Litigated cases, therefore, offer little evidence of the power of reciprocity, reputation, and other informal mechanisms in enforcing the agreements between commercial parties that never reach litigation*".

A propósito, segundo JODY KRAUS e ROBERT SCOTT, estudos experimentais demonstram que o *enforcement* relacional, quando bem-sucedido, não só é mais barato como mais é eficiente do que o jurídico. Mais barato porque basta à parte observar a conduta da contraparte, ao passo que os mecanismos de tutela jurídica dependem de se incorrerem nos custos da disputa – como despesas com advogados, com a propositura do litígio e com a produção da prova necessária para demonstrar o desatendimento dos parâmetros contratados[167]. E, em especial, o *enforcement* relacional tende a ser mais eficiente porque ele permite que as partes façam promessas dotadas de credibilidade sobre questões "que podem ser observadas, mas que não podem ser comprovadas, alcançando com isso objetivos contratuais que não podem ser alcançados mediante os mecanismos de tutela jurídica"[168]. Eis porque, em certas circunstâncias, arranjos relacionais desprovidos de exigibilidade jurídica "podem fornecer os melhores meios à disposição para regular a relação contratual e para gerar o cumprimento de compromissos com natureza de promessa juridicamente inexigível"[169].

Mas e se não der certo? O que fazer se o grupo Beta não conseguir convencer o grupo Gama a aprovar o contrato de fornecimento? Tendo as partes avançado por meio informal, baseado em elementos relacionais, sem qualquer obrigação juridicamente exigível, quais remédios estariam à disposição da Alfa Siderurgia em caso de insucesso? Qual seria o mecanismo de *enforcement* desse compromisso feito pelos executivos do grupo Beta?

As respostas podem causar estranheza a alguns: nenhum remédio jurídico deve ser cabível, pois nessas circunstâncias as partes optam *ex ante* por não recorrer a obrigações exigíveis[170]. Se a opção é por uma solução informal, então a tutela jurídica forçada "não deve estar disponível como esteio"[171].

---

[167] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1056.

[168] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1056. No original: "*Less obvious but perhaps even more significant is the fact that relational enforcement is better. It permits parties to make credible promises regarding observable but nonverifiable measures of performance, thus achieving contractual objectives that may not be possible with legal enforcement*".

[169] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1056.

[170] Para facilitar a adequação do exemplo, fixa-se a premissa de que os executivos do grupo Beta não agiram de modo ilegítimo ao firmarem o compromisso informal com os executivos da Alfa Siderurgia, tendo

Note-se que, a bem dizer, a distinção entre obrigações juridicamente exigíveis e obrigações desprovidas de exigibilidade não é estranha à ciência jurídica. Para além da classificação estrutural que diferencia as obrigações entre *civis* e *naturais*, esse fenômeno é descrito por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, que ressalta a ausência de natureza negocial dos *acordos de cavalheiros* – pois "[o] 'molde', em que o acordo é versado, é, *por escolha das partes*, justamente, um molde não-jurídico"[172].

Assim, sendo relacional a solução prevista para o problema, o meio de *enforcement* deve ser igualmente relacional: a frustração da expectativa da Alfa Siderurgia há de ser considerada na perda das possibilidades de novos negócios para o grupo Beta; seu controlador pode passar a ter reputação de desleal, ou de subordinado a um grupo estrangeiro, algo que lhe incomodaria, e assim por diante. Há de se compreender que soluções informais também podem falhar – e que, sendo o caso, as partes que negociaram alternativa sem tutela jurídica "deveriam aceitar o seu fracasso e não buscar o cumprimento forçado pela via litigiosa"[173] que evitaram ao negociar.

A partir desse diagnóstico, observa-se que o primeiro raciocínio do método empregado para efetuar o design contratual é decidir "quais partes [dos] contratos devem

---

envidado esforços autênticos para convencer o grupo Gama a concordar com a contratação; afasta-se do exemplo a possibilidade de se estar diante de responsabilidade pelo rompimento abusivo das tratativas contratuais.

[171] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1059. No original, e no contexto: "*As long as the parties understood that* [*a*] *condition was to be enforced informally, then legal enforcement should not be available as a backstop*".

[172] Vale reproduzir a íntegra do que diz ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO sobre a qualificação dos acordos de cavalheiros (ou *gentlemen's agreements*): "Parece claro que *não se trata de negócio jurídico*. Há, porém, declaração de vontade; há vontade de obter efeitos; mas esse tipo de acordo *não é destinado a produzir diretamente efeitos jurídicos*. O 'molde', em que o acordo é versado, é, por escolha das partes, justamente, um molde não-jurídico. Não há declaração negocial. […] Os *gentlemen's agreements* são interessantes do ponto de vista teórico, porque põem graves dificuldades às definições do negócio jurídico baseadas na vontade. Se a vontade exigida é, como dizem alguns, a de obter efeitos práticos, as partes querem esses efeitos e assim declaram querer; logo, haveria negócio jurídico. Se a vontade é de obter efeitos jurídicos, tem-se que sustentar que o caso é de negócio jurídico em que as partes escolhem, como efeito jurídico, que o negócio não tenha efeito jurídico (e, então, fica sem explicação por que o fizeram). Um acordo de cavalheiros pode ter efeitos jurídicos indiretos; por exemplo, para interpretação de um negócio jurídico ou, mesmo, como ato ilícito de prática de concorrência desleal. É, pois, um ato jurídico em sentido estrito, do tipo declaração de intenção" (*Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 41-42).

[173] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1059. O trecho é retirado da seguinte frase, no original: "*After all, self-enforcing mechanisms occasionally break down, and, in the event they do, parties who negotiated legally nonenforceable mechanisms should accept their failure and not seek the legal enforcement they eschewed in the original agreement*".

ser juridicamente exigíveis e quais partes devem ser implementadas pela via relacional. Para tanto, [os agentes] seccionam seus contratos mediante componentes que são juridicamente exigíveis e componentes que são juridicamente inexigíveis; estes últimos não são incluídos no documento escrito"[174].

Ao fazê-lo, as partes se expõem ao risco de eventualmente não terem instrumentos jurídicos à disposição no caso de se descumprir expectativa contratual que esteja protegida somente por normas relacionais[175].

2.5.2. A mescla entre regras e conceitos indeterminados

O segundo raciocínio adotado pelo método do design contratual é a mescla entre *regras precisas* ou *conceitos indeterminados* para descrever as obrigações e os parâmetros contratuais para sua exigibilidade forçada.

Um dos grandes méritos dos esforços da teoria do design contratual é o estreitamento da distância entre as cogitações abstratas das teorias econômicas e jurídicas e a realidade concreta daquilo que se vê na prática. Esse confronto permite perceber que algumas premissas teóricas não necessariamente se confirmam no plano dos negócios – ou ao menos não no grau que se imagina.

Isso porque grassa entre os economistas a percepção de que é "imprestável condicionar um contrato a uma variável se ninguém pode definir o seu valor em uma disputa"[176], de modo que, se alguma contingência se implementar e o contrato não indicar como as partes devem reagir, "o remédio lógico deve ser renegociar o contrato"[177]. Os estudos sobre o design contratual ajudam a desmistificar esse ponto, que parece resultar de

---

[174] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1078. No original: "*the parties must decide which portions of their agreement are to be legally enforceable and which portions should be enforced relationally. To do this, they partition their agreement into legally enforceable and unenforceable components; the latter are not included in the written document*".

[175] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1101.

[176] SELANIÉ, Bernard. *The economics of contracts*: a primer. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 193.

[177] SELANIÉ, Bernard. *The economics of contracts*: a primer. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005, p. 194.

certa incompreensão da teoria econômica acerca da realidade das contratações e do modo como funcionam os mecanismos contenciosos de solução de controvérsias[178].

Pois o diagnóstico a que chegam os estudiosos do design contratual, mediante a análise da práxis, é de que os redatores não esbarram em opções binárias entre escolher regras delimitadas ou conceitos indeterminados diante dos desafios que lhes são postos: na fixação dos indicadores, na escolha de quem (e quando) deve definir esses parâmetros, no grau de detalhamento das cláusulas, no prosseguimento em situações de difícil

[178] ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS apontam a imprecisão da percepção de que as partes não contratam com base em informações não-comprováveis. Os autores o fazem analisando exemplo conhecido de OLIVER HART, que constantemente se repete na literatura sobre o tema, e que é o seguinte: "*The contract, 'I will pay you £1 million if you make the investment* i*' is not enforceable, since no outsider knows whether it has been fulfilled. Similarly, the parties' revenues and costs cannot be made part of a profit- or cost-sharing agreement. Since the idea that a variable can be observable but not verifiable plays a key role in this book, it is worth giving some examples. One concerns the book itself. The quality of the book is observable, in the sense that anybody can read it. (Of course, some are in a better position to evaluate it than others.) However, it would have been difficult for Oxford University Press and me to have written a contract making my royalties a function of quality, since if a dispute arose it would be hard for either of us to prove that the book did or did not meet some pre-specified standard. (For this reason my royalties are made to depend on some (more or less) verifiable consequences of quality, e.g. sales.) In other words, quality is not verifiable. A second example is a university tenure decision. In an ideal world the conditions for being granted tenure would be specified in advance in minute detail (quantity and quality of publications, teaching performance, prominence in the profession, etc.). In practice this is impossible to do, and so the criteria are left fairly vague. At the same time, many aspects of a candidate's performance are observable (certainly the publication record is). The difficulty is to prove that someone's work does or does not meet the appropriate standard to justify tenure. In other words, whether the standard is met is not verifiable*" (HART, Oliver. *Firms*, *contracts*, *and financial structure*. Oxford: Oxford University Press, 1995, p. 37-38; em tradução livre: "O contrato 'Eu pagarei £1 milhão a você se você fizer o investimento i' não é legalmente executável, na medida em que nenhum *outsider* sabe se ele foi cumprido. De forma similar, as receitas e custos das partes não podem se tornar parte de um acordo de compartilhamento de custos ou de lucros. Como a ideia de que uma variável pode ser observável, mas não comprovável, desempenha um papel chave no presente livro, vale darmos alguns exemplos. Um diz respeito ao próprio livro. A qualidade do livro é observável, no sentido de que qualquer um pode lê-lo. (Claro, alguns estão em uma melhor posição para avaliá-lo do que outros). Entretanto, teria sido difícil que a Oxford University Press e eu tivéssemos escrito um contrato tornando meus *royalties* uma função da qualidade, já que se uma disputa surgisse, seria difícil para ambos provar que o livro atingiu ou não algum padrão pré-especificado. (Por essa razão meus *royalties* dependem de algumas (mais ou menos) consequências de qualidade que sejam comprováveis, *e.g.* vendas). Em outras palavras, a qualidade não é comprovável. Um segundo exemplo é a decisão da universidade de conceder cátedra. Em um mundo ideal as condições para que se conceda a cátedra seriam especificadas antecipadamente em detalhes minuciosos (quantidade e qualidade das publicações, desempenho na sala de aula, proeminência na profissão, etc.). Na prática isso é impossível de se fazer, e por isso os critérios são deixados de forma bem vaga. Ao mesmo tempo, muitos aspectos do desempenho de um candidato são observáveis (certamente o histórico de publicações o é). A dificuldade é provar que o trabalho de alguém atende ou não aos padrões apropriados para justificar a concessão da cátedra. Em outras palavras, não é possível comprovar se o padrão foi atingido". Diante dessa ilustração, os autores suscitam que "pode muito bem ser verdade que nenhum desses exemplos sejam demonstráveis diretamente, mas a implicação negativa – de que as partes simplesmente não contratariam com base nessas informações – é, no mínimo, capaz de levar a equívocos" (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 825, nota 22). No original: "*Like most authors in this literature, Hart groups these three examples and suggests that parties would contract for none of these terms. It may well be true that none of these examples is directly verifiable, but the negative implication – that parties would not contract over this information at all – is at best misleading*".

comprovação. A bem dizer, "as partes podem incluir ambos os tipos nos contratos, e regularmente o fazem. *A combinação entre termos vagos e precisos é largamente utilizada nos contratos comerciais*"[179].

Isto é: os contratos empresariais se concluem mesmo diante desses e de outros obstáculos teóricos apontados pelos economistas e discutidos pela teoria jurídica. Porque a advocacia empresarial é cunhada pelo senso prático de fazer os negócios acontecerem. E para tanto os redatores *mesclam* termos vagos e precisos, bem como mecanismos capazes de modular os riscos e os custos da disputa eventual, no propósito de alcançar contratações pretensamente eficientes[180].

Assim, na síntese de ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS, essa *mescla entre termos precisos e vagos* pode ser vista como "o produto da barganha que as partes fazem entre investir na fase das tratativas ou no momento patológico do processo de contratação, baseadas nas suas circunstâncias particulares"[181]. E ao fazer essa mescla os contratantes procuram um equilíbrio entre efetuar investimentos nas tratativas ou postergar custos para a fase de implementação do contrato ou de eventual litígio, num gerenciamento que busca antever (e, com isso, gerenciar) custos relativos ao "cumprimento forçado dos contratos por meio do sistema adversarial de disputa"[182].

Trata-se, portanto, da tarefa confiada (em grande parte) aos redatores de escolherem os meios mais adequados para atingir os objetivos dos agentes econômicos, adotando as ferramentas normativas pertinentes para cada momento específico, à luz dos diferentes efeitos que tendem a produzir no contexto litigioso.

---

[179] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, jan. 2006, p. 848.

[180] A bem dizer, a mescla entre termos vagos e precisos não é desconhecida da técnica legislativa de modo geral. Os próprios estudiosos proponentes da teoria do design contratual assumem o débito intelectual de sua proposta aos trabalhos daqueles que analisaram as escolhas entre regras e *standards* gerais na produção de leis e regulamentações administrativas (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 820).

[181] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 817.

[182] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 818.

Isso porque, quando redigidas de modo preciso, as regras são contundentes[183]. É inevitável que elas carreguem mais ou menos conteúdo semântico do que originariamente desejado pelos seus redatores, nem sempre sendo capazes de traduzir fielmente o propósito subjacente a que pretendem servir. Mas, ao indicar parâmetros precisos, elas transmitem para o julgador uma mensagem: a de procurar "restringir a margem de discricionariedade"[184] no momento de sentenciar – e, por consequência, reduzir os custos da disputa.

Isto é: ao se dedicarem a redigir uma regra precisa, "as partes estão aumentando seus investimentos em custos de negociação, mas, ao reduzir o escopo dos tribunais em caso de litígio, a tendência é reduzir os custos da disputa"[185]. Ao fazê-lo, as partes exploram as informações de que têm conhecimento no momento da formação do contrato, e com isso abrem mão das vantagens informacionais que um tribunal pode ter ao analisar a relação contratual já na sua fase patológica, de execução.

A principal vantagem do uso de regras nos contratos é a percepção de que os agentes econômicos sabem melhor do que os tribunais quais são seus objetivos e, portanto, podem especificar os parâmetros mais aptos a criar os incentivos contratuais adequados. Além disso, quando se adota uma regra com indicadores de fácil demonstração, tende-se a reduzir os custos da disputa – pois se retira do julgador a tarefa de selecionar os critérios de performance esperados à luz do contrato. A desvantagem dessa estrutura normativa é a de que, como se adiantou, ela nem sempre é capaz de capturar na íntegra o objetivo pretendido pelas partes. Como todas as regras, diante de uma margem ampla de possibilidades futuras a contemplar, uma cláusula detalhada pode incluir mais ou menos do que se pretendia dizer, "não importa o quão sofisticada"[186].

---

[183] "*A precise rule is 'noisy'*", dizem JODY KRAUS e ROBERT SCOTT (Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1071).

[184] "*A precise rule* […] *restricts the court's discretion more severely and thus reduces ex post enforcement costs*" (KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1071).

[185] "*With a precise rule, the parties are increasing their investment in front-end transaction costs, but by reducing the role of the court in litigation, back-end enforcement costs will decline*" (KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1071).

[186] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1072, nota 184. Na íntegra, e no original: "*The advantage of contractual rules is that the parties themselves know better than the courts what their objectives are and presumably can specify a proxy that best enhances contractual incentives. Moreover, by making*

Por sua vez, cláusulas com redação genérica, adotando *standards*, são menos contundentes, de modo a permitirem que seu conteúdo semântico seja preenchido *ex post*, com os olhos postos nos objetivos das partes ao contratar; carregam menos risco de incluírem mais ou menos do que se espera, em comparação às regras, portanto.

Assim, uma vez que as partes são incapazes de prever todas as contingências, elas podem adotar conceitos indeterminados para "delegar a um tribunal a tarefa de completar o contrato *ex post*"[187]. O contrapeso dessa escolha é o fato de que se aumentam os custos da disputa, pois os litigantes passam a ter abertura para introduzir mais elementos probatórios para robustecer as posições jurídicas contrapostas de parte a parte – afinal, é preciso convencer o julgador se um *standard* impreciso foi ou não observado.

Eis, pois, a síntese do segundo raciocínio adotado no método do design contratual: as partes escolhem cláusulas com regras precisas quando acreditam que é mais importante confiar nas informações que têm à disposição no momento da formação do contrato para proteger contra os efeitos negativos de contingências futuras; de outra parte, elas recorrem a *standards* genéricos quando o modo específico de satisfação da obrigação tende a ser mais discutível, ou quando depende de fatores que só se conhecem depois do fechamento do contrato[188].

2.6. A relevância da compreensão da dinâmica do sistema adversarial de solução de disputas para o design contratual

De fato, a prática das contratações empresariais incorpora a todo tempo o uso de conceitos indeterminados, como obrigações de envidar "melhores esforços", autorizações que não podem ser recusadas "de modo irrazoável" ou cláusulas que atribuem efeitos a

---

proof of the price term trivial, a rule reduces the expected costs of adjudication. The chief disadvantage of a rule is that it might not achieve the objective the parties intended. Like all rules, a precise price term, no matter how sophisticated, is likely to be over- or under-inclusive over a large range of possible future circumstances".

[187] "*Since the parties cannot foresee all contingencies, they can use vague contract terms to delegate to a court the task of completing the contract* ex post" (KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1071).

[188] É a síntese de JODY KRAUS e ROBERT SCOTT: "*It follows that parties will choose a precise term when they believe that tailoring to their private information is more important than hedging against the possible negative effects of future contingencies on contract performance. Alternatively, when contractual obligations are highly contingent on the realized state of the world and less dependent on the parties' private information, parties will be more inclined to use vague standards*" (Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1072).

inexecuções "graves" de obrigações "relevantes"[189]. E a observação da atividade contenciosa permite notar que diversos litígios envolvem precipuamente a definição sobre o que seriam os *melhores esforços*, quais seriam os comportamentos *razoavelmente esperados*, e quais descumprimentos seriam *graves* ou quais obrigações seriam *relevantes*.

Assim se faz porque a dinâmica do sistema adversarial de solução de disputa em matéria empresarial não costuma requerer comprovação cabal e indubitável sobre os parâmetros contratuais. Como sintetiza CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, no Brasil se opera num sistema em que se considera "cumprido o *onus probandi* quando a instrução processual houver chegado à *demonstração razoável da existência do fato*, sem os extremos da exigência de uma certeza absoluta que muito dificilmente se atingirá"[190]. Nesse contexto, os ônus da persuasão e da prova são distribuídos por regras legais[191], cujo regime geral não contempla tarifação de provas, e cujo objetivo principal é o atingimento do *convencimento motivado* do julgador – admitidas inclusive variações às regras legais mediante o que se convencionou denominar *distribuição dinâmica do ônus da prova*[192].

Além disso, as próprias partes atuam no momento da produção probatória, oferecendo ao julgador suas visões a respeito dos parâmetros a serem observados, abrindo nos autos os elementos que têm à disposição para prová-los e incorrendo nos custos que julgarem convenientes diante dos interesses em jogo. Nessa dinâmica, por vezes basta uma prova poderosa para reduzir – ou até mesmo eliminar – a necessidade de maiores esforços de investigação: um e-mail comprometedor, uma ata de reunião esclarecedora, uma confissão, um depoimento de testemunha idônea, um laudo pericial robusto etc.

---

[189] Por vezes, inclusive, a discussão desses parâmetros chega a perpassar minudências linguísticas de relevância prática duvidosa, como as habituais marcas de revisão a diferenciar "melhores esforços" de "esforços razoáveis", ou termos semelhantes.

[190] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III, p. 81-82. E conclui o processualista: "A certeza, em termos absolutos, não é requisito para julgar. Basta que, segundo o juízo comum do *homo medius*, a probabilidade seja tão grande que os riscos de erro se mostrem suportáveis".

[191] A regra geral está prevista no art. 373 do Código de Processo Civil: "Art. 373. O ônus da prova incumbe: I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

[192] É sobre o que dispõe o § 1º do art. 373 do Código de Processo Civil: "§ 1º 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".

Por isso, diferentemente do que por vezes se suscita na teoria econômica, é possível (e comum) contratar com base em *standards* amplos ou conceitos indeterminados – tal como se legisla com textos de baixa densidade normativa. Trata-se de uma decisão dos agentes econômicos no gerenciamento dos custos de eventual disputa, sabedores de que, quanto menos preciso o parâmetro contratual, mais incerto tende a ser o resultado no caso de se materializar uma contingência não discutida *ex ante*.

Por conta dessa incerteza, inclusive, a prática tem cada vez mais adotado cláusulas contendo conceitos indeterminados, *standards* genéricos, acompanhados de complementações textuais ou definições que procuram exemplificar, ou ao menos qualificar em alguma medida, os comportamentos esperados, de modo a orientar o papel do intérprete (e com isso diminuir sua margem discricionária no momento de fixar o sentido e alcance das expressões adotadas).

É o que se extrai, por exemplo, do modo como Wind Power Energia S.A. ("Wind Power") e Bom Jesus Eólica S.A. ("Bom Jesus") optaram por lidar com os riscos da ocorrência de defeitos nos equipamentos objeto de contrato de fornecimento, transporte, instalação e comissionamento de aerogeradores para implantação de um parque eólico[193].

Na dinâmica desse contrato, a Wind Power se obrigou a produzir e entregar à Bom Jesus os equipamentos em plena capacidade operacional, conforme padrões de qualidade e desempenho determinados; a Bom Jesus, por sua vez, titular do direito de explorar o Parque Eólico Bom Jesus, se resguardou mediante um conjunto de mecanismos acionáveis no caso de os aerogeradores, submetidos a longo período de garantia, sofrerem falhas não imputáveis à própria contratante (termo definido em geral como "Defeitos"[194]). No entanto, o contrato estabelece que nem todos os defeitos devem receber o mesmo tratamento; defeitos de menor extensão, definidos como "Defeitos Menores", não autorizam, por exemplo, que a contratante se recuse a assinar o certificado de instalação mecânica dos equipamentos ou o certificado de comissionamento – etapas relevantes no

[193] "Contrato de Fornecimento, Transporte, Instalação e Comissionamento de Aerogeradores para Implantação do Parque Eólico Bom Jesus", celebrado entre Bom Jesus Eólica S.A. e Wind Power Energia S.A. em 20.2.2014, disponível a partir da fl. 349 dos autos do processo 0404328-75.2015.8.19.0001 do acervo do TJRJ.

[194] "Defeito: Significa todo e qualquer defeito, irregularidade, problema, deficiência ou desconformidade, de qualquer natureza, no Fornecimento, tendo como base os Padrões de Desempenho, não causados pela Contratante ou seus subcontratados".

programa contratual, pois disparam efeitos relativos ao direito da fornecedora de receber determinados pagamentos[195]. Trata-se da incorporação no texto contratual da diretiva existente de modo geral no direito dos contratos de que o dito *inadimplemento mínimo* não deve permitir o recurso aos remédios sinalagmáticos[196].

Note-se, todavia, que o contrato adianta quais são os critérios básicos a distinguir um defeito menor de um defeito relevante, de modo a evitar a completa discricionariedade do julgador a respeito do que seriam defeitos menores ou não: defeitos menores são somente aqueles definidos no rol da cláusula 1.1 como os defeitos no fornecimento, a serem corrigidos pela Wind Power, "que não impeçam ou tenham capacidade de impedir o funcionamento dos aerogeradores de forma segura, sem gerar qualquer risco de dano ao meio ambiente, ao pessoal, a terceiros", ou que não prejudiquem a capacidade dos aerogeradores "de gerar potência plena, de forma que a geração da potência plena esteja em conformidade com os padrões de desempenho".

Por essa articulação, observa-se que as partes recorreram a um termo vago ("defeito menor", em linha com o conceito indeterminado de *inadimplemento mínimo* adotado pelos tribunais), mas apontaram *ex ante* quais são os efeitos derivados de uma falha de desempenho que não consideram toleráveis, a ponto de autorizar o recurso a alternativas drásticas, como a recusa a efetuar pagamentos, e quais efeitos consideram parte do risco da atividade, a ponto de não merecerem esse tratamento. E, ao fazê-lo, indicaram para o julgador quais perguntas devem ser respondidas para se saber se um defeito é tolerável ou não.

Isto é: o julgador de eventual conflito não tem diante de si uma folha em branco para preencher, pois recebeu instruções diretas sobre quais parâmetros deve buscar *ex post* em caso de controvérsia sobre a ocorrência de defeitos; no caso, deve se perguntar *se o*

---

[195] Como é habitual em contratos desse feitio, tanto a instalação mecânica dos equipamentos como o seu comissionamento são tratados como *eventos de pagamento* – isto é, marcos contratuais que servem de medição da performance do contratado e lhe permitem receber o preço à luz da qualidade da entrega realizada. Especificamente no contrato em análise, a dinâmica descrita deriva das cláusulas 11.3 e 11.4 (e suas subcláusulas), respectivamente. Sobre o papel estratégico dos eventos de pagamento, cf. o item 3.7 abaixo.

[196] Assim, por exemplo, o STJ já considerou ilegítima a exceção de contrato não cumprido em face de inadimplemento mínimo de prestação da contraparte. De acordo com o precedente suscitado, deve-se verificar a "gravidade do descumprimento, consideradas as consequências que, da violação do ajuste, decorre para a finalidade do contrato", justamente para evitar que uma parte "se benefici[e] de tímida aparência de descumprimento contratual por parte da outra" e se enriqueça ilicitamente (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.215.289, Rel. Min. Sidnei Benetti, v. u., j. 05.02.2013).

defeito é capaz de impedir o funcionamento seguro dos equipamentos ou se *o defeito impede os equipamentos de gerar potência plena em conformidade com os padrões de desempenho previstos no contrato*.

Com isso, as partes se abstiveram de relacionar item por item, em alto grau de detalhe, qual tipo de defeito pode ser considerado tolerável ou não, o que exigiria tempo e esforços de negociação consideráveis (e talvez infrutíferos), e pode ter lhes permitido economizar custos de negociação; além disso, ao deslocarem esses custos para o momento futuro, parece que os agentes tentaram controlar a margem de discricionariedade do julgador mediante a seleção de um parâmetro indeterminado, mas acompanhado de critérios indicativos – com o potencial de diminuir o espaço de debate sobre a definição dos parâmetros (aquilo que a teoria do design contratual se refere como a "*choice of proxy*") e, por consequência, diminuindo a margem de incerteza a respeito.

Disso se vê que, muito além de um exercício de detalhamento da vontade das partes, com o propósito de diminuir problemas jurídicos relativos à interpretação da intenção comum, para onde se fixam os olhos dos juristas, o tratamento dos parâmetros contratuais repercute de modo significativo sobre a eficiência global da operação e sobre toda a dinâmica dos custos e dos ônus da iniciativa litigiosa: a depender dessas escolhas, o design contratual pode inclusive definir quem tende a estar na posição de dar o primeiro passo e ter de tomar a iniciativa contenciosa.

Isso porque as escolhas efetuadas no design contratual podem ser capazes de definir indiretamente quem tende a ser o requerente ou requerido de uma medida judicial. No exemplo do fabricante que deixa de entregar peças satisfatórias à montadora, sendo difícil para a última demonstrar em juízo a inadequação do produto, a estrutura contratual leva a fazer com que o fabricante possa adotar comportamento oportunista e, nesse caso, a montadora esteja potencialmente mais propensa a estar na posição de requerente do que de requerida. Por sua vez, contando o contrato com cláusula penal e tendo a montadora um depósito em garantia a seu favor, ou podendo recusar pagamento de quantia substancial nessas circunstâncias, a dinâmica se inverte: o natural a se esperar é que o fabricante tenha

que tomar iniciativa para liberar a garantia ou exigir o pagamento, ficando na posição de demonstrar que adimpliu o contrato adequadamente[197].

Daí se percebe que, compreendidas no contexto de uma disputa potencial, as escolhas sobre os parâmetros contratuais vão além da mera descrição da vontade contratual: acabam tendo o efeito prático de atribuir os ônus da iniciativa judicial, da persuasão e da prova a uma ou outra parte.

Assim, a partir do conjunto de constatações oferecidas por seus proponentes, a teoria do design contratual abre campo fértil de pesquisa para que se aumente essa aproximação entre teoria e prática, pautando, entre outros pontos de investigação, a análise sobre como as cláusulas regentes da ruptura dos contratos podem cumprir papel de alocação dos ônus da persuasão, da prova e da iniciativa litigiosa[198]. E é essa rota que se segue neste trabalho.

Em suma: inspirando-se nos diagnósticos da teoria do design contratual, pode-se concluir que quando agentes econômicos sofisticados estão em busca de uma solução rápida e menos custosa para casos de adimplemento insatisfatório, desalinhamento de expectativas, ou quando desejam poder se desvincular da operação por qualquer motivo, eles podem optar (e normalmente o fazem) por investir na negociação de procedimentos e cláusulas detalhados, regras jurídicas com alto grau de precisão, critérios objetivos de aferição ou até mesmo na fixação de direitos potestativos incondicionados, incorrendo em custos de transação *ex ante*.

---

[197] Essa característica é explorada por ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS: "*Although there are default rules defining acceptance and rejection, they may be varied by contract to implicitly assign the burden of proof to the seller or the buyer, depending on the parties' preferences. Deposits are a mechanism by which commercial parties may structure substantive provisions to influence the likely identity of the plaintiff. When the buyer has prepaid or made a deposit, the seller has less to gain by suing for the price. Thus, the buyer is more likely to be the plaintiff whether she has accepted or rejected the goods*" (Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 869). Em tradução livre: "Embora existam regras padrão definindo a aceitação e a rejeição, elas podem variar por contrato, para implicitamente distribuir o ônus da prova para o vendedor ou para o comprador, dependendo das preferências das partes. Depósitos são um mecanismo por meio do qual empresários podem estruturar cláusulas relevantes para influenciar a provável identidade do autor de uma potencial ação. Quando o comprador adianta o pagamento ou faz um depósito, o vendedor tem menos a ganhar ao processar pelo pagamento do preço. Portanto, nesse cenário, o comprador tem maior probabilidade de ser o autor de uma demanda, tenha ele aceitado ou rejeitado os bens".

[198] O diagnóstico é, uma vez mais, de ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS (Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005, p. 200).

Já quando as circunstâncias não permitem esse mesmo investimento, seja em razão do tempo, dos custos, da ausência de informação suficiente para tanto ou da complexidade para obter essa informação *a posteriori*, as partes optam por cláusulas genéricas, *standards* amplos ou conceitos indeterminados, deslocando os custos para o momento *ex post*.

Há mais: os agentes econômicos têm consciência de que três aspectos relevantes repercutem sobre sua capacidade de recuperar investimentos em caso de litígio. O primeiro é o reconhecimento de que alguns agentes podem encontrar subterfúgios para escapar das consequências práticas de uma decisão condenatória: basta rememorar o conjunto de recursos e alternativas evasivas à disposição do devedor insolvente no sistema processual brasileiro. O segundo é o inevitável risco de que não lhes seja possível demonstrar em juízo suas posições, o que pode resultar em obter desfecho desfavorável numa disputa mesmo tendo a seu favor o bom direito – isto é, o risco do *erro decisório*. E é também sabido que litigar leva tempo, consome recursos financeiros e pode deslocar quadros produtivos das empresas de suas funções habituais[199].

Por isso, sabedora de que o ambiente litigioso tende à incerteza e a custos de recuperação lenta ou difícil, a práxis também passou a desenvolver estratégias negociais tendentes a diminuir a necessidade de judicialização. Isto é: os praxistas passaram a prever medidas extrajudiciais que podem ser tomadas pelos próprios agentes econômicos, independentemente de prévia autorização judicial ou arbitral, deslocando para a contraparte os ônus da iniciativa litigiosa para neutralizá-las, o que consequentemente também lhe desloca os ônus da persuasão do julgador e de provar suas posições jurídicas.

Passou-se também a metrificar nos contratos algumas condutas mais relevantes, atribuindo-lhes valor que possa servir ao mesmo tempo como uma forma de avaliação de performance inadequada, de pré-liquidação de indenização mínima por prejuízos potenciais e como mecanismos de reajuste de preço. Passou-se inclusive a prever hipóteses em que uma parte pode dispensar a outra, assumir sua posição contratual e capturar alguns dos investimentos realizados pela contraparte, mediante medidas de natureza substitutiva.

No mais, e em degraus ainda mais altos de sofisticação contratual, a práxis começou até mesmo a criar instrumentos destinados a mudar o escopo das suas disputas,

[199] MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, fev./1963, p. 65.

como se dá no constante acionamento de opções em caso de dissidências em contratos associativos, nos quais o raciocínio *em perspectiva*, ínsito à avaliação de performance ou ao atendimento de interesses mediante condutas devidas, dá lugar a raciocínio *prospectivo* – substituindo-se debates sobre *inadimplemento de obrigações* por discussões sobre *aferição de valor de participações*.

Todas essas medidas e técnicas redacionais representam, em maior ou menor medida, estratégias de antecipação ou postergação dos custos de uma disputa potencial – ou seja, *estratégias de gerenciamento dos custos de transação*. Isto é: os custos de uma eventual disputa não são elementos estranhos a um contrato; a bem dizer, "os custos de litigar são o produto endógeno das estratégias das partes"[200], em linha com as regras sobre produção probatória e sobre como se desenvolve o procedimento contencioso; e essas estratégias litigiosas, a seu turno, "são interativas, no sentido de que as decisões de cada parte – sobre investir ou não em litigar e quanto despender nisso – são uma função dos custos de litigar que se imagina que a contraparte pode vir a arcar"[201].

2.7. A contribuição da teoria do design contratual para a dogmática jurídica: a compreensão dos elementos da intenção contratual (os *meios estruturais* e os *fins contratuais*) e as expectativas de constrição do espaço de discricionariedade do julgador

Assumindo como verdadeiros os axiomas do design contratual e reconhecendo o seu método como uma realidade – e o exame da práxis parece mesmo corroborar a existência de escolhas das partes entre alternar mecanismos de *enforcement* jurídicos ou relacionais; entre alternar custos de transação nos momentos *ex ante* ou *ex post* –, é preciso refletir sobre como essa contribuição teórica pode repercutir juridicamente no campo dos contratos e, sobretudo, sobre quais podem ser suas consequências dogmáticas.

---

[200] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005, p. 198. No original: "[...] *although the cost of enforcement is an important factor in contract design, economic contract theory treats it as exogenous. But, in fact, litigation costs are the endogenous product of the strategies of the parties within the rules imposed by the laws of evidence and civil procedure*".

[201] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005, p. 198. No original: "*These litigation strategies, in turn, are interactive in the sense that the decisions of each party-whether to invest in litigation and how much to expend-are a function of the expected litigation expenditures of the other party*".

A primeira consequência que a teoria do design contratual pode oferecer à dogmática do direito privado brasileiro é *a identificação dos elementos que integram o conceito de intenção contratual*. Explica-se melhor.

Um dos pilares do regime contratual brasileiro é o art. 112 do Código Civil, segundo o qual "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à *intenção nelas consubstanciada* do que ao sentido literal da linguagem".

A partir desse texto normativo, envolvido por sutilezas de discussões centenárias sobre os influxos das teorias da vontade e da declaração[202], pode-se dizer que a cultura jurídica brasileira reconhece que o ponto fundamental de atenção nos negócios jurídicos é a primazia da *intenção consubstanciada na declaração*, em detrimento do sentido literal da linguagem. Postos em contraposição o sentido literal e a intenção, esta deve prevalecer em caso de conflito – mas não uma "vontade interior, não exteriorizada e, portanto, insuscetível de ser averiguada de modo minimamente seguro"[203], e sim a "intenção que encontra apoio na declaração"[204].

Surge, então, a tarefa de compreender em que consiste essa intenção. A doutrina brasileira, de modo geral, repete o "lugar-comum segundo o qual o intérprete deve buscar a vontade das partes ou o sentido por elas efetivamente atribuído ao negócio"[205], o que parece pouco. FRANCISCO MARINO, indo além, indica que essa intenção deve resultar no sentido que o intérprete conclui tenham as partes "atribuído à declaração negocial, após o exame da literalidade da linguagem, do contexto verbal e de todas as circunstâncias relevantes, tendo em vista o ponto de relevância hermenêutica peculiar ao negócio jurídico em questão"[206].

---

[202] O desenvolvimento histórico que levou à redação do atual art. 112 do Código Civil é sintetizado em MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 255-259.

[203] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164.

[204] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 259.

[205] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 164, onde considera o lugar-comum "insuficiente", para em seguida reforçar a crítica: "Há que se atentar, todavia, ao fato de que a fórmula da 'vontade comum' dos contratantes traduz uma simplificação muitas vezes enganosa" (p. 167).

[206] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 174. Com inspiração em Emilio Betti, FRANCISCO MARINO destaca a importância de se fixar o *ponto de relevância hermenêutica* que o intérprete deve buscar para o exercício de seu mister – ou seja, uma vez que

No campo dos contratos, sobretudo aqueles de natureza empresarial, diz-se que o ponto de relevância hermenêutica que se fixa a partir do critério prevalecente no art. 112 reside na *vontade comum* das partes[207]. Passa-se a chamá-la *intenção contratual*, pelo bem da síntese.

Não é incomum se verem opiniões indicando a necessidade de se atentar para os *fins* buscados pelas partes na investigação dessa vontade comum[208] – entendendo-se como fim "o resultado que, hipoteticamente, o negócio jurídico atingiria, se todos os efeitos, dele

---

"somente atitudes exteriormente reconhecíveis no mundo social podem ser objeto de interpretação", e que nem todas essas atitudes são reconhecíveis por qualquer pessoa, e a qualquer modo, o intérprete precisa entender em qual ponto, qual "sede" (a expressão é de Betti) deve fixar a orientação da sua atividade interpretativa: e esse ponto varia conforme a estrutura de cada negócio jurídico. Três exemplos ajudam a iluminar o comentário: nos testamentos, o objeto de atenção do intérprete deve ser a vontade do *testador*; nos contratos de adesão, cujo conteúdo é predisposto pelo estipulante e aceito na íntegra pelo aderente, é ao conjunto de informações e conhecimentos à disposição deste – o aderente, destinatário daquele conteúdo – que o intérprete deve atentar; já nos contratos bilaterais, como regra, especialmente quando formados mediante processo de negociação intensa, não se pode apontar um declarante em detrimento do outro como referência para o intérprete, de modo que o ponto de relevância hermenêutica nesses negócios deve ser a *intenção comum declarada*, demonstrável, à luz do conjunto de circunstâncias envolvidas na sua produção. Sobre o item, cf. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 144-145.

[207] Apoia-se, uma vez mais, no diagnóstico de FRANCISCO MARINO, que assim sintetiza: "o conteúdo do contrato pode resultar de uma mistura extremamente complexa de declarações e enunciados negociais emitidos pelas partes. Com efeito, o esquema tradicional de formação dos contratos por meio da troca de declarações negociais, uma com valor de oferta e outra com valor de aceitação, frequentemente não se adapta à realidade. Pense-se, por exemplo, em contratos altamente elaborados, celebrados após meses de negociações e subsequentes minutas redigidas por equipes de advogados – muitas vezes localizadas em diversos países. Obtida a versão final do instrumento contratual, não será possível reconduzir-se este ou aquele ponto do conteúdo à declaração negocial desta ou daquela parte" (*Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169-170). Daí porque "os vetores componentes da chamada 'vontade comum' terão intensidades e direções distintas, de modo que a resultante final pode variar (e efetivamente varia) de caso a caso" (p. 171).

[208] Veja-se, a propósito, a síntese de PONTES DE MIRANDA: "Nas relações entre os seres humanos, algumas precisam de juridicidade. Para isso, conforme as necessidades e os desejos de cada um, procura-se o negócio jurídico de cuja eficácia resulte o que se quer. A manifestação de vontade tem de por fim a eficácia que satisfaça essas necessidades e esses desejos. Daí a missão do intérprete quanto a ter de encontrar o conteúdo querido, isto é, a finalidade mesma do negócio jurídico. A manifestação de vontade, integralizável segundo regras jurídicas ou segundo método de interpretação, é o que pode conter o sentido, o fim do negócio jurídico" (*Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXVIII, p. 181). A relevância dos fins no plano hermenêutico também se observa nas lições influentes de ERICH DANZ, ao se manifestar sobre o § 133 do BGB, dispositivo com características semelhantes ao art. 112 do Código Civil: "É importantíssimo para a interpretação conhecer os fins econômicos que as partes tinham em vista ao contratar: o direito ampara a consecução desses fins e, portanto, o juiz, para poder conceder a devida proteção do direito ao negócio jurídico ou declaração de vontade de que se trata, tem que começar por conhecer exatamente aqueles fins. E mais uma vez temos que recordar que os fins econômicos podem modificar o sentido usual das palavras empregadas, e que, não os tomando em consideração, se cai na interpretação literal proibida pelo § 133º do Cód. civil" (*A interpretação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1941, p. 105).

decorrentes, se concretizassem"[209]. Esse *fim contratual*, então, consistiria nos objetivos práticos compartilhados entre as partes ao celebrarem o negócio, derivados dos seus efeitos desejados[210]. Pode-se descrevê-lo como um "elemento do conteúdo negocial global, que tanto pode ser parte do conteúdo expresso, quanto, o que é mais frequente, permanecer implícito"[211]. Sua relevância, nas palavras de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, é notável: "[s]omente o fim concreto dá o entendimento das cláusulas negociais"[212].

Pouco se explora, todavia, a *composição* da intenção contratual, tampouco as mensagens comunicativas que os *meios* utilizados pelas partes para moldar o negócio transmitem a seu respeito. Dedica-se pouca atenção à *estrutura* do que vem a ser a intenção contratual[213].

Não se há de contestar a relevância dos fins como meios interpretativos: nenhum intérprete cumpre sua tarefa de forma adequada sem considerar os fins práticos visados pelos contratantes. Mas também não é somente – *exclusivamente* – o fim concreto que deve conduzir o entendimento das cláusulas contratuais. A estrutura da intenção é relevante, pois, como indica o próprio ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, a vontade que se deve buscar é "a intenção que *resulta* da declaração"[214], que dela se pode *extrair*. E só se extrai resultado de algum objeto a partir da compreensão dos seus elementos integrantes.

Eis a contribuição oferecida por JODY KRAUS e ROBERT SCOTT, para quem os axiomas da teoria do design contratual permitem notar que a estrutura da intenção

---

[209] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 107.

[210] Para alguns, esse fim se confunde com o conceito de causa contratual, que se evita neste trabalho, como adiantado anteriormente. Sobre o tema, cf. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 138.

[211] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

[212] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 225.

[213] Isso não ocorre somente nos ordenamentos de matriz romano-germânica. Segundo JODY KRAUS e ROBERT SCOTT, o mesmo se dá na literatura norte-americana, em que "pouca atenção acadêmica tem sido dada para a estrutura da intenção contratual" (Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1026; no original: "*little scholarly attention has been given to the structure of contractual intent*").

[214] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 100.

contratual contempla dois elementos: "os *meios estruturais* planejados pelas partes e os *fins contratuais* por elas pretendidos"[215].

Com base nisso, a teoria do design contratual chama a atenção para o fato de que os fins não são os únicos elementos que compõem a intenção contratual: ela também é formada pelos *meios* que as partes escolhem para reger a relação (os "*contractual means*"[216]), consistentes no conjunto de mecanismos (cláusulas, condições, direitos, obrigações, ônus etc.) que as partes adotam como *instrumentos* para atingir aqueles fins[217]. De modo a contribuir para a construção de uma semântica a respeito do assunto, aqui se designam esses meios como *meios estruturais*[218].

Importa notar que os meios estruturais podem traduzir mensagens relevantes para o intérprete dedicado a analisar as disputas que surgirem no contexto de cada operação econômica. Se a intenção contratual é aquela que *resulta* da declaração, reiterando as palavras de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO reproduzidas acima, cumpre explorar *o quê* se pode extrair dali.

Isto é: quando as partes decidem que todos os aspectos dos seus contratos devem ser juridicamente exigíveis, suscetíveis ao *enforcement* litigioso, ou que alguns desses aspectos devem se limitar ao *enforcement* relacional, elas assumem riscos e efetuam escolhas por meios estruturais que, na sua ótica, visam a otimizar os custos de contratação. De igual modo, ao alternar entre entre regras precisas ou *standards*, as partes tentam alocar os custos entre a fase *ex ante* ou *ex post* do processo de contratação de modo a reduzir os custos de transação totais daquela operação econômica.

---

[215] No original, os autores se referem à distinção que efetuaram "*between two kinds of contractual intent: the parties' intended contractual means and their intended contractual ends*" (KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1070).

[216] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1026.

[217] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1101; na íntegra: "*Contractual means are the mechanisms by which commercial parties create contracts designed to best achieve their intended ends*".

[218] Opta-se pela expressão "meios estruturais" como modo de evitar confusão terminológica com o conceito de *meios interpretativos*, que são os recursos à disposição do intérprete para conduzir sua tarefa; FRANCISCO MARINO esclarece que "[o]s meios para a interpretação da declaração negocial ou das declarações negociais constitutivas do negócio jurídico são: sentido literal da linguagem, contexto verbal e contexto situacional (também chamado de 'circunstâncias')" (*Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102).

Disso se pode tomar como premissa jurídica que, quando as partes decidem regular algum aspecto da operação com base em regras precisas, elas procuram reduzir a necessidade de o intérprete ter atuação criativa ou discricionária no momento em que chamado a tutelar as pretensões de parte a parte[219]: é o que se dá, por exemplo, (a) ao se fixar um preço global para uma obra, não sujeito a revisão, somente podendo ser atualizado monetariamente com base em índice de reajuste determinado e periodicidade específica; (b) quando se combina que o contrato pode ser extinto, independentemente da propositura de ação, no caso de o prestador de serviços sofrer mais de três multas por falhas de performance, em montante superior a 15% do preço do contrato, dentro de um período de 180 dias; ou (c) quando se ajusta que o fornecedor de um produto pode se desligar do contrato a qualquer tempo, independentemente de justa causa, e mesmo havendo prazo determinado, desde que mediante o pagamento de um valor determinado ao distribuidor.

Essas estratégias, contudo, dependem de um aspecto essencial – esse, talvez, um dos menos percebidos pela cultura jurídica brasileira: é preciso que os agentes econômicos possam confiar nas estimativas e escolhas que eles mesmos fazem sobre a probabilidade de certos eventos ocorrerem – independentemente do que venha a se implementar no cenário futuro, e cujas circunstâncias serão conhecidas *a posteriori* pelo julgador, já diante da contingência materializada[220].

De outra parte, quando os agentes econômicos acordam sobre certos pontos com base em *standards*, como no caso de se criarem obrigações de envidar melhores esforços, eventual decisão em cenário litigioso sobre o preenchimento desse parâmetro exige do julgador que se lhe dê um significado teórico, em primeiro plano, e que verifique se no caso concreto esse significado está comprovado, o que consiste numa segunda tarefa. Consequentemente, ao escolherem termos genéricos para regular possível contingência, as partes transmitem uma espécie de delegação de discricionariedade ao julgador para

---

[219] A conclusão é de JODY KRAUS e ROBERT SCOTT, cuja relevância justifica a transcrição do trecho original: "*when the parties agree to precise terms, such as the obligation to pay for a fixed quantity of goods at a price determined by a specified index, the parties reduce the need for a court to interpret the terms of the contract. Precise terms reduce legal obligations to bright-line rules that specify the content of the obligation* ex ante" (Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1030).

[220] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1031.

preencher o conteúdo contratual *ex post* – economizando em custos de negociação e tendencialmente aumentando os custos da disputa, mas se aproveitando do fato de que o julgador pode ter informações que não estavam disponíveis para as partes no momento da formação do contrato[221]. É o que se dá, por exemplo, além da previsão de obrigações de melhores esforços, (a) quando se estabelece que o preço unitário dos elementos da obra consiste em estimativa, que pode ser alterada se o empreiteiro verificar que as condições do solo são *significativamente diferentes* das que lhe foram informadas pelo contratante; (b) quando se prevê que a operação pode ser encerrada se o prestador de serviços cometer alguma *infração grave*, que prejudique o andamento dos trabalhos do contratante; ou (c) quando se ajusta que o fornecedor somente pode encerrar o contrato de distribuição se demonstrar que o distribuidor não foi capaz de *aumentar de modo satisfatório* o alcance regional do produto.

Em casos tais, poupam-se os esforços de tentar delimitar *ex ante* o que seriam *condições significativamente diferentes*, *infrações graves* ou *aumento satisfatório*. E, uma vez instaurado o litígio, os fatos podem ser de tal modo evidentes que o preenchimento abstrato e concreto do *standard* pelo julgador não lhe exija maiores esforços: basta pensar, no exemplo das infrações graves, em situação na qual o operador de uma sonda de perfuração comprovadamente causa acidente ambiental de grandes proporções por negligência.

A teoria do design contratual demonstra, então, que os termos adotados pelas partes costumam consistir em *escolhas* dos meios estruturais considerados mais adequados para

[221] Inspira-se, uma vez mais, nas conclusões de JODY KRAUS e ROBERT SCOTT: "*When parties decide to make some or all of their agreement legally enforceable, they face a choice among contractual means that further optimize contracting costs. By choosing between vague or precise contract terms, the parties can thereby shift costs between the back and front end of the contracting process. When the parties agree to vague terms, such as the obligation to use their best efforts, the subsequent adjudication of contractual disputes concerning best efforts will require a court to give concrete and specific meaning to the vague phrase as part of the process of interpretation. By framing their agreement in vague terms, the parties embed their legal obligations in broad standards that delegate discretion to courts* ex post *and thereby increase back-end enforcement costs. However, this strategy saves the parties the costs of specifying precise performance obligations at the time of formation. Moreover, because the court will have information that was not available to the parties at the time of formation, it potentially allows the parties to benefit from more efficient performance standards than they could have specified at the time of formation*" (Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1030).

atingir os fins contratuais[222], e que essas escolhas devem ser respeitadas pelo julgador chamado a dirimir os cenários de disputa.

Isso porque, como se disse, os agentes incorrem em custos de negociação *ex ante* ao escolherem regras precisas, e esses custos somente se justificam se os agentes puderem se beneficiar das vantagens informacionais de que lançaram mão durante a fase das tratativas, que tendem a lhes economizar custos da disputa, e se puderem implementar as estratégias que anteviram. No exemplo do preço fixo da obra, atrelado a índice de reajuste determinado, se o tribunal chamado a analisar a aderência desse índice aos fins contratuais adotar discricionariedade para substitui-lo (por entender que não reflete adequadamente a variação dos custos do setor, por hipótese), essa postura faz com que os custos de negociação investidos na fase *ex ante* se tornem inócuos; afinal, ela leva ao mesmo resultado de uma cláusula redigida de modo genérico, que sujeite o reajuste do preço, em vez de a índice determinado, a índice "que reflita de modo adequado as variações dos custos do setor". Mas se o objetivo das partes fosse se aproveitar dessa vantagem informacional do julgador (sua capacidade de verificar o estado de fato da execução contratual), elas poderiam ter escolhido a cláusula genérica e atribuir essa margem de discricionariedade para o momento *ex post*[223].

Essa perspectiva também pressupõe que o julgador resista à tentação de corrigir escolhas equivocadas dos agentes econômicos. Como bem pontuam JODY KRAUS e ROBERT SCOTT, "o mero fato de partes comerciais moldarem uma regra *ex ante* ruim não justifica a postura do julgador de reescrever uma cláusula precisa *ex post*"[224]. É a mesma advertência de PAULA FORGIONI, para quem "o empresário não é considerado pelo sistema de direito comercial como um tolo irresponsável e o direito não pode ter a função de corrigir os 'erros' eventualmente praticados"[225].

---

[222] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1046.
[223] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1073.
[224] No original, "*the mere fact that commercial parties design an ex ante rule badly does not justify judicial action to rewrite a precise contract term* ex post" (KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1073, nota 185).
[225] FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 151.

Essa constatação é particularmente relevante ao se rememorar que, ao corporificar os termos de uma operação econômica combinada nos detalhes, o instrumento contratual costuma ser negociado e redigido por um conjunto de executivos (e assessores jurídicos) que nem sempre são os mesmos que acompanham a execução do projeto contratado.

Assim, além de cumprir a função de instigar as partes a discutir o programa contratual, o instrumento também serve como *meio de comunicação* entre públicos distintos: os negociadores da operação, os redatores do documento, os executores do empreendimento, os administradores do modelo de negócio – e, em caso de disputa, os assessores jurídicos de parte a parte e, sobretudo, os futuros julgadores. E essa função comunicativa exige do julgador elevado grau de respeito àquelas escolhas estratégicas, portanto.

O mesmo pode ser dito a respeito do planejamento inserido nas minutas-padrão de operações repetidas em larga escala, como nas franquias, guardadas as devidas proporções. Embora o instrumento contratual resulte substancialmente de minuta fornecida por uma das partes, sua função vai além de reger aquela relação específica, pois permite o planejamento da solução de problemas para todo um modelo de negócio, e não somente para uma operação atomizada. Há nelas, também, investimentos em custos de transação.

Para concluir esse quadro, os estudiosos da teoria do design contratual se apoiam em pesquisas empíricas com o propósito de fortalecer o axioma de que partes sofisticadas envolvidas em contratos empresariais tendem a preferir regime de aplicação dos contratos de modo ortodoxo, em linha com as escolhas estratégias efetuadas no momento da confecção do instrumento, exceto se o próprio instrumento apontar em sentido contrário (como é o caso, por exemplo, da adoção de *standards* genéricos, que conferem maior discricionariedade ao julgador)[226].

Uma dessas pesquisas, divulgada em 2009 por THEODORE EISENBERG e GEOFFREY MILLER, se propôs a avaliar como se dava a distribuição dos estados norte-americanos entre as cláusulas de eleição de lei aplicável e de foro nos contratos celebrados por companhias abertas. Analisados mais de 2 mil contratos, a contraposição entre os dois estados em que há maior concentração da atividade econômica chamou a atenção dos

[226] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1026.

estudiosos[227]. Nova Iorque, o primeiro em atividade econômica, era também o destinatário de 46% das cláusulas de escolha de lei e 41% das cláusulas de eleição de foro. Já a Califórnia, segundo estado com maior atividade econômica, tinha sua lei recepcionada por menos de 8% dos contratos. O estudo ilustra a forte preferência de partes sofisticadas, caso das companhias abertas americanas, pela jurisdição e pelas leis de Nova Iorque para reger seus contratos[228] – conhecidas, aquela, pela rigidez com que lida com as oportunidades procedimentais de se produzir prova circunstancial acerca dos contratos; e estas, pela pouca margem de abertura para revisão contratual e prestígio ao jogo de barganha realizado entre as partes.

Outra pesquisa empírica que serve de apoio para a conclusão de JODY KRAUS e ROBERT SCOTT é o conhecido levantamento realizado por LISA BERNSTEIN a respeito das expectativas de aplicação ortodoxa das regras contratuais. Em estudo realizado na década de 90, concentrado em pesquisas com agentes econômicos do setor de grãos e alimentos, LISA BERNSTEIN concluiu que os atores desse setor manejam os métodos de resolver suas disputas conforme mecanismos de *enforcement* relacionais ou juridicamente vinculantes. E, mediante seus questionamentos, além da análise de sentenças arbitrais proferidas sob os auspícios da National Grain and Feed Association, a Professora percebeu que os agentes econômicos se encontram dispostos a flexibilizar as regras contratuais no caso de se implementarem contingências indesejadas, por questões relacionais, mas desde que possam contar com a rigidez das regras jurídicas precisas para adotá-las nos momentos patológicos, sem que os árbitros façam maiores sindicâncias de mérito a seu respeito ou procurem recontextualizá-las à luz do comportamento entre as partes durante a execução contratual[229].

Assim, a segunda consequência dogmática que se extrai das contribuições da teoria do design contratual deriva da primeira: se a intenção contratual se compõe por meios estruturais e fins contratuais, significa dizer que o grau de discricionariedade do julgador, no momento de dirimir as controvérsias, deve ser pautado pelas escolhas estratégicas das

[227] EISENBERG, Thedore; MILLER, Geoffrey P. The flight to New York: an empirical study of choice of law and choice of forum clauses in publicly-held companies' contracts. *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 4, mar. 2009, p. 1475-1512.
[228] A conclusão é de KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*, Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1062 e, na sequência, p. 1103.
[229] BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 144, 1996, p. 1797-1798.

partes em adotar meios estruturais jurídicos ou relacionais, regras precisas ou *standards* genéricos. Por outras palavras: é *dever* do intérprete respeitar as escolhas estratégicas firmadas pelas partes ao longo do design contratual, pois representam decisões que vão além da mera transposição da vontade em texto; representam opções sobre o gerenciamento dos custos de transação; representam – por que não dizer? – *a intenção que os agentes econômicos sofisticados consubstanciam na declaração negocial*. Trata-se, portanto, de uma questão de observância do ponto de relevância hermenêutica fixado a partir do critério eleito pelo art. 112 do Código Civil.

E, se a teoria do design contratual produz essas duas consequências dogmáticas – a percepção dos elementos da intenção contratual (os *meios estruturais* e os *fins*) e a compreensão de que os meios estruturais escolhidos incrustam expectativas de constrição ou alargamento do espaço de discricionariedade do julgador –, elas devem se espalhar por todo o fenômeno dos contratos: suas regras sobre formação, seus efeitos, interpretação contratual, responsabilidade por danos, alteração de circunstâncias e, no que interessa para esta tese, *sua ruptura*.

Disso resulta uma primeira conclusão relevante: *o processo de ruptura dos contratos empresariais começa durante a fase de produção dos instrumentos escritos, quando se vislumbram os diferentes cenários do porvir e se efetua o design das alternativas para o rompimento*. Trata-se, portanto, de aspecto a ser considerado pelo julgador no momento em que estiver diante da missão desafiadora de aplicar os mecanismos planejados para guiar o momento patológico da relação.

E essa reflexão, concentrada nos mecanismos de ruptura contratual, permite extrair outras conclusões: significa dizer, por exemplo, que, diante de prova robusta pré-constituída, condicionar ao prévio reconhecimento pela via litigiosa, ou a amplo controle substancial, o exercício de cláusula resolutiva expressa precisa, a compensação de multa dotada de critérios objetivos ou o disparo de denúncia motivada tende não só a tornar ineficientes os custos de negociação incorridos (problema de ordem econômica) como pode produzir resultado *contrário à intenção contratual*, incorporada às circunstâncias que presidiram sua celebração[230] – principal vetor interpretativo para os contratos empresariais,

[230] Compartilha-se aqui a percepção de ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS: "apesar da sua vantagem informacional *ex post*, os tribunais não devem aplicar *standards* legais genéricos implícitos diante de regras

em linha com o art. 112 do Código Civil. Está-se diante de problema também da dogmática jurídica, portanto.

Vale dizer que essa constatação não se aplica somente para contratos complexos, redigidos por batalhões de advogados e objetos de discussões intensas durante semanas de reuniões. Ela também se direciona a outros modelos de contratação no ambiente empresarial – inclusive algumas operações de relevo estruturadas sobre contratos de adesão (como no caso das franquias, por exemplo). Embora não haja o mesmo esforço de negociação detalhada dos termos do negócio, o redator da minuta-padrão tem sobre si o peso de elaborar instrumento que tende a ser interpretado em favor da contraparte – atraindo, portanto, regras embasadas na interpretação *contra proferentem*, que no caso dos contratos de adesão tem assento legal no art. 423 do Código Civil[231]. Além disso, a ruptura de negócios com esse feitio costuma ser presidida por preocupações reputacionais relevantes – o franqueador que fica conhecido por dispensar franqueados de modo desleal, ou que abusa das suas prerrogativas contratuais, tende a ser estigmatizado pela indústria e ter dificuldades de angariar empreendedores interessados em investir em novas unidades. Isso faz com que o grau de cuidado dedicado na confecção dos mecanismos de ruptura desses contratos também seja significativo.

Em síntese, quer-se dizer que os mecanismos de ruptura – com destaque para as hipóteses de desligamento – fazem parte do conteúdo contratual, do mesmo modo como o fazem as obrigações, as regras sobre responsabilidade civil, as garantias contratuais e assim por diante. Vieses otimistas à parte, as escolhas de contratar não são pautadas somente no planejamento do que pode dar certo; as perspectivas de saída também fazem parte do processo de tomada da decisão de contratar. Logo, observar o modo como as partes desenham as hipóteses de ruptura contratual significa respeitar o programa contratual. Trata-se, pois, de mais um diagnóstico relevante que a teoria econômica traz como contribuição ao estudo dos contratos, assim sintetizado por AVERY KATZ:

---

contratuais precisas. O custo para as partes descreverem termos vagos por si próprias é baixo, e elas têm melhores informações do que os legisladores para decidir *se* e *quanto* desejam delegar a julgadores mediante a combinação de regras e *standards*" (Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 879). No original: "[...] *notwithstanding their* ex post *informational advantage, courts should not imply default standards in the face of precise contract rules. The cost to the parties of writing such vague terms is low and they have better information than public lawmakers in deciding whether and how much to delegate to their court through the combination of rules and standards*".

[231] "Art. 423. Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente"

> "A análise econômica dos remédios contratuais parte da premissa básica – talvez pouco convencional sob o ponto de vista não-econômico – de que as cláusulas sobre remédios são cláusulas do contrato como quaisquer outras. Isto é, a escolha dos remédios traz incentivos relevantes e efeitos de alocação de riscos, tal como quaisquer outros termos contratuais o fazem, e as partes podem e devem escolher os termos com os quais moldam os remédios, além de barganhá-los contra termos substantivos mais convencionais, conforme melhor atender aos seus interesses. Por exemplo, uma compradora pode concordar, de modo razoável, a fazer jus a um remédio menos expansivo em caso de descumprimento, em troca de um preço mais baixo, assim como em contrapartida ela pode concordar com uma garantia limitada, que minimize o conteúdo do que pode representar uma inexecução"[232].

Por isso, é importante que se entenda como se dá esse design e a lógica dos raciocínios que o preside, o que pode ser extraído do conjunto de condutas razoavelmente padronizadas que se repetem na prática.

2.8. O design (e o roteiro) do processo de ruptura contratual

Como se adiantou, o planejamento da ruptura contratual tem início na produção do instrumento contratual. Afinal, não se cuida somente de definir obrigações, condutas e preços na gênese das operações; é natural a qualquer contratação que se dediquem cláusulas, capítulos, seções inteiras a reger os seus momentos traumáticos: cenários de inadimplemento, multas, regimes de responsabilidade e, por fim, o seu término. Pode-se inclusive dizer que, quanto mais complexa a operação, mais delicada é a negociação das cláusulas sobre seu encerramento.

Mas essa dificuldade não deriva propriamente da incerteza sobre *como* se deve promover o encerramento de uma operação econômica. Isso porque, excetuadas operações inéditas ou muito incomuns, o grosso da atividade empresarial envolve a celebração de contratos razoavelmente conhecidos e repetidos, ainda que juridicamente atípicos. E,

[232] KATZ, Avery W. Remedies for breach of contract under the CISG. *International Review of Law and Economics*, n. 25, 2006, p. 381. No original: "*The economic analysis of contract remedies starts from the basic premise – perhaps unconventional from a non-economic standpoint – that remedial terms are just one of the terms of the contract. That is, the choice of remedy has substantive incentive and risk allocation effects just as other contract terms do, and the parties can and should choose among remedial terms and trade them off against more traditionally conceived substantive terms as suits their joint interests.6 For example, a buyer might reasonably agree to a less expansive remedy in event of breach in exchange for a lower price, in the same way that she might agree to a limited warranty that defines downward what counts as a breach*".

mesmo quando atípicos, a práxis costuma sempre partir de estruturas, minutas e modelos anteriores adotados em operações semelhantes, ou cujas bases sejam razoavelmente comparáveis. A dificuldade deriva, em larga medida, de certos temores que os agentes econômicos têm ao dialogar abertamente sobre a perspectiva do encerramento, bem como do viés otimista que por vezes se observa durante as tratativas.

Isso faz com que a discussão sobre cláusulas relativas à ruptura contratual represente um dos momentos mais delicados – e demandantes de tempo – em qualquer negociação. Até porque é natural que nesse momento cada parte deva cogitar comportamentos oportunistas da contraparte e se antecipar a esses potenciais movimentos, o que nem sempre se faz sem algum grau de atrito durante as negociações. Não é por acaso que alguns estudos apontam inclusive que o desenvolvimento de instrumentos contratuais complexos, com previsão detalhada de hipóteses de inadimplemento, sanções e mecanismos drásticos, pode sinalizar desconfiança de parte a parte e prejudicar as negociações – o que em certas circunstâncias até mesmo incentiva a manutenção da incompletude[233].

Essa discussão, todavia, não se faz sem quaisquer elementos de apoio. Ela é baseada em todo o conjunto de circunstâncias à disposição dos agentes econômicos – notadamente, como se adiantou, o grau de informação a que têm acesso no momento da contratação; sua capacidade de observar e verificar os fatos relevantes no futuro, em caso de desentendimento; a relevância do investimento que se está a fazer; o grau de confiança na contraparte; ou mesmo sua dependência econômica com relação àquele negócio ou àquela contraparte.

Diante dessas variáveis, os agentes econômicos vislumbram os principais riscos da operação encetada e se dedicam ao exercício das perguntas difíceis. *E se der errado*? *E se*

[233] "*Designing a sophisticated complete contract, which enforces certain behavior with fines, punishments, and other explicit incentives, can signal distrust to the other party – even in a setting with completely standard preferences. Trust, however, is of crucial importance for the functioning of many economic and noneconomic relationships. A principal may therefore prefer to leave a contract incomplete rather than to signal distrust by proposing a complete contract*" (HEROLD, Florian. Contractual incompleteness as a signal of trust. *Games and Economic Behavior*, [s. l.], v. 68, jan. 2010, p. 180). Em tradução livre: "Desenhar um contrato completo e sofisticado, que force legalmente certos comportamentos com multas, punições e outros incentivos explícitos, pode sinalizar desconfiança à outra parte – mesmo em um ambiente com preferências completamente padronizadas. A confiança, contudo, é de crucial importância para o funcionamento de muitas relações econômicas e não econômicas. Um contratante pode, portanto, preferir deixar o contrato incompleto a sinalizar desconfiança propondo um contrato completo".

eu mudar de ideia? E se a contraparte descumprir? *E se a contraparte tentar se apropriar dos investimentos que eu efetuar nessa operação, de maneira oportunista*? *Como eu saio desse contrato*? Na síntese de TINA L. STARK, "*the question is,* what if?"[234].

Esse exercício, no mais das vezes estimulado e acompanhado pelos assessores jurídicos dos agentes econômicos, envolve a compreensão dos diferentes cenários possíveis, das proteções jurídicas recomendáveis, das portas de saída desejadas e dos riscos que podem ou não ser assumidos.

Fixadas essas pautas, os redatores se dedicam ao jogo complexo de minutar um instrumento contratual aceitável por todas as partes – cada qual procurando antecipar movimentos possíveis da contraparte e posicionar suas proteções jurídicas. E o grau de repetição dessa liturgia – bem como o teste dos seus resultados pela realidade contenciosa – é tal que chega ao ponto de fazer parte do repertório conhecido da advocacia empresarial: nunca se sabe exatamente *por qual motivo* ou *quando* uma operação pode gerar uma disputa, mas é razoavelmente sabido *como* essa disputa vai se envolver, seu *modus operandi*, o seu *roteiro*.

Eis o porquê de as negociações contratuais envolverem especial atenção (e até mesmo certo grau de tensão) na definição dos mecanismos sobre a ruptura contratual: pois é nesse momento em que se definem as regras do jogo que não se sabe *quando* vai ser jogado, nem mesmo *se* vai ser jogado; mas se define *como* deve sê-lo. Em síntese:

> "Por um lado, os contratantes devem identificar e avaliar o impacto dos incentivos de uma das partes a faltar ao cumprimento, bem como os incentivos da contraparte de apresentar pleitos oportunistas sobre inadimplemento alheio, tanto no plano da sua

[234] STARK, Tina L. *Drafting contracts*: how and why lawyers do what they do. 2. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 197. Prossegue a estudiosa: "*As part of this* what if *exercise, think through what circumstances could frustrate your client's assumptions and expectations. For example, if a pharmaceutical company hires a sales representative, it expects that the person will generate a certain sales volume. If the person does not, the client's expectations are frustrated, and the client will want the right to terminate the contract to cut its losses. This analysis requires more than looking at a specific provision and determining how it works. You must understand the 'mechanics' of how the parties will work together, and what could destabilize that relationship*" (idem). Em tradução livre, "Como parte do exercício de *e se*, reflita sobre quais circunstâncias poderiam frustrar as assunções e expectativas do seu cliente. Por exemplo, se uma companhia farmacêutica contrata um representante de vendas, ela espera que a pessoa vá gerar certo volume de vendas. Se a pessoa não gerar, as expectativas do cliente são frustradas e o cliente irá querer o direito de encerrar o contrato e reduzir suas perdas. Essa análise requer mais do que olhar para uma cláusula específica e determinar como ela funciona. Você deve entender a 'mecânica' de como as partes irão trabalhar juntas, e o que poderia desestabilizar aquela relação".

> probabilidade como na eficiência de suas consequências. Por outro lado, as partes devem antever eventual litígio futuro, e em particular *quem* é mais provável de ser futuramente acionado e *por o quê*"[235].

Por isso, sintetizam ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS, "a perspectiva do litígio efetivamente influencia o design contratual"[236], de modo que a teoria contratual deve começar "a *prever o jogo* pelo qual as partes litigam as disputas contratuais e *trabalhar em retrospectiva* para alcançar o design ótimo das suas contratações *ex ante*"[237].

2.8.1. O roteiro do processo de ruptura

É importante destacar que o cenário de ruptura dos contratos empresariais raramente se dá de maneira estanque. A prática demonstra que ele costuma derivar de uma sequência de atos, que se intensifica com o progressivo desgaste da relação comercial entre os agentes econômicos até levar à instauração de uma disputa ou à conclusão de acordo.

Como se adiantou, e por mais estranho que isso possa parecer, o processo de ruptura contratual tem sua gênese *durante a produção dos instrumentos escritos* que cristalizam a operação econômica, pois é quando se vislumbram as diferentes contingências que podem se abater sobre ela e se efetua o design das alternativas para lidar com as hipóteses de rompimento. Essa é, por assim dizer, a fase em que se criam as balizas do processo de ruptura, o seu planejamento, a fixação das regras do jogo. Mas os cenários de ruptura surgem apenas ao longo da execução do contrato, evidentemente.

Os cenários de ruptura ganham especial atenção quando uma insatisfação entre os agentes econômicos passa da sua esfera gerencial para a jurídica. Ilustrando, é o momento em que as discussões entre engenheiros no canteiro de obras são escaladas para os

---

[235] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 878. No original: "*On the one hand, the parties must identify and evaluate the relative severity of the agent's incentives to shirk and the principal's incentives to make opportunistic claims of breach, both in terms of their likelihood and their efficiency consequences. On the other hand, the parties must anticipate future litigation, and in particular who is more likely to be suing and for what*".

[236] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 822. No original: "[…] *the prospect of litigation does in fact influence contract design*".

[237] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005, p. 195. No original: "[…] *we might begin by predicting the game in which parties litigate disputes over their contract and work backward to the optimal design of their* ex ante *contract*".

departamentos jurídicos e seus advogados externos; quando reuniões informais entre gerentes de serviço de alta complexidade se substituem por reuniões formais, com a assinatura de atas; quando os atritos entre sócios passam a contar com o acompanhamento ostensivo ou oculto de seus consultores jurídicos. Em suma: quando o foco dos agentes deixa de ser exclusivamente a solução de problema operacional ou o alinhamento de diferentes pontos de vista, pois passa a conviver com a preparação da disputa futura, e começa a ganhar ares jurídicos.

Nesse momento, os diálogos operacionais, ou mesmo a troca de e-mails entre gerentes responsáveis pela execução dos contratos, são substituídos por notificações formais – e essas notificações passam a invocar cláusulas contratuais que não vinham sendo objeto de atenção das partes, pois é habitual, mesmo em operações ou atividades sofisticadas, que as regras combinadas nos instrumentos contratuais não sejam observadas à risca durante o desenvolvimento do objeto contratado.

2.8.1.1. A alternância entre os mecanismos juridicamente vinculantes e não vinculantes pelos agentes econômicos

Deve-se ter em mente, contudo, que nem todas as controvérsias relativas a contratos empresariais se resolvem mediante a consulta aos instrumentos escritos, menos ainda por meio das instâncias contenciosas.

Repete-se, uma vez mais, a constatação da teoria econômica que critica o *centralismo* imaginado por juristas, que enxergam na atuação dos agentes econômicos a premissa de que falhas de performance ou insatisfações somente se resolvem pelos tribunais – o que não é aderente à realidade. Pois, tal como o ajuste sobre as relações contratuais nem sempre pressupõe o acesso a medidas juridicamente exigíveis, diferentes estudos de matriz norte-americana têm demostrado, já há décadas, que empresas nem sempre lançam mão de mecanismos jurídicos de *enforcement* para resolver divergências com parceiros contratuais quando as contingências se implementam – e isso mesmo diante de contratos escritos detalhados. Opta-se na maioria dos casos por adotar medidas não juridicamente vinculantes, como destacam trabalhos derivados das provocações extraídas mediante estudo empírico conduzido por STEWART MACAULAY, que assim sintetiza: "o

contrato muitas vezes cumpre papel importante nos negócios, mas outros fatores também são significativos"[238].

A bem dizer, as disputas são frequentemente resolvidas no ambiente corporativo sem qualquer apoio nos contratos escritos ou nos mecanismos e sanções neles previstos. Diante de alguma dissonância em relações contratuais empresariais, há uma espécie de "hesitação em falar de direitos contratuais ou ameaçar processar [nas suas] negociações"[239]. Mesmo tendo as partes firmado acordo detalhados, cuidadosamente planejados, indicando o que deve acontecer (se, por exemplo, o fornecedor não entregar a matéria-prima em tempo), é normal que o departamento de compras do cliente não inicie o diálogo se referindo às cláusulas contratuais, buscando solução para o problema "aparentemente como se nunca houvesse sido celebrado um contrato"[240].

A esse respeito, STEWART MACAULAY aponta que a invocação dos contratos, ou a instalação de procedimento contencioso, no mais das vezes são indesejadas pelos empresários, por todos os incômodos e custos que produzem. Confia-se, de modo geral, que outras esferas sejam capazes e talvez mais adequadas para solucionar questões controvertidas, com ênfase para aspectos reputacionais, como as perspectivas de manutenção de negócios no futuro e as expectativas de reciprocidade[241].

Na realidade de muitas empresas, inclusive, a adoção da via litigiosa e a entrega da problema para o departamento jurídico e seus consultores externos parece ser o último recurso desejado – e isso não é de hoje. Nas entrevistas que STEWART MACAULAY conduziu com os interlocutores jurídicos de empresas instaladas no Winsconsin, *todos*

---

[238] Refere-se ao seu obrigatório MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, fev./1963, p. 55-67.

[239] MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, fev./1963, p. 55. A íntegra do trecho original se encontra na nota seguinte.

[240] MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, fev./1963, p. 56. Eis o trecho na íntegra, e no seu contexto: "*Disputes are frequently settled without reference to the contract or potential or actual legal sanctions. There is a hesitancy to speak of legal rights or to threaten to sue in these negotiations. Even where the parties have a detailed and carefully planned agreement which indicates what is to happen if, say, the seller fails to deliver on time, often they will never refer to the agreement but will negotiate a solution when the problem arises apparently as if there had never been any original contract*".

[241] "*Businessmen often prefer to rely on 'a man's word' in a brief letter, a handshake, or 'common honesty and decency' – even when the transaction involves exposure to serious risks*" (MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, fev./1963, p. 58; em tradução livre, "os empresários comumente preferem se fiar na 'palavra de um sujeito' em uma carta sucinta, um aperto de mão, ou numa 'honestidade e decência comuns' – mesmo quando a transação envolve a exposição a riscos graves").

informaram que somente eram chamados a participar do processo de solução de disputas com clientes após os executivos operacionais, de linha de frente, não terem obtido sucesso à sua própria maneira[242]. Dos relatos extraídos da sua pesquisa, conduzida há mais de 50 anos, leem-se pérolas que se destacam pela contundência, mas que talvez não deixem de ser atuais, como o relato de empresário que vaticina: "você consegue fazer acordo em *qualquer disputa* se mantiver os advogados e contadores longe dela"[243].

Sob essas premissas, a realidade empresarial deseja poder lidar com dois conjuntos de posturas possíveis no caso de surgirem insatisfações em determinada operação econômica: um conjunto de regras contratuais rígidas, juridicamente vinculantes, e um conjunto implícito de regras flexíveis para que os problemas se resolvam informalmente, sem o recurso a mecanismos juridicamente exigíveis. Eis porque se pode estar diante de sério risco quando se procura dar ares de vinculatividade jurídica a comportamentos inspirados na busca de soluções informais, relacionais, para contingências surgidas ao longo da execução dos contratos[244].

Perante desentendimentos mais sensíveis, contudo – ou, como disse o entrevistado do STEWART MACAULAY, não conseguindo os executivos solucionarem os problemas por si próprios –, os contratos são retirados dos arquivos e passam a pautar essa nova fase de interlocução entre os agentes econômicos. Com isso, mudam também os interlocutores, deixando de ser gerentes de negócios e passando a ser seus departamentos jurídicos ou advogados externos. Nesse momento, todo o conjunto de regras combinado ao longo das negociações sobre a ruptura contratual passa a ganhar vida.

Não é incomum que a primeira reação das partes seja a busca por soluções de consenso, mediante o agendamento de reuniões e o debate de alternativas possíveis,

---

[242] MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, fev./1963, p. 57.

[243] No original: "*Or as one businessman put it, 'You can settle any dispute if you keep the lawyers and accountants out of it. They just do not understand the give-and-take needed in business.*'" (MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, fev./1963, p. 61). Outro relato curioso é o de representante de compras para quem "se algo acontecer, você pega o outro sujeito pelo telefone e lida com o problema. Você não lê cláusulas contratuais cheias de linguagem jurídica um para o outro se você quiser fazer negócio novamente com alguém. Ninguém corre atrás de advogados se quiser seguir fazendo negócios, porque se deve atuar de forma decente" (no original: "*if something comes up, you get the other man on the telephone and deal with the problem. You don't read legalistic contract clauses at each other if you ever want to do business again. One doesn't run to lawyers if he wants to stay in business because one must behave decently*").

[244] SCOTT, Robert. A theory of self-enforcing indefinite agreements. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 103, n. 7, nov. 2003, p. 1691.

sobretudo em operações de longo prazo. Nesse estágio, a análise do texto contratual assume importância notável, pois o cenário de negociação pressupõe conhecer os pontos fortes e as fragilidades que o agente econômico pode ter que enfrentar no caso de os mecanismos contratuais serem acionados – o que pode envolver a busca pela sua execução específica, pela cobrança das indenizações cabíveis, pela sua ruptura ou pela sua revisão forçada, entre outros caminhos possíveis. E nessa fase é normal que se perceba certo grau de dissonância entre a maneira como a operação contratual foi *planejada* e como ela foi *efetivamente executada*, pelos motivos que se adiantaram parágrafos acima, o que amplifica o grau de incerteza do diagnóstico jurídico a respeito do porvir[245].

É interessante notar que o conhecimento da práxis a respeito desse *modus operandi* por vezes serve como indutor das escolhas tomadas no momento em que se deve decidir sobre investir no grau de detalhamento da redação contratual – e também no momento de se avaliar *ex post* a medida a tomar. Afinal, seja por limitações de tempo, de custos de negociação ou de custos de implementação, não é incomum que certas matérias sejam tratadas de modo superficial nos instrumentos contratuais, mediante *standards* genéricos ou conceitos indeterminados, na esperança dos agentes econômicos de que a margem de incerteza futura sobre o seu preenchimento sirva como estímulo à busca pela solução consensual e no consequente desestímulo ao enfrentamento contencioso.

Vale inclusive notar a esse respeito certo diagnóstico da Economia Comportamental no sentido de que, durante as tratativas, os agentes econômicos tendem a adotar certo viés otimista[246]. E não se pode deixar de reconhecer que um design contratual capaz de induzir um acordo e evitar uma disputa representa estratégia eficiente. Além disso, como se viu acima, por vezes o risco de certa margem de incerteza é assumido em razão da crença dos agentes de que questões reputacionais, ou mesmo a intensidade do relacionamento entre os executivos de parte a parte, pode ser suficiente para evitar a eclosão do conflito.

---

[245] O tema é objeto de outro estudo relevante de MACAULAY, Stewart. The real deal and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. *Modern Law Review*, v. 6, n. 1, jan./2006, p. 44-79.

[246] Para uma análise das possíveis contribuições da economia comportamental no estudo do direito dos contratos, cf. FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 102-107. Sobre o viés otimista no processo de negociação, diz a Professora: "Chamado de fase pré-negocial, é o período de aproximação das partes e de barganha de suas posições. Regra geral, caracteriza-se por elevado grau de otimismo das partes" (p. 78).

2.8.1.2. Os estágios da ruptura contratual: da rota de colisão à ruptura efetiva

Mas nem sempre essas medidas de natureza relacional são capazes de impedir a escalada de hostilidade no processo de ruptura. Em dado momento, a questão se torna jurídica. E, nessa fase, há nítida mudança de tom entre as comunicações de parte a parte – o que os estudiosos também são capazes de explicar.

LISA BERNSTEIN, condutora de estudos de relevância significativa para a compreensão dos contratos contemporâneos[247], procura demonstrar a racionalidade por trás da mudança de comportamento das partes quando entram em *rota de colisão* no processo de ruptura, ou quando sabem estarem diante de uma *ruptura efetiva*.

A partir de pesquisa empírica realizada na década de 90 com agentes econômicos do setor de grãos e alimentos, LISA BERNSTEIN sugere existir diferentes lógicas de comportamento a presidir aquilo que ela denomina *relationship-preserving norms* ("RPN") e *end-game norms* ("EGN") – expressões que, neste trabalho, se traduzem como *posturas de preservação da relação contratual* e *mecanismos (jurídicos) de ruptura contratual*.

As *relationship-preserving norms*, segundo a autora, seriam as posturas "que os contratantes escolhem observar enquanto resolvem suas disputas entre si próprios, de modo cooperativo, quando desejam preservar a relação", que inclusive "podem ser diferentes dos termos presentes nos contratos escritos"[248]. Elas podem consistir tanto em posturas tomadas diante de *problemas de performance* (como o ato de se relevar atrasos, ajustes de preço diversos dos previstos no instrumento contratual etc.), como posturas relacionadas aos *meios de se resolverem conflitos* (reuniões, compromissos informais, processos de escalada para executivos sêniores das partes ou o recurso a interlocutores de confiança comum, por exemplo)[249].

---

[247] Adotam-se nesta tese, como um quase marco teórico ao lado da teoria do design contratual, as conclusões obtidas em BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 144, 1996, p. 1765-1821.
[248] BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 144, 1996, p. 1796.
[249] BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 144, 1996, p. 1796.

Já as *end-game norms* representariam "as normas que os contratantes *gostariam que um terceiro neutro aplicasse* numa situação em que eles próprios não fossem capazes de resolver a disputa de maneira cooperativa e enxergassem a relação numa fase terminal"[250]. E essa fase terminal ("*end-game stage*") pode envolver duas etapas: uma etapa em que as partes se encontram em *rota de colisão* ("*end-game round*"), situação em que ainda desejam manter relação contratual de longo prazo, "mas uma ou ambas se comprometeram a seguir estratégia que as obriga a buscar a aplicação das EGNs sob certas circunstâncias"[251]; e uma etapa em que as partes de fato romperam a relação, quando elas, "talvez por causa da ação que deu origem à alegada violação, decidem não mais tratar uma com a outra"[252], e que LISA BERNSTEIN designa "*absolute end-game*" – ou seja, a *ruptura efetiva* ou *absoluta*.

Assim, pode-se dizer que, durante a execução do contrato, as partes desejam manter certo nível de cooperação e alinhamento, com vistas a *preservar* a relação – adotando comportamentos que justificam, por exemplo, o não-exercício de faculdades previstas no texto contratual, ou até mesmo certa falta de preocupação em acompanhar o atingimento de marcos ou a observância das pautas definidas no instrumento[253]. Já no momento patológico, em que a cooperação não tem mais o potencial de solucionar a disputa, os agentes passam a ter o interesse em adotar os mecanismos contratuais conforme documentalmente previstos.

Assim, LISA BERNSTEIN também propõe a leitura de que, uma vez se estando em estágio de ruptura absoluta, os agentes econômicos não desejam que as condutas praticadas no propósito de preservar a relação (as RPNs) influenciem a análise e a higidez dos mecanismos de ruptura (as EGNs):

> "Há evidências empíricas, extraídas de uma variedade de contextos de contratação diferentes, que sugerem que os empresários se comportam de modo que reflete uma compreensão implícita da diferença entre os mecanismos de ruptura e as posturas adotadas

[250] BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 144, 1996, p. 1796.
[251] BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 144, 1996, p. 1797.
[252] BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 144, 1996, p. 1796.
[253] BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 144, 1996, p. 1787-1788.

> para preservação do relacionamento, e que eles não necessariamente querem que as RPNs que eles seguem durante a fase cooperativa de seu relacionamento sejam usadas para resolver disputas quando seu relacionamento está em estágio terminal"[254].

Atingido, portanto, o momento da ruptura efetiva, LISA BERNSTEIN sustenta, com apoio em dados obtidos na sua pesquisa, que há evidências no sentido de que os agentes econômicos esperam a aplicação ortodoxa dos mecanismos previstos (as EGNs), sem mitigações equitativas a serem efetuadas pelos seus julgadores com base em argumentos contextuais:

> "A análise apresentada identificou uma série de razões pelas quais empresários sofisticados podem preferir uma abordagem adjudicativa que não seja impregnada de elementos contextuais e dê primazia aos termos expressos dos acordos escritos"[255].

Não por acaso, portanto, aquilo que se designa *pré-litígio* no jargão é marcado pela *mudança de tom* nas comunicações entre as partes. Conversas telefônicas ou reuniões entre gerentes se substituem por e-mails mais extensos, menções a cláusulas, cartas formais e, finalmente, notificações extrajudiciais. Essa mudança de tom, perceptível pela advocacia empresarial, sinaliza a preparação das partes para o litígio futuro. E é nesse momento que as medidas planejadas para guiar o processo de ruptura começam a ganhar corpo.

Afinal, nem sempre os esforços de diálogo são suficientes para evitar a solução do problema – a inexecução de uma atividade, a entrega inadequada de um equipamento, o desempenho insatisfatório de um concessionário, o desentendimento contínuo entre sócios. Passa-se, então, a uma progressiva escalada no processo de ruptura, e os assessores jurídicos dos contratantes em disputa acionam as engrenagens que os movem à saída contratual: *os mecanismos de ruptura planejados na fase do design*.

---

[254] "*There is empirical evidence from a variety of contracting contexts that suggests that merchants behave in ways that reflect an implicit understanding of the distinction between end-game and relationship-preserving norms and that they do not necessarily want the RPNs they follow during the cooperative phase of their relationship to be used to resolve disputes when their relationship is at an end-game stage*" (BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 144, 1996, p. 1798).

[255] "*The analysis presented here has identified a variety of reasons that sophisticated merchant-transactors may prefer an adjudicative approach that is largely acontextual and gives primacy to the express terms of written agreements*" (BERNSTEIN, Lisa. Merchant law in a merchant court: rethinking the Code's search for immanent business norms. *University of Pennsylvania Law Review*, Pensilvânia, v. 144, 1996, p. 1815).

Uma das estratégias mais habituais nessa escalada de hostilidade é a tomada de posições *defensivas* – isto é, o agente econômico procura se proteger mediante a adoção de medidas com o propósito de conservar sua posição jurídica e transferir à contraparte os ônus da tomada de uma iniciativa litigiosa. E essas medidas costumam estar previstas em cláusulas contratuais preparadas para tanto na fase negocial, com destaque para os mecanismos que permitem a *recusa ao cumprimento de obrigações* (ou a *suspensão da sua exigibilidade*), bem como a *retenção* ou a *compensação de valores* devidos à contraparte.

Essas medidas compartilham algumas características relevantes, que merecem ser adiantadas (uma vez que seu exame detalhado, inclusive sua qualificação jurídica, é objeto do Capítulo 4 abaixo). A principal delas é o baixo custo: sendo medidas pelas quais o agente econômico assume postura passiva, os esforços empreendidos no seu acionamento não lhe exigem investir inicialmente em custos de implementação ou em custos da disputa significativos.

Esses custos acabam sendo transferidos à contraparte, que se vê na situação de não ter concluída a atividade que esperava, de não receber o equipamento aguardado, que perde acesso a sistemas compartilhados, ou que não consegue aprovar medidas em reuniões de sócios, seguindo os exemplos anteriores. Por consequência, a parte que sofre a aplicação dessas medidas é quem passa a ter o ônus de reverter a situação em que se encontra, o que pode lhe exigir a tomada de uma iniciativa litigiosa (como a propositura de ação para obrigar o cumprimento do contrato ou impedir a compensação de valores, por exemplo).

Note-se que, para além do seu aspecto defensivo, essas medidas também guardam em si o potencial de exercer *pressão econômica* na contraparte – afinal, a suspensão da entrega de matéria-prima ou a recusa ao pagamento de valores aguardados pode causar impactos relevantes na atividade do contratante que as sofre, o que por vezes acaba lhe deixando em posição fragilizada para permanecer em situação de controvérsia, induzindo-o a celebrar um acordo para modificar o contrato em vigor, aceitar o encerramento do negócio ou adequar uma conduta que não esteja em conformidade com os parâmetros contratuais[256].

[256] Como apontam ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS, a escolha de parâmetros eficientes proporciona um maior retorno dos investimentos em custos de negociação em comparação aos custos de um potencial litígio, e esse retorno pode ser obtido a custo baixo se a tão só ameaça da aplicação de certos mecanismos for

Já quando o acionamento desses mecanismos não é suficiente para estancar a insatisfação ou resolver o conflito, a fase final na escalada do processo de ruptura é a tomada da decisão de *litigar* – seja para contar com a força de um terceiro adjudicador para acionar os mecanismos cabíveis (um tribunal estatal ou uma arbitragem privada), seja para promover unilateralmente uma saída contratual autorizada. É o momento em que a parte que deseja se desligar do contrato invoca em seu favor os *mecanismos extintivos* combinados.

Por vezes, todavia, os mecanismos extintivos não bastam para a satisfação do interesse jurídico da parte protegida, sendo-lhe necessário tomar medidas ainda mais drásticas, capazes de substituir a vontade ou a posição jurídica da contraparte; acionam-se, nesses casos, alguns mecanismos com potencial *substitutivo*, notadamente a contratação de terceiros às custas da contraparte, a assunção de tarefas que vinham sendo desempenhadas por ela ou a prática de atos em seu nome, mediante mandatos irrevogáveis previamente outorgados.

A eclosão do litígio também envolve a reflexão sobre a busca de outras tutelas garantidas pela lei, cujo acionamento concreto depende do conjunto de interesses e circunstâncias perante a parte no momento patológico, ao lado dos mecanismos convencionados. As principais alternativas para tanto são (a) a busca pela *tutela específica* ou pelo *resultado prático equivalente*; (b) a busca pelo reconhecimento do exercício legítimo dos *instrumentos de autotutela defensiva* (com destaque para a suspensão das prestações e as compensações); (c) a busca da *extinção* do *contrato*; (d) o recurso a *garantias contratuais*; (e) a tentativa de obter a *revisão forçada* do contrato; e, no limite, (f) o questionamento da *validade* do negócio, invocando causas de nulidade ou anulabilidade para privá-lo de seus efeitos, no todo ou em parte.

Todas essas estratégias, naturalmente, são cumuláveis com a busca pelo *dever de indenizar* os danos imputáveis de parte a parte, conforme o caso – danos esses muitas vezes pré-liquidados mediante cláusulas penais, que podem ser compensatórias ou não, e balizados por cláusulas excludentes ou limitativas do dever de indenizar.

---

suficiente para induzir o cumprimento do contrato, de modo até mesmo a evitar o litígio (Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 840). É o que ocorre, por exemplo, quando a parte tem a seu favor a faculdade de suspender a execução de suas obrigações perante o inadimplemento da contraparte, forçando a última a ajustar sua conduta.

Essas são as linhas gerais do roteiro conhecido acerca do esgarçamento progressivo das relações contratuais de prazo determinado – um fenômeno do mundo dos negócios, de difícil redução a um conceito jurídico uniforme, que ora denominamos *processo de ruptura contratual*.

Este estudo se concentra sobre os principais mecanismos *convencionais* destinados a regular a ruptura por *motivos posteriores à sua celebração* – motivos que costumam se identificar com *problemas de desempenho da operação econômica* ou com algum *desalinhamento entre as expectativas dos agentes econômicos*. E os mecanismos mais recorrentes na prática contratual brasileira com essa feição, sem pretensão de exaustividade, são as hipóteses de *recusa ao cumprimento de obrigações*; a *retenção* ou *compensação convencionais* de valores motivadas por problemas de desempenho ou prejuízos imputáveis à contraparte; as diferentes hipóteses contratuais que autorizam o *desligamento do contrato*; e as alternativas que permitem a uma parte *substituir a contraparte* para que se possa concluir uma atividade ou praticar uma conduta específica.

O principal motivador desse fenômeno é o problema dos efeitos provocados pelo *inadimplemento contratual* – a falta da entrega de uma obra, o desempenho imperfeito de uma máquina, os resultados de um distribuidor abaixo de metas obrigatórias, e assim por diante. Isso exige que se fixe, ao menos em linhas gerais, o que se entende por inadimplemento no Direito brasileiro.

Mas os mecanismos estudados nem sempre se planejam para serem acionados tendo por motivo um inadimplemento efetivo. Isto é: as hipóteses de ruptura contratual – vista como uma extinção antecipada por motivos não naturais – por vezes são programadas para proteger interesses jurídicos diversos dos prejuízos derivados do inadimplemento.

É o que se dá, por exemplo, quando o agente econômico deseja poder se desligar do contrato para redirecionar suas atividades; quando a parte quer poder se desvincular em caso de mudança do controle societário da contraparte, em razão da natureza fiduciária da relação que as une; ou quando os contratantes têm conhecimento de risco determinado, fora do seu controle, cuja ocorrência pode prejudicar o aproveitamento da operação encetada, entre outras possibilidades.

Embora essa realidade nem sempre receba a devida atenção nos estudos jurídicos, a prática da negociação contratual envolve a todo tempo a regulação de hipóteses que permitem o acionamento dos mecanismos de ruptura em casos que não se relacionam diretamente com problemas de performance contratual. Em algumas situações, isso se dá em razão da dificuldade de as partes chegarem a um consenso sobre todas as hipóteses que autorizariam o desligamento em razão de problemas de performance, deixando então aberta uma alternativa mais ampla para saída, desde que determinadas circunstâncias ocorram, ou que determinados efeitos se apliquem e certas salvaguardas sejam observadas.

Assim, esses mecanismos de ruptura desvinculados do inadimplemento podem ter como propósito reger situações nas quais as partes reconhecem ser difícil verificar parâmetros de performance metrificáveis. Funcionam, portanto, como alternativas para desligamentos que estejam baseados não numa má execução do contrato, mas numa insatisfação de parte a parte, num contínuo desalinhamento entre os parceiros, no implemento de um risco insuportável para ambas, ou até mesmo na possibilidade de os contratantes não mais desejarem permanecer vinculados àquela operação.

3. O PROCESSO DE RUPTURA DOS CONTRATOS POR PRAZO DETERMINADO

SUMÁRIO: 3.1. Uma tentativa de descrição do fenômeno da ruptura contratual. 3.2. O problema do propósito dúplice dos mecanismos de ruptura sob a roupagem unilateral dos direitos potestativos. 3.3. Os mecanismos de ruptura no contexto dos remédios contratuais. 3.4. O papel da autotutela no cenário de ruptura contratual. 3.5. O inadimplemento como principal motivador da ruptura contratual. 3.5.1. As diferentes modalidades de inadimplemento. 3.5.2. Por uma análise pormenorizada do inadimplemento relevante para cada mecanismo específico. 3.6. A ruptura baseada em motivos alheios ao inadimplemento. 3.7. A engrenagem que leva ao acionamento dos mecanismos de ruptura.

Viu-se acima que a prática dos contratos empresariais atua ciente de um conjunto de circunstâncias que envolvem investimentos destinados a projetos complexos, empreendimentos de longo prazo ou atividades com pretensão duradoura: a existência de custos de transação; a racionalidade limitada dos seus agentes; a inexorável incompletude dos contratos; o risco do oportunismo; a necessidade de se protegerem investimentos específicos e a inevitabilidade da incerteza acerca dos comportamentos futuros dos demais agentes econômicos. Essa conjunção de fatores faz com que seja necessária a previsão de estruturas de governança adequadas para cada operação.

Tratando-se nesta tese de contratos complexos e de longo prazo (figuras, em sua maioria, afeitas ao que se convencionou denominar *formas híbridas* de contratação), está-se diante do cenário em que os mecanismos de governança costumam ser dotados de maior complexidade, uma vez que precisam contrabalançar expectativas de cooperação e autonomia – e essa complexidade se agrava na medida em que os investimentos são mais específicos.

Também se adiantou que os agentes econômicos têm a percepção de que nem todos os problemas precisam (ou devem) ser solucionados por meio da busca pelo cumprimento forçado imposto por esferas contenciosas. Aspectos relacionais podem ser suficientes – e por vezes até mais adequados – para guiar a solução de uma disputa pontual, e a incerteza derivada da judicialização estimula os atores a buscar soluções que independam da intervenção judicial externa.

Percebeu-se ainda que a repetição de certos padrões de problemas chega ao ponto de criar uma cultura entre os atores das contratações empresariais (particularmente entre seus assessores jurídicos), o que faz ser possível notar a existência de uma espécie de *roteiro habitual* pelo qual transcorrem as disputas sobre alguns aspectos. E o conhecimento

desse roteiro estimula e permite a criação de mecanismos razoavelmente repetidos no mercado, cada qual com diferentes propósitos, mas em boa parte imbuídos dos objetivos de *evitar a judicialização*, *permitir o exercício de poder pelos próprios agentes econômicos* e *alocar ônus, riscos e custos de parte a parte*, conforme a mecânica de cada operação econômica, por meio da antevisão de como se dá a dinâmica de eventuais litígios.

Daí resulta que, tal como se desenvolveram mecanismos convencionais destinados a reger os riscos de alterações do valor da moeda ou da responsabilidade por danos[257], à míngua de disposições legais a respeito, uma análise da práxis permite notar a existência de um conjunto recorrente de mecanismos adotados para guiar especificamente o *processo de ruptura contratual*. É sobre o que se passa a tratar.

3.1. Uma tentativa de descrição do fenômeno da *ruptura contratual*

Os aspectos suscitados acima exigem o esforço de definir o que se entende por *ruptura contratual* para os fins deste trabalho.

Estuda-se aqui a ruptura não como um instituto jurídico delimitado (como a resolução, a resilição ou a invalidade), mas como um *fenômeno do mundo dos negócios*, observável pela *repetição dos debates nas mesas de negociação*, pela *repetição das cláusulas resultantes nos contratos* e, sobretudo, pela *repetição daquele roteiro das disputas* instauradas acerca das crises desses contratos – três circunstâncias que se retroalimentam e que fazem parte da *cultura* dos atores que se dedicam a negociar, redigir ou litigar nesses contratos empresariais.

Eis o porquê de esta tese enfrentar mecanismos e problemas que vão além dos remédios destinados a proteger os prejuízos provocados pelo inadimplemento – notadamente as hipóteses mais comuns de resilição unilateral motivada por fatos alheios ao desempenho da operação, e que podem ser planejadas para proteger interesses legítimos do agente ou para atribuir solução de impasses a desalinhamentos de expectativas entre os

[257] Especificamente no tema da distribuição dos riscos da responsabilidade civil, destaca-se a cultura criada por meio das chamadas cláusulas de exclusão ou limitação do dever de indenizar, cujo desenvolvimento pela práxis já leva à possibilidade de se apontarem diferentes modalidades (e critérios para filtragem da sua validade). Sobre o assunto, por todos, cf. FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, *passim*, mas em especial p. 99-150; e PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, *passim*, com ênfase nas p. 85-189.

contratantes acerca do negócio que os mantém vinculados. Trata-se, na síntese do jargão, das *portas de saída* dos contratos empresariais de prazo determinado.

E este estudo pretende lançar luzes não sobre a ruptura como um fenômeno estanque, mas sobre o *planejamento do processo de ruptura*, o que justifica a escolha de não se adotar um corte objetivo com precisão dogmática absoluta[258]. Acredita-se, inclusive, que a falta de percepção sobre o grau de planejamento desse fenômeno por vezes faz com que esses mecanismos não sejam capazes de atingir os propósitos desenhados pelas partes durante o processo de negociação.

Assim, a noção de ruptura que se adota nesta tese busca capturar um fenômeno do mundo dos negócios difícil de ser reduzido em uma conceituação jurídica precisa: trata-se do *progressivo esgarçamento da relação entre os contratantes, motivado por frustrações com a performance de uma operação ou pelo desejo de abandoná-la em prol de outros investimentos, e que tende a resultar no encerramento antecipado do contrato de prazo determinado* – possibilidade constante (e quiçá inafastável) para qualquer agente que se vê diante da perspectiva de ingressar em acordos complexos, de longa duração e cercados dos riscos mais variados.

No plano estrutural, percebe-se que a ruptura opera no plano da eficácia dos contratos, pois consiste num conjunto de atos que visam a suspender a exigibilidade de condutas devidas, a encerrar a relação contratual de modo definitivo ou a autorizar medidas substitutivas pelos próprios agentes – sem que se conteste, contudo, a existência das obrigações devidas ou a validade do pacto. Por consequência, exclui-se a análise das disputas concentradas no desfazimento do contrato por *invalidade*, por não serem parte de processo negociado para tanto.

Além disso, por se tratar de fenômeno que tende à *extinção antecipada do contrato* por prazo determinado, este estudo não contempla as hipóteses tidas como de

[258] Inspira-se, a propósito, no diagnóstico de VINCENZO ROPPO ao notar a dificuldade de se tentar efetuar uma teoria geral sobre os remédios contratuais: afinal, o quadro que deriva de uma tentativa de sistematizá-los "não se pode dizer nem límpido, nem linear, nem de todo coerente" (*Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 684; no original: "*Nel nostro contesto, all'idea di rimedio contrattuale sono così referibili almeno i seguenti nomina: invalidità; inefficacia; inopponibilità; nullità; anullatamento; rescissione; risoluzione; recesso; revocazione; riduzione. A ciascun* nomen *può corrispondere una categoria dottrinale oppure uma categoria normativa. A ciascuna categoria corrisponde un determinato trattamento giuridico del contratto difettoso. Ma il quadro che ne esce non può dirsi né límpido, né lineare, né del tutto coerente*").

encerramento natural dos contratos empresariais: notadamente os encerramentos conduzidos pelos modos naturais de extinção das obrigações com atendimento ao interesse do credor e o encerramento pelo decurso do prazo. Igualmente, o estudo não abrange a opção pela busca da tutela específica ou a execução pelo equivalente.

Também não integram o escopo deste estudo os aspectos relacionados ao *dever de indenizar* – que é *efeito* do processo de ruptura e das patologias do cumprimento, e não *parte integrante* desse processo. O mesmo motivo justifica o estudo não incluir o exame do acionamento das *garantias contratuais*, reais ou fidejussórias, típicas ou atípicas – que podem até representar consequência da eclosão do processo de ruptura, mas não integram seu roteiro habitual.

De igual modo, o exame dos requisitos legais para a revisão ou extinção por *alteração das circunstâncias* foge ao escopo deste trabalho, uma vez que também se afasta do processo planejado ao longo das negociações para guiar a ruptura contratual. Não se desconhece que a práxis por vezes regula situações de renegociação contratual mediante as chamadas cláusulas de *hardship*, mas o seu acionamento representa a tomada de decisão distinta da ruptura, pois visa à manutenção do contrato; apesar disso, situações contratuais em que as partes regulam hipóteses que autorizam a extinção por modificação superveniente são objeto de rápida referência no item 5.5.

Diante do roteiro suscitado, dos propósitos deste estudo e dos cortes delineados acima, os mecanismos selecionados para análise específica são aqueles destinados à *recusa ao cumprimento das obrigações*, à *retenção* e à *compensação convencionais* de valores, notadamente quando devidos a título de multa, as diferentes hipóteses de *desligamento contratual autorizado*, a *contratação substitutiva* e o *mandato irrevogável*. Esses mecanismos são objeto dos dois próximos capítulos, que se destinam a avaliar suas características principais e sua qualificação jurídica – nos quais, antecipa-se, sobressai um elemento do diagnóstico: todas essas medidas compartilham a natureza *potestativa*.

E essa natureza potestativa, diante de peculiaridades da cultura litigiosa brasileira, gera uma série de irritações jurídicas, além de permitir um conjunto de argumentos de duvidosa adequação dogmática. O item 7.1 pretende avaliar de modo geral quais são essas irritações, adiantando pautas para estudos subsequentes.

Traçado esse cenário, nota-se que as possibilidades e inconveniências de cada um dos mecanismos selecionados têm conduzido a prática contratual a elaborar instrumentos alternativos, com o propósito de substituir o escopo dos litígios – como se dá na crescente utilização de opções, em que uma parte tem a faculdade de se desligar da contraparte, atendidos certos pressupostos, sem que lhe seja preciso comprovar o inadimplemento alheio, convertendo o que seria uma disputa sobre performance em uma discussão de avaliação do preço de exercício da opção, por exemplo. Essas alternativas são objeto de análise no Capítulo 6.

Adianta-se que todos esses mecanismos partem de estruturas jurídicas existentes e conhecidas no Direito brasileiro, que passam a sofrer adaptações de modo a cumprir suas funções típicas e a agregar outras funções que não lhe são precípuas – mas nem por isso lhe são avessas. Está-se no espaço franqueado à autonomia privada para a autorregulação de interesses na ausência de impeditivos legais.

Essa ressalva é importante, pois a perspectiva que se adota neste trabalho, inspirada nos diagnósticos que a análise econômica do Direito forçam o jurista a fazer, nas palavras de ROBERT COOTER e THOMAS ULEN, é a de "produzir uma teoria jurídica que responda às *partes que fazem contratos*, em vez de uma teoria jurídica dogmática que coloque as ideias acima dos interesses"[259]. Afinal, incumbidos da missão de produzir negócios, os redatores contratuais não se investem na posição de sacerdotes de conceitos jurídicos perfeitos, mas de artesãos de soluções para problemas concretos.

A propósito, essa perspectiva é também consentânea com o papel central que os usos ocupam na tradição jurídica do Direito Comercial. Assim, como importante fonte de análise que os usos representam, especialmente em matéria empresarial, é preciso que os estudos sobre a teoria dos contratos lancem olhos para as principais cláusulas e mecanismos adotados nas contratações contemporâneas, para que se possa efetuar o exame de sua compatibilidade com o Direito brasileiro[260].

---

[259] COOTER, Robert; ULEN. Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. Boston: Pearson, 2008, p. 244. O comentário, na íntegra e no original, tem a seguinte redação: "*Economic analysis necessarily produces a theory of law that responds to the parties who make contracts, rather than a dogmatic theory of law that elevates ideas above interests*".

[260] PAULA FORGIONI ressalta a influência da avaliação jurisprudencial dos usos sobre o meio empresarial: "a jurisprudência também atua como forte fator de 'seleção' dos usos e costumes: com efeito, eles são

Daí se pode chegar a uma percepção relevante: dificilmente o ambiente jurídico brasileiro estará preparado para responder às demandas relativas à ruptura dos contratos empresariais sem algum esforço de reflexão por seus intérpretes e sem maior estímulo ao conhecimento das principais características sobre sua práxis.

Pois o sucesso do modelo jurídico que atribui maior protagonismo ao intérprete, especialmente diante de princípios e cláusulas gerais, depende em grande parte da sua *postura* perante essa realidade. Uma postura que deve conjugar o esforço interpretativo diante das circunstâncias postas a julgamento com *o respeito às pautas impostas pelas regras aplicáveis* – sejam dispositivos legais ou cláusulas contratuais[261].

Eis o porquê de se analisarem, nos dois capítulos seguintes, os mecanismos adotados para guiar o processo de ruptura dos contratos empresariais de prazo determinado, e ao final apontar as principais irritações jurídicas derivadas dos diferentes modos de raciocínio que presidem a cultura jurídica brasileira e a anglo-americana (de onde se busca a inspiração por soluções rápidas e eficazes para o desligamento contratual), com alguns desafios que se podem antecipar a respeito do seu manejo na realidade contenciosa.

3.2. O problema do propósito dúplice dos mecanismos de ruptura sob a roupagem unilateral dos direitos potestativos

A análise da práxis contratual brasileira permite identificar os seguintes mecanismos como mais recorrentes no planejamento do processo de ruptura dos contratos:

---

depurados pela prática, que pode mostrar aos agentes econômicos os caminhos mais 'eficientes', mas também são trabalhados pela pena nos tribunais ao interpretarem fatos e textos normativos. [...] Dizendo-o de outro modo: uma empresa realiza determinado negócio jurídico, até então pouco usual, que supõe ser lícito. A prática mostra-se economicamente vantajosa e, rapidamente, outros agentes econômicos copiam-na. Passado algum tempo, os tribunais, interpretando/aplicando textos normativos, consideram que o original negócio é, na verdade, ilegal. No torvelinho do mercado, não mais será prudente adotar a prática e, portanto, esta não se perpetuará, ainda que, em um primeiro momento, tenha-se mostrado economicamente eficiente; diante da orientação jurisprudencial, há forte desestímulo para sua utilização por parte de outros agentes" (*Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 116-117).

[261] As preocupações sobre os excessos interpretativos por vezes praticados pelos julgadores foram simbolizadas na provocação de EROS ROBERTO GRAU, que, antes de compor o STF, notabilizou-se por seus estudos metodológicos sobre a hermenêutica, especialmente pelo seu *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito* – texto que, após sua experiência judicante, adaptou, modificou e renomeou para o sugestivo título Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002; GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2013).

a suspensão da exigibilidade das obrigações contratuais, cristalizada em *recusas justificadas*; a *retenção* e a *compensação convencionais* de valores, notadamente quando devidos a título de multa; as diferentes hipóteses de *desligamento contratual autorizado*; a *contratação substitutiva* e o *mandato irrevogável.* Todos eles, em maior ou menor medida, são habitualmente desenhados para atingir dois propósitos simultâneos e de difícil conciliação.

Por um lado, são mecanismos que buscam *permitir soluções e saídas eficientes*, evitando o recurso à via litigiosa, especialmente para operações econômicas frustradas ou deficitárias. No entanto, esses mecanismos também são redigidos para *proteger investimentos dos agentes econômicos contra rompimentos abruptos ou estratégias oportunistas*. Esses propósitos por vezes se chocam.

Veja-se o exemplo da previsão de multas passíveis de compensação pelo contratante: ao mesmo tempo em que elas incentivam o adimplemento e desincentivam o descumprimento, podem ser adotadas como desestímulo ao desligamento oportunista do contratado – afinal, o agente econômico que corre o risco de perda de receita a título de pagamento de multa para se desligar de contrato que não lhe é mais benéfico tende a permanecer vinculado, se essa alternativa for menos custosa do que a ruptura mediante o litígio.

De igual modo, cláusulas resolutivas podem ser redigidas de forma detalhada, com parâmetros de difícil atendimento, com o propósito de diminuir os cenários de ruptura e manter o contrato tão rígido quanto possível, mesmo se deficitário[262]. Essas alternativas atuam, em suma, na tentativa de conferir previsibilidade e segurança para os cenários de desalinhamento ou má performance.

Ao menos na prática brasileira, esses dois propósitos são buscados, no mais das vezes, mediante a adoção de uma estrutura jurídica unilateral: atribuem-se a uma parte *direitos potestativos* para se socorrer das cláusulas pertinentes, se verificados determinados

[262] Neste sentido: "A liberdade contratual, expressão da autonomia privada, via de regra permite mesmo a confecção de cláusula que, ao invés de facilitar a desvinculação, dificulte-a – limitando ou mesmo excluindo o direito de resolução. Tratando-se de um direito de resolução convencional, é possível afirmar que 'a vontade criadora do vínculo estabelece as condições para sua ruptura'" (GARCIA, Rebeca. "Cláusula resolutiva expressa: análise crítica de sua eficácia". *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 56, out.-dez./2013, versão eletrônica, p. 6).

eventos. A relevância do instrumento dogmático adotado merece algumas palavras a seu respeito.

Atribui-se à pandectística alemã do final do século XIX[263] o desenvolvimento do conceito dos direitos potestativos como categoria de situação jurídica[264] diversa dos direitos subjetivos até então conhecidos – os direitos pessoais e os direitos reais, direitos esses cuja efetivação em juízo dependia da existência de uma ação condenatória que lhes correspondesse: as ações pessoais, destinadas a condenar o réu a praticar um comportamento, e as ações reais, movidas com o propósito de se obter prestação envolvendo coisas corpóreas.

Percebeu-se, porém, que havia margem para o reconhecimento de categoria de situação jurídica cuja tutela não envolvia a condenação do réu a cumprir um dever (efetuar o pagamento, restituir uma coisa), mas tão somente a proteção daquele direito de que o autor era titular, e que lhe representava uma espécie de poder juridicamente prestigiado: o direito de retenção sobre coisas, o direito de promover a anulação de atos praticados em fraude, o direito de o condômino promover a divisão da coisa comum, o direito de o vendedor recuperar a propriedade da coisa vendida mediante cláusula de retrovenda, o direito de se revogar a doação por ingratidão, o direito de se promover o divórcio, e por aí vai[265]. Diante desse rol, é de hábito se atribuir a GIUSEPPE CHIOVENDA a designação dessa categoria como *direitos potestativos*[266].

Assim, numa síntese, os direitos potestativos consistem em poderes conferidos ao seu titular para criar, modificar ou extinguir relação jurídica unilateralmente, "segundo o seu livre-arbítrio"[267], "que não se correlaciona a uma prestação de outrem"[268] – indo,

[263] O diagnóstico é de RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 952-954.
[264] Entende-se por *situações jurídicas* as diferentes categorias que a metodologia jurídica desenvolve para avaliar o agir humano, a partir da produção de efeitos pelos fatos jurídicos. Entre as situações jurídicas mais relevantes estão os direitos subjetivos, os direitos potestativos, os ônus e as obrigações. Para um exame sobre o tema, cf. CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 1999. v. I, t. 1, p. 99-147.
[265] AMORIM FILHO, Agnelo. As ações constitutivas e os direitos potestativos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (org.). *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, São Paulo, v. 2, 2011, versão eletrônica, p. 3.
[266] CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. I, p. 30-33.
[267] CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 1999. v. I, t. 1, p. 128.
[268] GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 118.

inclusive, a ponto de *interferir* na esfera jurídica alheia. Isto é: os efeitos jurídicos pretendidos pelo titular "inelutavelmente se impõem à contraparte"[269], a quem somente resta o *estado de sujeição* a essa declaração unilateral[270].

Sob o ponto de vista estrutural, portanto, a moldura dos direitos potestativos serve bem para enquadrar o exercício de posições jurídicas contratuais nas quais se pretende atribuir a agente econômico poder que *independa da vontade e do comportamento da contraparte*. E os exemplos são vários: o direito que tem o mandante de revogar o mandato; o direito de escolha nas obrigações alternativas e nas obrigações de dar coisa incerta; o direito de dissolver a sociedade por prazo indeterminado; o direito de dar vida a um contrato mediante aceitação da oferta; e, no que diz respeito a este trabalho, o direito que tem cada contratante de extinguir o contrato nos casos permitidos em lei ou na convenção e o direito de alegar as exceções substanciais (como a compensação, a retenção e a *exceptio non adimpleti contractus*)[271].

Com essas características dogmáticas à disposição, os redatores dos contratos empresariais preveem diversas cláusulas em que as partes podem criar, modificar ou extinguir aspectos das suas relações contratuais unilateralmente, sem que se requeira a contribuição ou intervenção da contraparte. E, a depender de cada operação, algumas cláusulas podem ser acionadas de forma simultânea e concatenada: por exemplo, aplica-se uma multa, cujo pagamento, em vez de pressupor a cobrança do crédito (direito subjetivo), se dá mediante compensação de dívidas (direito potestativo), aliada à recusa da entrega da prestação correspectiva (outro direito potestativo) enquanto certa conduta não é praticada, sob a ameaça de ainda se aplicar cláusula resolutiva expressa para extinguir o contrato (outro direito potestativo), ou de se exercer opção de compra (outro direito potestativo) da

---

[269] PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 174.

[270] Isso não quer dizer, evidentemente, que a tutela dos direitos potestativos pode ser promovida *manu militari* pelo seu titular. Assim, no exemplo corriqueiro, o exercício do direito potestativo de servidão de passagem depende da decisão do titular do prédio dominante diante do preenchimento de seus pressupostos, exclusivamente, sem que se exija do titular do prédio serviente um dar, um fazer ou um não fazer; ainda assim, seu exercício *concreto* pode requerer a propositura de ação para sua tutela. Mas o direito em si, concebido na sua estrutura jurídica, se encerra na decisão unilateral do titular em exercê-lo, ao seu alvedrio e independentemente da vontade e do comportamento do proprietário do prédio serviente, que permanece em estado de sujeição. Outros direitos potestativos dependem de decisão judicial, normalmente de natureza constitutiva (ou desconstitutiva), como no caso da impugnação de paternidade (GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 118).

[271] A relação é de AMORIM FILHO, Agnelo. As ações constitutivas e os direitos potestativos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (org.). *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, São Paulo, v. 2, 2011, consultado na versão eletrônica, p. 5.

participação societária da contraparte. E o disparo dessas situações jurídicas ocorre unilateralmente, mediante notificação, sem que se exija a propositura de ação judicial para tanto.

Diante dessas feições, é natural que a práxis tenha ido buscar em fenômenos típicos com essa estrutura jurídica os subsídios para montar a engrenagem de mecanismos que têm exatamente como um de seus propósitos permitir soluções rápidas e eficientes, centradas numa tomada de decisão unilateral do agente econômico diante de cenário que lhe seja conveniente. Por sua vez, é igualmente natural que a parte sujeita ao exercício desses direitos potestativos por vezes deseje se proteger mediante a previsão de requisitos rígidos ou procedimentos prévios para o seu disparo, numa espécie de camada de proteção contra decisões movidas por capricho ou oportunismo desleal por seu titular.

Assim, em alguns cenários, as partes fixam critérios precisos e de verificação razoavelmente controlável para o exercício desses mecanismos. São situações em que o suporte fático do exercício do direito potestativo não é muito questionável. Nem sempre, todavia, isso é possível, havendo circunstâncias em que, diante dos custos de transação e das premências do tempo, as partes precisam recorrer a cláusulas imprecisas, com conceitos indeterminados, à espera de que o seu preenchimento ocorra *ex post*, diante do surgimento da contingência – bem como ocasiões em que a hipótese teórica de aplicação do mecanismos parece precisa, mas os meios para verificar sua ocorrência não são satisfatórios.

Em qualquer desses cenários, de todo modo, há espaço para litigiosidade – seja sobre o conteúdo da cláusula ou sobre as circunstâncias em que ela foi acionada. Além disso, não raro os contratantes divergem sobre a demonstração dos fatos que podem dar ensejo ao disparo das cláusulas invocadas. Instaura-se também um litígio – justamente um dos efeitos que se deseja inicialmente evitar. E frequentemente o litígio se torna caro, demorado e com resultado imprevisível – outros propósitos frustrados.

Mas a possível instauração desses litígios não significa que a previsão dos mecanismos de ruptura seja infrutífera. A bem dizer, a litigiosidade derivada desses mecanismos já é influenciada pelas escolhas feitas pelas partes no design contratual. Isso porque a maneira como essas regras são desenhadas pode ter o efeito de alocar os ônus da persuasão e da prova para uma parte específica, assim como pode condicionar as pautas da

disputa a ser instaurada, diminuindo o espaço discricionário do julgador (como se viu no item 2.6 acima).

Daí deriva a importância de se analisar como a prática tem se aproveitado das ferramentas legais destinadas a tanto, efetuando adaptações ao seu redor, e como resultam os instrumentos mais comuns nessa seara. Deve-se, portanto, estudar a ruptura contratual de forma sistemática, algo que não costuma ser feito pela doutrina brasileira, pois nossos autores tratam os mecanismos pertinentes de modo isolado; é preciso, em suma, avançar sobre essa "zona cinzenta"[272].

Pois a prática contratual percebe como esses mecanismos se relacionam e, mais do que isso, cumprem papel relevante na alocação dos riscos, na distribuição dos ônus, nas decisões sobre custos e, sobretudo, na dinâmica do poder na relação contratual. Por isso, considera-se importante diferenciar os mecanismos uns dos outros e analisar a função de cada na engrenagem das grandes operações – notadamente pelo fato de a sua estruturação envolver, em grande medida, a busca por alternativas à execução coativa da obrigação ou à reparação dos danos.

Antecipa-se desde já a percepção de nítida tentativa dos agentes econômicos (e de seus assessores jurídicos) de desenvolver soluções criativas mediante a *refuncionalização de institutos típicos* – o que, embora admissível e salutar, sempre exige atenta análise de compatibilidade.

A refuncionalização de instrumentos de direito privado está longe de ser novidade; ao contrário: pode-se dizer que ela se incrementa na medida em que as economias evoluem. Nesse contexto, já no início da década de 60, ao estudar as relações entre Direito e desenvolvimento econômico, ORLANDO GOMES apontava a formação de uma espécie de "direito novo", fruto do que denominou *torsões interpretativas*, e que resulta "de novas formas criadas pelos indivíduos nas suas relações para jurisformisar interesses dignos de tutela, pelo aproveitamento da liberdade de contratar", elaborando "novas figuras jurídicas, [adotando] novos critérios de composição dos seus interesses econômicos, [realizando], em

[272] O termo é de MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Responsabilidade contratual. Efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 413.

suma, uma atividade jurígena importante, que concorre significativamente para a renovação do sistema jurídico"[273]. E os exemplos são vários.

Da venda com escopo de garantia aos *shopping centers*, a atividade contratual entre empresas é feita de constantes mutações e adaptações – algumas de tal importância que chegam a ser incorporadas pela legislação, caso da tipificação da alienação fiduciária em garantia em 1965, mediante a Lei nº 4.728. Essas evoluções no mais das vezes decorrem da combinação de elementos de diferentes negócios típicos; pense-se ainda no *leasing*, por exemplo, que incorpora elementos da locação e da compra e venda, conjugados por termos e condições.

Se assim ocorre com as feições gerais dos negócios, que dão origem a contratos atípicos ou socialmente típicos, o mesmo se pode dizer de alguns de seus elementos acidentais – sendo corrente entre a advocacia empresarial o conhecimento sobre modalidades de cláusulas destinadas a reger os mais diferentes aspectos de um sem número de operações econômicas[274], bem como o reconhecimento episódico por instrumentos normativos acerca da tipicidade social de certas cláusulas[275]. E isso ocorre nitidamente com os mecanismos aplicáveis às situações de ruptura contratual: tem sido comum a conjugação de elementos tradicionais previstos em lei com pitadas de novidade para alcançar resultados arrojados.

Os principais mecanismos destinados a tanto costumam se destacar por três aspectos: (a) *conservar a posição contratual da parte legitimada a acioná-los*, no que sobressaem a recusa ao cumprimento de obrigações e a retenção e compensação de créditos, notadamente para aplicação de multas por falha de desempenho; (b) *permitir que*

[273] GOMES, Orlando. *Direito e desenvolvimento*. Salvador: Universidade da Bahia, 1961, p. 68.

[274] No campo das operações de aquisição de participação societária, aquele que hoje talvez concentre o maior grau de maturidade sobre as alternativas contratuais na advocacia empresarial brasileira, as estratégias se desenvolvem de tal modo repetitivo que levam à identificação pelo mercado de um conjunto de cláusulas moldadas pelos praxistas, independentemente de regulamentação legislativa, cujo conhecimento é geral, a ponto de instigar debates doutrinários. É o que permite, por exemplo, análises jurídicas sistemáticas como as empregadas na Itália por DE NOVA, Giorgio. *Il sale and purchase agreement*: *un contratto commentato*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2017, *passim*; e no Brasil por BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, *passim*; e BOTREL, Sérgio. *Fusões e aquisições*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 281-322.

[275] Do que é exemplo a chamada cláusula *take or pay*, difundida em diferente setores da economia, mediante a qual uma parte se obriga a pagar por consumo mínimo contratado perante o fornecedor, independentemente do uso efetivo do que fora ajustado. Essa cláusula é disciplinada na indústria de óleo e gás, definida pelo art. 1º, § 4º, da Lei nº 10.321/2001, e no setor de transporte de cargas, definida pelo art. 2º da Resolução nº 3.964/2011 da Agência Nacional de Transporte Terrestre.

a parte protegida se desligue do contrato, com realce para as figuras da extinção unilateral autorizada e pelo desligamento contratual por inadimplemento e (c) *permitir que a parte protegida substitua a contraparte*, por si ou por terceiros contratados à custo desta, como nas hipóteses de contratação substitutiva e no mandato irrevogável.

Essa relação de mecanismos está longe de ser exaustiva. A criatividade dos agentes econômicos e dos seus assessores jurídicos fornece a todo momento diferentes alternativas, diferentes soluções, diferentes formas de se atacar um mesmo problema – assim como certas operações contam com características tão específicas que dificultam seu uso como demonstração de realidade mais ampla. Mas o grau de repetição dos mecanismos suscitados (como se demonstra a seguir) e a naturalidade com que eles são tratados nas negociações dos contratos empresariais de prazo determinado permite selecioná-los como o ponto de estudo deste trabalho, destinados que são a cumprir as três diferentes estratégias mencionadas.

E essas estratégias – esses *fins*, em termos jurídicos – são buscadas mediante a adoção de meios fornecidos por instrumentos que, em sua maioria, são conhecidos como *remédios contratuais*.

3.3. Os mecanismos de ruptura no contexto dos remédios contratuais

De maneira geral, a tradição jurídica costuma atribuir o epíteto de *remédios contratuais* às alternativas postas à disposição das partes diante das patologias mais comuns que se verificam nos contratos, indo desde soluções para problemas relativos às invalidades das declarações negociais até as medidas para lidar com o inadimplemento – com destaque para a execução específica, a pretensão à reparação de danos e as possibilidades de se extinguir o contrato ou suspender a exigibilidade das obrigações (essas duas últimas, a propósito, conhecidas como *remédios sinalagmáticos*).

Embora o termo em si não seja estranho à cultura jurídica nacional, a doutrina brasileira não tem o hábito de analisar os remédios contratuais de maneira orgânica – à exceção de alguns esforços isolados e dignos de nota, como a incorporação que HAROLDO

MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA e RACHEL SZTAJN[276] fizeram da monumental sistematização promovida em 300 páginas por VINCENZO ROPPO[277]. Aliás, pode-se dizer, de modo geral, que "as obras brasileiras raramente dedicam, às consequências da inexecução do contrato, análise suficiente ampla e articulada"[278]. O tão só fato de instrumentos como a cláusula penal e as arras serem tradicionalmente estudados no programa do Direito das Obrigações, e não na Teoria Geral dos Contratos, é um indicativo curioso a respeito disso.

Assim, não sendo da tradição da literatura jurídica brasileira a atenção ao exame dos remédios de maneira sistemática, muitas das referências consultadas nos bancos universitários e pela prática forense tratam fenômenos que naturalmente se interligam de modo separado, como a resolução e a *exceptio non adimpleti contractus*; algumas das obras que os analisam em linhas próximas por vezes o fazem mais em razão do estudo da classificação dos contratos sinalagmáticos do que por conta das funções que exercem no momento patológico das relações. Não é habitual identificar capítulo específico para os estudo dos remédios, e nem mesmo o questionamento semântico da nomenclatura, ou o diagnóstico desse fenômeno, costuma fazer parte das obras brasileiras mais consultadas – no que não se difere das linhas gerais adotadas nos principais ordenamentos de família romano-germânica que nos servem de inspiração, à exceção de iniciativas promovidas pela doutrina italiana nas últimas décadas.

A esse respeito, VINCENZO ROPPO apresenta considerável esforço de sistematização para relacionar aqueles que seriam os remédios contratuais destinados a atuar sobre os efeitos de vínculo contratual defeituoso ou acometido por algum distúrbio; nas suas palavras, contratos nos quais há "algo que não anda bem"[279].

Na visão do professor de Gênova, os remédios contratuais são instrumentos oferecidos pela lei para *prevenir ou remover lesões atuais ou potenciais a interesses*

---

[276] VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; SZTAJN, Rachel. *Direito comercial*: teoria geral do contrato. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4, p. 511-548. Os autores, claramente inspirados na obra de VICENZO ROPPO, dedicam esforços para analisar as invalidades e a resolução como remédios contratuais.
[277] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 677-975.
[278] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Responsabilidade contratual. Efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 410.
[279] No original: "[...] *il contratto può essere, per dirla in termini volutamente generici, um contratto difettoso, o disturbato: um contratto in cui, per essere ancora più generici, c'è qualcosa che non va*" (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 677, grifos do original).

merecedores de tutela, que seriam vulnerados caso a parte prejudicada permanecesse obrigada à produção normal dos efeitos de um contrato viciado ou perturbado[280]. Os remédios, então, têm o propósito de liberar a parte do vínculo contratual ou ao menos "colocar em discussão os efeitos do contrato"[281]. E isso tendo por base uma ponderação de valores e interesses efetuada previamente pelo legislador.

Isso porque o valor ético e os interesses protegidos pela atribuição de efeitos vinculantes aos contratos, fruto do princípio da força obrigatória, podem por vezes entrar em choque com outros valores e interesses dignos de tutela, exigindo que todos (ou alguns) efeitos contratuais sejam postos em questão. Assim, sintetiza ROPPO, "[a] lei oferece um remédio contratual quando, e nos limites em que, os valores e os interesses dessa segunda ordem resultem prevalecentes sobre os valores e interesses de primeira ordem"[282]. Essa escolha de política legislativa resulta do balanço entre duas macrotendências: uma primeira tendência de *restrição dos remédios*, de modo a reforçar a vinculatividade dos contratos (do que seriam exemplos a adoção da teoria da declaração em tema de negócio jurídico); e uma segunda tendência de *expansão dos remédios* (notadamente por meio dos avanços alcançados com o recurso à boa-fé, que amplia o escopo de atuação dos remédios tradicionais, e pelas políticas de proteção dos contratantes vulneráveis)[283].

Sob essa ótica, VINCENZO ROPPO indica que os remédios contratuais seriam, de modo geral, as *causas de nulidade e anulabilidade*, as *proteções jurídicas ao contratante vulnerável*[284], a *resolução*, a *exceção de inadimplemento*, a *exceção de inseguridade*, a *cláusula penal* e a *cláusula limitativa de responsabilidade*. Veja-se que, na visão de VINCENZO ROPPO, o *recesso unilaterale* (figura semelhante à nossa resilição unilateral) não representa necessariamente um mecanismo *remediale*, tal como a resolução por cláusula resolutiva expressa fica numa zona fronteiriça entre os instrumentos *remediali* e *non*

---

[280] ROPPO, Vincenzo. Il contratto. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 677.
[281] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 678. No original: "*E il rimedio consiste nel liberar le parti dal vincolo contrattuale, o più in generale nel rimettere in discussione gli effeti del contrato*".
[282] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 678. No original: "*La legge dispone um rimedio contrattuale quando, e nei limiti in cui, i valori e gli interessi di questo secondo ordini risultino prevalenti sui valori e gli interessi del primo ordini*".
[283] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 678-679 e p. 682.
[284] Essas proteções seriam, entre outras, a invalidade das cláusulas abusivas em prejuízo do consumidor (as *clausole vessatorie* do Direito italiano), a ação coletiva inibitória para atacá-las (a *azione inibitoria*) e o direito de arrependimento nas contratações à distância (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 847-874).

remediali – por representarem, em certa medida, formas de atuação planejadas pelas partes no programa contratual[285].

O autor reconhece, ainda, que a multiplicidade de remédios torna difícil a tarefa de unificá-los sob conceito único, e que doutrina e prática legislativa aparentemente não se comunicam a respeito[286]. Ao que se vê, nem mesmo conceituar remédios contratuais seria tarefa simples, capaz de resultar na identificação de um conjunto de características comuns apto a identificar instituto jurídico autônomo. Fato é que para cada remédio estudado pode corresponder uma categoria jurídica doutrinária (ou uma nomenclatura legislativa); e para cada categoria correspondem tratamentos jurídicos potencialmente diferentes[287]. Mas os apontamentos de VINCENZO ROPPO a respeito trazem algumas contribuições úteis para este trabalho, e que servem de inspiração para duas escolhas metodológicas sensíveis desta tese: para se definir o que se entende por *ruptura* (v. item 3.1 acima) e para definir e separar os mecanismos selecionadas para estudo.

Na sua tentativa de sistematização, VINCENZO ROPPO oferece quatro classificações para os remédios contratuais, variando conforme o seu *modo de ativação*, a *natureza do problema que o invoca*, o *momento em que o problema se manifesta* e as *consequências de sua aplicação*.

Assim, considerando o modo pelo qual se ativam, os remédios contratuais podem ser identificados como remédios *negociais, judiciais* ou *legais*.

Os *remédios negociais* seriam aqueles que se ativam mediante a iniciativa da parte, consistente numa declaração negocial[288]. É o que ocorre com algumas hipóteses de extinção unilateral contratualmente previstas para proteger a parte contra vicissitudes anormais da relação contratual que lhe sejam prejudiciais – o que ROPPO classifica como

[285] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 878-879.
[286] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 683. O comentário é de todo pertinente para a realidade brasileira: basta ver que a adoção do Código Civil de 2002, ao optar com razoável coerência pela adoção de uma certa nomenclatura sobre os fenômenos extintivos dos contratos, não foi suficiente para convencer parcela relevante da doutrina a observá-la. A esse respeito, cf. item 5.1 abaixo.
[287] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 684.
[288] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 679.

"*recessi remediali*"[289] – ou com o acionamento da cláusula resolutiva expressa por incumprimento.

Por sua vez, alguns remédios pressupõem a jurisdição contenciosa, dependendo de decisão judicial para sua efetivação: seriam os *remédios judiciais*, como a resolução por inadimplemento que não esteja baseada em cláusula resolutiva expressa, a resolução por onerosidade excessiva ou o acionamento das causas de anulabilidade (como os ataques ao negócio por erro, dolo, lesão ou fraude contra credores). Nessas hipóteses, "o cancelamento dos efeitos contratuais se determina com a pronúncia judicial, a que se atribui, portanto, natureza *constitutiva*"[290]. Já os *remédios legais* seriam aqueles que operam *ipso iure*, derivando a extinção dos efeitos contratuais automaticamente, uma vez verificadas as circunstâncias assim determinadas por lei: VINCENZO ROPPO inclui nessa categoria a extinção contratual pelo advento do termo essencial, pela impossibilidade superveniente, bem como pela ficção jurídica de que a nulidade contratual opera de pleno direito[291].

Separando os remédios conforme *a espécie de problema que os inflige*, VINCENZO ROPPO os diferencia à luz da natureza do interesse prejudicado. Haveria, então, os *remédios de interesse das partes*, destinados a proteger interesses particulares dos agentes econômicos, e *remédios de interesse geral*, previstos pelo ordenamento com enfoque em razões de ordem pública. Na primeira categoria estariam os casos de resilição, resolução e anulação; na segunda, as hipóteses de nulidade.

Prosseguindo, o terceiro critério diferenciador proposto se concentra no *momento* em que o problema se manifesta na dinâmica do contrato. Por essa ótica, há os *remédios contra defeitos originários* (caso das causas de invalidade) e os *remédios contra distúrbios supervenientes* (notadamente aqueles que atingem a eficácia do contrato, como as hipóteses de resilição ou resolução). Aqueles atingiriam o contrato como *negócio jurídico*; estes afetariam a *relação contratual*[292].

---

[289] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 679.
[290] "*In tutti questi casi, la cancellazione degli effetti contrattuali si determina con la pronuncia giudiziale: cui si attribuisce perciò natura costitutiva*" (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 680.
[291] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 680.
[292] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 681.

Por fim, o quarto critério que VINCENZO ROPPO propõe é o de distinguir os remédios em razão das suas *consequências*. Seriam, então, *remédios extintivos* aqueles destinados a dissolver o vínculo contratual (como a resolução) ou destruir o negócio como um todo (as invalidades); em contraposição, seriam *mantenedores* (ou de *adequação*) os remédios dirigidos a manter o contrato eficaz, "trazendo-lhe as correções necessárias e suficientes para reagir de modo adequado contra o defeito ou o fator de distúrbio que o afligem"[293].

Para além desse esforço de sistematização, e extrapolando os limites da matéria contratual, tem-se observado entre os estudiosos italianos movimento de adoção daquilo que ADOLFO DI MAJO convencionou denominar "linguagem dos remédios"[294] – isto é, a tentativa de inserir no contexto do direito italiano (e comunitário europeu) aspectos próprios do modo de raciocinar dos sistemas de matriz anglo-americana sobre remédios e que, nos sistemas da família romano-germânica, parecem se encontrar numa zona de fronteira entre os *direitos* e as *ações*; trata-se de perspectiva que se concentra na identificação das *tutelas mais adequadas* para a proteção dos interesses.

A busca pela compreensão dessa *linguagem dos remédios* se torna particularmente relevante no contexto contemporâneo, sobretudo em matéria contratual, diante da progressiva incorporação do modelo norte-americano de contratação – fenômeno que não se restringe ao Brasil, mas se espraia de modo geral pelas economias contemporâneas ao redor do mundo.

Isso porque os estudos comparatistas mostram como o papel que os remédios exercem na cultura derivada da *Common Law* é distinto da lateralidade que a família romano-germânica os atribui: nos sistemas jurídicos derivados da *Common Law*, o papel dos *remedies* é central. Em vez de organizar conceitualmente os modos de atuação dos particulares ao redor de um sistema material de *direitos* para os quais o sistema processual oferece *ações*, duas esferas cientificamente distintas, o modelo anglo-americano pensa a

[293] ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011, p. 682. No original: "*In relazione a questi casi, si prevedono rimedi non estintivi: possiamo chiamarli rimedi manutentivi (o di adeguamento), perché diretti a mantenere il contrato, apportandovi le correzioni necessarie e sufficienti per reagire in modo adeguato contro il difetto o il fattore di disturbo che lo affliggono*".

[294] A expressão perpassa de modo geral a obra de ADOLFO DI MAJO, destacando-se a propósito dois escritos seus: DI MAJO, Adolfo. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009, p. 1-10; e DI MAJO, Adolfo. Il linguaggio dei rimedi. *Europa e Diritto Privato*, Milão, fasc. 2, 2005, p. 341-346.

tutela dos interesses a partir da noção de *remedies*. Isto é: não se concebe um direito sem *antes* se vislumbrar qual remédio deve estar à disposição da parte para recorrer em caso de violação[295].

A distância parece sutil, mas sua análise mais acurada permite observar diferenças culturais significativas. Os sistemas contemporâneos de matriz romano-germânica se

---

[295] PATRICK ATIYAH elabora sobre a preferência do raciocínio inglês baseado em remédios, e não em direitos – com boa dose de pragmatismo e humor britânico: "*Not only has English law generally been much happier in dealing with duties than with rights, it has also, I think, clearly been happier in dealing with remedies than with rights. Indeed, English law has for long prided itself in being strong on remedies, even if it is less interested in rights. There is a long tradition, made up of many different strands which have gone into this particular bias in English law; and I use the word without any pejorative connotation. One such strand, for instance, is the role of equity in the history of English law. Equity, as we all know, operates* in personam*. It is, or certainly was in origins, largely a system of remedies, based upon the ultimate power of the injunction. The power to order a particular defendant to do a particular thing, and to threaten him with imprisonment if he failed, was a pretty potent weapon with which to deal with recalcitrant and powerful magnates at a time when the enforcement of the law was a good deal more difficult than it is today. Rights and duties after all, may exist on paper, but those who are unimpressed by pieces of paper may still have a healthy respect for threats of imprisonment.* [...] *Another strand in the development of the English tradition that remedies are ultimately what matter is a legacy of the constitutional struggles of the seventeenth century, and the settlement of 1688. One outcome of these struggles was the profoundly English belief that an independent judiciary, and a judiciary with the power to issue practical orders, was more important than any number of grand theoretical declarations about the Rights of Man. Similarly, the jury's practical power of acquittal, in the teeth of the law and of judicial directions to convict, came to be seen as a more important protector of the rights of the citizen than theoretical constitutional guarantees, however grandiloquent. These beliefs gained redoubled force after the French Revolution when a series of constitutions proclaiming the Rights of Man were seen by the pragmatic Englishman as so much useless theoretical clutter which had no practical results. The independent judiciary, the writ of habeas corpus and the jury's power both to acquit those persecuted by the government, and to award damages against servants of the government who transgressed their powers, came to be seen as glories of English law*" (*Pragmatism and theory in English Law*. Londres: Stevens, 1987, p. 21-22). Em tradução livre: "Não só o Direito Inglês tem geralmente sido mais feliz em lidar com deveres do que com direitos, ele também tem, acho eu, sido claramente mais feliz em lidar com remédios do que com direitos. De fato, o Direito Inglês tem desde há muito se orgulhado de ser forte nos remédios, mesmo se ele for menos interessado nos direitos. Existe uma longa tradição, feita de muitas vertentes diferentes, que descambou nesse viés específico no Direito Inglês; e eu uso a palavra sem qualquer conotação pejorativa. Uma dessas vertentes, por exemplo, é o papel da equidade na história do Direito Inglês. Equidade, como todos sabemos, opera *in personam*. Ela é, ou certamente era em sua origem, largamente um sistema de remédios, baseado no poder último da *injunction*. O poder de ordenar a um réu específico que fizesse uma coisa específica, e de ameaçar prendê-lo se ele não fizesse, era uma arma bastante potente para lidar com poderosos e recalcitrantes magnatas em uma época em que a execução das leis era bem mais difícil do que é hoje. Direitos e deveres, afinal, podem existir no papel, mas aqueles que não são impressionados por pedaços de papel ainda podem ter um respeito saudável por ameaças de prisão. [...]. Outra vertente no desenvolvimento da tradição inglesa, de que remédios são em última análise o que importa, é um legado das dificuldades constitucionais do século XVII, e o acordo de 1688. Um resultado dessas dificuldades era a arraigada crença inglesa de que um judiciário independente e um judiciário com poder de emitir ordens práticas era mais importante do que qualquer número de declarações teóricas grandiosas sobre os Direitos do Homem. Similarmente, o poder prático de absolvição do júri, a despeito do direito e de direitos judiciais para condenar, veio a ser visto como uma proteção mais importante dos direitos dos cidadãos do que garantias constitucionais teóricas, mesmo que grandiloquentes. Essas crenças ganharam força redobrada após a Revolução Francesa quando uma série de constituições proclamando os Direitos do Homem foram vistas pelos pragmáticos ingleses como uma bagunça teórica desnecessária que não tinha nenhum resultado prático. O judiciário independente, o *writ* de *habeas corpus* e o poder do júri de absolver aqueles perseguidos pelo governo e de conceder indenizações contra funcionários do governo que transgredissem seus poderes vieram a ser vistos como glórias do Direito Inglês".

fundam nas premissas de que *a lei abstrata* deve fazer a filtragem dos interesses dignos de tutela, mediante a atribuição de direitos às partes, que por sua vez se exercitam mediante ações, a partir das quais o julgador deve reconhecer o direito violado e aplicar *in concreto* os efeitos abstratos selecionados previamente pela lei[296]. Trata-se de modelo que tem como uma de suas principais características o desenvolvimento da autonomia científica entre os direitos e as ações[297].

Já nos ordenamentos derivados da *Common Law*, o raciocínio é distinto: a atribuição dos remédios precede a enunciação dos direitos, ao passo que a seleção dos interesses merecedores de tutela se realiza diretamente pelo julgador na apreciação do caso concreto – e não por uma lei abstrata. Na síntese de GUIDO SMORTO, no sistema anglo-americano "a *efetividade das tutelas prevalece*, portanto, sobre a enunciação abstrata dos direitos"[298]. Disso resulta um sistema que se pretende mais pragmático, concentrado em saber *o que se deve fazer no caso concreto*, em vez de debater sobre a pureza conceitual dos direitos[299].

Deitado sobre essas raízes, o desenvolvimento do raciocínio contratual no sistema anglo-americano atribui posição central aos remédios – centralidade simbolizada de modo emblemático no conceito de contrato oferecido pelo § 1º do *Restatement (Second) of Contracts*: "*A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty*"[300].

---

[296] SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi". *Europa e Diritto Privato*, Milão, fasc. 1, 2014, p. 175.

[297] A respeito, remete-se ao sempre referenciado debate entre BERNHARD WINDSCHEID e THEODOR MUTHER e seus desdobramentos sobre a *teoria da ação*, sintetizado em MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil*: teoria geral do processo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1, p. 159-183.

[298] SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi". *Europa e Diritto Privato*, Milão, fasc. 1, 2014, p. 161.

[299] Essa perspectiva pragmática permeia a tradição da *common law* tanto no plano doutrinário como jurisprudencial. Para uma análise um tanto orgulhosa das origens históricas e vantagens desse modelo, particularmente na sua matriz inglesa, cf. ATIYAH, Patrick. *Pragmatism and theory in English Law*. Londres: Stevens, 1987, p. 55-68.

[300] Em tradução livre: "Um contrato é uma promessa ou um conjunto de promessas para cuja quebra o direito oferece um remédio, ou cujo desempenho o direito reconhece de alguma forma como um dever". Vale esclarecer que os *Restatements* não são fontes formais do direito norte-americano, pois consistem em publicações editadas pelo *American Law Institute* que procuram sintetizar entendimentos derivados de precedentes sobre diferentes institutos, como os contratos (caso do *Restatement of Contracts*, cuja primeira edição foi finalizada em 1982 e a versão mais atual é a segunda, de 1981), de modo a permitir a identificação das regras aplicáveis de modo acessível. Eles não têm, portanto, natureza legislativa, tampouco eficácia vinculante, mas servem como demonstrativo de conceitos e doutrinas que gozam de prestígio nos Estados Unidos – inclusive não sendo incomum identificar sua citação nos precedentes. Uma análise brasileira do papel dos *Restatements* no direito norte-americano pode ser encontrada em SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 75-77; registro histórico interessante sobre a influência dos *Restatements* para a criação da prática da edição de súmulas no

Sob a ideia de remédios contratuais, a literatura anglo-americana estuda, em especial, a indenização por danos (o remédio preferencial naquele sistema), as formas de extinção contratual e a execução específica – a que tradicionalmente atribui papel residual.

A reflexão promovida pelos estudiosos italianos procura, então, destacar que a busca pela tutela adequada requer mais da atuação do julgador no momento em que se encontra diante de alegada violação a direito, não sendo de todo possível relegar ao Poder Legislativo o esforço de seleção e ponderação dos interesses em disputa abstratamente por meio de proposições normativas[301]. E é isso que explica, no modelo contemporâneo dos países de filiação romano-germânica, uma certa função moduladora exercida pelos julgadores, sobretudo mediante o recurso a cláusulas gerais, a ponto de limitar ou afastar o exercício de direitos aprioristicamente aplicáveis à luz das normas legais – com destaque maior para a chamada teoria do *abuso do direito*.

As contribuições dessa busca pela tutela adequada parecem pertinentes no contexto em que se identifica a postura cada vez mais pragmática – e inspirada no modelo norte-americano – de produção dos instrumentos contratuais que guiam as operações econômicas contemporâneas mais complexas. E as constatações sobre a dificuldade de se reduzir o fenômeno dos remédios a categoria bem delimitada, ou mesmo de conceituação precisa, também contribuem para algumas tomadas de decisão deste trabalho.

Uma delas, adiantada no item 3.1 acima, é o reconhecimento de que, tal como a categoria dos remédios, o fenômeno estudado nesta tese – a ruptura contratual – não se pode qualificar de modo dogmaticamente preciso. Outro aspecto em que os debates acima contribuem para este trabalho é a percepção de que, a rigor, os instrumentos utilizados no design da ruptura contratual nem sempre têm natureza remedial. Afinal, se os remédios representam curas para patologias ("*cure for wrongs*", na expressão consagrada por FREDERICK LAWSON[302]), o que explica institutos como a resolução por inadimplemento, não se pode atribuir esse epíteto a ferramentas que talvez não contem necessariamente com essa característica – como a extinção contratual imotivada autorizada, tradicionalmente denominada *denúncia imotivada*.

Brasil se encontra no relato de LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law dos norte-americanos. In: _____. *Problemas de Direito Público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. v. 2, p. 7-11.

[301] SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi". *Europa e Diritto Privato*, Milão, fasc. 1, 2014, p. 176.

[302] LAWSON, Frederick Henry. *Remedies of English law*. 2. ed. Londres: Butterworths, 1980, p. 15.

Assim, de modo a superar debates terminológicos de utilidade duvidosa, e mantendo as lentes com que a práxis enxerga a realidade contratual, opta-se por designar os instrumentos elaborados para guiar o processo de ruptura contratual como *mecanismos de ruptura*, em vez de designá-los todos indistintamente como remédios; ainda, aproveitando a categorização proposta por VINCENZO ROPPO, esclarece-se que os principais mecanismos selecionados para estudo são *convencionais* (isto é, acionados conforme declarações negociais dos agentes econômicos), de *interesse das partes* (tanto que derivam de disposições contratuais, e não de previsões legais) e direcionados contra *questões supervenientes verificadas na relação contratual*.

E, entre os mecanismos selecionados para estudo, destacam-se aqueles que, segundo opinião de boa parte dos estudiosos, se classificam como instrumentos de *autotutela*.

3.4. O papel da autotutela no cenário de ruptura contratual

Entende-se autotutela, de modo geral, o resultado do "exercício de direitos potestativos específicos, cujas bases se encontram na própria lei ou também em uma previsão contratual", a partir dos quais "é consentido ao interessado realizar *ex se* e imediatamente sob o plano extrajudicial um determinado efeito na esfera jurídica do autor do fato lesivo"[303].

Não seria exagero dizer que a tradição jurídica romano-germânica nutre antipatia histórica pelos instrumentos de autotutela[304]. É comum o diagnóstico de que, como regra, não se pode fazer justiça pelas próprias mãos, tendo o Estado a exclusividade para atuar como pacificador das disputas entre os privados. Muito embora esses ordenamentos em sua maioria não contem com regras expressas proibindo a estipulação de mecanismos

---

[303] GERI, Lina Bigliazzi. Autotutela: ii) Diritto Civile. In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto dell'enciclopedia italiana. [s. d.,], p. 2, tradução livre. No original: "[...] *l'attività di autotutela* [...] *è parsa costituire il risultato dell esercizio di singoli diritti potestativi, trovanti la propria base nella sola legge o anche in una previsione pattizia (è il caso della clausola risolutiva* ex *art. 1456 c.c.), grazie al quale è consentito all'interessato di realizzare* ex se *ed immediatamente sul piano stragiudiziale un determinato effetto nella sfera giuridica dell'autore del fatto lesivo*".

[304] Conforme indica a pesquisa de FRANCESCO PAOLO TORRASI, essa repulsa remonta a passagem de PAULO compilada no Digesto, Livro 50, Título 17, Fragmento 176: "*Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri; ne occasio sit maioris tumultus faciendi*". Detalhes sobre essas origens se encontram em TORRASI, Francesco Paolo. *L'autotutela nel diritto privato*: *una funzione*, *una categoria*, *un meccanismo*. 2008. Tese (Dottorato di Ricerca in Diritto Privato Generale) – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo, Palermo, 2008, p. 4-5.

contratuais de autotutela, tem-se a vedação como espécie de princípio geral de direito, excetuado por situações específicas, expressamente admitidas, como a legítima defesa da posse ou o desforço possessório[305].

No caso brasileiro, em particular, a vedação à autotutela se identifica com o disposto no art. 345 do Código Penal, que impede o *exercício arbitrário das próprias razões*, mediante tipo penal que criminaliza a conduta de "[f]azer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite".

Em tempos recentes, todavia, tem-se percebido ligeira mudança de perspectiva a respeito do tema – tanto pelo aumento do número de medidas legislativas que legitimam situações de autotutela, quanto pelo crescimento de opiniões contemporâneas questionando a existência (ou pertinência) do suposto princípio de vedação à autotutela, advogando que se amplie a aceitação de mecanismos com esse feitio.

Veja-se, por exemplo, a execução extrajudicial dos imóveis garantidos por alienação fiduciária no âmbito do Sistema Financeiro Imobiliário. Em vez de submeter o titular da garantia a processo de excussão judicial ineficiente, o art. 27 da Lei nº 9.514/1997 permite a venda extrajudicial do bem dado em garantia, no claro intento de dotá-la de maior efetividade e, como resultado, estimular o acesso ao crédito.

Vale mencionar também o regime jurídico da proteção dos acordos de acionistas, conferido pela Lei nº 10.303/2001, que acrescentou os §§ 7º a 11 ao art. 118 da Lei nº 6.404/1976 com propósitos bastante ousados: conferir aos acionistas, numa espécie de mandato legal[306], o direito de votar com as ações de titularidade do acionista signatário do acordo, mas ausente ou omisso em determinada deliberação, além de prever que o

---

[305] Na síntese de ADA PELLEGRINI GRINOVER, "apesar da enérgica repulsa à autotutela como meio ordinário de satisfação de pretensões, para certos casos especialíssimos a própria lei abre exceções à proibição. Exemplos antigos de autotutela no ordenamento brasileiro são o direito de retenção (arts. 578, 644, 1.219, 1.433, inc. II, 1.434 do CC), o desforço imediato (CC, art. 1.210, par. 1º), o direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassem a extrema do prédio (CC, art. 1.283), a auto-executoriedade das decisões administrativas, e, sob certo aspecto, o poder de efetuar prisões em flagrante (CPP, art. 301) e os atos que, embora tipificados como crime, sejam realizados em legítima defesa ou estado de necessidade (CP, arts. 24-25; CC, arts. 2188, 929 e 930)" (A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [s. l.], n. 10, dez. 2007, p. 15).

[306] Qualificação dada, entre outros, por ARAGÃO, Paulo Cezar. A disciplina do acordo de acionistas na reforma da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 10.303, de 2001). In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 375.

presidente do conclave não deve computar o voto proferido em infração ao acordo. Trata-se de conjunção arrojada de fenômenos, tendo alguns estudiosos expressamente apontado o mecanismo como hipótese de autotutela[307].

No plano doutrinário, demonstração eloquente dessa mudança de postura se observa nas opiniões recentes em favor do reconhecimento da legitimidade do *pacto marciano* como instrumento de garantia. Trata-se de convenção pela qual, em caso de descumprimento, a propriedade sobre o bem dado em garantia "se transfere para o credor, ficando este, porém, obrigado a restituir ao devedor a soma correspondente à diferença entre o valor do bem e o montante do débito"[308]. O pacto marciano consiste, pois, em alternativa capaz de substituir o inconveniente da excussão judicial de penhores ou hipotecas, sem que com isso se esbarre na vedação ao pacto comissório expressa no art. 1.428 do Código Civil[309].

Não é de hoje que a distinção teórica entre o pacto comissório e o pacto marciano é conhecida entre os estudiosos brasileiros. Todavia, durante décadas a doutrina nacional deu pouca atenção à diferença entre os mecanismos[310], ao passo que os tribunais brasileiros mantiveram postura rígida contra ajustes relacionados à atribuição de propriedade da coisa garantida ao credor – com o que a prática contratual se mostrou tímida na tentativa de adoção do instrumento[311]. Mas estudos recentes têm recuperado e investido na diferença entre as figuras, advogando a existência de espaço legítimo para, sem incorrer na nulidade do pacto comissório, reconhecer o ajuste mediante o qual o titular da garantia "fica autorizado a se apropriar do bem que lhe serve de objeto se essa transferência se der por

[307] A propósito, cf. EIZIRIK, Nelson; CARVALHOSA, Modesto. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 220; e VIEIRA, Antonio Paulo Kubli. *A autotutela nos acordos de acionistas*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, *passim*. A natureza de autotutela do instrumento criado pela Lei nº 10.303/2001 não é pacífica, todavia; nega-a, por exemplo, BERTOLDI, Marcelo M. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 95.

[308] GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida*: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra: Almedina, 2000, p. 92.

[309] "Art. 1.428. É nula a cláusula que autoriza o credor pignoratício, anticrético ou hipotecário a ficar com o objeto da garantia, se a dívida não for paga no vencimento".

[310] Entre os poucos autores que se manifestaram sobre sua licitude antes da retomada de estudos a respeito, cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 157.

[311] Uma análise da postura jurisprudencial a respeito do tema pode ser encontrada em MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 184-203.

valor estimado por terceiro isento, escolhido por consenso entre credor e devedor, antes ou após o vencimento da dívida"[312].

Essas manifestações específicas se inserem num contexto maior, no qual se nota o esforço de se revisitar – ou, por que não dizer, *questionar* – a pertinência da antipatia à autotutela e, por consequência, a existência de uma vedação genérica a seu respeito. Pode-se sintetizar que diversos estudos têm identificado na centralidade da autonomia privada para os sistemas de matriz romano-germânica o espaço legítimo, reconhecido pelo Direito, para que as partes atribuam entre si direitos cujo exercício independe do acionamento do aparato estatal. Esse esforço se destaca na recuperação e no reforço do estudo daqueles instrumentos legislativos que autorizam o exercício da autotutela, aspecto que se costuma atribuir à exceção de inadimplemento e à resolução por cláusula resolutiva expressa, por exemplo. Mas há quem sustente que esses instrumentos não representam hipóteses isoladas em que o Direito autoriza, excepcionalmente, o exercício da autotutela, numa visão menos cética à autotutela, admitindo-a inclusive para justificar ferramentas atípicas[313]. Pretende-se, com isso, identificar a existência de espaço legítimo para que os agentes econômicos possam criar, nos instrumentos contratuais, mecanismos de autotutela atípicos, independentes de autorização judicial prévia.

O debate é interessantíssimo, e certamente requer aprofundamento incompatível com os limites deste trabalho. O que merece registro, uma vez mais, é a percepção do senso prático dos redatores contratuais. Afinal, se historicamente grassa entre os tribunais certa antipatia à autotutela, e se mesmo o exame da doutrina especializada não permite oferecer conforto sobre a legitimidade de instrumentos atípicos com essa feição, é natural que a práxis procure trabalhar sobre *modelos reconhecidos pelos tribunais e baseados em disposições de lei*, efetuando ajustes pontuais, de modo a caminhar sempre sobre trilhos que lhe permita a defesa da legitimidade do mecanismo.

Cumpre ainda ressaltar que, a rigor, não parece livre de críticas a identificação de todos os mecanismos de ruptura como efetivos instrumentos de autotutela. Isso porque,

---

[312] HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no Direito brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 109. No memo sentido, cf. MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017, p. 203-210.

[313] SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 70-101.

para conjunto respeitável de estudiosos, como se viu acima, o conceito de autotutela parece pressupor uma lesão a interesse jurídico protegido. Mas nem todos os mecanismos de ruptura atuam em situações tais: acredita-se, por exemplo, que a previsão de cláusula que autorize o desligamento contratual imotivado procura proteger interesse legítimo independente de qualquer lesão – podendo servir apenas para albergar conveniências de quem a invoca, qualquer que seja o motivo para tanto.

De todo modo, os avanços proporcionados pelos estudos relativos à autotutela nas últimas décadas servem de inspiração para tentativa de divisão entre os mecanismos de ruptura à luz da função que exercem no programa contratual.

Destacam-se três propostas de classificação dos instrumentos de autotutela. EMILIO BETTI[314], concentrado em seus aspectos estruturais, divide-os em instrumentos *unilaterais* ou *consensuais*. Os unilaterais podem ser, então, *ativos* (quando pressupõem conduta positiva do titular, caso do desforço possessório ou do corte de raízes ou ramos das árvores limítrofes) ou *passivos* (que se manifesta mediante comportamento de resistência visando à manutenção do *status quo*, caso da exceção de inadimplemento, do direito de retenção e da compensação).

Em seguida, e em estudo influente sobre a autotutela, LINA BIGLIAZZI GERI procura sistematizar os diferentes instrumentos reconhecidos por lei para tanto e os classifica conforme critério funcional: seriam, então, instrumentos com função *conservativo-cautelar* (casos da exceção de inadimplemento e do direito de retenção); com função *repristinatória* (como a cláusula resolutiva expressa e a resilição unilateral); com função *satisfativa* (como o exemplo das vendas autorizadas ao credor pignoratício) e com função *mista* (caso da legítima defesa)[315].

Por sua vez, MASSIMO BIANCA também propõe divisão funcional, separando-os como mecanismos *inibitórios* (como a legítima defesa); *executórios* (a venda no penhor); *ressarcitórios* (desforço possessório); *suspensivos* ou *cautelares* (exceção de

[314] BETTI, Emilio. Autotutela (Diritto Privato). In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1959. v. 4, p. 529-537.
[315] A síntese da proposta de sistematização efetuada por LINA BIGLIAZZI GERI é apresentada por SALLES, SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 101.

inadimplemento e direito de retenção); *resolutórios* (cláusula resolutiva expressa, exclusão de sócio, resilição unilateral) e *punitivos* (como a previsão de sanções disciplinares)[316].

As últimas duas propostas são especialmente úteis para o estudo dos mecanismos de ruptura por dois motivos. Primeiro, por serem compatíveis com a crescente percepção da metodologia jurídica de se buscar a compreensão dos perfis funcionais dos institutos em detrimento da sua análise meramente estrutural. Segundo, e em especial, por serem coerentes com os resultados práticos que os redatores contratuais procuram antever nos instrumentos e que os agentes econômicos (e a advocacia contenciosa) buscam atingir com o seu acionamento: *cautela*, *extinção*, *satisfação*.

Portanto, inspirado na utilidade das classificações funcionais propostas por LINA BIGLIAZZI GERI e MASSIMO BIANCA, este trabalho distingue os mecanismos de ruptura contratual com base na finalidade prática que se pretende obter durante o progressivo esgarçamento das relações contratuais: *conservar a posição contratual da parte legitimada a acioná-los*, no que se destaca a recusa ao cumprimento de obrigações e a retenção ou compensação de créditos, notadamente para aplicação de multas por falha de desempenho; (b) *permitir que a parte protegida se desligue do contrato*, com realce para as figuras da extinção unilateral imotivada e pelo desligamento contratual por fatos imputáveis ou não à contraparte; e (c) *permitir que a parte protegida substitua a contraparte*, por si ou por terceiros contratados à custo desta, destacando-se a esse respeito as hipóteses de contratação substitutiva e o mandato irrevogável.

E, dentre esses mecanismos, os de maior destaque são aqueles que procuram proteger os agentes econômicos contra prejuízos efetivos ou potenciais derivados da inexecução pela contraparte – o que exige que se tracem breves linhas sobre em que consiste o *inadimplemento contratual* no Direito brasileiro contemporâneo.

3.5. O inadimplemento como principal motivador da ruptura contratual

O conceito de inadimplemento contratual no Direito brasileiro passou por evoluções significativas nas últimas décadas. Adormecido em nossa doutrina após a obra

[316] BIANCA, Massimo. Autotutela, In: *Enciclopedia del diritto*: aggiornamento. Milão: Giuffrè, 2000, v. 4, p. 134.

célebre de AGOSTINHO ALVIM[317], o tema se tornou objeto de importantes releituras, sobretudo por iniciativa de seguidas gerações de juristas gaúchos, promotores da divulgação no Brasil de avanços promovidos por autores e pela jurisprudência alemães à luz de evoluções sobre o princípio da boa-fé[318].

Essa releitura faz parte do contexto sobre a percepção de um conjunto de transformações gerais no Direito das Obrigações – a começar pelo próprio conceito de *obrigação*. Tradicionalmente visto pela sua feição romanística de um vínculo estático, pelo qual o devedor se submete a uma prestação em favor do credor, titular do direito subjetivo de exigi-la, o conceito passou a ser repensado ao longo do século XX nos sistemas que tradicionalmente influenciam o pensamento jurídico brasileiro, agregando-lhe as características da *totalidade* (ou *complexidade*) e da *processualidade*.

Percebeu-se, de início, que a obrigação se traduz de modo mais adequado como uma relação jurídica *complexa*, composta por diversas situações jurídicas – como deveres de prestação, deveres de conduta, interesses e ônus[319]. Todas essas situações jurídicas podem se interligar ou não – e podem ainda sofrer influxos derivados de contratos estruturalmente diversos, mas funcionalmente interligados.

---

[317] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, *passim*.

[318] Entre os civilistas brasileiros, o estudo crítico da obrigação como um fenômeno contínuo e complexo se deve substancialmente à repercussão da obra de CLÓVIS DO COUTO E SILVA (*A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006); a partir de sua primeira edição (1976), destacaram-se textos produzidos sobre o assunto por VÉRA MARIA JACOB DE FRADERA (A quebra positiva do contrato. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 15, n. 44, nov. 1988, p. 144-152); UBIRAJARA MACH DE OLIVEIRA (Quebra positiva do contrato. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, n. 72, mar. 1998, p. 102-126); JUDITH MARTINS-COSTA (*A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1999, especialmente p. 383-409) e JORGE CESA FERREIRA DA SILVA (*A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, *passim*, com destaque para as p. 55-75).

[319] MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA sintetiza: "[A relação obrigacional], como qualquer outra relação jurídica, tanto pode ser *una* ou *simples* como *múltipla* ou *complexa*. No primeiro sentido, significa um só crédito e a respectiva dívida, ao passo que, na segunda acepção, representa um conjunto de vínculos emergentes do mesmo facto jurídico. Exemplifique-se com a compra e venda: a relação que se estabelece entre o vendedor e o comprador, a respeito do direito de exigir e do dever de entregar o preço, diz-se una ou simples; porém, será complexa ou múltipla a relação de compra e venda, enquanto abrange um conjunto de vínculos derivados desse contrato. Corresponde à orientação clássica, de fundo romanístico, a perspectiva da obrigação que se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação. Todavia, a doutrina moderna, sobretudo por mérito de autores alemães, evidenciou a estreiteza de tal ponto de vista e a necessidade de superá-lo. Desse modo, numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, apontam-se, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto *deveres principais de prestação*, como *deveres secundários* –, os *deveres laterais* («Nebenpflichten»), além de *direitos potestativos*, *sujeições*, *ónus jurídicos*, *expectativas jurídicas* etc. Todos os referidos elementos se coligam em atenção a uma identidade de fim e constituem o conteúdo de uma relação de caráter unitário e funcional: *a relação obrigacional complexa*, ainda designada *relação obrigacional em sentido amplo* ou, nos contratos, *relação contratual*" (*Direito das obrigações*, 10. ed., Coimbra: Almedina, 2006, p. 73-74, grifos do original).

Além disso, notou-se que as obrigações nascem de um conjunto de atos cadenciados que levam à sua formação, prosseguindo pela sua execução até a sua extinção – o que se pretende, pelas vias naturais, que ocorra mediante o adimplemento[320]. Daí a consagração da leitura de que a obrigação representa um *processo*. E o reconhecimento da relevância de como as obrigações se prolongam no tempo nos contratos duradouros também desafia a noção estática de obrigação e exige sua releitura como um fenômeno progressivo.

Portanto, a definição romanística de obrigação cede lugar para uma noção mais ampla: uma relação *complexa* de coordenação, em que deveres de prestação, deveres de conduta, direitos, faculdades e interesses legítimos se unem, embora aparentemente contrapostos, num processo que visa ao atendimento de uma finalidade: satisfazer os interesses concretos buscados pelas partes – que, por sua vez, geralmente se concretizam pelo adimplemento das obrigações contratadas[321].

Consequentemente, a inclusão de um conjunto de deveres no conteúdo semântico de obrigação demanda repensar o conceito de adimplemento, que deixa de significar o simples cumprimento satisfatório da *prestação devida*, para abranger também o cumprimento de todos "*os deveres derivados da boa-fé, que se fizeram instrumentalmente necessários para o entendimento do escopo da relação*, em atenção ou em acordo ao seu fim econômico-social e às suas circunstâncias"[322]. Ou seja, adimplir uma obrigação de dar não representa somente entregar o objeto contratado, assim como não se satisfaz uma obrigação de fazer tão só por se praticar a conduta abstratamente devida. Adimplir significa entregar a coisa *no tempo, modo e forma devidos*, prestar o serviço *de acordo com os seus propósitos*, de maneira a atingir os interesses do credor, conforme o conteúdo do negócio firmado.

---

[320] Repete-se aqui a célebre síntese de CLÓVIS DO COUTO E SILVA: "o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim" (*A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 17).

[321] Nas palavras de KARL LARENZ, "[a] satisfação do credor se produz normalmente mediante o cumprimento do dever de prestação; mas pode produzir-se de outra forma, por exemplo, mediante compensação (de modo que o credor compensado extingue uma dívida própria) ou mediante prestação subsidiária consentida pelo credor. A relação de obrigação como um todo se extingue quando o seu fim haja sido alcançado totalmente, quer dizer, quando o credor (ou todo o que participa como credor) tenha sido totalmente satisfeito em seu interesse à prestação" (*Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1 p. 39).

[322] MARTINS-COSTA, Judith. Adimplemento e inadimplemento. *Anais do seminário EMERJ debate o novo Código Civil*, Rio de Janeiro, 2002, p. 98-99.

Por consequência, ampliado o escopo do adimplemento, o *inadimplemento* passa a compreender "o não-cumprimento ou inobservância por uma das partes de *qualquer dever* emanado do vínculo obrigacional"[323], sejam deveres de prestar ou de conduta.

Diante dessas releituras teóricas sobre os conceitos de obrigação, adimplemento e inadimplemento, vale analisar o modelo peculiar com o qual a lei brasileira estrutura o fenômeno do incumprimento e seus efeitos.

O Código Civil de 1916 cuidava do inadimplemento de forma bastante singela: previa um capítulo com três artigos, denominado "Das Consequências da Inexecução das Obrigações", integrante do Título "Dos Efeitos das Obrigações". O primeiro dispositivo, art. 1.056, estabelecia a regra geral da responsabilidade civil contratual, ao dizer que "[n]ão cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos". O segundo, art. 1.057, estabelecia os requisitos da responsabilidade contratual conforme fosse o contrato unilateral ou bilateral[324], ao passo que o art. 1.058 definia a exclusão de responsabilidade por caso fortuito ou força maior[325].

Logo se vê que o capítulo estabelecia efeitos de um fenômeno que não conceituava: o elemento fático necessário para se firmar a responsabilidade por perdas e danos, o "não cumprimento" da obrigação ou o "cumprimento fora do modo e tempo devidos". Embora tivesse a pretensão de avaliar as "consequências da inexecução", como sua nomenclatura indicava, apenas *uma* consequência era ali tratada: a responsabilidade civil contratual.

Todavia, como se sabe, o inadimplemento, na qualidade de *fato jurídico*, pode dar origem a diversos efeitos, concorrentes entre si ou não – como, por exemplo, o surgimento da pretensão de reparação civil por danos, o direito de resolver o contrato, a pretensão à cobrança de juros de mora, a pretensão à devolução de arras, a exigibilidade de cláusula penal, a pretensão ao cumprimento forçado da obrigação, o acionamento de garantias ou a oposição da *exceptio non adimpleti contractus*. Assim, para compreender a real amplitude

[323] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 31.
[324] "Art. 1.057. Nos contratos unilaterais, responde por simples culpa o contraente, a quem o contrato aproveite, e só por dolo, aquele a quem não favoreça. Nos contratos bilaterais, responde cada uma das partes por culpa".
[325] "Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos arts. 955, 956 e 957. Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir".

do inadimplemento das obrigações no Código Civil de 1916, era necessário analisar conjuntamente os arts. 1.056 a 1.058 com os arts. 955 a 963, que cuidavam especificamente da mora; além do art. 1.092, que previa a *exceptio non adimpleti contractus* e a resolução legal; dos arts. 1.101 a 1.106, que disciplinavam os vícios redibitórios; e de tantas outras regras dirigidas aos contratos em geral e às garantias.

Percebe-se que o Código Civil de 2002 alterou ligeiramente essa estrutura, ao tratar o tema em dois títulos no Livro das Obrigações, numa sequência lógica mais plausível. No Título III ("Do Adimplemento e Extinção das Obrigações"), regula as formas de extinção das obrigações que satisfazem os interesses do credor, como o pagamento, a confusão e a compensação. No título seguinte ("Inadimplemento das Obrigações"), o Código dispõe de forma geral sobre o inadimplemento, mora, perdas e danos, juros legais, cláusula penal e arras. Essa mudança estrutural, no entanto, não veio acompanhada de uma mudança mais significativa dos artigos regentes da matéria, e não trouxe, em princípio, maiores efeitos práticos.

Abrindo o título do "Inadimplemento das Obrigações", o art. 389 do Código Civil dispõe que "[n]ão cumprida a obrigação, *responde o devedor por perdas e danos*, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado". Logo após há regras sobre o descumprimento de obrigações negativas[326], sobre os requisitos da responsabilidade contratual[327] e sobre a exclusão de responsabilidade por caso fortuito[328] – tal como fazia o Código revogado. Percebe-se novamente que tais disposições cuidam substancialmente do *dever de indenizar*, muito embora essa não seja a única consequência jurídica do descumprimento obrigacional, como se adiantou.

Esse mesmo destaque para o dever de indenizar pode ser observado no regime jurídico da mora conforme o Código Civil de 2002. Seu art. 394 apenas define o que a

[326] "Art. 390. Nas obrigações negativas o devedor é havido por inadimplente desde o dia em que executou o ato de que se devia abster".
[327] "Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor. Art. 392. Nos contratos benéficos, responde por simples culpa o contratante, a quem o contrato aproveite, e por dolo aquele a quem não favoreça. Nos contratos onerosos, responde cada uma das partes por culpa, salvo as exceções previstas em lei".
[328] "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

mora representa[329], enquanto as regras seguintes basicamente estabelecem efeitos de responsabilidade civil sobre a matéria. A exceção ao tema é o parágrafo único do art. 395, segundo o qual "[s]e a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, esse poderá enjeitá-la, e exigir satisfação das perdas e danos".

Não é de se surpreender, portanto, que a classificação do inadimplemento das obrigações entre os autores brasileiros tenha sido naturalmente realizada com os olhos postos em problemas de responsabilidade civil. Mesmo a obra mais consultada entre nós – o clássico *Da inexecução das obrigações e suas consequências*, de AGOSTINHO ALVIM – se concentra exclusivamente sobre a responsabilidade contratual quanto aos efeitos do inadimplemento[330]. É raro se encontrar uma análise conjunta entre o inadimplemento e as demais consequências que dele surgem, além do dever de indenizar.

No entanto, o inadimplemento é um fenômeno macro que assume diversas feições – e para cada uma delas existe uma ferramenta que serve melhor para atender os interesses do credor prejudicado. Essa ausência da análise sistemática do fenômeno por vezes leva a algumas inconveniências dignas de registro, pois pode poluir o conceito de inadimplemento com questões relevantes sob a ótica da responsabilidade civil, agregando-lhe elementos que são dispensáveis para o acionamento de outros efeitos.

À guisa de exemplo, cita-se a interminável querela sobre a *culpa* integrar ou não o conceito de inadimplemento, característica relevante para determinar o dever de indenizar, mas dispensável para a produção de outros efeitos do inadimplemento – notadamente o manejo de mecanismos convencionais de ruptura, como os examinados nesta tese, em particular aqueles inspirados na *exceptio non adimpleti contractus* ou na extinção contratual por inadimplemento.

Explica-se melhor – o que pressupõe analisar as diferentes maneiras pelas quais se pode enxergar o fenômeno da inexecução.

---

[329] "Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer".

[330] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 169-374. FRANCISCO MARINO faz o mesmo diagnóstico acerca do escopo limitado do trabalho de AGOSTINHO ALVIM diante do título da sua obra clássica: "A obra de Agostinho Alvim, de merecida notoriedade, não obstante enunciar o estudo das 'consequências da inexecução das obrigações', trata apenas de um dos efeitos da inexecução, a saber, a obrigação de reparar o dano" (Responsabilidade contratual. Efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 411).

3.5.1. As diferentes modalidades de inadimplemento

Em síntese, o inadimplemento pode ser enxergado por quatro ângulos: conforme a *atuação do devedor*, caso em que o inadimplemento pode lhe ser imputável ou não imputável; pela *extensão do inadimplemento*, se total ou parcial; pelo *interesse violado*, se corresponder à não-realização dos *interesses na prestação* ou à não-concretização dos interesses *na proteção das partes*[331]; e a visão mais consagrada, que leva em consideração a *manutenção da utilidade para o credor*, distinguindo o *inadimplemento absoluto* do *inadimplemento relativo* (ou *mora*).

Desses quatro ângulos, três em especial são relevantes no contexto do estudo dos mecanismos de ruptura: a distinção com base na *imputabilidade*, no *interesse violado* e a conforme a *manutenção da utilidade para o credor*. Vale iniciar pela última.

De acordo com AGOSTINHO ALVIM, há *inadimplemento absoluto* "quando a obrigação não [é] cumprida, nem pod[e] sê-lo, como no caso de perecimento de objeto, por culpa do devedor"[332], ou quando, embora ainda possível, o cumprimento deixa de ser útil ao credor. Já o *adimplemento relativo* ou *mora* ocorre quando o devedor não cumpre a prestação no tempo, local e forma avençados, mas a prestação permanece útil ao credor. A mora somente desaparece quando o cumprimento da prestação perde sua utilidade, momento em que se converte em inadimplemento absoluto, nos termos do parágrafo único do art. 395[333], conjugado com o *caput* do art. 394[334].

Talvez por influência portuguesa[335], alguns autores brasileiros denominam como "interesse do credor" a *utilidade da prestação* de que trata o parágrafo único do art. 395.

---

[331] Tais classificações podem ser encontradas em COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1033-1035; e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 35.

[332] ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 7.

[333] "Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, *devido à mora, se tornar inútil ao credor*, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos".

[334] "Art. 394. Considera-se em mora o devedor que *não efetuar o pagamento* e o credor que não quiser recebê-lo *no tempo*, *lugar* e *forma* que a lei ou a convenção estabelecer".

[335] Confira-se o art. 808º do Código Civil português: "Artigo 808.º (*Perda do interesse do credor* ou recusa do cumprimento). 1. Se o credor, em consequência da mora, *perder o interesse* que tinha na prestação, ou esta não for realizada dentro do prazo que razoavelmente for fixado pelo credor, considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação. 2. A *perda do interesse* na prestação é apreciada objectivamente".

No entanto, essa nomenclatura pode dar margem a confusão – imagina-se, por exemplo, que seria mais *interessante* ao promitente vendedor resolver uma promessa de compra e venda e celebrar outra mais vantajosa do que aguardar o pagamento tardio do preço se o mercado imobiliário estiver aquecido. Esse *interesse*, contudo, não se confunde com o que a lei pretende proteger – a lei resguarda a *utilidade*, e não a *conveniência* da prestação.

Mas a ideia de utilidade por si só também é incompleta e dá margem a outras dúvidas. Lembre-se do exemplo clássico: o bolo de casamento permanece útil mesmo se entregue após o evento, porque continua comestível; embora comestível, ele não é capaz de atender à *finalidade* específica para a qual foi contratado, tornando-se inútil – não do ponto de vista abstrato, mas concreto, funcional e relacional.

Diante dessa confusão entre *interesse*, *utilidade* e *finalidade*, propõem-se diferentes ideias a respeito do critério distintivo entre mora e inadimplemento absoluto. Alguns autores defendem a noção de *interesse apreciado subjetivamente*, considerando os interesses concretos do credor[336]; outros, por sua vez, mencionam a ideia de *interesse apreciado objetivamente*, aferível conforme as circunstâncias concretas[337].

Essas duas perspectivas não se excluem, mas se complementam: é o interesse *daquele credor concreto*, a utilidade da prestação *para ele*, que se deve levar em conta; mas essa apreciação deve ser objetiva, considerando-se o contrato e suas circunstâncias concretas, especialmente a natureza do objeto contratado e a finalidade a que se destina. Isso significa que se deve excluir a análise meramente subjetiva da conveniência do credor; contudo, é possível ainda incluir fatores tidos como subjetivos nessa análise, desde que integrantes da declaração negocial, como os motivos determinantes que levaram à contratação[338]. Na boa síntese de CRISTIANO ZANETTI, o inadimplemento absoluto consiste

[336] É o caso de TEPEDINO, Gustavo *et al*. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1, p. 713; e SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 469.

[337] Basta ver a eloquência do art. 808, 2ª parte, do Código Civil de Portugal: "A perda do interesse na prestação é apreciada objectivamente".

[338] Nesse sentido, cf. MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 250-263, especialmente p. 255 e ss., em que a autora se dedica a propor uma série de critérios para aferir essa utilidade.

"no descumprimento irremediável, entendido como aquele que põe fim à possibilidade de satisfazer o interesse do credor *materializado no contrato*"[339].

Além do inadimplemento absoluto e da mora, o Código Civil estabelece um regime geral para os chamados *vícios redibitórios*, distinguindo-se de outras legislações de matriz romano-germânica. OTTO DE SOUSA LIMA define os vícios redibitórios como "os defeitos ocultos, desconhecidos do comprador, que tornam a coisa imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuem, de tal sorte, o valor, que o comprador, se os tivesse conhecido, não compraria a coisa, ou daria por ela um valor menor"[340].

O fundamento do regime dos vícios redibitórios é controvertido. Alguns autores o fundamentam no *erro*, enquanto outros o tratam como dever de garantia que *pressupõe* o adimplemento, de modo que "só há responsabilidade por vício onde há adimplemento contratual"[341]. Parece mais adequado enxergar os vícios redibitórios como forma de inexecução das obrigações – afinal, em última análise, se há vícios ocultos, a prestação não foi cumprida satisfatoriamente[342].

Assim, os vícios redibitórios constituem uma forma *específica* de descumprimento obrigacional. À primeira vista, eles são *garantias legais*, que carregam regras específicas sobre *ônus da prova* e *prazos decadenciais*, com o objetivo de facilitar a defesa do credor e assegurar a segurança jurídica. No entanto, sua essência não deixa de ser de incumprimento. Daí porque o credor lesado pode tomar dois caminhos: mover ação redibitória ou *quanti minoris* nos seus prazos específicos, ou, então, buscar o cumprimento integral do contrato ou sua extinção sem usar a garantia legal, com o que passa a ter o ônus

[339] ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 942, abr. 2014, versão eletrônica, p. 10. Complementa o autor: "O interesse útil do credor é um dado objetivo e pode ser aferido mediante a devida consideração do pactuado" (idem, p. 11).
[340] LIMA, Otto de Sousa. *Teoria dos vícios redibitórios*. 1965. Tese (Cátedra de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1965, p. 274.
[341] LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16, out./dez. 1995, p. 48.
[342] Nesse sentido, cf. MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 72; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 199; GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães. *Vícios do produto e do serviço por qualidade, quantidade e insegurança*: cumprimento imperfeito do contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 132; GARCIA, Rebeca dos Santos. *Vícios redibitórios no Direito Civil brasileiro*: função e estrutura. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013, p. 20.

de provar que o vício existia à época da alienação e ocorreu por causa imputável ao alienante[343].

Passando à distinção das modalidades de inadimplemento conforme o *interesse atingido* (se corresponder à falta de realização dos *interesses na prestação* ou à não concretização dos interesses *na proteção das partes*), alguns estudiosos têm pretendido incluir a *violação positiva do contrato* como categoria residual de inadimplemento das obrigações, ao lado da mora e do inadimplemento absoluto.

A categoria surgiu como solução prática no Direito alemão para fundamentar pretensões contratuais indenizatórias que não se enquadravam como inadimplemento absoluto ou mora, porque não havia regra de responsabilidade civil ampla no BGB[344]. Assim, passou-se a identificar a *violação ao dever geral de boa-fé* como fonte da obrigação de indenizar, conforme o § 242 do BGB.

A partir daí a doutrina alemã desenvolveu mais profundamente as bases dogmáticas da violação positiva do contrato. O tema passou a repercutir no Brasil pela consulta aos civilistas portugueses que se inspiraram nas contribuições alemãs[345] e por influência da tradução da obra de LUDWIG ENNECCERUS para o espanhol, que logrou grande divulgação entre nós[346] – e levou inclusive ORLANDO GOMES a traçar alguns comentários sobre o assunto[347]. No entanto, o tema só foi estudado em detalhes mais recentemente, despertado a partir de texto publicado por VÉRA MARIA JACOB DE FRADERA[348] e, principalmente, pela obra de JORGE CESA FERREIRA DA SILVA[349].

---

[343] Em sentido semelhante, cf. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 74.
[344] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 214.
[345] Como VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2, p. 126-134 e COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 1058-1063.
[346] Trata-se do volume relativo ao seu *Derecho de obligaciones*, integrante do *Tratado de derecho civil* (ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1950. v. 2, t. 2: Derecho de obligaciones).
[347] GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 175.
[348] FRADERA, Vera Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 15, n. 44, nov. 1988, p. 144-152.
[349] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, passim.

Nota-se em geral crescente aceitação da violação positiva do contrato como modalidade de inadimplemento no Direito brasileiro[350], cuja utilidade estaria em abranger "o inadimplemento decorrente do descumprimento de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação"[351]. Dessa forma, seus efeitos contemplariam não só a pretensão à reparação de danos, mas sobretudo a aplicação de outras consequências decorrentes do descumprimento, "tais como a possibilidade de resolver o contrato ou de opor a exceção de contrato não cumprido, efeitos que não se viabilizariam se o caso fosse tratado, simplesmente, como descumprimento de dever geral"[352].

Apesar dessa crescente repercussão, devem-se fazer duas ponderações sobre o espaço atribuído à violação positiva do contrato na realidade jurídica brasileira.

Em primeiro plano, uma suposta divisão tripartite entre inadimplemento absoluto, mora e violação positiva do contrato parece misturar elementos que, a rigor, não compõem o mesmo conjunto. O que distingue a mora do inadimplemento absoluto é uma questão sobre os *efeitos da inexecução*; há mora quando a prestação *ainda tem utilidade concreta ao credor*, apesar de tardia, e há inadimplemento absoluto *quando a prestação perde sua utilidade*. Logo, o critério de distinção é a *permanência da utilidade*. Já a violação positiva do contrato se caracteriza pelo *objeto da inexecução* – o dever de conduta. Não parece livre de críticas classificá-los como três espécies de um mesmo gênero.

Além disso, a violação positiva do contrato também não parece ter *efeitos próprios* e distintos das demais categorias: aplicam-se a ela os mesmos efeitos da mora, do inadimplemento absoluto ou da responsabilidade civil contratual em geral, a depender da

---

[350] Na esteira de JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, a categoria foi acolhida, por exemplo, por MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 152-152; MARINANGELO, Rafael. *A violação positiva do contrato e o inadimplemento dos deveres laterais de boa-fé*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005, p. 163; e STEINER, Renata Carlos. *Descumprimento contratual*: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014, p. 210-214.

[351] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 266. Na p. 268, o autor acresce o elemento "culpa" ao conceito, no que não é acompanhado por boa parte dos estudiosos; por todos, vale o registro de que foi aprovado o seguinte Enunciado nº 24 na I Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: "Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no artigo 422 do Código Civil, a violação de deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa".

[352] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 273.

extensão do dever de conduta descumprido[353]. O regime da mora é cabível, por exemplo, quando o dever de conduta violado não causar a perda do interesse na prestação, permitindo sua purgação e, inclusive, a oposição da exceção de contrato não cumprido. Caso a utilidade da prestação se perca, aplicam-se as regras do inadimplemento absoluto, que permitem a extinção do contrato; e em ambos os cenários se admite a reparação dos danos.

Diante dessas ponderações, alguns autores questionam a efetiva necessidade da importação da violação positiva do contrato[354]. Afinal, ORLANDO GOMES, já arrematava há décadas que "as violações positivas do crédito [...] significam [simplesmente] [...] inexecução culposa"[355], com o senso prático e objetividade que sempre o caracterizaram.

Dessa forma, a revisão dos conceitos de *obrigação* e, consequentemente, de *adimplemento* parece alcançar os principais objetivos pretendidos pela proposição da violação positiva do contrato como categoria autônoma: reconhecer que o descumprimento de deveres de conduta também pode ensejar a aplicação dos remédios contratuais da resolução e da *exceptio non adimpleti contractus*, além da reparação de danos.

Com isso não se quer dizer que as considerações feitas ao redor do conceito de violação positiva do contrato sejam em vão. Ao contrário: servem de importante alerta para a necessidade de se reconfigurar o conceito de inadimplemento das obrigações no Direito brasileiro e evidenciam as significativas perturbações que o descumprimento dos deveres de conduta gera no programa contratual.

Por fim, cumpre pontuar a relevância da distinção das modalidades de inadimplemento conforme a *atuação do devedor* – se imputável ou não. O conceito de imputabilidade, para os fins do Direito Privado, não se confunde com o de culpa. A culpa, em sua configuração clássica, requer *exame de conduta do devedor*, no qual se avalia se

---

[353] A mesma noção é encontrada, em sua essência, no trabalho de ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA (*Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 225-227).

[354] GUSTAVO KRATZ GAZALLE é categórico: "Para que pudesse ser aceita a inserção de um conceito não previsto em lei em nosso sistema, teria de ser cabalmente demonstrada sua utilidade. Se o instrumental conceitual já nos oferece soluções satisfatórias para as hipóteses de aplicação do conceito de violação positiva do contrato, não parece ser adequado adotar-se um novo conceito, com todas as dificuldades teóricas e de aplicação que essa adoção demandaria" (*O conceito de mora na teoria contratual moderna*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006, p. 86).

[355] GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 173.

sua atuação foi negligente, imprudente ou desprovida da perícia que lhe seria exigível. Já a ideia de *imputabilidade* remete ao fenômeno de se *atribuir responsabilidade a alguém* – ainda que não por um ato de conduta próprio, mas alheio, ou pelo advento de um risco que integra sua atividade ou pelo qual aceita responder. Imputar, portanto, "não é atribuir culpa, é atribuir *responsabilidade*. Responsabilizar é imputar, não é necessariamente inculpar"[356].

A distinção entre inadimplemento imputável ou não é decisiva em matéria de efeitos. Isso porque alguns efeitos jurídicos exigem que o descumprimento seja imputável ao devedor – ao passo que outros vão além, requerendo o exame da culpa para tanto. Central a esse respeito é o disposto no art. 396 do Código Civil, segundo o qual "[n]ão havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora".

Significa dizer, portanto, que, como regra, a falta da entrega da prestação devida por fato que não pode ser imputado ao devedor não dispara contra este os efeitos típicos da mora, como o curso de juros, o dever de indenizar e a extensão da sua responsabilidade para abranger os riscos do caso fortuito ocorrido (a *perpetuatio obligationis*). No entanto, outros mecanismos relativos à dinâmica do descumprimento podem ser acionados mesmo diante de fato não imputável ao devedor – particularmente os remédios sinalagmáticos.

3.5.2. Por uma análise pormenorizada do inadimplemento relevante para cada mecanismo específico

Sintetizando o que se viu acima, pode-se dizer que, num encadeamento lógico, a obrigação, sendo complexa, não representa somente um liame que submete o devedor a prestar algo ao credor e o adimplemento, não apenas o cumprimento pontual do dever de prestar. O inadimplemento, a seu turno, também deve considerar essa complexidade: se deveres de prestação e de conduta compõem a obrigação, dada sua complexidade, quaisquer deles podem ser objeto de violação e afetar o programa contratual.

Por consequência, se circunstâncias próprias a cada caso ganham relevância na formatação do inadimplemento, com ênfase para o atendimento dos interesses em torno do

[356] MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 88.

negócio, a distinção entre as modalidades perde em abstração – e quiçá em *utilidade* – para guiar *a priori* o cabimento dos diferentes mecanismos aplicáveis.

Em termos mais precisos: parece equivocado o esforço dogmático de se buscar *no conceito de inadimplemento* a inserção de elementos capazes de servir como baliza para *todos* os seus efeitos. Pois os efeitos potenciais da inexecução são diversos, com diferentes objetivos e diferentes características.

Não se pode, portanto, lidar com o dever de indenizar à luz dos mesmos parâmetros exigidos para se suspender a exigibilidade de uma obrigação; afinal, atribuir efeitos da responsabilidade civil exige a imputabilidade da conduta, mas o mesmo não se dá para autorizar a postura defensiva do agente econômico que não recebe o que o contrato lhe garante. Igualmente, não se deve exigir o mesmo grau de relevância para um descumprimento ensejar a extinção contratual baseada em cláusula resolutiva expressa ou para permitir a retenção de bens da contraparte; a intensidade de cada medida é diferente, portanto o fato jurídico relevante para acioná-las também deve sê-lo.

Eis porque, para os fins desta tese, adota-se uma visão simples e pragmática – uma vez mais, inspirada no modo como a práxis enxerga os fenômenos e no raciocínio remedial: considera-se inadimplemento o *descumprimento (ou cumprimento insatisfatório) de qualquer dever emanado do vínculo contratual* – seja esse descumprimento imputável ou não-imputável, integral ou parcial, atingindo interesse relativo à prestação ou à proteção das partes, seja sua correção ainda útil ou não ao credor. Todas essas circunstâncias são relevantes somente num raciocínio *a posteriori*, a ser efetuado na análise de cada mecanismo específico que se queira estudar, e por isso devem ser expurgadas do próprio conceito de inadimplemento.

Em síntese, parte-se da premissa de que se está diante de um inadimplemento sempre que o devedor deixa de fazer aquilo que, segundo o contrato, era de se esperar que fizesse.

3.6. A ruptura baseada em motivos alheios ao inadimplemento

Os mecanismos estudados nesta tese não se resumem àqueles programados para atuar no cenário de uma inexecução contratual. Dito de outra forma: as hipóteses de

ruptura contratual podem ser projetadas para satisfazer interesses jurídicos diversos dos prejuízos derivados do descumprimento.

Esse diagnóstico é particularmente percebido para aquelas situações em que o agente econômico deseja ter a faculdade de se desvincular de uma operação para redirecionar seus investimentos; quando o agente pretende estar autorizado a se desligar em caso de mudança do controle societário da contraparte, por conta da confiança que nutre no corpo executivo da contraparte; ou quando se tem conhecimento de risco determinado, fora do controle das partes, cuja ocorrência pode prejudicar o aproveitamento da atividade programada, entre outros exemplos.

Pode-se dizer que essas circunstâncias não costumam ser objeto de maior análise teórica, mas a prática negocial se vê regularmente diante da previsão de hipóteses que permitem o acionamento dos mecanismos de ruptura que não se relacionam diretamente com problemas de desempenho. Por vezes, inclusive, esse resultado se alcança por conta da dificuldade de os agentes chegarem a um consenso sobre todas as situações que autorizariam a extinção do contrato em razão de problemas de performance, optando por deixar aberta uma porta mais ampla para saída, desde que determinados pressupostos se verifiquem ou que certas compensações sejam observadas.

Assim, como se adiantou no item 2.8 acima, esses mecanismos desvinculados do inadimplemento podem ter como propósito reger situações nas quais as partes reconhecem ser difícil verificar ou observar parâmetros de performance metrificáveis. Funcionam, portanto, como alternativas para defesas, desligamentos ou substituições que não estejam baseados numa má execução do contrato, mas numa insatisfação de parte a parte, num contínuo desalinhamento entre os parceiros, no implemento de um risco insuportável para ambas, ou até mesmo na possibilidade de os contratantes não mais desejarem permanecer vinculados àquela operação. O uso de exemplos ajuda a demonstrar o ponto.

Imagine-se o titular de uma marca que esteja diante da oportunidade de explorar uma parceria inovadora – uma academia de sucesso que inicia projeto de expansão dos seus negócios mediante o modelo de franquia, identificando um máster franqueado para tanto; um fabricante de roupas que deseja expandir seus negócios para o exterior, em território desconhecido e de difícil imersão, aproximando-se para tanto de um parceiro estrangeiro conhecedor da região a ser explorada mediante uma *joint venture*, por exemplo.

Sabedores de que investimentos em cenários como esses costumam levar as empresas a repensar sua conveniência em momento futuro, não raro os agentes econômicos criam salvaguardas contratuais para que se possa desfazer a parceria sem que lhes seja necessário litigar para demonstrar a ocorrência de um inadimplemento específico.

O mesmo se dá em parcerias nas quais, pelas partes envolvidas, riscos de imagem precisam ser controlados cuidadosamente e contornados em curto espaço de tempo. A esse propósito, tem sido cada vez mais comum nos setores do esporte e do entretenimento, por exemplo, a inclusão das chamadas *moral clauses* nos contratos, pelas quais empresas patrocinadoras ou estúdios se resguardam o direito de encerrar a relação de patrocínio ou de trabalho no caso de o profissional patrocinado ou contratado proferir declarações constrangedoras ou protagonizar situações geradoras de repercussão negativa de imagem[357]. Embora essa situação possa ocorrer num contexto de inadimplemento obrigacional, como no caso da prática de atos frontalmente contrários a padrões de conduta expressamente proibidos nos contratos, por vezes é difícil mensurar se o comportamento violou esses padrões, ou quão prejudicial ele pode ser no médio e longo prazo – sendo comum, portanto, que as empresas ainda assim queiram recorrer a cláusulas de extinção antecipada imotivada, como forma de se proteger perante o seu público alvo.

Outra situação comum em que a ruptura planejada dispensa discussões sobre inadimplemento é a regulação contratual dos impactos da imprevisibilidade: por vezes é sabido que determinados investimentos podem deixar de fazer sentido em caso de oscilações agudas na cotação de moeda estrangeira, no preço de certos insumos, na demanda por certos produtos, ou mesmo por mudanças na aptidão dos agentes econômicos de prosseguir na atividade por restrições regulatórias. Por isso, a experiência por vezes indica a negociação de cláusulas que admitem de antemão o desligamento contratual caso situações dessa natureza se concretizem.

Não se pode desprezar, por fim, aquelas situações em que os agentes econômicos deixam claro, desde o início, que desejam ter a liberdade de se desvincular do contrato a qualquer momento, ainda que o negócio seja fixado por obra ou prazo determinado. Isso

[357] O tema tem sido objeto de estudos monográficos recentes. Para uma análise portuguesa a respeito, cf. VARGAS, Maria de Lurdes. *Escândalos no desporto e perturbação do contrato de patrocínio*: a desconformidade contextual da prestação. Lisboa: AAFDL, 2018; no Brasil, cf. LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 12, abr./jun. 2017.

pode ocorrer por diversas circunstâncias – seja para proteger o interesse legítimo da parte de ter liberdade ampla para redirecionar seus investimentos, seja para evitar que ela incorra nos efeitos de uma extinção indevida diante de situações que fogem ao seu controle (como é o caso do licenciado de uma marca sujeito à suspensão imotivada da licença por quem o licenciou, ou o organizador de um evento de entretenimento que não tem controle sobre a decisão de cancelá-lo ou postergá-lo, por exemplo).

Em todos esses casos, a práxis desenvolve estratégias para proteger os interesses de parte a parte e planejar a ruptura desses contratos, sem que se tenha em mente a ocorrência de um efetivo inadimplemento contratual. Justamente por isso, são hipóteses que costumam exigir negociações longas e delicadas, pois permitem antever que os agentes econômicos estão ingressando numa relação com o desejo de poder se desvincular dentro de certas condições, o que nem sempre é recebido com naturalidade por negociadores menos habituados a essa liturgia[358].

É o que ocorre, por exemplo, em contratos nos quais se determina prazo longo de vigência, mas se criam janelas para o seu desfazimento imotivado. Ou contratos em que se preveem hipóteses de saída imotivada mediante o pagamento dos custos incorridos até então, ou de multas compensatórias pré-determinadas.

3.7. A engrenagem que leva ao acionamento dos mecanismos de ruptura

Os raciocínios que presidem o design contratual perpassam todo o planejamento dos instrumentos que corporificam determinada operação econômica, como se adiantou. E as peças que compõem a engrenagem dos mecanismos de ruptura, em particular, se

[358] Na boa síntese de TINA L. STARK, "[c]*lients do not always want to discuss or negotiate the endgame provisions that address unfriendly terminations. When negotiating the contract, they anticipate a successful working relationship. Either consciously or unconsciously, they prefer to avoid or postone thinking about what could go wrong. As a counselor, you must ensure that your client understands the consequences of the business transaction succeeding or failing. Some clients contend that these provisions are unnecessasry because the principal will work it our based on the strong personal relationship they have forged. That works until the other side's principal changes jobs*" (*Drafting contracts*: how and why lawyers do what they do. 2. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 196; em tradução livre, "os clientes nem sempre querem discutir ou negociar as cláusulas sobre os estágios finais que abordam encerramentos não amigáveis. Ao negociar um contrato, eles preveem uma relação de trabalho bem sucedida. Seja consciente ou inconscientemente, eles preferem evitar ou postergar pensar sobre o que poderia dar errado. Como um advogado, você deve se assegurar de que seu cliente entende as consequências de que a operação comercial seja bem sucedida ou falhe. Alguns clientes argumentam que essas cláusulas são desnecessárias porque o principal irá resolver as coisas com base no forte relacionamento pessoal que eles forjaram. Isso funciona até o principal do outro lado mudar de emprego").

espalham pelo texto contratual. Pois são mecanismos que não se bastam em cláusulas isoladas; dependem da concatenação de diferentes elementos para que produzam os resultados desejados.

Dada a relevância dessas ferramentas, é habitual que os agentes econômicos invistam significativamente durante a confecção dos documentos para construir diversos dispositivos que moldam as hipóteses e o modo de exercício desses mecanismos. Cuida-se de aspecto tão crucial que o seu tratamento extrapola a mera redação de aspectos acidentais e acaba por influenciar toda a estrutura da operação – notadamente nos contratos objeto deste estudo, que consolidam projetos de prazo determinado e complexidade considerável.

Nesses negócios, a perspectiva da longa duração e a consciência de que diversos riscos podem se abater sobre a operação justificam que se criem diferentes camadas de proteção para o seu planejamento e o acompanhamento da sua execução[359]. E essas camadas de proteção são aproveitadas pelos redatores para produzir efeitos jurídicos, com destaque para três aspectos: (a) *o condicionamento da exigibilidade de obrigações ou do surgimento de direitos* à conclusão de etapas contratualmente definidas (ou à prática de certas condutas pela contraparte); (b) a *criação de garantias indiretas* em favor das partes e (c) a previsão de um *fluxo constante de informações* para servir como medição de desempenho, cujo desatendimento pode servir como suporte fático para se acionarem os mecanismos de ruptura.

Considerando a natureza polissêmica do termo garantia[360], cumpre esclarecer o que aqui se entende por *garantia indireta*. Toma-se como *garantia em sentido estrito* somente

---

[359] Confira-se a respeito a síntese de ONEVAIR FERRARI, em trabalho sobre a definição de modelos de contratação no contexto do gerenciamento de projetos: "As informações de progresso do fornecimento constituem uma parte importante deste processo e devem ser *reportadas pelo fornecedor de acordo com padrões previamente acordados* no que se refere a conteúdo, formato, meio, periodicidade, destinatários, etc. Além dos relatórios, o acompanhamento do progresso e o monitoramento e controle do trabalho do fornecedor e seus produtos podem envolver também reuniões periódicas, inspeções, testes, ensaios, auditorias e aceitações. A medição dos serviços do fornecedor e a liberação de pagamentos devem obedecer a um critério claro e consensual, estabelecido no contrato. *Uma boa prática é vincular os eventos de pagamento a eventos físicos incontestáveis, desvinculando os pagamentos apenas de períodos*" (*Fatores de influência na definição de modalidades de contratação em projetos*. Tese (Doutorado em Engenharia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 51-52).

[360] Como aponta PABLO RENTERÍA, a palavra garantia é empregada "em contextos variados para expressar ideias diversas", desde as garantias reais típicas às garantias constitucionais, passando pelo direito de retenção, a exceção de inadimplemento, o direito à resolução, e também por instrumentos preventivos para reduzir o risco de inadimplemento, como a compensação de créditos (*Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016, p. 85-93).

as figuras que conferem ao credor melhores meios – em quantidade ou qualidade[361] – de *assegurar a satisfação* do seu crédito – a exemplo da fiança, que vincula terceiro ao cumprimento da prestação, ou, então, da hipoteca, em que o devedor disponibiliza um bem possível de ser expropriado e permite ao credor preferência em caso de concorrer com determinados credores. Por outro lado, toma-se como *garantia em sentido amplo* qualquer reforço da posição do credor; geralmente, esses reforços não têm uma função primária de garantia, mas podem funcionar e surtir o efeito econômico de estimular o cumprimento da prestação ou deixar o credor numa posição menos desprotegida – eis o porquê de designá-las como *garantias indiretas*[362].

De modo geral, as medidas analisadas no capítulo a seguir compartilham essa função *secundária* de garantia. É o caso, por exemplo, do direito de retenção, que incentiva a contraparte a cumprir sua prestação para reaver o bem retido, ou da *exceptio* de que o credor pode se valer para não cumprir a sua parte estipulada no contrato, se o devedor descumprir o que lhe cabe[363]. A compensação também serve para ilustrar essa ideia de garantia indireta: valendo-se desse instrumento, o credor pode assegurar a satisfação do seu crédito até o montante do seu débito, ainda que a contraparte não colabore para o cumprimento do contrato; além disso, também garante que esse procedimento se dê de maneira célere, porque não depende, em princípio, de nenhuma intermediação judicial[364].

Vale, pois, passar os olhos sobre como essas peças se encaixam no planejamento da ruptura contratual.

---

[361] Segundo LUIS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, a garantia reforça quantitativamente o credor quando vincula terceiros ao cumprimento da obrigação; de outro lado, reforça qualitativamente quando oferece ao credor o direito de satisfazer o crédito pelo valor de determinado bem, com preferência sobre credores comuns e sobre outros credores com garantias graduadas em nível inferior à sua (*Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 58-59).

[362] Essa classificação toma por base a definição de LUIS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS (*Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 565): "As garantias especiais em sentido restrito ficam limitadas aos casos de reforço quantitativo ou qualitativo da probabilidade de satisfação do crédito. Porém, num sentido amplo, [...] a garantia consiste num reforço da posição (que pode ser maior ou menor, nalguns casos mesmo, como se verá, muito diminuta) de um credor face aos credores comuns que pode ser obtida de diversas formas. É importante sublinhar que estas figuras não têm, em geral, uma função primária de garantia (como sucede sempre com as garantias em sentido restrito), sendo na maior parte das vezes [...] esta uma função secundária; isto é, embora não seja essa a sua função principal, podem ser utilizadas como meio de reforço da posição do credor).

[363] No caso da *exceptio*, há um duplo reforço na posição do credor: ele mantém um ativo em sua titularidade e, em certas situações, incentiva o devedor a cumprir a obrigação para que possa ter a sua contraprestação satisfeita.

[364] Sobre o tema, cf. ALVES, Hugo Ramos. Sobre a função de garantia da compensação. *O Direito*, Coimbra, ano 142, n. V, 2010, p. 1019-1056.

Uma das principais peças na engrenagem dos mecanismos de ruptura é a previsão de comportamentos de cunho operacional ou procedimental para permitir a tomada de posições em caso de preocupação ou insatisfação de uma parte perante a outra. Estruturalmente, trata-se de se delinearem hipóteses, as mais diversas, que possam servir de *suporte fático*, no vocabulário ponteano, para produzirem os efeitos de direitos potestativos construídos contratualmente em favor da parte a ser protegida, e que o jargão denomina *triggering events* – i.e., recorrendo à metáfora bélica, são os gatilhos que disparam as balas que um agente tem a lançar contra o outro.

É o que se dá, por exemplo, com a conhecida estratégia de se diferir o pagamento do preço de uma obra conforme o atingimento progressivo de etapas contratualmente definidas – e que o jargão designa *eventos de pagamento*.

Essa moldura é adotada com frequência nos contratos de construção de grande porte. Na empreitada, as partes podem escolher diferentes maneiras para lidar com a dinâmica do pagamento: o contratante pode adiantar todo o preço e aguardar a conclusão satisfatória da obra; pode pagar somente após a entrega final; pode pagar em parcelas vencíveis conforme periodicidade determinada; pode pagar conforme medições do avanço físico da obra; ou pode efetuar os pagamentos a depender do implemento de certas condições. A escolha de cada uma dessas alternativas modifica a dinâmica econômica e os riscos jurídicos do projeto, criando incentivos ou desincentivos diferentes[365] – e a estrutura mais adotada, de modo geral, é a previsão dos *marcos contratuais* (os *milestones*)[366].

Ou seja, tem sido habitual que o pagamento a ser efetuado pelo dono da obra se condicione à conclusão satisfatória pela empreiteira de etapas contratualmente pré-determinadas[367]. Essa alternativa procura conciliar interesses de diferentes ordens: ela

[365] Tomando os contratos de construção como exemplo, quanto maior a parcela do preço adiantada pelo dono da obra, maior o seu risco de não recuperar os valores adiantados caso o empreendimento não se conclua; por sua vez, quanto menor o adiantamento do preço, maior há de serem as dificuldades de financiamento para o empreiteiro, o que tende a se refletir do preço da obra, e maior também o risco de o projeto ter dificuldades para avançar por falta de recursos.

[366] Conforme relata RAPHAEL DONATO, dissertando sobre os contratos EPC Turnkey, normalmente se prevê como medida de gerenciamento de riscos que os pagamentos devem ocorrer "mediante a apresentação pelo epcista e a aprovação pelo dono da obra de relatório de cumprimento das metas intermediárias (marcos contratuais) ajustadas entre as partes quando da celebração do contrato" (*A influência dos riscos nos contratos de EPC Turnkey*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 79).

[367] JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI esclarece que o pagamento por *marcos contratuais* não se confunde com o pagamento *por medição*. Isso porque no pagamento por medição "o contratante é obrigado a pagar ao

diminui o custo financeiro da obra para a empreiteira, que se financia em parte com os recursos que recebe no seu desenrolar; diminui o "risco para o contratante de que problemas na construção não possam ser detectados ao longo da performance contratual"[368], pois força as partes a manter contínuo acompanhamento do progresso da obra; e também mitiga o risco e protege o investimento do agente financiador, que somente "libera as parcelas para o proprietário à medida que a obra vai sendo adimplida ou que seus marcos vão sendo executados e o proprietário, por sua vez, efetua os pagamentos correspondentes"[369].

O desenvolvimento dessa estratégia nos contratos de construção de grandes obras inspirou outras indústrias na contratação dos *serviços* mais sensíveis para grandes projetos – como é o caso do modo como indústria do entretenimento passou a estruturar suas operações a partir da era dos grandes eventos da última década (competições esportivas de escala global, festivais de música de grande porte, exposições e encontros que reúnem milhares de pessoas em espaços vastos e com equipamentos sofisticados etc.).

A grande particularidade de projetos dessa natureza, em comparação com os contratos de construção, é o fato de que eles levam muito mais tempo de planejamento do que sua própria realização. Grandes obras de infraestrutura (como a construção de usinas ou estações metroviárias) ou mesmo a fabricação e instalação de equipamentos complexos (como aqueles inerentes à geração de energia) podem levar anos para se concluírem, mas sua utilidade econômica costuma durar tempo significativamente maior. O atraso na sua conclusão é um risco previsível, e diversos mecanismos e garantias são concatenados para enfrentá-lo – mas se pode dizer que, no mais das vezes, atrasos e defeitos são riscos esperados. Nos grandes eventos, não; planejam-se durante anos para serem executados em dias, semanas, não mais do que meses; mas o risco de um serviço não ser prestado durante a ocorrência do evento beira a catástrofe.

---

empreiteiro, mensalmente ou ao final de cada período de apuração previsto no contrato, parcela do preço na exata proporção do avanço da obra. Na lógica do pagamento condicionado a marcos, se o epecista não cumpre 100% dos requisitos contratualmente estabelecidos para o atingimento do marco, não faz jus a qualquer pagamento (ainda que tenha cumprido 99% de tais requisitos)" (A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o contrato de aliança: evolução ou utopia?. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109).

[368] ENEI, José Virgílio Lopes. A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o contrato de aliança: evolução ou utopia?. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 109.

[369] CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 105.

Por isso, em projetos com essa feição, e com inspiração nas estratégias desenvolvidas na contratação de grandes obras, tornou-se comum a incorporação no instrumento contratual da demonstração da evolução do *planejamento* do fornecedor e da efetiva *implementação das atividades preparatórias* que deve empreender, a título de *obrigação exigível*: no jargão, os "*deliverables*" ou as *entregas parciais*.

Ilustrando, é o que ocorre na contratação de serviços de transporte terrestre pelos titulares do evento, aspecto crucial para o seu sucesso – levar atletas de um centro de treinamento para um estádio, conduzir músicos do palco para um hotel, transportar representantes da imprensa entre diferentes pontos de cobertura etc. Embora seja serviço de aparência simples, requer planejamento e execuções razoavelmente complexos. De modo a equilibrar o financiamento da operação ao fornecedor e permitir ao contratante controle da qualidade do porvir, os instrumentos que corporificam esses serviços costumam prever que o avanço do planejamento deve ser constantemente demonstrado e aprovado para que se liberem os pagamentos intermediários – a demonstração de que motoristas temporários foram contratados, a identificação das placas dos veículos a serem alocados e assim por diante. A falha do fornecedor em identificar o avanço nessas etapas permite ao contratante avaliar o desempenho do planejamento e incentiva o prestador a evoluir nas suas incumbências – por condicionar pagamentos. Além disso, a existência desses marcos força as partes a documentarem a evolução dos atos preparatórios da operação, robustecendo o acervo probatório que pode ser necessário em caso de divergência ao final do serviço sobre sua qualidade.

A adoção dos marcos contratuais consiste, portanto, em estratégia de design contratual que requer investimentos em custos de transação e de implementação, mas que potencializa o adimplemento e diminui o risco do indesejável: o serviço não ser prestado adequadamente no curto período em que o evento ocorre (quando a solução dos problemas ou a substituição do prestador são de extrema dificuldade). Como efeito colateral, reforça o fluxo de informação e aumenta o acervo documental do empreendimento – o que tende a ser útil na análise *a posteriori* que se requer em caso de ruptura.

Demonstração concreta dessa estratégia se observa na contratação de serviços de hospitalidade para determinadas instalações em que foram realizados eventos dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016 – operação combinada com mais de um ano e meio de

antecedência da sua realização e cujo preço projetado se aproximava da casa dos R$ 50 milhões[370].

Como se lê no instrumento contratual, muito embora o objeto contratado fosse, em síntese, a prestação de serviços de hospitalidade *durante o período dos eventos*[371], a necessidade da tomada de um conjunto de atos preparatórios e da instalação de estruturas temporárias parece ter levado as partes a concatenar o andamento do projeto com a liberação das parcelas do preço (com as quais a fornecedora se capitalizava para executar os serviços).

A principal ferramenta para tanto parece ter sido a definição das etapas que serviriam de medição da performance da fornecedora – designadas "Entregáveis" (tradução de *deliverables*, como é do jargão da indústria), integrante do Anexo 2, especificamente dedicado a esse propósito. Nele foram identificadas sete atividades devidas entre a contratação e o encerramento da operação: em termos sintéticos, a Entrega 1 consistia na elaboração de um plano de gestão, ao qual se atrelou 30% do preço; a Entrega 2, devida três meses depois, consistia no cumprimento das etapas até então previstas no plano de gestão, além da entrega de *layouts* das instalações, condicionando 20% do preço; a Entrega 3, devida para dois meses após, também exigia o cumprimento do plano de gestão e a realização de outras atividades, condicionando 5% do preço – e assim por diante, sendo que a Entrega 7, única exigível após a realização dos eventos, consistia na realização satisfatória do serviço e sua completa desmobilização, para a qual se reservou 15% do preço.

---

[370] Trata-se do "Instrumento Particular de Contrato de Prestação de Serviços, por Prazo Determinado – Contrato nº 299/2015" realizado entre o Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 e Aktuell Promoções e Eventos Ltda., datado de 25.05.2015, disponível a partir da fl. 20 do processo 0321728-60.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[371] Como se lê na cláusula 1.1.1, esses serviços consistiam no "planejamento e a execução de solução integrada, em áreas pré-definidas pelo Contratante, relacionada, mas não limitada, a elaboração de plantas dos espaços de hospitalidade, com a configuração de convidados por área; elaboração de plantas técnicas; 3Ds: planejamento e contratação de equipes de prestação de serviços diversos, tais como: limpeza, segurança, carregadores, brigadistas. recepcionistas e demais necessários para operação dos espaços; planejamento de toda a operação e infraestrutura necessária; construção dos espaços/estruturas temporárias; acabamentos de estruturas temporárias; distribuições elétricas e hidráulicas; contratação de geradores e diesel para funcionamento dos espaços, quando necessário; contratação de ar condicionado para todas as áreas de hospitalidade (exceto quando o espaço já oferecer); contratação de equipamentos áudiovisuais; fornecimento de mobiliários e objetos decorativos; paisagismo; arranjos florais; serviço de alimentação (*catering*), incluído a contratação de todos os equipamentos e materiais necessários à operação e mão de obra especializada; elaboração de cardápios e gestão de todos os itens contratados, de acordo com as categorias de produtos vendidos, a saber, champagne & caviar, *upscale* e *finger-food*, de acordo com o Escopo Técnico da RFP (Anexo n° 1)".

Diante desse planejamento, lê-se na cláusula 5.1, § 10º, do contrato que os pagamentos previstos no "cronograma físico-financeiro de entregáveis [estavam] condicionados à conclusão de cada uma das fases dos serviços, com a conferência e aceite expresso dos serviços efetivamente prestados, nos termos da cláusula 5.2". Na cláusula 5.2, por sua vez, lê-se o procedimento para que se chegue a tanto, estabelecendo a necessidade de a fornecedora apresentar relatório de conclusão das etapas relacionadas a cada entrega, e que "[s]omente após o aceite formal do relatório [...] pela área funcional responsável do contratante, o que se [daria] por relatório de medição, [...] [seria] autorizada a emissão da referida nota fiscal".

Veja-se, inclusive, que as partes previram o pagamento da última parcela do preço para momento posterior à avaliação da entrega completa e satisfatória dos serviços. Essa também é uma estratégia derivada da prática dos contratos de construção, em que é habitual se prever o pagamento de quantia significativa somente após a emissão do que se convencionou denominar *certificado de aceitação final* do empreendimento. Quer-se com isso manter uma parcela do preço funcionando como espécie de *garantia indireta* em benefício do titular do projeto, que a mantém em seu poder para dela se servir diante de determinadas ocorrências. Com esse mesmo propósito, por vezes se verifica nos contratos a previsão de que percentuais de cada parcela paga devem ser retidos pelo contratante, criando-se assim uma reserva financeira a seu favor para enfrentar possíveis contingências – funcionando, pois, como uma espécie de caução.

Além disso, como os instrumentos de ruptura em grande parte se relacionam a hipóteses de inadimplemento de obrigações contratuais, é comum que os redatores contratuais espalhem ao redor do texto cláusulas estabelecendo deveres de conduta por vezes evidentes, que ninguém há de refutar – como a habitualíssima cláusula pelo qual a contratada se obriga a "prestar os serviços adequadamente", a "cumprir a lei" ou a "garantir que os colaboradores destacados para prestar os serviços adotem os equipamentos obrigatórios de segurança do trabalho". Longe de representarem repetição do óbvio, o propósito dessas previsões é o de criar para a parte protegida hipóteses contratuais claras cuja inobservância pode dar margem ao disparo de mecanismos – como multas, a recusa ao cumprimento correspectivo ou até mesmo o desligamento contratual.

Nem todos os contratos empresariais de prazo determinado comportam aquele tipo de estrutura segmentada em eventos de pagamento, todavia. Em contratos de colaboração

como a franquia, por exemplo, não há como identificar marcos contratuais progressivos uma vez que o empreendimento ingressa em seu modo normal, excetuadas as etapas iniciais para instalação de uma unidade. Nesse cenário, o que a práxis adota é aproveitar (e por vezes reforçar) o *fluxo de informações* a serem trocadas entre as partes para servir como indutores de oportunidades para acionamento dos mecanismos de controle de performance – e, por consequência, de ruptura contratual.

Daí se observa como os contratos de franquia costumam prever diversas ocasiões em que o franqueado deve prestar informações ao franqueador, além de abrir ao franqueador uma série de oportunidades para auditar e fiscalizar as atividades daquele.

4. OS MECANISMOS DE RUPTURA COM FUNÇÃO DEFENSIVA

SUMÁRIO: 4.1. Apontamentos sobre a diferença entre os mecanismos defensivos: a recusa, a retenção, a compensação e a suspensão. 4.2. A recusa ao cumprimento fundada no inadimplemento da contraparte. 4.2.1. A refuncionalização da exceção de contrato não cumprido pela práxis. 4.2.2. As variações da práxis sobre os pressupostos da *exceptio*. 4.3. A recusa ao cumprimento fundada no risco do inadimplemento. 4.4. A suspensão do contrato por caso fortuito. 4.5. A retenção e a compensação convencionais de valores por riscos ou despesas imputáveis à contraparte. 4.6. A retenção e a compensação convencionais de valores fundadas em multas por falhas de desempenho.

A definição das três camadas de proteção suscitadas acima serve de base, então, para a montagem dos principais mecanismos de ruptura das relações contratuais. É preciso, em grande medida, que os instrumentos prevejam janelas de oportunidade para que um agente econômico possa *exigir do outro uma conduta*, cujo desatendimento serve como pressuposto jurídico para o exercício de um direito potestativo; que a operação permita a uma das partes extrair *garantias indiretas* a partir da dinâmica do seu cumprimento; e que haja um *fluxo de informações* capazes de documentar o avanço da relação de longo prazo, registrando falhas de performance e robustecendo o acervo probatório a ser utilizado em caso de disputa.

Disso se extraem resultados concretos: se o empreiteiro não atinge um marco, o dono da obra se recusa a pagar o preço; se o fornecedor de um serviço avança de modo insatisfatório no planejamento da sua atividade, o contratante lhe aplica uma multa e a desconta no pagamento da parcela devida; se o franqueador percebe que o franqueado não mantém sua unidade dentro dos padrões adequados, encerra o contrato e lhe substitui na administração do empreendimento.

Passa-se agora a estudar os aspectos dogmáticos dos mecanismos destinados a conduzir a ruptura contratual, iniciando-se por aqueles com o propósito de conservar a posição contratual da parte protegida. Para fins didáticos, pode-se classificar esses instrumentos como *mecanismos com função defensiva* – o que costuma ser o início da escalada de hostilidade no processo de ruptura[372].

[372] Vale ressaltar que esses mecanismos não são desenhados exclusivamente para atuar no cenário de ruptura. A definição de multas contratuais por falhas de desempenho, por exemplo, se presta a incentivar o adimplemento – e, por consequência, também cumpre uma função secundária de conduzir ao atendimento do fim contratual. No entanto, para os efeitos deste trabalho, destaca-se o olhar sobre o papel que esses

4.1. Apontamentos sobre a diferença entre os mecanismos defensivos: a *recusa*, a *retenção*, a *compensação* e a *suspensão*

A práxis costuma prever um conjunto de instrumentos comumente adotados nos contratos empresariais para conduzir a escalada do processo de ruptura; instrumentos que não são por excelência destinados à extinção do vínculo contratual, mas que pretendem atribuir às partes ferramentas para tutelar interesses legítimos, cuja função precípua é defender a posição jurídica do seu titular, e que – há de se admitir – também servem para causar pressão comercial na contraparte, além de atuar como uma espécie de garantia indireta.

O destaque do papel defensivo deriva do menor potencial desses mecanismos de produzir alterações drásticas à situação jurídica da contraparte: o contrato permanece válido, as principais obrigações contatuais continuam existentes, mas se invocam situações que permitem ao titular do direito a possibilidade de adotar postura cautelar, guardando sua posição jurídica (e negocial) à espera da reação da contraparte – seja a iniciativa judicial para desqualificar a conduta de quem invoca o mecanismo, seja mediante a abertura ou retomada de um canal de diálogo para superação do impasse.

Essas medidas costumam envolver quatro aspectos principais: a *recusa* ao cumprimento de obrigações contratuais pela parte protegida; a *retenção* de valores que deveriam ser pagos à contraparte; a *suspensão temporária* da eficácia do contrato; e a *compensação* de dívidas.

Há de se reconhecer que as cláusulas destinadas ao manejo dos mecanismos defensivos de ruptura não costumam primar pelo rigor técnico, tampouco por uma nomenclatura uniforme. De modo geral, elas transitam pelas fronteiras de três figuras conhecidas do direito positivo brasileiro: a *exceção de contrato não cumprido*, o *direito de retenção* e a *compensação*, fenômenos que guardam algumas semelhanças práticas – e aos quais se agrega a *suspensão da eficácia* dos contratos. Mas os termos escolhidos pelos redatores podem levar a confusões terminológicas e conceituais.

---

mecanismos cumprem no processo de ruptura da relação contratual – sobretudo porque a observação da práxis permite suscitar que, não raro, esses mecanismos acabam sendo relevados enquanto a relação entre os agentes econômicos permanece sob bases cooperativas, enquanto ambos desejam a manutenção da relação. Já quando a cooperação deixa de ser possível e a relação entre as partes passa a sofrer abalos, os instrumentos contratuais são recuperados e a aplicação dos mecanismos suscitados passa a ser considerada.

Isso se observa em especial no hábito da práxis de por vezes redigir dispositivos sobre a recusa ao adimplemento de obrigações (trafegando pelos caminhos da *exceptio*), ou sobre a compensação de dívidas, sob o *nomen juris* de que se está *retendo pagamentos*, o que não se adéqua à feição típica do direito de retenção. Do mesmo modo, não é raro se lerem referências a *descontos*, *deduções* ou *abatimentos* para indicar efetivas hipóteses de compensação, ao passo que também se podem ler cláusulas referenciando como tal cenários em que, a rigor, se está diante de uma recusa temporária de pagamento com função de garantia, mas sem se vincular ao inadimplemento de uma obrigação essencial pela contraparte[373]. Diante disso, e para fins didáticos, é de interesse diferenciar os institutos.

Conceitualmente, a exceção de contrato não cumprido é um mecanismo defensivo por meio do qual o contratante pode *recusar o adimplemento* da sua obrigação até que o outro realize a que lhe incumbe, havendo nexo de correspectividade entre elas, de modo a suspender a exigibilidade da obrigação de quem a invoca[374].

Já o direito de retenção, ao menos no seu sentido estrito, representa uma "faculdade assegurada ao credor, independente de qualquer convenção, de continuar a deter a *coisa* a outrem devida até ser satisfeita, ou ficar extinta, uma obrigação existente para com ele"[375]. Ou seja, é uma *garantia específica* concedida ao credor, para casos expressamente

[373] Exemplo disso é a cláusula a seguir: "Caso o contratante venha a ser autuado, notificado, intimado, citado ou condenado, em razão do não cumprimento, na época própria, de qualquer obrigação atribuível ao contratado, seus subcontratados ou terceiros por este designados na execução deste contrato, seja de natureza fiscal, trabalhista, previdenciária, ambiental, minerária ou de qualquer outra espécie, poderá, a seu exclusivo critério, *reter ou deduzir* dos pagamentos devidos ao contratado o montante correspondente aos valores de tais obrigações não cumpridas, até que o contratado satisfaça as respectivas obrigações, liberando a contratante de toda e qualquer responsabilidade individual ou solidária" ("Contrato de Empreitada Parcial a Preço Global e Prazo Determinado, para Fornecimento de Materiais e Equipamentos, Montagem, Serviços de Engenharia e Obras Civis, para a Implantação da UTE Barreiro S.A.", celebrado entre Usina Termelétrica Barreiro S.A e Toshiba do Brasil S.A., datado de 31.7.2001, disponível a partir da fl. 64 dos autos do Recurso Especial nº 1.446.315/MG, do acervo do STJ). Inserida num contrato de construção de obra de grande porte, ela prevê que o dono da obra pode "reter ou deduzir" o montante relativo a cobranças que lhe sejam feitas por fatos imputáveis à empreiteira, que não são propriamente o inadimplemento de obrigações correspectivas. Em linha com o disposto no item 4.1, acredita-se estar diante de situação de *retenção com função de caução convencional*, mas é de se notar a cautela dos redatores em evitar o uso de somente uma expressão, optando pelo uso dos vocábulos "reter" ou "deduzir" de modo a evitar contestações.

[374] Na síntese de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, a exceção de contrato não cumprido é a "*defesa oponível* pelo contratante demandado, contra o co-contratante inadimplente [...] segundo a qual o demandado recusa a sua prestação, sob o fundamento de não ter aquele que reclama dado cumprimento à que lhe cabe" (*Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3: Contratos, p. 140-141).

[375] FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 105.

indicados pela lei, que, pressupondo relação jurídica envolvendo o titular de um crédito e um *bem corpóreo*, autoriza aquele a *reter a coisa* enquanto o crédito não lhe for satisfeito.

A compensação, por sua vez, consiste na "*extinção* total ou parcial *de duas dívidas* pelo fato de, em cada uma, serem opostas as posições ativa e passiva, de modo que o credor de uma é o devedor da outra"[376]. Isto é: trata-se de *modo de extinção das obrigações*, que se opera mediante "encontro de contas"[377], no qual uma parte deixa de pagar o que lhe cabe sob a justificativa do surgimento de dívida a ser paga pela contraparte, *extinguindo-se mutuamente* as obrigações na medida de suas extensões.

O uso de exemplos ajuda a distinguir as figuras.

Gozam de direito de retenção, entre outros, o locatário, quanto ao imóvel locado, enquanto não remunerado por benfeitorias necessárias nele efetuadas; ou o mandatário, quanto à coisa de que tenha posse em virtude do mandato, enquanto não reembolsado pelas despesas de seu encargo. Já a exceção de contrato não cumprido pode socorrer o vendedor que se vê diante da inadimplência por parte do comprador, podendo se negar a transferir a propriedade enquanto não lhe seja pago o preço, não sendo a venda a crédito. Por sua vez, a compensação extingue total ou parcialmente a obrigação do dono da obra de remunerar o empreiteiro, por exemplo, no caso de aquele optar por assumir o pagamento direto de verbas trabalhistas devidas aos operários engajados na obra e inadimplidas pelo construtor.

Note-se que nesses exemplos, embora os efeitos práticos dos três mecanismos sejam parecidos, na *exceptio* o vendedor tem direito a *negar o cumprimento de uma obrigação*, e não propriamente a *reter uma coisa*; PONTES DE MIRANDA assim resume a diferença: "[r]etém-se o que se tem de outrem, não o que se há de prestar"[378]. Já na compensação, a *obrigação se extingue*, não tendo sua exigibilidade suspensa (como na *exceptio*), nem exercendo função típica de garantia (como no direito de retenção) – e essa extinção se opera na exata extensão do que se pagou, podendo dissolver a obrigação de modo total ou parcial, portanto.

---

[376] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 456.
[377] A expressão é de PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2: Teoria geral das obrigações, p. 244.
[378] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXVI, p. 126.

A dificuldade de diferenciar os mecanismos – sobretudo a *exceptio* e o direito de retenção – aumenta naquelas situações em que o contratante tem a faculdade de manter em seu poder *valores devidos* à contraparte, a título de garantia, até que determinada conduta contratualmente exigível seja realizada (isto é, o contratante que se recusa a pagar enquanto o fornecedor não promove o reparo do equipamento instalado; o tomador de serviço que se recusa a transferir parcelas enquanto não lhe são ressarcidos custos derivados da assunção de passivo derivado de ação trabalhista movida por empregado da contratada, e assim por diante). A semelhança entre os mecanismos é tal que não é raro se ver na prática dos contratos a tomada dessas iniciativas ser descrita como uma faculdade de *se reterem pagamentos* – havendo mesmo quem sugira o reconhecimento de uma figura jurídica geral para tanto, denominada *retenção pecuniária*[379].

Diga-se, a propósito, que mesmo na produção legislativa se encontram diversos exemplos de usos do verbo *reter* para se referir a hipóteses de recusa à liberação de valores: no Código Civil, o art. 319 dispõe que o "devedor que paga tem direito a quitação regular, e pode *reter* o pagamento, enquanto não lhe seja dada"; segundo o art. 321, nos débitos cuja quitação consista na devolução do título, "poderá o devedor exigir, *retendo* o pagamento, declaração do credor que inutilize o título desaparecido"; o art. 418 estabelece que, "[se] parte que deu as arras não executar o contrato, poderá a outra tê-lo por desfeito, *retendo-as*"; o art. 527 faculta ao alienante de coisa vendida com reserva de domínio, em caso de extinção do contrato, "*reter as prestações pagas* até o necessário para cobrir a depreciação da coisa, as despesas feitas e o mais que de direito lhe for devido"; o art. 740, § 3º, confere ao transportador o "direito de *reter* até cinco por cento da importância a ser restituída ao passageiro, a título de multa compensatória", no caso de o passageiro extinguir o contrato antes de iniciada a viagem.

Especial atenção merece o art. 708 do Código Civil, que suscita o "direito de retenção" do comissário sobre os "*bens* e *valores* em seu poder em virtude da comissão",

[379] É o que sugere ANA ALICE LIMA DE QUEIROZ em trabalho destinado a analisar as diferentes maneiras em que o contratante pode reter pagamentos em seu poder, em exercício de autotutela. Numa síntese da visão oferecida pela especialista, essas hipóteses seriam a retenção de tributos em cumprimento a disposições legais; a retenção de percentuais do preço para constituir reserva em garantia de cumprimento do contrato; a suspensão temporária de pagamentos diante do inadimplemento contratual; a retenção definitiva para pagamento de multas aplicadas por inadimplemento contratual; e a retenção de valores a pagar justificada pelo inadimplemento de obrigações extracontratuais (*Retenção pecuniária e autotutela nos contratos empresariais*. 2017. Dissertação (Mestrado Profissional) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017, *passim*).

em garantia do reembolso de despesas e dos recebimentos devidos pelo seu serviço. A sutileza passa despercebida por estudiosos que se dedicaram especificamente ao tema; há quem aponte que a dita *retenção* de valores não se adéqua à feição típica do remédio retentório, por "estabelecer solução definitiva em benefício do comissário"[380], muito embora, a se considerar a nota de ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, não se deve afastar essa qualificação à retenção *do dinheiro em espécie* que esteja sob poder do comissário[381].

Ou seja: o termo *reter* é empregado – e não só entre os redatores de textos contratuais – para designar uma série de comportamentos que corporificam recusas na cultura jurídica brasileira[382]. Mas é importante notar que nem todas as disposições legais ou contratuais que lançam mão do termo dizem respeito ao instituto do *direito de retenção* em sentido estrito. E a distinção entre as hipóteses efetivas de direito de retenção e a dita *retenção de pagamentos* se concentra no seu *objeto* – que se destaca dentre as outras diferenças apontadas pelos estudiosos[383].

O direito de retenção, a rigor, se destina a permitir a manutenção da *posse* de *coisa corpórea* alheia. E há certo consenso entre os estudiosos de que o direito de retenção não

---

[380] SILVA, Rodrigo Guia da. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no Direito Privado. *Civilística*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, 2017, p. 9.

[381] Nas palavras do autor, "sobre um crédito em si não é ela [a retenção] admitida, podendo, porém, verificar-se sobre os instrumentos, os títulos à ordem ou ao portador, representativos do crédito, de vez que podem ser materialmente detidos" (FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 198).

[382] DANTE SOARES CATUZZO JUNIOR faz o mesmo diagnóstico em estudo monográfico sobre o tema, apontando ainda o modo como a jurisprudência por vezes emprega o vocábulo *reter* para finalidade distinta da que qualifica o direito de retenção: "em diversas hipóteses, ainda que o legislador tenha empregado tais expressões, não se verifica, tecnicamente, o direito de retenção como instituto autônomo – objeto deste estudo – , fato esse que demanda certo cuidado do exegeta. Apenas verificando o Código Civil de 2002, pode-se encontrar, por exemplo, o verbo reter em sentido puramente vernacular (art. 319); ou como elemento inerente a outro instituto jurídico (arts. 1.423; 1.507, § 2º; 1.509, § 1º – em todos os casos o fato da retenção decorrente da anticrese); ou ainda em substituição à figura jurídica assemelhada, como a compensação (art. 740, § 3.º; art. 1.455, parágrafo único). Na jurisprudência, essa utilização imprecisa do termo também está presente. A hipótese mais frequente é para denominar o percentual das parcelas pagas pelo promissário comprador, que o promitente vender pode se negar a restituir ('reter'), no caso de distrato ou rescisão de compromisso de compra e venda" (*Direito de retenção no Direito brasileiro*: proposta de sistematização. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 67).

[383] As figuras também se distinguem quanto aos seus efeitos. Justamente por pressupor uma relação de proximidade entre pessoa e coisa, o direito de retenção é oponível mesmo perante sujeitos alheios à relação jurídica entre credor e devedor, ao passo que a *exceptio non adimpleti contractus* somente pode ser alegada entre sujeitos que participam de relações jurídicas funcionalmente vinculadas entre si. Volta-se aos exemplos: imagine-se o arrendatário que, por razões quaisquer, transfira a posse de um veículo a um subarrendatário; se o arrendante exercer a pretensão de retomá-lo, por decurso do prazo, mas o subarrendatário ainda não tiver sido reembolsado por benfeitorias necessárias, pode este opor àquele o direito de retenção; entretanto, não pode lhe opor a exceção de contrato não cumprido tendo como causa de pedir infrações relativas ao contrato de subarrendamento.

se aplica a *créditos*, tampouco a *coisas incorpóreas*[384]. Embora não se trate de figura jurídica que receba tratamento autônomo no Direito brasileiro, a multiplicidade de hipóteses previstas na legislação e sobretudo seus efeitos precípuos[385] permitem alcançar a conclusão de que seu objeto é delimitado: no direito de retenção propriamente dito, "o *possuidor de um bem*, obrigado a entregá-lo, deixa de o fazer com base *numa autorização legal para tanto*"[386].

Assim, aquilo que a práxis denomina *retenção de pagamentos* não consiste, a rigor, num efetivo *direito de retenção* em sentido estrito. Sua qualificação jurídica depende da função prática a que se destina cada mecanismo concretamente considerado: (a) tratando-se da *recusa de pagamento*, em garantia indireta, à espera da conclusão de obrigação devida pela contraparte ou em repúdio a inadimplemento absoluto, está-se diante de modalidades da exceção de inadimplemento; (b) no caso da reserva de percentuais do pagamento de parcelas do preço por fatores diversos do inadimplemento, tem-se uma *garantia convencional*, uma espécie de caução; e (c) ao se recusar em definitivo o pagamento de parcela do preço, mediante desconto parcial ou recusa total do saldo a pagar, para fazer frente a custos incorridos pela parte ou como liquidação de multas por falhas de performance, está-se diante de *compensação convencional*.

Interessa, pois, analisar como cada um desses mecanismos se comporta no processo de ruptura contratual.

---

[384] Assim, "as coisas incorpóreas, por não terem existência exterior, serem apenas perceptíveis pela inteligência humana, não são suscetíveis de ser objeto do direito de retenção" (CATUZZO JR., Dante Soares. *Direito de retenção no Direito brasileiro*: proposta de sistematização. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 93). No mesmo sentido: "inviável que um bem incorpóreo fosse objeto do direito de retenção. Isso porque a prestação incumbe àquele que 'possui' bem incorpóreo é de *fazer ou não fazer*, assim, por exemplo, o 'possuidor' de um direito pode exercê-lo ou não, transferi-lo a outrem ou não (fazer ou não fazer). Ao contrário, o direito de retenção apenas incide quando há uma obrigação de restituir, pois apenas nesse caso é que o possuidor efetivamente terá o dever de entregar o bem a outrem, dever este que será retardado pelo exercício da retenção" (SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 43).

[385] O direito de retenção distingue-se, ainda, por imprimir funções (a) de garantia do crédito do retentor (CATUZZO JR., Dante Soares. *Direito de retenção no Direito brasileiro*: proposta de sistematização. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 75) e (b) de medida coercitiva (GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 278) com oponibilidade *erga omnes*, de forma que "é oponível a terceiros, efeito este limitado apenas no caso de insolvência do devedor comum caso contraposto a crédito que o antecede na ordem legal, por economia processual" (SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 185; 191).

[386] SABA, Diana Tognini. *Direito de retenção e seus limites*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 26.

4.2. A recusa ao cumprimento fundada no inadimplemento da contraparte

Uma das primeiras decisões a se tomar na escalada de um cenário de ruptura contratual é a possibilidade de se *recusar o cumprimento de obrigações* em razão do *inadimplemento da contraparte*. Trata-se de postura inicialmente defensiva, sobretudo quando fundamentada em parâmetros contratualmente aceitos, mas que também pode sinalizar a disposição para o litígio.

Assim atua o contratante que deixa de pagar parcela do preço, inconformado com o desenvolvimento insuficiente de uma obra ou com a performance insatisfatória do equipamento instalado e operado pelo parceiro; ou o fornecedor que interrompe a entrega da matéria-prima, insatisfeito com o atraso no pagamento pelo cliente.

Como se adiantou, a essência da estratégia adotada nesses mecanismos que autorizam a recusa ao cumprimento se confunde com as feições jurídicas da exceção de contrato não cumprido, presidida pela lógica descrita no art. 476 do Código Civil, segundo o qual, "[n]os contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro". A despeito da regra legal, é de enorme frequência os contratos empresariais de prazo determinado conterem cláusulas específicas reafirmando essa faculdade e a detalhando.

Num uso simples da estrutura básica da *exceptio*, por exemplo, têm-se cláusulas comuns em contratos de fornecimento de matéria-prima mediante as quais se prevê que, "[em] caso de descumprimento pela vendedora de quaisquer de suas obrigações assumidas [no contrato], nas condições específicas de compra ou na legislação aplicável", o adquirente fica autorizado a "reter todos os pagamentos devidos em razão de quaisquer contratos celebrados pelas partes até a solução da infração pela vendedora"[387] – situação em que, como se adiantou acima, o uso do termo *reter* se destina, a rigor, a legitimar uma *recusa a prestar*, aproximando-se, portanto, da figura defensiva a que se refere o art. 476 do Código Civil, e não do direito de retenção.

[387] É o que dispõe a cláusula 10.4 das "Condições Gerais de Compra" adotadas pela Raízen Combustíveis S.A. para reger seus contratos-quadro de aquisição de etanol, como se deu com a Álcool Química Canabrava S.A., com quem entrou em litígio; o documento se encontra a partir da fl. 76 do processo 1127417-51.2016.8.26.0100, do acervo do TJSP.

A mesma orientação se encontra em contratos relativos à fabricação e instalação de equipamentos, nos quais se encontram disposições prevendo que o contratante pode "suspender e reter os pagamentos eventualmente pendentes" caso "por qualquer razão a contratada não cumpra, suspenda, não realize ou realize de forma inadequada" as obrigações que lhe competem, "impactando o cronograma físico", situação em que as "exigibilidades [dos pagamentos] ficarão automaticamente suspensas até a realização e conclusão do fornecimento em atraso ou da irregularidade ou inadimplemento em questão"[388].

Em contratos de colaboração também se observa a presença de mecanismo semelhante: em exemplo de contrato de distribuição relativo ao escoamento de laticínios refrigerados, lê-se que o fornecedor pode "interromper o fornecimento dos produtos" no caso de a distribuidora "vir a atrasar na liquidação de seus débitos ou vir a desempenhar a revenda dos produtos em inobservância às condições [...] pactuadas, atuando de forma irregular"[389].

A faculdade de recusar o cumprimento de obrigações em razão do inadimplemento da contraparte tem impacto poderoso no plano do design contratual, pela multiplicidade de funções que pode cumprir.

Trata-se, antes de mais nada, de mecanismo de *baixo custo de acionamento* para a parte protegida, pois os investimentos requeridos se resumem aos esforços necessários para demonstrar a ocorrência da conduta contratualmente exigida. Além disso, consiste numa estratégia que permite ao credor manter para si bens ou valores de difícil recuperação, servindo como *instrumento de garantia indireta*. Serve também como medida de *estímulo ao alinhamento dos interesses contratuais*, especialmente nos casos em que as contrapartidas dependem de medição de etapas ou atingimento de marcos contratuais, pois ela cria oportunidades de avaliação e controle de qualidade do desempenho da operação.

---

[388] Trechos extraídos da cláusula 7.13 do "Contrato de Fornecimento, Transporte, Instalação e Comissionamento de Aerogeradores para Implantação do Parque Eólico Bom Jesus", celebrado entre Bom Jesus Eólica S.A. e Wind Power Energia S.A. em 20.2.2014, disponível a partir da fl. 349 dos autos do processo 0404328-75.2015.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[389] Trecho extraído da cláusula 7.5 do "Contrato de Distribuição e Outras Avenças" celebrado entre Dairy Partners Americas Brasil Ltda. e Dan Olifelix Comércio de Produtos Derivados do Leite Ltda. – ME, datado de 18.1.2010, disponível a partir da fl. 39 do processo 4006579-36.2013.8.26.0002, do acervo do TJSP.

No mais, ao se considerar que, na lógica das relações contratuais, basta ao credor demonstrar que a obrigação não foi cumprida, competindo ao devedor contestar o fato ou justificá-lo, essa faculdade faz com que na prática *o ônus da prova* sobre sua conduta e *os custos iniciais de eventual disputa* sejam substancialmente alocados *para o devedor* – o que pode servir como desestímulo ao adimplemento insatisfatório. E esse conjunto de circunstâncias faz com que tal recusa sirva como *instrumento de pressão comercial* – sobretudo quando seu objeto envolve pagamentos de valores devidos a contratada que planeja o financiamento do projeto a partir deles.

A relevância e o potencial estratégico desse mecanismo demandam, pois, que se aprofunde o exame dos aspectos dogmáticos que cercam a exceção de inadimplemento.

4.2.1. A refuncionalização da exceção de contrato não cumprido pela práxis

Pode-se dizer, em síntese, que a exceção de inadimplemento consiste na atribuição de uma faculdade ao contratante fiel de "recusar-se a cumprir a obrigação, quando a parte contrária, por sua vez, à sua não deu cumprimento"[390]. Essas obrigações, contrapostas, devem representar uma a razão de ser da outra – tal como na compra e venda, em que o vendedor só aceita se obrigar a transferir propriedade porque o comprador se obriga a pagar o preço. Ajustado que cada contratante somente está obrigado a cumprir *se* e *enquanto* a contraparte também o fizer, não parece razoável se permitir que a parte inadimplente possa pleitear o cumprimento alheio sem executar o que lhe cabe, ou sem colocar sua prestação ao dispor da contraparte. Trata-se, pois, de um mecanismo de defesa de um contratante não-inadimplente.

Os pressupostos de aplicação da *exceptio* decorrem da própria dinâmica adiantada. As partes devem estar ligadas por obrigações interdependentes, vinculadas por um nexo de correspectividade, a que se atribui a denominação *sinalagma* ou *vínculo sinalagmático*. Ao menos uma dessas obrigações deve ser *descumprida* para que a contraparte possa arguir a *exceptio*. E aquele que a opõe (o excipiente) não deve estar obrigado a cumprir antes de quem lhe sofre os efeitos (o excepto) – isto é, ou o excepto deve cumprir antes e não o faz, ou ambos os contratantes devem cumprir simultaneamente; em síntese, a obrigação do excepto deve ser *exigível*.

[390] DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. v. 2, p. 188.

Esse instrumento defensivo pode ser utilizado de diversas maneiras, sendo a mais comum aquela em que o contratante fiel, demandado pelo inadimplente, defende-se em juízo sob o fundamento de que o autor não cumpriu a obrigação que lhe cabia fazer anterior ou simultaneamente; em termos processuais, opõe uma exceção substancial dilatória. Note-se que a oposição da *exceptio* como defesa não tem em vista o desfazimento do contrato, tampouco negar o crédito ostentado pelo autor-inadimplente[391]. Ao oferecê-la, o demandado reconhece sua dívida perante o autor, mas alega que não deve prestar *naquele momento*, pois somente está obrigado a fazê-lo se o autor o fizer anteriormente, ou caso se disponha a fazê-lo simultaneamente. Logo, a *exceptio* encobre temporariamente a eficácia da pretensão do autor, mas não a fulmina; o demandante pode vir a ter sucesso em sua iniciativa se cumprir sua obrigação.

Grande parte dos estudiosos brasileiros costumam identificar a exceção de inadimplemento como "um meio de defesa *processual*"[392], uma "defesa oponível pelo contratante *demandado*, contra o co-contratante inadimplente"[393], uma "exceção em que uma parte *demandada* pela execução do contrato pode excluir a ação invocando o fato de não ter a outra também satisfeito a prestação"[394], que "*pressupõe*, assim, *a ação* de uma das partes contratantes *demandando* o seu crédito"[395]. E é praticamente unânime a afirmação de que esse conceito é fruto do atual art. 476 do Código Civil, antigo art. 1.092, primeira parte, do Código Civil de 1916.

No entanto, a redação codificada pode oferecer ao intérprete mais do que apenas uma matéria de defesa perante um pedido de cumprimento, pois o art. 476 não diz, com todas as letras, que *o réu pode opor exceção em juízo se o autor não cumprir a obrigação*

---

[391] A eficácia dilatória da *exceptio*, em sua versão clássica, justifica o comentário habitual entre os estudiosos do que o Código Civil de 2002 teria se equivocado ao posicionar o art. 476 dentro do capítulo "Da Extinção do Contrato" do título "Dos Contratos Em Geral". No entanto, ao se considerar o papel que esse mecanismo de defesa cumpre no contexto maior da ruptura contratual, não deixa de ter certa lógica o seu tratamento em conjunto com a denúncia, o distrato e a resolução; embora o *efeito típico* da exceção de inadimplemento não seja extinguir os contratos, sua função prática no contexto da ruptura das relações contratuais permite enxergar certa coerência (mesmo que acidental) na posição escolhida para regê-la no Código.

[392] RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3, p. 75.

[393] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3: Contratos, p. 159.

[394] MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. v. 2, p. 333.

[395] LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3, p. 166.

que lhe cabe anterior ou simultaneamente. Em vez disso, o texto apenas firma um comando normativo, mas não estabelece uma consequência jurídica única e precisa[396].

Com efeito, repita-se, o artigo diz que "nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro". Logo, a regra impede que o inadimplente exija o cumprimento da obrigação pela contraparte, de modo que o demandado pode obstar a pretensão do demandante. Mas há outra interpretação que decorre do texto, sem fugir de sua literalidade; basta se ver o mesmo fenômeno por outro ângulo: se, por não ter cumprido sua obrigação, um contratante não pode "exigir o implemento da do outro", significa por imperativo lógico que o contratante fiel está legitimado, em juízo ou fora dele, a *recusar o cumprimento*. Ou seja, se o inadimplente não pode exigir o cumprimento da obrigação do outro contratante, então este último *não está obrigado a cumprir* enquanto perdurar a inadimplência alheia. E, se o contratante fiel não pode ser cobrado durante esse período, então ele tem uma espécie de *direito a não cumprir*, cujo reconhecimento, conforme as circunstâncias, pode lhe ser útil.

Parece, assim, que o principal resultado decorrente do art. 476 é *legitimar a postura do contratante de não cumprir sua obrigação enquanto não lhe é exigível fazê-lo* – seja porque deve prestar em segundo lugar, conforme a dinâmica do contrato, ou porque sua prestação somente se torna exigível mediante o oferecimento da contraprestação. Em termos mais instigantes, dali decorre um *direito a não cumprir* em favor do contratante fiel, o reconhecimento da *legitimidade de sua recusa*[397].

---

[396] Não se quer com isso dizer que o art. 476 seja desprovido de consequência. Como se vê a seguir, mesmo uma interpretação literal do texto permite se extraírem efeitos jurídicos distintos, como a inexigibilidade da prestação pelo inadimplente ou a legitimidade do não-cumprimento pelo excipiente. Essas consequências apenas não são exclusivas, e tampouco estão flagrantemente determinadas pela redação codificada – que é bastante diversa, por exemplo, do § 322 do BGB, segundo o qual "[s]e uma parte ajuizar ação para o cumprimento de prestação devida por um contrato bilateral, o exercício do direito que lhe corresponde de negar a prestação até a execução da contraprestação *só terá o efeito a que a outra parte deva ser condenada ao cumprimento simultâneo*" (tradução livre do autor, a partir da tradução do BGB para o espanhol editada por MARQUÈS, Albert Lamarca. *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 103).

[397] Essa percepção, nem sempre atentada pelos estudiosos brasileiros que se dedicaram o tema, representa a síntese da conclusão a que chegou o autor em trabalho anterior, e que permanece integrando suas convicções acerca do tema. A esse respeito, pede-se vênia para remeter a BUTRUCE, Vitor. *A exceção de contrato não cumprido no Direito Civil brasileiro contemporâneo*: funções, pressupostos e limites de um "direito a não cumprir". 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 46.

Por essa razão, os mecanismos contratuais que se baseiam na recusa legítima ao cumprimento podem exercer diversas funções – a primeira delas, fundamentar a exceção do réu adimplente em juízo diante da pretensão do autor inadimplente; mas há outras: servir como *objeção a pedido resolutório* movido por autor inadimplente[398], bem como atuar como fundamento para que o contratante fiel, em juízo ou fora dele, *exerça o seu direito de recusar o cumprimento da sua obrigação* enquanto não lhe é assegurado o cumprimento anterior ou simultâneo do que compete à contraparte. Explica-se melhor.

Por vezes pode ser mais vantajoso para a parte recusar o cumprimento do que lhe compete, até que a contraparte execute a sua obrigação, pois com isso "contornará os incômodos da propositura de uma ação judicial, os riscos de uma eventual inexecução definitiva e da insolvência do adversário"[399]; ou seja, cuida-se de "instrumento técnico-jurídico que responde a esses interesses do contratante"[400].

Eis o porquê de a prática das contratações empresariais trabalhar com as feições da exceção de inadimplemento na estruturação de cláusulas capazes de atribuir posições defensivas em cenários de ruptura. Trata-se, como se disse, de recurso relevante em termos de design contratual, pois permite ao agente econômico adotar postura defensiva de baixo custo e que tem o potencial de transferir substancialmente para a contraparte o ônus da iniciativa judicial – isto é, o esforço de persuasão, os custos de promover a demanda e de provar seus pontos em juízo.

Essa constatação também justifica a percepção de alguns juristas que caracterizam a exceção de inadimplemento como um "bom meio de coerção"[401]. GIOVANNI PERSICO sugere ter a *exceptio* uma função de "meio indiretamente coercitivo", também definida como uma "coação psicológica"[402]. JOSÉ JOÃO ABRANTES afirma servir o mecanismo "como forma de compelir o devedor a executar", pois, se o credor reclamar a prestação

[398] Isto é: a inadimplência alheia serve como matéria de defesa do contratante fiel que se recusou a cumprir porque estava autorizado a fazê-lo; logo, estando a parte diante de pedido resolutório formulado pela contraparte inadimplente, a faculdade que o art. 476 lhe confere serve como *objeção* ao pedido, e não como exceção dilatória.
[399] SCHILLING, Arno. A exceção de inexecução de contrato bilateral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 156, nov./dez. 1954, p. 498.
[400] SCHILLING, Arno. A exceção de inexecução de contrato bilateral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 156, nov./dez. 1954, p. 498.
[401] FERREIRA, José do Valle. Resolução dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 403, mai. 1969, p. 10.
[402] PERSICO, Giovanni. *L'eccezione d'inadempimento*. Milão: Giuffrè, 1955, p. 8; o autor atribui o termo "coação psicológica" a Gioachino Scaduto e Enrico Enrietti.

sem que esteja ele próprio disposto a prestar, a *exceptio* pode ser oposta "como meio de pressão destinado a compeli-lo à execução simultânea"[403]. A ideia é compartilhada por JOÃO CALVÃO DA SILVA, para quem a exceção de inexecução constitui "sobretudo um meio de pressão sobre o devedor em mora", pois o força a cumprir a sua prestação "na medida em que este tenha interesse ou necessidade da prestação de coisa ou serviço que o credor lhe deva"[404].

Ainda, como instrumento inserido no contexto do processo de ruptura contratual, a exploração da *exceptio* serve como espécie de *garantia indireta* ao cumprimento das obrigações.

De fato, nos contratos em que há o intercâmbio de prestações, os agentes naturalmente lidam a todo momento com o risco da inadimplência alheia, de que algo venha a comprometer o cumprimento da obrigação pela contraparte temporária ou definitivamente. Caso haja descumprimento definitivo, sabe-se que a lei atribui à parte prejudicada o direito de extinguir o negócio, podendo pleitear o equivalente à prestação intentada ou obter a restituição do que já houver prestado, além se de ressarcir dos prejuízos decorrentes do inadimplemento. Todavia, por questões práticas, muitas vezes é difícil se obter em juízo a restituição daquilo que já se prestou antes do inadimplemento definitivo.

Há casos ainda em que a recuperação da prestação transferida pode se tornar mesmo impossível – quando, por exemplo, o ato de prestar tiver consistido numa obrigação de fazer ou na transferência de coisa infungível consumida. Nenhuma garantia é capaz de evitar o risco da impossibilidade de uma prestação ser restituída. E mesmo quando a prestação a se restituir seja dinheiro ou coisa fungível, nenhuma garantia, por mais sólida que seja, pode fornecer ao credor "a mesma segurança que tem ao *abster-se de*

---

[403] ABRANTES, José João. *A excepção de não cumprimento do contrato no Direito Civil português*: conceito e fundamento. Coimbra: Almedina, 1986, p. 208. A ideia de "meio de pressão" é compartilhada por PEDRO ROMANO MARTINEZ e PEDRO FUZETA DA PONTE (*Garantias de cumprimento*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 252).

[404] SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 337. O professor de Coimbra exemplifica: imagine-se caso em que "a prestação do *excipiens* já está em execução e é indivisível, hipótese em que a suspensão da realização da prestação (porque, por exemplo, o devedor não paga as prestações precedentemente já realizadas) se revelará, em regra, de grande eficácia constritiva e determinará o devedor a cumprir suas obrigações".

cumprir: basta pensar, entre outras eventualidades, na existência de créditos privilegiados ou no perecimento ou deterioração dos bens dados em garantia"[405].

Por isso se afirma que a *exceptio* pode funcionar como uma garantia indireta ao cumprimento, seja por pressionar a contraparte a prestar, por tirar o crédito ostentado pelo contratante fiel do concurso de credores ou, ao fim, por evitar a perda do valor de sua prestação, que permanece em seu patrimônio[406]. JOÃO CALVÃO DA SILVA também destaca essa função, ao anotar ser "preferível para o credor não cumprir a sua obrigação [...] a estar a cumprir e a sofrer as consequências da impotência económica do devedor inadimplente", com o que, "vista no plano de garantia (indirecta e negativa), a função da *exceptio* pode ser relevante, evitando ao *excipiens* a perda do valor de sua prestação"[407].

Vale destacar, ainda, que os mecanismos baseados na dinâmica da *exceptio* podem servir na prática como ferramentas capazes de suprir a ausência de remédio legal que torne exigível a substituição, o reparo ou a complementação de uma prestação mal realizada, sem que a parte precise ingressar em juízo para tanto. Isso porque os regimes dos vícios redibitórios ou do cumprimento das obrigações de dar, fazer ou não fazer não preveem regras atribuindo direito ao credor de exigir a substituição de coisas defeituosas ou o reparo de serviços inadequados, por exemplo – remédios somente previstos em situações específicas, como no regime do Código de Defesa do Consumidor. Todavia, se o excipiente está legitimado a recusar o cumprimento da sua obrigação enquanto a contraparte também não providenciar a total satisfação de seus interesses contratuais, significa dizer que a *exceptio* contribui indiretamente para "constranger o contratante a *corrigir* e *emendar* sua prestação"[408].

---

[405] PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro. Os direitos de retenção e o sentido da excepção de não cumprimento. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Lisboa, 2009, p. 12.

[406] Segundo PAULO R. ROQUE A. KHOURI, a *exceptio* age nesses casos "protegendo o patrimônio do contratante fiel, evitando que ele efetive o sacrifício patrimonial contido na prestação que lhe compete", de modo que, se o que se busca com a garantia "é a recuperação do crédito concedido, não se concebe como negar uma função de garantia que protege o credor contra o risco de perder o próprio crédito" (A exceção do contrato não cumprido e a sua relação com a garantia das obrigações no Direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 94, jun. 2004, p. 304-305 e p. 310).

[407] SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002 p. 336-337.

[408] ASSIS, Araken de. Do Direito das Obrigações (arts. 412 a 578). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 662. Conforme já se anotou em nossa jurisprudência, "[s]empre que a obrigação não é cumprida pelo modo devido, a outra parte pode recusar-se a cumprir a sua, *até que seja completada ou melhorada*

Pode ser mais prático ao excipiente, portanto, fazer uso desse mecanismo do que recusar integralmente a entrega de determinada prestação, ou do que efetuar o adimplemento de sua obrigação e pleitear em juízo o cumprimento correspectivo, o abatimento do preço ou a indenização dos danos sofridos. A inspiração na *exceptio* permite, pois, resolver de modo pragmático essa lacuna deixada pelo regime geral.

Embora se reconheça que a exceção de inadimplemento pode cumprir mais de um papel na dinâmica contratual, é inegável que todas as aplicações do mecanismo são impregnadas de um aspecto eminentemente *defensivo*. E a síntese de todas essas manifestações tem como objeto a posição jurídica do contratante como *devedor* – isto é, embora nos contratos sinalagmáticos cada contratante seja, ao mesmo tempo, credor e devedor um do outro, a *exceptio* se destina precipuamente a proteger a situação subjetiva passiva ao qual está submetido o excipiente. Sua função primordial consiste em *permitir ao contratante recusar o cumprimento de uma obrigação* e, com isso, *impedir que ele sofra os efeitos de um suposto descumprimento dessa mesma obrigação*, única consequência comum em qualquer hipótese de seu manejo.

Explica-se: quando a *exceptio* é utilizada como mecanismo de defesa do contratante em juízo, ela nem sempre é capaz de fazer com o que demandante efetivamente cumpra sua obrigação – como se dá nas hipóteses de cumprimento impossível. Quando o excepto toma a iniciativa de reconvir para obter a prestação que lhe interessa, seus propósitos são atingidos em razão da sua postura ativa de reconvir, e não exclusivamente pela postura passiva de excepcionar (que é relevante na sua estratégia global, mas insuficiente para alcançar o resultado). Logo, o aspecto coercitivo da *exceptio* é acessório. E a função de garantia indireta é igualmente secundária: a recusa em cumprir *pode* ser um meio de reforço, mas não aumenta o patrimônio à disposição, nem confere privilégios ao credor excipiente.

Assim, o único efeito que se observa em qualquer manifestação do direito fundado no art. 476 do Código Civil é *o reconhecimento da legitimidade de sua recusa a cumprir* e, por consequência, *o afastamento dos efeitos do inadimplemento imputável* – dois aspectos que dizem respeito à sua situação subjetiva passiva, sua posição jurídica de *devedor*.

---

pertinentemente" (TJRJ, 3ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 1998.001.12816, Rel. Des. Nagib Slaibi Filho, v. u., j. 01.12.1998).

Portanto, os eventuais efeitos práticos que a *exceptio* pode exercer em benefício da obtenção do crédito pelo contratante – sua situação subjetiva ativa – são consequências paralelas, secundárias ou indiretas ao âmago do instituto.

Logo, muito embora a experiência prática mostre que a *exceptio* pode servir como meio de pressão do devedor e conduzir ao cumprimento integral do contrato, essas não chegam a serem funções precípuas e inafastáveis, mas repercussões eventuais e acessórias de sua aplicação. MARIA DE LURDES PEREIRA e PEDRO MÚRIAS sintetizam com precisão: "[à] *exceptio* não subjaz senão o desígnio de assegurar que cada uma das partes não seja constrangida a cumprir a sua prestação fora dos termos em que se encontra obrigada"[409].

Dito por outras palavras, a *exceptio* não representa precipuamente um meio de pressão (embora, na prática, possa ter essa aptidão em uma série de ocasiões); não tem a função primordial de servir como proteção ao crédito do *excipiens*, tampouco como garantia (apesar de, em vários casos, servir como tal); tampouco é por si só suficiente a assegurar o cumprimento integral do contrato[410]. A função típica do instituto, aquela que efetivamente lhe caracteriza em todas as suas manifestações, e que, por isso, lhe molda as características, é a de *defender a posição jurídica do contratante fiel como devedor*, à luz do regime contratualmente estabelecido para o cumprimento das obrigações, impedindo que seja forçado a cumprir enquanto não lhe seja assegurado o adimplemento da obrigação correspectiva e o atendimento concreto de seus interesses contratuais, de modo a *legitimar a sua recusa a prestar* e, por consequência, a *afastar os efeitos deletérios de um suposto inadimplemento imputável*[411].

---

[409] PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro. Os direitos de retenção e o sentido da excepção de não cumprimento. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Lisboa, 2009, p. 26, onde ainda concluem: "Uma coisa, repita-se, é o seu efeito prático normal. Outra, bem diversa, a finalidade que visa satisfazer e que cunha o seu regime". No mesmo sentido, GRASSO, Biagio. *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*: profili generali. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1973, p. 82-83.

[410] BIAGIO GRASSO é preciso ao comentar a necessidade de identificar-se a função essencial do instituto: "[s]e é verdadeiro, de fato, que a função concretamente perseguida por um instituto seja procurada tendo em conta o efeito essencial por ele produzido, é evidente que tudo aquilo que pode acontecer após a oposição da exceção, inclusive o adimplemento tardio, não pode ser enquadrado no âmbito funcional do instituto, não fazendo parte da mínima unidade de efeitos por ele produzida" (*Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*: profili generali. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1973, p. 83, nota de rodapé 124; no original: "*Se è vero infatti che la funzione in concreto perseguita da un instituto vada ricercata tenendo presente l'effetto essenziale da esso prodotto, è evidente che tutto ciò che può accadere dopo la proposizione dell'eccezione, compreso l'adempimento tardivo, non può essere inquadrato nell'àmbito funzionale dell'instituto, non facendo parte della minima unità effettuale da questo prodotta*").

[411] Em sentido semelhante, cf. GRASSO, Biagio. *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*: profili generali. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1973, p. 83-84 – perspectiva que serviu de inspiração

Assim, reconhecida a multiplicidade de funções da *exceptio*, há de se reconhecer também que sua estrutura vai além de mera exceção substancial dilatória no processo: com base no raciocínio que preside o fenômeno, constrói-se autêntico *direito potestativo* de o contratante fiel suspender a exigibilidade da sua obrigação enquanto não lhe for assegurado o atendimento de seus interesses contratuais[412].

Esse direito potestativo se manifesta mediante declaração negocial de seu titular, apta a *modificar* a relação jurídica entre este e o excepto, paralisando a eficácia de sua obrigação (e, logicamente, do crédito correspectivo). Não é um direito subjetivo contraposto ao dever jurídico de cumprir a obrigação, mas uma *situação jurídica autônoma* que *decorre do inadimplemento*, tal como o direito (também potestativo) à resolução contratual[413]. O exercício de tal direito representa, pois, uma *faculdade*[414] ao alvedrio do seu titular[415], independente da vontade da contraparte; esta apenas se sujeita às consequências daquela atuação.

É, ainda, um direito potestativo que independe de reconhecimento judicial. O tão-só fato jurídico *inadimplemento* (em qualquer de suas modalidades) é suficiente para disparar os efeitos do mecanismo estudado, como anota DARCY BESSONE – para quem sua aplicação "não requer qualquer ato prévio, podendo ser invocad[a], pois, sem prévia

---

para as conclusões a que chegou o autor deste trabalho em ocasião anterior, e que ora se reafirma (BUTRUCE, Vitor. *A exceção de contrato não cumprido no Direito Civil brasileiro contemporâneo*: funções, pressupostos e limites de um "direito a não cumprir". 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 76-77).

412 A natureza potestativa da *exceptio* já havia sido identificada por GIOVANNI PERSICO (*L'eccezione d'inadempimento*. Milão: Giuffrè, 1955) e, entre nós, por AGNELO AMORIM FILHO (As ações constitutivas e os direitos potestativos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (org.). *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, São Paulo, v. 2, 2011, consultado na versão eletrônica, p. 5).

413 RUY ROSADO DE AGUIAR JR., entre outros, atesta a natureza potestativa do direito à resolução contratual (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 21-53).

414 Não se confunda a *faculdade* com o *direito* em si. A faculdade, diz ORLANDO GOMES, consiste no "poder de agir, compreendido no direito" (*Introdução ao Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 120). O não-exercício da faculdade não ataca a essência do direito, que, em regra, permanece eficaz; ela é, por assim dizer, o modo pelo qual o direito pode se manifestar. Daí porque dizer que o excipiente, titular do *direito a não cumprir*, tem a faculdade de fazê-lo ou não, podendo optar por buscar a execução específica da obrigação ou mesmo pleitear a resolução do contrato (outra faculdade decorrente de um direito potestativo).

415 É essa natureza *potestativa*, e não a natureza de *exceção dilatória*, pois, que deve justificar a tendência de negar-se ao juiz a possibilidade de reconhecer *ex officio* a exceção de inadimplemento. Sobre o problema da reconhecimento de ofício da *exceptio*, cf. FERREIRA, William Santos. Exceção de contrato não cumprido, defesas de mérito direta e indireta, reconvenção e os princípios da concentração e eventualidade – Compatibilizações materiais e processuais. In: ASSIS, Araken de et al. (org.). *Direito Civil e Processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais , 2008. v. 1, p. 548-552.

autorização judicial ou constituição em mora"[416]. O eventual reconhecimento em juízo da legitimidade da recusa tem eficácia declaratória, de modo que o direito em si pode ser exercido extrajudicialmente – o que justifica alguns enxergá-lo como instrumento de autotutela[417]. Nos dizeres de MIGUEL REALE, trata-se de "uma faculdade que equivale a um *ato de auto-exoneração temporária da obrigação de pagar ou de dar algo*"[418].

E a práxis das contratações contemporâneas se inspira na exceção de inadimplemento para moldar uma série de soluções para potenciais problemas das operações que documentam. Ao fazê-lo, procura aproveitar não somente a função precípua indicada acima (isto é, proteger a posição do agente econômico na qualidade de *devedor não-inadimplente*), mas também lançar mão do potencial das funções secundárias de servir como *garantia indireta* ao cumprimento e, sobretudo, de exercer *pressão comercial* sobre a contraparte.

4.2.2. As variações da práxis sobre os pressupostos da *exceptio*

Para tanto, a prática contratual tem disciplinado expressamente situações que regulam a possibilidade de se recusar o cumprimento de obrigações, bem como outras consequências contratuais derivadas do inadimplemento contraposto, em vez de se fiar no texto genérico do art. 476 do Código Civil. Passou-se a incorporar nos instrumentos aspectos que procuram evitar debates relativos à identificação dos três pressupostos da *exceptio*: o *vínculo de correspectividade*, o *inadimplemento* ensejador dos seus efeitos e a *exigibilidade* da obrigação do excepto.

O *vínculo sinalagmático* representa o nexo que une as obrigações correspectivas, o liame entre os contratantes pelo qual "o sacrifício de um é contrabalançado pela vantagem advinda do outro"[419]. Uma dessas obrigações precisa ser *descumprida* para que a

---

[416] BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 200.

[417] A maior parte dos estudiosos que se dedicaram ao tema consideram a *exceptio* um instrumento de autotutela (por todos, cf. SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 163). GIOVANNI PERSICO, em sentido diverso, considera que o instituto não tem essa natureza, pois, apesar de seu exercício alterar a eficácia de uma relação jurídica, não se opera qualquer invasão na esfera jurídica alheia, tampouco se viola direito de outrem, diferentemente de instrumentos como o desforço imediato ou a legítima defesa da posse (*L'eccezione d'inadempimento*. Milão: Giuffrè, 1955, p. 33-35).

[418] REALE, Miguel. A boa-fé na execução dos contratos. In: _____. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 25, grifos do original.

[419] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 5, t. 2, p. 25.

contraparte, prejudicada, esteja legitimada a recusar a prestação que lhe incumbe. E o mecanismo só se aplica àqueles casos em que "se pode harmonizar a cronologia dos encargos de uma e outra das partes"[420] – isto é, quando o excepto deve prestar antes do que o excipiente e não o faz, ou quando as prestações devem ser realizadas simultaneamente; o "toma-lá-dá-cá", conforme a expressão consagrada entre nós por PONTES DE MIRANDA[421].

Sabe-se que a relação de correspectividade normalmente se estabelece entre as chamadas *obrigações principais* de um contrato – aquelas que, exercendo papel relevante no programa contratual, representam elementos cruciais da operação econômica, a ponto de servir com elementos categoriais inderrogáveis do tipo contratual. Diante dessa relevância, é natural que o predicado da correspectividade seja atribuído ao contrato como um todo, por derivação; daí porque se diz haver *contratos sinalagmáticos* quando, a rigor, a referência se dirige a *contratos em que as obrigações essenciais são sinalagmáticas*, ou correspectivas.

Esse vínculo de correspectividade pode se manifestar nos mais diferentes contratos. Está presente em inúmeros contratos típicos, como na compra e venda, em que "um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro" (art. 481), ou no contrato de locação, em que o Código Civil reconhece que a transferência de uso e gozo de coisa fungível se dá "*mediante* certa retribuição" (art. 565). Pode surgir ainda nos ditos contratos complexos, que mesclam características de diversos contratos típicos; em contratos atípicos; ou até mesmo entre contratos coligados, quando eles, embora estruturalmente separados, se dirijam funcionalmente a uma operação econômica única[422].

O conceito ainda se submete a maiores aprimoramentos. Afirma-se que, para o manejo dos remédios sinalagmáticos, não basta a existência de correspectividade entre as obrigações no momento de sua constituição – o chamado *sinalagma genético*, isto é, a previsão inicial no sentido de que determinadas obrigações são interdependentes, uma sendo a razão justificativa da outra. Mais do que isso, aduz-se que o sinalagma deve

[420] STF, 2ª Turma, Recurso Extraordinário nº 100.128/RJ, Rel. Min. Francisco Rezek, v. u., j. 24.02.1984.
[421] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXVI, p. 119.
[422] Sobre a identificação da correspectividade nos contratos coligados, inclusive para efeitos de oposição da *exceptio*, cf. MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 198-202.

também se manifestar *durante a execução do contrato*, o que se consagrou denominar *sinalagma funcional* – ou seja, a necessidade de as obrigações serem "exercidas em paralelo (visto que a execução de cada uma delas constitui, na intenção dos contraentes, o pressuposto lógico do cumprimento da outra)", a ressaltar "que todo o acidente ocorrido na vida de uma delas repercute necessariamente no ciclo vital da outra"[423]. Logo, para se lançar mão da *exceptio*, segundo o ensinamento corrente, a interdependência entre as prestações deve se manifestar na dinâmica da execução do contrato, e não apenas em sua criação[424].

Esse *vínculo* ou *nexo de correspectividade* necessário à oponibilidade da exceção de inadimplemento, portanto, é uma *estipulação contratual*[425], um *elemento de existência do contrato*[426], que integra o seu *conteúdo* e que pode ser extraído da declaração negocial produzida pelas partes. É, como se adiantou, o resultado de certas obrigações serem interdependentes, conexas, correlativas, conforme o desejo e a conduta dos contratantes.

A identificação desse nexo de correspectividade é tarefa destinada ao intérprete. Não há fórmulas na lei, tampouco critérios rígidos que possam determinar se tais ou quais obrigações são correspectivas em cada contrato celebrado. É no procedimento de interpretação que se busca a identificação desse liame. Se a relação de interdependência entre as obrigações não decorrer expressamente da declaração dos contratantes, ou não for de simples percepção, o intérprete deve lançar mão das pautas hermenêuticas direcionadas pela lei para averiguar se a declaração negocial como um todo esclarece a existência e

---

[423] VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1, p. 397.

[424] Sob esse prisma, é bom dizer, sinalagma genético e sinalagma funcional não são fenômenos distintos. A nomenclatura apenas teria o propósito de destacar que a relação de interdependência deve ser *dinâmica*, ou seja, manifestar-se tanto na celebração do contrato quando durante sua execução. Daí porque RAFAEL VILLAR GAGLIARDI propõe com elegância a substituição das expressões "sinalagma genético" e "sinalagma funcional" pela consideração dos *aspectos genético e funcional do sinalagma*, de forma a destacar que o fenômeno é único, embora visto em momentos distintos (A *exceção de contrato não cumprido*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83-85).

[425] Nesse sentido, cf. PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro. Sobre o conceito e a extensão do sinalagma, CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (coord.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1, p. 22.

[426] Segundo ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, "o acordo sobre o sinalagma funcional, nos contratos bilaterais" é exemplo de *elemento categorial essencial* ou *inderrogável* da categoria dos contratos sinalagmáticos (*Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-36). Ou seja, sem essa previsão contratual, não há contrato sinalagmático, mas outra categoria de negócio jurídico.

extensão desse liame, e, sendo insuficientes o texto e o contexto negociais, deve fazer uso de mecanismos complementares e integrativos.

A percepção dessa realidade por vezes estimula os redatores a relacionar *quais obrigações* podem autorizar a recusa ao cumprimento pela contraparte, caso inadimplidas. Os redatores contratuais também trabalham com o risco de dúvidas sobre os descumprimentos que autorizam a recusa – o que exige a investigação sobre as *feições do inadimplemento* concretamente considerado.

De modo geral, pode-se dizer que as classificações da inexecução em inadimplemento absoluto, mora ou violação positiva do contrato não têm conteúdo operacional útil para o manejo da *exceptio*. Afinal, se a função do instituto é garantir ao contratante fiel que não lhe pode ser exigível cumprir sua obrigação *sem que se lhe assegure o atendimento de seus interesses contratuais*, com o adimplemento (ou oferecimento) da obrigação correspectiva, não deve influir para tanto saber se a ausência de cumprimento pelo excepto é ou não justificada; se a inadimplência é imputável ao excepto ou não; se tem por objeto apenas parte ou toda a obrigação descumprida; se foram deveres de conduta ou se foram deveres principais de prestação que deixaram de ser cumpridos. O pressuposto parece ser tão somente o inadimplemento *lato sensu* de obrigação correspectiva.

Assim, a *exceptio* pode ser oposta perante mora, inadimplemento absoluto, cumprimento insatisfatório, violação positiva do contrato, inadimplemento antecipado, vícios redibitórios – e até mesmo perante inexecução justificada por caso fortuito ou força maior. Qualquer que seja o inadimplemento de obrigação correspectiva abre espaço, em tese, para o manejo da exceção de contrato não cumprido[427]. Fala-se *em tese* porque, como se sabe, a oponibilidade da *exceptio* pode se submeter a limites, entre os quais se destacam aqueles relacionados à relevância da obrigação descumprida. No entanto, sob o ponto de vista metodológico, parece mais adequado separar a análise em dois momentos: um primeiro, de averiguar a presença dos *pressupostos* da exceção de contrato não cumprido,

[427] É o que ensina CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ao dizer que, "atendendo-se a que cada um dos contratantes está sujeito ao cumprimento estrito das cláusulas contratuais, e, em consequência, se um não o faz *de maneira completa*, pode o outro opor-lhe em defesa esta exceção levada ao extremo de recusar a *res debita* se, cumprido embora o contrato, *não o fez aquele de maneira perfeita e cabal* – (...) a inexatidão do implemento da outra parte equivale à falta de execução" (*Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3: Contratos, p. 160).

quando se perquire sobre a *existência* do inadimplemento; e um segundo, fase em que o exercício do direito a não cumprir se sujeita a *limitações*[428]. Fato é, contudo, que debates sobre a identificação da relevância do inadimplemento ocorrido podem tornar incerta a legitimidade da recusa.

Esse conjunto de obstáculos teóricos sobre os dois principais pressupostos da *exceptio* justifica que algumas contratações prevejam um conjunto de etapas concatenadas, de modo a criar janelas de oportunidade para que uma parte possa recusar o cumprimento de obrigação sua em situações que, na ausência de estipulação expressa, poderiam dar margem a dúvidas – com o que a práxis mescla os pressupostos da *exceptio* com o manejo de condições suspensivas.

Para se demonstrar como os agentes econômicos podem diminuir a margem de incerteza sobre *quais obrigações* autorizam a recusa ao cumprimento, rememore-se o exemplo do contrato para prestação de serviços de hospitalidade em instalações que abrigaram eventos do Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016[429]. A essência daquele contrato consistia na prestação de um serviço durante o período dos eventos, mediante remuneração. Todavia, a complexidade do serviço normalmente exige planejamento efetuado com bastante antecedência, ao passo que é comum no setor que o financiamento do prestador se realize pelos pagamentos que o contratante libera à medida em que avançam os atos preparatórios do evento. Na ausência de disposições a esse respeito, e à luz do art. 133 do Código Civil[430], poderia haver dúvidas sobre a possibilidade de o contratante recusar o pagamento das parcelas intermediárias em caso de avanço insatisfatório; ou então seria preciso enveredar numa discussão teórica e em controvérsias fáticas que não seriam simples acerca da ocorrência do dito inadimplemento antecipado.

Eis o porquê (acredita-se) de a cláusula 5.2 dispor que a emissão da nota fiscal para cobrança das parcelas do preço somente pode ser autorizada "após o aceite formal do

---

[428] CATHERINE MALECKI chega a conclusão semelhante, ao examinar os pressupostos da *exceptio* no Direito francês (*L'exception d'inexécution*. Paris: L.G.D.J, 1999, p. 280-293).

[429] "Instrumento Particular de Contrato de Prestação de Serviços, por Prazo Determinado – Contrato nº 299/2015" realizado entre o Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 e Aktuell Promoções e Eventos Ltda., datado de 25.05.2015, disponível a partir da fl. 20 do processo 0321728-60.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[430] Trata-se da conhecida regra segundo a qual, nos contratos, o prazo se presume a favor do devedor: "Art. 133. Nos testamentos, presume-se o prazo em favor do herdeiro, e, nos contratos, em proveito do devedor, salvo, quanto a esses, se do teor do instrumento, ou das circunstâncias, resultar que se estabeleceu a benefício do credor, ou de ambos os contratantes".

relatório da contratada pela área funcional responsável do contratante" – aceite formal esse consistente em documento de medição a ser elaborado pela tomadora do serviço em até quinze dias após o "recebimento do relatório da contratada por conclusão de etapas". Isto é: a contratada primeiro estava obrigada a concluir um conjunto de atividades operacionais; em seguida, deveria documentar seu avanço mediante um "relatório de conclusão de etapas"; esse relatório deveria ser então encaminhado à contratante, cuja *área funcional responsável* teria quinze dias para avaliá-lo (ou seja, as pessoas diretamente envolvidas no planejamento e execução daquela operação). A contratada somente estava autorizada a emitir seus documentos de cobrança após a emissão do "relatório de medição" pelo contratante, no qual registrava por escrito sua percepção sobre a entrega dos serviços. Para o caso de desempenho insatisfatório, essa estrutura era reforçada pela cláusula 5.11, que permitia ao tomador "reter valores devidos à contratada" enquanto houvesse "inadimplemento na entrega dos serviços previstos na cláusula primeira (Objeto), hipótese em que *o contratante [deveria] atestar o referido descumprimento quando da elaboração do relatório de medição*".

Essa mecânica – comum em diversas contratações empresariais – tem o potencial de estimular a contratada a avançar no planejamento e execução das suas atividades, bem como força as partes a documentarem a percepção da qualidade do serviços *durante a sua execução*. Em termos de design contratual, isso tende a diminuir os custos de verificação *a posteriori* em caso de disputa, por oferecer relatos autênticos contemporâneos aos fatos; além disso, na dificuldade de fazer *ex ante* um levantamento completo sobre os parâmetros a serem preenchidos para autorizar o disparo do mecanismo (a *proxy choice*), os agentes se comprometem a elaborar um plano de etapas a serem atingidas, e a verificação de cada etapa serve como gatilho para acioná-lo.

Ainda com o propósito de diminuir a margem de dúvida sobre *quais obrigações* integram o vínculo sinalagmático a ponto de autorizar uma recusa, os agentes econômicos por vezes identificam de antemão algumas hipóteses mais sensíveis, disciplinando-lhes efeitos e procedimentos. Essa identificação tem especial serventia em operações nas quais a atividade desempenhada pela contratada oferece riscos ao empreendimento do contratante, como obras de alta complexidade ou serviços com potencial danoso à integridade das pessoas envolvidas.

Em contratos desses moldes, embora numa primeira análise o sinalagma pareça vincular somente as obrigações ditas essenciais (o pagamento do preço e a entrega da coisa, ou a conclusão do serviço), a práxis por vezes atrela os eventos de pagamento ou a eficácia do contrato a aspectos que, sob o ponto de vista estrutural, podem parecer secundários, mas que assumem especial relevância no programa contratual – como é o caso da contratação e manutenção de cobertura securitária.

É o que se vê, por exemplo, em contratos celebrados no contexto do afretamento de embarcações de apoio marítimo *offshore*, em que se prevê que a falta da *entrega das apólices de seguro* exigidas contratualmente atribui à contratante "o direito de reter o pagamento das faturas referentes às atividades [do] contrato, até que a exigência seja cumprida"[431]. Sob o ponto de vista abstrato, o oferecimento de cobertura securitária consiste em elemento acidental do contrato de afretamento, não representando elemento inderrogável ou efeito essencial – o que daria margem para debate sobre a sua ausência autorizar a recusa a pagamentos ou a suspensão de seus efeitos. Mas em certas contratações concretas, diante dos interesses das partes e de cada jogo de barganha, essa cautela pode se tornar indispensável, a ponto de recomendar que sua ausência autorize o acionamento de remédio defensivo. O mesmo se verifica com a prestação e manutenção de garantias de fiel cumprimento[432].

Em síntese: cláusulas desse feitio procuram evitar debates hermenêuticos sobre o grau de vinculatividade entre as obrigações de parte a parte, ou sobre o grau de relevância do inadimplemento de cada no programa contratual. Busca-se pautar já no instrumento as hipóteses e o contexto em que a recusa ao cumprimento de uma obrigação se torna admissível – o que, sob o ponto de vista estrutural, consiste na indicação de certas condutas como *condições suspensivas* destinadas a superar o debate sobre tais obrigações preencherem ou não os pressupostos autorizadores da oposição da *exceptio*.

---

[431] Redação desse teor se encontra, por exemplo, na cláusula 10.6.1 do "Contrato E&P 1872064022", celebrado entre a Petrobras e BOS Navegação Ltda., datado de 31.6.2002, disponível a partir da fl. 94 do processo nº 0171710-08.2008.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[432] Como se observa na cláusula 35.7 do "Contrato de Empreitada Parcial a Preço Global e Prazo Determinado, para Fornecimento de Materiais e Equipamentos, Montagem, Serviços de Engenharia e Obras Civis, para a Implantação da UTE Barreiro S.A.", celebrado entre Usina Termelétrica Barreiro S.A e Toshiba do Brasil S.A., datado de 31.7.2001, disponível a partir da fl. 64 dos autos do Recurso Especial nº 1.446.315/MG, do acervo do STJ, segundo a qual "[a] não apresentação das garantias referidas nesta cláusula [caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança bancária em valor equivalente a 10% do preço global do contrato] será motivo de retenção de qualquer pagamento devido".

De outro turno, também é comum ver cláusulas definidoras de quais obrigações *não autorizam* a recusa às prestações correspectivas. À guisa de exemplo, podem as partes dispor que somente o descumprimento dos deveres de pagar o preço e entregar a coisa permite a suspensão das obrigações, afastando a possibilidade de se recusar cumprimento perante o desfalque de garantias, a ausência de prestação de contas ou a insuficiência de assistência técnica, por exemplo. Ou, como é comum nos contratos de construção de grandes obras, pode-se adotar a estratégia de se prever a emissão de certificado de aceitação provisória dos trabalhos, com as partes relacionando pendências que, embora indicativas de que a empreitada ainda não tenha sido concluída a contento, não impedem o pagamento de parcela devida ao construtor – afastando, assim, a possibilidade de o dono da obra reter todo o saldo do preço[433].

Além disso, e também de modo a evitar essas discussões, ou ao menos pautá-las de modo mais adequado, a práxis das contratações empresariais por vezes recorre a cláusulas que tratam de definir *quais inadimplementos* podem dar margem à suspensão das obrigações contratuais. No contrato para fornecimento de aerogeradores firmado entre Bom Jesus e Wind Power, já citado nesta tese, a cláusula regente do tema prevê que qualquer interrupção depende de inexecução que "comprovadamente impedir ou prejudicar substancialmente o cumprimento" das obrigações de parte a parte – recorrendo a *standard* genérico que pretende evitar discussões sobre a possibilidade de se interromper obras ou serviços em razão de questões menores, mas que atribui certa margem de discricionariedade para a fase *ex post*[434].

---

[433] Como se vê nas cláusulas 7.1 e 13.2 do "Contrato de Montagem e Reforma de Alto Forno" celebrado entre Arcelormittal Brasil S.A e Niplan Engenharia S.A, datado de 10.05.2011, disponível a partir da fl. 362 do processo nº 2150696-58.2016.8.26.000, do acervo do TJSP.

[434] Vide a cláusula 10.1 do "Contrato de Fornecimento, Transporte, Instalação e Comissionamento de Aerogeradores para Implantação do Parque Eólico Bom Jesus", celebrado entre Bom Jesus Eólica S.A. e Wind Power Energia S.A. em 20.2.2014, disponível a partir da fl. 349 dos autos do processo 0404328-75.2015.8.19.0001, do acervo do TJRJ: "10.1 A realização das tarefas prévias ou do fornecimento poderá ser suspensa, total ou parcialmente, nas seguintes hipóteses: [...]; (iii) na hipótese de (a) a contratante comprovadamente não cumprir com qualquer tarefa prévia nos termos do cronograma físico, por razão não atribuível à contratada, seus subcontratados ou a um evento de força maior (incluindo qualquer suspensão do fornecimento em virtude de determinação de autoridades públicas resultantes de ato ou omissão comprovada e exclusivamente atribuível à contratante); e (b) o referido descumprimento, pela contratante, comprovadamente, impedir ou prejudicar substancialmente o cumprimento do fornecimento nos termos do presente contrato; (iv) na hipótese de (a) a contratada comprovadamente não cumprir com qualquer etapa do fornecimento, nos termos do cronograma físico, por razão não atribuível à contratante, seus subcontratados ou a um evento de força maior (incluindo qualquer suspensão das tarefas prévias em virtude de determinação de autoridades públicas resultantes de ato ou omissão comprovada e exclusivamente atribuível à contratada);

No mais, diante do pressuposto de que a obrigação descumprida pelo excepto seja *exigível* para que o excipiente possa invocar o mecanismo, também é corriqueiro se estabelecer que a suspensão da obrigação pela parte somente pode se efetuar após escoado determinado prazo em benefício do inadimplente, ou que o contratante fiel primeiro deve notificar a contraparte, concedendo-lhe oportunidade para purgar sua mora, após o que, permanecendo a inadimplência, lhe fica permitido suspender o seu cumprimento correspectivo.

Exemplo robusto a esse respeito se encontra no contrato celebrado entre a Companhia do Metropolitano de São Paulo e o Consórcio TC – Linha 4 Amarela para execução de obras civis relativas à fase 2 da Linha 4 do Metrô de São Paulo[435]. Sua cláusula 16 detalha as hipóteses que autorizam o consórcio construtor a "suspender as obras" – o que nada mais é do que a recusa ao cumprimento da obrigação principal do empreiteiro. Nela se diz que o consórcio pode "suspender o trabalho (ou reduzir o ritmo de trabalho)" se o engenheiro não emitir os certificados provisórios de pagamento, ou se o contratante não cumprir suas obrigações financeiras. Mas essa suspensão somente pode ocorrer após o consórcio notificar o contratante com pelo menos 21 dias de antecedência, e a suspensão pode durar até que o consórcio receba o pagamento que lhe é devido. A cláusula ainda prossegue detalhando outros efeitos dessa recusa temporária, como o direito do consórcio de ter o prazo para conclusão dos seus trabalhos prorrogado e o pagamento dos custos que incorrer em razão da paralisação[436].

---

e (b) o referido descumprimento, pela contratada, comprovadamente, impedir ou prejudicar substancialmente o cumprimento das tarefas prévias pela contratante, nos termos do presente contrato; [...]".

[435] "Contrato de Execução da Obra Civil, Obra Bruta e Acabamentos, contemplando Obras Remanescentes, para Conclusão da Fase 2 da Linha 4 Amarela da Companhia do Metropolitano de São Paulo (Contrato nº 4107521301)", celebrado entre Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô e Consórcio TC – Linha 4 Amarela, disponível a partir da fl. 47 dos autos do processo nº 10142659-8.2018.8.26.0053, do acervo do TJSP.

[436] Eis os trechos relevantes da cláusula 16.1: "Se o engenheiro não certificar nos termos da subcláusula 14.6 [a emissão de certificados provisórios de pagamento] ou se o contratante não cumprir a subcláusula 2.4 [disposições financeiras do contratante] ou a subcláusula 14.7 [sobre pagamento], o empreiteiro poderá, após notificar o contratante com pelo menos 21 dias de antecedência, suspender o trabalho (ou reduzir o ritmo de trabalho), salvo se e até que o empreiteiro tiver recebido o certificado de pagamento, comprovante razoável ou pagamento, conforme o caso e segundo descrito na notificação. A despeito disso, se o Banco Mundial suspender os desembolsos do empréstimo ou crédito com o qual se efetuam os pagamentos ao empreiteiro pela totalidade ou parte da execução das obras, e se nenhum recurso financeiro alternativo estiver disponível conforme definido nos termos da subcláusula 2.4 [disposições financeiras do contratante], o empreiteiro poderá, mediante notificação, suspender as obras ou reduzir o ritmo de trabalho a qualquer momento, mas não menos do que 7 dias após o mutuário ter recebido a notificação de suspensão do Banco Mundial. [...] Se o empreiteiro subsequentemente receber esse certificado de pagamento, comprovante ou pagamento [...]

Há ainda exemplos nos quais as partes ajustam que algumas obrigações específicas, caso descumpridas, não ensejam a suspensão *de determinados direitos e deveres*. Nessa linha, são conhecidas cláusulas pelas quais se estabelece que, mesmo se descumpridas obrigações relevantes, a parte inadimplente continua podendo exercer certos direitos (um direito de preferência, por exemplo) ou exigir o cumprimento de outras obrigações.

Mencione-se, no mais, a reprodução do que se convencionou denominar cláusula *solve et repete* – isto é, a assunção pelo devedor da obrigação de prestar independentemente da contraprestação alheia, cabendo-lhe cumprir e, em momento posterior, reclamar a devolução do que prestou ou acionar os demais remédios cabíveis[437].

Mas há situações dignas de nota em que a moldura da *exceptio* não seria mesmo suficiente para proteger o interesse dos agentes econômicos – situações em que a identificação de uma obrigação correspectiva não seria intuitiva ou em que o inadimplemento alegado não tenderia a guardar conexão direta com o que se pretende recusar no programa contratual. Nessas hipóteses, percebem-se os esforços dos redatores contratuais de recorrer à criação de *condições suspensivas* para atingir finalidade semelhante à da *exceptio*; muda-se ligeiramente a estrutura para atingir as mesmas funções.

É o que se dá, por exemplo, na costumeira prática de se registrar contratualmente a faculdade de o contratante recusar o pagamento do preço de um bem ou serviço se não lhe for encaminhada previamente documentação comprobatória da regularidade dos pagamentos aos empregados da contratada.

Esse dever de conduta (comprovar a adimplência perante os próprios empregados) é estruturalmente incompatível com a necessidade de se vislumbrar vínculo de

---

antes de dar uma notificação de rescisão, o empreiteiro deverá retomar o trabalho regular o mais rápido possível. Se o empreiteiro sofrer atraso e/ou incorrer em custo como resultado da suspensão das obras (ou redução do ritmo de trabalho) nos termos desta subcláusula, o empreiteiro deverá notificar ao engenheiro e, sujeito à subcláusula 20.1 [reivindicações do empreiteiro], terá direito a: (a) uma prorrogação do prazo por qualquer atraso, se a conclusão estiver ou ficar atrasada, nos termos da subcláusula 8.4 [prorrogação do prazo para conclusão], e (b) pagamento de qualquer custo mais lucros, que deverá ser incluído no preço do contrato. Após o recebimento dessa notificação, o engenheiro deverá proceder nos termos da subcláusula 3.5 [determinações] para acordar ou determinar essas questões".

[437] É interessante notar que a cláusula *solve et repete* não representa hipótese de abstração ou irrelevância da causa da obrigação do devedor. O que se faz nesse caso, a bem dizer, é uma inversão da dinâmica do cumprimento: afasta-se a exigência de manutenção do sinalagma funcional, cabendo ao devedor cumprir mesmo em caso de inadimplência da contraparte, mas lhe fica facultado discutir *a posteriori* o comportamento do credor de sua obrigação, com o que pode resultar a devolução do que prestou (a *repetição*).

correspectividade entre as obrigações de parte a parte; nenhum contratante se obriga a algo para receber em contrapartida a regularidade trabalhista alheia – de modo que, a rigor, não se está diante de uma manifestação da *exceptio*. No entanto, o que se observa é o recurso pragmático a uma condição suspensiva para atingir o efeito típico da *exceptio*: permitir a recusa de uma prestação enquanto a contraparte não adotar o comportamento contratualmente esperado.

Pois a práxis passou a fazer da comprovação dessa situação uma espécie de condição suspensiva quase indispensável, em razão do risco criado para o tomador do serviço no caso de o prestador não se manter adimplente com seu quadro de empregados. Disposições desse tipo podem ser encontradas em qualquer contrato cujo desempenho pressuponha o uso de mão de obra intensiva[438].

4.3. A recusa ao cumprimento fundada no risco do inadimplemento

Para além do recurso à exceção de contrato não cumprido, a práxis regula nos contratos empresariais de prazo determinado algumas situações em que o *risco de inadimplemento* deve permitir a tomada de posição defensiva pelo agente econômico. Isso se faz por duas vias: mediante a identificação de situações em que se vislumbra *o risco de certa atividade não ser concluída no tempo previsto* (transitando pela figura conhecida como *inadimplemento antecipado*) ou pela identificação de mudanças patrimoniais ou desfalques de garantias capazes de colocar em dúvida a *capacidade econômico-financeira* de uma parte fazer frente aos seus compromissos (o que se convencionou denominar *exceção de inseguridade*).

[438] A título de exemplo, veja-se a cláusula 8.4 do "Contrato de Fornecimento, Transporte, Instalação e Comissionamento de Aerogeradores para Implantação do Parque Eólico Bom Jesus", celebrado entre Bom Jesus Eólica S.A. e Wind Power Energia S.A. em 20.2.2014, disponível a partir da fl. 349 dos autos do processo 0404328-75.2015.8.19.0001, do acervo do TJRJ, pela qual a contratada deve emitir "as respectivas faturas relativas ao fornecimento realizado, que deverão ser acompanhadas dos seguintes documentos, sendo que a sua falta acarretará a retenção dos referidos pagamentos: [...] (v) cópia autenticada das respectivas guias ou certidões que comprovem a regularidade da contratada (e subcontratadas no local das obras, se aplicável) perante o Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS e a Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, válidas na data de cada um dos eventos de pagamento; (vi) cópias de folha de pagamento do pessoal alocado no local das obras; e (vii) comprovantes dos recolhimentos dos tributos porventura incidentes, efetuados no mês anterior, referente ao pessoal". Em sentido semelhante, confira-se a cláusula 8.7 do "Contrato de Montagem e Reforma de Alto Forno" celebrado entre Arcelormittal Brasil S.A e Niplan Engenharia S.A, datado de 10.05.2011, disponível a partir da fl. 362 do processo nº 2150696-58.2016.8.26.000, do acervo do TJSP: "O pagamento das notas fiscais fica condicionado à apresentação pela contratada de cópias de guias de recolhimento do INSS e FGTS específicas para este contrato, junto com a relação dos empregados correspondentes, relativas ao mês da omissão das notas fiscais ou, em caso de indisponibilidade, relativas ao mês anterior".

Sob a alcunha de *inadimplemento antecipado* se tem reconhecido a possibilidade de o descumprimento de uma obrigação se verificar antes do implemento do seu termo. Trata-se de figura teórica que visa a superar a presunção de que o prazo opera a favor do devedor, fixada no art. 133 do Código Civil, de modo a proteger o credor de obrigação cujo resultado final ainda não pode ser exigido, mas que se pode vislumbrar de difícil consecução diante do comportamento insatisfatório do devedor ao longo do tempo.

Sua lógica reside na seguinte constatação: se o comportamento do devedor permite inferir que o resultado prático a que visa o contrato não deve ser atingido no advento do termo, à luz das circunstâncias concretas, não é razoável exigir do credor uma postura passiva, aguardando o vencimento da obrigação para, após se confirmar uma frustração já vislumbrada anteriormente, fazer uso dos remédios jurídicos decorrentes do inadimplemento; deve-se facultar à parte tomar providências antes de se concretizar o inadimplemento no futuro[439].

A bem dizer, reconhecida a obrigação como uma relação complexa, composta por diversas situações subjetivas singulares (com destaque para deveres de prestação e de comportamento), funcionalizada ao atendimento dos interesses das partes e, nos contratos a termo, protraída no tempo, pode-se concluir que a ausência de medidas pró-ativas do devedor para desenvolver a atividade que deve levar a cumprir sua obrigação também representa o descumprimento de deveres de conduta. Ou seja, apesar da alcunha consagrada, não é que apenas se anteveja a ocorrência de um inadimplemento futuro; esse inadimplemento pode ser considerado *atual* – sob essa ótica, considera-se que a obrigação se descumpre desde o momento em que o devedor *deixa de praticar os atos preparatórios conducentes ao adimplemento*[440].

Pode-se distinguir teoricamente, então, o *inadimplemento antecipado* das hipóteses de *risco de descumprimento* – aquelas em que se mostra "alta a probabilidade de, no futuro, o devedor não adimplir sua obrigação no tempo, modo e lugar ajustados, a autorizar

[439] AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Brasília: Rio/Brasília, 1977, p. 138.
[440] Nesse sentido, é digna de nota a proposta elegante de ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA para se atribuir nova alcunha ao mecanismo: *inadimplemento anterior ao termo*. Seu argumento, bem lançado, é o de que "o instituto em exame encerra inadimplemento *atual*, embora *anterior* ao termo. *Anterior* (...) apenas indica relação temporal, sem, contudo, como no caso da palavra *antecipado*, emitir juízo de valor quanto ao momento *próprio* para a ocorrência do evento. Com efeito, o inadimplemento *anterior* é aquele que ocorre no presente e anteriormente ao termo" (*Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 122-123, grifos do original).

o credor a agir no sentido de proteger seu crédito"[441]. Apesar dessa distinção, não se vê problema em designá-las sob o mesmo epíteto de inadimplemento antecipado, dado o estado da matéria na doutrina e jurisprudência brasileiras.

Sendo assim, verificando-se circunstâncias objetivas capazes de demonstrar que, no vencimento da obrigação, o resultado útil esperado pelo contratante não deve ser atingido, seja por *inadimplemento antecipado* ou pelo *risco de descumprimento*, pode ele recusar o adimplemento de sua obrigação, se lhe for conveniente, à luz do art. 476 do Código Civil – independentemente do oferecimento de caução ou depósito daquilo que eventualmente seja devido pelo excipiente, frise-se. Essa possibilidade vem sendo reconhecida há tempos por nossos tribunais, do que é exemplo aresto proferido pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul no qual se entendeu que "diante da demora e paralisação da obra, fatos não negados pelo promitente vendedor", era legítimo ao promitente-comprador "[suspender] os pagamentos das prestações antes do advento do prazo para a entrega do imóvel"[442].

Essa estratégia não é desprovida de riscos ao agente econômico. Pode ocorrer que, no advento do termo, o devedor consiga adimplir sua obrigação, ou, mesmo antes desse momento, o *solvens* seja capaz de demonstrar em juízo a ausência de circunstâncias aptas a configurar o inadimplemento antecipado; em casos tais, se tiver procedido à suspensão do cumprimento de suas obrigações, é o credor quem será considerado inadimplente, ficando sujeito às consequências legais e contratuais daí oriundas.

Em razão dessas dificuldades, a práxis tem por vezes regulado expressamente situações ou procedimentos capazes de autorizar a recusa ao cumprimento fundamentada no *risco de inadimplemento* – do que são exemplos as hipóteses já tratadas neste trabalho em que serviços ou obras são seccionados em etapas com pagamentos condicionados à emissão de relatórios de medição.

Para além do risco do inadimplemento, também se cogita a hipótese de a mudança na condição econômico-financeira do devedor justificar a recusa ao cumprimento pela

[441] TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 274.
[442] Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, 9ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 196060800, Rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 11.06.1996.

contraparte – fenômeno típico, previsto no art. 477 do Código Civil, segundo qual "[s]e, 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*", a contraparte pode "recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la". Esse mecanismo é por vezes designado *exceção de inseguridade*[443].

O propósito da exceção de inseguridade, como aponta ORLANDO GOMES, é o de "evitar o perigo a que fica exposto o contratante que se obrigou antes do outro a obrigação assumida"[444], tendo como fundamento a "superveniente diminuição do patrimônio do obrigado a prestar"[445]. E, como opina RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, essa diminuição "pode ser de natureza quantitativa (perda substancial de receita ou redução de bens) ou qualitativa (perda das condições técnicas de cumprir sua prestação)"[446]. O enfoque da regra, portanto, não é o de afastar os efeitos do inadimplemento imputável para proteger a expectativa da *entrega do resultado útil da prestação*, mas para assegurar a *manutenção da garantia geral que o patrimônio do devedor representa em favor do credor*. Essa, aliás, é sua grande diferença quando comparada com a *exceptio non adimpleti contractus*.

No plano dos efeitos, ao invocar a exceção de inseguridade, o credor tem a seu favor o afastamento dos efeitos de um inadimplemento imputável, pois sua recusa é justificada na deterioração patrimonial da contraparte, mas não se produz com isso os efeitos do vencimento antecipado[447]; ademais, sua proteção – que, para além de ostentar o aspecto de exceção dilatória, também traduz direito potestativo – pode ser neutralizada no

---

[443] Adotam a nomenclatura, entre outros, PONTES DE MIRANDA (*Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXVI, p. 224) e ARAKEN DE ASSIS (Arts. 412 a 578. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 696).

[444] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 110.

[445] AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Da extinção do contrato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI. t. II, p. 834.

[446] AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Da extinção do contrato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI. t. II, p. 836. ARAKEN DE ASSIS ainda esclarece que essa situação de piora patrimonial não requer declaração formal de insolvência, bastando "a diminuição que, objetivamente, gere o risco, o que pode se dar sem a necessidade de computar ativo e passivo" (In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 700).

[447] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXVI, p. 226-227; no mesmo sentido, ASSIS, Araken de. Do Direito das Obrigações (arts. 412 a 578). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 700.

caso de a contraparte cumprir o que lhe cabe ou oferecer garantias adequadas para neutralizar o risco derivado da sua diminuição patrimonial. Por sua vez, em razão das regras sobre o ônus da prova, compete ao credor demonstrar o fato do qual extrai a percepção da redução da capacidade econômico-financeira da contraparte[448].

Vê-se, portanto, que os fenômenos do inadimplemento antecipado e da exceção de inseguridade guardam algumas semelhanças, mas são distintos; ambos procuram conferir ao credor uma proteção diante da *iminência* de evento superveniente, mas *os eventos pressupostos* para cada mecanismo não se confundem: o inadimplemento antecipado tem como enfoque a conduta insatisfatória do devedor que não toma providências conducentes ao adimplemento, ou o risco concreto de a atividade não ser concluída no termo previsto; já a exceção de inseguridade se concentra no potencial de a condição patrimonial do devedor tornar duvidosa a entrega da prestação que lhe cabe[449].

Inspirada na dinâmica da exceção de inseguridade, a práxis dos contratos empresariais também costuma adotar cautelas para permitir que a diminuição patrimonial – ou o desfalque de garantias – acione mecanismos defensivos no contexto das relações de prazo determinado[450].

---

[448] AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Da extinção do contrato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI. t. II, p. 833.

[449] Ao lamentar a inexistência de dispositivo expresso na legislação brasileira apto a embasar a suspensão das prestações pelo credor em função do risco de descumprimento, ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA considera que "[a] aplicação do art. 477 do Código Civil [que consagra a exceção de inseguridade] para além da hipótese de risco de descumprimento nele tipificada, a abarcar toda e qualquer circunstância que demonstre a probabilidade de o devedor não adimplir a prestação devida, parece solucionar a questão" (*Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 265; em linha semelhante, cf. SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 32, out./dez. 2007, p. 12). Acredita-se, todavia, que o art. 476 do Código Civil, ao legitimar a recusa ao adimplemento, é mais capaz de alcançar esse objetivo. Além de o recurso ao art. 477 exigir maior esforço interpretativo, superando o requisito objetivo da "diminuição patrimonial capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação", o fato é que a exceção de inseguridade é caracterizada por uma função protetiva *do patrimônio* do contratante fiel; o risco que se cobre com o art. 477 é o da *insolvência*, e não o da *inadimplência*. Não à toa seus efeitos podem ser afastados mediante o oferecimento de garantia pelo devedor – e a prestação de garantia, por si só, é incapaz de assegurar a *satisfação dos interesses concretos* do contratante, fim último da obrigação, e que justifica a própria construção teórica do inadimplemento antecipado e do risco de descumprimento.

[450] É o que se lê, por exemplo, nas cláusulas 7.4 e 7.5 do "Contrato de Distribuição e Outras Avenças" celebrado em 18.1.2010 entre Dairy Partners Americas Brasil Ltda., Dan Olifelix Comércio de Produtos Derivados do Leite Ltda – ME, Luis Felix de Souza e Marcia de Oliveira Félix, disponível a partir da fl. 39 dos autos do processo 4006579-36.2013.8.26.0002, do acervo do TJSP, cuja leitura conjunta conduz à possibilidade de se interromper o fornecimento dos produtos "[p]ela diminuição da capacidade de solvência da distribuidora, entendendo-se como tal, entre outros, o atraso no pagamento de faturas da fornecedora,

Em outras circunstâncias, o interesse em reforçar a proteção do interesse da parte na contraprestação chega a tal ponto que justifica a recusa ao cumprimento no caso de não serem prestadas garantias adequadas *antes do início da operação*. É o que se observa no contrato de fabricação e fornecimento de aerogeradores a que se referiu acima: fez-se questão de registrar na cláusula 16.3 que o pagamento de quaisquer valores devidos à contratada se condicionava à entrega de uma garantia de fiel cumprimento[451].

4.4. A suspensão do contrato por caso fortuito

Outro mecanismo defensivo relevante é a previsão de que as obrigações contratuais – e, por consequência, os efeitos contratuais relevantes – fiquem suspensos por força de eventos considerados fortuitos ou de força maior. Trata-se de ajuste que procura delimitar contratualmente duas ordens de zonas cinzentas a respeito do tema.

A primeira é o detalhamento de *quais eventos* devem ser considerados fortuitos ou de força maior – uma vez que a definição legal do fenômeno, prevista no art. 393, parágrafo único, do Código Civil, nem sempre é suficiente para solucionar as dúvidas naturais a seu respeito.

O texto considera que o caso fortuito ou de força maior se verifica "no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir". De modo a suprir o laconismo desse dispositivo, não é incomum se verem cláusulas com redação extensa a respeito das hipóteses de caso fortuito ou força maior, do que é exemplo a cláusula 26ª do contrato de empreitada celebrado entre a Usina Termelétrica Barreiro S.A. ("UTE Barreiro") e a Toshiba do Brasil S.A. ("Toshiba") para implantação da usina que nomeia o contratante[452],

---

protestos de letras e títulos de crédito, requerimentos e declaração de suspensão de pagamentos, pedidos ou decretação de falência ou concordata, penhora de bens e outros similares".

451 "Contrato de Fornecimento, Transporte, Instalação e Comissionamento de Aerogeradores para Implantação do Parque Eólico Bom Jesus", celebrado entre Bom Jesus Eólica S.A. e Wind Power Energia S.A. em 20.2.2014, disponível a partir da fl. 349 dos autos do processo 0404328-75.2015.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

452 "Contrato de Empreitada Parcial a Preço Global e Prazo Determinado, para Fornecimento de Materiais e Equipamentos, Montagem, Serviços de Engenharia e Obras Civis, para a Implantação da UTE Barreiro S.A.", celebrado entre Usina Termelétrica Barreiro S.A e Toshiba do Brasil S.A., datado de 31.7.2001, disponível a partir da fl. 64 dos autos do Recurso Especial nº 1.446.315/MG, do acervo do STJ.

que conjuga diretrizes genéricas para preenchimento do conceito[453] com hipóteses precisas sobre o que configura[454] ou não caso fortuito[455].

A segunda zona cinzenta diz respeito aos *efeitos desses eventos* – uma vez que, de modo geral, a lei somente disciplina *o afastamento do dever de indenizar* pelo rompimento do nexo de causalidade entre possíveis danos sofridos de parte a parte em razão de certas obrigações não serem cumpridas em cenários fortuitos[456]. De modo a ampliar o escopo dessas ocorrências, tem sido comum verificar nos contratos empresariais regras determinando a suspensão temporária de seus efeitos, prorrogando o prazo contratual por tempo equivalente ao da suspensão derivada do fortuito[457], ou fixando período mínimo que se deve aguardar para que qualquer das partes invoque o desligamento contratual em razão do fortuito[458].

---

[453] "26.1. Para os fins do presente contrato, força maior ou caso fortuito significam qualquer ato, evento ou circunstância imprevisível, ou a combinação destes, que ocorra após a assinatura do presente contrato, e que venha causar atraso ou descumprimento de qualquer obrigação prevista no presente contrato, desde que tal ato, evento ou condição: 26.1.1 esteja além do controle da parte que o invocar; 26.1.2 não seja o resultado de quaisquer atos, omissões ou atrasos de tal parte (ou de uma terceira pessoa sobre o qual tal parte tenha controle, inclusive qualquer subcontratado); 26.1.3 não for ato, evento ou condição, cujos riscos ou consequências tenham sido assumidos no presente contrato pela parte que o invocar; e 26.1.4 não possa ser sanado, evitado, compensado ou negociado ou de qualquer forma superado pelo pronto exercício dos deveres e da diligência da parte dependente de tal ato, evento ou condição (ou qualquer terceira pessoa sobre a qual tal parte tenha controle, inclusive, sem limitação, qualquer subcontratado)".

[454] "26.2 Força maior ou caso fortuito incluirão, sem contudo se limitar aos mesmos, os atos, eventos ou circunstâncias a seguir enumerados, caso os requisitos descritos nos itens 26.1.1 a 26.1.4 acima sejam satisfeitos: 26.2.1 furacão, incêndio, tornados, terremotos, contaminação por radioatividade; 26.2.2 atos de inimigo público, guerra, revolução, invasão, embargo, insurreições, desordem e distúrbios civis, terrorismo, sabotagem, greves ilegais; 26.2.3 greve ou interrupção trabalhista ou medidas tendo efeito semelhante, de empregados e contratados do contratado, ou qualquer subcontratado, que sejam (i) resultado de greve ou interrupção de trabalho de natureza nacional, regional ou setorial ou (ii) resultado de uma greve ilegal".

[455] "26.3 Força maior ou caso fortuito não incluirão: 26.3.1 condições atmosféricas previsíveis, as condições geológicas e hidrológicas no local de implantação, bem como os fatos próprios às condições climáticas regionais; 26.3.2 qualquer ocorrência de falta de mão-de-obra ou peças ou equipamentos ou de material; ou 26.3.3 qualquer atraso ou inadimplemento (direto ou indireto) na obtenção de materiais ou no cumprimento por parte de qualquer subcontratado de suas obrigações, exceto se tal atraso ou inadimplemento de tal subcontratado tiver sido causado por evento de força maior ou caso fortuito, conforme definido nesta cláusula".

[456] É o que deriva do *caput* do art. 393 do Código Civil: "Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado".

[457] Cf. cláusula 16.4 do "Contrato de Montagem e Reforma de Alto Forno" celebrado entre Arcelormittal Brasil S.A e Niplan Engenharia S.A, datado de 10.05.2011, disponível a partir da fl. 362 do processo nº 2150696-58.2016.8.26.000, do acervo do TJSP: "Durante o período em que qualquer uma das partes estiver impossibilitada de cumprir suas obrigações devido a eventos de força maior ou caso fortuito, as obrigações contratuais das mesmas ficam suspensas, sendo o período contratual acrescido do período de tempo em que perdurou a suspensão".

[458] Como se vê na cláusula 16.5 do mesmo contrato mencionado na nota anterior: "Caso o evento de caso fortuito ou força maior perdure por mais de um mês, a parte que tiver recebido a notificação de força maior ou caso fortuito poderá rescindir este contrato através de uma simples carta registrada, a não ser que outros procedimentos tenham sido acordados entre as partes, sem ônus de parte a parte".

No plano do design, o investimento em cláusulas sobre a suspensão contratual por caso fortuito procura reduzir o espaço de incerteza no caso de eventos supervenientes de duvidosa qualificação jurídica se implementarem sem que haja consenso entre os agentes acerca da sua imputabilidade. A ideia, portanto, é substituir o risco de debates futuros (ou litígios com margem de incerteza significativa) pelo investimento *ex ante* no detalhamento desses eventos. E a criação de regras específicas sobre seus efeitos, determinando uma necessária suspensão ou prorrogação de prazo antes que se possa extinguir o contrato, também consiste em estratégia que procura evitar a extinção abrupta do negócio em razão de fatos não-imputáveis às partes. O detalhamento desses ajustes guarda duplo propósito, portanto.

4.5. A retenção e a compensação convencionais de valores por riscos ou despesas imputáveis à contraparte

Uma quarta iniciativa comumente adotada no design do processo de ruptura é a previsão de mecanismos pelos quais as partes se resguardam o poder de *reter e compensar valores* – seja como forma de *garantia* ou *pagamento* por riscos ou despesas imputáveis à contraparte.

Em algumas estruturas mais simples, essas faculdades se justificam no surgimento de despesas inesperadas ou não reembolsadas pela contraparte – como se dá em uma série de contratos típicos, casos do mandato[459] ou do depósito[460]. Com inspiração nessas regras gerais, que disciplinam hipóteses de autêntico direito de retenção, é corriqueira a presença de cláusulas prevendo o direito de o agente econômico "reter" ou "deduzir" valores devidos à contraparte.

Exemplo a respeito se encontra na cláusula 11.2.3 de contrato para realização de obras e serviços de engenharia celebrado entre Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. ("Valec") e Consórcio Galvão OAS[461], mediante a qual se prevê que no

[459] "Art. 681. O mandatário tem sobre a coisa de que tenha a posse em virtude do mandato, direito de retenção, até se reembolsar do que no desempenho do encargo despendeu".
[460] "Art. 644. O depositário poderá reter o depósito até que se lhe pague a retribuição devida, o líquido valor das despesas, ou dos prejuízos a que se refere o artigo anterior, provando imediatamente esses prejuízos ou essas despesas".
[461] Contrato de Prestação de Serviços celebrado entre Valec – Engenharia, Construções e Ferrovias S.A. e Consórcio Galvão OAS, datado de 2010, disponível a partir da fl. 1376 dos autos do processo nº 0093715-69.2015.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

caso de o consórcio construtor "recusar-se ou negligenciar em corrigir as deficiências encontradas" durante a fiscalização da entrega dos serviços, a Valec pode "proceder à correção dessas deficiências e deduzir as respectivas despesas de qualquer pagamento ainda devido à contratada ou das garantias previstas [no contrato], sem prejuízo de efetivar cobrança judicial, se assim lhe aprouver".

Veja-se também o contrato de fornecimento de aerogeradores firmado entre Bom Jesus e Wind Power, mencionado na nota 193 acima, que faz referência a esse direito de o contratante "reter" pagamentos. Sua cláusula 7.13.1 regula uma série de situações em que a Bom Jesus pode ter que incorrer em despesas imputáveis à Wind Power, e cuja essência tem a ver com o surgimento de penalidades administrativas ou reclamações trabalhistas movidas por empregados da Wind Power ou de seus subcontratados; ocorrendo qualquer dessas hipóteses, a Bom Jesus tem a faculdade de "reter o valor equivalente à penalidade exigida pela Administração Pública e/ou custos ou valores incorridos em virtude [das reclamações trabalhistas]", exceto se a Wind Power "apresentar garantia equivalente ao valor da penalidade"[462]. Já sua cláusula 7.13.2 complementa que os pagamentos retidos "serão liberados pela contratante e pagos à contratada [...] após a comprovação da regularização e/ou normalização do cumprimento do cronograma físico e/ou comprovação da regularização do inadimplemento ocorrido", além do reenvio da fatura da parcela em questão[463]. Tem-se, assim, que a Bom Jesus se protege contra o risco de arcar com despesas imputáveis à Wind Power mediante a "retenção" de valores que lhe tem a pagar.

Diz-se "retenção", com as devidas aspas, pois não parece que esse mecanismo se qualifique como hipótese de direito de retenção em sentido estrito, em linha com o que se adiantou no item 4.1 acima. Afinal, a estrutura projetada contempla a recusa à liberação de

[462] Eis o inteiro teor da cláusula: "Caso a contratante seja obrigada a efetuar pagamento de (i) qualquer penalidade exigida por uma autoridade pública em virtude de sentença transitada em julgado (ou decisão administrativa irrecorrível, na hipótese [de] a contratada optar por ou não recorrer judicialmente da referida decisão administrativa) em função de descumprimento comprovado e exclusivo da contratada (a) das obrigações assumidas no contrato; ou (b) da legislação aplicável; e/ou (ii) de reclamações trabalhistas transitadas em julgado, interpostas por subcontratados prestadores de serviços de transporte em face da contratante, a contratante poderá reter o valor equivalente à penalidade exigida pela autoridade pública e/ou custos ou valores incorridos em virtude do item '(ii)' acima, de valores eventualmente pendentes de pagamento para a contratada no presente contrato ou no Contrato de Operação e Manutenção dos Aerogeradores, exceto quando a contratada apresentar garantia equivalente ao valor da penalidade, observado o disposto nas cláusulas 20.3. e 20.4" ("Contrato de Fornecimento, Transporte, Instalação e Comissionamento de Aerogeradores para Implantação do Parque Eólico Bom Jesus", celebrado entre Bom Jesus Eólica S.A. e Wind Power Energia S.A. em 20.2.2014, disponível a partir da fl. 349 dos autos do processo 0404328-75.2015.8.19.0001, do acervo do TJRJ).
[463] Idem.

valores a pagar tendo como justificativa o surgimento de contingências administrativas ou trabalhistas imputáveis à contraparte – valores esses que tornam a ser exigíveis (e, portanto, devem ser liberados) uma vez que aquela despesa é ressarcida pela contratada, ou o respectivo problema administrativo é solucionado. Incidindo sobre *valores a pagar*, o objeto desse mecanismo não é *coisa corpórea* a restituir, mas um crédito devido à contraparte.

Além disso, sendo a recusa justificada no surgimento de despesas derivadas de contingências administrativas ou trabalhistas, há também dúvidas sobre a existência de vínculo sinalagmático entre o problema ocorrido e a obrigação cujo cumprimento se pretende recusar – o que afasta a qualificação dessa cláusula como hipótese capaz de invocar a oposição da exceção de inadimplemento.

Feitas essas considerações, o ajuste exemplificado mais se alinha às feições jurídicas de uma *caução convencional* – isto é, um instrumento de garantia previsto pelas partes, por meio do qual se autoriza que o contratante (no exemplo, a Bom Jesus) mantenha consigo valores a pagar à contratada (no caso, a Wind Power) enquanto esta não garantir ou reembolsar aquele por despesas indevidas, ou não regularizar contingências trabalhistas ou administrativas que lhe sejam imputáveis. Essa cláusula institui um direito potestativo em favor do contratante, que pode invocá-la e deixar de efetuar pagamento que em tese lhe seria exigível, e se estrutura mediante condição suspensiva, em linha com o art. 125 do Código Civil: i.e., uma vez invocada a cláusula pelo contratante, a contratada não tem direito de receber o pagamento por serviços prestados enquanto não regularizar a situação suscitada.

Embora, a rigor, esse mecanismo não tenha natureza de autêntico direito de retenção, não se vê maiores problemas em acompanhar a dicção da práxis e designá-lo de *retenção convencional* – uma vez que o próprio Código Civil não fez questão de restringir o uso do vocábulo "retenção" às hipóteses de recusa de se restituir coisa corpórea.

Também se vê com frequência a previsão de cláusulas autorizando a "compensação", o "desconto" ou a "dedução" de custos arcados por uma parte, mas imputáveis à outra, ou de prejuízos comprovados sofridos ao longo da execução do

contrato, contra débitos que essa mesma parte prejudicada tem a pagar[464]. A qualificação jurídica dessas hipóteses não oferece maiores desafios; trata-se, a rigor, de compensação convencional.

Uma vez mais, trata-se de medidas defensivas e de baixo custo, que permitem ao agente econômico conservar sua posição jurídica e transferir à contraparte os ônus relativos a se mobilizar para questionar a legitimidade da conduta praticada.

4.6. A retenção e a compensação convencionais de valores fundadas em multas por falhas de desempenho

Em situações mais complexas, a mesma lógica delineada acima é acionada pela conjugação de retenção ou compensação convencionais com um sistema de *multas* que serve como *medidor de qualidade da performance* da operação – estrutura que atende a diferentes funções no design contratual.

Ciente de que os mecanismos que suspendem a exigibilidade de determinadas obrigações nem sempre são capazes de proporcionar soluções eficientes para o contratante fiel, e com o propósito de evitar a necessidade de mover demandas para obter a execução específica de obrigações inadimplidas, a prática dos contratos empresariais costuma adotar as multas como "técnica contratual que pode incentivar as partes a cumprirem o que foi acordado a tempo e modo próprios"[465].

Assim, é crença corrente na práxis brasileira que a presença de multas incentiva o cumprimento e desincentiva o inadimplemento, por afetar os retornos esperados pela contraparte com a exploração do negócio – ao passo que, com isso, o credor tem na multa a expectativa de evitar os desgastes da execução específica da obrigação e a possibilidade de reduzir sua contraprestação em caso de cumprimento imperfeito. A utilidade dessa

[464] É o exemplo da seguinte cláusula integrante do Contrato para Fornecimento de Mercadorias celebrado entre Consórcio UFN III e Atlas Copco Brasil Ltda, datado de 2.8.2012, disponível a partir da fl. 123 dos autos do processo n. 1127641-23.2015.8.26.0100, do acervo do TJSP: "4.1.3. Expedição, Inspeção e Testes [...] (xi) O contratante descontará das faturas apresentadas pelo fornecedor os custos com viagem e honorários dos profissionais designados para a inspeção, quando os testes não puderem ser conduzidos, ou não tenham êxito por falha do fornecedor, independentemente da responsabilidade do fornecedor e da aplicação das penalidades contempladas no presente contrato nos casos de atrasos ou descumprimentos". Ou seja: o consórcio contratante reserva a faculdade de compensar, do valor a pagar ao fornecedor das mercadorias, as despesas relativas a inspeções que não sejam frutíferas por fatores imputáveis ao fornecedor (falhas suas) ou por riscos que ele assumiu no contrato (o teste não poder ser conduzido).

[465] BOTREL, Sérgio. *Fusões e aquisições*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 320.

ferramenta cresce especialmente para reforçar *obrigações de fazer* e de *não fazer*, portanto – motivo pelo qual sua adoção na contratação de obras e serviços complexos é quase indispensável.

A engrenagem normalmente adotada para tanto envolve a fixação de um conjunto de condutas que se consideram exigíveis, como se adiantou no item 3.7, cujo descumprimento sujeita a parte ao pagamento de determinados valores.

Para algumas operações mais simples, acorda-se um montante fixo ou percentual único a se aplicar para o descumprimento de qualquer obrigação contratual, ou de um conjunto selecionado de obrigações. Já em operações mais complexas, todavia, torna-se necessário estabelecer um rol maior e mais detalhado de condutas, cada qual sujeita a uma multa específica, a variar de acordo com a relevância da obrigação descumprida.

Confira-se, por exemplo, o sistema de multas adotado em contrato celebrado entre a Companhia Botafogo (o "Botafogo") e a Liquigás Distribuidora S.A. ("Liquigás"), relativo ao patrocínio esportivo do Botafogo de Futebol e Regatas, cuja cláusula 16 contempla diferentes hipóteses:

> "16.1 O atraso injustificado na realização do objeto do presente contrato ou no cumprimento de outras obrigações contratuais, bem como de qualquer outro inadimplemento, assegurará à parte inocente, independentemente da faculdade de rescisão contratual, o direito à cobrança de multas, mediante notificação prévia e por escrito. 16.2. Em caso de atraso na realização do patrocínio ou descumprimento de cláusula contratual, fica garantido à Liquigás o direito de aplicar multa diária no valor de 20% do valor mensal de R$ 500.000,00 por dia de atraso, exceto na hipótese do item 16.3, cuja penalidade será aquela ali descrita. 16.3. Na hipótese de descumprimento das obrigações constantes dos itens 4.13 e 4.14, a Companhia Botafogo ficará sujeita à aplicação de multa de R$ 5.000,00 na primeira irregularidade, R$ 10.000,00 na segunda irregularidade, R$ 15.000,00 na terceira irregularidade e assim sucessivamente, sempre com o acréscimo da quantia de R$ 5.000,00 a cada nova irregularidade. 16.4. Caso o valor básico das multas moratórias chegue ao total de 30% do valor total do Contrato, este será considerado rescindido de pleno direito. 16.5. A Liquigás, sem prejuízo da faculdade de rescindir o presente contrato, poderá aplicar à Companhia Botafogo as seguintes multas compensatórias: 16.5.1. pelo descumprimento total do objeto contratual será aplicada, mediante notificação escrita à Companhia Botafogo, a multa compensatória no valor das quantias já transferidas pela Liquigás; e 16.5.2. pelo descumprimento parcial

> das obrigações contratuais e/ou contrapartidas, mediante notificação por escrito, multa compensatória no valor de 20% do total do contrato"[466].

Percebe-se por essa cláusula que as partes tiveram o cuidado de diferenciar situações que autorizam a Liquigás a aplicar multas contra o Botafogo, a depender de sua relevância e recorrência. Como regra geral, a cláusula 16.2 fixa multa moratória, diária, correspondente a R$ 100 mil em caso de "atraso na realização do patrocínio ou descumprimento de cláusula contratual". Já a cláusula 16.3 prevê multas específicas, e de valores gradativamente crescentes, contra o descumprimento de duas obrigações especiais: a obrigação de o Botafogo fazer com que os integrantes de suas equipes usem sempre indumentária contendo a marca da patrocinadora, inclusive "nas premiações, comemorações de títulos e gols" (cláusula 4.13)[467], e a obrigação de assegurar que ostentem a marca da Liquigás em todas as entrevistas para veículos de mídia (cláusula 4.14)[468]. O valor dessas multas aumenta conforme a reincidência das condutas: R$ 10 mil na primeira irregularidade, R$ 15 mil na segunda, R$ 20 mil na terceira, e assim sucessivamente, sempre com o acréscimo de R$ 5 mil por ocorrência. Ao fim, preveem-se duas multas compensatórias: uma equivalente ao valor já pago pela Liquigás ao Botafogo, para o caso de "descumprimento total do objeto contratual", e outra equivalente a 20% do valor total do contrato, "pelo descumprimento parcial das obrigações contratuais e/ou contrapartidas".

Em alguns setores de indústria, esse escalonamento das condutas é inspirado por aquilo que os gestores de projetos alcunham de *key performance indicators* (KPI) – isto é, os parâmetros de desempenho relevantes esperados do contratado dentro de cada operação, e que devem ser medidos para avaliar a aderência do que se realiza em comparação ao ajustado no contrato. O insucesso no atingimento desses parâmetros costuma resultar na

---

[466] "Contrato de Patrocínio" celebrado entre Companhia Botafogo e Liquigás Distribuidora S.A, datado de 18.8.2008, disponível a partir da fl. 21 dos autos do processo nº 894326/SP, do acervo do STJ.

[467] Eis o teor da cláusula 4.13: "As equipes do Botafogo mencionadas na Cláusula Primeira deverão usar os uniformes, agasalhos, camisas de passeio oficiais do time etc., com a logomarca da Liquigas nas premiações, comemorações de títulos e gols ocorridas nos locais de: competição, especialmente em caso de vitória, sendo vedada a substituição dos mesmos por outras vestimentas que não ostentem a marca da Liquigas".

[468] Cláusula 4.14: "As equipes do Botafogo mencionadas na Cláusula Primeira deverão usar os uniformes, agasalhos, camisas de passeio oficiais do time etc, com a logomarca da Liquigas em todas as entrevistas realizadas pela equipe do Botafogo para a TV, fotos para a mídia impressa ou qualquer outro aparecimento público em nome do Botafogo sendo vedada a substituição dos mesmos por outras vestimentas que não ostentem a marca da Liquigas".

aplicação de uma multa, cujo pagamento pode se dar mediante cobrança perante a parte inadimplente ou por meio da subtração do seu valor do montante que o contratante tem a transferir ao contratado. Eis o porquê de esses parâmetros servirem não só como medida da qualidade do desempenho, mas também como incentivo ao cumprimento – pois impactam o recebimento do preço da operação.

Tornando aos exemplos, vale citar o já referenciado contrato de fornecimento de aerogeradores celebrado entre Bom Jesus e Wind Power[469]; sua cláusula 15.1 estabelece que a Wind Power deve garantir que a curva de potência dos equipamentos não apresente variações com relação à curva de potência garantida no contrato – designada "garantia de desempenho". O desempenho dos aerogeradores deve, então, ser medido com certa periodicidade e a cláusula 15.4 estabelece que a contratada deve, às suas expensas, praticar todas as ações necessárias para que a performance de cada aerogerador corresponda à garantia de desempenho. Mais à frente, a cláusula 20.2 estabelece que o descumprimento da garantia de desempenho sujeita a Wind Power ao pagamento de multa, "a título de indenização da receita perdida, em caráter compensatório", de R$ 80 mil para cada porcentagem abaixo da curva de potência garantida.

Veja-se que o mesmo contrato estabelece multas distintas para outras condutas: sua cláusula 20.1 dispõe que o "não cumprimento pela contratada dos prazos estabelecidos no cronograma físico, por comprovada e exclusiva culpa da contratada", resulta no pagamento, "por dia de atraso, [de] multa compensatória no valor de R$ 5.800,00 por aerogerador, por infração"; já a cláusula 25.1 estabelece "multa não compensatória no valor de R$ 200 mil, por infração ou omissão à obrigação de confidencialidade". Isso indica que, no contexto da operação econômica, cada conduta tem sua própria relevância – merecendo, portanto, tratamento por meios estruturais diferentes.

No plano do design contratual, a fixação desses parâmetros *ex ante* serve como instrumento para facilitar discussões futuras sobre os impactos de certas falhas de performance – uma vez que seu risco para quem pratica a atividade já se precifica antecipadamente, da mesma forma que o beneficiado pela cláusula sabe de antemão qual

[469] "Contrato de Fornecimento, Transporte, Instalação e Comissionamento de Aerogeradores para Implantação do Parque Eólico Bom Jesus", celebrado entre Bom Jesus Eólica S.A. e Wind Power Energia S.A. em 20.2.2014, disponível a partir da fl. 349 dos autos do processo nº 0404328-75.2015.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

proteção jurídica tem a seu favor no caso de cumprimento insatisfatório. A previsão da multa busca, pois, evitar o debate sobre a relevância dos eventos verificados.

Ela também procura evitar a tarefa de se quantificar o dano derivado das ocorrências previstas – o que, não raro, tende a ser de verificação contingente e custosa. O exemplo do contrato entre Bom Jesus e Wind Power é uma boa demonstração disso: para os aspectos operacionais (descumprimento da garantia de desempenho ou atraso do cronograma físico da obra), fixaram-se multas *compensatórias* e de *valores fixos* que parecem guardar relação com o impacto desses inadimplementos; já para proteger as partes contra o descumprimento do dever de confidencialidade, adotou-se multa *não compensatória*, fixada em montante cuja correlação com os prejuízos causados talvez seja difícil de se demonstrar. Mas a ideia é justamente essa: evitar a discussão sobre a liquidação dos danos e pressionar a contraparte a não inadimplir. Logo, essas escolhas também representam investimento *ex ante* com o propósito de diminuir custos *ex post* que seriam necessários em caso de disputa – procurando-se neutralizar comportamento oportunista do agente econômico que se beneficiaria pela dificuldade de verificar o impacto concreto de sua performance insatisfatória ou da divulgação de informação confidencial.

Sob essa mesma lógica, a adoção das multas também costuma servir de instrumento para alguns setores, como o ramo da tecnologia da informação, para construir o que se convencionou denominar *acordos de níveis de serviço* (tradução do inglês para *service level agreements*, mais conhecidos pela sigla SLA)[470]. Trata-se, uma vez mais, de instrumento para aferição da *qualidade* do serviço prestado – que, sob o ponto de vista jurídico, consiste na atribuição de multas incidentes a cada vez que determinado parâmetro de atendimento não é respeitado.

Nesse contexto, os SLA costumam ser estruturados mediante a identificação de um comportamento desejado (o nível de disponibilidade de uma rede de tráfego de dados, por exemplo), a forma de aferição desse comportamento (algum método aceito pelas partes como vinculante) e a aplicação de uma multa caso o nível combinado não se verifique.

[470] Segundo GUILHERME DE FREITAS LEITE, "Acordo de Nível de Serviço são documentos que estipulam quais serviços o usuário espera obter e qual nível de qualidade/performance deve ser alcançado" (Os impactos dos requisitos e controles impostos pela Lei Sarbanes-Oxley na governança de tecnologia da informação (TI). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 37, jul. 2007, p. 349).

Mas a tão só previsão dessas multas não basta para proteger adequadamente os interesses das partes. Afinal, o cenário de mover ação para cobrá-las não é o mais conveniente, para dizer o mínimo. Daí porque a prática contratual tem adotado a estratégia de combinar a incidência dessas multas com a previsão da retenção convencional de valores, ou sua compensação, no momento de se efetuar o pagamento devido à contraparte tida como inadimplente.

Uma vez mais recorrendo ao exemplo do contrato de fornecimento de aerogeradores celebrado entre Bom Jesus e Wind Power, observa-se que, de modo a facilitar a operacionalização da estrutura de penalidades, a cláusula 7.14 autoriza a Bom Jesus, a seu exclusivo critério, a "*abater* do valor do preço global pendente quaisquer valores líquidos, certos e exigíveis devidos pela contratada à contratante nos termos do contrato, dos quais não sejam cabíveis quaisquer recursos"[471].

Tornando também ao contrato de patrocínio firmado entre Botafogo e Liquigás, lê-se na cláusula 16.7 que "as multas a que a Companhia Botafogo der causa serão descontadas no primeiro documento de cobrança por ela apresentado, após a aplicação da penalidade, ou dos subsequentes, se o valor do primeiro não for suficiente", ressalvando-se que "no caso de saldo de multas, sem possibilidade de desconto nos documentos de cobrança relativos a este Contrato, ou inexistindo futuros documentos de cobrança a serem apresentados", a Liquigás permanece com o direito de "efetivar a cobrança da multa por meio de emissão de nota de débito [...]"[472].

Essa estrutura é bastante habitual na prática das contratações empresariais brasileiras, podendo ser encontrada, além dos exemplos acima, em operações das mais diversas naturezas: em contratos de fornecimento de sistemas de compressores de ar[473]; em

---

[471] "Contrato de Fornecimento, Transporte, Instalação e Comissionamento de Aerogeradores para Implantação do Parque Eólico Bom Jesus", celebrado entre Bom Jesus Eólica S.A. e Wind Power Energia S.A., datado de 20.2.2014, disponível a partir da fl. 349 dos autos do processo 0404328-75.2015.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[472] "Contrato de Patrocínio" celebrado entre Companhia Botafogo e Liquigás Distribuidora S.A, datado de 18.8.2008, disponível a partir da fl. 21 dos autos do Recurso Especial nº 894.326/SP, do acervo do STJ.

[473] "Para fins de recebimento das multas estabelecidas nesta cláusula, o contratante fica autorizado a descontar os valores relevantes das prestações a serem pagas ao fornecedor, ou utilizar a garantia prevista na cláusula décima primeira do contrato, como garantia executável, conforme previsto no art. 585 do Código de Processo Civil" ("Contrato para Fornecimento de Mercadorias" celebrado entre Consórcio UFN III e Atlas Copco Brasil Ltda, datado de 2.8.2012, disponível a partir da fl. 123 dos autos do processo nº 1127641-23.2015.8.26.0100, do acervo do TJSP).

contrato de fornecimento de etanol[474]; em contrato para montagem e reforma de alto-forno[475]; em contrato para construção de usina termelétrica[476] e em contrato para prestação de serviços complexos na indústria de eventos[477].

Trata-se de mecanismo de enorme utilidade nos cenários de ruptura negocial, pois o devedor do preço pode lançar mão dele como meio para ser compensado por não receber a prestação aguardada de modo satisfatório, para se proteger do desembolso de quantias sujeitas a controvérsia, ou mesmo para pressionar a contraparte a chegar a um acordo em cenários de desalinhamento.

Além disso, à luz do design contratual, esses ajustes tendem a deslocar o ônus da judicialização da matéria para o devedor-contratado – que fica na incumbência de cobrar o valor retido, de questionar a legitimidade da retenção e de demonstrar a correção do seu comportamento.

Por todo esse potencial, a estratégia merece análise mais acurada acerca da sua qualificação jurídica.

Em primeiro plano, nota-se na práxis certa inconsistência na nomenclatura a respeito do fenômeno de que se está a tratar. Há cláusulas que falam em "abatimentos", "descontos", "retenções" ou "compensações" para descrever a ferramenta. O que pode transparecer para alguns certa atecnia na redação das cláusulas, talvez seja resultado da

---

[474] "12.3 A compradora fica desde já autorizada a descontar dos pagamentos devidos à vendedora os valores que sejam devidos a título de multa" ("Condições Gerais de Compra" integrante de contrato celebrado entre Raízen Combustíveis S.A e Alcool Química Canabrava, datado de 18.3.2015, disponível a partir da fl. 76 dos autos do processo nº 1127417-51.2016.8.26.0100, do acervo do TJSP).

[475] "5.2 Caso a contratada incorra em penalidades, a contratante está autorizada a descontar o valor correspondente às penalidades apuradas de pagamentos devidos à contratada" ("Contrato de Montagem e Reforma de Alto Forno" celebrado entre Arcelormittal Brasil S.A e Niplan Engenharia S.A, datado de 10.05.2011, disponível a partir da fl. 362 do processo nº 2150696-58.2016.8.26.000, do acervo do TJSP).

[476] "A contratante poderá deduzir de quaisquer créditos devidos ao contratado todo e qualquer débito, penalidade, indenização ou compensação decorrentes do não cumprimento das obrigações do contratado ou subcontratados, assim como o reembolso de tributos previsto no item 10.2.1.1 e demais condições deste contrato" ("Contrato de Empreitada Parcial a Preço Global e Prazo Determinado, para Fornecimento de Materiais e Equipamentos, Montagem, Serviços de Engenharia e Obras Civis, para a Implantação da UTE Barreiro S.A.", celebrado entre Usina Termelétrica Barreiro S.A e Toshiba do Brasil S.A., datado de 31.7.2001, disponível a partir da fl. 64 dos autos do Recurso Especial nº 1.446.315/MG, do acervo do STJ).

[477] "5.11. Será permitido ao contratante reter valores devidos à contratada, nos seguintes casos: [...] (d) em razão de aplicação de multa contratual pela contratada, nos termos do item 9.1 e 9.5 deste contrato, desde que devidamente justificado e detalhado por escrito pelo contratante" ("Instrumento Particular de Contrato de Prestação de Serviços, por Prazo Determinado – Contrato nº 299/2015" realizado entre o Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 e Aktuell Promoções e Eventos Ltda., datado de 25.05.2015, disponível a partir da fl. 20 do processo 0321728-60.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ).

cautela típica dos redatores contratuais de não se comprometerem com alguma qualificação específica – de modo a evitar percalços derivados, em especial, do recurso à figura da *compensação*.

Isso porque a compensação, na sua modalidade legal, regida pelos arts. 368 e seguintes do Código Civil, pressupõe que as dívidas sejam "líquidas, vencidas e de coisas fungíveis", conforme o art. 369. E é natural se questionar se as dívidas oriundas de multas aplicadas unilateralmente no contexto de contratos complexos observam o requisito da liquidez.

Historicamente, por dívida líquida se entende a obrigação certa quanto à sua existência e determinada quanto ao seu objeto; era o que dizia a redação do art. 1.533 do Código Civil de 1916, que não encontra correspondente no Código Civil de 2002. Ainda assim, o conceito é repetido sem maiores controvérsias entre os estudiosos brasileiros antigos e contemporâneos.

De modo mais analítico, a dívida líquida é aquela cujas natureza, qualidade e quantidade são conhecidas, e que se expressa por número ou cifra certos ou determináveis. Logo, "[s]e a obrigação depende de prévia apuração, liquidação ou verificação pelos meios regulares de direito, deixará de ser líquida e não autorizará a compensação"[478].

A controvérsia reside, portanto, no potencial de uma dívida constituída por multa contratual aplicada unilateralmente por um dos contratantes – e naturalmente sujeita a contestações por quem a sofre – ser considerada *certa quanto à sua existência*. Por outras palavras: questiona-se se a dívida contestada passa pelo teste da liquidez.

A esse respeito, uma parcela de estudiosos brasileiros notáveis diferencia os conceitos de *liquidez subjetiva* e *liquidez objetiva*. Para JUDITH MARTINS-COSTA, um crédito não deixa de ser líquido "ainda que momentaneamente haja dificuldade para qualificá-lo como certo em virtude, por exemplo, da contestação judicial que lhe é oposta"[479]. Quer-se com isso dizer que a certeza não opera em termos *subjetivos*, como se somente fosse certo o crédito impassível de contestações; assim, resume, "não há

[478] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, t. 1.: Direito das obrigações, p. 299-300.
[479] MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 581-582.

incongruência entre o requisito da 'certeza' (objetiva) e a contestação da existência da dívida, num litígio judicial. Mesmo contestado, o crédito se toma certo pelo afastamento das objeções que o envolverem, com eficácia retroativa"[480].

JORGE CESA FERREIRA DA SILVA reforça o ponto: há que se distinguir a *certeza objetiva* da *certeza subjetiva*. "Dívida objetivamente certa é aquela que, pelos mecanismos comuns, pode ser comprovada. O processo judicial, por exemplo, um desses mecanismos"[481]. Já a dívida subjetivamente certa é "aquela que não é contestada pelas partes". Para fins de liquidez, no contexto da compensação, "exige-se que uma dívida seja objetivamente certa. Dívida contestada, ainda que em juízo, não perde tal qualidade"[482].

Esse entendimento acompanha, em síntese, a lição que já vinha entre nós desde o magistério de LACERDA DE ALMEIDA[483], entre os mais antigos, de JOSÉ SORIANO DE SOUZA NETO[484], entre os monografistas, ou de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA[485], entre os manualistas – mas que nunca foi livre de controvérsias, a julgar pela opinião de peso de CLOVIS BEVILAQUA[486].

---

[480] MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 581-582.

[481] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 478.

[482] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 478.

[483] "A dívida pode ser contestada sem deixar de ser líquida. O *líquido* exprime atualmente o *valor determinado*. 'Dívida líquida diz-se aquela cuja importância se acha determinada', art. 765, § I do *Cód. Civ. Port*. [...] O ser *contestada* a dívida nunca serviu de obstáculo à compensação, uma vez que tenha valor determinado: reduz-se o caso a uma questão de prova, a resolver-se pelos meios gerais, e vencida esta pela sentença que reconhece a dívida, declarada está a compensação, a qual se retrotrai ao tempo do vencimento daquela: dá-se a compensação legal" (ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916, p. 322, nota 4, grifos do original). No mesmo sentido, cf. SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 2, p. 246-248.

[484] SOUZA NETO, José Soriano de Souza. *Da compensação*. Recife: Diário da Manhã, 1933, p. 31. No mesmo sentido, MESQUITA, MESQUITA, Euclides de. *A compensação no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Livraria Universitária, 1975, p. 86-88; e RICO, Osvaldo da Silva. *Da reconvenção e da compensação no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 151-152.

[485] "Não afeta a liquidez do débito o fato de opor-lhe contestação o devedor, fazendo-o litigioso. A certeza é comprometida se o crédito estiver sujeito a alguma eventualidade, como, por exemplo, um acerto de contas, um levantamento pericial, urna verificação ou medição etc." (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 248-249).

[486] "Se a dívida líquida é certa quanto à sua existência, parece que a dívida contestada não se compensa. [...] Uma vez contestada, não é certa; pode entretanto, tornar-se certa pela destruição das objeções, que a envolverem" (BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio. v. 2, p. 133).

Inclusive, não é incomum verificar decisões judiciais que impedem liminarmente a compensação de multas contratuais tendo como justificativa exatamente a falta de liquidez a respeito, derivada do caráter unilateral da sua aplicação ou por seus fatos constitutivos estarem sob contestação.

Chama atenção a esse respeito precedente recente emitido pela 25ª Câmara de Direito Privado do TJSP, que impediu a compensação, no valor a pagar por serviço prestado, de multas relativas ao atraso incontroverso do prestador, e determinou o pagamento imediato do saldo em aberto; no entendimento dos julgadores, "antes da angularizada a relação processual não se pode conhecer, com a segurança necessária, as razões que levaram à mora imputada à [contratada]", pois ela poderia estar amparada em excludente de culpabilidade, concluindo que, no cenário de "*incerteza quanto às causas da inadimplência, não se pode reconhecer a necessária certeza, liquidez e exigibilidade do crédito* que a autora alega existir em seu favor exclusivamente *resultante da aplicação da multa contratual pactuada*"[487], impedindo a automática compensação com as contraprestações devidas pelos serviços prestados.

O risco do debate, portanto, justifica a cautela dos redatores contratuais em evitar atribuir ao mecanismo defensivo a alcunha de *compensação*, optando por alternativas de carga semântica menos técnica, como "abatimentos", "deduções" ou "descontos". Mas, como é de conhecimento comum, as figuras jurídicas se qualificam pelos seus efeitos, e não pelos nomes que as partes lhes atribuem; e não há de se negar que o ajuste contratual destinado a permitir que o contratante *se pague* com crédito que constitui perante a contraparte mediante a aplicação uma multa consiste, com o perdão da tautologia, numa *forma de pagamento* – qual seja, a compensação.

O ponto que por vezes passa despercebido, contudo, é a orientação de boa doutrina no sentido de que o modelo de compensação a que se refere o art. 369 do Código Civil (a dita *compensação legal*) não encerra o fenômeno, sendo possível reconhecer a chamada *compensação convencional*.

A lei brasileira não prevê expressamente a possibilidade de se recorrer à compensação convencional – até porque, como bem aponta JORGE CESA FERREIRA DA

[487] TJSP, 25ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2196301-56.2018.8.26.0000, Rel. Des. Edgard Rosa, v. u., j. 4.10.2018.

SILVA, "é evidente a possibilidade de as partes, fundadas em suas autonomias, estabelecerem as condições próprias que regerão a compensação a ser havida entre elas"[488]. Pode-se assim prever ajuste por meio do qual as partes determinam as condições que consideram aceitáveis para que se opere a compensação de dívidas derivadas da relação, de modo que "a ausência de um ou mais dos requisitos da compensação legal (liquidez ou vencimento, p. ex.) pode ser suprida pela manifestação das partes"[489].

A esse respeito, LUÍS MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS anota que a faculdade de o credor recorrer à compensação é um "relevantíssimo instrumento de tutela do seu crédito", tudo dependendo "do acordado pelas partes"[490] – que, na sua opinião, podem afastar alguns dos requisitos da compensação legal. "Estando em pleno campo da liberdade contratual", complementa, cabe às partes criar o modo de funcionamento dessas compensações[491].

O tema não vinha sendo explorado em detalhes pela doutrina brasileira, mas parece ter atraído interesse no contexto de disputas contratuais recentes. Chamado a opinar sobre cláusula integrante de contrato de EPC destinado à construção de uma usina, ANDERSON SCHREIBER recorre à distinção entre compensação legal e compensação convencional para justificar a legitimidade da recusa de seu consulente em pagar valores que considerava indevidos, não lhe sendo exigido observar o critério da liquidez[492].

Assim, perante essa orientação, nada impede que os agentes econômicos estabeleçam a possibilidade de que certas dívidas sejam compensadas, consoante regras

---

[488] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 458.
[489] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 458.
[490] VASCONCELOS. Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 568.
[491] VASCONCELOS. Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 568.
[492] Ao analisar dispositivo contratual que parecia abranger diversas hipóteses de compensação, afirmou-se que "a intenção das partes não consistiu em reproduzir simplesmente a possibilidade de compensação legal, mas sim em disciplinar genuína hipótese de compensação convencional, afastando-se dos estritos limites legais" (SCHREIBER, Anderson. Compensação de créditos em contrato de empreitada e instrumentos genéricos de quitação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 8, abr./jun. 2016, p. 140). A cláusula que serviu para emissão dessa opinião tinha o seguinte teor: "Se houver quantias devidas pela contratada à contratante de qualquer origem que seja, a contratante terá o direito de compensar, nos termos do Código Civil brasileiro, quaisquer quantias pagáveis pela contratante à contratada contra quaisquer quantias pagáveis pela contratada à contratante, desde que relacionadas ao contrato" (idem, p. 145). No caso, as partes passaram a fixar o preço da obra por ressarcimento de gastos. Neste contexo, a consulente (dona da obra) reteu pagamentos mensais para compensar valores cobrados anteriormente pela construtora da usina e considerados indevidos.

fixadas no instrumento contratual, sem que para isso seja necessário enveredar na discussão sobre serem ou não líquidas as dívidas contrapostas[493]. Nesse contexto, a possibilidade de se compensarem valores a título de multa ganha terreno fértil – e sobressai a posição de *direito potestativo* a favor da parte beneficiada, a quem compete escolher se aplica ou não a multa cabível, com o que se opera a compensação subsequente[494].

Diante dessa liberdade, alguns contratos estabelecem cláusulas de modo a permitir que os agentes econômicos adotem estratégias de compensação arrojadas. Na indústria de óleo e gás, é conhecida a prática aplicada pela Petrobras para controlar a performance dos seus fornecedores mediante a imposição de multas sujeitas a compensações – mecanismo que hoje se insere numa série de disputas, fornecendo exemplos interessantes para estudo sobre como se efetua na prática o gerenciamento dos custos de implementação e dos custos das disputas mediante o design contratual.

Os mecanismos adotados pela Petrobras se espelham em clausulado que se repete nas contratações de diferentes serviços (como afretamentos de embarcações de apoio marítimo *offshore*, prestações de serviços ou construções de unidades industriais), disciplinando aspectos gerais, como as cláusulas sobre responsabilidade civil, forma de pagamento, fiscalização, inadimplemento, multa, extinção contratual e solução de litígios; e um conjunto de anexos que particularizam cada operação especificamente contratada, fixando seu preço, seu prazo, seus aspectos técnicos e assim por diante. Nesses instrumentos, a Petrobras assegura para si o controle do recebimento dos bens e serviços, bem como sua fiscalização. Também lhe cabem o controle do roteiro das atividades e a avaliação do desempenho e da qualidade da entrega promovida pelo fornecedor.

---

[493] Ressalte-se, contudo, que a margem de liberdade não é irrestrita. Como bem aponta BRUNO MIRAGEM, "o negócio jurídico bilateral de que resulta o acordo de compensação deve observar os requisitos gerais de validade (art. 104 do Código Civil), assim como outras regras que definem limites ao exercício do poder de disposição das partes (assim, por exemplo, o art. 187 do Código Civil, que veda o abuso do direito, submetendo-se às causas gerais de extinção (nulidade, anulabilidade, resolução)" (*Direito civil*: Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 452-453). Além disso, já entendeu a 14ª Câmara de Direito Privado do TJSP que não se admite compensação convencional por devedor que se encontra em recuperação judicial, "o que importaria em reconhecer [à contraparte] o direito de receber com primazia ante os credores sujeitos ao rito da recuperação judicial" (TJSP, 14ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível 1035416-18.2014.8.26.0100, Rel. Des. Lígia Araújo Bisogni, j. 07.08.2015; em sentido contrário, também no mesmo tribunal, cf. 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento n. 2269474-21.2015.8.26.0000, Rel. Des. Teixeira Leite, j. 7.12.2016).

[494] Qualificando a compensação como espécie de *direito formativo extintivo*, cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. t. XXIV, p. 416.

Para o que interessa neste estudo, destaca-se o conjunto de regras que disciplinam *a aferição do desempenho, da conformidade e da qualidade da prestação* dos fornecedores, unilateralmente efetuada pela Petrobras, cristalizadas em cláusulas que regem hipóteses de adimplemento insatisfatório, mora ou inadimplemento definitivo.

Tomando-se como exemplo alguns contratos de afretamento de embarcações, pode-se notar que a Petrobras projeta os efeitos das eventuais falhas de serviço sobre o preço, mediante a possibilidade de descontos de despesas[495] e um regime específico e detalhado de multas[496].

---

[495] Cláusula 8.4 do Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2, firmado entre Petrobras e DSND Consub S.A. em 8.10.2009, disponível a partir da fl. 104 dos autos do processo nº 0237360-21.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[496] Pede-se vênia para reproduzir na íntegra um exemplo da redação padronizada que a Petrobras adota a esse respeito, de extensão considerável. Eis a cláusula 16 do "Contrato de Prestação de Serviços" celebrado entre Petróleo Brasileiro S.A. e Galaxia Marítima Ltda, datado de 16.5.2011, disponível a partir da fl. 20 dos autos do processo nº 0179848-51.2014.8.19.0001, do acervo do TJRJ: "Cláusula Décima Sexta – Multas. 16.1. Em notificação escrita e sem prejuízo da faculdade de rescindir este Contrato, a Petrobras poderá aplicar à contratada as seguintes multas moratórias: 16.1.1. Pelo atraso no início dos serviços, objeto deste contrato, o valor correspondente a 50% (cinqüenta por cento) da taxa diária de prestação de serviços Ref. 210 a que se refere o item 5.1 deste contrato, por dia ou fração de atraso. 16.1.2. Pelo atraso no atendimento de exigências contratuais ou de solicitações, por escrito, da fiscalização, a contratada pagará à Petrobras, por dia que exceder ao prazo por esta estipulada, o correspondente a 5% (cinco por cento) da taxa diária de prestação de serviços Ref. 210 a que se refere o item 5.1 deste contrato. 16.1.3. Pela não informação à Petrobras da ocorrência de acidente de trabalho ocorrido com seu pessoal vinculado à execução deste contrato: 4% (quatro por cento) da taxa diária de prestação de serviços Ref. 210 a que se refere o item 5.1 deste contrato, por ocorrência. 16.1.4. pela não emissão da Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT, nas condições e nos prazos legais, em caso de acidente de trabalho ocorrido com o seu pessoal seus vinculado à execução deste contrato: 4% (quatro por cento) da taxa diária de prestação de serviços Ref. 210 a que se refere o item 5.1 deste contrato por ocorrência. 16.1.5. Pela não comprovação das exigências contidas nos subitens 3.10 e 3.10.1, mediante notificação: R$ 30.000,00 (trinta mil reais), por tripulante estrangeiro em situação irregular submetido a este contrato. 16.2. A Petrobras, sem prejuízo da faculdade de rescindir o presente contrato, poderá aplicar à contratada as seguintes multas compensatórias, respondendo ainda a contratada por qualquer indenização suplementar no montante equivalente ao prejuízo excedente que causar, na forma do parágrafo único, do art. 416 do Código Civil, respeitados os limites previstos na Cláusula Décima Quarta – Responsabilidade e Força Maior. 16.3. O montante correspondente à soma dos valores básicos das multas moratórias será limitado a 30% (trinta por cento) do valor total estimado deste contrato, disposto à sua Cláusula Nona. 16.4. Os valores básicos das multas, incidentes sobre as taxas diárias de serviço constantes do anexo ii, serão calculados com base na taxa diária de prestação de serviços em moeda corrente nacional, levando-se em consideração o fator de reajustamento, para Ref. 210 em vigor na época. 16.5. As multas a que, porventura, a contratada der causa, serão descontadas na primeira fatura por ela apresentada, posteriormente à aplicação da multa pela Petrobras, ou das subseqüentes, se o valor da primeira não for suficiente. 16.5.1. No caso de falta de saldo, a Petrobras se reserva o direito de efetuar ou complementar a dedução em documento(s) de cobrança vinculado(s) a qualquer outro instrumento contratual eventualmente mantido com a contratada, ou de utilizar qualquer outro meio adequado à liquidação do crédito/débito, se necessário. 16.6. A contratada poderá recorrer da aplicação da multa, em petição motivada, dentro do prazo de 10 (dez) dias úteis, contados a partir da data do recebimento da notificação, caso em que a Petrobras comunicará a manutenção ou relevação da multa. 16.7. As penalidades previstas nesta cláusula não excluem quaisquer outras previstas em lei ou neste contrato, bem como a responsabilidade da contratada por perdas e danos que causar à Petrobras, em consequência do inadimplemento de qualquer cláusula ou condição contratual. 16.8. Em caso de aplicação de multa compensatória, de seu montante deverão ser deduzidos os

O regime de multas previsto nesses contratos é bastante procedimentalizado. São previstas multas moratórias para diferentes hipóteses de atraso ou cumprimento imperfeito, como atraso na entrega da embarcação no prazo contratual[497] ou no atendimento de exigências contratuais[498]. Essas multas se aplicam cumulativamente, sendo comum haver um teto determinado no contrato[499]. Uma vez ultrapassado esse teto, ou praticados inadimplementos significativos, abre-se para a Petrobras a oportunidade de resolver o contrato, em conjunto com a aplicação de multas compensatórias[500].

Preveem-se também multas compensatórias para diversas hipóteses, inclusive caso o desempenho dos equipamentos não seja satisfatório, conforme parâmetros objetivos[501]. E

---

valores recebidos em razão da aplicação de multas moratórias pelo mesmo evento. 16.9. No caso da Petrobras verificar que a contratada modificou o quadro funcional dos seus empregados, direcionando a contratação de seus empregados, no sentido de evitar custos com o plano de saúde exigido na forma do item 3.11.5 deste contrato, mediante notificação, por escrito: 5% (cinco por cento) sobre o valor da fatura. 16.10. Pelo descumprimento do item 3.11.5 deste contrato, mediante notificação por escrito: 10% (dez por cento) sobre o valor da fatura. 16.11. Pelo descumprimento da obrigação contida no item 3.27.1, mediante notificação, por escrito: 50% (cinqüenta por cento) da taxa diária Ref. 210, por cada ocorrência. 16.12. Pelo descumprimento da obrigação contida no item 3.27.2, mediante notificação, por escrito: 100% (cem por cento) da taxa diária Ref. 210, por cada ocorrência. 16.13. Pelo descumprimento da obrigação contida no item 3.27.3, mediante notificação, por escrito: 100% (cem por cento) da taxa diária Ref. 210, por cada ocorrência. 16.14. No caso de não atender ao requisito de percentual mínimo de conteúdo local previsto no item 3.31 deste contrato, a contratada pagará à Petrobras a importância correspondente à diferença entre o percentual exigido e o comprovado, aplicado sobre o valor indicado no item 5.1 do anexo I deste Contrato". Nesse caso, cuidava-se de contrato de prestação de serviços de apoio marítimo *offshore*. Cláusulas semelhantes – com ligeiras modificações, mas de mesma essência, sobretudo procedimental – podem ser encontradas em outras operações contratadas pela Petrobras, como na contratação de sondas de exploração de produção ou obras civis.

[497] Cláusula 17.1.1 do Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2, firmado entre Petrobras e DSND Consub S.A. em 8.10.2009, disponível a partir da fl. 104 dos autos do processo nº 0237360-21.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[498] Cláusula 17.1.2 do Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2, firmado entre Petrobras e DSND Consub S.A. em 8.10.2009, disponível a partir da fl. 104 dos autos do processo nº 0237360-21.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[499] "O montante correspondente à soma dos valores básicos das multas moratórias, será limitado a 30% (trinta por cento) do valor total estimado deste Contrato, disposto à Cláusula Nona" (Cláusula 17.3 do Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2, firmado entre Petrobras e DSND Consub S.A. em 8.10.2009, disponível a partir da fl. 104 dos autos do processo nº 0237360-21.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ).

[500] "A Petrobras poderá rescindir o presente Contrato, sem que assista à Fretadora qualquer direito de indenização ou retenção, nos seguintes casos: [...] 13.1.9. O cometimento reiterado de faltas no afretamento, devidamente anotadas pela Fiscalização, desde que atingido o limite estabelecido no item 17.3 para a soma dos valores das multas" (Cláusula 13.1.9 do Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2, firmado entre Petrobras e DSND Consub S.A. em 8.10.2009, disponível a partir da fl. 104 dos autos do processo nº 0237360-21.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ).

[501] "Se a Embarcação ficar indisponível por tempo superior a 720 (setecentos e vinte) horas consecutivas ou 1080 (um mil e oitenta) horas alternadas, por ano contratual, não acumulativo (para fração de ano contratual, deverá ser empregada a proporcionalidade), o que ocorrer primeiro, períodos estes contados a partir da primeira hora de indisponibilidade, a Fretadora pagará à Petrobras, por dia que ultrapassar os limites acima estipulados, o valor correspondente a 15% (quinze por cento) da(s) taxa(s) diária(s) de afretamento a que se refere o item 5.1 deste Contrato" (Cláusula 17.2.1 do Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2, firmado entre

as multas compensatórias e moratórias não podem incidir sobre o mesmo fato, de modo a evitar *bis in idem*[502].

Tais multas, compensatórias ou moratórias, podem ser compensadas pelas Petrobras no pagamento das faturas subsequentes[503]; havendo saldo de multa a cobrar, o pagamento pode ser obtido mediante compensação com créditos que o mesmo fornecedor tem a receber em outras operações[504]. Isto é: há contratos nos quais a Petrobras reserva para si a faculdade de cobrar o saldo de multas que excederem parcelas do preço a pagar mediante compensação de dívidas oriundas de outros contratos – e por vezes atraindo devedores solidários para aquela operação econômica, como os controladores da contratada, de modo a, entre outras finalidades, tê-los como sujeitos passivos dessa compensação[505].

Ou seja: isso permite que, em tese, e à guisa de exemplo, a Petrobras pretenda que uma multa derivada de uma falha de desempenho numa sonda de perfuração operada por uma prestadora de serviços na área de exploração e produção de petróleo seja compensada em parcelas do pagamento de obra civil contratada perante outra empresa do mesmo grupo

---

Petrobras e DSND Consub S.A. em 8.10.2009, disponível a partir da fl. 104 dos autos do processo nº 0237360-21.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ).

[502] "Em caso de aplicação de multa compensatória, de seu montante deverão ser deduzidos todos os valores recebidos e, razão da aplicação de multas moratórias pelo mesmo evento" (Cláusula 17.8 do Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2, firmado entre Petrobras e DSND Consub S.A. em 8.10.2009, disponível a partir da fl. 104 dos autos do processo nº 0237360-21.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ).

[503] "As multas a que, porventura, a Fretadora der causa, serão descontadas da primeira fatura por elas apresentada, posteriormente à aplicação da multa pela Petrobras, ou serão descontadas de modo parcelado, quando solicitado pela Fretadora e a critério exclusivo da Petrobras" (Cláusula 17.5 do Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2, firmado entre Petrobras e DSND Consub S.A. em 8.10.2009, disponível a partir da fl. 104 dos autos do processo nº 0237360-21.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ).

[504] "No caso da falta de saldo, a Petrobras se reserva o direito de efetuar ou complementar a dedução em documento(s) de cobrança vinculado(s) a qualquer outro instrumento contratual eventualmente mantido com a Fretadora, ou de utilizar qualquer outro meio adequado à liquidação do crédito/débito, se necessário" (Cláusula 17.5.1 do Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2, firmado entre Petrobras e DSND Consub S.A. em 8.10.2009, disponível a partir da fl. 104 dos autos do processo nº 0237360-21.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ).

[505] No mesmo contrato cuja cláusula 16 foi reproduzida acima consta a seguinte cláusula 24.1: "24.1. Assina o contrato, como empresa juridicamente solidária quanto às obrigações pecuniárias dele decorrentes, independente da causa, origem ou natureza jurídica, a empresa contratada tal como definida no contrato de Prestação de Serviços n° 2050.0065999.11.2, aqui denominada empresa solidária que, neste ato, declara estar ciente de todo o teor e efeitos do contrato" ("Contrato de Prestação de Serviços" celebrado entre Petrobras e Galaxia Marítima Ltda, datado de 16.5.2011, disponível a partir da fl. 20 dos autos do processo nº 0179848-51.2014.8.19.0001, do acervo do TJRJ). Disposição no mesmo sentido se encontra na cláusula 17.1 do "Contrato de Afretamento da Unidade Petroserv TBN (Contrato nº 2050.0042751.08.02)", celebrado entre Petrobras e Commodore Marina LLP, sem data, disponível a partir da fl. 58 dos autos do processo nº 0282808-17.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

– ainda que não haja qualquer relação funcional entre os contratos e as atividades desempenhadas nessas operações.

Em parecer oferecido sobre a legalidade dessa estrutura, FÁBIO ULHOA COELHO aponta que essa modalidade de compensação, que qualifica convencional, "está sujeita aos requisitos estabelecidos pelos próprios contratantes (a [Petrobras] e seus fornecedores); e são necessariamente diversos dos estabelecidos pelo Código Civil para a compensação 'legal'"[506]. Diante disso, defende que não há de se questionar a "circunstância de a cláusula em foco admitir a 'dedução' de obrigações que, pela lei, eventualmente não seriam compensáveis"[507].

Vale dizer que, nas contratações contemporâneas, nem sempre se está diante de efetiva compensação, mesmo convencional, quando se recusa o pagamento de valores em razão da aplicação de multas por performance. Isso porque há hipóteses em que os instrumentos contratuais preveem a retenção de pagamentos até o encerramento do projeto, ou até o atingimento de uma determinada fase, quando se deve realizar uma espécie de acerto de contas e verificar se há valores a liberar. Nesses casos, a previsão mais se assemelha a uma retenção convencional (um instrumento de garantia, portanto) do que a uma compensação convencional (que tem por efeito extinguir a obrigação) – mesmo que essa retenção tenha o propósito de criar um saldo que, ao final, tende a ser utilizado para compensação, pois pode não sê-lo.

Conclui-se, portanto, que essa concatenação entre as multas e estratégias envolvendo retenções ou compensações tem poder significativo no plano do design contratual. Isso porque, além de ser medida de baixo custo, transfere ao contratado uma série de riscos e ônus que, a rigor, não lhe seriam exigíveis no regime comum. Afinal, pela lógica habitual de um litígio sobre inexecução de contratos, o normal seria esperar que o contratante prejudicado com o inadimplemento tomasse a iniciativa de acionar o contratado para ser indenizado pelos prejuízos sofridos com o adimplemento insatisfatório.

[506] COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer oferecido à Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, datado de 4.9.2015*, disponível a partir da fl. 232 dos autos do processo 2166093-94.2015.8.26.0000, do acervo do TJSP, p. 5.
[507] COELHO, Fábio Ulhoa. *Parecer oferecido à Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras, datado de 4.9.2015*, disponível a partir da fl. 232 dos autos do processo 2166093-94.2015.8.26.0000, do acervo do TJSP, p. 5.

No entanto, ao se adotarem as estratégias mencionadas, o resultado é *tudo se inverter*, pois o contratante mantém consigo parcela da remuneração do contratado, resguardando seu caixa, e transfere para o contratado (a) o impacto econômico da redução do fluxo de recebimento; (b) os custos da iniciativa litigiosa para questionar a legitimidade da medida acionada; e (c) os ônus processuais da persuasão e da prova (pois passa o contratado a ter o dever de demonstrar que cumpriu adequadamente, ou que a adoção desses mecanismos pelo contratante ocorreu em circunstâncias abusivas).

Ou seja, para além do reforço no cumprimento das obrigações, essa concatenação de multas com instrumentos de autotutela repercute na dinâmica processual de um possível litígio – o que, uma vez mais, constitui escolha de design contratual. Pois a previsão do mecanismo tende a poupar o esforço de o agente econômico provar a *existência* e a *extensão* do seu dano, bastando-lhe a prova do inadimplemento[508]. Já a contraparte passa a ter alguma previsibilidade sobre a extensão do prejuízo que pode vir a suportar em caso de falha de performance[509] – salvo nos casos em que o contrato autorizar a cobrança das perdas que excederem o valor da multa, como autoriza o art. 416 do Código Civil.

Além disso, a depender da necessidade de recursos do agente econômico (sobretudo aquele que assume a posição de contratado), essa estratégia lhe força a incorrer em custos da disputa para recuperar parcela dos seus ganhos contratuais, precisando apostar suas fichas numa medida de urgência – cenário que lhe exige demonstrar o risco da

[508] Como aponta JUDITH MARTINS-COSTA, "a cláusula facilita o recebimento da indenização, porque poupa, ao credor, o trabalho de provar, judicialmente, o montante de seu prejuízo, a fim de alcançar indenização" (In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 416. Na mesma linha, confira-se o diagnóstico de SILVIO RODRIGUES: "[...] se o inadimplemento ocorrer sem que haja cláusula penal, o credor, depois de vencedor na lide, deve mostrar judicialmente o montante do seu dano e, se não conseguir fazê-lo, não obtém ressarcimento. Havendo, entretanto, cláusula penal, fica o interessado dispensado não só de provar como até mesmo de alegar qualquer dano, pois a convenção que estipulou a multa parte do pressuposto de que o inadimplemento acarreta prejuízo, o qual pode ser coberto com a pena" (*Direito Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2: parte geral das obrigações, p. 87).

[509] É o que aponta ANTÓNIO PINTO MONTEIRO: "Ao mesmo tempo em que o credor se furta ao encargo de ter que provar a extensão do prejuízo efectivo, o devedor previne-se quanto a uma indemnização avultada, superior às suas expectativas. Numa palavra, acordando-se no montante indenizatório predeterminado, as vantagens e os inconvenientes que daí poderão advir são partilhados pelos dois contraentes" (Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 25, 2004, p. 122). Esse diagnóstico inclusive inspira certa aproximação entre a cláusula penal e a cláusula de limitação do dever de indenizar, embora as figuras não se confundam sob os planos estrutural ou funcional – uma vez que, fixada a multa sem que se abra a oportunidade de o credor pleitear indenização suplementar, seu montante acaba por servir, *na prática*, como uma espécie de teto de indenização. A esse respeito, cf. FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 140; e PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 70-71.

demora na falta de uma decisão a respeito e a possibilidade do reconhecimento do seu pleito (o que, especialmente em operações complexas, pode exigir exame de uma quantidade razoável de documentos e circunstâncias de compreensão nem sempre facilmente acessível em cognição sumária).

Por isso, muito mais do que um conjunto de incentivos e desincentivos ao cumprimento, a adoção combinada das multas por desempenho com a retenção ou a compensação convencionais representa uma estratégia de design contratual poderosa, por condicionar de modo determinante a dinâmica de uma potencial disputa, o que justifica que os agentes econômicos invistam em custos de negociação para definir *quais condutas* devem permitir o acionamento das multas, *como deve se dar esse acionamento* e *quais cautelas* devem ser exigíveis antes que se opere a compensação.

Na nomenclatura da teoria do design contratual, trata-se de *front-end transaction costs* que podem ter impacto decisivo para definir as características de um litígio e que condicionam o fôlego das partes em enfrentá-la – pois deslocam os *back-end enforcement costs* em grande parte para o contratado. Não é por menos que a discussão de multas contratuais costuma ser um dos momentos mais delicados na negociação de projetos complexos.

A propósito, também não é por acaso que algumas contratações mais complexas costumam envolver instâncias prévias de debate entre as partes para que se autorize a aplicação de multas. Como contrapeso (ao menos formal) pela unilateralidade das aferições que a Petrobras conduz sobre o desempenho de seus fornecedores, por exemplo, os contratos lhes facultam a apresentação de defesa contra as multas aplicadas, cabendo à Petrobras o poder decisório de manter a multa (e cobrá-la pelas vias cabíveis) ou optar pela sua "relevação"[510]. Essa fase prévia de defesa também se encontra no contrato de patrocínio entre o Botafogo e a Liquigás[511], por exemplo.

[510] "A Fretadora poderá recorrer da aplicação da multa, em petição motivada, dentro do prazo de 10 (dez) dias úteis, contados a partir da data do recebimento da notificação, caso em que a Petrobras comunicará a manutenção ou relevação da multa" (Cláusula 17.6 do Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2, juntado ao processo nº 0237360-21.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ). Diz-se *ao menos formal* porque se podem ver alegações oferecidas por alguns fornecedores da Petrobras no sentido de que a estatal, nessa fase de defesa administrativa, frequentemente rejeita as defesas e aplica as multas sem maiores considerações.

[511] "16.9. A Companhia Botafogo poderá recorrer da notificação da multa no prazo de 15 (quinze) dias corridos, contados da data de recebimento da notificação, caso em que a Liquigás comunicará a manutenção

Uma vez mais no plano do design contratual, vale anotar que a previsão dessas etapas serve não somente para desestimular estratégias oportunistas abruptas, mas também transparece a expectativa das partes de que o ambiente de negociação lhes sirva como meio de evitar o contencioso sobre a matéria – sinal de como a práxis reconhece o valor dos mecanismos desprovidos de vinculatividade jurídica. E, mesmo se a disputa escalar para um litígio adversarial, essa etapa prévia ainda assim contribui para reduzir os seus custos, uma vez que pode antecipar argumentos e aumentar o volume documental sobre determinadas insatisfações – o que tende a ser valioso no contexto de uma tentativa de medida de urgência. Não se trata, pois, de formalidade estéril; trata-se de forma com função.

Para além da qualificação do mecanismo de pagamento das multas, é preciso também avaliar a qualificação das próprias *multas* previstas em contratações desse feitio. Deve-se perquirir se essas previsões consistem em modalidades de *cláusulas penais*, conforme a moldura do instituto previsto entre os arts. 408 e 416 do Código Civil, ou se contam com natureza atípica.

Conceitua-se a cláusula penal como uma "regra de natureza negocial que conecta uma pena ao inadimplemento de uma obrigação"[512]. Estruturalmente, consiste em "uma prestação que o devedor promete como pena ao credor condicionadamente: ou para o caso de incumprimento total, ou em caso de mora, ou, ainda, para a garantia de uma cláusula especialmente destacada no contrato"[513]. Sob o perfil funcional, destaca-se por poder exercer quatro papéis: uma *função ressarcitória* (ou de *pré-fixação do dano*); uma *função de garantia da dívida* (fruto da "coação indireta ao devedor"[514] que lhe deriva); uma *função punitiva*; e uma *função moratória*[515]. Embora a função compensatória seja da sua natureza, não integra sua essência, uma vez que o art. 416, parágrafo único, do Código

---

ou reavaliação da multa" ("Contrato de Patrocínio" celebrado entre Companhia Botafogo e Liquigás Distribuidora S.A, datado de 18.8.2008, disponível a partir da fl. 21 dos autos do processo nº 894326/SP, do acervo do STJ).

[512] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 233.

[513] MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 410.

[514] A expressão é de MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 417.

[515] A análise dessas quatro funções é feita por MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 415-417.

Civil admite que as partes ressalvem a possibilidade de se cobrarem as perdas e danos suplementares – hipótese em que o montante da cláusula penal serve como mínimo de indenização[516].

Essa multifuncionalidade da cláusula penal, ao menos conforme desenhada pelo Código Civil, cria uma série de dificuldades para se fixar sua natureza jurídica e, sobretudo, para qualificar adequadamente os ajustes concretos que são levados à análise do intérprete[517]. Mas, quaisquer que sejam seus critérios, ao se qualificar um dispositivo como cláusula penal típica, surgem ao menos quatro consequências relevantes no plano do seu regime jurídico: (a) exige-se que o infrator incorra em ato culposo para deflagrar os seus efeitos (art. 408 do Código Civil); (b) o montante fixado não pode ultrapassar o valor da obrigação principal (art. 412 do Código Civil); (c) o montante deve ser reduzido pelo julgador, conforme critérios de equidade, em caso de cumprimento parcial do contrato ou de fixação em patamar manifestamente excessivo, tendo em vista a natureza e a finalidade do negócio (art. 413 do Código Civil) e (d) se dispensa a prova do dano para se exigir o pagamento (art. 416, *caput*, do Código Civil).

Dois aspectos em particular chamam a atenção a esse respeito: o pressuposto da *culpa*, inserido pelo art. 408 do Código Civil, e a dispensabilidade da *prova do dano*.

A redação do art. 408 do Código Civil indica com clareza a necessidade de que o comportamento do devedor seja *culposo* para que a cláusula penal lhe possa ser exigida em caso de descumprimento. O requisito merece análise atenta, uma vez que, conforme delineado no item 3.5.2 acima, o fato jurídico inadimplemento não o pressupõe, mas alguns de seus efeitos podem estar sujeitos a requisitos específicos.

Os efeitos típicos da mora (o curso dos juros, a atualização monetária, a *perpetuatio obligationis*), por força do art. 396 do Código Civil, exigem somente ato *imputável* ao devedor. Já o disparo da cláusula penal, por expressa disposição legal, exige mais: exige o

---

[516] "Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente".

[517] O tema, que ultrapassa os limites desta tese, é analisado em detalhes por RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Função, natureza e modificação da cláusula penal no Direito Civil brasileiro*. 2006. Tese de Doutorado (Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006, *passim*.

ato *culposo*[518]. Isso faz com que, na prática, o credor tenha o ônus de demonstrar o inadimplemento (fato constitutivo do seu direito de cobrar a multa), ao passo que o devedor tem o ônus de demonstrar que não agiu com culpa[519].

Mas a análise da práxis mostra que por vezes se deseja inclusive essa defesa, de maneira que se possa cobrar a multa ainda que a parte não tenha agido com culpa – bastando, assim, que o fato lhe seja objetivamente imputável. Isso é especialmente visível naqueles cenários em que a mecânica das multas procura servir como forma de *ajuste de preço* – isto é, multas que atuam mais como fatores de redução da contrapartida a pagar do que propriamente como uma liquidação antecipada de um dano contratual, ou como instrumento de coação do devedor a bem adimplir.

É o caso daqueles mecanismos em que as multas são calculadas em percentuais do preço aplicáveis em caso de falhas de performance de fácil identificação – como no caso dos SLAs da indústria de tecnologia. Acredita-se que, nesses casos, a estrutura da cláusula penal está a servir outra função, que é a de servir de instrumento *redutor de preço* – o que, sob o ponto de visto metodológico, recomenda sua qualificação como tal (como *ajuste de preço*), com o consequente afastamento de dois aspectos relevantes do regime jurídico da cláusula penal: o pressuposto da culpa para acionar a exigibilidade da multa e, sobretudo, a impossibilidade de se invocar a redução equitativa prevista no art. 413 do Código Civil.

Em outra ponta, cumpre atentar para o risco da inobservância do disposto no art. 416, *caput*, do Código Civil, segundo o qual "não é necessário que o credor alegue prejuízo" para exigir a pena convencional. Isso porque há quem opine no sentido de que a demonstração da inexistência de dano seria capaz de afastar a aplicação da multa[520]. Trata-

---

[518] JUDITH MARTINS-COSTA reconhece a especificidade do fenômeno: "O art. 408 [...] deixa claro, com todas as letras, ao buscar o advérbio 'culposamente', que se há de exigir a existência de culpa para atuar a cláusula penal. Mesmo que entendamos que a mora não exija, necessariamente, a culpa [...] há de se convir que, agora, além da mora, há de haver, para o efeito da atuação da cláusula penal, a culpa, por expressa disposição legal. É que, diante de seu caráter de pena, a atuação da cláusula penal requer não apenas a imputabilidade, mas que esta seja informada pelo princípio da culpa" (Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 423).

[519] Nesse sentido, SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 247.

[520] É o caso de NELSON ROSENVALD, por exemplo: "Provando o devedor que o credor não sofreu danos, ficará exonerado da pena. De fato, o dano é pressuposto inarredável da obrigação de indenizar. A prova do devedor quanto à inexistência de qualquer prejuízo é decisiva. As regras de distribuição do ônus da prova implícitas na cláusula penal colocam a cargo do devedor a alegação e a prova da inexistência do dano ou da

se de perspectiva perigosa, uma vez que sua prevalência tende a desmontar toda a lógica que preside os esforços *ex ante* de negociação a respeito dessas cláusulas – pois, como se viu, um dos indutores para a sua previsão é a conveniência de elas dispensarem a verificação dos danos efetivamente sofridos, bastando a demonstração do fato previsto[521].

O que se conclui da análise dessas cláusulas, em síntese, é que a qualificação desses mecanismos deve ser efetuada caso a caso, conforme a redação contratual empregada e os propósitos buscados pelas partes com as ferramentas desenhadas. Releva notar, contudo, que nem sempre se está diante de cláusulas penais típicas – seja pelo desejo de se afastar o pressuposto da culpa, seja pela função predominante de ajuste de preço a que a ferramenta pode se destinar.

---

inexistência de nexo causal entre o dano e o descumprimento. Cuida-se de fato impeditivo ao direito do credor" (*Cláusula penal*: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 125).

[521] Isso não significa, todavia, que não se possa adotar contratualmente instrumento semelhante às chamadas cláusulas de *liquidated damages*, comuns na experiência anglo-americana, por meio das quais se visa a pré-fixar os danos derivados de possível inadimplemento, sem caráter punitivo ou de reforço da obrigação, e cuja aplicação pode ser afastada no caso de se demonstrar a inexistência de dano (sobre a diferença entre as cláusulas penais e as ditas "cláusulas de perdas e danos", com função semelhante às *liquidated damages clauses*, cf. SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 239-243). Não tem sido essa, todavia, a escolha habitual nos contratos empresariais brasileiros, que por vezes fazem questão de salientar que a multa tem caráter "punitivo" ou "não compensatório".

5. OS MECANISMOS DE RUPTURA COM FUNÇÃO EXTINTIVA E SUBSTITUTIVA: O DESLIGAMENTO CONTRATUAL

SUMÁRIO: 5.1. Resilição, resolução, rescisão e denúncia: o problema da nomenclatura (e qualificação) dos principais fenômenos extintivos. 5.2. O papel do prazo determinado na manutenção do vínculo contratual: as hipóteses de extinção motivada e imotivada. 5.3. Uma proposta com os olhos postos na práxis: a distinção conforme a relevância dos motivos objetivos para o exercício do mecanismo extintivo. 5.4. O desligamento imotivado contratualmente autorizado. 5.5. O desligamento autorizado por motivos não imputáveis à contraparte. 5.6. O desligamento autorizado por motivos imputáveis à contraparte. 5.6.1. O entendimento convencional sobre a cláusula resolutiva expressa. 5.6.2. A sindicância sobre as hipóteses que autorizam o desligamento: os problemas da correspectividade e da relevância da obrigação descumprida. 5.6.3. A sindicância sobre a gravidade e a substancialidade do descumprimento que autoriza a extinção. 5.6.4. As estratégias da práxis para o desligamento autorizado por motivos imputáveis. 5.7. Os mecanismos de ruptura com função substitutiva. 5.7.1. A contratação substitutiva. 5.7.2. O mandato irrevogável.

Nem sempre as posturas defensivas são suficientes para estancar a escalada de tensão no progressivo esgarçamento da relação contratual, muitas vezes resultando insuficientes para guiar as partes a uma solução de consenso – e outras tantas levando já à instauração de uma disputa acerca dos mecanismos defensivos acionados. Nesse cenário, chega-se ao ápice do processo de ruptura: a decisão de um dos agentes econômicos (ou de ambos) de extinguir a relação contratual de modo não amigável.

Nesse momento, sobressaem os mecanismos contratuais destinados a guiar o momento mais patológico da relação. São instrumentos que, como se adiantou, procuram realizar o equilíbrio entre a criação de alternativas eficientes de saída de uma operação econômica e resguardar as partes de tentativas oportunistas de apropriação de investimentos alheios, em violência ao programa contratual. Portanto, uma vez que nem toda operação chega a bom termo pelas vias naturais, é preciso planejar o desfazimento desses contratos de modo racional.

A esse propósito, sabe-se que os contratos podem se extinguir de forma natural, notadamente pelo cumprimento das obrigações ajustadas ou pelo advento do termo – isto é, a conclusão de uma obra, a entrega satisfatória de um equipamento, o encerramento de um ciclo de longo prazo de investimentos de um franqueado, a realização de um grande evento etc. Mas os contratos também podem se encerrar de forma não natural. E as formas não naturais de extinção podem envolver problemas relacionados à sua *eficácia*, como o implemento de condição resolutiva, a revogação, a redibição, a impossibilidade

superveniente de cumprir a obrigação, a resilição e a resolução por inadimplemento ou por onerosidade excessiva; também podem se extinguir de maneira não natural por questões relacionadas à sua *validade* – como sua nulidade por ilicitude do objeto ou sua anulabilidade por erro, lesão ou estado de perigo, por exemplo.

Note-se que, a rigor, não é *o contrato* que se extingue nos modos de dissolução não natural por problemas de eficácia, mas *a relação contratual*; melhor dizendo, *as situações jurídicas dele derivadas* é que perdem seus efeitos – quase todas, na prática, o que justifica a metonímia consagrada.

Diz-se isso porque, em última análise, o contrato representa um fato jurídico, e os fatos existem ou não existem; uma vez existentes, produzem efeitos ou deixam de produzi-los. Atuando no plano da eficácia, os mecanismos extintivos ora estudados dissolvem as obrigações derivadas do contrato e impedem o exercício de outras situações jurídicas decorrentes da lei ou do consenso, como direitos potestativos, pretensões ou faculdades; o contrato se torna então ineficaz ao final de um progressivo *desfazimento da relação contratual*, a que se atribui a alcunha de *liquidação*. A extinção do contrato é, portanto, um efeito reflexo e mediato da extinção das obrigações e demais situações jurídicas que o compõem[522]. Explica-se melhor.

Tome-se como exemplo um contrato de empreitada, contendo previsões específicas sobre seu procedimento extintivo em caso de inexecução, entre as quais o estabelecimento prévio de peritos para fixar a quantia devida ao dono da obra, uma multa pecuniária de natureza não compensatória e uma convenção de arbitragem. Se *o contrato* fosse extinto a partir do fato previsto pelas partes (seu inadimplemento, por hipótese), toda aquela disciplina jurídica seria inoperante – afinal, o que está extinto não pode ter efeitos. Mas é evidente que a extinção não tem essa abrangência; a dissolução do contrato deve seguir os parâmetros estabelecidos nele.

O que há, portanto, é a perda sequencial de efeitos das situações jurídicas decorrentes dos contratos (os deveres de prestação, as faculdades, os direitos potestativos etc.), remanescendo por vezes pendente a relação jurídica com algumas situações de menor

[522] AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos empresariais*: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 417-418.

relevância dentro do programa contratual originário (como deveres de conduta ou obrigações ditas acessórias), até sua completa extinção[523].

No contexto proposto nesta tese, o estudo do design do processo de ruptura pressupõe se analisarem três motivos que levam à extinção contratual: o *inadimplemento*, o *desalinhamento de expectativas entre as partes* e a *proteção de interesses legítimos juridicamente protegidos*. No plano dogmático, esses motivos se manifestam mediante dois mecanismos de extinção não natural que regulam o desfazimento contratual por problemas de eficácia: a *resolução* e a *resilição*.

Por isso, é pertinente traçar comentários sobre esses mecanismos e as principais discussões que os envolvem.

5.1. Resilição, resolução, rescisão e denúncia: o problema da nomenclatura (e qualificação) dos principais fenômenos extintivos

Conceituar resilição e distingui-la da resolução enseja controvérsias doutrinárias intensas. Basicamente, duas leituras prevalecem a esse respeito, uma com foco na *fonte* da extinção, difundida entre nós principalmente por ORLANDO GOMES, e outra nos seus *efeitos*, capitaneada no Brasil por PONTES DE MIRANDA. A primeira discussão a se travar sobre esses fenômenos, portanto, envolve a interminável querela sobre sua terminologia.

Segundo ORLANDO GOMES, *resolução* designa a extinção contratual baseada na ineficácia superveniente que não tem como fonte o consenso – isto é, fundada no inadimplemento do devedor, na onerosidade excessiva, na impossibilidade da prestação e assim por diante[524]. Já a *resilição* comporta a extinção fundada na vontade – denúncia, quando unilateral; distrato, se bilateral[525]. Outra visão, promovida por PONTES DE MIRANDA, lê a *resilição* como uma *espécie* de resolução, que se destaca pela ineficácia *ex*

[523] Tal sutileza se ressalta ainda mais quando se pensa em acordos de confidencialidade ou não-concorrência, disposições que não costumam ser afetadas pela extinção do contrato, ou em deveres pós-contratuais derivados da boa-fé. Eles somente permanecem vinculantes porque a relação contratual não deixa de existir.
[524] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 204-205.
[525] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 222-225.

nunc resultante da extinção de contratos por prazo determinado; distingue, portanto, pelo escopo e pelos efeitos[526].

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA[527], MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES[528], ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO[529], LUIZ EDSON FACHIN[530], GUSTAVO TEPEDINO[531] e OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR[532], entre outros[533], filiam-se ao pensamento de ORLANDO GOMES. Para eles, a *fonte* justifica a distinção entre as figuras, reservando para resilição as hipóteses em que as partes decidem se desligar do contrato por sua simples vontade ou conveniência.

Por sua vez, ARAKEN DE ASSIS[534], JUDITH MARTINS-COSTA[535], ALCIDES TOMASETTI[536] e RODRIGO XAVIER LEONARDO[537], entre outros[538], enxergam a *eficácia* como

---

[526] A construção de PONTES DE MIRANDA a respeito se encontra, em especial, entre as p. 391-396 do tomo XXV do *Tratado de direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
[527] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 4: Direitos Reais, p. 133.
[528] LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3, p. 199.
[529] AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 72.
[530] FACHIN, Luiz Edson. A responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar. In: TEPEDINO, Gustavo. *Soluções Práticas de Direito*: pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, jan. 2012, versão eletrônica, p. 8.
[531] TEPEDINO, Gustavo. Validade e efeitos da resilição unilateral dos contratos. In: _____. *Soluções Práticas de Direito*: pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 2, nov. 2011, versão eletrônica, p. 2.
[532] RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*: a autonomia da vontade e a teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002, p. 76.
[533] No mesmo sentido, ver também THEODORO JR., Humberto; MELLO, Adriana Mandim Theodoro. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 790, ago. 2001, versão eletrônica, p. 13; RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 277; LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 610; DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. Contrato empresarial. Contrato prorrogado por prazo indeterminado. Possibilidade de denúncia vazia. Aviso prévio. Licitude. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, jan./mar. 2017, versão eletrônica, p. 7; JORGE JR., Alberto Gosson. Resolução, rescisão, resilição e denúncia do contrato: questões envolvendo terminologia, conceito e efeitos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 882, abr. 2009, versão eletrônica, p. 5; e ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória de contratos a prazo*: pressupostos para sua ocorrência. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 51.
[534] ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 82 e 160.
[535] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 728.
[536] TOMASETTI JR, Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 56.
[537] LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a resilição: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 7, abr./jun. 2016, versão eletrônica, p. 2

critério distintivo, alinhando-se à visão de PONTES DE MIRANDA – isto é, visualizando a resolução como mecanismo de eficácia retrospectiva e a resilição limitada apenas à extinção das obrigações posteriores ao seu exercício. ARAKEN DE ASSIS chega inclusive a reduzir a resilição a um "enfraquecimento da terapêutica resolutiva, administrado por razões de conveniência econômica"[539].

O exemplo mais claro para se ver a diferença entre as perspectivas é o da extinção de contratos de execução periódica sujeitos a prazo determinado: ao se pensar na extinção da locação por inadimplemento do locatário a partir de sua fonte (inadimplemento), tem-se *resolução*, ainda que com eficácia *ex nunc*. Focando-se nos efeitos, tem-se *resilição*.

O Código Civil de 2002 parece ter se alinhado à corrente difundida por ORLANDO GOMES, atribuindo a alcunha de *resolução* à ineficácia contratual superveniente sem fundamento no consenso, como se vê nos arts. 474, 475, 478, 479, 500, entre outros. Entre essas regras, assumem especial destaque os arts. 474 e 475, donde deriva o regime jurídico geral da *resolução contratual por inadimplemento* – isto é, a extinção do contrato fundada no incumprimento de obrigações – e a resolução por onerosidade excessiva, regida pelos arts. 478 e seguintes.

Já o termo *resilição*, que como nota ORLANDO GOMES tem origem no direito francês[540], não era mencionado pelo Código Civil de 1916, mas foi adotado expressamente pelo art. 473 do Código Civil de 2002, ao determinar que "[a] resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte".

É curioso notar que autores de peso, como RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, que adotava a nomenclatura proposta por PONTES DE MIRANDA em escritos anteriores, passaram a empregar o termo resilição mais recentemente para "designar a extinção do contrato pela vontade das partes, de ambas, na modalidade do distrato, ou de uma, nas

---

[538] Como é o caso de GUSTAVO HAICAL (Apontamentos sobre o direito formativo extintivo de denúncia no contrato de agência. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 312).
[539] ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 160.
[540] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 221.

hipóteses de resilição unilateral"[541]. De acordo com o autor, é "essa classificação que, a partir do novo Código Civil, deve ser utilizada [...], com abandono da antiga orientação"[542]. Outros estudiosos também passaram a afirmar que a redação do Código Civil de 2002 colocou "um ponto final à dúvida semântica"[543].

Mas a opção seguida pelo Código Civil não eliminou as controvérsias – e a doutrina ainda se mostra dissonante sobre o assunto[544]. Além disso, percebem-se alguns ligeiros desvios de rota no texto codificado, como ao se nomear *rescisão* uma série de situações que não guardam coerência funcional sequer entre si[545].

Veja-se, por exemplo, a hipótese do art. 455 – pela qual o evicto pode optar entre a "rescisão" do contrato (isto é, sua extinção pelo implemento da evicção) ou o abatimento do preço, no caso de evicção parcial; a se seguir uma coerência com a nomenclatura adotada no capítulo sobre a extinção dos contratos, acredita-se que o termo compatível seria *resolução*[546]. Já a previsão do art. 740, pela qual "[o] passageiro tem direito a rescindir o contrato de transporte antes de iniciada a viagem, sendo-lhe devida a restituição do valor da passagem, desde que feita a comunicação ao transportador em tempo de ser renegociada", parece indicar extinção do contrato por manifestação unilateral de uma das partes – o que, mantendo a coerência terminológica, exigiria o termo *resilir*[547]. No mais, o art. 1.642, IV, fala na possibilidade de o cônjuge demandar a "rescisão" dos contratos de

---

[541] AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Da extinção do contrato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI. t. II, p. 42.
[542] Idem.
[543] LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 610. No mesmo sentido, ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória de contratos a prazo*: pressupostos para sua ocorrência. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 51.
[544] Digna de nota a esse respeito é a necessidade que JUDITH MARTINS-COSTA encontra de comunicar preliminarmente o vocabulário que adota ao se manifestar sobre a função limitativa da boa-fé perante os fenômenos extintivos: "Como questão preliminar a esse exame, e exclusivamente por motivos de clareza – já que o tema não se furta a fundas confusões terminológicas, advindas, dentre outros fatores, das distintas influências, germânica e francesa, que se manifestam no Código Civil –, esclareça-se que aqui é adotada a terminologia proposta por Pontes de Miranda" (*A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p.728).
[545] Conforme ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO e FRANCISCO MARINO apontam nas notas de atualização à obra de ORLANDO GOMES, "[o] Código Civil de 2002 não emprega o termo 'rescisão' em sentido técnico ou unívoco. É usado para significar ora resolução, ora resilição" (GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 227).
[546] O problema parece se repetir nos art. 810 do Código Civil.
[547] O mesmo deslize se observa nos arts. 607 e 1.148 do Código Civil.

fiança e doação que não contaram com sua autorização – o que parece remeter a hipótese de *invalidade*.

A rigor, o termo *rescisão* é utilizado na experiência estrangeira para designar a extinção do contrato por vício de *lesão*[548]. Tentando preservar esse significado, alguns autores brasileiros procuram limitar o uso do vocábulo a essa hipótese[549]; outros, a exemplo de ORLANDO GOMES, estendem o significado para também abranger o estado de perigo[550], e há quem o estenda à ação redibitória[551].

Há ainda aqueles que, a seu turno, buscam desvencilhar a figura da rescisão da sua roupagem estrangeira associada à lesão. A lição de MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES indica que rescisão e resilição seriam sinônimos na língua portuguesa, mas reserva ao vocábulo significado jurídico limitado aos casos de nulidade[552]. Já ÁLVARO VILLAÇA DE AZEVEDO propõe restringir sua carga semântica à hipótese de extinção do contrato por inexecução

[548] É a análise trazida por AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Da extinção do contrato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI. t. II.p. 254.

[549] É o caso de RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, para quem, "[c]aso se queira manter o uso do vocábulo rescisão, tão arraigado aos usos do foro, deveria então ficar reservado à ação de anulação do contrato lesivo" (Da extinção do contrato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI. t. II, p. 254).

[550] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007., p. 227-228.

[551] JORGE JUNIOR, Alberto Gosson. Resolução, rescisão, resilição e denúncia do contrato: questões envolvendo terminologia, conceito e efeitos, *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 882, abr. 2009, versão eletrônica, p. 4: "[...] nos vícios redibitórios dentro da sistemática do Código Civil e, portanto, enquadrando-se na categoria de vícios ocultos presentes na coisa de maneira a ensejar sua rejeição, caso o adquirente deles tivesse conhecimento, encontramos hipótese de rescisão, caso se venha tomar a opção pela redibição do contrato (*actio redhibitoria*)".

[552] LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3, p. 199. O autor nota que "tanto a palavra *resilição* como *rescisão* possuem a mesma significação na língua portuguesa, não sendo de uso frequente a expressão *resilir*" – cenário que viria a se modificar em anos posteriores. Diante desse diagnóstico, SERPA LOPES propõe a seguinte nomenclatura para "[as] causas extintivas do contrato: l) pela rescisão, no caso de nulidade; 2) pela sua resolução, na superveniência de evento condicional, como a condição resolutória tácita ou expressa: 3) pela revogação, nos casos em que a lei concede tal direito, como no mandato e nas doações; 4) pelo distrato, quando as partes se acordam em desfazer as relações contratuais estabelecidas: 5) pela teoria dos riscos".

culposa[553]. E já se tentou propor a rescisão como um conceito amplo: um gênero do qual seriam espécies a resilição e a resolução[554].

Para além desse debate terminológico, cumpre lembrar que a prática negocial brasileira tradicionalmente adota o termo rescisão para descrever qualquer modalidade de extinção contratual, independentemente da causa ou do efeito, fazendo parte do jargão – opção, contudo, que não adota "*a expressão de maior latitude*"[555], como sintetiza JUDITH MARTINS-COSTA.

Deve-se ressaltar, ainda, que o cenário terminológico não é menos controverso quando se analisam os diversos significados que a doutrina atribui ao termo *denúncia*.

ORLANDO GOMES[556] e GUSTAVO TEPEDINO[557], por exemplo, tratam a denúncia como uma *modalidade de resilição*: a resilição unilateral, fundada na declaração de apenas uma das partes. Já outro conjunto de estudiosos, como PONTES DE MIRANDA[558], ARAKEN DE ASSIS[559], JUDITH MARTINS-COSTA[560] e ALCIDES TOMASETTI[561], a conceituam como a

---

[553] ÁLVARO VILLAÇA AZEVEDO afirma que "quando a inexecução da obrigação contratual dá-se culposamente, encontramo-nos em face da rescisão, ou seja, da ruptura do negócio, que pode ser unilateral ou bilateral, quer exista descumprimento obrigacional por uma das partes, ou por ambas, respectivamente" (Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 71). Em sentido semelhante, ANTONIO AUGUSTO DE TOLEDO GASPAR trata a rescisão contratual como sinônimo de resolução por inadimplemento (Da extinção dos contratos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, 2008, p. 104).

[554] RUZZI, Marcos Hoppenstedt. Resolução pela frustração do fim do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes et al. (coord.). *Direito contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, 2007, p. 495.

[555] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 729.

[556] ORLANDO GOMES afirma que "[o] poder de resilir é exercido mediante declaração de vontade da parte a quem o contrato não mais interessa. Costuma-se designá-la pelo nome de denúncia" (*Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007., p 224).

[557] GUSTAVO TEPEDINO afirma que "[n]ão é, de fato, incomum que, na prática contratual, as partes ajustem entre si o direito de resilir o contrato, mediante notificação a outra parte, o que se denomina, frequentemente, denúncia" (Validade e efeitos da resilição unilateral dos contratos. In: _____. *Soluções Práticas de Direito*: pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 2, nov. 2011, versão eletrônica, p. 2).

[558] Segundo PONTES DE MIRANDA, "[a] denúncia obtém resultados desconstitutivos semelhantes aos da resilição, que são o de extinção *ex nunc*, mas a denúncia põe termo à relação jurídica, não a desfaz, nem é como se desfizesse o negócio jurídico [...] A resilição supõe que o contrato tenha prazo determinado, para que algo se possa desconstituir, ou que, não o tendo, o direito especial – como as leis emergenciais sobre locação – tenha tirado ao figurante a denúncia vazia [...]. Quando o locador de serviços por tempo indeterminado se afasta do contrato não é por ato de resilição, mas sim por ato de denúncia: não havia vínculo para o futuro (*Tratado de Direito Privado*: parte especial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV, p. 384).

[559] Segundo ARAKEN DE ASSIS, a "denúncia se distingue da resilição, porque aquela se projeta para o futuro, encerrando a relação contratual, colocando nela um ponto final, sem, contudo, desconstituí-la [...] A natureza da denúncia é negocial ou, consoante o entendimento mais vulgar, declaração unilateral de vontade" (*Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 82-83).

saída unilateral promovida *nos contratos de prazo indeterminado* – ou, de acordo com RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, nos *contratos de prestações duradouras*[562]. Ou seja, para os primeiros, a extinção unilateral de contrato por prazo determinado, autorizada por disposição contratual (como, por exemplo, o encerramento antecipado de contrato de prestação de serviço, pelo tomador, fundado na alteração do controle societário do prestador), seria uma hipótese de denúncia; para os últimos, não, integrando espécie de resilição distinta.

Num apanhado geral sobre as principais manifestações sobre o tema, pode-se notar progressiva tendência a se consolidar o emprego da nomenclatura mais compatível com as linhas gerais do Código Civil. Nesse contexto, sintetiza-se a prevalência de se observar a distinção de nomenclatura – e qualificação jurídica, no que é mais importante – entre os principais meios dissolutivos da seguinte maneira: (a) a *resolução* consiste na extinção da relação contratual baseada na sua perda superveniente de eficácia em decorrência da impossibilidade de se atingir o interesse da parte que a aciona, por fato que não lhe seja imputável, como o inadimplemento do devedor, a impossibilidade superveniente do objeto, o caso fortuito ou a onerosidade excessiva; (b) a *resilição* consiste num gênero, por meio do qual a relação contratual se extingue por desejo de uma ou de ambas as partes, comportando duas espécies – a resilição bilateral, que consiste no distrato, e a resilição unilateral, que se opera mediante comunicação à contraparte; (c) a *denúncia*, por sua vez (e por metonímia[563]), consiste na extinção da relação contratual continuada ou de trato

---

[560] Segundo JUDITH MARTINS-COSTA, a denúncia é o "modo extintivo das relações jurídicas obrigacionais duradouras. A denúncia também configura direito formativo extintivo, com eficácia *ex nunc*" (*A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 729).

[561] De acordo com ALCIDES TOMASETTI JR., o "ato jurídico (*lato sensu*) denunciativo cabe, com pertinência, para extinguir relações jurídicas que prosseguiriam indefinidamente no tempo, por não haver prazo, ou por já não mais haver prazo (= tempo indeterminado)" (In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 56).

[562] De acordo com RUY ROSADO DE AGUIAR JR., a denúncia é "o exercício do direito formativo, limitada aos contratos de prestações duradouras, unilaterais ou bilaterais, sem a exigência do inadimplemento, produzindo efeitos *ex nunc*, enquanto a resolução tem por requisito o incumprimento e se aplica apenas aos contratos bilaterais" (Da extinção do contrato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI. t. II., p. 505 e 506). Em sentido semelhante, RODRIGO XAVIER LEONARDO conceitua a denúncia como o "negócio jurídico pelo qual, unilateralmente, é exercido o poder de fixar um termo ou um prazo para, com eficácia *ex nunc*, finalizar uma relação jurídica duradoura, originariamente concebida sem prazo" (A denúncia e a resilição: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 7, abr./jun. 2016, versão eletrônica, p. 2).

[563] Isso porque, seguindo à risca o teor do art. 473 do Código Civil, a denúncia consiste na *declaração* da parte do seu desejo de extinguir a relação contratual – afinal, a regra diz que a resilição unilateral opera "mediante denúncia notificada à outra parte". Note-se que o Código Civil utiliza o verbo "denunciar" em

sucessivo, mediante declaração unilateral da parte a quem o contrato ou a lei, implícita ou expressamente, atribui essa faculdade[564].

5.2. O papel do prazo determinado na manutenção do vínculo contratual: as hipóteses de extinção motivada e imotivada

Minudências de nomenclatura à parte, os fenômenos mencionados apresentam um denominador comum: relacionam-se ao modo de se *extinguirem relações contratuais*. E essa extinção, por sua vez, pode se operar tanto *justificadamente*, quando uma das partes dissolve a relação com base em razões que a lei ou o contrato consideram legítimas, ou *injustificadamente*, quando a lei ou o contrato permitem que a extinção se dê por livre escolha das partes. A primeira hipótese pode ocorrer mediante *denúncia motivada* (também designada *denúncia cheia*) ou pelo acionamento de *cláusulas resolutivas*; a segunda, mediante *denúncia imotivada* ou *denúncia vazia*.

Como se viu, a dicção do art. 473 do Código Civil aponta que a resilição unilateral opera mediante denúncia notificada à outra parte "nos casos em que a lei *expressa* ou *implicitamente* o permita".

A lei *expressamente* regula a matéria para alguns contratos em espécie, como a prestação de serviços ou a locação de imóvel urbano. Aliás, exemplos conhecidos de denúncia motivada se encontram no art. 47 da Lei nº 8.245/1991, que elenca uma série de razões reputadas legítimas a justificar a extinção unilateral do contrato de locação com prazo inferior a 30 meses – entre as quais, por exemplo, a situação de o locatário ter extinto seu contrato de trabalho, ocupando imóvel para fins relacionados ao emprego (inciso II), ou de o locador reivindicar o imóvel para uso próprio ou de pessoas relacionadas (inciso III).

---

diversas ocasiões com o sentido de exigir do titular de um direito que notifique ou informe a contraparte a respeito do exercício pretendido. É o que se vê, por exemplo, nos arts. 446 e 614, § 2º. Ainda assim, é de uso corrente a metonímia de se designar denúncia não somente a *declaração da parte*, mas a própria *modalidade de extinção contratual* que deriva dessa declaração.

[564] Em linhas gerais, essa síntese é também apresentada por ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória de contratos a prazo*: pressupostos para sua ocorrência. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 51; e VIÉGAS, Francisco de Assis. *Denúncia contratual e dever de pré-aviso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 51. Ambos os estudos atribuem à moldura da resilição unilateral fenômenos que recebem outros nomes pelo Código Civil, como a *revogação* do mandato pelo mandante ou sua *renúncia* pelo mandatário.

Já entre os casos tidos como de resilição *implicitamente* permitida, segundo o entendimento convencional, destaca-se a possibilidade de extinção *ad nutum* dos contratos celebrados por prazo indeterminado – independentemente de justa causa, desde que mediante aviso prévio com antecedência razoável ou combinada.

Essa dinâmica se observa, de modo singelo, no regime da extinção dos contratos de prestação de serviços no Código Civil. Seu art. 599 estabelece que, "não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar", qualquer das partes, "a seu arbítrio, mediante prévio aviso", pode extinguir o contrato. Por sua vez, o art. 602 fixa que o prestador "contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, sem justa causa, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra", ao passo que o art. 603 define que o tomador do serviço deve pagar "por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocaria de então ao termo legal do contrato", se despedir sem justa causa o prestador engajado por prazo determinado.

A bem dizer, a consulta aos principais estudiosos brasileiros que se dedicaram ao assunto permite observar certo consenso de que a denúncia imotivada dos contratos por prazo indeterminado seria, na prática, a única hipótese albergada pela admissão implícita a que se refere o art. 473 do Código Civil[565]. E essa abertura para a saída imotivada nos

[565] É o que se vê, por exemplo, em estudo monográfico sobre a denúncia no qual se afirma categoricamente "ser esta [a resilição de contratos de prazo indeterminado], portanto, a hipótese de cabimento da resilição nos casos em que a lei 'implicitamente o permita' (CC, art. 473, *caput*)" (VIÉGAS, Francisco de Assis. *Denúncia contratual e dever de pré-aviso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 79). Cumpre ressaltar, todavia, que a matéria não parece ser completamente livre de questionamentos. Muito embora a denúncia de contratos por prazo indeterminado não seja objeto desta tese, não se pode deixar de suscitar que o Código Civil parece ter deixado aberto espaço interpretativo suficiente para que sejam construídas outras hipóteses legais permissivas da resilição unilateral. Afinal, nada impedia que a regra fosse direta e dissesse que a resilição unilateral cabe nos contratos de prazo indeterminado ou nos demais casos em que a lei expressamente assim admitir. A cautela de se adotar o conceito de *admissão legal implícita* merece, pois, que se cogitem ao menos em tese outras hipóteses. Circunstância que merece análise sob essa ótica, por exemplo, é a que vem se construindo na experiência internacional acerca da extinção dos contratos de longo prazo por motivos relevantes, ou por causa imperativa (alcunhada "*termination for compelling reason*" na literatura estrangeira). A hipótese ganhou atenção entre os estudiosos da família romano-germânica em razão da nova versão do § 314 do BGB, resultante da reforma promovida em 2002, que passou a ter a seguinte redação: "§ 314. Encerramento de relações obrigacionais continuadas por motivo relevante. (1) Qualquer contratante pode encerrar relações obrigacionais continuadas por um motivo relevante, sem que lhe seja exigido aviso prévio. Um motivo relevante ocorre se não se pode exigir da parte que encerra a relação contratual que nela permaneça até o advento do termo pactuado ou até o transcurso de um prazo de aviso prévio, levando-se em consideração todas as circunstâncias do caso e com a ponderação dos interesses de ambas as partes. (2) Se o motivo relevante consistir na violação de um dever contratual, o encerramento somente se admite após transcorrido, sem sucesso, prazo fixado para sua sanação ou após notificação infrutífera. [...]. (3) A parte legitimada somente pode encerrar o contrato dentro de um período razoável decorrido desde o conhecimento

contratos por prazo indeterminado é o que faz da definição de um termo fixo uma estratégia de proteção jurídica das operações econômicas.

Afinal, a permanente possibilidade de extinção a qualquer tempo dos contratos por prazo indeterminado pode representar uma escolha dos agentes econômicos sobre o nível de vinculatividade que desejam manter sobre a operação.

Contratações esporádicas, ou que envolvem ativos de fácil substituição no mercado, tendem a ser estruturadas mediante contratações por prazo indeterminado – é o que por vezes ocorre com a contratação de serviços gerais ou o fornecimento de bens de baixo valor agregado. Relações pouco usuais, entre agentes econômicos que ainda não se conhecem, também podem ser inicialmente firmadas sem prazo determinado, para permitir que as partes adquiram maior proximidade e aumentem o grau de confiança necessário para um engajamento duradouro mais planejado. E por vezes a impossibilidade de se atingirem condições contratuais desejáveis em determinado momento faz com que os agentes optem por uma relação mais fluida, sem compromisso de longo prazo, à espera de nova janela para renegociação ou para a busca de outro parceiro.

Imagine-se, por exemplo, uma indústria química que dá início à implementação de um novo parque industrial de alta complexidade, projetada para se concluir em cinco anos, e que se vê diante da necessidade de contratar empresa especializada na assessoria de gestão de riscos e seguros. Por se tratar de contratos cuja remuneração da empresa assessora pode envolver comissões sobre prêmios e indenizações, a escolha entre firmar uma relação de prazo indeterminado ou determinado (englobando os cinco anos de projeto mais alguns anos adicionais para acompanhar o início das operações, por exemplo) pode variar a depender das condições comerciais a que as partes chegarem durante as

---

do motivo relevante. (4) A pretensão ao ressarcimento de danos não se exclui com o encerramento" (tradução livre do autor a partir de uma análise combinada da versão para o espanhol editada por MARQUÈS, Albert Lamarca. *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*. Madri: Marcial Pons, 2008, p. 101-102 e da versão em inglês disponível em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/, acessado em 17.01.2019; nota-se que a tradução para o espanhol optou pelo uso do termo "*denuncia*", ao passo que a versão em inglês adota "*termination*" para traduzir o termo alemão "*Kündigung*"). Pela natural influência da reforma do BGB sobre outros ordenamentos da Europa continental, o tema foi objeto de exame pelo grupo de trabalho constituído no contexto do UNIDROIT incumbido de propor alterações em matéria de contratos de longo prazo, mas não logrou adesão suficiente para integrar a versão que resultou nos Princípios UNIDROIT 2016. Sobre as possibilidades do tema no Direito brasileiro, mediante análise comparada, cf. MOREIRA, Rodrigo Cavalcante. *A resolução do contrato de longa duração pela quebra absoluta da confiança*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018, p. 203-215, onde se procura albergar a hipótese como uma espécie de *resolução contratual por quebra de confiança*.

negociações. Caso a empresa de assessoria esteja disposta a oferecer comissões em patamares competitivos para engajar o cliente por longo prazo, faz sentido que as partes fixem o prazo da relação; do contrário, estando a contratante insegura sobre as comissões que se obriga a pagar, talvez lhe seja mais conveniente dar início à relação sem prazo determinado, ficando livre para se desvincular a qualquer tempo. São fatores como esses que influenciam a tomada de decisão de agentes econômicos sofisticados entre contratar com prazo determinado ou não.

Essa escolha pode ainda representar diferentes estratégias sobre como estruturar modelos de negócios. Como se viu no item 1.7 acima, a maior parte das principais redes de franquia do Brasil desenham seus contratos com prazo determinado – uns maiores, outros menores –, mas aquela que concentra o maior número de unidades do país (O Boticário) adota contratos de franquia por prazo indeterminado. Novamente: não existe fórmula mágica, mas diferentes opções na moldagem de cada empreendimento.

Já a contratação de ativos específicos ou as relações contratuais que exigem maior prazo de maturação ou continuidade costumam ser ajustadas por prazo determinado. E é interessante notar que a definição deste prazo nem sempre representa uma matemática exata, mas uma estimativa dentro da qual as partes esperam alcançar seus interesses, realizar seus investimentos e, em caso de sucesso, renovar o compromisso por novos períodos. Com base nessa estimativa é fixado um prazo que funciona mais como *estratégia de permanência* do que projeção para o término da operação.

Além disso, sabe-se que por vezes, especialmente em relações nas quais se nota certo grau de dependência econômica entre as partes, os contratos são estruturados sob prazos curtos, com sucessivas prorrogações que se operam tacitamente, até que uma das partes opte por não o prorrogar em determinado momento. Essa estratégia é bastante comum em contratos de distribuição: define-se um prazo determinado (dois anos, por exemplo), que se prorroga automaticamente por igual período caso nenhuma das partes se manifeste em sentido contrário com certa antecedência[566]. E com isso por vezes se mantêm

[566] É o caso, por exemplo, do prazo adotado em contrato celebrado pela Dairy Partners Americas para distribuição de produtos da linha de refrigerados da marca Nestlé: "O presente contrato vigorará pelo prazo de 02 (dois) anos, contados da sua assinatura, podendo ser renovado por períodos sucessivos de 02 (dois) anos, a menos que uma das partes notifique à outra a sua intenção de não renová-lo, com antecedência mínima de 90 (noventa) dias da data prevista para renovação automática" (cláusula 7.1 do "Contrato de Distribuição e Outras Avenças" celebrado em 18.1.2010 entre Dairy Partners Americas Brasil Ltda., Dan

relações contratuais por décadas – até que, em dado momento, uma das partes decide se desligar mediante a recusa à prorrogação do prazo.

Situações com essas características costumam ensejar debate candente sobre a possível conversão do prazo determinado em indeterminado – seja para autorizar a saída de uma das partes antes do encerramento do prazo em curso, seja para atribuir à parte prejudicada pelo desligamento as pretensões derivadas do parágrafo único do art. 473 do Código Civil, destinadas a permitir a recuperação dos investimentos consideráveis realizados com o propósito de executar o contrato. Destaca-se, a propósito, decisão marcante proferida pela 3ª Turma do STJ, no sentido de que não constitui ato ilícito a recusa à "renovação de contrato de distribuição de bebidas e/ou alimentos, após expirado o termo final da avença, com amparo e perfeita observância de expressa e válida cláusula que assegura a ambas as partes contratantes o direito de não mais prorrogar tal relação"[567]. Apesar desse precedente, entende-se que o tema não comporta análise apriorística, sendo necessário analisar caso a caso a função que o prazo exerce na estrutura contratual e as circunstâncias em que o desligamento pretendido se manifesta[568].

Assim, como regra, havendo prazo determinado, o desligamento de uma das partes somente pode ocorrer de modo regular se estiver fundamentado em alguma justificativa legal ou contratual que assim o autorize. Do contrário, não havendo fato autorizado por lei ou pelo contrato para que a parte se desvincule, sua decisão de romper o contrato representa efetivo *inadimplemento*, por não observar o prazo contratado, ficando a parte inadimplente sujeita à escolha da contraparte entre exigir o cumprimento das obrigações ou a extinção contratual, com seus naturais consectários – isto é, a lei brasileira confere à

Olifelix Comércio de Produtos Derivados do Leite Ltda – ME, Luis Felix de Souza e Marcia de Oliveira Félix, disponível a partir da fl. 39 dos autos do processo 4006579-36.2013.8.26.0002, do acervo do TJSP).

[567] STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.494.332/PE, Rel. para o acórdão Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, v. m., j. 4.8.2016. Vale destacar que a cláusula em questão tinha a seguinte redação: "O presente contrato vigorará pelo prazo de 01 (um) ano, com início em 03 de janeiro de 1983, podendo ser prorrogado por igual período e assim sucessivamente, caso não seja denunciado por qualquer das partes, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias" (cláusula 12ª do contrato firmado entre Indústria de Bebidas Antarctica do Nordeste S/A e Brasileiro Bebidas Ltda., datado de 10.8.1983). O contrato foi sucessivamente prorrogado até o exercício de sua extinção pela fornecedora em 1.11.1999, que o STJ considerou válida.

[568] Para uma análise sobre o assunto no contexto dos contratos de distribuição, cf. FORGIONI, Paula. *Contrato de distribuição*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 322-323; para uma análise do problema na teoria contratual de modo geral, cf. ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória de contratos a prazo*: pressupostos para sua ocorrência. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 381-386.

parte prejudicada pelo inadimplemento o direito de *escolher* entre a execução do contrato ou sua dissolução, conforme reza o art. 475 do Código Civil.

Pode-se dizer, assim, que, de modo geral, a cultura do Direito brasileiro não acolhe a noção de *inadimplemento eficiente* – isto é, o Direito brasileiro não impede a busca do credor pela tutela específica se razões econômicas demonstrarem que a inexecução é mais eficiente do que o cumprimento do programa contratual[569]. Cabe, pois, aos agentes econômicos desenharem *ex ante* as soluções para permitir (ou evitar) saídas baseadas no desempenho insatisfatório da operação para uma das partes, sob pena de correrem o risco de permanecerem obrigados a dar sequência a operação que lhes é deficitária.

E é justamente em razão das escolhas estratégicas que há na negociação das cláusulas que regulam a extinção, bem como na decisão de se desligar, que a ruptura dos contratos empresariais por prazo determinado gera um sem número de discussões – o que aumenta a complexidade da atividade dos redatores que se dedicam ao design desse processo. Pois é preciso discutir e redigir as hipóteses em que as partes *podem* ou *não podem* se desvincular do contrato enquanto não se encerrar o prazo definido. Trata-se de tema que costuma consumir esforços consideráveis no processo de negociação e redação contratual – juntamente com a definição do objeto, a regulamentação do preço e a alocação dos riscos relativos à responsabilidade por danos.

Assim, além das situações em que a lei admite a extinção contratual expressa ou implicitamente, as partes podem enumerar no contrato as razões que reputam válidas para justificar a ruptura unilateral da relação. Nesse ponto, prevalece a criatividade dos agentes econômicos e de seus assessores jurídicos.

---

[569] Na síntese de RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, "[n]ão está de acordo com nosso sistema a ideia de que o juiz deva aceitar a decisão do devedor de extinguir o contrato que não mais lhe satisfaça. Não parece adequado que, para satisfazer o interesse do devedor inadimplente, seja afastada a possibilidade de o credor promover a execução do seu crédito, restando-lhe como única alternativa a extinção do contrato. É evidente que o devedor pode avaliar a sua conveniência de cumprir ou descumprir o contrato, e essa realidade é inescapável, mas a resposta ao inadimplemento é opção do credor, que pode preferir a execução. Além do interesse do devedor (que a teoria do inadimplemento eficaz leva em consideração), há dois outros a ponderar: o do credor, em obter a prestação; o da sociedade, no cumprimento das avenças" (Da extinção do contrato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI. t. II., p. 529-530, nota de rodapé nº 728). Ainda sobre o tema, reconhecendo sua incompatibilidade com o Direito posto, mas apresentando considerações *de lege ferenda* a seu respeito, cf. PELA, Juliana Krueger. "Inadimplemento eficiente" (*efficient breach*) nos contratos empresariais. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 2, n. 1, 2016, p. 1091-1103.

Inclusive, no mais das vezes, as partes arrolam o inadimplemento de determinadas obrigações como um dos motivos a ensejar a extinção contratual. "Nesta hipótese" – como aponta JUDITH MARTINS-COSTA – "*confundem-se* a denúncia e a resilição convencional [nomenclatura adotada pela autora para a resolução mediante cláusula resolutiva expressa]"[570].

Esse diagnóstico nos força a uma provocação irresistível. Pois não seria exagero dizer que duas das manifestações mais relevantes sobre a dissolução dos contratos são a *denúncia motivada* e a *resolução fundada em cláusula resolutiva expressa*. Ora, se a resilição unilateral motivada numa inexecução *se confunde* com a resolução convencional por inadimplemento, não se pode discordar da síntese pragmática de FRANCISCO EDUARDO LOUREIRO: o que se nota é que toda a discussão terminológica a respeito dos fenômenos extintivos "apenas embaralh[a] conceitos e em nada contribu[i] para a compreensão da matéria"[571].

Diga-se, para que não haja dúvidas: não se pretende diminuir a relevância de o jurista adotar nomenclaturas adequadas para cada fenômeno que lhe cabe estudar. Tampouco se tem aqui a ousadia de atribuir irrelevância a páginas e mais páginas dedicadas ao tema por autores de estatura e influência inquestionáveis. A conclusão a que se chega é somente uma: os problemas na aplicação desses instrumentos são muitos, e por vezes a jurisprudência vacila no seu modo de tratamento, mas não se identifica um conjunto de casos em que *confusões de nomenclatura* tenham dado azo a equívocos; os deslizes, quando existentes, se justificam em falhas da compreensão sobre a dinâmica de funcionamento dos respectivos institutos, notadamente seus pressupostos e efeitos, mas não se enxerga a querela terminológica como um problema prático – para além, é claro, da incômoda dissonância no seu trato na literatura jurídica.

---

[570] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 729. A mesma conclusão é apresentada por FRANCISCO DE ASSIS VIÉGAS, em estudo monográfico sobre a denúncia, que assim se manifesta: "Afastando-se da distinção entre resolução e resilição conforme a retroatividade dos efeitos, verifica-se que a chamada denúncia cheia nada mais é que a resolução do contrato por inadimplemento, incumprimento não imputável a qualquer das partes ou em virtude de cláusula resolutiva expressa. [...] Dessa sorte, a chamada denúncia cheia corresponde, a rigor, à resolução do contrato, seja em virtude da previsão contratual que estabelece os eventos cuja ocorrência autoriza o exercício do direito de resolução, seja nas hipóteses em que o legislador definiu previamente os fatos que autorizam a resolução contratual" (*Denúncia contratual e dever de pré-aviso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 46-48).

[571] LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 610.

Por isso, sem prejuízo do interesse sobre a nomenclatura desses meios extintivos, e mesmo sob a consciência de que esses termos tendem a permanecer arraigados na cultura jurídica brasileira por décadas, propõe-se aqui ver a extinção contratual *com as lentes da praxe* – tratando seus principais mecanismos sob o termo geral *desligamento*[572] e os separando para fins expositivos com base naquilo que costuma presidir a atuação de quem minuta e negocia os instrumentos que os preveem, e de modo a afrouxar o nó provocado pelas confusões terminológicas que lhes são pertinentes.

5.3. Uma proposta com os olhos postos na práxis: a distinção conforme a relevância dos motivos objetivos para o exercício do mecanismo extintivo

Como já se disse, a estruturação das cláusulas relacionadas à extinção dos contratos empresariais costuma ser um dos momentos de maior atenção da parte dos redatores e de tensão por parte dos agentes econômicos. E muito embora as negociações contratuais por vezes sejam dotadas de algum grau de viés otimista, a advocacia empresarial é treinada a dedicar enfoque especial aos cenários de insucesso das operações, por dever de ofício, de modo que confeccionar cláusulas a esse respeito exige exercícios mentais nos quais se cogita o oportunismo alheio a todo tempo[573] – algo que nem sempre é compreendido por agentes menos habituados a esse ritual.

Nessa tarefa, a previsão dos cenários de extinção tende a ser guiada pelas justificativas que cada agente é capaz de oferecer no processo de barganha para exigir a proteção do interesse de se desvincular do negócio – talvez o interesse mais distante de quem se encontra na mesa à beira de iniciar uma relação ou investir em um

---

[572] A adoção do termo *desligamento* para designar diferentes hipóteses de extinção contratual também se observa em LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a resilição: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 7, abr./jun. 2016, versão eletrônica, *passim*.

[573] No diagnóstico de TINA L. STARK: "*Lawyers often excel at asking* what if? *Their training instills the need to test assumptions and to discover and expose risk. But the transaction costs of addressing every* what if *questions are high. As a counselor you must help your client assess the* what if *questions to determine wether addressing them is worth the time and money.* […] *U.S. lawyers tend to have a penchant for addressing most issues. The proclivity stems party from our common law system that does not have a set of rules to address common business issues, as in civil law countries*" (*Drafting contracts*: how and why lawyers do what they do. 2. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 197; em tradução livre, "Advogados frequentemente se sobressaem em perguntar *e se?* Seu treinamento instila a necessidade de testar assunções e de descobrir e expor riscos. Mas os custos de transação de abordar cada pergunta *e se* são altos. Como um advogado você deve ajudar seu cliente a avaliar as questões *e se* para determinar se abordá-las vale o tempo e o dinheiro. [...]. Advogados americanos tendem a ter uma inclinação de abordar a maior parte das questões. Essa inclinação advém parcialmente do nosso sistema de *common law* que não tem um conjunto de regras para abordar questões negociais corriqueiras, como em países de *civil law*").

empreendimento. E é com base na *síntese dos argumentos sobre cenários aceitáveis* que se chega a um conjunto de regras sobre a potencial extinção do contrato.

Diante disso, os mecanismos contratuais de extinção costumam ser projetados não conforme a fonte do seu exercício, tampouco por conta da sua eficácia no tempo, mas com base naqueles argumentos – estando o foco, portanto, sobre *as razões que podem autorizar a parte protegida a acionar os mecanismos de extinção*, o que costuma exigir diferentes pressupostos e efeitos a depender de essas razões serem *irrelevantes*, *não-imputáveis à contraparte* ou *imputáveis à contraparte*.

Significa dizer que o fundamento que preside o raciocínio dos redatores contratuais é o de identificar os *motivos objetivos do exercício do direito de se desligar do contrato*.

Sabe-se que os motivos do negócio jurídico consistem nas "razões que levam o declarante a proferir sua declaração"[574] – e o acionamento de direitos potestativos como os tratados neste trabalho pode ser visto como negócio unilateral[575]. Uma vez que a juridicidade da maioria dos negócios independe das razões que conduziram à sua celebração, pois eles se tornam vinculantes a partir do consentimento válido, é habitual se ler que os motivos são os elementos psíquicos que precedem a declaração e que, como tal, não sendo determinantes, são irrelevantes[576]. Mas essa caracterização "se limita aos

[574] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 210.

[575] Sobre a natureza negocial do exercício dos direitos potestativos tratados nesta tese, cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 60; na mesma direção, RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 65-66; e LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1, p. 424. Note-se, contudo, que essa qualificação não é pacífica: CLÓVIS DO COUTO E SILVA, por exemplo, considera ser *ato jurídico em sentido estrito* o exercício de direitos potestativos como a resolução ou a denúncia (*A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 74); no mesmo sentido, cf. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 31.

[576] Por todos, a emblemática passagem de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA denota o pensamento consagrado sobre a irrelevância dos motivos na teoria do negócio jurídico: "Quando o jurista focaliza o negócio jurídico – contrato de compra e venda – e empreende investigar a sua causa, onde irá situá-la? Naquele motivo primário, constitutivo do primeiro elo na cadeia? Evidentemente, não. Mas por quê? Na pesquisa das razões determinantes do negócio jurídico é necessário fazer uma distinção fundamental, que consiste em destacar a causa do ato, dos motivos que levaram o agente a praticá-lo. Tais motivos se apresentam como uma razão ocasional ou acidental do negócio, e nunca faltam como impulso originário, *mas não têm nenhuma importância jurídica*. Por isso, o jurista deve relegá-los para o plano psicológico, a que seria então afeta a indagação da deliberação consciente. E detém-se apenas na investigação da causa propriamente dita, que se deve caracterizar na última das razões determinantes do ato" (*Instituições de Direito Civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil, p. 424).

motivos subjetivos"[577], pois há situações em que o direito positivo distingue a prática de certos atos com base nas suas justificativas; dessa maneira, conforme a lição de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, "por motivo deve-se entender tanto uma razão psicológica, quanto uma *razão objetiva*, desde que também *preceda e determine a declaração negocial*"[578].

De fato, diversos artigos de lei adotam expressões que visam, em síntese, a condicionar situações jurídicas conforme a razão condutora do comportamento do seu titular. Em primeiro plano, o motivo determinante para a prática de certos atos pode influenciar sua própria validade, como ocorre nas hipóteses dos arts. 137[579], 139, III[580], 140[581] ou 166, III[582], do Código Civil. Além disso, no plano dos contratos, verifica-se que os efeitos jurídicos do exercício de certas situações dependem de uma avaliação sobre os seus motivos condutores, como a dispensa do prestador de serviços ou o seu abandono das funções[583], a revogação da doação[584], a suspensão da execução da empreitada[585], a dispensa do comissário[586], a recusa de passageiros pelo transportador[587] ou a exclusão de

[577] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 210.
[578] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 210-211.
[579] "Art. 137. Considera-se não escrito o encargo ilícito ou impossível, salvo se constituir o motivo determinante da liberalidade, caso em que se invalida o negócio jurídico".
[580] "Art. 139. O erro é substancial quando: [...] II – sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico".
[581] "Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante".
[582] "Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: [...] III – o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito".
[583] Diz o art. 602: "O prestador de serviço contratado por tempo certo, ou por obra determinada, não se pode ausentar, ou despedir, *sem justa causa*, antes de preenchido o tempo, ou concluída a obra. Parágrafo único. Se se despedir *sem justa causa*, terá direito à retribuição vencida, mas responderá por perdas e danos. O mesmo dar-se-á, se despedido *por justa causa*". Já o art. 603: "Se o prestador de serviço for despedido *sem justa causa*, a outra parte será obrigada a pagar-lhe por inteiro a retribuição vencida, e por metade a que lhe tocaria de então ao termo legal do contrato".
[584] Diz o art. 555: "A doação pode ser revogada por ingratidão do donatário, ou por inexecução do encargo". O art. 557 prossegue: "Podem ser revogadas por ingratidão as doações: I – se o donatário atentou contra a vida do doador ou cometeu crime de homicídio doloso contra ele; II – se cometeu contra ele ofensa física; III – se o injuriou gravemente ou o caluniou; IV – se, podendo ministrá-los, recusou ao doador os alimentos de que este necessitava". E o art. 559 escancara a revogação da doação consistir em um exame dos motivos para a prática do ato: "A revogação por *qualquer desses motivos* deverá ser pleiteada dentro de um ano, a contar de quando chegue ao conhecimento do doador o fato que a autorizar, e de ter sido o donatário o seu autor".
[585] "Art. 624. Suspensa a execução da empreitada sem justa causa, responde o empreiteiro por perdas e danos".
[586] "Art. 705. Se o comissário for despedido sem justa causa, terá direito a ser remunerado pelos trabalhos prestados, bem como a ser ressarcido pelas perdas e danos resultantes de sua dispensa".

sócios[588], entre outras hipóteses. Disso se conclui que os motivos objetivos para a prática de situações jurídicas podem ser juridicamente relevantes em algumas hipóteses[589] – dentre as quais se destacam aquelas situações que consistem no exercício de *direitos potestativos*[590].

Afinal, os atos negociais que supõem direitos potestativos "não precisam ser realizados, não são obrigatórios, mas, se forem feitos, terão, em geral, que estar fundamentados em motivos fixados *a priori*"[591], do que são exemplos, repita-se, a "despedida espontânea do prestador de serviços contratado por prazo certo ou obra determinada (...)" ou "a despedida do contratado, pelo tomador de serviços, antes do término legal do contrato"[592] – atos que incidem "sobre relações contratuais anteriores, implicando suspensão ou resolução do contrato"[593]. Entre esses atos, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO destaca "o mais importante deles, o de resolução, ou rescisão, por inadimplemento, dos contratos bilaterais"[594].

---

[587] "Art. 739. O transportador não pode recusar passageiros, salvo os casos previstos nos regulamentos, ou se as condições de higiene ou de saúde do interessado o justificarem".

[588] É o que deriva das principais regras do Código Civil a respeito: "Art. 1.029. Além dos casos previstos na lei ou no contrato, qualquer sócio pode retirar-se da sociedade; se de prazo indeterminado, mediante notificação aos demais sócios, com antecedência mínima de sessenta dias; se de prazo determinado, provando judicialmente justa causa"; "Art. 1.030. Ressalvado o disposto no art. 1.004 e seu parágrafo único, pode o sócio ser excluído judicialmente, mediante iniciativa da maioria dos demais sócios, por falta grave no cumprimento de suas obrigações, ou, ainda, por incapacidade superveniente"; "Art. 1.085. Ressalvado o disposto no art. 1.030, quando a maioria dos sócios, representativa de mais da metade do capital social, entender que um ou mais sócios estão pondo em risco a continuidade da empresa, em virtude de atos de inegável gravidade, poderá excluí-los da sociedade, mediante alteração do contrato social, desde que prevista neste a exclusão por justa causa".

[589] A superação do dogma da irrelevância dos motivos não é recente. Na doutrina italiana, MARIO BESSONE o põe em questão já há quase 40 anos (cf. Il tipo negoziale e l'alea normale del contrato, la sua "causa" e il dogma dela irrilevanza dei "motivi". In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Nápoles: Jovene, 1982, p. 73-81).

[590] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 216.

[591] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 217.

[592] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 217.

[593] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 217.

[594] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 217.

Assim, para além de prever os cenários patológicos, a práxis confecciona os mecanismos extintivos dos contratos empresariais os diferenciando conforme as hipóteses em que uma saída contratual deve ou não ser autorizada a depender de os motivos objetivos para tanto serem *irrelevantes*, *imputáveis à contraparte* ou *não-imputáveis à contraparte*, tendo as partes "liberdade para se outorgarem direitos potestativos, com maior ou menor grau de precisão na fixação da justa causa"[595].

Na maioria dos casos, os agentes dão relevância significativa para os motivos objetivos que autorizam o desligamento contratual, e o seu grau de precisão varia em razão das circunstâncias e dos custos de transação envolvidos. São situações em que não só se exige a existência desses motivos, como se exige sua *motivação* – isto é, que os motivos objetivos sejam *informados* à contraparte, o que obriga o declarante a ponderar a adequação de sua escolha às exigências do preceito contratual e facilita para os destinatários o controle dessa adequação[596].

Mas a liberdade contratual também permite que se chegue ao ponto de colocar o exercício do direito potestativo de desligamento "no campo dos negócios jurídicos livres"[597], como é o caso do direito de arrependimento, "quando se determina, por exemplo, poder ser exercido a bel-prazer, desde que se percam as arras dadas, se arrependido for o que as deu, ou que se devolvam em dobro, se for o que as recebeu"[598]. É o que se pode chamar de *desligamento imotivado autorizado*.

---

[595] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 218.

[596] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 212. Cumpre registrar a distinção entre as ideias de *motivo* e *motivação*. Os motivos, como se adiantou, são as razões psicológicas que justificam a prática de determinado ato. Já a *motivação* é a expressão dos motivos, sua apresentação aos terceiros interessados. Assim, pode-se dizer que nas hipóteses de desligamento imotivado autorizado, por as partes considerarem irrelevantes os motivos objetivos que justificam o ato, fica dispensada sua motivação.

[597] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 218.

[598] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986, p. 218.

5.4. O desligamento imotivado contratualmente autorizado

O *desligamento imotivado contratualmente autorizado* consiste na extinção da relação contratual expressamente permitida aos agentes econômicos por cláusula do negócio, ficando a parte protegida dispensada de apresentar justificativa, por os contratantes consideram *ex ante* irrelevante a existência de motivos objetivos para tanto, mesmo diante do prazo determinado do contrato.

Trata-se de mecanismo negociado quando as partes desejam preservar a prerrogativa de se desligar do contrato sem que se lhes exija motivar essa conduta. A margem de liberdade que se pretende com esse ajuste é tal que o jargão anglo-americano atribui ao mecanismo a alcunha de *termination for convenience* ("desligamento por conveniência").

A busca por essa conveniência costuma se justificar no propósito de o agente manter espaço de escolha para mudanças de rumos, seja para redirecionar seus investimentos ou modificar seus parceiros. É o que ocorre, por exemplo, no caso de uma varejista que decide resguardar no contrato a possibilidade de "terminar sua relação com um fornecedor de longo prazo porque deseja comprar somente vegetais orgânicos de um novo fornecedor"[599] – isto é, o contratante se protege contra o risco de permanecer preso àquele fornecedor mediante uma cláusula que lhe permita a saída imotivada.

A previsão da saída imotivada autorizada também costuma ocorrer em contratações nas quais uma das partes tende a estar sujeita a intervenções externas – como unidades brasileiras de grandes multinacionais, empresas dedicadas a atividades financiadas ou direcionadas por terceiros[600] ou que podem estar sujeitas a alguma interferência externa no seu processo decisório, como decisões tomadas por clientes finais.

---

[599] O exemplo é de TINA L. STARK: "*Neutral terminations arise in contracts that provide the parties the ability to discontinue a relationship, absent fault of either party. For example, a grocery store could decide to end a relationship with a long-term supplier because it wants to purchase only organic vegetables from a new supplier*" (*Drafting contracts*: how and why lawyers do what they do. 2. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2014, p. 193). Em tradução livre: "Encerramentos neutros surgem em contratos que provêm às partes a habilidade de discontinuer uma relação, mesmo sem culpa de qualquer das partes. Por exemplo, uma mercearia poderia decidir terminar sua relação com um fornecedor de longo prazo porque deseja comprar somente vegetais orgânicos de um novo fornecedor".

[600] É o que se vê, por exemplo, em um conjunto de contratos celebrados no contexto dos Jogos Olímpicos e Paralímpicos Rio 2016, nos quais se ressalva a possibilidade de os seus organizadores darem o contrato por resolvido no caso de contratarem "patrocinador que venha a prestar os mesmos serviços objeto [do contrato],

Essa faculdade também pode ser negociada com a função de proteger interesses legítimos que o agente não deseja revelar à contraparte. Cumpre rememorar o exemplo já suscitado no item 3.6 acima: imagine-se o titular de uma marca que esteja diante da oportunidade de explorar uma parceria inovadora – uma academia de sucesso que inicia projeto de expansão dos seus negócios mediante o modelo de franquia, identificando um máster franqueado para tanto; um fabricante de produtos que deseja expandir seus negócios para território desconhecido e de difícil imersão, aproximando-se para tanto de um parceiro conhecedor da região a ser explorada mediante uma *joint venture*, por exemplo.

Para além de todos os riscos jurídicos naturalmente envolvidos nessas operações (o máster franqueado não atingir as metas pretendidas; o parceiro omitir informações sobre o desempenho dos negócios etc.), subjazem a esses empreendimentos os riscos do desconhecido: é comum que, após certo tempo, possa haver algum grau de desalinhamento entre as expectativas de parte a parte sobre o sucesso da operação, insatisfações com a maneira como a relação se desenvolve, ou mesmo a intenção de abdicar de projetos que não estejam alcançando os propósitos desejados – o que pode ocorrer por problemas de inadimplemento (cujos remédios para tanto podem pressupor litígios longos e com margem de incerteza considerável), mas pode também ocorrer por uma insatisfação mais fluída, de difícil precisão, ou mesmo pelo simples desejo de redirecionar os investimentos para outras atividades, e não mais para aqueles projetos expansionistas iniciais.

Por esses investimentos estarem inseridos num contexto de incerteza, é comum que os agentes econômicos criem proteções contratuais para que possam se desvincular do parceiro sem que lhes seja necessário litigar para demonstrar a ocorrência de um inadimplemento específico.

---

com caráter de exclusividade, em troca do direito de utilizar as marcas e/ou propriedades intelectuais, as quais sejam de propriedade e/ou titularidade do contratante" (cláusula 13.1, § 1º, do "Instrumento Particular de Contrato de Prestação de Serviços, por Prazo Determinado – Contrato nº 299/2015" realizado entre o Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 e Aktuell Promoções e Eventos Ltda., datado de 25.05.2015, disponível a partir da fl. 20 do processo 0321728-60.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ). Essa decisão, no mais das vezes, costuma ser emitida pelo órgão internacional titular do evento, e não necessariamente pelo braço operacional que o organiza.

É o que se extrai do já mencionado contrato relativo às obras da Fase 2 da Linha 4 Amarela do Metrô de São Paulo[601]. Mesmo se tratando de um colosso de mais de duzentas páginas, cristalizando operação de montante superior a R$ 850 milhões e com prazo estimado para conclusão das obras em 47 meses, sua cláusula 15.5 faculta ao contratante "o direito de rescindir o contrato a qualquer momento *por sua conveniência*, notificando essa rescisão ao empreiteiro", direito esse cujo exercício, entre outros efeitos, confere ao consórcio construtor a pretensão ao ressarcimento de uma série de custos envidados na obra. Interessante apontar que, embora nesse caso o desligamento seja imotivado – isto é, o contratante não precisa explicitar os motivos que justificam sua decisão de encerrar a operação –, o contrato prevê salvaguardas em prol do consórcio construtor, ao registrar que esse direito não pode ser exercido "a fim de [o contratante] executar as obras por si ou tomar providências para que as obras sejam executadas por outro empreiteiro ou evitar a rescisão do contrato pelo empreiteiro nos termos da cláusula 16.2". Ou seja: essa cláusula reforça a demonstração de que, em certas circunstâncias, os motivos objetivos têm relevância jurídica. Nesse caso, embora seja autorizado o desligamento imotivado, o consórcio construtor pode neutralizar os efeitos desse encerramento se demonstrar que os motivos objetivos que presidiram a decisão da contratante eram dar continuidade às obras mediante outro empreiteiro ou evitar que se consolidasse o direito de o consórcio encerrar o contrato por fato imputável à contratada (o que lhe confere proteções mais favoráveis).

O desligamento imotivado autorizado pode ainda servir como estratégia de precificação de uma saída simples para uma operação frustrada. Isto é: os agentes podem ter o interesse de fixar de antemão o custo máximo que estariam dispostos a arcar em caso de disputa futura. Afinal, não seria legítimo esperar de um agente racional a opção em enveredar num litígio para demonstrar um inadimplemento, por exemplo, caso ele possa resultar mais caro do que o valor pré-fixado para exercer o direito de sair imotivadamente.

Exemplo concreto desse ajuste se encontra no contrato de fornecimento e instalação de aerogeradores, já mencionado na nota 193 acima, cuja cláusula 23.2.1 permite à contratante "denunciar" o contrato a qualquer tempo, mediante notificação com aviso

[601] "Contrato de Execução da Obra Civil, Obra Bruta e Acabamentos, contemplando Obras Remanescentes, para Conclusão da Fase 2 da Linha 4 Amarela da Companhia do Metropolitano de São Paulo (Contrato nº 4107521301)", celebrado entre Companhia do Metropolitano de São Paulo – Metrô e Consórcio TC – Linha 4 Amarela, disponível a partir da fl. 47 dos autos do processo nº 10142659-8.2018.8.26.0053, do acervo do TJSP.

prévio de 30 dias, acompanhada da devolução das garantias prestadas pela contratada – que, por sua vez, passa a ter direito a receber "multa compensatória" equivalente a 10% do preço global do contrato e o pagamento de todos os custos e valores líquidos, certos e exigíveis da contratante em razão de serviços já realizados ou dos custos para desmontagem e desmobilização[602]. Curioso notar que o contrato somente admite o desligamento imotivado pelo contratante; a mesma faculdade não é conferida à contratada.

Algumas manifestações do desligamento imotivado autorizado são inclusive mencionadas em lei. É o caso, por exemplo, do *direito de arrependimento* estabelecido no art. 420 do Código Civil, pelo qual a parte que paga o sinal pode abandonar o contrato, perdendo o valor adiantado à outra parte, assim como a parte que o recebe pode se desfazer do negócio, devendo devolver o sinal, mais o equivalente. As arras, nesse caso, exercem "função unicamente indenizatória" – nas palavras da lei, sem que se permita a cobrança de indenização suplementar. Como deixa claro o art. 420 do Código Civil, esse direito depende de estipulação expressa.

Mecanismo semelhante se observa na *cláusula de arrependimento* a que se refere o art. 463 do Código Civil, que retira a força vinculante do contrato preliminar que a preveja, de modo a permitir que as partes antecipem os termos de um contrato futuro, reservando-

[602] Eis o inteiro teor da cláusula: "23.2. Da Denúncia do Contrato pela Contratante: 23.2.1. Não obstante o disposto na cláusula 23.1 acima, a contratante poderá, a qualquer tempo, denunciar o presente contrato, mediante notificação com aviso prévio de 30 (trinta) dias para a contratada (a 'Notificação de Denúncia'), acompanhada da devolução dos seguros, a garantia de fiel cumprimento e a fiança corporativa, quando aplicável. Neste caso a contratada terá direito: (i) ao recebimento, no prazo de 15 (quinze) dias contados da data de recebimento da Notificação de Denúncia, de multa compensatória, a ser paga pela contratante, no valor correspondente a 10% (dez por cento) do preço global do presente contrato; (ii) ao recebimento, no prazo de 15 (quinze) dias contados da data de recebimento da Notificação de Denúncia (a) de todos os valores líquidos, certos e exigíveis, comprovadamente devidos pela contratante à contratada, em virtude do fornecimento já realizado, descontados quaisquer valores líquidos, certos e exigíveis decorrentes de adiantamentos ou comprovadamente devidos pela contratada à contratante nos termos do presente contrato; (b) ao reembolso dos custos comprovados de aquisição dos aerogeradores e peças em estoque, em transporte, em fabricação ou já fabricados ou pedidos até a Notificação de Denúncia para a execução do escopo deste contrato, descontados quaisquer valores líquidos, certos e exigíveis decorrentes de adiantamentos ou comprovadamente devidos pela contratada à contratante nos termos do presente contrato, após a efetiva entrega de tais aerogeradores e peças para a contratante no local das obras; e (iii) ao reembolso, no prazo de 15 (quinze) dias contados da data de recebimento da Notificação de Denúncia, dos custos razoáveis e comprovados referentes à desmontagem e desmobilização, equipamentos de instalação e do pessoal, que não tenham sido pagos até a data da Notificação de Denúncia, devidamente justificados" ("Contrato de Fornecimento, Transporte, Instalação e Comissionamento de Aerogeradores para Implantação do Parque Eólico Bom Jesus", celebrado entre Bom Jesus Eólica S.A. e Wind Power Energia S.A. em 20.2.2014, disponível a partir da fl. 349 dos autos do processo 0404328-75.2015.8.19.0001, do acervo do TJRJ).

se, no entanto, a oportunidade de desistir da celebração do contrato definitivo[603]. Tal como se dá nas arras, o arrependimento que impede a formação do contrato definitivo deve ser objeto de ajuste entre as partes, não se presumindo.

Sob o ponto de vista da sua estrutura, o desligamento imotivado autorizado consiste num *direito potestativo*, ou um *direito formativo extintivo*, derivado de acerto contratual, pelo qual se atribui ao seu titular a possibilidade de se desvincular do negócio a seu critério, independentemente de motivação, com o que sujeita a contraparte ao encerramento dos efeitos da operação em andamento. No plano dos fenômenos extintivos, está-se diante do que a nomenclatura empregada pelo Código Civil qualificaria como resilição unilateral.

Vale registrar que a previsão de hipóteses de desligamento imotivado em contratos por prazo determinado gera algum grau de perplexidade. Afinal, se a função do termo fixo é justamente assegurar a permanência da relação contratual e evitar a saída unilateral de parte a parte, a abertura de janela para o desligamento imotivado parece incompatível com esse propósito. Diante dessa constatação, ORLANDO GOMES designa como *contratos com duração máxima* aqueles que "são por tempo determinado", mas nos quais "as partes se reservam a faculdade de lhes pôr termo *ante tempus* mediante aviso prévio" – e que "passam a ser por tempo indeterminado, exercida a faculdade"[604].

Mas essa aparente contradição entre o papel do termo fixo e a possibilidade de desligamento imotivado costuma justificar a previsão de alguns contrapesos. A práxis tende ao menos prever a necessidade de se observar *aviso prévio* para que o desligamento imotivado opere efeitos, e não raro o exercício dessa faculdade deve ser acompanhado do pagamento dos custos já incorridos pela parte prejudicada com o desligamento, ou até

[603] Na síntese de CUSTODIO DA PIEDADE UBALDINO MIRANDA, a regra faculta partes, no exercício da sua autonomia, predispor num contrato preliminar os termos de um contrato futuro, mas sem se vincular desde logo, "por razões que só a elas dizem respeito, porque só elas, mais e melhor do que ninguém, estão aptar a avaliar soberanamente as próprias conveniências" (Dos contratos em geral (art. 421 ao 480). In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (org.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5, p. 360).

[604] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 152-153. PAULO DÓRON REHDER DE ARAÚJO cita alguns exemplos em que se autoriza a ruptura de contato por prazo determinado antes do termo fixo, são elas "autorizadas por razão de interesse público (como é o caso da retomada do imóvel pelo locador para realização de obras emergenciais ou para realização de incorporação imobiliária) ou de interesse de uma das partes (como no comodato, na hipótese de retomada da coisa pelo comodante antes do termo contratual, mediante autorização judicial, desde que demonstrada necessidade superveniente)" (*Prorrogação compulsória de contratos a prazo*: pressupostos para sua ocorrência. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 134).

mesmo do pagamento de valores adicionais em seu favor, a título de indenização – por vezes designados *breakup fees* ou *buyout clauses*, na importação do jargão anglo-americano.

É interessante notar que o pagamento de valores pré-fixados, a bem dizer, não se confunde com a reparação de danos por ato ilícito – uma vez que o desligamento autorizado consiste no exercício regular de direito, cuja ilicitude é afastada pelo art. 188, I, do Código Civil. Tampouco se confunde com a cláusula penal compensatória – pois essa, em linha com o art. 408 do Código Civil, pressupõe o inadimplemento culposo de obrigação, o que também não é caso. Está-se, pois, diante de fenômeno diverso, por vezes referenciado como *multa penitencial*, e que se trata "de compensação pecuniária atribuída à parte que se viu privada da vantagem do contrato"[605].

Essa distinção é relevante, uma vez que, por não se tratar de indenização, mas de ajuste que tem por função, nos dizeres de ANTUNES VARELA, traduzir "o preço de uma liberdade (ou faculdade) que se reservou"[606], a pretensão ao recebimento de montantes pré-fixados como consequência do exercício do desligamento imotivado não se sujeita à demonstração de danos. E, por não se confundir com a cláusula penal compensatória, tampouco estaria o montante sujeito à redução com base no art. 413 do Código Civil[607] – sobretudo em razão de o desligamento representar uma alternativa ao cumprimento, tomada por quem deseja se desvincular do contrato, parecendo não haver identidade de fundamento entre essa escolha e a incidência dos efeitos de cláusula penal de montante excessivamente onerosos.

Sob o prisma do design contratual, a lógica do desligamento imotivado autorizado consiste no investimento de custos de negociação no momento *ex ante*, devendo as partes discutir os potenciais efeitos e contrapesos para o seu exercício, bem como se proteger contra os riscos de tomada de decisão oportunista ao longo do desenvolvimento da relação

[605] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 225.
[606] VARELA, João de Matos Antunes. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 2, p. 171.
[607] Essa afirmação, contudo, não é livre de questionamentos. EMANUEL RAIMUNDO PEREIRA DE SOUSA, em trabalho monográfico recente sobre a multa penitencial, advoga a possibilidade de se reduzir o seu montante, em aplicação analógica do art. 812º do Código Civil português (que guarda semelhanças com o art. 413 do Código Civil brasileiro). O próprio estudioso reconhece, todavia, defender opinião minoritária no debate lusitano sobre a matéria. Sobre o tema, cf. SOUSA, Emanuel Raimundo Pereira de. *Da multa penitencial*. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, especialmente p. 51-55.

– com a esperada economia dos custos da disputa, uma vez que, fixada de antemão a liberdade para o encerramento imotivado do vínculo, pretende-se reduzir substancialmente a margem para o surgimento de litígio futuro. Isto é: se o contrato admite o desligamento sem motivação, dispensa-se a prova de eventuais problemas de performance.

Diante disso, o espaço para litígio diminui, tendendo a se concentrar sobre o modo de exercício dessa faculdade, notadamente a eventual necessidade de a multa penitencial dever ser paga para que os efeitos contratuais se considerem extintos[608], seu potencial exercício abusivo ou a possível aplicação da proteção conferida pelo parágrafo único do art. 473 do Código Civil, segundo o qual a extinção unilateral só pode produzir efeitos "depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos", se, dada a natureza do contrato, "uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução".

A esse respeito, deve-se notar a importância de se olhar com lentes distintas o desligamento imotivado autorizado, mediante exercício de cláusula inserida em contrato por prazo determinado, e a denúncia promovida no contexto de contratos por prazo indeterminado. Muito embora não se possa afastar a possibilidade jurídica de esse desligamento se efetivar em contextos contrários à boa-fé, sobretudo em razão de comportamentos contraditórios, também não se pode descurar da circunstância relevante de que a própria função desse mecanismo é a de liberar o agente econômico da necessidade de justificar sua conduta – o que, ao menos em tese, tende a reduzir o espaço para controle funcional desse direito potestativo e relegá-lo a hipóteses excepcionais, já que sua própria estrutura é moldada para tornar irrelevantes os motivos de seu acionamento.

[608] Esse debate não é incomum, e há quem opine no sentido de que "enquanto o contraente faltoso não se libertar do contrato – carecendo, para o efeito, de pagar a multa convencionada – pode a outra parte exigir o seu cumprimento" (MONTEIRO, António Pinto. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 186; no mesmo sentido, SOUSA, Emanuel Raimundo Pereira de. *Da multa penitencial*. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017, p. 32). Acredita-se, contudo, que não parece haver fundamentos jurídicos sólidos para que se proponha solução apriorística a esse respeito. Sendo o desligamento imotivado autorizado um resultado da autonomia, e não o exercício de um direito previsto em lei, não parece prudente fixar orientações gerais que se apliquem a toda e qualquer situação. É preciso verificar, caso a caso, o conteúdo da declaração negocial para averiguar se a intenção das partes é de somente permitir o desligamento após o pagamento da multa penitencial ou se, em vez disso, o efeito liberatório se dá tão somente com a declaração do agente econômico de que deseja se desvincular, independentemente do pagamento do valor fixado.

5.5. O desligamento autorizado por motivos não imputáveis à contraparte

Operações de longo prazo complexas que exigem investimentos específicos de difícil recuperação nem sempre contam com a autorização contratual para o desligamento imotivado. O mais comum nessas atividades é que o prazo determinado sirva mesmo como forma de garantir segurança e previsibilidade dos empreendimentos.

Mas como a práxis sabe que qualquer operação que se protrai no tempo traz consigo riscos diversos (alguns controláveis, outros não), é comum a previsão de cláusulas que autorizam o desligamento em situações específicas; e a baliza que costuma separar essas hipóteses – e seus consequentes efeitos – está justamente na capacidade de os agentes econômicos conhecerem e controlarem esses riscos. Daí deriva a prática de se minutarem cláusulas que autorizam o desligamento *por motivos imputáveis ou não* à contraparte.

O *desligamento autorizado por motivos não imputáveis* consiste na extinção da relação contratual baseada na ocorrência de eventos que os contratantes optam por identificar no instrumento contratual, mesmo estando fora do controle da contraparte de quem deseja se desligar. Nesses casos, deve-se motivar a opção do agente de se desvincular do negócio – o que por vezes serve para conferir à contraparte a possibilidade de solucionar os problemas derivados do evento ocorrido. E, em razão de os eventos eleitos serem alheios ao controle da contraparte, o mais comum é que essas hipóteses não disparem os efeitos do inadimplemento imputável (como a incidência de multas ou o dever de indenizar).

Os exemplos mais habituais de cláusulas com esse teor são aquelas destinadas a regular a extinção contratual em razão de fatos supervenientes. Tal como se dá nas hipóteses de suspensão dos efeitos dos contratos, é corriqueira a presença de dispositivos com o duplo propósito de regular o *modus operandi* da extinção contratual por caso fortuito ou força maior e de fornecer um conjunto de sentidos possíveis para essa expressão, de modo a diminuir a margem de discussão sobre quais fatos podem levar a esse efeito.

Também não é incomum a presença de cláusulas que procuram regular cenários considerados aceitáveis para o desligamento contratual por alteração de circunstâncias, seja de modo a ampliar o escopo do instrumento previsto no art. 478 do Código Civil, seja para

estreitar suas possibilidades – uma vez que os mais de 15 anos de vigência da regra não foram suficientes para transmitir segurança e previsibilidade sobre o grau de cogência dos seus pressupostos e efeitos[609].

Outro ajuste habitual, sobretudo nas operações de fusões e aquisições, é a presença das designadas "*MAC clauses*" – sigla para *material adverse change*, ou *material adverse effect change*, cuja função é a de limitar o risco do comprador de se ver diante de alteração significativa no mercado, capaz de impactar o negócio em vias de se concluir, entre a assinatura do contrato de compra e venda e a transferência dos ativos.

As cláusulas MAC têm uso comum no direito estrangeiro, especialmente nos Estados Unidos. A sistemática da disposição autoriza as partes (ou uma das partes) a extinguir a relação contratual diante de determinados eventos externos que ameacem significativamente a continuidade da operação. Em outras palavras, a disposição contratual "descreve a existência de eventos ou condições que possam causar perdas substanciais na capacidade de receita de uma companhia ou no seu valor de negócio"[610]. Não se trata, pois, de incumprimento voluntário de uma das partes, mas de hipóteses contratualmente previstas de desligamento autorizado.

Sob a ótica do design contratual, o propósito desses ajustes é reduzir o espaço de discussão sobre a possibilidade de os agentes econômicos se desvincularem na ocorrência das situações delineadas. E sua previsão costuma concatenar a previsão de hipóteses específicas, com razoável grau de detalhamento, com outras hipóteses redigidas em termos amplos, mediante o uso de conceitos indeterminados e expressões vagas[611] – de modo a

---

[609] Em razão dos limites e do objeto desta tese, não seria pertinente enveredar em detalhes sobre os problemas jurídicos derivados da maneira ainda difusa com que a doutrina e a jurisprudência lidam com os pressupostos e os efeitos do art. 478 do Código Civil. Não se tem notícia de decisões em quantidade e relevância suficiente, por exemplo, para atestar a relevância do requisito da "extrema vantagem", tampouco para se saber se o remédio cabível na hipótese se resume à resolução ou se a revisão contratual também é cabível. De todo modo, no plano do design contratual, observa-se na práxis certo movimento de por vezes regular nos contratos algumas hipóteses aptas a conduzir à extinção por onerosidade excessiva, ou mesmo a reafirmação dos requisitos previstos no Código, como modo de dissipar o debate teórico a respeito.

[610] WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG, Ivo. Fusões, incorporações e aquisições: aspectos societários, contratuais e regulatórios. In: WARDE JR, Walfrido Jorge. (coord.). *Fusão, cisão, incorporação*: temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 55.

[611] Neste sentido: "Em todas as disputas citadas ocorridas perante tribunais norte-americanos, os contratos sob exame continham não apenas uma norma operacional, mas também uma definição de eventos MAC. A maioria destas, entretanto, não apresentava um conceito esclarecedor, asseverando mais uma estrutura circular que, em última instância, enquadrava como MAC todos os fatos e atos que causassem impactos materiais na situação financeira, econômica e legal das companhias envolvidas. Por conseguinte, os litigantes que pretenderam judicialmente a rescisão dos contratos não obtiveram sucesso na sua demanda, menos em

permitir que o dispositivo capture não somente os casos previstos, mas outros que possam escapar à capacidade de previsão dos redatores[612].

Em tempos de crise econômico-financeira as cláusulas MAC podem garantir (ou, ao menos, minimizar) que um futuro incerto não produza efeitos negativos nos negócios. Em compra e venda de ações, por exemplo, é comum que se ajuste uma cláusula MAC para autorizar um dos contratantes a sair do negócio – sem custos adicionais – diante do comprometimento do patrimônio da empresa cujas ações seriam adquiridas ou da falta de entrega de documentos e comprovantes tributários, trabalhistas e previdenciários de uma parte a outra[613]. Verificado um desses eventos – falta de documentação, digamos –, a parte legitimada deve apenas declarar sua vontade para se desligar do contrato.

---

função de eventual falha na comprovação dos fatos alegados do que do caráter demasiadamente vago das cláusulas e, principalmente, das definições de eventos MAC incluídos nos instrumentos negociados" (CRUZ, Pedro Santos. A cláusula MAC (*material adverse change*) em contratos de M&A no direito comparado (EUA e Reino Unido). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 45, jul./set. 2009, versão eletrônica, p. 16).

[612] É exemplo de cláusula MAC em contrato de compra e venda de quotas celebrado por empresas brasileiras: "*Section 2: Conditions to the Subscribers' Obligation at the Initial Closing:* [...] *2.I. No Material Adverse Change. There shall have been no material adverse change in (i) the assets, liabilities, condition (financial or otherwise), operating results, business activities or prospects of the Company or (ii) in the Brazilian economy generally since April 30, 1997.* [...] *'Material Adverse Effect' means a material adverse effect on the financial condition, operating resuits, assets, operations or business prospects of the Company and its Subsidiaries taken as a whole*" (contrato disponível nos autos do Agravo em Recurso Especial nº 218620/RJ, do acervo do STJ, fls. 149-151; 171). Tradução livre: "Seção 2: Condições para a obrigação dos contratantes na assinatura: […] 2.I. Nenhuma Alteração Material Adversa. Não deve haver nenhuma alteração material adversa (i) nos ativos, passivos, condição (financeira ou outra), resultados operacionais, atividades comerciais ou perspectivas de negócio da Companhia ou (ii) na economia brasileira em geral desde 30 de abril de 1997. […] 'Alteração Material Adversa' significa um efeito adverso relevante na condição financeira, resultados operacionais, ativos, operações ou perspectivas de negócios da Companhia e suas Subsidiárias, tomadas em conjunto".

[613] São alguns exemplos de hipóteses que costumam envolver a cláusula MAC: "As cláusulas MAC são comumente estruturadas em favor do adquirente (ou, a depender do caso, incorporador) da sociedade alvo e são relativas a aspectos financeiros, comerciais, ativos, obrigações ou resultados da companhia a ser adquirida, se relacionando, assim, diretamente com as declarações e garantias (*representations and warranties*) por ela prestadas. Podem se referir, também, aos impactos decorrentes de alterações gerais na economia ou indústria em que atua a sociedade (*market* MAC), assim como de mudanças na legislação e na interpretação das leis por autoridades estatais. (...)". As partes poderiam, ainda, definir o que entendem por MAC, e "e, apesar de não encontrarem redação uniforme nos contratos de M&A, – por variar de acordo com as negociações das partes, – costumam apresentar uma redação genérica e circular, como a abaixo transcrita: 'Efeitos materiais adversos' são o resultado, ocorrência, condição, fato, mudança, violação, evento ou efeito que, individualmente ou em conjunto como outros resultados, acontecimentos, condições, fatos, mudanças, violações, eventos ou efeito, seja materialmente adverso para: (a) a condição financeira, comercial, dos ativos, responsabilidades ou resultados operacionais da companhia e suas subsidiária, consideradas como um todo; (b) a habilidade da companhia em cumprir as obrigações previstas no contrato; ou (c) a habilidade da companhia em executar a fusão/incorporação" (CRUZ, Pedro Santos. A cláusula MAC (*material adverse change*) em contratos de M&A no direito comparado (EUA e Reino Unido). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 45, jul./set. 2009, versão eletrônica, p. 4).

Estruturalmente, está-se mais uma vez diante de mecanismos que traduzem o exercício de direitos potestativos – isto é, o agente econômico tem a faculdade de se desvincular do negócio diante da ocorrência de eventos que estão fora do seu controle, e cujos efeitos não podem ser imputados à contraparte.

Analisando-se diferentes cláusulas a respeito, percebe-se que se está numa zona de fronteira entre a *resilição unilateral* e a *resolução por motivos supervenientes* (seja a impossibilidade ou a onerosidade excessiva). Acredita-se que o esforço de se diferenciar a qualificação de cada um dos exemplos citados tende a ser pouco produtivo. Isso porque os pressupostos de aplicação de cada hipótese costumam derivar das próprias cláusulas; seus efeitos concretos, em linhas gerais, não dependem de qualificações jurídicas, mas das especificidades de cada ajuste; além disso, as possíveis limitações ao exercício dos direitos que delas derivam também parecem semelhantes, notadamente os riscos de invocação abusiva. A nota singular desses mecanismos, uma vez mais, é a feição *potestativa* da sua estrutura.

5.6. O desligamento autorizado por motivos imputáveis à contraparte

Dentre os mecanismos extintivos inseridos no contexto da ruptura contratual, os mais complexos são aqueles que se motivam em fatos imputáveis à contraparte. Essa complexidade deriva de um conjunto de fatores: o grau de dificuldade das partes para preverem as contingências futuras; a falta de controle sobre a capacidade de se verificarem as condutas descritas; a margem de atrito que pode surgir na mesa de negociação sobre as suspeitas de potencial oportunismo entre os agentes (ainda que num mero exercício de elucubração); a falta de conhecimento sobre como vai se desenvolver determinado empreendimento; as premências do tempo e assim por diante.

Num exercício de síntese, pode-se dizer que o desligamento contratualmente autorizado por motivos imputáveis à contraparte consiste na extinção da relação promovida pelo agente econômico, baseado em permissão expressa no instrumento contratual, que se sente prejudicado diante do prejuízo (ou da ameaça de prejuízo) aos seus interesses por eventos causados por culpa da contraparte, ou cujos riscos e responsabilidades lhe podem ser atribuídos. É normal que esse desligamento seja acompanhado de outros efeitos a serem acionados contra quem se lhe imputa, como a aplicação de multas, o dever de indenizar ou a perda de pretensões contratuais.

O jargão anglo-americano relaciona a maioria dessas cláusulas sob a alcunha de *termination for breach* ("extinção por descumprimento"). E, de fato, num exercício de qualificação jurídica, a maior parte dos casos em que esse mecanismo se aplica se relaciona com hipóteses de inexecução contratual – aproximando o desligamento autorizado por fatos imputáveis à resolução baseada na chamada cláusula resolutiva expressa.

Note-se, todavia, a opção deste trabalho em não restringir o mecanismo analisado às hipóteses de resolução por descumprimento, uma vez que a práxis por vezes permite o desligamento em situações limítrofes, em que se implementam certos eventos que, a ferro e fogo, não consistem em inadimplemento obrigacional, mas ainda assim autorizam a extinção, por serem fatos cujo risco se aloca para uma das partes – situando-se numa zona de fronteira entre a resilição motivada e a resolução por inadimplemento.

Vislumbre-se, a esse propósito, o exemplo de um contrato de assessoria em gestão empresarial, no qual um grupo de sociedades contrata consultoria especializada na reestruturação administrativa e financeira de empresas em dificuldade para posterior alienação de seu controle a terceiros. Imagine-se que pelo exame das suas cláusulas se possa observar que a empresa de assessoria contratada não assume a obrigação (de resultado) de atingir determinada performance financeira – dada a dificuldade natural de se garantir a capacidade de obter resultado certo ao tomar as rédeas de um conjunto de empresas em crise. E se sabe que, por natureza, a verificação do adimplemento de obrigações de meios tende a ser difícil.

Diante disso, e de modo a criar um mecanismo de controle da satisfação do contratante sobre as atividades desempenhadas, acrescente-se ao exemplo terem as partes combinado elaborar um plano de negócios com metas anuais, ajustando-se que o atingimento de performance inferior a 80% do projetado para cada ano constitui motivo para o desligamento do contrato pelo grupo contratante[614]. Num cenário desse feitio, não

[614] Eis a redação imaginada para a cláusula autorizativa da extinção contratual pelo desatendimento das metas anuais: "Caso os resultados do plano de negócio anual das contratantes não atinjam um mínimo de 80% de suas metas planejadas anualmente, ficam as contratantes no direito de exercerem a presente cláusula de rescisão. As contratantes se comprometem a considerar fatores supervenientes que eventualmente possam contribuir para que as metas de resultados não sejam atingidas. Nesta hipótese, as contratantes estarão obrigadas a pagar os honorários fixos mensais devidos e os honorários por sucesso de desempenho, desde que referentes ao período anterior ao da rescisão. Fica desde já certo e ajustado que não serão devidos à contratada a remuneração pela valorização econômica das contratantes" (excerto adaptado de contrato de

parece correto dizer que a performance abaixo do esperado representaria inadimplemento contratual da empresa de assessoria, uma vez que, tratando-se de obrigação de meios, o interesse do credor consiste na *atuação diligente do devedor*, colocando sua experiência ou técnica para satisfazer "o interesse instrumental do credor (e, por conseguinte, adimplir o pactuado), com o objetivo de alcançar, do melhor modo possível, o resultado que satisfaria o seu interesse preliminar (o qual, todavia, escapa ao adimplemento da obrigação)"[615]. Eis porque, como se disse, essa hipótese protege um *desalinhamento de expectativas*, e não exatamente uma inexecução contratual[616].

Acredita-se que essa situação mais se assemelha a uma resilição motivada, portanto, do que a um inadimplemento – tanto assim o é que o contrato que inspira o exemplo não confere ao grupo contratante o direito de ser indenizado nessa hipótese, mas retira da empresa contratada o direito de ser remunerada pela valorização agregada ao grupo contratante. Ainda assim, trata-se de situação em que se prevê a legitimidade do desligamento, motivado por fato imputável à contratada – afinal, ao assumir a gestão das empresas, a contratada atrai para si o risco do desempenho das suas atividades.

Diga-se que apontar a diferença de qualificação de certas cláusulas entre *resilição* ou *resolução por inadimplemento* pode ter relevância prática significativa: afinal, tem força o entendimento de que as pretensões fornecidas pelo art. 473, parágrafo único, do Código Civil, que protegem os investimentos consideráveis realizados pela parte para a execução do contrato, ou a pretensão ao ressarcimento pela chamada indenização de clientela, não estão à disposição no caso de o contrato se encerrar com base no seu

---

assessoria na administração de negócios firmado entre empresa especializada na assessoria de gestão de negócios e grupo empresarial privado, documento confidencial).

[615] RENTERIA, Pablo. *Obrigações de meios e de resultado*: análise crítica. São Paulo: Método, 2011, p. 65.

[616] A não ser que se queira atribuir ao conceito de *adimplemento insatisfatório* amplitude suficiente para contemplar situações desse perfil, o que não parece ser correto – uma vez que, estando dentro do espectro do inadimplemento, o conceito parece pressupor que exista uma conduta *exigível* e *desatendida*. A dinâmica proposta no contrato vislumbrado não parece ser essa; as metas consistem em uma perspectiva, um desejo das partes, mas não um resultado exigível da contratada. Tanto que a própria cláusula conta com a ressalva de que o grupo contratante deveria considerar "fatores supervenientes que eventualmente [pudessem] contribuir para que as metas de resultado não [fossem] atingidas". E o conjunto global de um contrato desse perfil costuma permitir observar que a consequência da performance abaixo do esperado, para além da extinção contratual, se limita à perda da remuneração baseada no valor agregado ao grupo contratante – sem, no entanto, a imposição de efeitos da responsabilidade civil. Esses somente se aplicam no caso de o grupo contratante demonstrar que a assessoria contratada *não imprimiu os esforços adequados* para alcançar os resultados desejados – o que, aí sim, pode consistir em hipótese de inadimplemento contratual a ponto de autorizar pleito de indenização pelos danos sofridos pelo grupo contratante.

inadimplemento – como inclusive já apontou o STJ[617]. Logo, embora a matéria não chegue a ser relevante diante do exemplo analisado, ela pode repercutir em outras situações limítrofes.

De todo modo, é inegável que a grande fonte de preocupações e controvérsias no contexto do desligamento autorizado por fato imputável à contraparte reside no contexto da resolução contratual por inadimplemento, o que exige examinar suas feições jurídicas e, em seguida, avaliar como a práxis gerencia os *muitos* problemas resultantes da maneira como a doutrina e a jurisprudência têm recheado seu regime jurídico de incertezas.

5.6.1. O entendimento convencional sobre a cláusula resolutiva expressa

A resolução por inadimplemento pode ser descrita como modalidade de extinção dos efeitos das relações contratuais, decorrente do exercício de um direito assegurado ao credor fiel, em consequência de descumprimento de obrigação relevante derivada do programa contratual. Pode ser objeto de cláusula específica ou decorrer diretamente da lei – eis a *resolução convencional* e a *resolução legal*, mencionadas pelo art. 474 do Código Civil[618] como a *cláusula resolutiva expressa* e a *cláusula resolutiva tácita*, respectivamente[619]. Interessa a este estudo a hipótese de resolução expressamente prevista no instrumento contratual[620].

Mecanismo de enorme relevância e consequências práticas graves, a resolução contratual por inadimplemento vem recebendo paulatino reexame por estudiosos

---

[617] "A resilição unilateral de contrato de distribuição de bebidas e/ou alimentos, após expirado o termo final da avença, *quando fundada em justa causa (inadimplemento contratual reiterado)*, não constitui ato ilícito gerador do dever de indenizar" (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.320.870/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, v. u., j. 27.06.2017).

[618] "Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial".

[619] Atribuía-se ao art. 119 do Código Civil de 1916 a fonte para se distinguir a resolução legal da resolução convencional. Lá se dizia, de modo semelhante ao atual art. 474, que "a *condição resolutiva* da obrigação pode ser expressa, ou tácita; operando, no primeiro caso, de pleno direito, e por interpelação judicial, no segundo". Pela força da tradição, ainda é comum o uso de tais epítetos, *condição resolutiva tácita* e *condição resolutiva expressa*, o que, todavia, deixa a desejar em termos de apuro técnico. É que, legal ou convencional, a resolução não constitui efetiva condição – ao menos não no sentido que o art. 121 do Código Civil atribui ao termo. Verificados os requisitos para seu manejo, diz o art. 475 do Código atual e dizia o parágrafo único do antigo 1.092, *pode* a parte lesada pleiteá-la – assim como também pode requerer a execução do equivalente –, ao passo que, se verdadeira *condição resolutiva* fosse, os efeitos do negócio seriam automaticamente dissolvidos pelo seu advento.

[620] Por vezes as expressões "resolução" ou "resolução contratual" são usadas ao longo deste trabalho sem o complemento "por inadimplemento do devedor" ou "mediante cláusula resolutiva expressa". Subentenda-se, quando cabível, seja por economia textual ou por razões de estilo, que se refere a essa modalidade resolutiva específica quando se usam essas expressões ao longo do texto.

brasileiros. Seu desenvolvimento teórico, catapultado pelas monografias de ARAKEN DE ASSIS[621] e RUY ROSADO DE AGUIAR JUNIOR[622], esbarra em decisões judiciais difusas, que apontam em sentidos imprecisos, e os termos simples que o Código Civil utiliza para discipliná-la estão longe de serem suficientes para se fixar *por que*, *para que* e *quando* ela é cabível. Nem mesmo querelas antigas parecem superadas, como as discussões sobre o *modus operandi* da cláusula resolutiva expressa.

O conhecimento convencional no Direito brasileiro há tempos consagra que, havendo cláusula resolutiva expressa, a extinção do contrato opera seus efeitos "de pleno direito"; inexistindo a cláusula, o encerramento depende de intervenção judicial. É o que procura dizer, sem maiores cerimônias, o art. 474 do Código Civil. Assim, a *resolução convencional* consiste no direito expressamente atribuído ao contratante fiel de dar o contrato por extinto, independentemente de ação judicial, diante de um inadimplemento que se pode imputar à contraparte, ou cujos riscos ela assume.

E faz sentido que assim seja. Afinal, se as partes de antemão acordam que certos fatos autorizam o encerramento da relação contratual, não há motivo para que a lei lhes exija a via longa e custosa de um litígio para que possam desfazer seu próprio ato de vontade. A previsão de uma cláusula dessa espécie parece responder a um propósito de celeridade e eficiência em caso de ruptura negocial; não por acaso, costuma-se vislumbrar na cláusula de resolução uma porta de saída para operações deficitárias ou frustradas.

Já o direito de resolver judicialmente uma relação contratual a partir de descumprimento imputável à contraparte, *na ausência de cláusula específica*, decorre do art. 475 do Código Civil, complementado pela parte final do art. 474. A primeira regra determina que "a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos", enquanto a segunda, na esteira do ensinamento convencional, alcunha-o de *cláusula resolutiva tácita* e esclarece que seu exercício "depende de interpelação judicial" – a bem dizer, depende de *decisão judicial*, e não mera interpelação. Como prerrogativa derivada do regime geral dos contratos, podendo ser invocada a despeito da

[621] ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
[622] AGUIAR JR., Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

inexistência de convenção a respeito, é considerada uma *resolução legal* – ou seja, um direito de resolução cuja fonte está na lei[623], em contraposição à cláusula resolutiva expressa, que tem natureza consensual.

Note-se que a redação do art. 475 do Código Civil permite identificar a *função extintiva* e a *natureza opcional* do direito resolutivo ("a parte lesada pelo inadimplemento *pode pedir a resolução* do contrato"), ao separá-lo claramente da *pretensão ao cumprimento* ("se não preferir exigir-lhe o cumprimento") e da *pretensão ressarcitória* ("cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos"). Em suma, dessa regra deriva a conclusão de que o fato jurídico *inadimplemento* é o gatilho que dispara efeitos de ao menos três situações jurídicas independentes[624]: o direito de resolver o contrato, a pretensão de executá-lo especificamente e a de o credor ser ressarcido pelos danos dele derivados[625].

O que o Código Civil não faz, todavia, é precisar os pressupostos da resolução contratual – exercício assumido pela doutrina e pela jurisprudência. Pode-se dizer, em síntese, que a resolução dos contratos empresariais objeto deste estudo pressupõe ao menos dois elementos principais: a identificação de *obrigações correspectivas*[626] e seu *inadimplemento*. Agrega-se a esses dois pressupostos a exigência de que o credor que deseja resolver o contrato não seja, ele mesmo, inadimplente – questão que não suscita maiores controvérsias entre os estudiosos sobre o tema.

O que adquire feições tormentosas em tema de resolução é a análise daqueles dois primeiros pressupostos: definir quais *obrigações* cujo descumprimento autoriza a

---

[623] Segundo RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, seria inadequado conferir à resolução legal a natureza de uma "cláusula tácita", o que transmite a impressão de o legislador simplesmente ter reconhecido uma *vontade implícita* de as partes, havendo descumprimento, desconstituírem o contrato. Esta perspectiva, justificada na roupagem voluntarista própria da concepção jurídica subjacente à redação do Código Civil de 1916, deve se substituir, diz o autor, pela noção de que *a lei* atribui às partes o direito de se desvincularem de um contrato inadimplido – e não por força de uma vontade pressuposta (*Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004, p. 58-59).

[624] Esses três efeitos, lembre-se, não são os únicos decorrentes do inadimplemento. Mencionem-se ainda, por exemplo, o transcurso de juros (quando a obrigação é líquida), a devolução de arras, a exigibilidade de cláusula penal, a oponibilidade da exceção de contrato não cumprimento ou o acionamento de garantias contratuais.

[625] Os dois primeiros, por imperativo lógico, excludentes entre si, sem embargo do *jus variandi*, quando admitido.

[626] Sobre o conceito de obrigações correspectivas, refere-se aos apontamentos realizados no item 4.2.2 acima; trata-se, em síntese, do mesmo pressuposto do vínculo sinalagmático exigido para a oposição da *exceptio non adimpleti contractus*.

resolução, bem como a *natureza e relevância do inadimplemento* ensejador da extinção. E os problemas se amplificam ao se perceber que ponderações de ordem teórica e entendimentos jurisprudenciais muitas vezes moldados à luz da resolução legal acabam sendo aplicados de forma acrítica no momento de se avaliarem extinções baseadas em cláusulas resolutivas expressas, desconsiderando arranjos contratuais específicos. Isso exige examinar os pressupostos da resolução legal para, em seguida, compará-los com o que se imagina aplicável à resolução convencional.

5.6.2. A sindicância sobre as hipóteses que autorizam o desligamento: os problemas da correspectividade e da relevância da obrigação descumprida

Em primeiro plano, saber quais obrigações se interligam funcionalmente, quais se encontram vinculadas ao atingimento dos objetivos das partes, demanda uma atenciosa atividade interpretativa para compreender o que os contratantes consideram interdependentes a partir de cada declaração negocial concreta – valendo lembrar que essa interpretação deve considerar na noção de *declaração negocial* tanto o *texto* como o seu *contexto*, a partir das balizas oferecidas pelos arts. 112 e 113 do Código Civil.

O uso de exemplos ajuda a esclarecer o ponto. Pense-se no contrato sinalagmático por excelência, a compra e venda, cuja essência se encontra definida pelo art. 481 do Código Civil: "um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro"[627]. A lição tradicional ensina que essas obrigações, transferência de propriedade e pagamento do preço, são as obrigações correspectivas em qualquer compra e venda realizada – tenha como objeto a aquisição de um automóvel usado ou a alienação das ações representativas do bloco de controle de uma sociedade. Todo o resto – como a prestação de garantias, a obtenção de licenças administrativas ou a proteção do patrimônio do comprador – seria considerado *acessório* às ditas obrigações *principais*.

[627] Esses são os *elementos essenciais* da compra e venda, conforme o ensinamento tradicional. Para os autores que adotam o conceito de causa contratual, eles representariam seus *efeitos essenciais* – ou seja, as obrigações de transferir propriedade e pagar preço formariam a *causa abstrata* da compra e venda, considerada pelo legislador para atribuir as características principais do negócio e conferir-lhe legitimidade e balizas jurídicas. A *causa concreta*, por sua vez, se manifesta quando um negócio concretamente celebrado espelha aqueles efeitos essenciais abstratos. Reitera-se o que se adiantou na nota de rodapé 84 acima: neste estudo, opta-se por evitar o uso da noção de causa contratual.

Mas a autonomia privada faculta que cada compra e venda concretamente celebrada tenha características próprias, agregando elementos outros àquelas duas obrigações. No jogo de barganha natural às contratações, é comum que deveres supostamente acessórios assumam relevância significativa: a obtenção de uma garantia, a contratação de um seguro, a liberação de um aval, a prestação de informações, a assessoria técnica especializada, o respeito à exclusividade, a transferência rápida de posse ou a manutenção de um alto nível de confiança e confidencialidade entre as partes podem representar interesses contratuais diretamente relacionados à transferência do domínio, a ponto de condicioná-la ou influir na composição do preço. Situações dessa natureza podem ser tão interdependentes, tão vinculadas umas com as outras, como o são as obrigações principais clássicas. Como RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR já teve a oportunidade de anotar, "a bilateralidade se estabelece *tendo em vista o conjunto do contrato*, com as obrigações principais e as acessórias. Em certo momento, uma prestação acessória pode ser mais importante que a principal"[628].

O mesmo pode ser dito a respeito de contratos de distribuição, ainda a título de exemplo. Analisadas as obrigações isoladamente, somente haveria correspectividade entre as obrigações ditas principais de fornecimento dos produtos, a cargo do fornecedor, e de o distribuidor remunerá-lo por isso; deveres característicos desse contrato, como por vezes ocorre com a exclusividade, não encontrariam correspectivo evidente no outro polo da relação – leitura que não se mostra adequada, dadas as feições do negócio: não por acaso, a jurisprudência brasileira tantas vezes já reconheceu que o descumprimento do dever de exclusividade pode dar margem à resolução do contrato de distribuição[629].

Quer-se dizer que a noção de correspectividade não deve ser buscada por um raciocínio puramente jurídico e estrutural, mas econômico e funcional. Não é num exame abstrato do contrato, exclusivamente a partir do tipo, que se sabe qual obrigação é correspectiva a outra. Também não é num exame concreto superficial, como num jogo de "ligue-os-pontos", que a correspectividade se descobre. Deve-se perquirir a intenção contratual, buscar compreender na declaração negocial a lógica própria de cada contrato –

[628] STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 156.900/RS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, v. u., j. 21.10.1999. Vale ressaltar que o trecho citado fez parte de comentário incidental do Min. RUY ROSADO, mas não influiu na decisão em si, que, por questões de admissibilidade, não adentrou no exame das obrigações contrapostas.

[629] Confira-se, por exemplo, o seguinte precedente: TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Agravo de Instrumento nº 2025663-87.2018.8.26.0000, Rel. Des. Cesar Ciampolini, v. u., j. 4.5.2018.

e não só a lógica econômica das prestações em intercâmbio, como também aquela que presidiu o consentimento, que fez com que as partes aceitassem a celebração do contrato naqueles moldes. Com isso se torna possível perceber se certos deveres e obrigações, apesar de aparentemente acessórios ou desvinculados funcionalmente, podem ser peças essenciais da engrenagem contratada.

Diversos mecanismos servem para identificar a correspectividade entre determinadas obrigações. O primeiro deles é a própria redação do contrato, ponto de partida para qualquer interpretação negocial, à luz do art. 112 do Código Civil. Essa identificação se torna mais simples quando o estilo de redação contratual adotado indica numa cláusula o que compete a cada contratante, quais são as principais obrigações do contrato, mediante a descrição em subcláusulas; a correspectividade se torna evidente, por exemplo, quando as partes declaradamente expressam que uma prestação é realizada "em contrapartida" a outra. Mais difícil, a seu turno, é a missão do intérprete quando está diante de instrumentos contratuais que optam por listar os direitos de um contratante em uma cláusula, as suas obrigações em outra, e, em outras duas cláusulas separadas, os direitos e as obrigações da contraparte.

Outros importantes indicativos são os eventuais mecanismos previstos pelas partes para a execução do contrato; se determinadas faculdades contratuais ficam sob a dependência de que a contraparte pratique essa ou aquela conduta, é sinal de que pode haver correspectividade entre as obrigações em jogo. É o que costuma ocorrer, por exemplo, quando se estipula em promessa de compra e venda que o saldo final somente deve ser pago pelos adquirentes após os alienantes adimplirem obrigação de liberar hipotecas ou penhoras que gravem a coisa; mecanismos dessa natureza atestam que o dever de proceder à baixa nas garantias pode compor o nexo de correspectividade a ligar as partes[630].

Se não bastasse a complexidade ínsita à identificação do vínculo de correspectividade, a questão abre maior margem para dúvidas quando se acrescenta, como tem sido comum, a necessidade de que as obrigações descumpridas sejam *relevantes* para

[630] Nesse sentido, cf. TJRJ, 8ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2005.001.21939, Rel. Des. Odete Knaac de Souza, v. u., j. 06.09.2005.

que se autorize a resolução. Passa-se, pois, a uma segunda etapa, que é o exame da *relevância da obrigação dentro do programa contratual*.

A exigência desse pressuposto para que se opere a resolução contratual em juízo, na ausência de cláusula resolutiva expressa, é livre de questionamentos, por força da redação do art. 395, parágrafo único, do Código Civil. A questão se torna mais delicada, contudo, quando se transplanta o mesmo raciocínio para contratos nos quais há cláusula resolutiva expressa – sobretudo em relações empresariais de grande porte.

Isso porque se tem observado o surgimento de opiniões no sentido de que o consenso em cláusula expressa contendo a definição do conteúdo das obrigações que podem levar ao desligamento "não lhe garante a legitimidade necessária ao seu merecimento de tutela", sendo "indispensável averiguar sua adequação à economia contratual, tomando como parâmetro a boa-fé objetiva, sob pena de se produzirem cláusulas inválidas"[631]. Em termos simples, advoga-se que a obrigação selecionada para conduzir à extinção contratual deve ser "essencial, imprescindível para a realização da função econômico-individual do negócio"[632]. E essa análise de essencialidade, segundo a proposta teórica, deve ser efetuada em dois momentos: no momento da sua criação e no momento em que se invoca o seu descumprimento[633]. O apontamento, embora razoável, suscita ponderações relevantes. O recurso a exemplos auxilia novamente a ilustrar o ponto.

Imagine-se contrato de arrendamento de área florestal em que, além da obrigação de remunerar o arrendante pela transferência da posse direta, o arrendatário se obriga a lhe fornecer os frutos extraídos da área, a servir de matéria-prima da produção industrial do arrendante, e lhe pagar *royalties* pela venda dos frutos excedentes. Acrescente-se, por fim, a obrigação de o arrendatário elaborar um estudo completo a respeito da capacidade da área arrendada, tendo em vista o interesse declarado de o arrendante conhecer melhor sua propriedade – e, por consequência, permitir que ambos, arrendante e arrendatário, explorem ao máximo seu potencial.

---

631 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 74.
632 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 75.
633 TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 79: "A dinamicidade da relação obrigacional impõe a constante avaliação sobre a essencialidade da obrigação da economia do contrato, que pode ser comprometida pelas vicissitudes a que se sujeita a relação".

O que caracteriza o contrato de arrendamento, em abstrato, é a transferência remunerada da posse direta. Em determinados mercados específicos, uma certa tipicidade social é também reconhecida à obrigação de se pagarem *royalties* ao arrendante pela venda dos frutos excedentes, quando aplicável. Já a obrigação de elaborar um estudo, a bem dizer, não faz parte da moldura jurídica habitual desse negócio.

No entanto, não se pode negar que, num caso como esse, o inadimplemento da obrigação de elaborar o estudo pode ser tão grave quanto a inadimplência pecuniária. A decisão do arrendante de se vincular ao arrendatário pode ter sido influenciada pela capacidade e especialização do último para identificar problemas e potencialidades da área arrendada. E o interesse do arrendante pode ser não apenas se remunerar pela transferência de posse, mas também garantir que seu ativo seja explorado na plenitude de suas possibilidades. Ao menos em tese, deve-se cogitar que, numa hipótese tal, a realização do estudo não é uma obrigação acessória, tampouco desimportante[634].

Diante do exemplo dado – e em linha de princípio –, a obrigação de elaborar o estudo, muito embora não encontre correspondência evidente no polo oposto da relação numa primeira leitura, pode ser parte *essencial* da lógica econômica a presidir a celebração do negócio. Seria plausível vê-la espelhada no interesse comum de arrendante e arrendatário explorarem ao máximo o potencial do imóvel. Comporia ela, portanto, a noção de obrigação correspectiva essencial.

Disso se percebe que a perspectiva de se erigir a identificação das obrigações *essenciais* a patamar de pressuposto para autorizar a resolução cria um segundo problema prático, que não é de se menosprezar: além daquela primeira etapa de se *identificar a correspectividade entre as obrigações*, passa-se a exigir o esforço interpretativo de se identificar *o grau de relevância da conduta esperada no programa contratual* – o que tende a não ser atividade simples, exceto naquelas situações em que obrigações integram os elementos inderrogáveis do tipo em análise.

Ou seja: essa leitura cria uma sindicância de mérito sobre as escolhas das partes, o que naturalmente aumenta o custo e o grau de incerteza de eventual disputa sobre a matéria. Por mais que essa visão esteja imbuída pela busca de resultado equilibrado, não se

[634] O mesmo não poderia ser dito, em tese, a respeito de eventuais obrigações de reformar o imóvel ou de pintar suas instalações.

pode negar que ela necessariamente aumenta os custos da disputa, potencializa a incerteza de potencial litígio e dilui o resultado do jogo de barganha efetuado ao longo das tratativas.

Além disso, à luz do conceito de intenção contratual, a perspectiva que pugna pela análise da essencialidade das obrigações eleitas para admitir o desligamento despreza a relevância dos meios estruturais escolhidos pelas partes, desconsiderando que partes sofisticadas por vezes "têm motivos relevantes para criar condições expressas, e portanto os tribunais têm bons motivos para implementá-las"[635]. No mais, ela atenta contra a dinâmica de alocação de riscos efetuadas durante o design contratual[636].

5.6.3. A sindicância sobre a gravidade e a substancialidade do descumprimento que autoriza a extinção

Há ainda um terceiro problema prático derivado da síntese que se observa sobre algumas opiniões acerca dos pressupostos da resolução por cláusula expressa: a tendência de se exigir o exame da *natureza e relevância do inadimplemento concreto*, que, além de *grave*, deve conduzir à *perda do interesse útil na prestação*: isto é, a extinção somente seria admitida nas hipóteses do chamado *inadimplemento absoluto*.

Uma vez mais, a exigência desses pressupostos para que se opere a resolução contratual em juízo faz sentido. Doutrina e jurisprudência repetem o entendimento de que, não tendo as partes aproveitado a oportunidade da confecção do instrumento contratual para definir quais circunstâncias podem levar à extinção do negócio em caso de descumprimento, deve-se exigir que o inadimplemento seja *grave*[637]. E se sabe que o art. 395, parágrafo único, do Código Civil estabelece a fronteira entre a mora e o

---

635 "[…] *commercial parties have sound reasons for creating express conditions, and thus courts have good reasons to enforce them*" (KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1096-1097).

636 KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1084.

637 Em clássica elaboração: "a resolução constitui uma terapia agressiva para corrigir um mal assaz grave e superveniente da relação contratual, comprometida pelo inadimplemento" (ASSIS, Araken de. Do Direito das Obrigações (arts. 412 a 578). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5, p. 600). Nos tribunais, é comum se ler que a resolução contratual "caracteriza resposta apenas a inadimplemento grave, que comprometa de modo substancial a prestação devida" (TJSP, 2ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0010109-87.2011.8.26.0002, Rel. Des. José Joaquim dos Santos, v. u., j. 17.10.2017), ou decisões que negam a extinção por não verificarem a "prática, por quaisquer das partes, de conduta grave o suficiente para justificar a resolução contratual" (TJSP, 10ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0002552-37.2014.8.26.0457, Rel. Des. Elcio Trujillo, v. u., j. 19.2.2019).

inadimplemento absoluto: o fato de a prestação "se tornar inútil ao credor", caso no qual ele pode "enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos" – sendo corrente o entendimento de, quando operada em juízo, na ausência de cláusula contratual expressa, o exame dos arts. 395 e 475 do Código Civil impõe "interpretação sistemática [que] evidencia que somente o inadimplemento absoluto permite a resolução da relação jurídica contratual", uma vez que "a mora comporta emenda e, assim, permite que o interesse útil do credor seja satisfeito, embora tardiamente"[638]. Mas a reprodução acrítica desse pressuposto para os cenários em que há cláusula contratual expressa parece pouco aderente com o que se vê na praxe das contratações empresariais, como se demonstra no item a seguir.

Há ainda quem suscite um quinto pressuposto não previsto em lei para que se exerça o direito de se resolver o contrato, aplicável aos casos de adimplemento insatisfatório: o exame da substância da conduta praticada pelo devedor e o seu potencial de produzir resultado útil ao credor – por outras palavras, se o adimplemento tiver sido *substancial*, o credor não pode lançar mão do remédio resolutório.

A recepção da teoria do adimplemento substancial não chega a ser novidade entre nós, como se vê em maiores detalhes no item 7.3.2 abaixo, representando manifestação da função limitativa da boa-fé, insculpida no art. 187 do Código Civil, e cujo propósito é o de impedir ou limitar o exercício de remédios sinalagmáticos nos casos em que o devedor, embora inadimplente, tenha adimplido parcela da prestação em substância suficiente para proporcionar ao credor o seu interesse objetivamente considerado. O que se destaca nesse momento é a percepção de que o adimplemento substancial não deve servir como *limite excepcional* ao manejo do remédio, invocável pelo devedor inadimplente como matéria de defesa. A proposta que se destaca nesse particular eleva a substancialidade à categoria de *pressuposto* da resolução[639]; e, se de pressuposto se trata, ela desloca para o *credor* o ônus de demonstrar que seu interesse não foi substancialmente atendido diante do cumprimento parcial da obrigação.

---

[638] ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 942, abr. 2014, versão eletrônica, p. 11.

[639] É o que defende, por exemplo, ALINE DE MIRANDA VALVERDE TERRA; em suas palavras "o critério que se utilizava para aferir a legitimidade do exercício da resolução, contemporaneamente serve à configuração do pressuposto resolutório" (*Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 164).

Assim, uma síntese que se observa desse conjunto de perspectivas é a de que a resolução contratual por cláusula expressa exigiria, no mínimo, a conjugação dos cinco testes seguintes: a identificação da existência de obrigações *correspectivas*; essas obrigações devem ser *essenciais* para o atendimento do programa contratual (na sua gênese e no momento do seu acionamento); seu inadimplemento deve ter impacto *relevante*; a performance incompleta do devedor não pode ter sido *substancial*; e o credor há de ter *perdido o interesse no resultado útil derivado do contrato*. Por opiniões que se veem na doutrina e na jurisprudência, somente uma vez verificados *todos* esses pressupostos estaria autorizada a extinção do contrato, cujo resultado típico é a liberação do contratante – isto é, o *efeito liberatório*, por meio do qual o agente econômico deixa de estar vinculado às obrigações mais relevantes que integram o negócio desfeito[640].

Esse conjunto de cautelas identificado na definição dos pressupostos da resolução pode parecer razoável num cenário em que se pretende proteger a manutenção do contrato e no qual as partes não se reservaram o direito de se desligar do contrato na ocorrência de inadimplemento alheio – ou seja, nos casos de *resolução legal*. Mas parecem excessivos diante da função precípua que se atribui à cláusula resolutiva expressa.

Isso porque uma das funções (a bem dizer, a *principal* função) da cláusula resolutiva expressa é a de proporcionar um "ambiente negocial mais seguro e previsível aos contratantes", facultando à parte prejudicada "se libertar imediatamente da relação disfuncional, imprestável à finalidade a que se dirigia, sem que, para isso, tenha que se submeter às inconveniências de um processo judicial"[641].

Curiosamente, todavia, a leitura que vem sendo feita acerca dos pressupostos para tanto caminha no sentido oposto, pois cria barreiras ao seu exercício que não estão previstas em lei, e suscitam ao menos cinco camadas de defesas jurídicas em benefício do devedor, o que lhe estimula a judicializar a matéria em busca de tutela de urgência que

[640] A extensão do efeito liberatório depende, contudo, das circunstâncias concretas de cada operação específica. É natural que em algumas contratações mais complexas haja um conjunto de previsões regendo como se dá o *modus operandi* da desmobilização de certas atividades – como a manutenção de canteiros de obras por período determinado, a permanência de certas obrigações de não-competição e confidencialidade, por exemplo. Também pode se esperar, à luz das circunstâncias, que alguns deveres pós-contratuais sejam exigíveis, mesmo não estando necessariamente previstos no instrumento, por força da função criadora de deveres da boa-fé, em linha com o art. 422 do Código Civil. Portanto, a liberação promovida pela cláusula resolutiva expressa raramente extingue na íntegra os efeitos da relação contratual.

[641] TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 57-58.

impeça o desligamento contratual. Sem embargo da razoabilidade dessa postura, de teor equitativo, ela não deixa de ser contraditória – e, mais do que isso, incompatível com a maneira como a práxis tem desenhado suas estratégias de enfrentamento desse problema.

Uma vez mais, está-se diante de leitura que propõe uma sindicância de mérito sobre as cláusulas contratuais escritas, dessa vez com enfoque na relevância do inadimplemento e na utilidade do que se prestou, o que, novamente, aumenta o custo da disputa e a incerteza sobre o destino de litígio potencial.

Essa leitura também prejudica o leque de opções que partes sofisticadas desejam ter à disposição para moldar os mecanismos de ruptura de modo mais eficiente. Pois se sabe que não é simples uma discussão sobre *relevância* de um inadimplemento ou sobre o *grau de utilidade* do que se prestou, questão que por vezes pode exigir a realização de provas técnicas, demoradas e de difícil previsibilidade. Além disso, há de se pressupor, no mínimo, que "as próprias partes estejam em melhores condições de analisar de modo global o *tradeoff* entre selecionar meios estruturais específicos que maximizem o valor que se espera a partir do contrato"[642] – e não um terceiro julgador, que não participou das suas negociações e não toma os seus riscos. E, por mais que se sugira uma espécie de "presunção"[643] de que as hipóteses dispostas pelas partes devem autorizar a resolução convencional, mas estão sujeitas a reexame funcional pelo julgador, essa postura, ao estimular o reexame de mérito dos acordos e fundamentar argumentações que aumentam a incerteza, por si só é suficiente para tornar o planejamento dos custos da disputa ineficientes, pois forçam o credor a estar em litígio, na posição de réu – mesmo com razão, mesmo com presunções em seu benefício –, com as despesas daí decorrentes.

Por isso, a teoria do design contratual propõe que "quando contratantes sofisticados incorrem em custos para moldar obrigações expressamente em um contrato escrito", e o fazem de modo incondicional (ou seja, sem sindicância sobre o mérito da sua ação, sobre a relevância do que se descumpriu, ou sobre a utilidade do que recebeu), elas assim decidem para que a parte prejudicada possa se sustentar nos direitos previstos no contrato escrito

---

642 "[…] *the parties themselves are best able to fully evaluate this tradeoff and select the particular contractual means that maximizes the expected value of their contract*" (KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1073).

643 A sugestão é de TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 56.

"quando assim se fizer necessário para lhe proteger de incorrer em perdas substanciais. Mas às vezes *a única maneira de fazer com que isso seja praticável é fazer com que a cláusula prevista seja cumprida de modo incondicional*"[644].

Acrescente-se, por fim, a perigosa linha de pensamento que, ao desconsiderar o texto do art. 474 do Código Civil, suscita a necessidade de intervenção judicial mesmo na presença de cláusula resolutiva expressa. Explica-se melhor.

O art. 474 do Código Civil estabelece regime diferenciado para a resolução convencional e a legal, prescrevendo, para a primeira, efeitos de pleno direito. Algumas decisões, porém, têm desconsiderado essa distinção, reputando imprescindível provimento em juízo para reconhecer efeito à cláusula resolutiva expressa – com destaque para caso julgado pelo STJ, no qual se discutia a resolução de permuta imobiliária que montava a dezenas de milhões de reais, e no qual se concluiu ser imprescindível prévia manifestação judicial para a extinção do contrato e consequente reintegração de posse em favor do proprietário[645]. Em outras palavras, a despeito da existência da cláusula resolutiva expressa, entendeu-se que a parte prejudicada ainda assim deveria recorrer à via litigiosa para obter a extinção do contrato.

Essa perspectiva esvazia o sentido do mecanismo liberatório, equiparando-o, na prática, à cláusula resolutiva tácita, e desconsidera o expresso comando legal. Pela dicção do art. 474, o contratante fiel não precisa pleitear pronunciamento prévio em juízo para promover o desligamento do contrato, bastando que manifeste por meios extrajudiciais inequívocos – ou pelos meios contratualmente definidos – o interesse na extinção. O art. 474 procura ter como consequência prática, essencialmente, a inversão do ônus da iniciativa judicial: a contraparte-inadimplente é quem tem o ônus de demonstrar em juízo

---

[644] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1100. No original: "*In short, when sophisticated commercial parties incur costs to cast obligations expressly in a written and unconditional form, they do so to permit a party to stand on its rights under the written contract when doing so is necessary to protect the party from incurring a sub-stantial loss. But sometimes the only way to make such a right practi-cally effective is to make it unconditionally enforceable*".

[645] "A polêmica central do presente recurso especial devolvida ao conhecimento desta Corte situa-se em torno da possibilidade de concessão de liminar em ação de reintegração de posse sem que tenha sido formulado pedido de resolução do contrato, tão-somente de reintegração de posse. A matéria é complexa e os precedentes desta Corte, transcritos na decisão da minha relatoria, proferida no agravo em recurso especial aludido no relatório, orientam-se no sentido da necessidade de prévia resolução do contrato de promessa de compra e venda, mediante o qual a posse do imóvel foi transferida à outra parte" (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.342.754/RJ, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v. u., j. 23.10.2012).

que não se verificaram os pressupostos para a resolução, ou que o direito extintivo foi exercido abusivamente. O contratante fiel, por sua vez, somente precisa se valer da via litigiosa para exigir alguns *efeitos materiais* da resolução, caso necessário (como a reintegração na posse ou o ressarcimento dos danos causados pelo descumprimento); ou, se preferir, para ver declarada a legitimidade de sua conduta. Mas ainda se veem decisões que desconsideram essa distinção entre os fenômenos.

Decisões como a mencionada (que não são raras) são incompatíveis com o texto expresso do art. 474 do Código Civil – valendo notar que a existência de entendimentos nesse sentido parece ter justificado a elaboração do art. 62 da Lei nº 13.097/2015, que alterou o art. 1º do Decreto nº 745/1969 para estabelecer que nos contratos de promessa de compra e venda de imóveis urbanos não loteados nos quais conste cláusula resolutiva expressa, a resolução por inadimplemento do promissário comprador "se operará de pleno direito (art. 474 do Código Civil), desde que decorrido o prazo previsto na interpelação referida no *caput*, sem purga da mora". Ainda assim, os tribunais de segunda instância permanecem reproduzindo o entendimento daquela decisão do STJ, e os exemplos de arestos recentes a respeito não são poucos[646].

5.6.4. As estratégias da práxis para o desligamento autorizado por motivos imputáveis

O quadro complexo desenhado acima sobre o *modus operandi* da cláusula resolutiva expressa (com um conjunto de pressupostos que não são fixados por lei, e uma leitura sobre sua eficácia que é nitidamente *contra legem*) parece um tanto distante dos propósitos que guiam as discussões entre os agentes econômicos acerca dos cenários de ruptura e os esforços empregados pelos redatores contratuais na estruturação das cláusulas a respeito. É por isso que merece análise o design da confecção dos mecanismos de desligamento autorizado por motivos imputáveis à contraparte.

[646] Diferentes órgãos do TJSP continuam a expressar esse entendimento mesmo após a promulgação da Lei nº 13.097/2015: "Rescisão do contrato por culpa das partes. Necessidade de manifestação judicial. Autores que foram notificados extrajudicialmente, mas a vendedora não ajuizou ação de rescisão do contrato. Caso em que isso deveria ocorrer, ainda que no contrato tivesse cláusula resolutiva expressa" (TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0006734-07.2011.8.26.0543, Rel. Des. Carlos Alberto de Salles, j. 14.11.2017). Ainda na mesma direção: TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2002067-74.2018.8.26.0000, Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 21.5.2018; TJSP, 5ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 1024513-76.2014.8.26.0114, Rel. Des. Fábio Podestá, j. 18.6.2018; TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2126596-68.2018.8.26.0000, Rel. Des. Egidio Giacoia, j. 4.9.2018.

O exame das disposições contratuais é fundamental para compreender os pontos relevantes a respeito desse mecanismo, pois elas costumam resultar de momento da confecção dos instrumentos em que o design contratual atinge maior grau de sofisticação, pela combinação de termos vagos e precisos sobre as regras substantivas que disparam o direito de encerrar o contrato[647] – uma estratégia que depende das avaliações dos agentes econômicos sobre a pertinência dos custos de negociação, de implementação e do litígio. E essa estratégia também repercute de maneira decisiva na dinâmica de poder da relação e na alocação dos ônus processuais de parte a parte – condicionando, portanto, as feições de eventual disputa, e se distanciando das cautelas teóricas apresentadas acima.

A estrutura mais comum que se observa é a dedicação de um capítulo próprio dos contratos para o tema da sua extinção – normalmente quando se aproxima das páginas finais do instrumento –, com notável destaque para as hipóteses de desligamento por motivos imputáveis à contraparte. Não raro, essas cláusulas também cuidam de hipóteses de desligamento autorizado por fatos não imputáveis à contraparte – submetendo ambos os mecanismos a procedimentos semelhantes, embora seus efeitos tendam a ser distintos, sobretudo em razão da ausência do dever de indenizar pelo rompimento do nexo de causalidade nas ocorrências de força maior.

O tratamento das hipóteses de desligamento autorizado, sobretudo por motivos imputáveis, se faz mediante a adoção de duas posturas, no mais das vezes combinadas. A primeira, e principal, é a identificação de um *rol de obrigações específicas* que podem dar margem ao desligamento – mediante cláusulas cuja redação envolve a mescla de termos precisos e vagos, regras e *standards*, naquilo que caracteriza o design contratual. Em conjunto, os redatores criam *hipóteses genéricas* que também autorizam o desligamento, na intenção de cobrir todas as possibilidades que não tenham sido capturadas pelas obrigações específicas arroladas – o que no jargão se refere como "*catch-all provisions*"[648].

---

[647] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 875.

[648] "*One conventional explanation for vague terms in this context is that they act as 'catch-alls' that compensate for the underinclusiveness of precise terms*" (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 848). Em tradução livre: "Uma explicação convencional para termos vagos nesse contexto é que eles agem como 'guarda-chuvas' que compensam a falta de inclusão de termos precisos".

Contratos de construção de grandes obras costumam ser excelentes demonstrativos da dinâmica do design das hipóteses de desligamento, dada a complexidade dos empreendimentos a serem desenvolvidos e da própria estrutura contratual – que exige uma série de escolhas para gerenciar riscos e custos de transação, como bem aponta LIE UEMA DO CARMO[649], mas que também permite utilizar etapas e condutas as mais diversas para servir como eventos de pagamento e gatilhos dos mecanismos protetivos, como o exemplo abaixo permite verificar.

Confiram-se novamente disposições que regem as hipóteses de extinção de contrato de empreitada celebrado entre a UTE Barreiro e a Toshiba para implantação da usina que nomeia o contratante: sua cláusula 27ª lista 19 hipóteses que fazem a Toshiba ser "considerada inadimplente" se "deixar de sanar sua falta nos prazos indicados e conforme aplicável após recebido o aviso de inadimplência emitido pela contratante, manifestando sua intenção de rescindir o contrato"[650]. Entre as hipóteses há regra precisa, como a que

[649] Segundo LIE UEMA DO CARMO, o conceito de complexidade contratual é relativo e multidimensional. Relativo porque, para ser aferido, deve-se comparar o contrato com outros celebrados no mesmo ambiente, em uma escala de graus de uma mesma linha. Multidimensional porque há três níveis de complexidade: (a) a quantidade prevista de contingências e a probabilidade alta ou média de se verificarem, (b) a quantidade de possíveis contrapartidas ou resultados após a ocorrência de contingências, e (c) o nível de demanda cognitiva exigido no contrato. A partir desse conceito, a autora dedica trabalho monográfico para estudar as feições e o impacto da complexidade nos contratos, com enfoque nos contratos de construção de grandes obras (*Contratos de construção de grandes obras*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 196-198).

[650] Cláusula 27.1 do "Contrato de Empreitada Parcial a Preço Global e Prazo Determinado, para Fornecimento de Materiais e Equipamentos, Montagem, Serviços de Engenharia e Obras Civis, para a Implantação da UTE Barreiro S.A.", celebrado entre Usina Termelétrica Barreiro S.A e Toshiba do Brasil S.A., datado de 31.7.2001, disponível a partir da fl. 64 dos autos do Recurso Especial nº 1.446.315/MG, do acervo do STJ, de onde derivam as subcláusulas abaixo, que preveem circunstâncias que autorizam o desligamento contratual: "27.1.1 falência ou concordata, requerida ou homologada, dissolução ou liquidação judicial ou extrajudicial de qualquer das empresas integrantes do consórcio constituído pelo contratado, que não seja substituído ou que não tenha suas responsabilidades formalmente assumidas por outro membro devidamente aprovado pela contratante, num prazo de 30 dias e desde que não haja comprometimento do cronograma de implantação; 27.1.2 descumprimento de qualquer cláusula, condição ou disposição deste contrato, desde que não sanado no prazo de 30 dias da notificação da contratante; 27.1.3 paralisação do fornecimento ou dos serviços por mais de 30 dias por ordem de autoridade competente, devido a transgressão de alguma lei ou ordem pública pelo contratado ou qualquer das empresas integrantes do contratado; 27.1.4 quando as multas aplicadas atingirem 10% do preço global do contrato referido no item 10.1, incorporando os reajustes previstos no item 13.5; 27.1.5 não pagamento, pelo contratado, no prazo legal, da remuneração de seu pessoal, ou de quantias devidas a subcontratados ou fornecedores, bem como não recolhimento de quaisquer tributos ou encargos relacionados ao objeto do presente contrato; 27.1.6 incapacidade técnica, negligência, imprudência ou imperícia do contratado que o impeça de concluir os fornecimentos, obras ou serviços no tempo e forma contratados; 27.1.7 ato intencional do contratado contrário às disposições do presente contrato ou aos interesses da contratante; 27.1.8 caso o contratado não inicie, suspenda ou abandone a execução dos fornecimentos, obras ou serviços do empreendimento, sem justificativa aceitável pela contratante; 27.1.9 cessão, transferência ou sub-rogação, total ou parcial, do presente contrato pelo contratado sem o consentimento prévio e expresso, por escrito, da contratante ou a não observância dos critérios de subcontratação previstos na cláusula 17; 27.1.10 alteração da situação comercial, social ou

autoriza o desligamento no caso de a Toshiba sofrer multas contratuais superiores a 10% do preço global (cl. 27.1.4); termos amplos, de enorme vagueza semântica, como a possibilidade de desligamento por "qualquer circunstância que desabone a identidade comercial ou afete a capacidade financeira, técnica, jurídica ou de produção do contratado" (cl. 27.1.19); termos vagos, sem indicação de quem define o parâmetro no caso concreto, como a hipótese que prevê o desligamento por "incapacidade técnica, negligência, imprudência ou imperícia" que impeça a Toshiba de concluir os serviços (cl. 27.1.6), ou por "ato intencional" contrário às disposições do contrato "ou aos interesses da contratante" (cl. 27.1.7); *standards* genéricos com o apontamento de que a UTE Barreiro deve preencher o parâmetro (a "*choice of proxy*") no caso concreto, regendo questões operacionais, caso da hipótese de atraso, suspensão ou abandono dos serviços "sem justificativa aceitável pela contratante" (cl. 27.1.8) ou atrasos nos suprimentos ou serviços necessários à implantação da usina, "sem justificativa aceita pela contratante, que comprovadamente afetarem a entrada em operação das unidades geradoras" (cl. 27.1.12); gatilhos de natureza operacional e dicção precisa, como a paralisação dos serviços por mais de 30 dias em razão de ordem de autoridade pública derivada de fato imputável à Toshiba (cl. 27.1.3) ou a paralisação dos "fornecimentos, obras ou serviços, previstos no cronograma de implantação em sua última revisão, por motivos não imputáveis à contratante" (cl. 27.1.15); regras sobre o planejamento da obra, como a hipótese de a Toshiba elaborar projeto executivo desconforme ao projeto básico consolidado e as especificações técnicas combinadas entre as partes (cl. 27.1.11); questões relativas ao risco da incapacidade econômico-financeira da Toshiba (cls. 27.1.1, 27.1.10, 27.1.14), inclusive a ausência das garantias de fiel cumprimento exigidas (cl. 27.1.17); regra simples sobre

---

jurídica do contratado, que represente redução das garantias de cumprimento das obrigações do contratado neste contrato; ou fusão ou incorporação do contratado ou das empresas integrantes do contratado a outras empresas; 27.1.11 caso o contratado, sem prévia e expressa autorização por escrito da contratante, elabore o projeto executivo em desconformidade ao projeto básico consolidado e às especificações técnicas consolidadas do empreendimento; 27.1.12 no caso de atrasos nos suprimentos ou serviços necessários à implantação, por culpa do contratado, sem justificativa aceita pela contratante, que comprovadamente afetarem a entrada em operação das unidades geradoras; 27.1.13 caso o contratado deixe de efetuar ressarcimentos que sejam devidos à contratante, nos termos deste contrato; 27.1.14 caso se caracterize a insolvência do contratado, através do protesto de títulos ou a emissão de cheque sem suficiente provisão de fundos; 27.1.15 se o contratado paralisar, total ou parcialmente, os fornecimentos, obras ou serviços, previstos no cronograma de implantação em sua última revisão, por motivos não imputáveis à contratante; 27.1.16 qualquer dos eventos descritos nesta cláusula atribuível a um subcontratado, sem que a irregularidade seja sanada pelo contratado; 27.1.17 não fornecimento das garantias exigidas nos termos da cláusula 35; 27.1.18 caso o contratado pratique qualquer ato que vise fraudar ou burlar o Fisco ou órgão arrecadador dos encargos sociais e trabalhistas; 27.1.19 caso o contratado pratique ato ou se verifique qualquer circunstância que desabone a identidade comercial ou afete a capacidade financeira, técnica, jurídica ou de produção do contratado".

fluxo financeiro, como a que autoriza o desligamento se a Toshiba deixar de "efetuar ressarcimentos que sejam devidos à contratante" (cl. 27.1.13); gatilhos relativos a riscos jurídicos, como a inadimplência da Toshiba perante seus empregados, subcontratados ou perante o Fisco (cl. 27.1.5); cautelas comerciais e relacionais, como a regra que permite o desligamento no caso de a Toshiba ceder sua posição contratual sem autorização prévia da UTE Barreiro, ou de não observar as regras contratuais sobre subcontratação (cl. 27.1.9); risco que a Toshiba assume por fato de terceiro, como na ocorrência de qualquer dos eventos descritos na cláusula 27.1 "atribuível a um subcontratado, sem que a irregularidade seja sanada pelo contratado" (cl. 27.1.16); questões concernentes a preocupações de imagem, como hipóteses de a Toshiba praticar "qualquer ato que vise a fraudar ou burlar o Fisco" (cl. 27.1.18); e, como de costume, um dispositivo *catch-all*, amplo, que autoriza o desligamento em caso de "descumprimento de qualquer cláusula, condição ou disposição do contrato, desde que não sanada no prazo de 30 dias da notificação da contratante" (cl. 27.1.2).

Em operações menos complexas, e com divisão em etapas menos visíveis, ainda assim a criatividade da práxis costuma suscitar uma relação de hipóteses de desligamento.

Perceba-se que o grau de precisão na definição das obrigações cuja inexecução suscita o desligamento é índice relevante sobre o desejo das partes de se desvincular rapidamente em caso de insucesso do empreendimento – uma vez que se exige para tanto investimentos *ex ante* em custos de negociação e investimentos *ex post* de verificação.

Exemplo precioso para demonstrar essa circunstância se encontra em cláusulas de operações complexas em que os agentes se dedicam a negociar parâmetros detalhados de performance e procedimentos de verificação, como por vezes se dá na indústria de óleo e gás. Em operações de afretamento e prestação de serviços de sondas de perfuração, ou de embarcações de apoio marítimo *offshore*, é habitual encontrar disposições estabelecendo um parâmetro objetivo a partir do qual o desempenho do prestador pode ser considerado insatisfatório – do que é exemplo a cláusula 17.2.1 do Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2, já mencionada na nota de rodapé 501 acima, a qual se pede vênia para reproduzir novamente; o contrato admite o desligamento motivado em diversas hipóteses, dentre as quais se destaca a seguinte:

> "17.2.1. Se a Embarcação ficar indisponível por tempo superior a 720 (setecentos e vinte) horas consecutivas ou 1080 (um mil e oitenta) horas alternadas, por ano contratual, não acumulativo (para fração de ano contratual, deverá ser empregada a proporcionalidade), o que ocorrer primeiro, períodos estes contados a partir da primeira hora de indisponibilidade [...]. 17.2.1.1. Para efeito do disposto no item 17.2.1, entende-se por indisponibilidade o período em que a Embarcação ficar paralisada ou parcialmente utilizada por quaisquer motivos, exceto as horas de franquias previstas no item 4.8"[651].

Essa mesma cláusula admite a cobrança de multa no valor correspondente a 15% da taxa diária de afretamento por cada dia em que se ultrapassarem os limites acima. Em complemento, lê-se que para promover a extinção contratual a Petrobras deve notificar a fretadora "da ocorrência de situação permissiva de aplicação da rescisão contratual, [garantindo-lhe] o prazo de 15 dias corridos para defesa" (cláusula 13.5).

À luz da teoria do design contratual, a definição de multa caso se ultrapasse sarrafo determinado de indisponibilidade de operação, combinada com a possibilidade de o tomador despedir o prestador, extinguindo o contrato, parece representar a escolha *ex ante* em se evitar discussão qualitativa, com parâmetros incertos, sobre a performance da operação. A intenção contratual que se extrai desse meio estrutural indica a fixação de parâmetro sobre o que deve ser considerado desempenho insatisfatório: se a embarcação ficar indisponível por um mês seguido ou se as paralisações intercaladas forem superiores a 12,5% do tempo disponível a cada ano contratual. Na dinâmica da escolha dos parâmetros (a "*choice of proxy*"), o atingimento desses indicadores autoriza o contratante a manter a operação em andamento, mediante redução do preço efetuada a partir da cobrança de multa no valor de 15% da taxa diária de afretamento, ou promover a extinção do contrato – caso entenda que, nessas circunstâncias, a embarcação não oferece condições suficientes para atingir as finalidades pretendidas.

A escolha por essa regra precisa indica, portanto, a intenção contratual de, em caso de disputa, não se enveredar por todo aquele conjunto de discussões suscitadas pela doutrina como possíveis pressupostos para se aplicar a cláusula resolutiva expressa: saber se a obrigação era essencial na gênese do contrato, se continuou o sendo no momento da

[651] "Contrato E&P nº 2050.0053178.09.2", celebrado entre Petrobras e DSND Consub S.A. em 8.10.2009, disponível a partir da fl. 103 dos autos do processo nº 0237360-21.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

inexecução, se o inadimplemento foi ou não relevante, se o adimplemento foi ou não substancial. Em vez disso, o grau de detalhe do ajuste consubstancia a intenção de que, ultrapassados aqueles sarrafos numéricos, precisos, a contratante possa se desligar do contrato, observados os procedimentos previstos.

Com isso, tem-se design por meio do qual a contratante mantém para si um conjunto de atribuições decisivas: fiscalizar a operação, aplicar multas redutoras do preço e extinguir o contrato no caso de o desempenho do prestador ser insatisfatório. Implementados os pressupostos previstos no contrato, cabe-lhe comunicar sua decisão à contratada, observando as regras contratuais – com o que se pretende transferir para o prestador o ônus de demonstrar que aqueles sarrafos não foram atendidos, que os procedimentos não foram respeitados ou que a extinção foi promovida em circunstâncias abusivas. Ou seja, alocam-se os custos da disputa substancialmente para o prestador do serviço.

Registre-se, ainda, que essa combinação de regras precisas e conceitos indeterminados também se manifesta mesmo em modalidades de contratação nas quais raramente se dá a um dos agentes econômicos a oportunidade de intervir no conteúdo do texto contratual – como é o caso dos contratos de franquia, cuja imensa maioria se firma mediante adesão[652]. Ou seja: ainda quando o espaço de negociação sobre o texto contratual praticamente inexiste, a práxis adota a mescla entre regras e conceitos indeterminados para moldar o processo de ruptura dos contratos empresariais.

Há de se reconhecer que em certas situações – comuns em contratações simples, mas pouco recorrentes nas mais complexas – as partes se resumem a combinar, de modo amplo, que o descumprimento de qualquer obrigação autoriza a parte prejudicada a dar o contrato por extinto, independentemente de qualquer medida judicial. E essas disposições genéricas também costumam acompanhar os clausulados detalhados que listam várias hipóteses, servindo as *catch-all provisions* como boia de salvação para o caso de se

[652] A jurisprudência reconhece que os contratos de franquia são peculiares nesse quesito. O STJ já afirmou que eles são, de fato, contratos empresariais (e não de consumo), mas que eventuais cláusulas compromissórias firmadas em razão desses contratos devem observar as regras do art. 4º, § 2º, da Lei de Arbitragem. Nas palavras da 3ª Turma, "todos os contratos de adesão, mesmo aqueles que não consubstanciam relações de consumo, como os contratos de franquia, devem observar o disposto no art. 4º, § 2º, da Lei 9.307/96" (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.602.076/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 15.9.2016).

implementar risco não previsto, obrigação não listada, ou algo que as partes optaram por não esmiuçar ao longo das tratativas.

Essa opção representa duplo risco: o primeiro, no plano do design, é o de transferir para o momento *ex post* (e para o terceiro adjudicador, portanto) ampla margem de discricionariedade para compreender quais seriam as condutas contratualmente esperadas e verificar se elas foram ou não atendidas, com seus custos associados. Já o segundo (uma matéria de direito) é a sujeição dessa estratégia ao argumento de que uma cláusula tal não preenche os requisitos de uma autêntica cláusula resolutiva expressa – que, segundo opiniões autorizadas, pressupõe "menção expressa à obrigação cujo inadimplemento poderá ensejar a resolução da relação obrigacional"[653]; do contrário, seria mera "cláusula de estilo"[654].

Compreende-se, como a teoria do design contratual diagnostica, que essa postura tende a transferir para o momento *ex post* margem larga de incerteza, uma vez que essa escolha não aponta *ex ante* os detalhes de cada inadimplemento autorizador da extinção. Mas parece pouco aderente à realidade a impressão de que – ficando no exemplo simples – a inadimplência financeira do dono da obra sujeite o empreiteiro a permanecer vinculado ao contrato até que sobrevenha uma decisão o liberando somente porque o contrato contou com cláusula singela e deixou de relacionar especificamente que o inadimplemento dessa obrigação daria margem ao desfazimento.

---

[653] TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 81-82.

[654] É a opinião, entre outros, de CRISTIANO ZANETTI, ao examinar cláusulas contratuais que se limitavam a "dar por resoluvido o negócio em caso de descumprimento de qualquer das obrigações ajustadas": "Por certo, tais estipulações não bastam à resolução extrajudicial do vínculo, segundo o previsto no art. 474 do CC. Ambas são cláusulas de estilo, muito comuns nos contratos brasileiros. Na falta de indicação mais pormenorizada a propósito, delas não se pode inferir que qualquer descumprimento, por ínfimo que seja, permita a resolução do vínculo. Trata-se, em verdade, de estipulação predominantemente destinada a reforçar que as partes estão adstritas à integral observância do avençado. Isso não significa, no entanto, que tais cláusulas sejam isentas de sentido. Embora não permitam a resolução extrajudicial, ambas comprovam que as Partes se encontravam perfeitamente cientes da possibilidade de a relação contratual chegar ao fim prematuramente, em razão do inadimplemento absoluto imputável a uma delas. As cláusulas 13.1 e 18.2 remetem, assim, para o art. 475 do CC, que confere ao contratante inocente, diante do inadimplemento absoluto alheio, a prerrogativa de obter a extinção da relação jurídica junto a órgão dotado de poder jurisdicional" (ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 942, abr. 2014, versão eletrônica, p. 12). No mesmo sentido, cf. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Da extinção do contrato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI. t. II, p. 400.

Além disso, é de se notar que essa perspectiva praticamente retira dos agentes econômicos uma estratégia de design contratual útil em operações menos complexas, ou celebradas em curto prazo e em contexto de elevada confiança entre as partes, pelas quais se opta pela elaboração de termos menos extensos, economizando custos *ex ante*, deixando o debate sobre situações limítrofes ou detalhadas para o cenário *ex post* – mas sob a expectativa de que descumprimentos evidentes, de fácil verificação, relativos a obrigações relevantes tende a estar contemplado pela *catch-all provision* a ponto de autorizar o desligamento independente de intervenção judicial. Diante disso, há de se repensar se a leitura de que a cláusula resolutiva genérica seria mera disposição de estilo merece guarida no contexto das contratações empresariais.

Veja-se, por exemplo, o contrato de fornecimento de etanol firmado entre Raízen e Canabrava, citado anteriormente: por se tratar de operação menos complexa do que a implantação de um grande empreendimento, natural se esperar que o documento tenha hipóteses extintivas simples. Sua cláusula 14.1 prevê seis ocorrências – algumas regendo desligamentos imputáveis, outras, não – por meio das quais o contrato pode ser "considerado rescindido de pleno direito, independentemente de qualquer notificação judicial ou extrajudicial": a insolvência de qualquer parte (cl. 14.1.a); mudança no controle da fornecedora (cl. 14.1.b); condenação criminal de sócios ou envolvimento de empregados da fornecedora em ações caluniosas ou comprometedoras da imagem da compradora (cl. 14.1.c); suspensão ou perda imotivada de licenças ou autorizações para execução do contrato (cl. 14.1.d); ocorrência de caso fortuito ou força maior por prazo superior a 30 dias (cl. 14.1.f) e uma cláusula *catch-all* que busca capturar o "descumprimento ou inadimplemento inadequado de quaisquer [cláusulas do contrato], anexos ou políticas que não seja sanado no prazo máximo de até 30 dias, contados do recebimento do aviso escrito pela parte infratora, enviado pela parte contrária"[655].

Note-se que a cláusula prevê situações incomuns, como a condenação criminal de sócios da fornecedora, mas não menciona expressamente os riscos mais evidentes de relações de fornecimento de insumos: a entrega de produto defeituoso, o atraso no fornecimento, a inadimplência financeira. Não parece plausível interpretar que a

[655] Anexo das "Condições Gerais de Compra" do contrato celebrado entre Raízen Combustíveis S.A. e Álcool Química Canabrava S.A., sem data, disponível a partir da fl. 76 dos autos do processo nº 1127417-51.2016.8.26.0100, do acervo do TJSP.

compradora pode se desligar do contrato no caso de mudança no controle da fornecedora imediatamente, sem precisar mover ação judicial, por ser hipótese expressa no contrato, mas não o possa fazê-lo no caso de o produto ser entregue com defeitos graves de fácil demonstração, ou simplesmente não ser entregue, tão somente porque essa hipótese não foi explicitada no instrumento.

Sem embargo da argumentação desenvolvida pelos defensores dessa tese, que inclusive já recebeu guarida judicial[656], essa percepção sobre a cláusula resolutória genérica ser mera disposição de estilo, e portanto incapaz de autorizar a extinção independentemente de ajuizamento de ação, não parece compatível com a intenção subjacente à prática de quem as redige – inclusive porque, no mais das vezes, mesmo a redação das cláusulas genéricas, sem identificação de obrigações específicas, costuma indicar a intenção de as partes se desvincularem *independentemente da instauração de um litígio*[657]. Não por acaso, essa tese não foi acolhida em sentença arbitral recente, na qual o Tribunal Arbitral entendeu que a cláusula resolutiva, ainda que genérica, comportava interpretação capaz de lhe autorizar o desligamento contratual independentemente do requerimento de arbitragem, à luz da interpretação sistemática do negócio, tendo a sentença efeito declaratório[658].

De todo modo, no intuito de minimizar o risco dessa discussão, percebe-se que as contratações mais complexas normalmente efetuam o balanço entre a identificação de obrigações específicas e a previsão de hipóteses genéricas, adotando conceitos indeterminados de modo a dar aos tribunais um espaço delimitado para selecionar parâmetros de julgamento, ao mesmo tempo em que se definem outros parâmetros específicos em regras contratuais[659].

---

[656] A 33ª Câmara de Direito Privado do TJSP, diante de cláusula que se referia genericamente ao direito de extinguir o contrato em caso de descumprimento, entendeu que "não passou a prescrição contratual de cláusula de estilo, o que exige interpretação restrita e não atribuição do efeito previsto pela primeira parte do artigo 474 do Código Civil" (TJSP, 33ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível nº 0014558-38.2009.8.26.0009, Rel. Sá Moreira de Oliveira, v. u., j. 4.6.2012).

[657] Como é o caso da cláusula 14.1 do contrato celebrado entre Raízen e Canabrava, mencionado acima.

[658] Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, Procedimento Arbitral nº 83/2014/SEC5, Barion Empreendimentos Imobiliários Ltda. *v* SP-58 Empreendimentos Imobiliários Ltda., Sentença Arbitral, j. 21.10.2016, Tribunal Arbitral formado João Bosco Lee (Presidente), Alexandre Bueno Cateb e José Emílio Nunes Pinto, disponível a partir da fl. 143 dos autos do processo nº 1015038-17.8.26.0344, do acervo do TJRJ.

[659] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 837.

Para além do arrolamento das hipóteses autorizativas do desligamento, a práxis também adota o hábito de criar procedimentos para que a parte dita inadimplente possa sanar a sua falha – trata-se das *cláusulas de cura*. Normalmente se estabelece uma cadeia de atos para tanto: a parte que deseja se desligar deve notificar a contraparte, fixando-lhe prazo para cumprir a obrigação inadimplida ou remediar o adimplemento insatisfatório; ultrapassado esse prazo sem que a situação se solucione, fica então a parte notificante autorizada a dar o contrato por extinto.

Exemplo interessante que se pode dar desse mecanismo é a cláusula 18.1 de contrato de fornecimento de escória celebrado entre Votorantim Cimentos Ltda. e Usina Siderúrgica do Pará Ltda. Muito embora se trate de uma cláusula de desligamento simples (daquelas que parte da doutrina chamaria de *cláusula de estilo*), observa-se que as partes optaram por definir como principal hipótese de extinção contratual "a infração de qualquer cláusula ou condição [do contrato], não sendo a violação suprida no prazo mínimo de 90 (noventa) dias contados do recebimento de cada uma das expressas comunicações". A cláusula prossegue estabelecendo dois pressupostos para que essas comunicações possam levar à extinção do contrato: a alínea "a.1" fixa que as comunicações "serão feitas em, no mínimo, 02 (duas) oportunidades distintas e sucessivas, sendo a 2ª (segunda) comunicação realizada somente após o término do prazo concedido na 1ª (primeira) comunicação, e assim sucessivamente" e a alínea "a.2" ainda complementa que as comunicações deverão "mencionar qual a violação ocorrida, o momento da sua constatação, a indicação das providências cabíveis para a sua solução, desde que em conformidade com as disposições deste Contrato, e o período concedido para a concretização da solução necessária, respeitado o prazo mínimo estipulado", com a ressalva, na alínea "a.3", de que "o prazo para suprimento da violação poderá ser superior ao mínimo previsto [...] a critério da Parte comunicante"[660].

O grau de recorrência do mecanismo de cura também aponta contra a ideia geral de que a resolução (mesmo baseada em cláusula resolutiva expressa) pressupõe a ocorrência de *inadimplemento absoluto*, ou da *perda do interesse* do credor. Afinal, a abertura de margem para sanação do problema permite concluir que, em grande número de situações, a

[660] "Contrato de Venda e Compra de Escória e Outras Avenças" realizado entre Votorantim Cimentos Ltda. e Usina Siderúrgica do Pará Ltda., datado de 1.8.2006, disponível a partir d fl. 39 do processo nº 1051587-50.2014.8.26.0100, do acervo do TJSP.

inexecução não priva o contratante fiel da sua utilidade. O que se dá, portanto, é um mecanismo pelo qual os agentes econômicos procuram abrir oportunidade de boa-fé para que a contraparte cumpra o que lhe cabe, ou solucione o que é de sua atribuição, cujo insucesso deve servir como parâmetro *objetivo*, *consensual*, de que a contraparte está autorizada a se desvincular do contrato.

O exame dos documentos também permite notar que o pressuposto da perda de interesse do credor, analisada objetivamente, tampouco tem total aderência aos anseios da práxis. Pois é habitual verificar cláusulas no sentido de que, verificada qualquer situação autorizativa do desligamento, cabe à parte protegida *escolher* o efeito jurídico que deseja impor à contraparte. Retornando ao exemplo do contrato para implantação da UTE Barreiro, diz-se com clareza que, ocorrendo qualquer dos eventos listados na sua cláusula resolutiva, "a contratante pode, caso não exercite o seu direito de rescindir o contrato, sustar o pagamento das notas fiscais ou faturas pendentes, até que o contratado cumpra integralmente a condição contratual infringida"[661].

Nessas circunstâncias, portanto, a análise da práxis permite concluir que não se deseja perquirir se ainda há utilidade na prestação devida, ou se o interesse do contratante ainda pode ser atendido. Cria-se um procedimento com o propósito de evitar essa discussão – que, feita por um terceiro adjudicador, tende a envolver considerável margem não só de discricionariedade, mas de suposição sobre as conveniências alheias. Desse modo, a análise da práxis parece negar as proposições sobre a existência do pressuposto (não previsto em lei, diga-se de passagem) de que a resolução convencional somente pode ocorrer diante de inadimplemento absoluto, ou que o inadimplemento deve ser essencial para autorizar o desligamento.

No mais, por se tratar de casos em que o desfazimento pode ser imputado à contraparte, esse cenário costuma culminar na combinação dos outros mecanismos integrantes do processo de ruptura: a aplicação de multa, cujo pagamento se dá mediante retenção de eventual saldo a pagar à contraparte, como se viu acima, além da retenção de bens que estejam na posse do notificante – inclusive para que o contratante fiel possa dar

[661] Cláusula 27.1.NI do "Contrato de Empreitada Parcial a Preço Global e Prazo Determinado, para Fornecimento de Materiais e Equipamentos, Montagem, Serviços de Engenharia e Obras Civis, para a Implantação da UTE Barreiro S.A.", celebrado entre Usina Termelétrica Barreiro S.A e Toshiba do Brasil S.A., datado de 31.7.2001, disponível a partir da fl. 64 dos autos do Recurso Especial nº 1.446.315/MG, do acervo do STJ.

início ao processo de desmobilização da operação ou de substituição da contraparte inadimplente, como se vê a seguir.

5.7. Os mecanismos de ruptura com função substitutiva

Há ainda circunstâncias no contexto da ruptura contratual em que a utilização dos mecanismos extintivos não se mostra suficiente, sendo necessário algo mais incisivo para que haja a implementação de alguma atividade do interesse do agente econômico protegido. Para essas hipóteses, recorre-se por vezes ao que se pode denominar *mecanismos com função substitutiva*.

De modo geral, a função substitutiva corresponde à possibilidade de o credor (por si ou por terceiros) tomar o controle da atividade que o contrato confiou ao devedor e, com isso, buscar a satisfação do seu interesse na prestação. Costuma consistir em um complemento dos mecanismos extintivos, sobretudo nas hipóteses de desligamento autorizado por fatos imputáveis – isto é, o agente econômico dá por extinta a relação contratual e, mormente em casos de urgência no prosseguimento da atividade ou para a consecução de um propósito específico, toma atitudes pró-ativas que, de início, deveriam ser desempenhadas pelo devedor. Daí porque alguns designam também essas alternativas como instrumentos de autotutela *satisfativa*[662] – o que está correto sob o ponto de vista jurídico, embora neste trabalho se prefira destacar o aspecto *substitutivo*, que transmite o impacto e o grau de intervenção sobre a esfera alheia que se pretende com esse tipo de mecanismo. Dois deles se destacam: a *contratação substitutiva* e o *mandato irrevogável*.

5.7.1. A contratação substitutiva

O principal mecanismo de ruptura com função substitutiva é a chamada *contratação substitutiva* – que se pode conceituar como a busca pela "realização por terceiro da prestação de fazer inadimplida pelo devedor"[663]. Num contexto de autotutela, e como o nome sugere, seu propósito é *substituir* a parte devedora por terceiro, que é

[662] É a nomenclatura adotada por SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019, p. 336-339.

[663] LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 214. A bem dizer, existem outras modalidades de contratação substitutiva, como aquela efetuada pelo comprador prejudicado pela inadimplência do vendedor, e que busca no mercado adquirir bens semelhantes ao da operação frustrada como forma de mitigar seu prejuízo – conduta que, promovida em bases razoáveis, lhe autoriza a exigir do vendedor inadimplente, da operação original, o ressarcimento da diferença entre os preços da operação original e da operação substitutiva, bem como dos custos incorridos para efetuá-la.

convocado pelo credor para satisfazer o seu interesse na obtenção do resultado útil da prestação, às custas do contratado substituído.

Essa possibilidade de autotutela por meio da substituição do devedor por terceiro está prevista nos parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil, ao tratar das obrigações de fazer e de não fazer, possibilitando uma forma de execução específica sem intervenção judicial. O elemento que causa incerteza a respeito desse mecanismo legal de autotutela é o pressuposto da urgência – conceito contingente, sempre sujeito a controvérsias.

Diante disso, a possibilidade de se efetuar contratação substitutiva em caso de inadimplemento costuma ser reforçada na prática negocial por cláusulas que a preveem e por vezes detalham o seu *modus operandi*, de forma a adiantar a autorização para que o credor contrate terceiros em substituição ao devedor original (o contratado), sem necessidade de autorização judicial, e sem que se deva demonstrar urgência, podendo o credor ser ressarcido pelas despesas incorridas para tanto.

Em linhas genéricas, pode-se apontar o exemplo identificado em contrato de afretamento de sonda de perfuração celebrado entre a Petrobras e Commodore Marina LLP, cuja cláusula 11.2.2 estabelece o direito da Petrobras, "a seu exclusivo critério", de suspender a execução do contrato "e executar o seu objeto ou ainda suspender o contrato e mandar que terceiros executem o seu objeto, à custa da contratada, até que esta última cumpra integralmente a condição contratual infringida"[664].

Em outra ocasião, a mesma Petrobras celebrou contrato com cláusula de feição semelhante, mas propósito distinto: no contrato firmado com Vetor Engenharia e Tecnologia Ltda. para reconstrução de um tanque[665], previu-se na cláusula 3.1.2.10 que, sendo necessário refazer qualquer trabalho dentro do período de garantia da obra, a contratada assume "o ônus relativo aos recursos e materiais empregados, e em caso de não

[664] "Contrato de Afretamento da Unidade Petroserv TBN (Contrato nº 2050.0042751.08.02)", celebrado entre Petróleo Brasileiro S.A e Commodore Marina L.L.P, sem data, disponível a partir da fl. 58, dos autos do processo nº 0282808-17.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[665] "Contrato para Execução de Obras de Reconstrução do Tanque 1101 para Operar com OD S-2000, no Terminal de Fortaleza – TEFOR", firmado entre Petrobras e Vetor Engenharia e Tecnologia Ltda., sem data, disponível a partir da fl. 35 dos autos do processo eletrônico nº 0242972-66.2018.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

realizá-los, autoriza a contratante a contratá-los com terceiros, reconhecendo desde já sua responsabilidade pelo pagamento".

O potencial do mecanismo está em atuar nas situações em que o mero efeito liberatório da extinção do contrato não é suficiente para atender às necessidades do credor – ou seja, naqueles cenários em que é preciso obter a imediata contratação de um terceiro em substituição para executar tarefas confiadas à contraparte inadimplente. Isso é particularmente desejado em operações que se sujeitam a prazos prementes, como no caso das contratações de serviços efetuadas na indústria do entretenimento.

Eis porque se pode identificar cláusulas nesse sentido em diversos contratos operacionais realizados pelo Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 para obter serviços relativos ao evento: como o risco de as instalações não estarem prontas em tempo ou serviços não estarem disponíveis aos diferentes públicos é um dos que mais devem ser neutralizados pelos organizadores de empreendimentos dessa natureza e magnitude, justifica-se a adoção da cautela que lhes permita substituir rapidamente os prestadores de serviços envolvidos na entrega do evento. É o exemplo de cláusula segundo a qual o organizador fica autorizado "na hipótese de inadimplência de obrigações pela contratada, e verificada a recusa ou a incapacidade desta em curar o inadimplemento no prazo a ser fixado", a "intervir emergencial e pontualmente, cobrando da contratada a eventual diferença entre o valor inicialmente definido para o cumprimento desta obrigação e o custo incorrido pelo Rio 2016 para a contratação de terceiros"[666].

O jargão da práxis internacional costuma designar a tomada de controle da situação operacional de um empreendimento, em feições semelhantes às das cláusulas acima, como *step-in rights* – ou seja, o direito de "por os pés" sobre a atividade até então desempenhada pelo contratado. Alguns dispositivos mais complexos ajudam a traduzir a imagem.

Tornando-se ao exemplo do contrato de fornecimento de aerogeradores firmado entre Bom Jesus e Wind Power[667], sua cláusula 23.1 traz uma sequência de hipóteses que

[666] "Contrato por Prazo Determinado 456/2016" firmado entre o Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 e Oü Euromedia Company, disponível a partir da fl. 37 dos autos do processo nº 0274657-62.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[667] "Contrato de Fornecimento, Transporte, Instalação e Comissionamento de Aerogeradores para Implantação do Parque Eólico Bom Jesus", celebrado entre Bom Jesus Eólica S.A. e Wind Power Energia

autorizam o desligamento do contratante, sucedida pela cláusula 23.2, que cuida dos efeitos da decisão da Bom Jesus de encerrar o contrato. Entre eles, a cláusula 23.1.2.(iii) obriga a Wind Power a liberar o local das obras, inclusive canteiros e acampamentos, que devem passar "imediatamente à posse livre e desembaraçada da contratante, podendo a mesma fazer o uso que melhor lhe convier dos mesmos, com vistas à proteção e manutenção do fornecimento, bem como, ainda, com vistas à retomada e continuidade dos mesmos, diretamente ou através de terceiros". Já a cláusula 23.1.2.(vii) complementa, autorizando que a contratante assuma a fabricação dos aerogeradores, mediante a "assunção dos contratos com os subcontratados, obrigando-se a contratada a ceder tais contratos para a contratante e prever a referida cessão em seus contratos com seus subcontratados" e a "utilização da fábrica de torres, mediante preço estabelecido no Anexo XIII, não podendo a contratada impedir a utilização da mesma".

Trata-se de técnica contratual que, como se vê no exemplo, pode se estruturar pela conjugação da *cessão de posição contratual* do inadimplente com a *imissão da parte prejudicada na posse* de bens móveis e imóveis necessários para a conclusão da atividade interrompida – o que não se dá sem percalços, uma vez que não tende a ser simples remover os representantes da contratada e suas máquinas de um canteiro de obras, por exemplo, tampouco dar sequência às atividades de um equipamento sofisticado sem o pessoal especializado do seu titular.

É curioso perceber que, apesar de as disposições sobre contratações substitutivas serem comuns em contratos sobre obras ou serviços complexos, sua aplicação prática não é recorrente. Isso pode ser explicado em parte, sobretudo nos contratos de grandes obras, pelos riscos relativos às garantias e às coberturas securitárias sobre as atividades desempenhadas; uma vez que se substitua um empreiteiro ou prestador de serviços, por exemplo, tende-se a criar o risco de se fragilizar a cobertura dos eventuais sinistros ocorridos no empreendimento[668].

S.A. em 20.2.2014, disponível a partir da fl. 349 dos autos do processo 0404328-75.2015.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[668] Para situações ainda mais complexas, e de modo a evitar esses e outros obstáculos, a práxis desenvolveu estratégia mais sofisticada, que envolve a a assunção pelo credor do controle direto da sociedade que se encontra em situação de inadimplemento, no âmbito daquele contrato firmado, de modo a atingir a execução da obrigação. Esse instrumento é comum nas estruturas de *project finance*, e tem feições típicas em concessões e parcerias público-privadas. O tema é objeto de análise no item 6.4 abaixo.

Sob o ponto de vista dogmático, trata-se novamente de mecanismo baseado em instrumento típico e que, estruturalmente, se molda sobre a forma de um direito potestativo – ou seja, o contratante impõe ao contratado o desligamento do contrato e sua substituição na operação econômica por terceiro, às custas do devedor, independentemente de autorização judicial.

A bem dizer, a relevância teórica dessa autorização parece reduzida nas hipóteses em que o desligamento se funda em cláusula resolutiva expressa, uma vez que, por lei, a eficácia liberatória decorre diretamente da declaração negocial do contratante fiel de que deseja encerrar a relação contratual com base no fato imputável à contraparte. Assim, uma vez operado o efeito liberatório, em tese o credor já está liberado para promover a contratação substitutiva, passando a questão a envolver, em essência, o debate *a posteriori* sobre a pertinência da sua conduta e sobre a razoabilidade dos custos a serem repassados para o devedor original.

Ainda assim, o instrumento tem sua serventia – seja nas situações em que não se está diante de cláusula resolutiva expressa (o que não costuma ser o caso dos contratos objeto deste estudo), seja nas situações em que as circunstâncias acerca do motivo determinante do desligamento contratual são contingentes, mas o fato autorizativo em si é incontroverso (por exemplo, quando é incontroverso que uma obra tende a não ser entregue em tempo, mas se discute se isso se imputa ao contratante ou à contratada). A cláusula autorizativa tende a servir como instrumento para evitar a discussão sobre *a presença da urgência* e sobre *possibilidade* de o credor substituir o devedor independentemente de autorização judicial, neutralizando eventuais medidas de urgência para exigir a manutenção forçada do contrato – relegando o debate, como se disse, à controvérsia sobre a legitimidade da cobrança dos custos a serem repassados.

Vistas sob essas lentes, a contratação substitutiva oferece a possibilidade de os agentes econômicos reduzirem os custos da disputa, pois a faculdade do credor de substituir o devedor imediatamente, independentemente de urgência, tende a estreitar o escopo das controvérsias possíveis no cenário de ruptura, afastando batalhas pela manutenção da eficácia do contrato e relegando a discussão aos seus efeitos –

notadamente, a razoabilidade do *quantum* a ser repassado pelo credor ao devedor em razão do custeio da contratação substitutiva[669].

5.7.2. O mandato irrevogável

Outro mecanismo substitutivo adotado pela prática dos redatores contratuais, particularmente nos contratos associativos e translativos, é o *mandato irrevogável* a que se refere o art. 684 do Código Civil[670].

Esse instrumento se distingue do mandato em geral por impedir a revogação, pelo mandante, dos poderes transferidos ao mandatário. Por se tratar de transferência de poderes irrevogáveis, derivada da "condição de um negócio bilateral" ou tendo sido "estipulada no exclusivo interesse do mandatário", a lei torna a revogação ineficaz, com o que autoriza o mandatário a praticar atos, em nome do mandante, que inicialmente esperava ver concretizados mediante o cumprimento de obrigações[671].

Esse mecanismo é de previsão corrente na prática dos negócios imobiliários, com o vendedor atribuindo ao comprador poderes para efetuar os atos de transferência da coisa alienada, em caso de recalcitrância daquele. Sob o mesmo raciocínio, é também empregado em operações de transferência de participações societárias, em que o vendedor confere poderes ao adquirente das ações para representá-lo em alteração do contrato social de sociedade limitada e promover a cessão das quotas, ou para que o comprador transfira nos livros societários a propriedade de ações nominativas até então de titularidade do vendedor.

---

[669] Esse debate não é desconhecido, e costuma ser enfrentado pelos estudiosos da mitigação dos danos em matéria contratual. Sobre o assunto, cf. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 129-132.

[670] "Art. 684. Quando a cláusula de irrevogabilidade for condição de um negócio bilateral, ou tiver sido estipulada no exclusivo interesse do mandatário, a revogação do mandato será ineficaz".

[671] Há quem aponte certa atecnia na forma como o Código Civil moldou o fenômeno, sob a roupagem do mandato. Isso porque o contrato de mandato tem natureza fiduciária, consistindo numa transferência de poderes do mandante ao mandatário baseada numa relação de confiança – a ponto de se ter a conhecida regra pela qual a cláusula de irrevogabilidade não opera efeitos, de modo que a revogação, pelo mandante, de mandato com cláusula de irrevogabilidade gera dever de indenizar, mas não a obrigação de se manter vinculado ao mandatário por quem perdeu a confiança. Portanto, sob o ponto de vista da qualificação jurídica, o que se teria na figura seria um poder de representação voluntária autônomo, atrelado a negócio bilateral do qual o outorgante não se pode desvincular unilateralmente. A esse respeito, cf. TEPEDINO, Gustavo. Das várias espécies de contrato: do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem e do transporte. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. X, p. 168-169.

Nas operações de que se cogita nesta tese, a serventia da cláusula de irrevogabilidade protegida pelo art. 684 do Código Civil se encontra na criação de instrumento capaz de manter o agente econômico vinculado contra sua vontade, contra sua tentativa de extinguir o contrato e a ponto de estar sujeito à prática de atos em seu nome pela contraparte: atos translativos, aquisição de bens, manifestações de votos em assembleias, declarações de autorizações e renúncias e assim por diante. O exame de documentos autênticos ajuda a demonstrar essas funções práticas.

É o que se vê, por exemplo, em cláusula integrante de acordo de investimento cujo texto estabelece que, para proceder a procedimento de ajuste de participação, estruturado sob a forma de opções outorgadas entre investidores e vendedores, "cada um dos vendedores outorga aos investidores, em caráter irrevogável e irretratável, nos termos dos arts. 684 e 685 do Código Civil, poderes expressos e específicos para que o represente perante quem de direito", e isso com o objetivo "de dar efeito à transferência das ações para efetivação do ajuste de participação", inclusive poderes para "assinar todos e quaisquer documentos e livros societários com o fim de promover a transferência das ações"[672].

Ou seja: prevê-se de antemão um mecanismo por meio do qual o credor não precisa aguardar o comportamento da sua contraparte para obter prestação que lhe foi garantida pelo contrato; por esse mandato irrevogável, o próprio credor, *em nome do devedor*, pratica o ato que lhe é necessário para obter o resultado útil derivado do contrato. A serventia dessa cláusula é especial no cenário de ruptura, pois enquanto as partes mantêm nível de diálogo e cooperação essa representação sequer chega a ser necessária; ela se torna indispensável para instrumentalizar operações ou atos secundários justamente no contexto de disputa. É, portanto, um investimento em custos de transação que busca reduzir os custos *ex post* e dispensar tutela judicial para a obtenção de um interesse.

[672] "Contrato de Subscrição e Compra e Venda de Ações e Outras Avenças" firmado entre Ailton Caseli, Christian Caseli, Rodrigo Caseli, Caseli Participações S.A., Lojas Avenida Ltda., Fundo de Investimento em Participações Kinea Private Equity I, Fundo de Investimento em Participações Kinea Private Equity II, Fundo de Investimento em Participações Kinea Equity III e Kinea I Private Equity Fundo de Investimento em Participações, datado de 13.3.2014, disponível a partir da fl. 376 dos autos do processo nº 1079906-91.2015.8.26.0100, do acervo do TJSP.

6. AS ALTERNATIVAS CONTEMPORÂNEAS ADOTADAS PELA PRÁXIS PARA MITIGAR OS RISCOS DA POTESTATIVIDADE E DA UNILATERALIDADE DOS MECANISMOS DE RUPTURA

SUMÁRIO: 6.1. As cláusulas escalonadas: tentativas consensuais de evitar o cenário litigioso. 6.2. A experiência dos contratos associativos: as opções como instrumento de conversão do objeto do litígio. 6.2.1. Os contratos de opção como instrumentos de superação de impasses. 6.2.2. A cláusula "*buy or sell*" como sofisticação procedimental para mitigar o risco da potestatividade. 6.3. A participação de terceiros no cenário das disputas como fator mitigador dos riscos relativos a decisões unilaterais. 6.3.1. O terceiro arbitrador: uma estratégia de custos de negociação *ex tempore* para preencher lacunas intencionais. 6.3.2. O terceiro perito: a definição de um especialista independente como *proxy chooser*. 6.3.3. Os *dispute boards*: estratégia de redução dos custos *ex post* de verificação. 6.4. Os *step-in rights* pela via societária: o retorno episódico à hierarquia para solucionar disputas no contexto dos contratos híbridos.

Viu-se acima que a práxis brasileira tem moldado os mecanismos de ruptura dos contratos empresariais por prazo determinado sob a estrutura dos *direitos potestativos* – ferramenta técnica apta a servir de base para tomadas de decisões *unilaterais* pelo agente econômico e para produzir estado de sujeição na contraparte.

Mais: notou-se que os redatores desenham esses mecanismos, de modo geral, a partir de *institutos típicos* com o feitio potestativo (como a exceção de contrato não cumprido, a compensação, a resilição e a resolução, por exemplo), a maioria deles sem pressupostos legais rígidos, temperando-os com elementos que os tornem mais propensos a produzir resultados eficientes, e os *refuncionalizando* para realizar objetivos que nem sempre lhe são precípuos.

Essa tarefa esbarra, porém, na perspectiva dúplice dos mecanismos de ruptura: eles são negociados tanto para *permitir* uma ruptura como, por vezes, para *dificultá-la*. E essa tensão permanente se acumula com o quase inafastável potencial litigioso sobre a verificação concreta *ex post* dos parâmetros escolhidos pelas partes para acionamento daqueles mecanismos. Além disso, a experiência jurídica brasileira (doutrina e tribunais, a bem dizer) por vezes lida com esses mecanismos sem atentar para os anseios cristalizados nos instrumentos contratuais, sugerindo pressupostos ou admitindo ponderações que parecem contrários aos propósitos que normalmente presidem o processo de elaboração das cláusulas que os fundamentam.

Disso resulta o diagnóstico tradicional com o qual lida a advocacia empresarial: o papel pode até aceitar tudo, mas nem tudo funciona como se escreve.

Sob essa premissa, o espírito criativo dos praxistas segue se adaptando, aprendendo com as disputas surgidas a partir dos clausulados anteriores e buscando outras soluções ou possibilidades cumulativas para proteger os interesses dos agentes que representam. Desse processo contínuo nascem novas ideias, novas tentativas, novas cláusulas.

Assim, da mesma forma que é preciso descer na escala de abstração do debate sobre os contratos empresariais para examinar os instrumentos de ruptura à luz das suas feições dogmáticas e do design contratual que preside sua confecção, como feito nos dois capítulos anteriores, é também preciso avaliar como a prática contratual contemporânea tem se comportado para que os interesses das partes sejam atendidos diante dos obstáculos encontrados.

E o resultado não poderia ser diverso: se as tensões e incompreensões surgidas a respeito desses mecanismos têm ênfase na *estrutura potestativa* e no *modo unilateral* do exercício das situações jurídicas que eles representam, de onde derivam os principais riscos de incerteza decisória, então é naturalmente sobre esses dois aspectos que a práxis tem se debruçado: diminuir os riscos da carga potestativa, mitigar a unilateralidade do disparo dos mecanismos.

As soluções têm passado, pois, por atacar essas duas circunstâncias, mediante (a) *o reforço de camadas consensuais* para o disparo dos mecanismos, (b) a *conversão do objeto das disputas*, trocando litígios sobre performance por controvérsias sobre avaliações, e (c) a *integração de terceiros* independentes ao processo decisório, sem necessariamente função jurisdicional.

6.1. As cláusulas escalonadas: tentativas consensuais de evitar o cenário litigioso

Diante dos diagnósticos extraídos dos estudos da Nova Economia Institucional[673], percebe-se que uma das principais alternativas suscitadas pelos agentes econômicos é a busca por evitar a judicialização dos seus conflitos – dadas as premissas de que litigar pressupõe custos elevados e agrega incertezas incômodas para a atividade empresarial, e

[673] Cf. item 2.1 desta tese.

diante da expectativa de que mecanismos extrajudiciais de busca de consenso podem ser mais eficientes do que batalhas contenciosas. Nesse contexto, já faz parte do design contratual dessas operações o planejamento de medidas de soluções privadas (*private ordering*) para afastar a necessidade de se recorrer a um litígio adversarial – ou no mínimo postergá-la.

Ou seja: é mais do que comum que os litígios entre as partes sejam solucionados por mecanismos que independem de um terceiro facilitador ou adjudicador. E geralmente a solução autônoma dos conflitos pelas partes se busca por duas formas: pela elaboração do que se denominam *self-enforcing contracts* – isto é, contratos nos quais aspectos relacionais ou expectativas de reciprocidade contam como indutores ao cumprimento ou ao preenchimento de lacunas – ou pela opção das partes em recorrer a outros mecanismos de governança que escapem ao sistema judicial.

Perante essa realidade, nota-se que tem crescido entre os praxistas brasileiros o hábito de se prever um conjunto de cláusulas destinadas a pautar o *procedimento de diálogo entre as partes antes da eclosão de um litígio* – também com inspiração em modelos internacionais de contratação. Isso se dá mediante as chamadas *multi-tiered dispute resolution clauses*, também denominadas *step clauses* e traduzidas em estudos brasileiros como *cláusulas escalonadas, combinadas*, *multi-etapas*, *conjugadas* ou *sequenciais* para solução de conflitos[674].

As cláusulas escalonadas são ajustes contratuais que instituem diferentes etapas procedimentais para resolver disputas[675]. Elas normalmente definem certos passos que devem ser tomados antes da instauração de uma ação judicial ou de um requerimento de arbitragem[676], com intuito de buscar uma solução amigável, e,assim reduzir o grau de litigiosidade entre as partes.

---

[674] O tema, embora recente, não chega a ser desconhecido da literatura jurídica nacional. Destaca-se a respeito o trabalho monográfico de LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas*: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, com particular atenção para as p. 257-300, que exploram os efeitos jurídicos das cláusulas escalonadas.

[675] Ou, ainda, nas palavras de FERNANDA ROCHA LOURENÇO LEVY, "[c]láusulas escalonadas são estipulações que preveem a utilização sequencial de meios de solução de controvérsias, em geral mediante a combinação de meios consensuais e adjudicatórios" (*Cláusulas escalonadas*: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173).

[676] Apesar de ser mais recorrente encontrar cláusulas escalonadas que instituam etapas prévias à instauração do procedimento arbitral, também é possível que essas cláusulas estipulem etapas prévias a disputas *judiciais*

As cláusulas escalonadas podem ser agrupadas de acordo com o procedimento que estabelecem, havendo diversas alternativas possíveis[677]. Pode-se estipular, por exemplo, etapas prévias de *negociação*, *mediação*, *conciliação* ou, então, um *tempo de espera* – procedimentos que as partes devem respeitar para poder iniciar um processo arbitral ou uma ação judicial[678]. A modalidade mais adotada em tempos recentes no Brasil tem sido a chamada cláusula "med-arb", por meio da qual a abertura de procedimento arbitral requer uma janela prévia de esforços de mediação[679].

Como aponta ALEXANDER JOLLES, o normal é que as etapas iniciais dessas cláusulas estabeleçam "o dever de participar de negociações, por vezes requerendo a presença de executivos de alto escalão, e/ou o dever de participar em procedimentos de conciliação ou mediação"[680]. Já a última etapa dessas cláusulas envolve "o processo de adjudicação (arbitragem), que se pretende ser conduzida somente se os esforços envidados nas etapas iniciais tiverem sido infrutíferos"[681].

(cláusulas escalonadas conjugadas com a ida ao Judiciário) ou, até mesmo, etapas *posteriores* a disputas arbitrais – caso das "cláusulas escalonadas inversas", também denominadas "cláusulas arb-med". FERNANDA ROCHA LOURENÇO LEVY relata ainda a possibilidade de se estipularem *etapas alternativas*, como as cláusulas med *ou* arb, que permitem que as partes optem pela mediação ou pela arbitragem quando surge o conflito, ou, ainda, *etapas concomitantes*, como a cláusula co-med-arb (*Cláusulas escalonadas*: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 200-202).

677 Nota-se, ainda, que há autores que também subdividem as cláusulas escalonadas entre *cláusulas escalonadas propriamente ditas*, quando têm efeitos obrigatórios, e *cláusulas cordiais* ou *de cortesia*, quando são facultativas (nesse sentido, cf. PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A cláusula escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação*: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, p. 168).

678 BORN, Gary; ŠEKIĆ, Marija. Pre-arbitration procedural requirements: "a dismal swamp". In: CARON; David et al. *Practising virtue*: inside international arbitration. Versão eletrônica. Oxford: Oxford University, 2016, p. 229.

679 Há ainda quem adicione à lista de etapas prévias a submissão a decisão não vinculante de profissional especializado na matéria (como engenheiros, em casos de disputas envolvendo obras de grande porte) ou o esgotamento de todos os recursos locais, em caso de conflitos internacionais (BORN, Gary; ŠEKIĆ, Marija. Pre-arbitration procedural requirements: "a dismal swamp". In: CARON; David et al. *Practising virtue*: inside international arbitration. Versão eletrônica. Oxford: Oxford University, 2016, p. 229).

680 No original: "[t]*ypically, the initial tiers of such clauses provide for a duty to enter into negotiations, sometimes requiring the attendance of top management representatives, and/or a duty to participate in conciliation or mediation processes*. *The last tier of such clauses provides for the adjudicatory process (arbitration), which is intended to be conducted only if the efforts taken in the initial tiers have failed*" (JOLLES, Alexander. Consequences of multi-tier arbitration clauses: issues of enforcement. *Arbitration*: *the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, Londres, v. 72, n. 4, nov. 2006, p. 329).

681 No original: "[t]*ypically, the initial tiers of such clauses provide for a duty to enter into negotiations, sometimes requiring the attendance of top management representatives, and/or a duty to participate in conciliation or mediation processes*. *The last tier of such clauses provides for the adjudicatory process (arbitration), which is intended to be conducted only if the efforts taken in the initial tiers have failed*" (JOLLES, Alexander. Consequences of multi-tier arbitration clauses: issues of enforcement. *Arbitration*: *the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, Londres, v. 72, n. 4, nov. 2006, p. 329).

Essas cláusulas são razoavelmente recorrentes na experiência estrangeira. Somente a título de exemplo, observam-se mecanismos com esse feitio em contrato celebrado entre uma cidade do Texas e uma empresa especializada no fornecimento de serviços e equipamentos para um projeto de geração de energia – operação complexa cujo valor supera EUR 100 milhões, num instrumento contratual com quase 160 páginas[682]. Pela cláusula 19.1 do contrato, as partes devem notificar uma à outra em caso de qualquer disputa sobre o cumprimento, a extinção ou a validade do contrato; não havendo consenso em quinze dias do recebimento da notificação, cada parte deve "preparar um sumário executivo por escrito da disputa, descrevendo suas questões e pleitos", encaminhando-o à contraparte. Cada uma delas deve, então, "designar um executivo sênior da sua administração, com poderes executivos e alçada gerencial para dirimir disputas em caráter irrevogável e vincular a parte a qualquer solução daquela disputa". Esses executivos devem participar de uma reunião em local a ser designado e data não superior a trinta dias contados da apresentação daquela notificação inicial. Se esse esforço de negociação for insuficiente para atingir uma solução em quinze dias, então as partes ficam livres para dar início a uma *segunda etapa* do processo de disputa, que é a sua submissão a uma mediação não-vinculante, regida pela sua cláusula 19.2. Por fim, se essa mediação também for incapaz de atingir resultado satisfatório para ambas as partes, passa-se a uma *terceira etapa*, que é a submissão de uma ação judicial perante as cortes federais do Distrito Leste do Estado do Texas (cláusula 19.3).

Disposições dessa natureza são especialmente adotadas em contratos de prazo extenso, pelos quais os agentes econômicos mantêm relacionamento duradouro, e relativos a projetos complexos, notadamente nas áreas de infraestrutura e energia[683] – assim como em *joint ventures* nas quais os centros de tomada de decisão de parte a parte podem extrapolar os executivos diretamente envolvidos na operação específica, como se dá nas

[682] "Equipment Supply and Services Contract by and Between City of Denton and Wärtsila North America, In., for Power Generating Equipment and Services dated as of September 13, 2016", disponível em http://bit.ly/2F5Y2Lv, acessado em 18.3.2019.

[683] Assim também percebe FERNANDA ROCHA LOURENÇO LEVY, que afirma que "[a] experiência tem demonstrado que esses mecanismos são usualmente aplicados em contratos complexos, de longa duração e de execução continuada, notadamente no ramo da construção civil, de infraestrutura e de recursos energéticos" (*Cláusulas escalonadas*: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 174). No mesmo sentido, cf. LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan Barros; CASADO FILHO, Napoleão (org.). *Arbitragem internacional*: UNIDROIT, CISG e Direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 163-178.

relações entre unidades nacionais de parceiros que mantêm vínculos em escala global. Por isso, as cláusulas escalonadas podem resultar na redução do grau de conflito, permitindo a manutenção do contrato, sobretudo quando chamam à mesa aqueles que podem solucionar as controvérsias amigavelmente em razão dos aspectos relacionais que os envolvem.

Pela análise da prática brasileira, tem sido mais habitual estipular três etapas de escalonamento: uma primeira etapa de negociação entre as partes; se for infrutífera, uma segunda etapa de mediação e, por último, se também não for satisfatória, uma arbitragem[684]. Alguns contratos adotam mecanismos simples: é o que se vê, por exemplo, em contrato de compra e venda de quotas representativas do controle de sociedade limitada, destinada à produção de componentes para motores[685], cuja cláusula 6.1 estabelece que "[as] partes envidarão seus melhores esforços para compor amigavelmente todas as questões ou divergências que possam surgir entre elas em decorrência do presente contrato", ao passo que sua cláusula 6.2 se limita a dizer que "[c]aracterizada a divergência, as partes, dentro de prazo razoável que não poderá exceder 30 dias, se reunirão para buscar solução consensual". Esgotado esse prazo, a cláusula 6.3 prevê a submissão da divergência a arbitragem.

Interessante notar que essa primeira etapa de negociação tem sido bem detalhada em alguns nos contratos empresariais contemporâneos. O que por vezes se vê não é apenas uma redação genérica sobre o dever de renegociar o contrato, mas regras específicas estipulando a participação de executivos de alto escalão das empresas na negociação – e em especial na realidade de contratos associativos.

---

[684] É a mesma percepção de SILVIA RODRIGUES PACHIKOSKI, para quem "[a] contínua evolução desse ambiente de soluções extrajudiciais proporciona a aparição de cláusulas contratuais [que] utilizam mais de uma modalidade de método, usualmente negociação, mediação e arbitragem" (A cláusula escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação*: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, p. 304). Isso, contudo, não é uma regra. As cláusulas escalonadas não podem ser reduzidas a um pacote fechado; são desenhadas da forma a melhor se adequar a cada contrato, de acordo com o conceito "*tailor-made*" de resolução de conflitos, como reconhece FERNANDA ROCHA LOURENÇO LEVY – assim, a autora exemplifica que é possível incluir etapas de *mini-trial*, arbitragem não vinculativa, perícias, avaliadores neutros, *dispute boards*, entre outros (*Cláusulas escalonadas*: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 173 e 199). De todo modo, a conjugação daquelas três etapas é o que mais se vê na prática contratual brasileira contemporânea.

[685] Instrumento contratual sob sigilo, obtido pelo autor mediante pesquisa em ferramentas públicas, cujo resultado não se encontra mais disponível.

É o que se lê, por exemplo, em acordo de acionistas envolvendo companhia sob controle compartilhado por um grupo nacional e um grupo estrangeiro[686], pelo qual se prevê que o mecanismo de solução de determinados impasses em assembleia tem início com uma nova convocação do conclave, no qual se deve pautar a reconsideração da matéria, em que "cada acionista deverá fazer uma apresentação oral argumentando sua posição a respeito das resoluções" (cláusula 4.8.1). Não havendo acordo sobre a questão travada, o tema deve ser remetido ao presidente do conselho de administração da acionista brasileira e a um executivo da controladora da acionista estrangeira "com autoridade competente para operações brasileiras", os quais devem "se encontrar na cidade de Nova Iorque, no prazo de quinze dias após a reunião realizada", no intuito de alcançar consenso acerca do assunto (cláusula 4.8.2). Passados 60 dias da submissão do tema a esses "diretores executivos sêniores" (cláusula 4.8.3), então as partes podem remeter a disputa a uma arbitragem, na qual os árbitros devem considerar todas as disposições legais, os contratos firmados pelos acionistas na data da celebração do acordo e "escolher, entre duas ou mais opções a eles apresentadas, aquela que melhor reflita os interesses da Empresa, como entidade, com base nos negócios em andamento"[687].

Isso demonstra que a prática reconhece a eficácia dos mecanismos privados de *enforcement* (*private ordering*) – ou seja, reconhece que, em algumas circunstâncias, ter os executivos à mesa pode ser importante para evitar a eclosão de disputas, em razão de uma série de fatores. Às vezes, esses executivos têm relações fiduciárias entre si que são suficientes para resolver a disputa; outras vezes, disputas envolvendo multinacionais se resolvem quando os gerentes estrangeiros participam das negociações, tendo em vista o desejo de evitar que uma disputa específica atrapalhe todo um conjunto de outros negócios que os parceiros mantêm ao redor do mundo.

Assim, sob o ponto de vista funcional, essas cláusulas podem servir para ao menos dois propósitos. O primeiro (e mais evidente) é o de tentar evitar que um litígio se instaure sobre questão que pode ser resolvida mediante diálogo cooperativo. Acredita-se que a

[686] "Contrato de Acionistas Revisado e Atualizado", celebrado em 24 de agosto de 2009 entre Andritz Hydro Brasil Participações Ltda. e Inepar S.A. Indústria e Construções, contando com a companhia Andritz Hydro Inepar do Brasil S.A. como interveniente, disponível a partir da fl. 182 dos autos do processo 2190473-21.2014.8.26.0000, do acervo do TJSP.

[687] Veja-se que, a rigor, a arbitragem elencada nessa cláusula 4.8.3 mais se assemelha à figura do *terceiro arbitrador* do que propriamente à arbitragem a que se refere a Lei nº 9.307/1996. Sobre o tema, cf. item 6.2 abaixo.

abertura de rodadas de negociações possa fazer com que uma controvérsia específica seja solucionada (ou mesmo relevada) se as partes a discutirem de boa-fé, sobretudo contando com a participação de administradores de alto escalão e dotados de poder decisório. Esse diálogo cooperativo pode trazer a consequente vantagem de privilegiar a vontade das partes na resolução dos conflitos e, assim, também privilegiar soluções mais rápidas, menos custosas e, geralmente, com maior grau de aceitação e cumprimento espontâneo. Além disso, por tentar conter a litigiosidade, essas cláusulas contribuem para manter o bom relacionamento das partes, importante para preservar os negócios em curso e para concretizar outros futuros[688].

Mas essas cláusulas também podem servir a um segundo propósito: criar uma espécie de janela de imunidade, um *armistício*, durante o qual as partes ficam protegidas contra o risco de medidas judiciais urgentes ou condutas contratuais hostis umas perante as outras.

Em contraposição a essas vantagens e funções, os estudiosos costumam assinalar duas desvantagens da adoção dessas cláusulas escalonadas. A primeira delas é a situação em que, *ex post*, as partes sabem que não desejam nenhuma solução consensual ou dependem imediatamente de uma medida drástica; nesses casos, submetê-las a etapas prévias de negociação e mediação pode representar obstáculos à solução heterocompositiva e servir apenas para atrasar a solução do litígio. Em segundo lugar, aponta-se que a cláusula pode dar azo a medidas protelatórias e abusivas, notadamente quando a sua redação é genérica ou imprecisa[689].

---

[688] ISOLDI, Ana Luiza (coord.). Principais aspectos relacionados à chamada cláusula escalonada também conhecida por cláusula med-arb, no que toca o mecanismo da mediação. *Grupo de estudos de mediação empresarial privada do Comitê Brasileiro de Arbitragem GEMEP/CBAR*, São Paulo, out. 2012, p. 2. No mesmo sentido, PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A cláusula escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação*: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015, p. 308.

[689] Em estudo do Comitê Brasileiro de Arbitragem, concluiu-se que as desvantagens das cláusulas escalonadas têm origem, a bem dizer, em cláusulas de redação genérica ou imprecisa. Diante disso, recomenda-se criar cláusulas bem detalhadas para evitar problemas de protelação indevida das etapas procedimentais prévias, que se preocupem, por exemplo, em (a) fixar limites temporais para negociação e mediação, (b) criar regras procedimentais e parâmetros para escolher mediador ou conciliador, além de eleger uma instituição para administrar esses procedimentos e (c) criar regras sobre os casos de não localização ou não comparecimento das partes para mediação ou negociação (ISOLDI, Ana Luiza (coord.). Principais aspectos relacionados à chamada cláusula escalonada também conhecida por cláusula med-arb, no que toca o mecanismo da mediação. *Grupo de estudos de mediação empresarial privada do Comitê Brasileiro de Arbitragem GEMEP/CBAR*, São Paulo, out. 2012, p. 4).

De fato, a redação imprecisa da cláusula escalonada pode dar margem a uma série de controvérsias, que se intensificam quando não há indicação clara da vontade das partes no contrato. Um exemplo dessa controvérsia – que não deixa de ser certo paradoxo – é a tentativa de se tentar dar *eficácia jurídica* e tratar como *regra contratual* uma cláusula que nasceu, em essência, como resultado da expectativa das partes de negociarem seus próprios conflitos futuros e os solucionarem sem precisar recorrer a nenhum instrumento jurídico contencioso[690]. Algo que nasceu como um *investimento de negociação* para tentar diminuir o custo judicial futuro para resolver suas disputas – e que acaba sendo, ele próprio, objeto de uma controvérsia.

Em síntese, como os estudos têm observado, as controvérsias sobre a validade e obrigatoriedade das cláusulas escalonadas têm, em muitos casos, demandado mais tempo do que seria necessário para resolver o próprio conflito, destoando do seu propósito original. Na síntese de GARY BORN e MARIJA ŠEKIĆ, as incertezas derivadas desses procedimentos prévios acabam sendo inconsistentes com as aspirações "das próprias disposições de arbitragem multi-etapas", sendo "inconsistentes com o desejo das partes, em praticamente todos os casos, de garantir acesso a meios rápidos, vinculantes e neutros para resolver suas disputas"[691].

Diante dessa aparente incongruência, é natural que surjam difíceis discussões, que tentam definir se a participação na etapa de negociação é obrigatória[692], se é exigível que

---

[690] JODY KRAUS e ROBERT SCOTT lembram que, ao mesclar entre mecanismos de *enforcement* jurídicos ou relacionais, os redatores "particionam seus contratos entre components juridicamente vinculantes ou não; os últimos não são incluídos nos documentos escritos" (Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1078; no original: "[parties] *partition their agreement into legally enforceable and unenforceable components; the latter are not included in the written document*"). Curioso, portanto, notar como uma instância relacional – a chamada à negociação entre executivos sêniores – se torne objeto de controvérsias jurídicas (entre elas, sua exigibilidade).

[691] Confira-se, no original e na íntegra: "[b]*oth judicial decisions and arbitral awards have adopted divergent, and often unsatisfying, analytical approaches to the characterization and resolution of disputes over the validity, enforceability, breach, and remedies for pre-arbitration procedural requirements*. [...] *In many cases, unnecessary time and money is wasted on disputes concerning pre-arbitration procedural requirements* [...] *The disputes and uncertainties resulting from pre-arbitration procedural requirements are inconsistent with the fundamental objectives and aspirations of the arbitral process, and of multi-tiered arbitration provisions themselves*. *They are also inconsistent with the parties' desire, in virtually all cases, to ensure access to prompt, binding, and neutral means of resolving their disputes*" (BORN, Gary; ŠEKIĆ, Marija. Pre-arbitration procedural requirements: "a dismal swamp". In: CARON; David et al. *Practising virtue*: inside international arbitration. Versão eletrônica. Oxford: Oxford University, 2016, p. 228).

[692] Muito se discute a natureza da cláusula escalonada e a sua eficácia processual. Discute-se se ela constitui (a) *requisito jurisdicional*, que, se não for respeitado, leva à extinção de qualquer ação ou procedimento arbitral por incompetência, (b) *pressuposto processual*, que, se não for verificado, leva à inadmissibilidade de eventual ação ou procedimento arbitral instaurado, ou, então (c) *obrigação contratual*, apta a gerar apenas

essa negociação resulte em consenso ou acordo[693] ou saber quais as consequências processuais e materiais do descumprimento desse tipo de cláusula[694], além de outras questões[695] – que, dados os limites desta tese, aqui somente cabe referenciar.

No que importa a este trabalho, releva destacar que as cláusulas escalonadas que preveem procedimento prévio de negociação têm o propósito, no design contratual, de aproximar as partes para resolver o conflito de forma ágil, barata e consensual, e não de intensificá-lo. É, portanto, uma estratégia que visa a *reduzir os custos da disputa* ao remetê-la para instâncias deliberativas menos custosas do que a via adjudicatória.

A frustração da utilidade dessas cláusulas que por vezes se observa diante de discussões jurídicas extensas e medidas protelatórias não representam, contudo, desvantagens do mecanismo na sua essência. A bem dizer, como se pontuou em estudo promovido pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem, esses problemas são sintomas de que a

---

efeitos materiais, de maneira que seu descumprimento não inviabiliza o conhecimento do processo e deve ser convertido em perdas e danos (cf. LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan Barros; CASADO FILHO, Napoleão (org.). *Arbitragem internacional*: UNIDROIT, CISG e Direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 163-178). A respeito da extensão dos efeitos processuais dessa cláusula, é curioso notar o diagnóstico pragmático a que se chegou em pesquisa empreendida por grupo de estudos do Comitê Brasileiro de Arbitragem: basicamente, concluiu-se que a cláusula escalonada que conjuga mediação e arbitragem tende a gerar o efeito de impedir a instauração da arbitragem; todavia, se a cláusula escalonada conjugar mediação e o ingresso de ação perante o Poder Judiciário, ela dificilmente tende a impedir o juiz natural de conhecer e julgar o conflito (ISOLDI, Ana Luiza (coord.). Principais aspectos relacionados à chamada cláusula escalonada também conhecida por cláusula med-arb, no que toca o mecanismo da mediação. *Grupo de estudos de mediação empresarial privada do Comitê Brasileiro de Arbitragem GEMEP/CBAR*, São Paulo, out. 2012, p. 3). Outros autores, como GARY BORN e MARIJA ŠEKIĆ, ressaltam a importância da análise da redação de cada cláusula, que deve deixar claro se é obrigatória, deve ser definida no tempo e as etapas prévias devem ser detalhadas com precisão (Pre-arbitration procedural requirements: "a dismal swamp". In: CARON; David et al. *Practising virtue*: inside international arbitration. Versão eletrônica. Oxford: Oxford University, 2016, p. 239).

[693] GARY BORN E MARIJA ŠEKIĆ, por exemplo, defendem que a cláusula que determina a obrigação de negociar não pode exigir que essa negociação seja bem-sucedida e chegue ao consenso (Pre-arbitration procedural requirements: "a dismal swamp". In: CARON; David et al. *Practising virtue*: inside international arbitration. Versão eletrônica. Oxford: Oxford University, 2016, p. 239-240). Trata-se, em síntese, de obrigação de meio, e não de resultado.

[694] ALEXANDER JOLLES suscita a controvérsia se a recusa em cumprir uma etapa pré-arbitral significa violação a normas substanciais do contrato, a ensejar muita, indenização por perdas e danos, resolução ou a extinção sem resolução de mérito da arbitragem. O autor conclui que essas consequências são desproporcionalmente duras ou insatisfatórias (Consequences of multi-tier arbitration clauses: issues of enforcement. *Arbitration*: *the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, Londres, v. 72, n. 4, nov. 2006, p. 336).

[695] Por exemplo, ALEXANDER JOLLES suscita ainda a dúvida se a etapa prévia de negociação suspende o prazo prescricional, se as informações obtidas na fase de negociação podem ser usadas na arbitragem e se a reconvenção também depende de negociação prévia (Consequences of multi-tier arbitration clauses: issues of enforcement. *Arbitration*: *the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, Londres, v. 72, n. 4, nov. 2006, p. 337-338).

"exploração de suas potencialidades [tem se dado] de modo equivocado, sobretudo em momento prévio, na concepção e design contratual da sua forma de operacionalização"[696].

Assim, como a cláusula escalonada é um *investimento negocial* para reduzir custos com a resolução de litígios, esse investimento deve ser feito com a atenção e o cuidado de contemplar os principais parâmetros de sua aplicação, de forma a minimizar o espaço de possíveis discussões futuras. Optar por não fixar essas premissas no momento do design do contrato pode importar custo futuro mais elevado no momento da eclosão dos conflitos e abandonar a cláusula escalonada a um histórico de funções mal exploradas na prática contratual.

6.2. A experiência dos contratos associativos: as opções como instrumento de conversão do objeto do litígio

Ainda sob inspiração dos postulados da Nova Economia Institucional, a práxis reconhece que um dos fatores determinantes para a eficácia de um mecanismo é a capacidade de verificação das condutas escolhidas pelos agentes como seus parâmetros de avaliação.

Isto é: se pode ser simples apurar o preço de um ativo a partir de sua cotação em mercados organizados, avaliar se a performance de um equipamento está *satisfatória*, se uma franqueada mantém sua unidade *em condições adequadas* ou se uma agência empregou seus *melhores esforços* no desempenho do seu mister pode ser tarefa bem mais complexa e custosa. A partir dessa constatação, inclusive, os economistas cunharam a distinção entre a capacidade de *verificar* e *observar* as condutas – e essa distinção é empregada pelos redatores na moldagem dos instrumentos contratuais.

Se a dificuldade de verificar condutas indeterminadas é sensível em contratos de natureza operacional (prestação de serviços, construções, franquias etc.), essa complexidade se acentua ainda mais nos ditos *contratos associativos*[697]: afinal, raras são as

[696] ISOLDI, Ana Luiza (coord.). Principais aspectos relacionados à chamada cláusula escalonada também conhecida por cláusula med-arb, no que toca o mecanismo da mediação. *Grupo de estudos de mediação empresarial privada do Comitê Brasileiro de Arbitragem GEMEP/CBAR*, São Paulo, out. 2012, p. 3.

[697] "Uma classificação interessante [...] é a que opõe os contratos de interesses conflitantes, por exemplo, a compra, a troca e a compra e venda, aos de colaboração, ditos às vezes de escopo comum ou com causa associativa. Se não se fizer confusão especialmente entre esses contratos de colaboração e os 'atos estatutários', o que temos, na verdade, é que os 'associativos' são, em bom português, os contratos cujo

condutas parametrizadas de modo preciso em negócios como acordos de acionistas ou quotistas, por exemplo, uma vez que, em qualquer parceria associativa, o desejo dos agentes econômicos é o de extrair o melhor resultado possível do empreendimento investido.

Isso faz com que as disputas nessa seara (sobretudo de natureza societária) nem sempre estejam calcadas em questões envolvendo performance; suas causas determinantes podem ser mais fluidas, resultantes de diferenças de pontos de vista, de mudanças de perspectivas sobre a condução dos negócios, de batalhas pelo exercício do poder e às vezes até mesmo derivadas de sentimentos pessoais[698].

A repetição desse padrão contencioso permite à práxis perceber que esse tipo de disputa pode levar a dois resultados: uma guerra longa e destrutiva do valor da atividade empresarial, da qual todos saem perdendo, ou um acordo que estanca a hostilidade e permite que os negócios tenham continuidade, com alguém se desfazendo da sua participação. Ou seja: é normal na liturgia das disputas societárias vislumbrar que uma das soluções possíveis tende a ser um acordo em quem alguém compra a participação de outrem.

Sendo previsível esse resultado, por vezes até esperado, o senso prático dos agentes econômicos e da advocacia empresarial passou a adotar estratégia interessante por meio da qual já se prevê de antemão, nos instrumentos associativos, uma porta de saída potencialmente simples: se já se sabe que uma disputa associativa tende a se alongar até que se chegue a um acordo, desenha-se *ex ante* um cenário de acordo possível e que seja teoricamente razoável para os convenentes. E isso se faz mediante o uso de *opções*, que com o passar dos anos foram se sofisticando, delas derivando figuras conhecidas, como as

---

objeto é de cooperação, ou parceria" (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Parecer) Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. In: _____. Novos estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 353).

[698] A esse respeito, o anedotário das disputas societárias é recheado de roteiros curiosos, como litígios que perduram anos a partir de misturas de capricho com sentimentos de ingratidão. O enredo seguinte não é incomum: um empreendedor que, apesar de minoritário em certa sociedade, durante anos foi seu principal executivo, reconhecido pelos seus pares e concorrentes como o responsável pela transformação de um empreendimento de pequeno porte em um dos maiores *players* da sua indústria, se sente enciumado ao ver o controlador alienar parcela de sua participação para um grupo estrangeiro, substituir a diretoria, abrir o capital da sociedade e, com isso, embolsar fortuna substancialmente superior ao benefício auferido pelo executivo – que com isso se sente preterido e injustiçado. Desse roteiro repetido também não é incomum derivar uma batalha de trincheiras, com convocação de assembleias, instalação de conselho fiscal, medidas de urgência em juízo, tentativas de imposição de vetos a deliberações e assim por diante.

chamadas cláusulas *buy or sell*. Interessa, portanto, explorar as linhas gerais do design dessas alternativas.

6.2.1. Os contratos de opção como instrumentos de superação de impasses

A *opção* consiste em um "contrato por via do qual se confere a uma das partes a faculdade de criar, por iniciativa própria, uma relação obrigacional já definida em seus pontos essenciais"[699].

Embora seu uso não seja desconhecido em contratos de troca, operacionais ou de escoamento da produção, sua utilização se destaca na construção das *opções de compra* (*call option*) ou de *venda* (*put option*), sobretudo em contratos que envolvem alienação de participação societária.

Sob o ponto de vista estrutural, a opção de compra é o negócio por meio do qual o *outorgante se compromete a alienar* determinado bem ao titular da opção, se e quando este manifestar interesse em adquiri-lo, conforme os termos previamente definidos para o exercício da opção; já a opção de venda se dá quando o *outorgante se obriga a adquirir* a coisa, uma vez exercida a opção pelo seu titular. Embora não sejam contratos típicos, tornaram-se de uso tão frequente que se pode dizer terem adquirido ao longo do tempo certa tipicidade social.

Descendo na escala de abstração da sua estrutura, a opção gera para o seu titular um direito potestativo (ou um direito formativo gerador[700]), que, ao ser exercido, submete o outorgante a estado de sujeição, de tal modo que as partes não precisam firmar posteriormente o contrato de compra e venda em si – afinal, o exercício da opção gera a exigibilidade da transferência da coisa, com conteúdo previamente acordado[701]. Em outras

---

[699] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 69. E prossegue: "Por esse negócio jurídico, uma das partes se reserva a liberdade de aceitar proposta, completa e inalterável, da outra, com tal eficácia que, para formar o contrato sucessivo, basta declarar a aceitação, necessária não sendo outra manifestação de vontade do proponente ou policitante". FELIPE IGLESIAS, a seu turno, descreve a opção como um "negócio jurídico em que um dos sujeitos aufere direito de, a seu exclusivo critério, dentro de um prazo estabelecido, levar (ou não) a cabo uma determinada avença contratual, cujo conteúdo já fora prévia e integralmente acordado entre os sujeitos" (*Opção de compra ou venda de ações no Direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 26).

[700] IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no Direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 173-174.

[701] PRATA, Ana. *O contrato-promessa e o seu regime civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 402.

palavras, "existe um *poder jurídico autônomo* [...] em favor do beneficiário de criar, alterar ou extinguir, de forma unilateral, uma relação jurídica de compra e venda optativa"[702]. Dessa maneira, a partir do exercício da opção, o outorgante se encontra vinculado ao resultado desejado pelo titular da opção, não podendo se opor ao fechamento do negócio.

Em suas feições mais simples, a opção tende a ser acordada por partes que não desejam implementar certo contrato no momento da sua negociação, mas preferem estabelecer seus elementos para uma eventual implementação em cenários futuros. Pode-se dizer, então, que a opção *prepara* o futuro programa contratual para que o outorgado o implemente, caso queira, independentemente de qualquer manifestação do outorgante – havendo diversas leituras sobre a natureza jurídica do negócio optativo[703].

Por se tratar de contrato preparatório, alguns estudiosos entendem que as partes devem preestabelecer nas cláusulas de opção "todos os elementos, seja eles categoriais inderrogáveis ou derrogáveis e os elementos particulares, do contrato optativo de compra e venda"[704], de forma determinada ou ao menos determinável[705]. Não só o preço de exercício (isto é, o preço a ser pago ou recebido pelo optante), mas também a limitação temporal para o exercício da opção costuma ser destacada como um desses elementos indispensáveis[706]; afinal, tratando-se de um direito potestativo que impõe uma *sujeição* ao

---

[702] IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no Direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 174.

[703] Há duas principais correntes sobre a natureza jurídica das opções. Parte dos estudiosos entende as opções como *propostas irrevogáveis* ou *promessas unilaterais de contratar*, ou seja, atos ou negócios unilaterais por meio dos quais os outorgantes se vinculam à situação de sujeição em relação ao outorgado. Outros enxergam as opções como *contratos*, qualificando-as de diversas formas, por exemplo, como *contrato preliminar*, *contrato sujeito a condição suspensiva*, ou mesmo como modalidade de contrato *sui generis*, não tipificada. Para uma análise mais detalhada dessas orientações, confira-se IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no Direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 76-112 – para quem a opção teria natureza jurídica *sui generis*, por se tratar de uma preparação do programa contratual do futuro contrato optativo (o contrato que surge por meio do exercício da opção).

[704] IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no Direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 181.

[705] " O preço no contrato de opção deve ser determinado ou determinável, portanto, de modo que do ponto de vista jurídico o contrato de compra e venda já tenha todos os seus elementos essenciais" (FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 186).

[706] FELIPE IGLESIAS anota que "[o] tempo – ou limitação temporal – para o exercício do direito formativo gerado é [...] substrato do elemento categorial inderrogável do contrato de opção"; não se quer com isso dizer, contudo, "que tal limitação temporal deva ser expressa e previamente determinada pelas partes, bastando que seja determinável. O que não se permite é a completa indeterminação temporal ou perpetuidade para o exercício do direito formativo gerador" (*Opção de compra ou venda de ações no Direito brasileiro*:

outorgante, deve-se fixar "um intervalo de tempo para que aquele possa ser exercido"[707], sob pena de se criar situação de sujeição indeterminada e com potencial de permanência, o que não costuma ser bem recebido.

Diante desse potencial instrumental, o uso das opções comporta diversas finalidades. Podem servir, por exemplo, como forma de manter o vínculo entre os sócios – quando, por exemplo, uma opção é utilizada com função semelhante à cláusula de *lock-in*, dificultando a saída dos sócios (isto é, aumentam-se as barreiras à saída de um sócio ao se pactuar que, caso um queira alienar sua participação a terceiros, os remanescentes têm a opção de vender suas participações ao alienante). Podem ainda atuar como indutores de condutas por parte dos pactuantes, mediante diferentes estratégias aplicadas ao se determinar o preço de exercício da opção: por exemplo, se o preço a ser pago for intencionalmente subavaliado, induz-se o comportamento dos sócios tendente à manutenção do vínculo, pois o potencial de dissidência tende a gerar resultado financeiro insatisfatório com a alienação forçada da sua participação[708]. Também atuam com função de garantia em algumas circunstâncias.

Destaca-se para os fins desta tese, contudo, a capacidade das opções de estruturarem mecanismos úteis para a *superação de impasses societários*[709], ao "permitir o 'way out', com deslinde amigável e supostamente célere para o imbróglio"[710].

---

natureza jurídica e tutela executiva judicial. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 183).

[707] IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no Direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 184. O exercício dentro desse intervalo de tempo pode se dar em algumas modalidades diferentes: pode ser exercido a qualquer momento, em datas fixas e determinadas ou mesmo em períodos intercalados.

[708] Por outras palavras, como explica ANDRÉ FERNANDES ESTEVEZ, a subavaliação da participação de cada sócio pode significar um "estímulo econômico à manutenção dos vínculos societários, porquanto os prejuízos calculáveis de eventual exercício de direito de recesso poderiam influenciar na decisão, e, em certa medida, poderia servir para a proteção dos interesses da sociedade". De outra parte, a sobreavaliação da participação societária poderia beneficiar qualquer sócio em caso de desligamento, "observando-se que no momento da celebração do contrato social seria totalmente impossível saber se o critério adotado beneficiaria um ou outro acionista no futuro" (*Contrato de opção de compra e de venda de participação societária*: função, autonomia privada e controle de validade na sociedade anônima fechada. 2016. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 162).

[709] "Como visto, ambas as cláusulas [opção de compra e opção de venda], conquanto estruturalmente bastante distintas, do ponto de vista funcional são muito semelhantes, na medida em que servem para resolver impasse em relação associativa por meio da alienação da totalidade da participação no capital social da sociedade de um sócio para o outro" (FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 187).

Por isso, como aponta FELIPE IGLESIAS, tem sido frequente o emprego de opções recíprocas em acordos de sócios, a fim de "resolver situações de impasse (*deadlock*)", de modo que os acionistas se outorgam mutuamente "opção de compra e/ou opção de venda, recíprocas, exercíveis por quaisquer deles, nos mesmos termos, se ocorridos os eventos ou condições estabelecidos nos acordos"[711]. Configuram, assim, alternativas contratuais ao regime legal de solução de impasses da legislação societária, como as regras sobre desempate em deliberações, bem como portas de saída para contratos com tendência a longo prazo de manutenção, caso dos acordos societários.

Além de servir como alternativa para as regras sobre impasses, as opções também podem ser alternativas para solução de outras espécies de conflitos societários – notadamente as disputas com maior tendência à hostilidade.

Com a opção de compra, por exemplo, cria-se uma alternativa com função bastante semelhante à exclusão de sócio[712] – pois o outorgado pode comprar a participação do outorgante, que com isso é forçosamente desligado da sociedade, sem que seja preciso demonstrar os pressupostos legais exigidos para tanto (incapacidade superveniente, atos de inegável gravidade etc.). Já no caso da opção de venda, cria-se uma alternativa com função similar ao direito de retirada[713] – o que reduz a iliquidez ocasional das participações societárias, pois o outorgado pode vender sua participação e assim se desligar da sociedade, sem que para tanto seja necessário observar os pressupostos legais a respeito.

Exemplo a esse respeito se vê no acordo de acionistas da Toron Bioenergia S.A., pelo qual se instituiu que o Terra Viva – Fundo de Investimento em Participações e a

---

[710] CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contratos entre sócios*: interpretação e Direito Societário. São Paulo: 2013, p. 93.

[711] IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no Direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 10, nota de rodapé 18.

[712] "A opção de compra de participação societária pode servir como instrumento para alcançar a função de excluir o acionista da companhia, embora se empreste outra roupagem através de *negócio jurídico indireto*" (ESTEVEZ, André Fernandes. *Contrato de opção de compra e de venda de participação societária*: função, autonomia privada e controle de validade na sociedade anônima fechada. 2016. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 120).

[713] "O contrato de opção de venda de participação societária ora em análise pode ter a função de permitir direito similar, em certos aspectos, ao recesso a qualquer tempo, embora estruturalmente possa ser exercido contra outro acionista em vez de contra a sociedade. Assim, o grau de intervenção em razão da função exercida pelo contrato de opção é mínimo nestes casos" (ESTEVEZ, André Fernandes. *Contrato de opção de compra e de venda de participação societária*: função, autonomia privada e controle de validade na sociedade anônima fechada. 2016. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 138).

Tonon Agricultura S.A. teriam a opção de venda de suas ações para a Tonon Holding S.A. e para algumas *holdings* familiares na hipótese de não haver recursos na Tonon Bioenergia S.A. para se efetuar resgate que havia sido combinado no contexto do investimento efetuado[714].

A observação dessas cláusulas permite perceber que, além de buscar certas funções sem o inconveniente da necessidade de se preencherem seus pressupostos, a práxis acaba por substituir a feição de uma potencial disputa entre os sócios. Isso porque, com o disparo da opção, deixa-se de discutir aspectos *passados* (faltas graves, por exemplo, na exclusão de sócio; extinção da *affectio societatis*[715] ou descumprimentos contratuais, nos casos dos acordos de acionistas) e se passa a ter uma discussão sobre o *presente*: a avaliação da participação societária objeto da opção, para fins de fixação do seu preço de exercício. E esse debate tem mais perfil econômico-contábil do que jurídico ou factual. Pretende-se com isso ter uma disputa com objeto mais bem definido, mais controlável, de natureza

[714] Diz a cláusula: "10.5. Opcão de Venda do Fundo. Na hipótese de não haver recursos disponíveis na companhia para efetuar o resgate, a Tonon Holding e as Holdings Familiares pelo presente instrumento outorgam irrevogável e inetratavelmente ao Fundo e/ou Tonon Agricultura, uma opção para que qualquer um destes, a único e exclusivo critério seu, venda a partir de 28 de janeiro de 2017 à Tonon Holding ou às Holdings Familiares suas ações (a 'Opção de Venda') pelo Valor do Resgate. 10.5.1. O Fundo e/ou Tonon Agricultura exercerá a Opção de Venda mediante o envio de notificação escrita à Tonou Holding ('Notificacâo de Exercfcio') informando sua intenção de fazê-lo e devendo esta notificação conter (x) o número de ações a serem vendidas, (y) a data de exercício pretendida, que não poderá ser inferior a 90 (noventa) dias ('Data de Exercício') e (z) a conta-corrente de titularidade do Fundo e/ou Tonon Agricultura para o recebimento do depósito. 10.5.2 Em sendo a Opção de Venda exercida pelo Fundo e/ou Tonon Agricultura nos termos deste Acordo, o Fundo e/ou Tonon Agricultura obriga-se a vender e a Tonon Agricultura e/ou as Holdings Familiares a comprar, na Data de Exercício, as Ações que compuserem a participação societária objeto da respectiva Notificação de Exercício. 10.5.3. Na Data de Exercício, portanto, (i) a Tonon Holding e/ou as Holdings Familiares pagarão o preço de venda da participação societária objeto da Notificação de Exercício em dinheiro; (ii) as Partes lavrarão os respectivos termos de transferência de Ações no Livro de Transferência de Ações Nominativas da Companhia; (iii) as Partes farão com que os diretores da Companhia registrem no Livro de Registro de Ações Nominativas da Companhia, sob o nome da Tonon Holding ou das Holdings Familiares, as Ações então vendidas, as quais permanecerão vinculadas ao presente Acordo. 10.6. Se no prazo de até 12 (doze) meses contados do Resgate, do seu pagamento ou do exercício da Opção de Venda ocorrer uma Oferta Pública Inicial de ações de emissão da Companhia, e o preço por ação apurado na mesma for superior ao Valor de Resgate, a Tonon Holding e as Holdings Familiares pagarão ao Fundo e/ou Tonon Agricultura a diferença no preço apurado por ação no prazo de até 30 (trinta) dias úteis contados da data da liquidação da referida Oferta Pública Inicial" (Acordo de acionistas da Tonon Bioenergia S.A., celebrado em 26.2.2010, disponível na fl. 59 e ss. dos autos do processo nº 2190770-23.2017.8.26.0000 do TJSP).

[715] Note-se a ressalva dos estudiodos no sentido de que a extinção de acordo de acionistas não ocorre propriamente pela quebra da *affectio societatis*, mas, a rigor, pela impossibilidade que se atinja seu fim. A esse respeito, cf. ADAMEK, Marcelo Vieira Von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. "Affectio societatis: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social", Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro, v. 149/150, jan.-dez. 2008, p. 108-130.

mais técnica e, por isso, mais célere e previsível. É, portanto, uma estratégia de design que busca reduzir os custos da disputa.

Percebe-se que essa experiência da prática societária parece influenciar algumas estratégias adotadas em contratações envolvendo atividades operacionais, nas quais o uso de opções por vezes surge como instrumento para superar as inconveniências dos mecanismos de ruptura mais comuns – notadamente os casos de desligamento autorizado por motivos imputáveis à contraparte. Aproveita-se a nota estrutural da potestatividade da opção, que deixa o outorgante sob estado de sujeição, mas se reduz o caráter unilateral do seu modo de exercício, uma vez que o fato de o preço de exercício da opção ser objeto de acordo prévio serve como ferramenta para dar tons consensuais ao disparo unilateral de uma situação jurídica.

Assim, tal como as *call options* e as *put options* procuram evitar os pressupostos da exclusão de sócios ou do direito de recesso, a adoção dessas estruturas em contratações operacionais pode substituir discussões concentradas na prova do descumprimento (e, sobretudo, na sua *relevância*) pelo exercício potestativo da opção. Dito por outras palavras: tal como nos contratos associativos se substitui o debate sobre falta grave ou quebra de *affectio* por uma controvérsia essencialmente concentrada na *avaliação do preço de exercício da opção* (isso quando o preço de exercício não é determinado), nos contratos operacionais se pode também substituir uma *controvérsia em perspectiva* (aferir o desempenho de um equipamento, definir se um franqueado atuou de modo satisfatório) por outra controvérsia (a definição do preço da opção) – ou, quiçá, por nenhuma controvérsia sobre o mecanismo em si (caso se fixe de antemão o preço de exercício).

Enxergando essas alternativas sob as lentes do design contratual, o que se tem é novamente a antevisão dos custos de uma disputa natural sobre o objeto da operação em negociação e a tentativa de substitui-la por *outra disputa* – uma disputa preferencialmente mais simples, que envolva uma avaliação de um estado atual, e não a recuperação e reavaliação de atos passados. Trata-se, pois, de uma escolha por redução de custos *ex post*.

Pense-se nos diferentes cenários para extinção de contrato de distribuição firmado a longo prazo. As partes podem prever, genericamente, que o inadimplemento de obrigações relevantes autoriza a extinção do contrato. Nessa hipótese, uma vez surgido o desentendimento entre os agentes econômicos, deve-se avaliar *em tese* o que representa um

inadimplemento relevante (a "*choice of proxy*"), perquirir se os fatos alegados pela parte prejudicada se inserem nesse conceito e se estão devidamente provados. As partes podem também de antemão eleger os parâmetros para medir a performance do distribuidor, cuja insuficiência permite ao fornecedor extinguir o contrato. Essa alternativa gera a necessidade de negociar *ex ante* os parâmetros de performance e de criar e manter *ex post* mecanismos de verificação. Mas, a bem dizer, esse arranjo não afasta o risco de, instaurada a controvérsia, surgirem discussões sobre o grau de relevância da performance não atingida, à luz da teoria do adimplemento substancial, por exemplo, ou sobre a verificação dos pressupostos para o manejo do mecanismo.

De modo a mitigar esses riscos e gerenciar custos de transação, a prática tem adotado a estrutura das opções para cumprir o papel de mecanismo de ruptura. Isto é: em vez de se fiar em conceitos genéricos, em parâmetros de performance ou em avaliar sua ocorrência *in concreto*, criam-se oportunidades para o exercício do direito potestativo de se desligar do contrato que se assemelham às hipóteses de desligamento autorizado imotivado – mediante, como seria no exemplo aventado, a *opção de recompra* dos direitos de distribuição conferidos pelo fornecedor, funcionando como espécie de resgate contratual. É o que se vê, por exemplo, em cláusula de *buy back* estudada por ANTONIO JUNQUEIRA AZEVEDO, por meio da qual o fornecedor de vacinas reservou a si o direito de recomprar os direitos que transferiu ao distribuidor de modo a permitir uma saída rápida do contrato[716].

Outro exemplo é o da *opção de compra de ativos da contratada* pelo contratante que tem o desejo de incorporar em sua estrutura de custo a atividade até então buscada com terceiros. É o caso da opção que a Petrobras estabelece a seu favor em alguns contratos de afretamento – como é o caso do contrato celebrado com Prosafe GFPSO I B.V. –, em que a Petrobras pode comprar a unidade afretada em determinadas situações. É

[716] Eis o inteiro teor da cláusula transcrita no parecer: "Cláusula 13.7: 'Intervet (Akzo Nobel) sempre terá a opção e será autorizada pela Distribuidora, a qualquer momento, a recomprar este Contrato de distribuição antes da data de expiração. A indenização devida à Distribuidora será calculada utilizando-se dos seguintes parâmetros: a) os anos restantes do presente Contrato; b) o volume do mercado esperado para os anos restantes de acordo com o programa de erradicação do Ministério da Agricultura; c) as previsões de vendas da Distribuidora e o rendimento da Distribuidora. A indenização mencionada acima não será aplicável se a Diretoria do Grupo Akzo decidir deixar (não vender) os negócios de FMD no Brasil e ambas as partes calcularão a indenização através de processo de mediação'" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e consequente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a resilição unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva. In: _____. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 295).

interessante notar, inclusive, que este contrato deixa expresso no conteúdo contratual a similitude de função dessa opção de compra com a extinção contratual, uma vez que o texto relaciona o exercício da opção de compra da unidade pela Petrobras (conforme cláusula 27) na cláusula 11.1.12 (que trata da "rescisão" do contrato). Vale mencionar, ainda, que o procedimento para efetivação de compra da unidade está detalhado, a se exercer "a exclusivo critério da Petrobras"[717].

Ainda na indústria de óleo e gás, há diferentes estratégias estruturadas mediante opções para afastar uma parte daquilo que se convencionou denominar *joint operating agreement*, nas seguintes modalidades: (a) a transferência forçada da participação do contratante inadimplente na *joint venture* para os demais participantes (*forfeiture*), sem contrapartida; (b) a venda forçada de toda a participação da parte inadimplente para os demais contratantes (*buy-out*); e (c) a diluição da participação (*withering option*), por meio

[717] "Cláusula Vigésima Sétima – Opção de Compra. 27.1 Uma das subsidiárias ou afiliadas da Petrobras poderá, a seu exclusivo critério, adquirir a Unidade. 27.1.1 A subsidiária ou afiliada, nos termos do item 27.1, notificará a Contratada com 12 meses de antecedência, com vistas a exercer a opção de compra da Unidade. 27.1.2 A notificação para opção de compra da Unidade poderá se dar após o final do 2º (segundo), 5º (quinto) ou 8º (oitavo) ano do Contrato, sendo a compra efetivada 12 meses após esta notificação. 27.1.3 Havendo a efetivação da opção de compra, prevista no item 27.1, o Contrato será considerado automaticamente resolvido. 27.2 A Contratada deverá tomar todas as providências necessárias, antes da data estabelecida para o exercício da opção de compra, de forma que a aquisição da Unidade possa ser efetivada conforme os termos de notificação, em especial aos seguintes: a) tomar todas as providências junto a Bandeira da Unidade e demais autoridades competentes para que a venda seja efetivada; b) tomar as providências junto a Sociedade Classificadora da Unidade de forma a permitir que se realize sem pendências de classificação na data da venda, bem como sejam tomadas pela Sociedade Classificadora as providências cabíveis em função da aquisição pretendida. 27.3 A Contratada deverá manter na Unidade os níveis adequados de estoque e de equipamentos (incluindo sobressalentes) nas mesmas condições operacionais (manutenções e desempenho) do primeiro ano contratual, quando da entrega da Unidade. 27.3.1 A Unidade será entregue pela Contratada ao comprador no local em que estiver e na condição em que estiver; 27.3.2 A Contratada deverá repassar ao comprador da Unidade quaisquer garantias remanescentes da época de conversão da Unidade, não se obrigando porém a fornecer qualquer garantia adicional. 27.4 O valor de compra da Unidade será aquele informado na Licitação no ADENDO IX – Planilha de Preços Unitários e comporá o Anexo A – Aplicabilidade das Taxas e Planilha de Preços Unitários deste Contrato. 27.4.1 Fica entendido que o valor citado em 27.4 refere-se ao pagamento líquido a ser efetuado à Contratada, correndo quaisquer outras despesas, taxas, impostos ou outros valores devidos em decorrência da compra da Unidade por conta do comprador da mesma. 27.5 A opção de compra será regida por lei brasileira em vigor à época do seu exercício de compra sem prejuízo da legislação aplicável ao ato de aquisição da Unidade. 27.6 A Contratada deverá observar o descrito na Cláusula Vigésima Primeira – Opção de Compra do Contrato de Prestação de Serviços de Operação" ("Contrato de Afretamento de Unidade Flutuante de Produção, Armazenamento e Transferência de Óleo (FPSO)" celebrado entre a Petróleo Brasileiro S.A. – Petrobras e a Prosafe GFPSO I B.V., disponível a partir da fl. 103 dos autos do processo nº 0011452-72.2018.8.19.0001, do acervo do TJRJ).

da venda forçada de parcela da participação do contratante inadimplente para os demais contratantes adimplentes[718].

O principal risco que se observa nesses mecanismos se confunde, mais uma vez, com sua maior vantagem: a *unilateralidade* da decisão sobre o exercício da opção (que por vezes se confunde com a *unilateralidade do controle sobre os fatos que autorizam o desligamento*) e abre margem para argumentos sobre a ilicitude de sua potestatividade e, sobretudo, acerca de eventual acionamento abusivo[719].

Isso porque o potencial funcional das opções está também sujeito a limitações substanciais, como aquelas derivadas do art. 187 do Código Civil, que proscreve os efeitos dos atos exercidos em excesso manifesto aos limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes e pela sua finalidade. No plano societário, por exemplo, deve-se atentar para o risco de se ter que discutir a qualificação das opções como formas indiretas de se esquivar das vedações a sociedades leoninas, com a possibilidade de que a opção esteja estruturada de modo a que os outorgados participem apenas dos ganhos da sociedade, mas se blindem das suas perdas[720].

---

[718] BALERONI, Rafael Baptista; ROQUE, Gabriela Oliveira Bogossian. *Remédios por inadimplemento no JOA*: questões sobre a sua aplicação no Brasil. Anais da Rio Oil & Gas Expo and Conference 2016. <https://www.academia.edu/29473449/Rem%C3%A9dios_por_Inadimplemento_no_JOA_quest%C3%B5es_sobre_sua_aplica%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil>, acessado em 18.3.2019.

[719] ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO teve a oportunidade de opinar a esse respeito ao analisar a legitimidade do disparo da cláusula de *buy back*, mencionada anteriormente, consultado pela distribuidora Distrivet S.A. para opinar sobre a cláusula que permitia a recompra do contrato de distribuição de vacinas contra a febre aftosa e outros produtos de saúde animal. No caso, o fornecedor (Akzo Nobel Ltda.) alegou que a distribuidora teria passado a cumprir defeituosamente suas obrigações e, neste cenário, iniciou os procedimentos para recompra do contrato. A construção do Professor foi no sentido de que a cláusula de *buy-back* que estava a analisar, ao autorizar o fornecedor a retomar os direitos concedidos ao distribuidor, funcionaria como espécie de *resilição unilateral* – estando, portanto, sujeita aos mesmos controles de abusividade aplicáveis à denúncia imotivada (Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e consequente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a resilição unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva. In: _____. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 287-310).

[720] Ou seja, o risco é de se enfrentar o argumento de que, por meio de negócio jurídico indireto, "as partes tentam obter o resultado do pacto leonino, de forma a eximir um dos sócios da participação nas perdas sociais. Para tanto, é necessário verificar se por meio de opção de compra e venda, nesses termos, seria, de fato, possível eximir uma das partes da participação nas perdas sociais" (FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 247). Note-se que, para MARIANA MARTINS-COSTA FERREIRA, como regra as opções não incidem na proibição, excetuados casos de fraude à lei, que devem ser analisados casuisticamente: "entendemos que os contratos de opção e de *buy or sell* estudados não seriam pactos leoninos por não excluírem propriamente qualquer um dos sócios da participação nos resultados sociais. Casos excepcionais

Nesse sentido, deve-se atentar aos riscos de se enxergar exercício patológico, abusivo, dessa decisão, como forma de controle e limite de sua licitude. Essa patologia pode se dar, por exemplo, quando uma das partes pratica atos com o intuito de provocar um impasse de forma artificial, apenas para concretizar o suporte fático da cláusula de opção e "desvirtuar a finalidade para a qual o contrato foi celebrado", qual seja, de "última medida para resolver o impasse entre os sócios", e não para "atuar em prol dos interesses particulares e ilegítimos de um dos sócios"[721].

Ou mesmo com relação ao exercício abusivo da própria cláusula de opção, se utilizada, como dito acima, para "qualquer outro fim que não a resolução do impasse"[722] – como por exemplo utilizar-se de uma posição de privilégio derivada de assimetria financeira entre as partes "somente com o intuito de adquirir a participação do outro sócio para excluí-lo da sociedade por meio do mecanismo *buy or sell*"[723].

Aliás, a cláusula *buy or sell* é fenômeno recorrente para reger situações de impasse ou ruptura entre parceiros contratuais – e que, estruturalmente, não deixa de ser uma sofisticação procedimental dos mecanismos de opções.

6.2.2. A cláusula "*buy or sell*" como sofisticação procedimental para mitigar o risco da potestatividade

Tal como se viu acima com as opções, JUDITH MARTINS-COSTA descreve a cláusula *buy or sell* como um ajuste contratual destinado "a resolver impasses societários ou dissolver sociedades", já que impõe a compra ou venda de ações caso se verifiquem as situações nela descritas, e desse modo se configura um meio alternativo às "soluções oferecidas pela lei para viabilizar a saída de sócio sem afetar o patrimônio da sociedade"[724].

---

de fraude à lei, por outro lado, deverão ser avaliados casuisticamente, a fim de determinar a ocorrência ou não da exclusão de um dos sócios da partilha dos resultados" (*Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 250).

[721] FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 268-269.

[722] FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 291.

[723] FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 293.

[724] MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *buy or sell* na perspectiva do Direito das Obrigações. In: VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (org.).

Sua função de mecanismo de ruptura contratual é expressamente reconhecida por CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO: "essa cláusula é utilizada para resolver impasses *ou dissolver associações* quando se rompe a *affectio societatis*, mas tem o efeito de favorecer a parte que tiver mais recursos e maior liquidez para pagar o preço"[725]. Bastante conhecida entre os praxistas das operações societárias, a cláusula ainda tem sido pouco discutida sob o ponto de vista dogmático, com raras e louváveis exceções – embora paulatinamente seu exercício venha sendo objeto de discussões em juízo ou arbitragem.

Fruto da criatividade negocial, as cláusulas *buy or sell* podem assumir diferentes conformações. MARIANA MARTINS-COSTA FERREIRA, em trabalho monográfico sobre o assunto, discorre sobre as três variações mais conhecidas a respeito, valendo as mencionar rapidamente para ilustrar as estruturas possíveis desse arranjo.

Por meio da variação "*Russian roulette*", estabelece-se que, se houver impasse, um dos sócios informa ao outro, via notificação, qual valor estaria disposto a pagar para adquirir a participação societária da contraparte e qual valor desejaria receber para vender sua participação. A decisão cabe ao sócio notificado – que, contudo, não pode alterar os valores definidos pelo notificante[726].

Mediante a variação "*Texas shootout*", um dos sócios informa, via notificação, o valor pelo qual compraria a participação do outro sócio. Este pode aceitar vender sua participação ou fazer uma contraproposta de comprar a participação do primeiro sócio, por um valor maior. E assim se seguem lances sucessivos[727].

Tem-se ainda uma terceira variação, por meio da qual, se houver impasse, os sócios envolvidos no procedimento devem enviar *a um terceiro* os preços que estão dispostos a

---

Lei das S.A. em seus 40 anos. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 538-539. No mesmo sentido, "[trata-se de] cláusula que impõe ao sócio, em determinadas situações de impasse, a alternativa, face ao outro sócio, de comprar ou vender as ações da companhia de que participam" (BORBA, José Edwaldo Tavares. Acordo de acionistas, com cláusula de compra ou venda compulsória de ações. In: _____. *Temas de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 8).

[725] LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordos de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 470.

[726] FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 103-107.

[727] FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 107-108.

pagar para adquirir a participação do outro. Quem oferecer o preço mais alto tem o direito de adquirir[728].

Essas cláusulas não são desconhecidas da experiência brasileira. A título de exemplo, pode-se mencionar o mecanismo previsto em acordo de acionistas relativo à Andritz Hydro Inepar do Brasil S.A.: por suas cláusulas 4.8.4 e 4.8.5 se estabelece que, se os acionistas chegarem a situações de impasse por mais de duas vezes em dez anos, na terceira qualquer acionista pode apresentar ao outro proposta para adquirir suas ações ao preço que oferecer; o acionista ofertado deve, então, escolher entre vender suas ações pelo preço proposto ou comprar as ações do proponente pelo mesmo preço[729]. Estrutura semelhante se observa em acordo firmado entre acionistas da Niplan Engenharia S.A: suas cláusulas 20.1 e 20.2 definem que, em caso de impasse, qualquer acionista pode notificar o outro fixando o preço aplicável para vender suas ações ou adquirir as do ofertado; o ofertado deve decidir, então, se vende suas ações ou se compra as do ofertante[730].

---

[728] FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 108-111.

[729] "4.8.4. Se, durante a vigência do contrato de acionistas, os acionistas submeterem assuntos à arbitragem de acordo com a seção 4.8.3 mais que duas vezes, dentro do prazo de qualquer período de dez anos, então, se na terceira vez em que um assunto mencionado na seção 4.8.1 acima não for resolvido dentro de 60 dias após a referência aos diretores executivos, e dentro de 90 dias após a expiração do período de 60 dias, qualquer acionista (o 'Comprador') poderá oferecer ao outro acionista (o 'Vendedor') a compra de todas, mas não menos que todas, as suas ações, pelo preço por ação considerado pelo Comprador como valor justo de mercado das ações do Vendedor, através de comunicado por escrito. 4.8.5. O Vendedor deverá notificar o Comprador por escrito (dentro de 60 dias da notificação do Comprador) se aceita ou rejeita a oferta do Comprador, e se o Vendedor rejeitar a oferta do Comprador ou se o Comprador não receber a notificação do Vendedor dentro dos mencionados 60 dias, o Vendedor deverá ser obrigado a comprar todas, mas não menos que todas, as ações mantidas pelo Comprador no capital da AHI a um preço por ação igual ao preço do Comprador. A conclusão da venda e compra de qualquer ação sob esta subseção deverá ocorrer dentro de 10 dias após a expiração do mencionado período de 60 dias no escritório principal da AHI (ou em tal outro lugar conforme o Comprador e o Vendedor possam acordar por escrito)" ("Contrato de Acionistas Revisado e Atualizado", celebrado em 24.8.2009 entre Andritz Hydro Brasil Participações Ltda. e Inepar S.A. Indústria e Construções, contando com a companhia Andritz Hydro Inepar do Brasil S.A. como interveniente, disponível a partir da fl. 182 dos autos do processo 2190473-21.2014.8.26.0000, do acervo do TJSP).

[730] "20. Impasse. 20.1 No caso de impasse para aprovação das matérias indicadas na cláusula 5.3 acima, e de tal impasse não ser resolvido, por representantes designados pelas partes, no prazo de 20 dias contados da data em que tal impasse ocorreu, qualquer uma das partes poderá enviar notificação à outra parte dentro dos próximos 15 dias que seguirem o término do período de solução, contendo: 20.1.1. oferta do ofertante para adquirir todas, e não menos que todas, as ações de titularidade da ofertada; 20.1.2. oferta do ofertante para vender todas, e não menos que todas, as ações de titularidade do ofertante para a ofertada; e 20.1.3. o preço a ser pago pelas ações de acordo com as ofertas acima ('Preço'), sendo certo que o Preço deverá ser o mesmo para as duas ofertas e deverá estar expresso de forma a ser pago integralmente em dinheiro ('Shot Gun'). 20.2 Dentro do período de 20 dias seguintes ao recebimento da notificação de impasse, a ofertada deverá enviar notificação à ofertante, por escrito, comunicando sua decisão irrevogável e irretratável de vender todas as ações de sua titularidade, ou comprar todas as ações de titularidade da ofertante pelo Preço" ("Acordo de Acionistas da Niplan Engenharia S.A.", datado de 11.10.2011, celebrado entre Niplan Participações Ltda. e

Assim como as *call options* e as *put options*, as cláusulas de *buy or sell* não são figuras típicas, mas reúnem características de diversos outros contratos, com "elementos da promessa de compra e venda, dos contratos com obrigações alternativas"[731], entre outros. Sua natureza jurídica é objeto de discussões interessantes[732], mas o que interessa notar para os fins desta tese é que há *diversas etapas* para que esse arranjo contratual funcione – como a negociação *ex ante* do procedimento de disparo do *buy or sell*, o exercício da cláusula caso estejam presentes seus pressupostos de acionamento, o processo de escolha da tomada de decisão e definição do preço de exercício, para que só então seja exigível a transferência da participação societária[733].

Disso se pode concluir que a *buy or sell* representa uma sofisticação procedimental do mecanismo optativo, também com função de ruptura, e que procura mitigar ainda mais os riscos derivados da unilateralidade do seu modo de exercício das *call options* ou das *put options*. Isso porque, embora a decisão por exercer a cláusula e disparar seus efeitos seja unilateral, *o resultado do seu acionamento é compartilhado com a contraparte*. Logo, a margem para discussão de uma suposta invalidade por potestatividade se reduz significativamente.

Trata-se, pois, de estratégia de design contratual que busca reduzir custos de disputa, mediante a adoção de investimentos razoáveis em custos de negociação – pois, embora o mecanismo não seja desconhecido da práxis brasileira, cuida-se de tema que, uma vez contratualmente previsto, não costuma ser negligenciado pelos executivos dos agentes econômicos, e costuma por isso dar margem a discussões alongadas. Sua complexidade procedimental (e a consequente incerteza sobre seu resultado) tende a mitigar os riscos de litigiosidade – embora, como é natural, não se possa afastar debates sobre o preenchimento de seus pressupostos de acionamento, quando existentes, bem como o seu uso abusivo à luz das circunstâncias concretas, como por vezes se ventila nas

---

Grupo Essentium S.L., contando com a companhia Niplan Engenharia S.A. como anuente, disponível a partir da fl. 254 dos autos do processo 2150696-58.2016.8.26.0000, do acervo do TJSP).

[731] FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 148.

[732] Parte das mesmas qualificações das opções de venda e de compra são propostas também nesse caso (negócio jurídico unilateral, contrato preliminar, contrato de compra e venda sob condição suspensiva, contrato semicompleto, pacto de retrovenda). MARIANA MARTINS-COSTA FERREIRA discorre extensamente sobre o tema (*Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 111-162).

[733] FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018, p. 148.

hipóteses em que o mecanismo é disparado como medida de aproveitamento oportunista da situação de descapitalização de uma das partes (que fica, portanto, fragilizada para apresentar suas propostas)[734].

6.3. A participação de terceiros no cenário das disputas como fator mitigador dos riscos relativos a decisões unilaterais

Os mecanismos de ruptura costumam despertar olhar de cautela nos julgadores quando são levados a cenários de disputa, como já se mencionou. Duas de suas características geralmente fundamentam essa desconfiança: a *estrutura potestativa* e o exercício baseado em *percepções unilaterais* do agente econômico por eles protegido. Esses dois fatores – apesar de legítimos, em tese – costumam suscitar discussões sobre suposta *invalidade por potestatividade pura* (art. 122 do Código Civil) ou sua *ilegitimidade por abusividade* (art. 187 do Código Civil), justificando o receio de julgadores e a criação de argumentos jurídicos por vezes capazes de impressionar – o que, ao fim, acaba por comprometer a previsibilidade do recurso a esses mecanismos.

De fato, o art. 122 do Código Civil proíbe que se vincule a eficácia de um contrato a cláusulas que sujeitem o negócio "ao puro arbítrio de uma das partes". Nestes casos, as condições (chamadas *puramente potestativas*) são tidas como ilícitas porque nelas inexiste o elemento da *incerteza*; afinal, a eficácia do negócio se encontra vinculada exclusivamente ao desejo de uma das partes.

Diferente, todavia, é o cenário em relação às condições ditas *simplesmente potestativas* – e reputadas válidas –, em que a vontade do contratante não basta para que se dê seu implemento, havendo circunstâncias externas a influenciar sua decisão. A diferença é esclarecida pela doutrina: "as [cláusulas puramente potestativas] são as de mero capricho: se eu levantar o braço, se for à cidade, se vestir tal roupa"; já as cláusulas simplesmente potestativas "dependem da prática de algum ato por parte do contraente, na

[734] A questão é discutida por MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de *buy or sell* na perspectiva do Direito das Obrigações. In: VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (org.). *Lei das S.A. em seus 40 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 552.

dependência, porém, do exame de circunstâncias que escapam ao controle dele. Só as primeiras são defesas; as segundas escapam à proibição legal"[735].

A jurisprudência também não desconhece a distinção, já tendo o STJ se manifestado no sentido de que "não é vedada em lei a condição simplesmente potestativa. Inexiste, pois, proibição a que a eficácia do ato esteja condicionada a acontecimento futuro, cuja realização dependa do devedor ou possa ser por ele obstada"[736].

Registre-se, contudo, que essa diferenciação nem sempre se dá de modo satisfatório. Não é incomum identificar precedentes na jurisprudência em que se qualificaram como puramente potestativas condições que não pareciam sujeitar a eficácia do negócio ao puro arbítrio da parte. É o caso, por exemplo, em que o STJ considerou ilícita cláusula aposta pelo locador condicionando a entrega das chaves à realização de pinturas e reformas no imóvel; o STJ entendeu que essa condição sujeitaria "um direito do inquilino à única vontade do senhorio"[737], o que parece no mínimo questionável. De igual forma, não é raro se verem precedentes considerando abusivas situações específicas envolvendo o disparo de mecanismos arrojados, como a compensação baseada em multas, o desligamento contratual por cláusula expressa ou o exercício de opções de venda de participação societária[738].

Diante disso, a práxis passou a elaborar algumas soluções para tentar reduzir esses riscos e reforçar a efetividade dos mecanismos previstos – seja adotando medidas para compartilhar a produção de documentos que podem embasar a decisão de ruptura (como a elaboração de relatórios conjuntos das atividades desempenhadas ao longo do contrato), seja *atribuindo a terceiros* papéis relevantes no preenchimento de elementos contratuais ou

---

[735] MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 287.
[736] STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 20.982/MG, Rel. Min. Dias Trindade, v. m., j. 10.11.1992.
[737] STJ, 5ª Turma, Recurso Especial nº 144.492/SP, Rel. Min. Edson Vidigal, v. u., j. 07.10.1997.
[738] A esse respeito, confira-se: "Agravo interno na apelação cível. Declaratória. Cautelar inominada. Contratos complexos. Operação em moeda norte-americana. Cláusulas contratuais. Redação duvidosa. Proeminência excessiva de uma das partes. Cláusula potestativa. Ilegalidade. Art. 122 do CCB. Precedentes do STJ. Julgamento monocrático proferido nos termos do § 1º-A, do art. 557 do CPC em razão da clara contrariedade da sentença com a orientação firmada pelo E. Superior Tribunal de Justiça em tese de cláusulas potestativas. Contendo os ajustes celebrados entre as partes, cláusulas contratuais com redação imprecisa e duvidosa, as quais conferem vantagens excessivas a uma parte em detrimento da outra, devem ser interpretadas como potestativas e portanto, ilegais. Declaração de ilegalidade que se prolata, reformando-se a sentença para julgar procedente o pleito inicial. Recurso improvido" (TJRJ, 12ª Câmara Cível, Agravo Interno na Apelação Cível nº 0016337-96.1999.8.19.0001, Rel. Des. Cherubin Schwartz, v. u., j. 14.06.2011).

na solução de disputas de natureza técnica. Ganha corpo, portanto, figuras que por vezes se confundem, embora exerçam funções distintas: o *terceiro arbitrador*, o *terceiro perito* e os *dispute boards* – todas elas procurando atenuar a carga unilateral e potestativa de decisões contratuais (inclusive aquelas relativas à potencial ruptura).

Por essas alternativas, o recurso a terceiros costuma cumprir três diferentes funções: (a) *suprir lacunas* propositalmente deixadas no instrumento contratual, como medida de redução de custos de negociação, tendo o terceiro a incumbência de integrar a vontade das partes; (b) *analisar questões geralmente de ordem técnica*, como atestar o tipo ou qualidade de produto ou serviço entregue; e (c) acompanhar a execução do contrato para *solucionar controvérsias* que possam surgir durante o seu curso.

Essas três modalidades, comuns na prática internacional, têm chamado a atenção da doutrina nas suas diferentes manifestações já há algumas décadas. Na Itália, por exemplo, conhece-se a distinção entre *arbitrato rituale* e *arbitrato irrituale*; a tradição entre os especialistas aponta o *arbitrato rituale* como uma forma de resolver controvérsias com função jurisdicional, identificando-a com a arbitragem como se conhece no Brasil; de outra parte, afirma-se que o *arbitrato irrituale* tem forma livre e, portanto, distancia-se da tutela jurisdicional, tendo natureza contratual[739]. Ao lado do *arbitrato*, há também os fenômenos do *arbitraggio* e da *perizia contrattuale*. Por estas duas figuras, as partes delegam a terceiro a tarefa de fixar um elemento do contrato propositalmente omisso; assim, o terceiro atua para integrar a vontade das partes, e não para resolver controvérsias. No *arbitraggio*, o elemento a ser fixado é jurídico, ao passo que, na *perizia contrattuale*, a fixação do elemento depende de competência técnica específica de um perito[740].

Entre nós, JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES identifica três figuras com funções razoavelmente semelhantes às mencionadas acima: (a) a *arbitragem*, (b) o terceiro que assume o cargo de fixar um dos elementos do contrato – o que alguns estudiosos passaram

[739] Nota-se que, apesar de tradicional, esta distinção está longe de ser pacífica na doutrina e na jurisprudência italianas – e hoje parece estar ainda mais mitigada em razão de recentes alterações no *Codice di Procedura Civile*, que passou a prever dispositivos sobre o *arbitrato irrituale*. Sobre o tema, cf. SANGIOVANI, Valerio. Arbitrato irrituale e regole procedurale nel nuovo diritto italiano. *ASA Bulletin*, Genebra, n. 26, dez./2008, p. 688-698; para uma explanação brasileira sobre o tema, cf. MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, ano 1, 2015, p. 1278-1280.

[740] É o que se extrai das lições de FAZZALARI, Elio. *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*. Pádua: Cedam, 1973, p. 476-477; e BIAMONTI, Luigi. Arbitrato (Diritto Processuale Civile). In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: [s.n.], 1958, v. 2, p. 935.

a denominar *arbitramento*; e (c) o *terceiro perito*, que deve emitir opinião técnica sobre determinada matéria, em função análoga à do *arbitrato irrituale* e à perícia obrigatória adotada na França[741]. Mais recentemente, a experiência dos contratos de construção vem também incorporando a figura dos *dispute boards*, que em geral assumem a função de acompanhar a execução do contrato e solucionar eventuais controvérsias dela decorrente.

Apesar de essas figuras serem bem delimitadas e distintas entre si, alguns casos limítrofes podem suscitar dúvidas, sobretudo em situações atípicas verificadas em grandes contratos empresariais. Vale, pois, analisá-las e contextualizá-las no cenário do design contratual.

6.3.1. O terceiro arbitrador: uma estratégia de custos de negociação *ex tempore* para preencher lacunas intencionais

Estratégia crescente que se tem observado é a designação de terceiros para preencher lacunas contratuais – o chamado *arbitrador*. Conforme anota CARLOS ALBERTO CARMONA, o arbitrador é pessoa "indicada pelos contratantes [...] para integrar o conteúdo de um negócio jurídico"[742]; em outras palavras, ele "subministr[a] o elemento de que a relação jurídica necessit[a] para nascer e viver"[743].

Esse recurso a terceiros para colmatar lacunas negociais não chega a ser desconhecido da tradição jurídica brasileira – o Código Comercial já o previa para fixação de preço na compra e venda desde 1850[744]. Regra semelhante permanece no Código Civil, que permite expressamente a fixação de preço por terceiro nos contratos de compra e venda (art. 485)[745], além de possibilitar que o testador deixe a arbítrio de terceiro determinar herdeiro, legatário e valor do legado em certas situações (art. 1.901).

---

[741] MAGALHÃES, José Carlos de. Perspectivas da arbitragem comercial no Brasil. In: WALD, Arnoldo (org.) *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 2014. v. 1, versão eletrônica, p. 5

[742] CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p 228.

[743] LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Arbitragem (Conceito e origem), In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7, p. 347.

[744] "Art. 194. O preço de venda pode ser incerto, e deixado na estimação de terceiro; se este não puder ou não quiser fazer a estimação, será o preço determinado por arbitradores".

[745] PAULA FORGIONI ressalta, todavia, a diferença entre as duas regras: "o Código Comercial estipulava que, caso o terceiro não quisesse ou não pudesse cumprir sua função, ela seria desempenhada por arbitradores. O atual Código Civil, visando a não obrigar as partes àquilo que não contrataram expressamente, sinaliza que, nos contratos de compra e venda, na hipóte-se de o terceiro não aceitar a incumbência, 'ficará o contrato sem efeito, salvo quando acordarem os contratantes designar outra pessoa' (art. 485)" (Integração dos contratos

Além das hipóteses expressas na legislação, também é possível admitir a delegação desse papel a terceiro para integrar lacunas em quaisquer outros contratos. Afinal, os arts. 104, II, e 166, II, do Código Civil não exigem que todos os elementos do negócio estejam determinados no momento de sua celebração, mas que sejam tão somente *determináveis*. Dessa forma, as partes têm autonomia para relegar a determinação de certos elementos contratuais para momento posterior, confiando-a a um arbitrador[746].

Em tempos recentes, uma das hipóteses mais frequentes a esse respeito é a eleição de terceiro (geralmente instituições financeiras) para fixar preço em opções de compra e venda de participações societárias[747], com base em critérios definidos pelas partes – podendo inclusive serem disparadas em contextos de superação de impasses como os suscitados no item 6.2 acima[748]. A declaração emitida pelo arbitrador passa a integrar o negócio antes incompleto, acrescentando o elemento do preço, ao qual ficam as partes contratualmente vinculadas – salvo em caso de invalidades, como erro ou dolo, ou se o arbitrador não obedecer aos critérios definidos no contrato[749].

---

empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 45, abr./ jun. 2015, versão eletrônica, p. 5).

[746] Nesse sentido, MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Arbitramento, arbitragem e *dispute boards*: o papel do terceiro na determinação do preço em opção de venda de ações. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, ano XIV, n. 54, abr./jun. 2017, p. 18; DINAMARCO, Cândido Rangel. Acordos judiciais e a perícia arbitral no processo civil brasileiro. In: _____. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, t. 2, p. 975 e WALD, Arnoldo. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, jul./set. 2005, versão eletrônica, p. 4.

[747] Exemplo concreto dessa alternativa está na cláusula 7.4.4 do acordo de acionistas celebrado no contexto da Braskem S.A. Dentre outras hipóteses, a cláusula, que regula o exercício do direito de aquisição conjunta para manutenção da proporcionalidade das participações, prevê que, no caso de as ações serem adquiridas por meio de reorganização societária ou aquisição de controle indireto, o preço de exercício da aquisição conjunta deve ser apurado "por 2 (duas) empresas especializadas, bancos de investimento ou empresas de consultoria de primeira linha e reputação internacional, cada uma escolhida e remunerada por uma Parte [...] devendo ser utilizado o critério denominado 'fluxo de caixa descontado'" ("Acordo de acionistas da BRK Investimentos Petroquímicos S.A e da Braskem S.A.", datado de 21.9.2018, disponível em http://siteempresas.bovespa.com.br/consbov/ArquivoComCabecalho.asp?motivo=&protocolo=667842&funcao=visualizar&Site=C).

[748] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Arbitramento, arbitragem e *dispute boards*: o papel do terceiro na determinação do preço em opção de venda de ações. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, ano XIV, n. 54, abr./jun. 2017, p. 18.

[749] A questão sobre a possibilidade de se impugnar o laudo do terceiro arbitrador levanta debates. Na opinião de ORLANDO GOMES, o laudo do arbitramento contratual pode ser impugnado em caso de erro ou dolo, ou se o arbitrador desobedecer às instruções das partes (Arbitramento por terceiro de preço para venda de ações. Desatendimento pelo arbitrator às instruções das partes. Ineficácia, nulidade ou inexistência do contrato de compra e venda por falta de preço. In: _____. *Pareceres Inéditos*, Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998, p. 214-217). EGAS MONIZ DE ARAGÃO também acrescenta que as partes "[p]odem repelir o resultado por este encontrado, em qualquer caso, se estiverem de comum acordo, ou, no mínimo, quando haja infração ao pactuado previamente" (Participação do Poder Judiciário no arbitramento de preço. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 13, jan. 1979, versão eletrônica, p. 5). Por sua vez, discorrendo especificamente sobre a compra e

Do ponto de vista estrutural, essa figura se situa no campo dos ditos negócios jurídicos *per relationem* – isto é, negócios parcialmente incompletos no momento da sua celebração, por desejo das partes, com elementos a serem preenchidos futuramente por outras declarações[750]. A declaração do arbitrador é ato complementar ao suporte fático do negócio – um elemento de existência que se lhe agrega, portanto[751].

Sob a ótica do design contratual, o arbitramento pode ser utilizado como técnica para deixar a cargo de terceiro a tarefa de definir elementos sensíveis do negócio, propositalmente postergados pelas partes, servindo a dois propósitos: para reduzir os custos de negociação, adiando a definição de certas questões contratuais ou, ainda, para reduzir o risco de questionamentos sobre a legitimidade das posturas a serem adotadas pelos agentes econômicos nos cenários de disputa – uma vez que a presença do terceiro diminui sensivelmente o risco da unilateralidade ínsita aos mecanismos de ruptura[752].

---

venda, PONTES DE MIRANDA afirma que o preço fixado por terceiro não pode ser impugnado, porque integra a eficácia do contrato de compra e venda (*Tratado de direito privado*, tomo XXXIX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 100). A controvérsia seguinte é saber se, em caso de invalidade da manifestação do arbitrador, o juiz pode se substituir ao arbitrador ou se deve nomear outro arbitrador para cumprir essa função. PONTES DE MIRANDA admite o preenchimento pela via judicial, por exemplo (*Tratado de direito privado*, tomo XXXIX. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 105).

[750] Nas palavras de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, "os negócios *per relationem* são atos com suporte fático incompleto, de tal forma que o ato que o completa é somente ato ou fato complementar (ou integrativo). Portanto, a *relatio* não é declaratória, constitutiva ou condenatória, e sim ato complementar do suporte fático do negócio jurídico ao qual se relaciona" (Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e consequente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a resilição unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva. In: _____. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 310).

[751] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e consequente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a resilição unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva. In: _____. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 300. Isto é: antes da declaração integrativa do terceiro, o negócio pode apenas produzir efeitos secundários, como irrevogabilidade e a faculdade de tomar as providências necessárias para a determinação do seu conteúdo.

[752] A respeito desse risco da unilateralidade, inclusive, cumpre rememorar exemplo interessante trazido por PAULA FORGIONI, cuja essência aproveita ao ponto (ainda que não diga respeito a um autêntico mecanismo de ruptura): o problema da cláusula de estoque mínimo nos contratos de distribuição, que geralmente confere ao fornecedor o poder de determinar futura e unilateralmente a quantidade de produtos que o distribuidor deve manter em estoque. Segundo a Professora, a "licitude dessas estipulações contratuais é muitas vezes contestada, sustentando alguns que seriam puramente potestativas, vedadas em nosso ordenamento jurídico pelo art. 122 do Código Civil" (Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 45, abr./ jun. 2015, versão eletrônica, p. 5). PAULA FORGIONI opina, no entanto, que a cláusula é válida se o fornecedor atender ao parâmetro da função econômica pressuposta pelas partes no momento da contratação: manter o bom atendimento de produtos ao consumidor, de acordo com as condições objetivas de demanda do mercado, sem requisitar

Sobre o primeiro aspecto, inclusive, ANDREW VERSTEIN ressalta que optar por deixar um elemento propositalmente em branco no contrato para ser definido após sua celebração permite que as partes poupem os custos de tentar negociar cláusulas que se adequem ao máximo de possíveis circunstâncias futuras. Destaca ainda que essa estratégia de design pode ser especialmente interessante para redação de contratos em que há custos muito elevados para se alocar responsabilidades futuras – como contratos de longa duração, acordos com resultados de alta imprevisibilidade ou, então, quando o objetivo final das partes não está claro desde o momento da celebração, a exemplo de alguns contratos de colaboração de termos abertos[753]. Acrescenta, ainda, que deixar a complementação dessas lacunas propositais a apenas uma das partes pode não ser interessante quando os custos de transação são muito altos, porque a parte tende a dificultar a negociação, escondendo informações em seu benefício[754] – ao passo que a designação de terceiro arbitrador evita a incerteza de relegar a função de fixar os elementos omissos do contrato a terceiro adjudicador desconhecido, sem, com isso, acrescentar maiores custos *ex ante*[755].

Nota-se que as partes também podem optar que elementos dos contratos sejam definidos em sede de arbitragem[756]. Nesses casos, a figura do árbitro se aproxima da figura

---

quantidade exagerada de bens ao distribuidor; se, no entanto, o fornecedor desvirtuar dessa função econômica, diz a Professora, o exercício da cláusula se torna abusivo. O exemplo ajuda a mostrar o potencial litigioso de mecanismos que deixam margem acentuada de preenchimento de lacunas – ou mesmo a verificação de fatos ocorridos durante a execução do negócio – exclusivamente sob controle de um dos agentes econômicos (Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 45, abr./ jun. 2015, p. 5).

[753] VERSTEIN, Andrew. *Ex tempore* contracting. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 55, issue 5, article 5, 2014, p. 1882 e 1884.

[754] VERSTEIN, Andrew. *Ex tempore* contracting. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 55, issue 5, article 5, 2014, p. 1885-1886.

[755] VERSTEIN, Andrew. *Ex tempore* contracting. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 55, issue 5, article 5, 2014, p. 1882 e 1884.

[756] É o caso da cláusula 4.8 do acordo de acionistas firmado entre Andritz Hydro Brasil Participações Ltda. e Inepar S.A. Indústria e Construções, na qual se estabelece o seguinte procedimento em caso de impasse de uma resolução dos acionistas: (a) convoca-se uma assembleia extraordinária para considerar a resolução dos acionistas, em até 10 dias de surgido o impasse; (b) caso não seja aprovada em assembleia extraordinária, o presidente da empresa controladora da Inepar e um executivo da empresa controladora da AHBP, ou a qualquer afiliada da AHBP, devem se encontrar em Nova Iorque, 15 dias após a assembleia extraordinária; e (c) caso a resolução dos acionistas não seja resolvida em 60 dias após a data de reunião dos diretores executivos, pode-se iniciar um procedimento especial de arbitragem, em até 90 dias, no qual os árbitros devem escolher em suas decisões, "entre duas ou mais opções a eles apresentadas, aquela que melhor reflita os interesses da Empresa". Ainda, se os acionistas submeterem assuntos à arbitragem por mais de duas vezes no prazo de dez anos e existir um terceiro impasse, este terceiro impasse deve ser submetido às etapas (a) e (b) e, depois, qualquer acionista pode oferecer a outro acionista a compra de todas as suas ações. O vendedor deve responder a oferta do comprador em 60 dias e, se o comprador não receber uma resposta nesse prazo, o vendedor deve ser obrigado a comprar todas as ações do comprador. Caso o vendedor deixe de completar a

do arbitrador, mas ainda assim não se confunde com ela – afinal, na lição de PONTES DE MIRANDA, "[o] arbitrador determina, com a sua comunicação de conhecimento [...], o elemento fático [...]. Não julga, como o árbitro"[757].

A diferença é sutil, de modo que GUILHERME NITSCHKE sugere cinco parâmetros para diferenciar a atuação do arbitrador e do árbitro nesses casos: (a) a autonomia das partes em escolher conceder à participação do terceiro *função jurisdicional*, com eficácia de título executivo extrajudicial, ou *função contratual*, com eficácia privada; (b) a presença geralmente (mas não necessariamente) de *tecnicidade extrajurídica* no arbitramento – que, quando existe na arbitragem, se combina a uma apreciação jurídica; (c) a presença de um processo bilateralizado, multifásico e marcado pelo *contraditório e ampla defesa* na arbitragem, enquanto que o arbitramento não depende de um procedimento ou da instauração de uma lide; (d) a presença de uma *decisão* ao final da arbitragem, enquanto no arbitramento se produz uma *declaração* ou *recomendação*; e (e) a possibilidade de *non liquet* do arbitrador, proibida para os árbitros[758].

Essa questão já chegou a ser levada aos tribunais brasileiros, com destaque para recente decisão emitida pelo STJ – que não parece ter se atentado para a distinção entre as figuras – em caso relativo a negócio jurídico celebrado em operação societária na qual a Companhia de Navegação Norsul ("Norsul") incorporou a Norsul International S.A ("Norinter").

Na operação, estipulou-se que Hugo Pedro de Figueiredo ("Hugo"), até então presidente da Norinter, passaria a ocupar a presidência da companhia resultante da incorporação e a ter 25% do seu capital social. Além disso, Lorentzen Empreendimentos S.A. ("OLSA"), Erling Sven Lorentzen ("Erling") e Haakon Lorentzen ("Haakon") se

---

venda, o presidente da AHI ou qualquer outra pessoa indicada pelo conselho tem poderes para transferir as ações ao comprador ("Contrato de Acionistas Revisado e Atualizado", celebrado em 24.8.2009 entre Andritz Hydro Brasil Participações Ltda. e Inepar S.A. Indústria e Construções, contando com a companhia Andritz Hydro Inepar do Brasil S.A. como interveniente, disponível a partir da fl. 182 dos autos do processo 2190473-21.2014.8.26.0000, do acervo do TJSP).

[757] MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. XXXIX, p. 42-43. Nesse sentido, confiram-se também CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p 228; e LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Arbitragem (Conceito e origem), In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7, p. 347.

[758] NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. "*Integração*" *de lacunas contratuais*: em busca de um método. 2018. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 391-393.

comprometeram a adquirir as ações de Hugo caso ele se afastasse da função de principal executivo da nova companhia e desejasse alienar sua participação acionária.

Essa opção de venda foi regulada em dois documentos denominados "cartas-compromissos", ambos datados de 14.9.1995. No ponto que mais interessa para este estudo, as cartas estipulam que o preço de exercício da opção deveria refletir o valor de mercado da companhia, considerando seu valor patrimonial ajustado, *goodwill* e outros elementos; convencionou-se também que, em caso de controvérsia entre as partes, o preço de exercício da opção deveria ser arbitrado por terceiro, da seguinte forma:

> "Caso não seja acordado tal valor dentro de 30 (trinta) dias, as partes nomearão dois avaliadores (um indicado por cada parte), que apontarão um terceiro, se necessário for, e no prazo de no máximo 60 (sessenta) dias apresentarão o valor de mercado para a(s) empresa(s). A decisão dos avaliadores será final, definitiva e acatada pelas partes"[759].

Em agosto de 2010, Hugo notificou Erling, Haakon e a OLSA sobre sua intenção de exercer a opção de venda – o que, contudo, não se concretizou, porque os compradores discordaram, entre outros pontos, da apuração do valor da participação acionária de Hugo. Diante disso, Hugo foi a juízo buscando compelir os três a cumprir a obrigação de adquirir as ações, por valor a ser apurado por meio de perícia técnica a ser judicialmente determinada. Em sua defesa, os réus alegaram que a cláusula acerca da avaliação a ser promovida por terceiro configurava convenção de arbitragem, na medida em que determinava que "a decisão dos avaliadores ser[ia] final, definitiva e acatada pelas partes". Requereram, então, a extinção do processo sem resolução de mérito.

A 6ª Câmara Cível do TJRJ refutou o argumento dos réus. Entre outros fundamentos, afirmou que a cláusula discutida tratava sobre "o arbitramento do valor das ações, por peritos a serem escolhidos pelas partes, não da competência de juízes arbitrais, com poderes iguais aos togados, para o julgamento de eventuais litígios"[760]. Os réus, então, recorreram ao STJ, logrando êxito em reverter a decisão.

---

[759] Documento disponível na fl. 68 dos autos do Recurso Especial nº 1.569.422/RJ, do acervo do STJ.
[760] TJRJ, 6ª Câmara Cível, Embargos de Declaração nº 0026453-13.2012.8.19.0000, Rel. Des. Pedro Raguenet, v. u., j. 26.09.2012.

Com o voto vencedor do Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE, a 3ª Turma do STJ entendeu que o ajuste reproduzido se tratava de "inequívoca cláusula compromissória", pois o termo "avaliador" deveria ser "compreendido como 'árbitro', na medida em que [...] a ele se atribuiu a função de dirimir específica controvérsia (decisão sobre o valor das ações a serem adquiridas), com força de definitividade e em substituição às partes"[761]. Destacou-se especificamente a redação do trecho final da cláusula: no entendimento do relator, "as partes avençaram que a correlata decisão do terceiro/árbitro seria final, definitiva e aceita pelas partes, o que encerra, inarredavelmente, método alternativo de heterocomposição". O processo foi então extinto sem julgamento de mérito e a solução da disputa, remetida para uma arbitragem.

O precedente deve ser lido com algumas cautelas, pois o entendimento majoritário que se estabeleceu na 3ª Turma parece ter dado atenção insuficiente à *missão* que havia sido planejada para os avaliadores a serem designados pelas partes (*apurar o valor econômico de uma companhia*) e se concentrado em especial sobre os *efeitos* da tarefa que havia sido confiada a terceiros (proferir uma decisão final e vinculante), como se esses fossem efeitos que só pudessem ser produzidos no contexto de uma controvérsia submetida a um terceiro adjudicador, com função jurisdicional.

Não parece ser o caso, todavia, pois, como bem aponta FRANCISCO MARINO, "a obrigatoriedade da decisão do terceiro, para as partes, é eficácia normal do arbitramento" – por isso, a previsão no sentido de que "a decisão dos avaliadores será final, definitiva e acatada pelas partes", por si só, não parece suficiente para "afastar a configuração de um negócio jurídico *per relationem*, muito menos de atrair a jurisdição de um tribunal arbitral"[762]. Assim, a qualificação adequada da figura prevista na carta-compromisso parece ter sido feita pelo Min. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA em seu voto vencido, ao pontuar que a menção feita no instrumento à indicação de avaliadores "não passou de uma *cláusula de arbitramento ou de peritagem*" – muito embora, em seguida, se tenha dito que essa cláusula, "por não se confundir com a cláusula de arbitragem, não tem sua revisão excluída da esfera judicial", o que também traz margem a inquietações.

[761] STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.569.422/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, v. m., j. 26.04.2016.
[762] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Arbitramento, arbitragem e *dispute boards*: o papel do terceiro na determinação do preço em opção de venda de ações. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, ano XIV, n. 54, abr./jun. 2017, p. 21. A decisão também foi objeto da crítica de TORRE, Riccardo Giuliano Figueira; CURY, Antonio Alberto Rondina. Jurisprudência nacional comentada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, jul./set. 2016, versão eletrônica, p. 21.

O precedente ajuda a mostrar que a cultura jurídica brasileira, embora não desconheça o fenômeno do terceiro arbitrador, ainda requer algum grau de maior investigação e reflexão a seu respeito. Cabe, pois, aos redatores contratuais deixarem claro a tarefa que confiam ao terceiro arbitrador, diferenciando-o do terceiro adjudicador responsável por dirimir as controvérsias jurídicas e a tutela de suas pretensões, no caso de optarem por essa ferramenta para reduzir a margem de discricionariedade do preenchimento de parâmetros imprecisos *ex post*.

6.3.2. O terceiro perito: a definição de um especialista independente como *proxy chooser*

Além do arbitramento, as partes também podem utilizar outro recurso a figuras externas capazes de auxiliar no processo de ruptura: o chamado *terceiro perito*.

De acordo com a lição de JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, o terceiro perito tem lugar naquelas situações em que as partes não desejam recorrer à arbitragem jurisdicional ou ao Poder Judiciário sem antes submeter certa questão ao parecer de um especialista técnico sobre determinada matéria – trata-se da busca de uma "opinião ou do resultado de pesquisas ou análises feitas por quem as partes tenham designado e que as obriga"[763].

A previsão contratual sobre a missão do terceiro perito consiste, portanto, em fenômeno distinto da mera definição consensual de perito ao longo do processo, ou mesmo da definição antecipada de um perito para atuar em caso de controvérsia judicial. A figura de que aqui se cogita é chamada a atuar *antes* da instauração de um litígio, e as partes assumem o compromisso de dar à sua manifestação algum valor jurídico – por vezes, ares de definição irrecorrível sobre determinado estado de fato.

Essa figura não é desconhecida da tradição jurídica brasileira. Em parecer emitido em 1946, TULLIO ASCARELLI foi chamado a opinar sobre dispositivo com propósito semelhante. Cuidava-se, no caso, de cláusula integrante de contratos de entrega de café, segundo a qual, em caso de controvérsia sobre a *qualidade* e o *tipo* do café que estava sendo entregue ao longo dos fornecimentos, a matéria deveria ser resolvida "por

[763] MAGALHÃES, José Carlos de. Perspectivas da arbitragem comercial no Brasil. In: WALD, Arnoldo (org.) *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 2014. v. 1, versão eletrônica, p. 5

arbitragem", ficando eleito o "juízo arbitral" da Associação Comercial de Santos para efetuar esse mister.

Apesar da literalidade da cláusula, que mencionava uma disputa sujeita a um *juízo arbitral*, ASCARELLI concluiu não se tratar de uma efetiva arbitragem, pois no caso as partes elegeram a Associação Comercial de Santos para *constatar um fato* (a qualidade e o tipo da mercadoria entregue), e não resolver uma *controvérsia jurídica*. Diante disso, o influente comercialista lançou mão de duas construções jurídicas sobre o fenômeno, que àquela época já considerava "comum na prática contratual do direito"[764]: (a) o entendimento de se tratar de *perícia obrigatória* (ou seja, a nomeação de perito extrajudicial pelas partes, que se comprometem a acatar seu parecer sobre os fatos), e a leitura de que (b) se trata de *negócio declaratório* em que as partes outorgam a terceiro o poder de preencher o conteúdo do contrato. A última delas, a preferência de ASCARELLI[765] e de JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES[766].

Correndo o risco de discordar da visão de ASCARELLI[767], se a função atribuída aos especialistas da Associação Comercial de Santos era *constatar um fato*, não parece que se estava, a rigor, diante de uma situação de se determinar o *conteúdo do negócio*, ou de preencher lacuna na declaração negocial manifestada pelas partes – mas, sim, perante uma controvérsia de fato sobre a *execução do contrato*, saber se o objeto entregue estava conforme as obrigações definidas pelas partes (e cujo conteúdo não se colocara em questão). Acredita-se tratar, portanto, da formação de uma prova.

---

[764] ASCARELLI, Tullio. A arbitragem da Associação Comercial de Santos e os contratos de café. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, jul./ set. 2011, versão eletrônica, p. 3.

[765] ASCARELLI, Tullio. A arbitragem da Associação Comercial de Santos e os contratos de café. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, jul./ set. 2011, versão eletrônica, p. 3.

[766] Nota-se, contudo, que essa não é a opinião de JOSÉ CARLOS DE MAGALHÃES, para quem o parecer do terceiro perito integra o contrato, e não tem somente valor probatório (Perspectivas da arbitragem comercial no Brasil. In: WALD, Arnoldo (org.) *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 2014. v. 1, versão eletrônica, p. 5).

[767] Aqui não se pode deixar de lembrar a espirituosa passagem de EROS ROBERTO GRAU em seu discurso de agradecimento pelo recebimento da Medalha Teixeira de Freitas, que sintetiza o impacto da passagem de TULLIO ASCARELLI pelo Brasil (e, em especial, pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco): "Nada digo, nem direi, de novo. O tempo me ensinou que tudo já terá sido dito. Há sempre um grego, ou um romano que, em matéria jurídica, refletiu antes de nós sobre todas as ideias novas que pensamos produzir. E se não o disseram gregos ou romanos, tê-lo-á dito Tullio Ascarelli ou outro jurista de seu porte" (Discurso de agradecimento pela Medalha Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 98, 2003, p. 670).

Estando-se diante da *formação de um elemento de prova*, e não do preenchimento de uma lacuna contratual, o papel do terceiro perito não se confunde com o do terceiro arbitrador. E não se confunde tampouco com o dos árbitros, uma vez que a arbitragem, tendo função jurisdicional, se presta a resolver uma controvérsia jurídica – no que se acompanha a opinião de ASCARELLI[768] –, a reconhecer uma pretensão resistida ou declarar a existência, inexistência ou modo de ser de uma *relação jurídica*. E não a atestar a ocorrência de um fato.

Esse instrumento tem especial utilidade, portanto, naquelas relações contratuais em que o objeto é dotado de algum grau de complexidade, e em que as partes optam por convocar um terceiro para fornecer um atestado de adequação – servindo, portanto, como ferramenta de *demonstração* da aderência do desempenho contratual com os parâmetros fixados no texto.

Veja-se, por exemplo, sua adoção no já citado contrato de compra e venda de escória firmado entre a Usina Siderúrgica do Pará Ltda. ("Usipar") e a Votorantim Cimentos Ltda. ("Votorantim"), mediante o qual a Usipar se obrigou a fornecer volumes de escória básica granulada de alto forno para compra com exclusividade para a Votorantim por 30 anos:

> "2.6. Caso haja *dúvida*, em razão de negociações a partir deste contrato, *acerca da especificação e características da escória produzida pela Usipar*, as partes se comprometem a submeter amostras deste produto para análise pelo IPT – Instituto de Pesquisas Tecnológicas de São Paulo.
> 2.6.1. As partes concordam desde já que *o laudo produzido em razão do disposto na cláusula 2.6 será inquestionável e considerado como documento comprobatório para os fins necessários*.
> 2.6.2. Os custos e honorários diretamente relacionados à análise prevista nesta cláusula 2.6 serão suportados pela parte que suscitar a dúvida acerca das especificações e características da escória básica ou ácida, conforme o caso.
> 2.6.3. Caso seja constatado, através da análise descrita nesta cláusula 2.6, que as especificações e características da escória básica ou ácida não atendem os índices estipulados pela ABCP – Associação Brasileira de Cimento Portland, a Usipar deverá

[768] ASCARELLI, Tullio. A arbitragem da Associação Comercial de Santos e os contratos de café. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, jul./ set. 2011, versão eletrônica, p. 3.

> ressarcir a Votorantim de todas as respectivas despesas relativas ao disposto na cláusula 2.6.2"[769].

Como se vê, as partes optaram por designar uma instituição independente (o IPT) para servir como terceiro perito, com a função de analisar a qualidade do produto entregue pela Usipar, em caso de controvérsia a respeito da sua aderência às especificações contratuais. Em sequência, estabeleceram os ônus pelo custeio dessa perícia – a ser arcado inicialmente pela parte que suscitar a dúvida (cláusula 2.6.2), mas ao final distribuído a quem tiver dado causa à controvérsia: a Usipar, se o IPT concluir que a escória não estava em conformidade, ou a Votorantim, se o IPT concluir que o produto estava adequado.

Foi-se ainda além: fixou-se o valor jurídico do laudo emitido pelo IPT. Ele deve ser "inquestionável" e considerado como "documento comprobatório para os fins necessários". Quer parecer, por essa dicção, que as partes optaram por uma espécie de tarifação do laudo emitido pelo IPT: uma prova irrefutável, que não está submetida a revisão, e que serve de apoio para a aplicação dos remédios contratuais cabíveis – como a possibilidade de rejeitar a escória entregue desconforme, bem como aplicar as penalidades previstas ao longo do contrato, ou mesmo justificar sua extinção por inadimplemento, caso não sanado.

Outra interessante cláusula também se vê no contrato de fornecimento de aerogeradores entre Bom Jesus e Wind Power, já referido neste trabalho, que estabelece o dever de as partes nomearem uma empresa de engenharia para atuar como perito técnico, se discordarem sobre qualquer questão técnica relacionada ao fornecimento dos aerogeradores, para que a empresa então emita decisão final e vinculante sobre a disputa[770]. Em maiores detalhes, a cláusula 28 dispõe que as partes devem enviar, uma à outra, relatório detalhando o seu entendimento sobre a disputa técnica em até sete dias da ocorrência da discordância. Em seguida, as partes devem se reunir para discutir a disputa técnica em até sete dias do recebimento do relatório sobre a disputa técnica. Caso as partes

---

[769] Cláusula 2.6 do "Contrato de Venda e Compra de Escória e Outras Avenças" realizado entre Votorantim Cimentos Ltda. e Usina Siderúrgica do Pará Ltda., datado de 1.8.2006, disponível a partir da fl. 26 do processo 1051587-50.2014.8.26.0100, do acervo do TJSP.

770 "Contrato de Fornecimento, Transporte, Instalação e Comissionamento de Aerogeradores para Implantação do Parque Eólico Bom Jesus", celebrado entre Bom Jesus Eólica S.A. e Wind Power Energia S.A. em 20.2.2014, disponível a partir da fl. 349 dos autos do processo 0404328-75.2015.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

não consigam chegar a acordo, elas devem nomear uma empresa de engenharia para atuar na função de perito técnico e apresentar seus respectivos relatórios sobre a disputa técnica. Mas, "caso as Partes não cheguem a um consenso com relação ao Perito Técnico, as Partes estabelecem que a empresa DEWI atuará como perito técnico". Curioso notar que esta cláusula, no seu item 4, estabelece que o perito técnico emitirá decisão final e vinculante para as partes "nos termos da Lei 9.307/96" – o que, em tese, parece transmitir a ideia de que se estaria diante de arbitragem, muito embora, sob o ponto de vista da qualificação jurídica da cláusula, parece que se está diante, a rigor, da figura do terceiro perito, cuja manifestação terá eficácia vinculante entre as partes e servirá como prova incontestável acerca de determinado estado de fato, e não uma arbitragem em sentido estrito, com função jurisdicional. De todo modo, a cláusula serve para mostrar a dificuldade de, por vezes, se estabelecer a fronteira exata entre a função de um terceiro perito e a eleição de um árbitro mediante cláusula compromissória.

Essa, a propósito, parece ser a grande utilidade do terceiro perito no contexto do design dos mecanismos de ruptura. Afinal, a presença de uma cláusula desse feitio possibilita a formação de uma prova robusta sobre um dos fatos mais contingentes nas relações contratuais de longo prazo: o cumprimento (ou descumprimento) das suas obrigações.

Eis porque, em termos de design contratual, o terceiro perito passa a ser, na nomenclatura sugerida por ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS, o "*proxy chooser*" – isto é, o definidor da aderência da performance da operação aos parâmetros pré-estabelecidos no instrumento contratual[771].

Nesse contexto, pode-se ainda dizer que a adoção do terceiro perito consiste em estratégia que envolve investimentos razoáveis em custos de negociação (pois é preciso chegar a um consenso sobre quem teria essa função, o que requer a identificação de especialistas de confiança mútua entre as partes, algo que nem sempre está à disposição), com o propósito de produzir significativo "*bang for the contracting-cost buck*"[772], repetindo a expressão de efeito de ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS: pois a entrega de

[771] A respeito da função da escolha dos parâmetros ("*choice of proxy*") e dos seus definidores ("*proxy choosers*"), cf. item 2.3 acima.
[772] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005, p. 196.

laudo por terceiro independente tende a produzir enorme impacto na dinâmica de uma possível disputa, uma vez que, a depender da sua contundência, sua emissão pode ser suficiente para resolver a controvérsia e, com isso, evitar custos de litígio substanciais (que tendem a ficar limitados aos custos da emissão do laudo pericial).

Esse diagnóstico não é desconhecido da teoria do design contratual, sendo percepção corrente entre os estudiosos dos impactos dos custos sobre a litigiosidade a circunstância de que as partes param de investir recursos na produção probatória quando o seu custo marginal excede suas probabilidades de êxito à luz dos montantes em discussão – de modo que a prova produzida por uma parte pode muito bem desencorajar a outra a seguir investindo no litígio[773]. E, na síntese de ASCARELLI, tendo as partes eleito um terceiro independente para atestar a adequação ou inadequação do objeto da prestação, "na maioria dos casos bastará a constatação deste fato para a solução da controvérsia"[774].

Daí porque, voltando ao exemplo do contrato celebrado entre Usipar e Votorantim, se o IPT atestar que a escória fornecida estava em desacordo com os padrões de qualidade pactuados, a Votorantim se encontra em posição favorável para aplicar os mecanismos que entender pertinentes, numa decisão que, embora estruturalmente potestativa, deixa de se exercer de modo completamente unilateral, uma vez lastreada em laudo de terceiro imparcial tido como "inquestionável" pelas partes.

De outra parte, sem essa cláusula, a Votorantim teria a opção de contratar técnicos de sua escolha (alternativa que sempre se sujeita a alegações sobre eventual postura enviesada, o que nem sempre é verdadeiro, abrindo margem para a Usipar questionar a imparcialidade ou a expertise dos especialistas contratados) ou de acionar os mecanismos unilateralmente (sujeitando-se a um litígio no meio do qual, em instrução probatória, seria realizada a tarefa de conferir se a escória entregue num momento passado estava conforme ao ajustado). Nesse cenário, a Votorantim permaneceria com o risco de não convencer os julgadores a respeito da inexatidão da escória entregue, bem como se sujeitaria ao risco de a instância competente entender que as medidas adotadas foram abusivas, por falta de suporte probatório – inclusive em sede de cognição sumária.

---

[773] SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 826.
[774] ASCARELLI, Tullio. A arbitragem da Associação Comercial de Santos e os contratos de café. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, jul./ set. 2011, versão eletrônica, p. 3.

E, de fato, são diversos os casos em que o fundamento decisivo do deferimento ou indeferimento de uma medida de urgência – seja para impedir a compensação de multas, a suspensão de pagamentos ou a extinção contratual, por exemplo – se concentra na *unilateralidade do comportamento* da parte que aplica esses mecanismos, na falta de lastro probatório adequado.

Tome-se como exemplo disputa entre a Petrobras e a Skanska Brasil Ltda. na qual a 22ª Câmara Cível do TJRJ impediu a estatal de compensar multas contratuais sob o fundamento de que "foram aplicadas de forma unilateral, sem contraditório e ampla defesa, analisada única e exclusivamente pelo contratante e, portanto, passíveis de discussão"[775]. Em sentido semelhante, a mesma 22ª Câmara Cível impediu a Petrobras de efetuar compensações em desfavor da Acamin Navegação e Serviços Marítimos Ltda. por entender que o "desconto de valores considerados como certos pela Petrobras, até prova em contrário, viola o direito contratado, porquanto dependeriam ou da aquiescência [da fornecedora] ou de prova do alegado"[776].

Fundamentação parecida foi adotada em litígio entre a estatal e a BSCO Navegação S.A. Ao negar provimento ao agravo de instrumento interposto pela petroleira, a 19ª Câmara Cível do TJRJ prestigiou entendimento da decisão *a quo* no sentido de que a conduta adotada pela Petrobras, "que remeteu aviso de desconto unilateral nos pagamentos devidos à autora, sob alegação de excesso de consumo de combustível, afigura-se medida de exceção contratual, e portanto, deve ser circunstanciada e motivada"[777]; indo além, entendeu-se "abusiva a dedução incidente nos créditos titularizados pela [fornecedora] – tanto no contrato em questão, como em outros firmados com a estatal – já que a dedução carece de informação e comprovação detalhada, que justifique sua exigibilidade". Isto é, uma vez mais, a unilateralidade da conduta e a ausência de comprovação robusta da sua inadequação justificou o deferimento da tutela de urgência para impedir a Petrobras de exercer os mecanismos previstos contratualmente.

[775] TJRJ, 22ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0035083-53.2015.8.19.0000, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. 16.07.2015.
[776] TJRJ, 22ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0065218-48.2015.8.19.0000, Rel. Des. Rogerio de Oliveira Souza, j. 15.12.2015.
[777] TJRJ, 19ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0062701-70.2015.8.19.0000, Rel. Des. Lucio Durante, j. 28.06.2016.

Esses precedentes chamam a atenção para a importância do papel da prova constituída durante a fase de execução do contrato como instrumento para diminuir o escopo da controvérsia entre as partes e facilitar o trabalho do julgador para identificar as questões relevantes a decidir. Útil, a esse respeito, a análise de outra disputa envolvendo a Petrobras e fornecedores seus – dessa vez, a SIEM Offshore do Brasil S.A. ("SIEM"), acerca da embarcação SIEM Atlas, cuja entrega fora recusada pela Petrobras por discordar das suas dimensões, que seriam diversas daquelas contratualmente previstas.

Inconformada com a recalcitrância da estatal, em disputa ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, a SIEM promoveu ação cautelar de produção antecipada de provas para que fosse desde logo providenciada prova pericial capaz de determinar as exatas dimensões da embarcação[778]. Em sequência, moveu outra ação cautelar, dessa vez com o propósito de obrigar a Petrobras a receber a SIEM Atlas, juntando como elemento para comprovar seu direito a emissão de um atestado por uma entidade certificadora estrangeira[779]. Apesar desse documento, o Juízo da 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro durante mais de três meses recusou os pedidos de tutela urgente formulados e reformulados pela SIEM[780] – até a produção do laudo pericial na cautelar de produção antecipada, em que o perito do juízo confirmou a regularidade da embarcação. Tão logo juntado aos autos o laudo pericial, a tutela de urgência foi deferida[781].

Como se vê, o valor da indicação do terceiro perito, com função pré-litigiosa, tende a representar investimento com grande potencial redutor dos custos da disputa. Ao elegerem consensualmente um terceiro perito imparcial, as partes tendem a produzir prova que legitima o acionamento dos mecanismos de ruptura, na medida em que contribui para tornar as medidas pertinentes mais legitimadas perante um juiz ou árbitro que venha a

[778] Essa ação tramitou perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, sob o processo nº 0094250-32.2014.8.19.001.

[779] Essa segunda ação também tramitou perante a 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, dessa vez sob o processo nº 0111669-65.2014.8.19.001.

[780] "Não há como se aferir, em sede de medida cautelar, se a recusa da Petrobras está ou não justificada" (TJRJ, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, Processo nº 0111669-65.2014.8.19.001, decisão de 7.4.2014). Dias depois, em pedido de reconsideração, reafirmou-se: "em análise perfunctória, assim como já havia sido asseverado anteriormente, não há como se aferir a pertinência das inadequações técnicas da embarcação, constatadas no laudo de inspeção elaborado pela Petrobras".

[781] "A conclusão a que chegou o *expert* realça a verossimilhança das alegações autorais, na medida em que constata que a negativa de aceitação da embarcação do requerente não está fundada em critério técnico que, por disposição contratual, impeça ou restrinja a avença entabulada entre as partes" (TJRJ, 7ª Vara Empresarial da Comarca da Capital, Processo nº 0111669-65.2014.8.19.001, decisão de 15.6.2014).

analisar a matéria futuramente – sobretudo em sede de cognição sumária. E a submissão dos fatos a terceiro independente também mitiga as possibilidades de se alegar invocação abusiva desses mecanismos.

6.3.3. Os *dispute boards*: estratégia de redução dos custos *ex post* de verificação

Uma terceira alternativa que a práxis tem adotado para reduzir a margem de dissidência entre os agentes econômicos sobre controvérsias surgidas no desenrolar das operações, sobretudo nos contratos de construção, é a previsão dos chamados *dispute boards*.

Os *dispute boards* (por vezes traduzidos para o português como "comitês de resolução de disputas") são painéis compostos por profissionais imparciais e independentes, que geralmente acompanham a execução de determinado contrato desde o seu início, para ajudar a prevenir disputas e a resolver questões que surjam durante a execução do empreendimento – desde pequenas discordâncias entre as partes até solucionar conflitos que possam comprometer o desempenho das obrigações[782].

Esses comitês foram concebidos para trabalhar em cenários de contratos de *longa duração*, *complexos* e que envolvam *investimentos financeiros significativos*. Essas três características se explicam: a longa duração do contrato potencializa os riscos da imprevisibilidade, de modo que o acompanhamento constante do projeto por um *board* se justifica – o que não se vê em contratos instantâneos ou de pouca duração. Além disso, a complexidade da relação contratual (sobretudo das prestações a serem entregues e dos comportamentos esperados) deve ser considerável, a ponto de suscitar divergências em número que justifique o acompanhamento por um painel de especialistas (algo dispensável em operações menos complexas). Por fim, o investimento financeiro no projeto deve ser elevado o suficiente para que os custos da manutenção de um *board* sejam atrativos – diante da perspectiva de reduzir a litigiosidade, os custos de uma disputa e, mais do que isso, o impacto financeiro de uma operação insatisfatória.

[782] Descrição semelhante é oferecida pela *Dispute Resolution Board Foundation*, cf. item 1.1 do *Practice & procedures manual*. [s. l], 2007, bem como por WAISBERG, Ivo. *Dispute board* em matéria societária: quando seria viável?. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (coord.). *Processo societário*. São Paulo: 2015. v. 2, p. 361.

Essas características estão presentes com frequência em grandes obras e em investimentos em infraestrutura – que duram anos e são ambiente fértil para diversos conflitos. No entanto, hoje também se tem notícia de sua crescente utilização em concessões, parcerias público-privadas, em prestação de serviços complexos e até mesmo em divergências societárias. FERNANDO MARCONDES aponta ainda que a previsão dos *dispute boards* tem sido cada vez mais comum em obras comerciais e industriais, mesmo de menor valor, em razão da efetividade que vêm demonstrando em certos setores de indústria[783].

Ao contrário dos tribunais arbitrais, os *dispute boards* geralmente são constituídos antes de surgir o litígio, estando próximos às partes e aos fatos relevantes durante o desenrolar do empreendimento. Desse modo, os mecanismos acabam sendo complementares; normalmente, estipula-se um escalonamento das esferas de solução de controvérsias: em uma primeira etapa, os conflitos são submetidos ao *dispute board* para sua análise; em caso de insatisfação, as partes podem submeter um pleito à arbitragem, que leva em consideração o material fornecido pelo *dispute board* no acervo probatório.

Fruto da criatividade – e necessidade – de empreendimentos vultosos[784], os *dispute boards* podem ser constituídos sob diferentes modelos, tendo os parceiros contratuais autonomia para formatá-los da maneira mais conveniente. De todo modo, três são os principais aspectos a serem considerados no momento de planejá-los.

O primeiro aspecto é a decisão sobre sua *composição*. Os painéis podem ser compostos por uma ou mais pessoas, a depender da natureza e da complexidade do

---

[783] MARCONDES, Antonio Fernando Mello. Os *dispute boards* e os contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011, p. 139.

[784] Os estudiosos sobre o tema costumam atribuir a obras para construção de grandes túneis e barragens entre as décadas de 70 e 80 a primazia na montagem de estruturas semelhantes ao *dispute board*. Mas a literatura sobre o assunto costuma destacar o papel desempenhado pelo *dispute board* constituído no contexto da construção do Eurotúnel – o que se justifica, por se tratar de um desafio monumental tanto do ponto de vista de engenharia como jurídico, em razão dos naturais problemas derivados do fato de se tratar de operação transnacional. Ao relatar a experiência do Eurotúnel, Philippe Malinvaud afirma que o *dispute board* evitou que 2/3 das controvérsias entre as partes fossem objeto de litígio (Réflexions sur le "*dispute adjudication board*". *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, abr./jun. 2005). É curioso notar, a propósito, como obras de engenharia de grande impacto (sobretudo transnacionais) costumam suscitar inovações sobre questões jurídicas – afinal, atribui-se a conflitos derivados da exploração do Canal de Suez a recuperação do interesse pelo desenvolvimento teórico da chamada "nova *lex mercatoria*", a partir das provocações de BERTHOLD GOLDMAN sobre a tomada do controle do canal pelo Egito em 1956, que serviram de motivação para o desenvolvimento da perspectiva que veio a consolidar em seu texto Frontières du droit et *lex mercatoria*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 22, jul./set. 2009, p. 211-230.

contrato e dos valores envolvidos[785]. Além disso, as partes podem acordar o tipo de questões que desejam submeter ao painel – sejam técnicas, jurídicas ou econômicas, de acordo com as suas necessidades e a natureza do negócio[786] – bem como nomear os especialistas mais indicados para resolver essas controvérsias[787].

O segundo ponto de reflexão concerne aos *efeitos das manifestações* do *board*. As partes podem acordar que essas manifestações (a) têm natureza de mera recomendação, caso em que o comitê costuma se denominar "*dispute review board*" (DRB ou comitê revisor); (b) têm efeito de decisão vinculante, com a práxis os denominando "*dispute adjudication boards*" (DAB ou comitê adjudicador) ou, então, (c) que elas têm ambas as funções, servindo como "*combined dispute boards*" (CDB ou comitê misto), modalidade em que o comitê normalmente emite uma recomendação que se torna vinculante se uma das partes solicitar e a outra não se opuser[788].

O terceiro fator a se decidir é sobre o *momento de formação* do painel. O comitê pode ser constituído desde o início do contrato, acompanhando sua execução por meio de reuniões, estudo dos projetos e documentos, visitas periódicas ao *site*, ou, então, pode ser formado *ad hoc*, no momento da eclosão de uma disputa. A opção entre um ou outro tem a

---

[785] Pelos relatos dos especialistas, o mais comum é que os painéis sejam compostos por três membros, mas, em projetos menores, em que as partes não podem arcar com os custos de três integrantes, costuma-se apontar apenas um (CHERN, Cyril. *Chern on dispute boards*: practice and procedure. 3. ed. Nova Iorque: Informa Law from Routledge, 2015, p. 14). Sobre esse ponto, ARNOLDO WALD observa que a composição do *board* deve ser "sempre em número ímpar" (*Dispute resolution boards*: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, jul./set. 2011, versão eletrônica, p. 4) – o que não chega a ser uma regra, contudo. GIOVANNI IUDICA ressalva ser possível constituir um comitê até mesmo com dois membros, mas que, nesse caso, é importante que a nomeação seja conjunta para evitar parcialidade, e que se estabeleça previamente um procedimento para resolver eventuais impasses (The dispute board in construction contracts. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, jul./set. 2016, versão eletrônica, p. 4).

[786] WALD, Arnoldo. *Dispute resolution boards*: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, jul./set. 2011, versão eletrônica, p. 4. No mesmo sentido, MADERO, Cecilia Quintanilla. Introducción a los *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 10, jul./set. 2006, versão eletrônica, p. 5.

[787] Uma das vantagens que são esperadas dos *dispute boards* é a especialidade dos seus integrantes – sobretudo quando se opta por nomear membros com perfil mais técnico do que jurídico. Profissionais com esse feitio podem examinar as divergências do empreendimento no momento em que surgem – ou até mesmo antecipar problemas – e solucionarem com sua expertise, evitando que os conflitos se intensifiquem ou que a execução do contrato se dê com subdesempenho. Isso tem o potencial não só de contribuir para a conclusão bem-sucedida do projeto, mas também para a manutenção de um clima menos belicoso entre as partes, permitindo a superação rápida de controvérsias e pleitos que poderiam ser invocados futuramente, num encontro de contas ao final da obra (o que, não raro, resulta em tensões e litígios).

[788] Para uma análise sobre a conveniência de se conferir a natureza de recomendação ou decisão vinculante e para mais detalhes sobre as diferenças entre essas modalidades de *dispute boards*, cf. CHERN, Cyril. *Chern on dispute boards*: practice and procedure. 3. ed. Nova Iorque: Informa Law from Routledge, 2015, p. 6-8 e p. 33-35.

ver com o volume do negócio, a probabilidade de surgirem conflitos e os custos que os agentes estão dispostos a investir a respeito[789]. No primeiro caso, mais comum, o painel tem acesso a informações mais aprofundadas sobre o empreendimento e sua atuação pode assumir função preventiva; no segundo caso, reduz-se o custo do *dispute board*, mas não se aproveita sua potencialidade máxima[790].

Esse ponto é especialmente relevante em termos de design contratual. Isso porque a constituição do *dispute board* desde o início do empreendimento, embora aumente os custos de implementação, pode reduzir os custos da eventual disputa que lhe seja submetida. Afinal, ao acompanhar a execução do projeto desde o início, os integrantes do *board* passam a conhecer os documentos, relatórios, correspondências e problemas enfrentados, não havendo necessidade de serem introduzido ao ambiente e aos fatos em que surgir a controvérsia entre as partes *a posteriori* – o que tende a simplificar o procedimento[791].

Mas, mesmo que o *dispute board* somente seja instaurado após o surgimento da controvérsia, ainda assim ele tende a apresentar vantagens em relação à adjudicação de pleitos por arbitragem ou em juízo. Isso porque, no contexto do contencioso de grandes projetos, as provas são geralmente circunstanciais e dependem de análise técnica – ou seja, reconstituir o cenário litigioso meses ou anos após o surgimento do problema e chegar a uma conclusão precisa é muito mais difícil para um perito do que a oportunidade de analisar e tomar decisão célere por um painel que acompanha a obra desde o início, ou que é chamado a opinar ainda durante o seu desenrolar.

Por esse conjunto de circunstâncias, os *dispute boards* tendem a fornecer solução mais eficiente do que a jurisdição contenciosa, seja arbitral ou judicial, pois nem mesmo os peritos a atuar nessas esferas podem ser capazes de fornecer retrato tão fiel da

---

[789] IUDICA, Giovanni. The dispute board in construction contracts. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, jul./set. 2016, versão eletrônica, p. 5.

[790] GALVÃO, Alyne de Matteo Vaz. Os *dispute review boards* e o sistema jurídico brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 32, jan./mar. 2012, versão eletrônica, p. 5.

[791] Para o bom andamento procedimental, CRISTOPHER KOCH elenca os poderes dos quais o board deve poder fazer uso: determinar o idioma a ser adotado; requerer a apresentação de documentos das partes imprescindíveis à emissão de certa determinação; convocar reuniões, audiências, visitas *in loco*; solucionar as questões procedimentais controvertidas que venham a ser pauta no decorrer de uma audiência, reunião ou visita; promover interrogatório de partes ou de quaisquer testemunhas por elas convocadas, entre outros (Novo regramento da CCI relativo aos *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, set. 2005, versão eletrônica, p. 3).

implementação do empreendimento como os membros do painel – ou seja, trata-se de estratégia de design que antecipa custos probatórios, mas com o potencial de reduzi-los caso a contingência permaneça em aberto[792].

Sobre essa escolha entre quais riscos e investimentos em custos de transação assumir, a *Dispute Resolution Board Foundation* (DRBF) estima que os custos de um conflito de construção solucionado por *dispute board* variam entre 0,05% do custo total final da obra, para projetos em que surjam poucas divergências, e 0,25% para projetos complexos[793], ao passo que a arbitragem pode custar até aproximadamente 5% do valor do contrato[794] As controvérsias submetidas aos *dispute boards* também são mais céleres, visto que podem ter solução imediata, embora sejam normalmente resolvidas entre 90 e 180 dias, em contraposição à arbitragem, em que a resolução da disputa pode demorar de 1 a 3 anos[795], especialmente havendo necessidade de perícia, e ao Poder Judiciário, cuja demora para julgamento é ainda maior[796].

Sem embargo de todo esse potencial, a constituição dos *dispute boards* também pode encontrar percalços. O primeiro deles é que, caso não consiga conter o conflito (sobretudo no caso em que suas decisões não são vinculantes), o *dispute board* pode representar, ao cabo, custo adicional ineficiente. Em segundo lugar, discute-se a imparcialidade dos assistentes: em pesquisa realizada pela DRBF em 2010, notou-se que apenas 15% das pessoas declararam nunca ter visto casos de parcialidade, contra 67% que

---

[792] Essa esfera de prevenção de disputas, com potencial para tomar decisões mais rápidas e informadas, também pode conduzir à execução do contrato em menor tempo, ao evitar paralisações e suspensões de atividades, e com isso reduzir o custo financeiro do projeto, ao evitar o pagamento pela disponibilidade de estruturas e recursos humanos em *stand-by*, além de reduzir o impacto dos juros do capital com o qual a obra está sendo financiada.

[793] DISPUTE BOARD RESOLUTION FOUNDATION, Deciding to have a dispute review board. In: *Practice & procedures manual*. [s. l], 2007. Para uma análise detalhada dos custos dos dispute boards no mundo, confira-se ARMES, Murray. Dispute boards: counting the cost. *Dispute Board Resolution Foundation Forum*, Charlotte, v. 19, issue 1, abr./mai. 2015. Para algumas outras relevantes informações, o DRBF mantém planilha de casos envolvendo os dispute boards ao longo do mundo, detalhando algumas informações sobre seu funcionamento e o valor dos contratos em www.drb.org/publications-data/drb-database.

[794] KOCH, Cristopher. Novo regramento da CCI relativo aos *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, set. 2005, versão eletrônica, p. 2.

[795] KOCH, Cristopher. Novo regramento da CCI relativo aos *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, set. 2005, versão eletrônica, p. 2.

[796] Além disso, essa esfera de prevenção de disputas, com potencial para tomar decisões mais rápidas e informadas, pode conduzir à execução do contrato em menor tempo, ao evitar paralisações e suspensões de atividades, e com isso reduzir o custo financeiro do projeto, ao evitar o pagamento pela disponibilidade de estruturas e recursos humanos em *stand-by*, além de reduzir o impacto dos juros do capital com o qual a obra está sendo financiada.

relatavam casos de algum grau de parcialidade do *board*[797]. Além disso, como suas decisões normalmente não tem a mesma eficácia das sentenças judiciais ou arbitrais, tampouco sua constituição é dotada do poder coercitivo para conduzir testemunhas, nem sempre se pode contar com a colaboração alheia na instrução da controvérsia. Outro aspecto pontuado é o fato de o *dispute board* ser por vezes utilizado na prática não com o intuito real de solucionar uma controvérsia, mas como mero teste sobre a viabilidade de um pleito antes da submissão do conflito à arbitragem[798].

De todo modo, nota-se crescente aceitação a respeito do potencial desse fenômeno. Tanto é que o Banco Mundial exige a adoção de *dispute boards* para solução de conflitos em seus contratos de financiamento de valor superior a US$ 10.000.000,00[799]. Também o Banco Interamericano de Desenvolvimento tem adotado a mesma postura[800]. E essa tendência chegou ao Brasil em tempos recentes.

Os *dispute boards* passaram a ser inseridos na prática contratual brasileira, em grande parte, como consequência de imposições de financiamentos buscados perante o Banco Mundial. Um exemplo está nos contratos relativos à expansão da Linha 4 do Metrô de São Paulo, firmado entre a Companhia do Metropolitano de São Paulo ("Companhia do Metrô" ou "Companhia") e Consórcio TC – Linha 4 Amarela ("Consórcio TC" ou "Consórcio"), financiado pelo Banco Mundial. Este contrato prevê a constituição de um *dispute adjudication board* com três membros – dois engenheiros civis e um advogado, com a obrigação de visitar continuamente e acompanhar o desenvolvimento das obras e resolver litígios, em vigência desde a data da assinatura do designado "Acordo do

---

[797] De acordo com os resultados da pesquisa, 40% dos entrevistados relatou já ter presenciado situações de *aparente* parcialidade do *board*, 27% relatou ter constatado situações de *clara* parcialidade e somente 15% relatou nunca ter presenciado qualquer parcialidade. Nota-se que, daqueles que responderam à pesquisa, 46% lidava *dispute boards* na prática; entre esses, 40% representava a indústria de construções subterrâneas (EDGERTON, William. DRBF survey results: at look the evolution the Dispute Board process. *Dispute Board Resolution Foundation Forum*, Charlotte, v.15, issue 2, mai. 2011, p.14-15).

[798] RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline S. Análise crítica das cláusulas *dispute board*: eficiência e casos práticos. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v. 18, n. 2, 2013, p.231-232.

[799] Conforme cláusula 20 do "Procurement of Works & User's Guide" do Banco Mundial disponível em http://www.worldbank.org/en/projects-operations/products-and-services/brief/procurement-standard-documents-archive.

[800] Conforme cláusula 2.4.3 do document designado "Policies for the Procurement of Goods and Works financed by the Inter-American Development Bank GN-2349-9", onde se lê: "[...] *In the case of works contracts, supply and installation contracts, and turnkey contracts, the dispute settlement provision shall also include mechanisms such as dispute review boards or adjudicators, which are designed to permit a speedier dispute settlement*". Em tradução livre: "no caso de contratos de obras, contratos de fornecimento e instalação e contratos *turn-key*, a solução de controvérsias também deve incluir mecanismos como *dispute review boards* ou *adjudicators*, que são projetados para permitir uma solução mais rápida de disputas".

Conselho de Resolução de Disputas"[801]. Optou-se ainda por uma estrutura escalonada acerca dos efeitos de suas manifestações, ficando ajustado que a decisão do Conselho seria exigível de pronto, admitindo-se à parte insatisfeita submeter a controvérsia a arbitragem e rediscutir o mérito do que decidido pelo Conselho.

Pelo que se tem notícia, em menos de um ano desde que os trabalhos de acompanhamento se iniciaram, o Conselho foi chamado a analisar sete controvérsias[802]. Solucionaram-se três delas por sua simples interveniência, direcionando os debates ou mediando os conflitos. Apenas quatro controvérsias efetivamente se tornaram *disputas*, que demandaram uma *decisão* e, entre as quatro, uma foi judicializada – pelo que suscita aqui explicação mais detalhada.

A controvérsia que veio a público envolve o tratamento do solo de uma vala a céu aberto na região de Vila Sônia, em São Paulo: um dos serviços necessários à construção da Linha 4 do metrô era a retirada e disposição de solo contaminado que eventualmente fosse encontrado. O contrato previa três métodos possíveis para tratar o solo: a *dessorção térmica* – preferencial e mais barato –, o *co-processamento* e a *incineração*.

Durante as escavações em Vila Sônia, o Consórcio TC identificou indícios de contaminação e, então, enviou amostras do solo para uma empresa especializada e requereu que ela o tratasse *por co-processamento*. Em seguida, o Consórcio TC solicitou à Companhia do Metrô a remuneração pelo tratamento realizado.

No entanto, a Companhia se recusou a pagar pelo serviço. Alegou, muito em síntese, que o tratamento descumpriu a orientação contratual – deveria ter sido feita a *dessorção térmica*, mais barata. Alegou também que o Consórcio não separou o solo contaminado do não contaminado e enviou todo o volume para tratamento, aumentando desnecessariamente o custo do procedimento.

De sua parte, o Consórcio TC negou que houve mistura dos solos. Em seguida, afirmou que a dessorção térmica não era possível, porque a única empresa capacitada para

[801] Confira-se a cláusula 20 das Condições Gerais do Contrato nº 410752130 e seu Apêndice, além do Termo de Acordo do Conselho de Resolução de Disputas, disponíveis nas fls. 208 e ss. e fls. 286 e ss. dos autos do processo nº 1014265-98.2018.8.26.0053, do acervo do TJSP.
[802] Conforme ata de reunião ordinária disponibilizada às fls. 1400-1402 dos autos do processo nº 1014265-98.2018.8.26.0053, do acervo do TJSP.

fazer o procedimento só tinha disponibilidade para realizá-lo dali a três meses, o que levaria à interrupção da obra. Argumentou inclusive que informou à Companhia sobre a necessidade de se proceder pelo co-processamento e que ela, por sua vez, permaneceu em silêncio e só manifestou oposição depois de quinze dias, quando quase todo o solo já havia sido tratado. Também salientou que, de acordo com o contrato, o silêncio a respeito de um requerimento por mais de dois dias úteis deveria ser lido como confirmação tácita.

O Conselho, então, foi chamado a decidir a controvérsia. Analisando as provas, concluiu, em primeiro lugar, que não havia evidência suficiente para se inferir que o Consórcio TC havia enviado solo limpo para co-processamento. Em segundo lugar, concluiu que a dessorção térmica realmente não era uma opção possível naquele caso.

Indo além, o Conselho afirmou que, durante o tempo em que a Companhia do Metrô se manteve silente, sua equipe de fiscalização em campo sabia que Consórcio TC estava realizando o co-processamento e que, somente após 15 dias, a Companhia decidiu se manifestar. Tomando esse cenário, o Conselho concluiu que a Companhia não podia deixar de reembolsar o serviço realizado.

Por outro lado, o Conselho também considerou que, mesmo após notificado, Consórcio TC continuou o tratamento do solo, desobedecendo à ordem recebida. Por isso, o *board* restringiu a remuneração e determinou que a Companhia do Metrô deveria pagar pelos serviços realizados somente até a data em que comunicou sua discordância sobre o co-processamento

Insatisfeita com essa decisão, a Companhia do Metrô moveu ação contra o Consórcio TC, requerendo, a princípio, a suspensão liminar da decisão do Conselho e, em seguida, sua revisão para declarar que a Companhia não tem obrigação de remunerar o Consórcio TC pelos serviços de co-processamento nos termos em que determinou o *board*.

A medida liminar foi deferida em primeira instância, que entendeu haver indícios de que o tratamento do solo descumpriu o procedimento previsto no contrato, além de haver dúvida sobre a quantidade efetiva de solo tratado. Considerando o valor e que os serviços já tinham sido prestados, a primeira instância determinou a suspensão da decisão do Conselho.

Em seguida, a 10ª Câmara de Direito Privado do TJSP reformou a decisão. Afirmou-se que o *dispute board* é um "relevante instituto" e que "a interferência judicial deve dar-se com moderação e em casos que fujam à normalidade", justamente "para que a resolução amigável não ser torne uma fase sem sentido ou eficácia ou que a vinda a juízo não represente mais que inconformismo com uma decisão fundamentada e, ao seu modo, correta". Concluiu-se, então, que não havia motivos para desrespeitar a força vinculante que o edital conferia à decisão do *dispute board*, nem perigo em se esperar a análise exauriente do processo, visto que havia seguro garantia[803]. Ainda há agravo em recurso especial contra essa decisão pendente de julgamento.

Outro exemplo de adoção da ferramenta no Brasil se encontra em contratos relacionados à montagem de estruturas temporárias adotadas nos Jogos Olímpicos Rio 2016. Destaca-se, a título de exemplo, a modelagem adotada em contrato de locação de bem móvel firmado entre o Comitê Organizador do Jogos Olímpicos Rio 2016 e a Arena Estruturas Temporárias Ltda., no valor aproximado de R$ 26 milhões de reais, cuja cláusula 19ª prevê a instituição de um *dispute adjudication board ad hoc.* Tal como no exemplo da construção da Linha 4 do Metrô de São Paulo, previu-se que suas decisões seriam obrigatórias, mas poderiam ser submetidas a arbitragem no caso de uma das partes discordar e não se chegar a uma solução amigável[804].

Percebe-se, então, uma progressiva utilização dos *dispute boards* em projetos brasileiros de considerável complexidade e vulto financeiro, bem como uma divulgação cada vez maior acerca do potencial do instrumento – a ponto de ter sido objeto recente de leis e projetos legislativos sobre contratos administrativos[805] – em que pesem as

[803] TJSP, 10ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento nº 2096127-39.2018.8.26.0000, Rel. Des. Torres de Carvalho, v. u., j. 30.07.2018.

[804] Cláusula 19ª do "Instrumento Particular de Contrato de Locação de Bem Móvel, por Prazo Determinado", celebrado entre o Comitê Organizador dos Jogos Olímpicos Rio 2016 e Arena Estruturas Temporárias Ltda., datado de 22.6.2015, disponível a partir da fl. 44 dos autos do processo nº 0350316-77.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

[805] A Prefeitura de São Paulo sancionou a Lei Municipal nº 16.873, em fevereiro de 2018, regulando a previsão dos *dispute boards* nos contratos administrativos continuados celebrados no seu âmbito. Na esfera da União, há o Projeto de Lei do Senado n° 206, de 2018, com objetivo de regulamentar a criação de comitês de prevenção e solução de disputas para dirimir conflitos de direitos patrimoniais disponíveis em contratos firmados pela Administração Pública Federal. Nota-se, ainda, em 2016, o Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal realizou, sob a coordenação geral do Ministro Luis Felipe Salomão, a I Jornada de Prevenção e Solução Extrajudicial de Litígios, que aprovou três enunciados sobre a matéria, com o seguinte teor: "49. Os Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*) são método de solução consensual de conflito, na forma prevista no § 3° do art. 3º do Código de Processo Civil Brasileiro"; "76. As decisões proferidas por um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Board*), quando os contratantes

controvérsias jurídicas sobre sua legitimidade para proferir decisões provisórias[806], sobre a obrigatoriedade ou não das suas decisões e sobre o seu valor probatório em procedimento arbitral ou judicial subsequente[807], questões que fogem aos limites deste trabalho.

Aqui interessa, em especial, demonstrar como essa ferramenta pode cumprir papel relevante no design dos contratos em que sua previsão se justifica: tal como o terceiro perito, sua previsão exige custos de transação *ex ante* significativos, mas o retorno desse investimento pode ser significativo no caso de o *board* ser capaz de minimizar o grau de litigiosidade e reduzir os custos da disputa.

Além disso, a emissão de manifestações sobre o desenrolar das obras tanto pode legitimar a decisão de um contratante acionar mecanismos defensivos de ruptura (como a compensação de multas ou a suspensão de pagamentos), como pode atribuir segurança jurídica ao contratado, que passa a ter prova com grande potencial convincente acerca da sua performance no empreendimento.

6.4. Os *step-in rights* pela via societária: o retorno episódico à hierarquia para solucionar disputas no contexto dos contratos híbridos

Outro mecanismo que se insere no contexto da ruptura contratual, e que tenta evitar as fragilidades pontuadas no início deste capítulo sobre os mecanismos mais correntes, é a adoção dos chamados *step-in rights* por meio societário.

Vistas de um modo mais genérico, as cláusulas de *step-in* tratam do direito a que a parte prejudicada possa substituir a contraparte, assumindo sua posição contratual ou transferindo-a a terceiros. Como se viu no item 5.7.1 acima, a ideia de *step-in* pode se dar

---

tiverem acordado pela sua adoção obrigatória, vinculam as partes ao seu cumprimento até que o Poder Judiciário ou o juízo arbitral competente emitam nova decisão ou a confirmem, caso venham a ser provocados pela parte inconformada"; "80. A utilização dos Comitês de Resolução de Disputas (*Dispute Boards*), com a inserção da respectiva cláusula contratual, é recomendável para os contratos de construção ou de obras de infraestrutura, como mecanismo voltado para a prevenção de litígios e redução dos custos correlatos, permitindo a imediata resolução de conflitos surgidos no curso da execução dos contratos.

[806] MALINVAUD, Philippe. Réflexions sur le "*dispute adjudication board*". *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, abr./jun. 2005, p. 8.

[807] Discorrendo sobre a controvérsia, VAZ, Gilberto José. Os *dispute boards* como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 40, jan./mar. 2014, p. 3-4, IUDICA, Giovanni. The dispute board in construction contracts. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, jul./set. 2016, versão eletrônica, p. 6-7; LACRETA, Isabela. *Dispute boards*: o caráter vinculante de suas decisões. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. Arbitragem nacional e internacional. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2012.

pela conjugação da cessão de posição contratual do inadimplente com a imissão da parte prejudicada na posse de bens móveis e imóveis necessários para a conclusão da atividade interrompida, o que costuma ser previsto em contratos de construção.

Todavia, esses mecanismos substitutivos via cessão ou imissão enfrentam diversos obstáculos de ordem prática. Ilustrativamente, pode não ser tão simples retirar fisicamente a equipe de uma empreiteira e seus equipamentos de um canteiro de obras, ou tomar posse e operar uma sonda de perfuração de petróleo sem os funcionários-chave da fretadora. Ainda, os substituídos podem recorrer a uma série de medidas legais para se opor a essa substituição. Isso sem mencionar uma série de riscos com relação às estruturas de seguros e garantias que foram calculadas para aqueles tomadores específicos, e que seriam alteradas ou recontratadas. Por todos esses motivos, embora a previsão de cláusulas substitutivas sejam comum, não é habitual que a substituição seja implementada de fato.

Em vista disso, o senso prático característico dos agentes econômicos uma vez mais acabou por arquitetar uma maneira diferente de promover a tomada da operação alheia: pela via societária. Ela é prevista na legislação brasileira sobre parceiras público-privadas, por exemplo, (Lei nº 11.079/2004[808]) e sobre concessões públicas (Lei nº 8.987/1995[809]) – além de ser adotada em contratos entre particulares. Consiste, basicamente, no direito de o financiador (ou de o contratante de certa atividade) "intervir no controle da Sociedade de Propósito Específico, em caso de inadimplência dos contrato de financiamento ou de queda

[808] É o caso do art. 5º da Lei nº 11.079/2004, que tem a seguinte redação: "Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: [...]. § 2º Os contratos poderão prever adicionalmente: I – os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995".

[809] Confira-se o art. 27-A da Lei nº 8.987/1995: "Art. 27-A. Nas condições estabelecidas no contrato de concessão, o poder concedente autorizará a assunção do controle ou da administração temporária da concessionária por seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, para promover sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços. [...]. § 3º Configura-se o controle da concessionária, para os fins dispostos no caput deste artigo, a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei no 6.404, de 15 de dezembro de 1976. [...]. § 5º A administração temporária autorizada na forma deste artigo não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados".

nos níveis de retorno a patamares que comprometam o cumprimento das obrigações futuras"[810].

Detalhando sua função, JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI anota que "a cláusula de *step-in* tem por objetivo permitir que, durante o inadimplemento da sociedade incumbida de explorar o empreendimento", o financiador possa "assumir o controle direto da sociedade, *exercendo pessoalmente o exercício do direito de voto na assembleia geral da companhia em substituição ao acionista patrocinador*"[811]. A assunção da SPE pelo financiador "ocorrerá somente se a SPE estiver apresentando 'performance' inferior aos níveis mínimos estabelecidos em contrato, prejudicando o desenvolvimento do projeto"[812].

Desse modo, devem-se definir contratualmente as situações e condições em que se autoriza a transferência de controle em favor do financiador, de modo temporário, perdurando tão somente até que a sociedade titular do projeto ou o projeto em si recupere capacidade financeira dentro dos patamares estabelecidos. Atingidos esses patamares, o controle deve retornar aos acionistas ou administradores originais – ou, "não sendo isso possível, até que as garantias reais outorgadas sobre as ações da SPE possam ser excutidas, transferindo-se definitivamente o controle da sociedade a terceiro que possa controlá-la de forma mais eficiente"[813].

Esse arranjo pode ser estruturado mediante a outorga ao financiador – ou ao contratante do projeto – do penhor sobre as ações da sociedade que o desempenha, cumulado com o usufruto condicional sobre as mesmas ações empenhadas – essa, segundo o relato de JOSÉ VIRGÍLIO LOPES ENEI, seria a estrutura mais habitual no Brasil[814]. Há ainda algumas sofisticações estruturais, particularmente em modalidades de *step-in rights* pela

[810] ZANCHIM, Kleber Luiz. Intervenção e *step-in rights*, um conflito de poder entre administração pública e agente financiador nas parcerias público-privadas brasileiras. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 144, out./dez. 2006, p. 198.
[811] ENEI, José Virgílio Lopes. *Project finance*: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, *leveraged buy-outs* e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007, p. 235.
[812] GUARANI, Mariana. Aspectos das parcerias público-privadas e suas fontes de financiamento. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 54, out./dez. 2011, versão eletrônica, p. 10.
[813] ENEI, José Virgílio Lopes. Instrumentos protetivos do financiador em *project finance* no contexto da recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 2, out./dez. 2016, versão eletrônica, p. 7.
[814] "Na estrutura mais difundida no Brasil, o direito de *step-in* é juridicamente assegurado por meio de usufruto condicional [...] que se torna eficaz mediante caracterização formal do inadimplemento financeiro da sociedade devedora" (ENEI, José Virgílio Lopes. Instrumentos protetivos do financiador em *project finance* no contexto da recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 2, out./dez. 2016, versão eletrônica, p. 13).

via societária comuns em parcerias público-privadas, como o *tripartite agreement*, que é um "contrato entre o financiador, o concessionário e o ente público, celebrado simultaneamente ao contrato de concessão, que detalha o regime a ser seguido quando do exercício dos s*tep-in rights*"[815], e o *direct agreement*, "contrato firmado entre financiadores e a Administração Pública no momento em que se vislumbram as hipóteses de intervenção ou *step-in rights*"[816], quando há "informações concretas sobre a natureza dos problemas da concessão"[817].

A vantagem do *step-in* pela via societária, em comparação à contratual a que se referiu no item 5.7.1, é que a contratada permanece a mesma, embora o financiador, garantidor ou contratante assumam "a prerrogativa de eleição e destituição de administradores, dentre outros poderes políticos próprios das ações de controle"[818]. Eles passam a ter *poderes societários* para dirigir a SPE e dar continuidade ao empreendimento, até que ele possa retomar os patamares financeiros aceitáveis.

Embora pouco tenha sido escrito sobre o tema no Brasil, é relevante suscitar as linhas gerais da ferramenta. Sua natureza jurídica parece ser, novamente, a de um "direito potestativo: [pelo] poder de promover alterações na esfera jurídica alheia independentemente de colaboração"[819]. Diante disso, repetem-se os naturais riscos de alegação abusiva ou potestativa, que aumentam à medida que as partes elejam critérios pouco objetivos ou sem função clara, ou mesmo deixem de eleger critérios mínimos para autorizar o mecanismo[820] – de modo que as situações e condições que permitem a assunção do controle societário devem ser bem delineadas no instrumento contratual[821].

---

[815] ZANCHIM, Kleber Luiz. Intervenção e *step-in rights*, um conflito de poder entre administração pública e agente financiador nas parcerias público-privadas brasileiras. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 144, out./dez. 2006, p. 204.

[816] ZANCHIM, Kleber Luiz. Intervenção e *step-in rights*, um conflito de poder entre administração pública e agente financiador nas parcerias público-privadas brasileiras. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 144, out./dez. 2006, p. 205.

[817] ZANCHIM, Kleber Luiz. Intervenção e *step-in rights*, um conflito de poder entre administração pública e agente financiador nas parcerias público-privadas brasileiras. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 144, out./dez. 2006, p. 205.

[818] ENEI, José Virgílio Lopes. Instrumentos protetivos do financiador em *project finance* no contexto da recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 2, out./dez. 2016, versão eletrônica, p. 10.

[819] ZANCHIM, Kleber Luiz. Intervenção e *step-in rights*, um conflito de poder entre administração pública e agente financiador nas parcerias público-privadas brasileiras. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 144, out./dez. 2006, p. 199.

[820] Como exemplo de critérios, veja-se, no caso de parcerias público-privadas: "é de todo indicado que: (i) haja a comprovação de que as finanças da SPE estão precárias, segundo critérios objetivos e usualmente

Desse modo, uma vez mais se está diante de alternativa derivada da antevisão das feições de um litígio pela práxis e a sua substituição por uma disputa mais simples e de objeto mais preciso. Isto é: troca-se uma disputa de natureza possessória, ou envolvendo uma cessão de posição contratual, de difícil implementação prática, por uma disputa de natureza societária, sobre o exercício do controle, que tende a ser menos complexa, já que não se coloca em xeque a continuidade do projeto subjacente.

Nesse sentido, é curioso notar que o design contratual que preside essa cláusula permite a transição de uma operação que nasce com as feições de uma contratação híbrida para um mecanismo de internalização dessa tarefa sob a forma da hierarquia, uma vez que se percebe que os custos de transação para a substituição dessa tarefa por uma solução de mercado se tornam proibitivos – alternativa consentânea, portanto, com os postulados da Nova Economia Institucional que servem de base para a teoria do design contratual.

De forma ilustrativa: imagine-se um financiador de projeto que deixa o controle do empreendimento e a respectiva geração de fluxo de caixa da operação sob os cuidados de uma empresa. Se o projeto vai mal financeiramente, ou se deixa de ser executado de forma adequada, os custos de resolver esse problema com mecanismos de mercado são muito

---

aceitos (de preferência, predefinidos nos contratos de financiamento – e de ciência do poder concedente); (ii) haja a previsão expressa, no contrato de PPP, de como e sob quais condições ele pode ser implementado, bem como o respectivo protocolo e fases; (iii) a estabilidade na execução das obras e/ou serviços previstos no estatuto da PPP" (MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Sociedades de propósito específico na Lei de PPP (considerações em torno do art. 9º da Lei 11.079/2004). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Parcerias público-privadas*: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 519-520).

[821] Outra preocupação a se atentar é o risco de alegação de suposta afronta ao estabelecido no art. 1.428 do Código Civil, sob a tese de que a assunção definitiva do controle pelo financiador "configuraria pacto comissório vedado em nosso ordenamento, ressalvada as hipóteses legais em que se admite a adjudicação do bem excutido pelo próprio credor" (ENEI, José Virgílio Lopes. Instrumentos protetivos do financiador em *project finance* no contexto da recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 2, out./dez. 2016, versão eletrônica, p. 7). A limitação temporal da assunção de controle até retomar os patamares aceitáveis, no entanto, parece ser suficiente para afastar o acolhimento dessa tese. Com opinião ligeiramente diferente, pelo menos no que diz respeito ao direito de *step-in* estabelecido legalmente com base nas Leis 8.987/1995 e 11.079/2004, focando a defesa do mecanismo na sua autorização legael, cf. a opinião de FABIO KUPFERMANN RODARTE: "A principal controvérsia em torno dos *step-in rights* é quanto à incidência ou não das limitações impostas pela vedação civil ao pacto comissório. Há entendimento de que a assunção do controle só seria admitida quando exercida com o único escopo de preservar e preparar o empreendimento para excussão da garantia, ou seja, para venda judicial ou extrajudicial. Mais correto, entretanto, é a percepção de que não incide a vedação ao pacto comissório no caso dos *step-in rights*, visto que os próprios artigos 27-A da Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões), e 5º, § 2º, I, da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei das PPPs), admitem a transferência das ações da sociedade titular da concessão aos financiadores de modo permanente. Essas regras devem prevalecer sobre o Código Civil, já que são mais recentes, específicas e consentâneas com o propósito do desenvolvimento da infraestrutura nacional" (O papel do agente no *project finance*. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 5, abr./jun. 2018, versão eletrônica, p. 8).

grandes (contratar outra empresa, remover as pessoas e equipamentos do contratado originário etc.). Em vista disso, o próprio financiador internaliza o controle do projeto pela via societária, administra temporariamente a geração desse fluxo de caixa e lida com a contingência de maneira mais eficiente – não por uma solução de mercado, mas hierárquica (*na firma*, para usar a expressão de RONALD COASE).

7. AS IRRITAÇÕES JURÍDICAS PROVOCADAS PELO MODO DE RACIOCÍNIO PRAGMÁTICO DOS MECANISMOS DE RUPTURA: PAUTAS PARA ESTUDO SOB A PERSPECTIVA DO DESIGN CONTRATUAL

SUMÁRIO: 7.1. As irritações jurídicas provocadas pela adoção do raciocínio contratual pragmático na cultura jurídica brasileira. 7.2. O procedimento dúplice de interpretação contratual e o espaço delimitado de discricionariedade atribuído ao julgador pelo design contratual. 7.3. O impacto do discurso da boa-fé objetiva sobre os mecanismos de ruptura. 7.3.1. O papel da função interpretativa da boa-fé diante do design contratual (art. 113 do Código Civil). 7.3.2. As limitações substanciais ao exercício dos mecanismos de ruptura (art. 187 do Código Civil). 7.3.2.1. Casuística: o caso Ventura *versus* Petrobrás. 7.3.3. O problema da expectativa de comportamento cooperativo no cenário da ruptura: a incidência dos deveres de conduta (art. 422 do Código Civil). 7.3.3.1. Casuística: o caso Luiz Fernando Dannemann *versus* Molson. 7.3.3.2. Casuística: o "caso Goodlight". 7.4. O argumento da onerosidade excessiva como risco de reexame do design contratual (art. 413 do Código Civil). 7.4.1. Casuística: o caso do apresentador Celso de Freitas *versus* TV Globo. 7.5. A função social dos contratos como limitador do encerramento de investimentos de grande impacto (art. 421 do Código Civil). 7.5.1. Casuística: as disputas entre a Petrobras e seus fornecedores. 7.5.2. Casuística: o "caso Pro Matre". 7.6. As possibilidades das convenções processuais (art. 190 do Código de Processo Civil). 7.6.1. A adoção do "*discovery* à brasileira" como investimentos *ex ante* para reduzir os custos da disputa. 7.6.2. A compreensão da relevância processual dos meios estruturais dos contratos empresariais.

Uma vez identificadas as notas comuns da *unilateralidade do exercício* da decisão de acionar os mecanismos de ruptura e da *potestatividade estrutural* que lhes é ínsita, como feito ao longo dos Capítulos 4 e 5, é natural que disso derivem problemas relativos ao modo com que a cultura jurídica brasileira lida com as disputas contratuais.

É dizer: num contexto propício à judicialização, e com razoável margem para intervenção judicial no conteúdo dos negócios ou nos seus efeitos, aquela dupla função dos mecanismos estudados faz com que eles encontrem obstáculos de aceitação na prática litigiosa.

O decurso do prazo, por sua vez, pode afastar o conteúdo planejado nas negociações da realidade da execução dos contratos – o que também costuma ser objeto de rediscussões *ex post* acerca da interpretação dos clausulados ou da legitimidade do exercício dos mecanismos previstos.

Ademais, o impacto que algumas operações econômicas de grande porte podem causar a terceiros não costuma passar despercebido.

Daí alguns desafios que precisam ser enfrentados.

Nesse cenário, este capítulo se propõe a apontar algumas pautas derivadas das irritações jurídicas produzidas pela crescente introdução do *modo de raciocínio pragmático anglo-americano* na forma de se produzirem os contratos empresariais (mais do que a mera importação de um conjunto de cláusulas), com enfoque nos mecanismos de ruptura. Pretende-se também identificar algumas disfunções aparentes no uso de argumentos dogmáticos identificáveis no discurso contencioso (e por vezes acolhidos em decisões), que podem prejudicar a eficiência desejada dos investimentos em custos de negociação efetuados na confecção daquelas cláusulas – por alargar em demasia o espaço de incerteza e incentivar a litigiosidade, a ponto de quase não se poder diferenciar rupturas lastreadas em balizas pré-determinadas ou não.

Adianta-se que a identificação dessas pautas não se pretende exaustiva – seja pelos limites desta tese, seja pela própria feição deste trabalho, cujo enfoque se mantém na análise do *design do processo de ruptura*. Todavia, crê-se que o adiantamento dessas questões, ainda que em linhas gerais, pode servir de ponto de partida para pesquisas futuras – papel que se acredita fazer parte da função de uma tese de Doutorado. E o método escolhido para tanto é o de identificar ao menos uma decisão proferida em disputas concretas para servir de exemplo de cada ponto que se pretende demonstrar, mantendo-se a linha proposta no início deste trabalho: os olhos fixados na práxis; dessa vez, a contenciosa[822].

A escolha por voltar os olhos para decisões em casos concretos, como recurso para fixar pautas de estudos sobre o design contratual – sem pretensão sistemática, sem o propósito de traçar tendências, mas tão somente pontuar possibilidades –, em vez de se efetuar exercício de indagação dogmática, se inspira em interessante constatação de WARD

[822] O autor ressalta que os casos analisados neste capítulo foram selecionados em razão do seu potencial para demonstrar as questões suscitadas; não representam necessariamente jurisprudência dominante, nem servem como indicativo de tendências. Não se trata, portanto, de fruto de pesquisa jurisprudencial exaustiva ou com pretensão de diagnosticar os caminhos que os tribunais têm seguido. Optou-se por um exercício demonstrativo, especialmente para ressaltar os riscos do acolhimento acrítico de algumas teses ou argumentos relativos aos mecanismos de ruptura estudados nesta tese. Acredita-se que esse rol pode servir de base para investigações futuras com pretensão monográfica sobre cada item pontuado. No mais, o autor reforça que não atuou nas ações ajuizadas, tendo as consultado por fontes públicas e as estudado em razão deste trabalho.

FARNSWORTH, no sentido de que o momento decisório permite que se enxergue um problema "por dois modos distintos":

> "O primeiro modo pode ser chamado de perspectiva *ex post*. Ele envolve olhar um desastre ou outro evento qualquer em perspectiva, depois de ele ter ocorrido, e decidir o que fazer ou como resolvê-lo. A segunda perspectiva é chamada de ponto de vista *ex ante*. Ela envolve olhar de modo prospectivo e questionar quais efeitos a decisão sobre o caso terá no futuro – para partes que estão envolvidas em situações similares e que ainda não decidiram o que fazer, e cujas escolhas podem ser influenciadas pelas consequências que o Direito diz que terão. (A primeira perspectiva também pode ser chamada estática, por aceitar a posição das partes como dadas e fixas; a segunda perspectiva é dinâmica, uma vez que assume que o comportamento pode mudar em resposta ao que outros fazem, inclusive julgadores)"[823].

Nota-se que, em certa medida, o que torna as decisões objeto útil para análise crítica é o fato de que os tribunais pensam sob esses dois modos quando decidem casos, "e os dois estilos de pensamento podem levar a conclusões diversas"[824]. A pergunta que se faz, então, é saber se uma decisão de um tribunal resolve uma disputa específica entre agentes econômicos ou se cria regra para outros no futuro; "ela quase sempre faz as duas coisas", conclui WARD FARNSWORTH[825]. Inegável, portanto, seu poder prospectivo.

Antes, cumpre registrar algumas palavras sobre o que se entende por irritações jurídicas neste trabalho, bem como analisar em maior detalhe o impacto metodológico de se aceitarem os axiomas da teoria do design contratual.

---

[823] Confira-se o trecho na íntegra: "*So now we have seen two distinct ways of thinking about a problem. The first can be called the* ex post *perspective. It involves looking back at a disaster or other event after it has occurred and deciding what to do about it or how to clean it up. The second perspective is called the* ex ante *point of view. It involves looking forward and asking what effects the decision about this case will have in the future – on parties who are entering similar situations and haven't yet decided what to do, and whose choices may be influenced by the consequences the law says will follow from them. (The first perspective also might be called static, since it accepts the parties' positions as given and fixed; the second perspective is dynamic, since it assumes their behavior may change in response to what others do, including judges.)*" (FARNSWORTH, Ward. *The legal analyst*: a toolkit for thinking about the law. Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 5)

[824] FARNSWORTH, Ward. *The legal analyst*: a toolkit for thinking about the law. Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 5.

[825] "*Part of what makes judicial decisions interesting is that courts think in both of these ways when they decide cases, and the two styles of thought can point to different conclusions. Does a court's decision settle the dispute between these parties or does it make a rule for others in the future? It almost always does both*" (FARNSWORTH, Ward. *The legal analyst*: a toolkit for thinking about the law. Chicago: University of Chicago Press, 2007, p. 5).

7.1. As irritações jurídicas provocadas pela adoção do raciocínio contratual pragmático na cultura jurídica brasileira

Ao comentar a reação de juristas britânicos contra a Diretiva Europeia de Proteção ao Consumidor de 1994, inconformados com a incorporação forçada que se avizinhava do princípio da boa-fé para a realidade jurídica britânica, GUNTHER TEUBNER lança um conjunto de provocações metodológicas dignas de nota, sintetizadas numa expressão de efeito: "[a] boa-fé *irrita* o direito britânico"[826].

A construção é feita em provocação ao discurso que se estabeleceu de que os esforços do direito comunitário, além de outros fenômenos no contexto da globalização, levariam a "transplantes" de soluções jurídicas entre ordenamentos. TEUBNER critica a metáfora – não por apego a sutilezas linguísticas, mas por ela não traduzir a essência do que efetivamente ocorre.

A bem dizer, a imagem do transplante procura traduzir a ideia de que um órgão é removido de um corpo e acoplado a outro, onde passa a exercer a mesma função e mantém sua estrutura. Noves fora o fato de que a metáfora desconsidera que um órgão transplantado não pode estar em dois corpos ao mesmo tempo (e, certamente, a importação de soluções jurídicas não afeta o seu sistema transmissor), isso é o de menos: a insuficiência da metáfora, na crítica de TEUBNER, está na percepção incorreta sobre o que acontece com o órgão "transplantado" e com o corpo receptor. Afinal, o transplante somente pode ter duas soluções: ou o órgão passa a interagir de forma produtiva com os demais, e o transplante é bem sucedido; ou o órgão é atacado por reação imunizante do organismo, sendo, pois, repelido. Mas o órgão em si continua o mesmo; o organismo, idem.

Não é isso o que ocorre, diz TEUBNER, quando soluções jurídicas desenvolvidas em um ordenamento são aproveitadas, importadas, "transplantadas" em outro. O que se tem, em vez disso, é um processo gradual em que o modelo importado *provoca* reações no ordenamento em que está sendo inserido – e este, por sua vez, reage sobre o modelo, alterando-o e adaptando-o. Eis porque TEUBNER propõe a metáfora da *irritação*, em construção que assim pode ser sintetizada:

[826] TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 154-155.

> "'Irritação jurídica' é um termo muito mais apropriado do que 'transplante jurídico'. De fato, a formulação 'transplante' faz sentido somente na medida em que descreve a importação/exportação de direito em conceitos orgânicos e não em mecânicos. Institutos jurídicos não podem ser simplesmente retirados de um contexto e introduzidos em outros, como se faz com a transferência de uma peça de uma máquina para outra. Institutos jurídicos são tecidos delicados, que devem ser plantados com muita cautela e ser cuidados em seu novo ambiente com bastante zelo. Mas o conceito de 'transplante' cria novamente a falsa impressão de que o material transplantado após uma complicada operação cirúrgica permanecerá intacto em suas características e exercerá o mesmo papel no novo organismo. O que nos leva novamente à falsa alternativa: repulsa ou integração.
> Quando uma norma estrangeira é imposta a uma cultura jurídica para promover uma mudança social, *ela atua como uma irritação, uma dolorosa perturbação do mecanismo jurídico que redunda numa cadeia de novos e inesperados acontecimentos*"[827].

Note-se: TEUBNER parte da premissa de que "as culturas jurídicas, as mentalidades jurídicas e as *epistemes* jurídicas permaneceriam historicamente únicas e as diferenças entre elas não seriam transpostas"[828]. Feito esse apontamento, supunha, no final da década de 90, que o direito britânico não haveria de incorporar o princípio da boa-fé em sua prática – ou ao menos não sob os mesmos moldes que os países de orientação romano-germânica o fizeram, inspirados nos desenvolvimentos dogmáticos promovidos pela jurisprudência e pelos juristas alemães[829]. E isso por razões culturais profundas não só do sistema jurídico britânico[830] e suas diferenças em comparação ao modelo jurídico alemão[831], mas também – e especialmente – do modelo de produção econômica de britânicos e alemães.

---

[827] TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 156-157.
[828] TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 159.
[829] TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 167.
[830] GUNTHER TEUBNER sintetiza o estilo de argumentação jurídica do direito britânico como "orientado a regras, técnico, concreto e frouxamente sistematizado" (Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 166).
[831] Comparando as características acima do estilo de argumentação jurídica britânica, TEUBNER suscita que figuras como a boa-fé são operadas pelos alemães sob uma forma "abstrata, finalisticamente aberta, orientada a princípios, e, de outro lado, em grande medida de forma dogmatizada e sistematizada" (Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 166).

Diante dessas constatações, TEUBNER especula que, se incorporada ao discurso jurídico britânico, a boa-fé pode conduzir "mudanças profundas e duradouras que se afastam de um processo decisório altamente formalizado, orientado em regras, para chegar a uma argumentação judicial mais livre, orientada a princípios", mas isso possivelmente deve resultar em "princípios que não serão traduzidos em teorias estritamente conceitualizadas e sistematizadas, mas que surgirão de argumentos organizados de forma *ad hoc*, que não negarão sua origem ético-política"[832].

Assim, TEUBNER sugere que as irritações jurídicas promovidas pela tentativa de recepção de modelos estrangeiros afetam "não só a rotina do sistema jurídico, mas também, num sentido mais profundo – e esse é o cerne de minha tese –, as instituições de ligação, os *binding arrangements* que ligam o direito com seu meio social envolvente" [833]. Dito de outra forma: normas estrangeiras causam "*fortes turbulências no jogo dos discursos no interior dos institutos jurídicos de conexão*"[834], compelindo esses discursos não só a promover exercícios de reflexão sobre as suas próprias normas, mas também "a reconstruir as normas estrangeiras a partir de seus próprios fundamentos"[835]. Eis porque, ainda nas palavras do professor de Frankfurt:

> "'Irritações jurídicas' não são simplesmente domesticáveis, elas não se transformam em algo familiar a partir do estranho, elas não se adaptam simplesmente ao novo contexto, mas sim *desenvolvem uma dinâmica evolucionária em princípio não dominável, na qual tanto o significado das normas externas como o contexto interno serão fundamentalmente alterados*"[836].

Conclui-se, então, que as irritações jurídicas "forçam a *episteme* específica do direito a uma reconstrução na rede de suas diferenças"[837].

---

[832] TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 168.
[833] TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 156-157.
[834] TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 156-157.
[835] TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 156-157.
[836] TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 156-157.
[837] TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005, p. 179.

Modificadas a fonte da irritação (da boa-fé para os mecanismos de ruptura) e os ordenamentos em diálogo, as observações de GUNTHER TEUBNER servem com precisão ao período que se vive na prática jurídica brasileira: está-se em fase de amadurecimento de uma transição cultural, iniciada na segunda metade de década de 90, no início do processo de importação de padrões contratuais norte-americanos, e a reboque dos investimentos estrangeiros aportados no país. Um processo que se iniciou com poucos atores nacionais aptos a dialogar e compreender as feições dos movimentos econômicos que *forçaram* a recepção de um *modus operandi* de contratação estrangeiro, mas que hoje conta com um conjunto progressivamente maior de interlocutores com maior capacidade de compreensão. Está no momento de esse discurso passar a adaptar o elemento irritante – ou o "órgão transplantado".

Eis, então, o panorama que vive a atividade jurídica empresarial brasileira: à espera de o discurso jurídico – jurisprudência e doutrina, em particular – desenvolver reflexões capazes de absorver e observar as necessidades das operações econômicas contemporâneas e, na medida do necessário, produzir um modelo *brasileiro* para tratar os problemas jurídicos delas derivados, contando com soluções dogmáticas adequadas e compatíveis com a sua cultura.

Pois, de fato, existem diferenças nítidas entre o ordenamento brasileiro e o modelo norte-americano – e que vão muito além da sabida distinção entre um modelo concentrado na lei abstrata como ponto de partida e outro que se baseia em sistema de precedentes; em matéria contratual, esse talvez seja o menor dos problemas. Rememore-se que a diferença crucial que separa a realidade jurídica norte-americana da brasileira (e dos demais ordenamentos de filiação romano-germânica, de modo geral), no plano dos contratos, reside em questões culturais enraizadas – não só jurídicas, mas também de produção econômica: (a) os ordenamentos derivados da *common law* adotam a reparação dos danos como remédio preferencial, e a execução específica tem lugar lateral[838]; o modelo romano-germânico valoriza o conteúdo ético das promessas e prioriza a obtenção do resultado útil pelo credor, dando primazia à tutela específica; (b) em linha de princípio, o modelo norte-americano privilegia os termos contratuais e a barganha realizada entre as partes, sobretudo na jurisdição preferencialmente adotada nos grandes contratos empresariais, Nova Iorque;

[838] SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi". *Europa e Diritto Privato*, Milão, fasc. 1, 2014, p. 190.

nos países da família romano-germânica, e no Brasil em especial, tribunais progressivamente ampliam sua margem de discricionariedade para revisar contratos ou limitar o exercício de direitos; (c) o modelo de produção norte-americano procura estimular o fluxo das transações econômicas, estimulando decisões rápidas, soluções arrojadas, e é pensado para promover a concorrência; o *mindset* brasileiro é apaziguador, cauteloso, com certa tendência a evitar medidas drásticas, preocupado com as repercussões sobre pessoas vulneráveis que circundem empreendimentos de grande porte.

É esse o quadro complexo que torna tão contingente a recepção, pela cultura jurídica brasileira, de mecanismos contratuais que procuram produzir a celeridade e eficiência que marcam o espírito norte-americano. Mas a constatação é inexorável: a adoção do modelo norte-americano de contratação *irrita* o Direito brasileiro.

Passa-se, então, a analisar algumas das irritações que já se podem observar a respeito do tema deste trabalho – os mecanismos de ruptura contratual – e que aqui se propõe serem analisados sob a ótica e a semântica proporcionada pela teoria do design contratual. Adianta-se, em linhas superficiais, de que maneira a absorção dos axiomas por ela propostos pode contribuir para o enfrentamento de algumas pautas jurídicas – o que se faz a partir daquela que é a estrutura normativa mais propensa a servir como reação do discurso jurídico brasileiro contemporâneo às irritações provocadas pelos influxos do modelo norte-americano de raciocinar sobre contratos: o manejo dos chamados *novos princípios contratuais*: a boa-fé, o equilíbrio econômico e a função social dos contratos.

Antes, contudo, cumpre retomar alguns pontos adiantados acima acerca das perspectivas de delimitação do espaço de discricionariedade do julgador que se podem extrair dos meios estruturais empregados pelas partes, inseridos no contexto da hermenêutica contratual.

7.2. O procedimento dúplice de interpretação contratual e o espaço delimitado de discricionariedade atribuído ao julgador pelo design contratual

Sabe-se que toda declaração de vontade deve ser interpretada. A clareza sobre o conteúdo do contrato é sempre resultado da interpretação, "uma conclusão à qual se chega

após a interpretação"[839]. Por isso, diz-se mesmo que "todo contrato deve ser interpretado" – e essa interpretação nada tem a ver com o fato de o negócio parecer "'claro' (não dar margem a dúvidas) ou não"[840]. Recorrendo-se a MIGUEL REALE, se há "um adágio jurídico repelido pela Ciência do Direito contemporânea é exatamente o de que *interpretatio cessat in claris*", pois "para se saber se algo é claro já há necessidade de sua interpretação"[841].

Diante disso, concentrando-se no tema dos contratos, duas são as principais balizas legais para conduzir o processo interpretativo: o art. 112, que dispõe que "[n]as declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem" e o art. 113, onde se lê que "[o]s negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração". Para fins expositivos, pode-se dividir esse processo hermenêutico em duas fases: a primeira concentrada na aplicação do art. 112, e a segunda guiada pelo artigo 113 do Código Civil[842].

Inspirado em Emilio Betti, FRANCISCO MARINO denomina a primeira etapa desse processo de *fase meramente recognitiva*. Nela, o intérprete deve extrair a intenção contratual, lançando mão de todos os meios interpretativos a seu dispor, para identificar o sentido e o alcance do que as partes declararam. Para tanto, o Professor identifica duas atividades; inicia-se pela literalidade da linguagem empregada, mediante exame sistemático de todos documentos contratuais, lidas as cláusulas à luz do ambiente normativo em que a operação se insere, e também umas perante as outras[843]. Mas isso não é suficiente – afinal, "os contratos não se limitam às palavras que compõem seu texto

[839] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Interpretação e integração dos contratos. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.53.
[840] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Interpretação e integração dos contratos. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p.53.
[841] REALE, Miguel. Diretrizes de hermenêutica contratual. In: _____. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 3.
[842] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 159-271.
[843] "Uma cláusula deve ser interpretada de acordo com as outras, quer as precedentes, quer as que se seguem" (SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 2., p. 288). Nas palavras de ORLANDO GOMES, é regra básica de interpretação de um contrato a de que as suas cláusulas se interpretam umas por meio das outras, atribuindo-se a cada qual o sentido que resulta do conjunto" (GOMES, Orlando. A "hardship clause" no contrato de empreitada. In: _____. *Novíssimas questões de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 181. Ainda, de acordo com o Min. Eros Grau, "[...] um texto de direito isolado, destacado, desprendido do sistema jurídico, não expressa significado normativo algum" (GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 113).

escrito"[844]. Por isso, é também preciso tentar compreender a vontade das partes à luz de todo o contexto verbal e das circunstâncias relevantes que presidiram sua celebração[845] – sem deixar de levar em consideração outros importantes elementos, como o modo de formação do contrato, sua natureza gratuita ou onerosa, empresarial ou existencial, a qualificação dos contratantes, entre outros. Esses três aspectos – sentido literal da linguagem, contexto verbal e contexto situacional – constituem o que FRANCISCO MARINO designa *meios interpretativos*[846].

Se, ao fim dessa etapa, o intérprete concluir que as declarações negociais são deficientes – lacunosas, ambíguas ou obscuras –, inicia-se a segunda fase do processo hermenêutico: a chamada *fase complementar*, que tem por objetivo corrigir os defeitos da declaração, a partir de dois principais critérios, que remetem ao recurso a elementos externos: os usos e a boa-fé (art. 113 do Código Civil)[847].

Postas as coisas sob essas linhas, pode-se dizer que a teoria do design contratual ajuda a reforçar a relevância da percepção sobre a diferença entre essas duas etapas do processo hermenêutico, prestigiando a centralidade da fase recognitiva, e lhe sugerindo um dado a mais: a busca por se compreenderem as escolhas estratégias incrustadas nos meios estruturais adotados pelas partes, não só para se entender onde pretendiam chegar com o texto contratual, mas também para se reconhecerem as mensagens comunicativas por trás de regras ou *standards* que orientam expectativas de menor ou maior espaço de discricionariedade delegada ao intérprete.

7.3. O impacto do discurso da boa-fé objetiva sobre os mecanismos de ruptura

Se GUNTHER TEUBNER tinha dúvidas sobre o grau de aceitação da boa-fé no direito britânico, ou sobre qual seria o resultado da sua incorporação por aqueles tribunais – servir como argumento *ad hoc* para situações excepcionais, reproduzir o dogmatismo alemão ou a total indiferença –, não seria exagero dizer que, no Brasil, poucos argumentos jurídicos

[844] CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2, p.1625.
[845] REALE, Miguel. Diretrizes de hermenêutica contratual. In: _____. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 5. Na forte expressão de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, "o negócio jurídico é o negócio jurídico e todas as suas circunstâncias" (*Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 120).
[846] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 102.
[847] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 175.

permitiram tamanha transformação cultural como a recepção da *boa-fé objetiva* no Direito Privado. O tema não era desconhecido do discurso jurídico brasileiro, mas foi seu desenvolvimento pela escola de juristas gaúchos capitaneada por CLÓVIS DO COUTO E SILVA que a colocou no patamar de princípio central, com papel refundante do Direito das Obrigações, cujo protagonismo se deve dar à tese de JUDITH MARTINS-COSTA[848] – que hoje o tempo já permite considerar um clássico indispensável.

A expressão "boa-fé" traz carga semântica bastante ampla, que só consegue ser bem delimitada diante de situações concretas de aplicação. Portanto, a sua especificação traduz sempre tarefa *contextual*, de modo que se torna "impossível – tecnicamente – definir a boa-fé objetiva"[849]. Apesar disso, pode-se identificar um conteúdo mínimo – significa dizer, ao menos, que a boa-fé objetiva traduz um padrão de conduta proba e leal que se pode esperar do agente diante das circunstâncias concretas à sua disposição[850].

Frente a isso, costuma-se atribuir à boa-fé objetiva três funções: (a) servir de cânone hermenêutico-integrativo dos contratos (art. 113 do Código Civil); (b) limitar o exercício de situações jurídicas (art. 187 do Código Civil); e (c) criar deveres de conduta às partes (art. 422 do Código Civil)[851]. Em visão razoavelmente semelhante, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO se refere às funções *adjuvandi*, *corrigendi* e *supplendi*[852].

Como cláusula geral que é, a boa-fé traz padrões *sociais* de comportamento, extraídos da convivência intersubjetiva, para o campo das relações *jurídicas*. Assim, *interpretar conforme a boa-fé* deve significar não só compreender a intenção das partes à luz de suas circunstâncias, como também utilizar parâmetros de probidade e lealdade reconhecidos em determinado ambiente social para preencher lacunas, erros e ambiguidades das declarações negociais (art. 113); *impor limites a partir da boa-fé* (art.

---

[848] Refere-se a MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1999.
[849] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 44.
[850] A esse respeito, confira-se MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43-44.
[851] Nas palavras de JUDITH MARTINS-COSTA, "o agir *segundo a boa-fé objetva* concretiza as exigências de probidade, correção e comportamento leal hábeis a viabilizar um adequado tráfico negocial, consideradas a finalidade e a utilidade do negócio em vista do qual se vinculam, vincularam ou cogitam vincular-se, bem como o específico *campo de atuação* em que situada a relação obrigacional" (*A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 43, grifos no original).
[852] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres. In: _____. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

187), a seu turno, pode representar o controle substancial de conteúdo do exercício dos direitos à luz daqueles mesmos parâmetros de probidade e lealdade; enquanto *criar deveres baseados na boa-fé* (art. 422), em sentido semelhante, deve significar a atribuição de vinculatividade jurídica a expectativas legítimas criadas pelos agentes e a padrões de comportamento leal e probo socialmente aceitos.

JUDITH MARTINS-COSTA reconhece que, nessas suas três funções, a boa-fé "tem *caráter geral*, espraiando sua eficácia em numerosos institutos"[853]. Em última análise, ela tem servido como um instrumento *transformador* de diversos conceitos do Direito brasileiro, motivo pelo qual essas três manifestações geram questões interessantes a serem aprofundadas à luz do design contratual.

7.3.1. O papel da função interpretativa da boa-fé diante do design contratual (art. 113 do Código Civil)

Comece-se pela dita função interpretativa da boa-fé.

No entender de FRANCISCO MARINO, interpretar segundo a boa-fé significa, em último grau, analisar a declaração negocial com os olhos de uma pessoa abstrata: como alguém distante das partes a leria, considerando as circunstâncias em que foi emitida? Assim, significa, de igual modo, ter em mente o comportamento social *probo* e *leal* que se espera naquela determinada situação[854].

Assim também afirma JUDITH MARTINS-COSTA. De acordo com a Professora, a boa-fé atua no momento interpretativo filtrando a operação negocial à luz dos "esquemas socialmente típicos", a partir dos quais se poderia perceber aquilo que "o concreto

[853] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 45.
[854] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 185.

regulamento de interesses exprime em termos de *normalidade* e *regularidade*"[855] – sempre de maneira contextual e conjugada com outros cânones interpretativos[856].

No contexto daquele procedimento hermenêutico dúplice, FRANCISCO MARINO acrescenta que a boa-fé atua tanto na (a) fase meramente recognitiva, auxiliando a reconstrução da declaração negocial, enquadrando-a na totalidade das circunstâncias, como (b) na fase interpretativa complementar, para sanar lacunas, ambiguidades e obscuridades, e como critério para revelar dimensões implícitas ao conteúdo contratual, embora ausentes do seu texto expresso, ou ainda, (c) no processo de integração, criando deveres jurídicos[857].

Já a interpretação segundo os usos, ainda de acordo com FRANCISCO MARINO, importa analisar o sentido atribuído àquela declaração no ambiente social, desde que o destinatário da declaração pudesse ou devesse conhecê-lo. É o caso, por exemplo, de tomar o significado que determinado vocábulo tem no ramo de negócio comum das partes – por isso, o Professor destaca que a interpretação pelos usos tem maior relevância no âmbito de contratos celebrados entre empresários[858].

No entanto, acrescenta-se aqui – como já se fez no item 2.7 acima – que esse esforço de interpretação, conjugando a tarefa de desvendar a intenção das partes nas suas declarações negociais e corrigi-las quando deficientes, normalmente se faz tendo em vista o *fim* a que o contrato se destina. Pouco se preocupa com os *meios estruturais* adotados para tanto – aquele conjunto de mecanismos que são instrumentais para atingir a finalidade contratual (cláusulas, condições, direitos, obrigações, ônus etc.).

---

[855] Em suas palavras: "[a] solução do problema da boa-fé interpretativa, diz com razão Scognamiglio, passa pela determinação dos modos pelos quais a individualidade da singular operação negocial vem filtrada por esquemas socialmente típicos, em linha a consentir a emersão daquilo que o concreto regulamento de interesses exprime em termos de normalidade e regularidade. Do contrário, a invocação à boa-fé será apenas um reprovável expediente de legitimação formal do arbítrio do aplicador do direito" (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 488-489).

[856] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 488-490.

[857] MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 273-274.

[858] Nos seus termos: "Logicamente [...], os usos terão maior relevância no âmbito dos contratos celebrados entre empresários, uma vez que é quase sempre inerente à atividade empresarial a cristalização de comportamentos habituais largamente conhecidos por aqueles atuantes nos segmentos empresariais específicos" (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191).

A teoria do design contratual pode trazer nesse ponto importante colaboração ao processo interpretativo, especialmente para os contratos empresariais de que se trata nesta tese. Como se disse anteriormente, e pede-se vênia para reafirmar, JODY KRAUS e ROBERT SCOTT chamam atenção para o fato de que tanto os fins como os meios compõem a intenção contratual, de modo que as partes escolhem os meios estruturais que consideram mais adequados para atingir os fins contratuais[859], escolhas que devem repercutir na tarefa do intérprete chamado a dirimir os cenários de disputa.

Assim, por exemplo, quando as partes decidem que todos os aspectos dos seus contratos devem ser juridicamente exigíveis, suscetíveis ao *enforcement* litigioso, ou que alguns desses aspectos devem se limitar ao *enforcement* relacional, elas assumem riscos e efetuam escolhas por meios estruturais que, na sua ótica, visam a otimizar os custos de contratação e que, por isso, devem ser respeitados pelo intérprete. De igual modo, ao alternar entre regras precisas ou *standards*, as partes tentam alocar os custos entre a fase *ex ante* ou *ex post* do processo de contratação de modo a reduzir os custos de transação totais daquela operação econômica, o que também deve ser considerado e respeitado.

Como se vê, toda essa dinâmica de negociação dos meios estruturais resulta de uma escolha de investimentos de custos *ex ante* ou *ex post* e depende de um aspecto essencial: que os agentes econômicos possam confiar nas estimativas e escolhas que eles mesmos fazem sobre a probabilidade de certos eventos ocorrerem, independentemente do que venha a ocorrer no cenário futuro, e cujas circunstâncias serão conhecidas *a posteriori* pelo julgador, já diante da contingência materializada.

Permita-se recordar e aprofundar o problema discutido no item 2.7, que bem ilustra essa questão: a escolha entre redigir cláusulas de maneira precisa ou vaga. Quando as partes decidem regular algum aspecto instrumental da operação com base em regras precisas, elas procuram reduzir a necessidade de o intérprete – um eventual julgador – ter atuação criativa ou discricionária no momento em que chamado a tutelar as pretensões de parte a parte. Se elas optam por regras vagas, acabam por delegar a esse intérprete o papel de preencher o conteúdo genérico daquela declaração com parâmetros a serem fixados *a posteriori*. É o caso, por exemplo, de cláusula genérica que exige das partes realizar seus

[859] KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*. Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009, p. 1046.

"melhores esforços", sem trazer parâmetros sobre o que se entende por essa expressão, cabendo ao intérprete aferir sua extensão no momento do litígio.

Para tornar mais concreto esse exemplo sobre a precisão redacional, relembre-se o caso da fixação do preço de uma obra, atrelado a índice de reajuste determinado. Se o tribunal chamado a analisar a aderência desse índice aos fins contratuais adotar discricionariedade para substitui-lo (por entender que ele não reflete adequadamente a variação dos custos do setor, por hipótese), buscando adequar a cláusula aos usos do setor, na forma do art. 113 do Código Civil, essa postura faz com que os custos de negociação investidos na fase *ex ante* se tornem inócuos; afinal, ela leva ao mesmo resultado de uma cláusula redigida de modo genérico, que sujeite o reajuste do preço, em vez de um índice determinado, a um índice "que reflita de modo adequado as variações dos custos do setor". Mas se o objetivo das partes fosse se aproveitar dessa vantagem informacional do julgador (sua capacidade de verificar o estado de fato da execução contratual), elas poderiam ter escolhido a cláusula genérica e atribuir essa margem de discricionariedade para o momento *ex post*.

Portanto, a estrutura das cláusulas traz em si incrustadas diretivas sobre a intenção das partes, sobretudo o espaço de discricionariedade deixado para o intérprete. Diante disso, há de se entender que existe uma expectativa da práxis redacional de certa contenção no exercício interpretativo pelo julgador, diretamente relacionado ao grau de precisão dos termos contratuais, sobretudo em contratações empresariais entre partes sofisticadas[860]. Por consequência, há de se ter cuidado ao buscar *elementos externos e padrões de conduta ou de mercado* que não são compatíveis com o texto do instrumento e, também, conter a criatividade do julgador no exame de regras precisas – sobretudo quando as partes optam por não lançar mão de termos vagos para guiar situações com potencial contingente[861], escolhendo, ao contrário, redigir cláusulas de pressupostos de fácil atendimento ou mesmo

[860] Na síntese de JUDITH MARTINS-COSTA, trata-se de "equação segundo a qual, quanto maior o efetivo poder dos contratantes na repartição e na gestão dos riscos e ônus contratuais, menor é a esfera de intervenção heterônoma" (Parecer não publicado, documento confidencial, p. 17).

[861] Como sugerem ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS, "os tribunais devem ter a prudência de interpretar a ausência de *standards* vagos em contratos comerciais como instruções das partes para que se abstenham de efetuar a escolha de parâmetros e para limitar sua atividade interpretativa à interpretação dos termos precisos do contrato" (Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 844). No original: "[…] *the courts are wise to interpret the absence of vague standards in commercial contracts as instructions from the parties to abstain from proxy choice and to limit their construction to the precise terms of the contract*".

submetidas a mera observância procedimental (como tem sido, em boa medida, a postura da práxis ao arrolar hipóteses de desligamento autorizado motivado), e ainda mais quando se opta por cláusulas cujo exercício independe de motivação (caso do desligamento imotivado autorizado).

E, se assim o é, reforça-se a expectativa de que o intérprete não tome maior liberdade criativa diante de regras precisas, limitando-se a verificar se seus parâmetros são observados no caso concreto, e também se limitando a fazê-lo na fase recognitiva da interpretação, sem enveredar por análises de compatibilidade entre conteúdos contratuais precisos e padrões de mercado, na ausência de ambiguidade, erro ou obscuridade.

7.3.2. As limitações substanciais ao exercício dos mecanismos de ruptura (art. 187 do Código Civil)

Sem embargo da relevância dogmática da sua função interpretativa, talvez o maior impacto produzido pelos influxos derivados da incorporação da boa-fé ao discurso jurídico brasileiro tenha sido o reconhecimento de ela servir como instrumento para limitação do exercício de situações subjetivas.

De modo geral, considera-se o art. 187 do Código Civil a sede normativa da boa-fé em sua *função limitadora do exercício de situações jurídicas*. No entanto, esse dispositivo não é apenas um lócus normativo da boa-fé[862], mas comporta cláusula geral que adota diferentes critérios para se proscreverem os efeitos do que se convencionou chamar *abuso*, *exercício ilegítimo, irregular* ou *disfuncional* de situações jurídicas. Da sua leitura, depreende-se que "comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu *fim econômico ou social*, *pela boa-fé* ou pelos *bons costumes*".

Do ponto de vista da sua estrutura normativa, o art. 187 se caracteriza por ser *cláusula geral*. Logo, ele não prescreve regra precisa com consequência jurídica única e delimitada, mas apenas traz as linhas gerais dos critérios escolhidos para definir o que se

[862] A proximidade entre *abuso de direito* e *boa-fé* é analisada por NEGREIROS, Teresa. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p 232-233.

pode qualificar como abusivo[863]; desse modo, são diversos os efeitos possíveis de se considerar certo ato como tal.

Em primeiro lugar, a própria lei estabelece alguns desses efeitos – é o caso, por exemplo, do dever de indenizar, fixado pelo art. 927 do Código Civil. Mas também cabe ao julgador determinar qualquer medida que considere adequada para reprimir ou prevenir o abuso no caso concreto, inclusive à luz do poder geral de cautela, naquilo que se denomina tutela de prevenção ou remoção do ilícito. São apenas exemplos de medidas mais recorrentes: impor o ressarcimento de danos, reduzir os efeitos de determinadas situações jurídicas, determinar o desfazimento da ilicitude e – no ponto que aqui mais interessa – limitar o exercício de direitos potestativos, como é o caso dos mecanismos de ruptura contratual. Com isso, abre-se leque amplo ao julgador para intervir indiretamente no conteúdo do contrato – não mediante declaração da invalidade de cláusulas, tampouco pela sua alteração, mas mediante o controle dos seus efeitos.

Por isso, do ponto de vista funcional, o art. 187 consiste em ferramenta de *controle substancial* da atividade privada, na medida em que pode limitar o exercício de qualquer situação jurídica à luz de três parâmetros: os *bons costumes*, a *boa-fé* e seus os *fins sociais e econômicos* do direito em questão[864]. Dessa forma, o dispositivo torna metodologicamente possível ir além do mero exame *formal* das situações jurídicas,

---

[863] No Código Civil de 1916, identificava-se o abuso de direito por uma interpretação *a contrario sensu* do art. 160, I, pelo qual não constituíam atos ilícitos aqueles praticados no "exercício regular de um direito reconhecido". Sua nova feição no Código Civil de 2002 é elogiada por JUDITH MARTINS-COSTA; segundo a Professora, o antigo modelo, "talvez por conta de seus próprios limites estruturais, posto quase como um apêndice da cláusula geral de responsabilidade civil aquiliana", parecia limitar-se a atribuir o dever de indenizar àquele que atuasse abusivamente; já a redação atual permitiria sancionar "os variados casos de *exercício jurídico inadmissível*" de direitos e demais situações subjetivas, ainda que de tal exercício não decorra necessariamente eficácia indenizatória (Os avatares do abuso de Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Atlas, 2008, p. 68 e p. 58, respectivamente).

[864] É incomum ver o argumento dos "bons costumes" utilizado para solucionar controvérsias relacionadas ao uso abusivo de mecanismos de ruptura, mas é possível que também funcione como filtro para limitá-los. Duas são as principais formas pelas quais isso parece ser possível: (a) pela interpretação extensiva do critério dos "bons costumes" ou (b) pela integração do conteúdo do contrato pelos usos e costumes, de acordo com o art. 113 do Código Civil. Apesar de esses conceitos, a bem dizer, não se confundirem, os usos e também costumes têm importante papel para interpretar e integrar contratos, especialmente contratos empresariais. Como nota GIOVANA COMIRAN, a atividade empresarial é geralmente orientada pela prática, de modo que a prática define os modelos de negócio e operação de cada setor e melhor pode auxiliar a esclarecer os seus significados e completar suas lacunas (*Os usos comerciais*: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos empresariais. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 216. Sobre o tema, também, vide LUDWIG, Marcos Campos de. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 115-176).

realizado pela filtragem dos *requisitos de validade*, para se adentrar em análise de *mérito* sobre os seus efeitos.

No entanto, seguindo as orientações da teoria do design contratual, parece de relevo questionar, em alguma medida, a adequação desse espaço amplo de discricionariedade para o julgador intervir nos efeitos contratuais, sobretudo à luz de parâmetros externos, como a boa-fé ou os bons costumes, no contexto de contratações empresariais entre partes sofisticadas. Essa teoria propõe ser decisivo considerar os meios estruturais adotados pelas partes para atingir suas finalidades como baliza da atividade decisória nos cenários de disputa. Tudo isso porque, repita-se, quanto mais precisas as disposições contratuais, deve-se entender que menor é o grau de intervenção que as partes desejam, em razão dos meios estruturais adotados – pois a escolha desses meios, ao menos em linha de princípio, serve como evidência de que as partes optaram por investir custos de transação *ex ante* de forma a reduzir a incerteza da discricionariedade judicial e os custos da disputa *ex post* que lhe são inerentes. De outra parte, quanto mais vaga a disposição contratual, maior parece ser o espaço de discricionariedade delegado ao julgador para preencher sua moldura e controlar os efeitos do disparo de certos mecanismos, sobretudo em situações limítrofes.

Essa atenção aos meios estruturais adotados como parâmetro para sugerir constrição da discricionariedade do julgador parece especialmente relevante na análise de três argumentos recorrentes na realidade contenciosa: (a) a ocorrência de *adimplemento substancial* para impedir o manejo dos mecanismos de ruptura, (b) a aferição de *comportamento contraditório* como circunstância impeditiva de se invocarem esses mecanismos e (c) e a vedação do seu uso como instrumento de *pressão econômica*.

Isso porque, na prática, tem sido comum se deparar com casos em que julgadores se veem diante dessas três figuras – todas atribuídas à boa-fé – como suporte para justificar intervenção nos efeitos do contrato, no mais das vezes em sentido contrário ao conteúdo das cláusulas. E o acolhimento desmedido desses argumentos pode por em risco a utilidade do design contratual e a sua capacidade de alocar custos de modo eficiente. Por esse motivo, convém lançar algumas luzes sobre essas três hipóteses, a título ilustrativo, e como estímulo a estudos posteriores que as enfrentem à luz da teoria do design contratual e da dogmática do Direito Privado.

O *adimplemento substancial do contrato* é construção teórica baseada em figura contratual anglo-americana designada *substancial performance*, e hoje bastante disseminada entre nossos tribunais e estudiosos[865].

Nas palavras de CLÓVIS DO COUTO E SILVA, trata-se de cumprimento "tão próximo ao resultado final, que, tendo-se em vista a conduta das partes, exclui-se o direito de resolução, permitindo-se tão-somente o pedido de indenização"[866]. Como se vê na definição oferecida pelo Professor gaúcho, a principal preocupação dessa teoria tem sido restringir o exercício do direito potestativo de *resolução*[867], dados seus efeitos drásticos, que causam a extinção do contrato e potencial prejuízo ao devedor (que, embora inadimplente, despende algum esforço para cumprir o pactuado); no entanto, também se admite que o adimplemento substancial pode servir para mitigar ou neutralizar a aplicação de outros mecanismos contratuais, como a exceção de contrato não cumprido[868].

O argumento do adimplemento substancial tem sido utilizado com frequência considerável nas disputas contratuais, e já se podem perceber importantes reflexos a respeito na jurisprudência. O STJ já o acolheu em diversas hipóteses, atribuindo-lhe o

---

[865] O tema é objeto de diversos trabalhos específicos recentes, valendo mencionar ao menos os seguintes: BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; e SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Extinção dos contratos*: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010. Indipensável, a respeito do tema, o exame efetuado por MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 758-762. Pelo pioneirismo, não se pode deixar de mencionar o artigo de BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993.

[866] SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 45.

[867] Prova maior desse foco é a redação aprovada na IV Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, para seu Enunciado nº 361: "O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, *balizando a aplicação do art. 475*".

[868] Para ANELISE BECKER e EDUARDO LUIZ BUSSATTA, o adimplemento substancial impede a oposição de exceção de contrato não cumprido (BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993, p. 66; e BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 104-106). ARAKEN DE ASSIS ainda aduz que os institutos da resolução e da *exceptio* consistem em "remédios diferentes para idêntico mal (inadimplemento). [...] O que se reclama no que tange ao desfazimento do contrato [...] não se reproduz necessariamente para o oposto objetivo de induzir ao cumprimento exato", o que costuma ocorrer quando se recorre à exceção de contrato não cumprido (*Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 678). ANDERSON SCHREIBER também anota que o método ponderativo sugerido pelo adimplemento substancial "deve ser aplicado, *embora com cores menos intensas*, a efeitos outros que poderiam decorrer do inadimplemento não significativo como a exceção do contrato não cumprido" (A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 32, out./dez. 2007, p. 23).

fundamento da boa-fé em sua feição limitativa[869], e com ênfase em operações de compra e venda de menor complexidade, como transações imobiliárias, seja para impedir a resolução do contrato por inadimplência financeira de menor monta[870], ou para considerar abusiva a oposição da *exceptio* por promitente-vendedor que se recusara a celebrar a escritura definitiva, também por inadimplência considerada irrelevante[871].

Mais recentemente, o STJ passou a tecer novas considerações sobre o argumento. No Recurso Especial nº 1.622.555/MG, a 2ª Seção firmou o entendimento de que essa teoria não impede a ação de busca e apreensão nos casos de alienação fiduciária regida pelo Decreto-Lei nº 911/1969. O voto vencedor do Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE registra ser "irrelevante qualquer consideração acerca da medida do inadimplemento" e, ainda, ser "questionável, se não inadequado, supor que a boa-fé contratual estaria ao lado de devedor fiduciante" que deixa de pagar parcelas que reputa ínfimas, mesmo após instado extrajudicialmente e em juízo a pagar, ciente de que seu inadimplemento pode ensejar a perda do bem que garante a dívida. O voto do Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA,

[869] Discorrendo sobre a aplicação e os fundamentos dessa teoria, confira-se o seguinte trecho de voto relatado pelo Min. PAULO DE TARSO SANSEVERINO: "Uma das expressões do princípio da boa-fé objetiva na sua função de controle é a teoria do adimplemento substancial, que pode ser aplicada quando o adimplemento da obrigação pelo devedor é tão próximo do resultado final, que a resolução do contrato mostrar-se-ia uma demasia. Atualmente, o fundamento para aplicação da teoria do adimplemento substancial no Direito brasileiro é a cláusula geral do art. 187 do Código Civil de 2002, que permite a limitação do exercício de um direito subjetivo pelo seu titular quando se colocar em confronto com o princípio da boa-fé objetiva. Ocorrendo o inadimplemento da obrigação pelo devedor, pode o credor optar por exigir seu cumprimento coercitivo ou pedir a resolução do contrato (art. 475 do CC). Entretanto, tendo ocorrido um adimplemento parcial da dívida muito próximo do resultado final, e daí a expressão 'adimplemento substancial', limita-se esse direito do credor, pois a resolução direta do contrato mostrar-se-ia um exagero, uma iniquidade. Naturalmente, fica preservado o direito de crédito, limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato. Poderá o credor optar pela exigência do seu crédito (ações de cumprimento da obrigação) ou postular o pagamento de uma indenização (perdas e danos), mas não a extinção do contrato" (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.200.105/AM, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v. u., j. 19.06.2012).

[870] Exemplo que pode ser dado dentre tantos é o de caso envolvendo promessa de compra e venda de fazenda no Mato Grosso do Sul denominada Fazenda Apa Porã, firmado em 1996. Acordou-se que o promitente-comprador deveria pagar o valor de R$ 268.261,00 pela fazenda; ele pagou quase toda a prestação, com exceção de obrigação relativa às prestações anuais da cédula rural de 2004, 2005 e 2006. Em 2007, essas prestações não pagas totalizavam o valor de R$ 26.640,09 – cerca de 10% do total ajustado. O TJMS então entendeu que o promitente-comprador havia adimplido substancialmente o contrato, vez que lhe restava parcela mínima da obrigação a cumprir. O promitente-vendedor recorreu ao STJ e a corte manteve a decisão, entendendo que estava de acordo com a jurisprudência superior, no sentido de que "se o saldo devedor for considerado extremamente reduzido em relação à obrigação total, é perfeitamente aplicável a teoria do adimplemento substancial, impedindo a resolução por parte do credor, em favor da preservação do contrato" (STJ, 3ª Turma, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 155.885/MS, Rel. Min. Massami Uyeda, v. u., j. 16.08.2012).

[871] Em caso com feições semelhantes ao da nota anterior, o STJ considerou ilegítima a exceção de contrato não cumprido oposta pelo credor, promitente-vendedor, e determinou a adjudicação compulsória do imóvel diante do adimplemento considerado substancial (STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.215.289, Rel. Min. Sidnei Benetti, v. u., j. 05.02.2013).

também na linha vencedora, adverte que "[o] uso do instituto da *substantial performance* não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica que assenta o integral e regular cumprimento do contrato como meio esperado de extinção das obrigações"[872].

Em outra recente oportunidade, a 4ª Turma do STJ também opôs reservas à aplicação da teoria do adimplemento substancial, trazendo alguns elementos a serem considerados, além do simples critério quantitativo. O caso envolvia inadimplemento superior a 30% em promessa de compra e venda de imóvel. O voto do relator, Min. ANTONIO CARLOS FERREIRA, analisou três parâmetros para que se lhe autorize: (a) o comportamento das partes deve gerar expectativas legítimas, (b) o pagamento faltante deve ser ínfimo em comparação ao total do negócio, e (c) deve-se averiguar se era possível conservar a eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários. Em suas palavras, é "a presença dessas condições que justifica a excepcional intervenção do Judiciário na economia do contrato"[873]. Enveredando por considerações de ordem econômica, o relator ainda aponta que a utilização incontida do argumento pode avançar sobre direitos do credor e modificar as condições que foram levadas em consideração no momento em que estabelecidas as bases da contratação – com o que, a longo prazo, "seus efeitos colaterais podem encarecer os custos da contratação, socializando os prejuízos da inadimplência praticada por alguns em detrimento de todos".

Em suma, considera-se relevante notar que nem sempre um dito adimplemento substancial pode ser suficiente para restringir os efeitos dos mecanismos de ruptura, especialmente aqueles menos drásticos do que a resolução, como a exceção de inadimplemento. À luz do que já se teve a oportunidade de registrar em trabalho anterior[874], e além de outros índices que possam ser imaginados[875], o intérprete deve

---

[872] STJ, 2ª Seção, Recurso Especial nº 1.622.555/MG, Rel. Min. Marco Buzzi, Rel. para acórdão Min. Marco Aurélio Bellizze, v. m., j. 22.02.2017.

[873] STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 1.581.505/SC, Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira, v. u., j. 18.08.2016.

[874] BUTRUCE, Vitor. *A exceção de contrato não cumprido no Direito Civil brasileiro contemporâneo*: funções, pressupostos e limites de um "direito a não cumprir". 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 210-211.

[875] Como diz MIGUEL REALE, "o juiz, ao examinar a *fattispecie*, [deve atuar] com imprescindível cautela, levando em conta a significação econômica do que já foi cumprido pelo excepto, e o conjunto das circunstâncias em que a *quaestio iuris* se põe" (A boa-fé na execução dos contratos. In: _____. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 26). EDUARDO LUIZ BUSSATTA dedica item específico para analisar tais índices, especialmente a partir de referências italianas sobre o assunto (*Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 106-117). Destaca-se a seguinte

averiguar (a) até que ponto o resultado útil proporcionado pela prestação (mal) cumprida representa o atendimento dos interesses do credor[876]; (b) qual risco lhe permanece de prestar sem a perspectiva de receber a contrapartida; (c) quão grave foi a inadimplência; (d) se há proporcionalidade entre o que resta a ser cumprido e o que o próprio credor fiel ainda tem a cumprir; (e) se o exercício do mecanismo pretendido é excessivamente gravoso para o devedor ou terceiros. Tal exercício requer um exame de compatibilidade entre a função abstrata do mecanismo invocado e a função concreta a que visa o credor.

Eis o porquê de a teoria do design contratual, uma vez mais, lançar provocações sobre a figura, que se tornou parte do repertório argumentativo das disputas contratuais e decisões em matéria de inadimplemento obrigacional. Pois, a considerar os axiomas que a embasam – partes sofisticadas contratam com o propósito de reduzir os custos de transação, em análise global, e tendem a preferir aplicações ortodoxas do direito positivo em cenários de litígio –, pode-se considerar que o exame do interesse do credor pressupõe o respeito à escolha estratégica de que participou ao adotar os meios estruturais plasmados no instrumento contratual.

Quer-se com isso dizer que, considerando-se que a diferença entre optar por regras precisas ou conceitos indeterminados traduz a intenção contratual de gerenciar custos de transação, parece recomendável evitar a aplicação da teoria do adimplemento substancial, ao menos em linha de princípio, naquelas situações em que as partes tiveram o cuidado de metrificar em detalhes os parâmetros de performance durante a fase de escolha dos parâmetros (a "*choice of proxy*"). Por sua vez, parece haver espaço maior para atuação discricionária (e o correspondente exame da substância do cumprimento imperfeito) naquelas situações em que a obrigação cujo inadimplemento se invoca está lastreada em cláusula com redação vaga ou genérica, recorrendo a *standards* como "descumprimento relevante", "obrigação material", "infração grave" ou afins.

Outro grupo de argumentos reiteradamente adotados no contexto das disputas contratuais contemporâneas em matéria empresarial é o que se convencionou sintetizar

---

passagem, citando Giorgio Collura: "o juiz se valerá de alguns índices de juízo, quais 'o comportamento da parte, a duração do inadimplemento, eventuais elementos que possam ter reduzido a tal duração, examinará a natureza e a qualificação do contrato, olhará se é tida a execução do contrato segundo a boa-fé [...]" (p. 116).

[876] O recurso ao *resultado útil* como critério balizador da aplicabilidade da *exceptio* é também indicado por FRANCESCO REALMONTE (Eccezione d'inadempimento. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1958. v. XIV, p. 225).

como a *teoria dos atos próprios*, ou a *proibição do comportamento contraditório*, cuja manifestação mais conhecida se corporifica no adágio segundo o qual *nemo potest venire contra factum proprium* – a ninguém é dado vir contra os próprios atos[877]. Trata-se de teoria também baseada na boa-fé objetiva, que busca preservar comportamento dito coerente entre as partes contratuais. Assim, defende-se por exemplo que, se a parte tolera reiteradamente determinado descumprimento contratual, ela gera na contraparte a legítima expectativa de que também há de tolerar os mesmos descumprimentos no futuro e, por isso, não pode vir a se insurgir contra eles.

A principal referência jurisprudencial histórica que se tem sobre o tema no Brasil remete a acórdão relatado em 1989 por RUY ROSADO DE AGUIAR JÚNIOR, à época integrante da 5ª Câmara Cível do TJRS, no qual se reconheceu a vedação ao *venire contra factum proprium* como fundamento para impedir que o alienante de estabelecimento comercial frustrasse expectativas legítimas criadas ao adquirente, referentes à sua colaboração na manutenção das relações com os antigos fornecedores[878]. Desde então, vários tribunais passaram a reconhecer o argumento, sendo hoje comum se encontrarem decisões a respeito na jurisprudência brasileira[879].

Essa vedação, como ensinam estudiosos contemporâneos, pretende "impedir que a incoerência e a consequente ruptura da confiança causem prejuízo àquele que aderiu ao sentido objetivo da conduta inicial"[880]. Representa, pois, um limite ao exercício de situação jurídica em contradição com comportamento assumido anteriormente[881], hipótese em que

---

[877] Sobre o tema, em geral, cf. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do "programa contratual" estabelecido. In: _____. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 159-172.

[878] Reproduz-se a seguir o trecho mais relevante da ementa: "A vendedora de loja de vestuário, que auxilia o comprador nos primeiros dias da nova administração e assina pedidos de novas mercadorias, não pode depois cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, assim inviabilizando a normal continuidade do negócio, sem que para isso tenha motivo razoável. Ação indenizatória julgada procedente" (TJRS, 5ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 589073956, Rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, v. u., j. 19.12.1989).

[879] Vejam-se, por exemplo, STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.692.763/MT, Rel. Min. Moura Ribeiro, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, v. m., j. 11.12.2018; e STJ, 3ª Turma, Agravo Interno no Recurso Especial nº 1.584.500/DF, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, v. u., j. 09.03.2017.

[880] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 273.

[881] CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 742.

"há quebra da boa-fé porque se volta contra as expectativas criadas"[882]. ANDERSON SCHREIBER indica quatro pressupostos para se proibir comportamento contraditório: (a) um *factum proprium*, isto é, uma conduta inicial; (b) a legítima confiança de outrem na conservação do sentido objetivo dessa conduta; (c) um comportamento contraditório a esse sentido objetivo (e, por isso mesmo, violador da confiança); e, finalmente, (d) um dano efetivo ou, no mínimo, potencial a partir da contradição[883].

Cumpre esclarecer que, quando se menciona a ideia de confiança legítima, não se trata de qualquer expectativa, mas só daquela que, à luz das circunstâncias, esteja devidamente fundada em comportamentos concretos, comissivos ou omissivos, que permitam ao contratante confiar na sua manutenção – daí porque se fala em *confiança legítima*, ou seja, numa expectativa qualificada. Ademais, o comportamento contraditório somente deve ser proscrito quando injustificável e, ainda, quando a reversão das expectativas criadas gere prejuízos potenciais à contraparte.

Tem-se destacado ainda uma específica manifestação da teoria dos atos próprios no discurso jurídico recente: a *suppressio*[884]. Sua ideia é a de que o comportamento reiterado do contratante *em não exercer* determinada situação jurídica leva ao perecimento do seu direito de fazê-lo. A justificativa é a mesma: em princípio, essa inércia gera à contraparte a impressão de que o titular não mais pretende exercer o direito que lhe coubera.

Nas disputas contratuais, o argumento da *supressio* costuma ser invocado, por exemplo, para impedir o agente econômico de acionar mecanismos de ruptura, caso tenha deixado de fazê-lo em ocasiões anteriores de inadimplemento da contraparte. Não importa para essa teoria que não tenha transcorrido eventuais prazos extintivos a respeito; o

---

[882] AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do "programa contratual" estabelecido. In: _____. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 167.

[883] A análise pormenorizada de cada um desses requisitos se encontra em SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 123-154.

[884] Sobre o assunto, cf. NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A* supressio *(*verwirkung*) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

fundamental, dizem os estudiosos, é que o comportamento do titular lhe seja imputável como abandono ou tolerância, de acordo com os ditames da boa-fé[885].

Recorrendo aos diagnósticos e axiomas do design contratual, devem-se pontuar algumas questões relevantes, que fogem à simples ideia do comportamento tolerante e que e demandam algumas ponderações.

Como se viu acima, uma das premissas em que se baseia o design é a escolha *ex ante* a respeito de mecanismos de *enforcement* jurídicos ou relacionais na fase de formação do contrato, mas não só: uma vez eclodida certa contingência, os agentes econômicos também podem optar por resolvê-la mediante instrumentos relacionais, sem que se acionem os efeitos contratuais previstos nos instrumentos. E é normal que assim o seja: pode não soar cooperativo o fornecedor que a todo tempo cobra multa moratória de seu principal cliente por pequenos atrasos causados por dificuldades de sua equipe de compras; ou o dono da obra que releva dificuldades enfrentadas pelo empreiteiro e opta por continuar efetuando pagamentos, mesmo sem que seus eventos autorizadores não tenham sido preenchidos por completo, na iniciativa de demonstrar confiança na contraparte e evitar gargalos no fluxo financeiro do empreendimento.

Visto sob essa ótica, o não uso de faculdades derivadas de mecanismo de ruptura contratual não significa necessariamente seu abandono, mas por vezes a escolha de investir em manter a relação dentro de quadro de cooperação. Assim, o comportamento tolerante em face de alguns inadimplementos contratuais em determinadas circunstâncias pode não significar tolerância eterna. Os interesses contratuais e econômicos podem se alterar, como pode a parte tolerante perder a confiança no parceiro comercial após reiteradas faltas contratuais.

Dito isso, deve-se avaliar com parcimônia o risco de, nos contratos empresariais, se adotar perspectiva de que a tolerância para cooperação contratual pode resultar no compromisso de tolerar outros inadimplementos futuros – o que traria a mecanismos de *enforcement* relacional carga vinculante indesejada.

---

[885] Ou seja, a *suppressio* não se confunde "com a renúncia tácita, a qual, para Alejandro Borda, requer, além de uma *vontade negocial*, a possibilidade de o renunciante demonstrar a inexistência dessa declaração, o que apagaria o seu efeito extintivo, enquanto a *suppressio* se funda na boa-fé" (MARTINS, Guilherme Magalhães. A *suppressio* e suas implicações. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 32, out./dez. 2007, p. 146).

Em síntese: a teoria do design contratual sugere a investigação sobre como o risco da aplicação desmedida da teoria dos atos próprios pode desincentivar os agentes econômicos a resolverem seus problemas mediante mecanismos relacionais.

Cumpre ainda avaliar se o exercício de mecanismos de ruptura pelo seu titular como *meio de pressão* em relações empresariais pode ou não ser considerado abusivo – ou, melhor dizendo, *sob que parâmetros* essa abusividade deve ser avaliada[886]. Trata-se do fenômeno ainda pouco estudado no Brasil, embora não desconhecido, por alguns designado *economic duress*, e que consiste numa suposta vedação à pressão econômica, que se pode descrever como a ameaça, feita por uma das partes, de "quebrar o contrato, a não ser que a outra parte ceda, ou exercer pressão a fim de que a outra parte não tenha alternativa a não ser concordar com uma modificação contratual"[887]; essa tese, inspirada em fenômeno de matriz anglo-americana, pode tanto servir como argumento para se pleitear a anulação de negócio jurídico por coação ou o controle de seus efeitos, sob a ótica do comportamento abusivo, à luz da boa-fé[888].

Sobretudo em relações estabelecidas entre partes sofisticadas de grande porte, não chega a ser incomum, vez ou outra, certo grau de combatividade nas estratégias negociais. Conforme anota JUDITH MARTINS-COSTA, "entre os 'grandes contratantes' é a própria economia que se serve de meios de pressão sobre o devedor"[889]. Desse modo, a licitude do exercício dos mecanismos de ruptura deve ser apreciada tendo em vista "o tipo de relação obrigacional na qual inserida, a qualidade dos sujeitos envolvidos e a *função que aí for concretamente chamada a desempenhar*"[890].

---

[886] MARTINS-COSTA, Judith. Oferta pública para a aquisição de ações (OPA) – Teoria da confiança – Deveres de proteção violados – A disciplina informativa e o mercado de capitais – Responsabilidade pela confiança – Abuso do poder de controle. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 140, dez. 2005.

[887] MEDINA, José Miguel Garcia. Coação econômica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 902, dez. 2010., versão eletrônica, p. 8.

[888] MEDINA, José Miguel Garcia. Coação econômica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 902, dez. 2010., versão eletrônica, p. 8-9.

[889] MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 420-421. Tais comentários foram redigidos pela professora gaúcha à luz do regime jurídico da cláusula penal, mas, em nossa opinião, são integralmente aplicáveis ao que aqui se investiga. A autora ainda conclui: "[o] 'fazer pressão', no entanto, está sujeito aos limites da licitude, não se admitindo, numa ordem econômica normativamente regulada, que o poderio econômico prevaleça sem freios, a ponto de se concluir que a 'natureza do mercado' seja não apenas dominante, mas, por igual, absolutamente determinante" (p. 421).

[890] MARTINS-COSTA, Judith. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II, p. 420-421.

O ponto a se fixar, portanto, e em linha com o critério adotado pelo art. 187 do Código Civil, é saber se, no caso concreto, ao disparar o mecanismo, o agente o faz de modo disfuncional, *excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico e social*, ou em contrariedade a padrões de conduta socialmente perceptíveis, fazendo-o em cenário de *manifesta deslealdade*.

Também nesse quesito a teoria do design contratual parece trazer subsídios interessantes. Ao apontar para a relevância de se compreender que a escolha por certos meios estruturais deve ser considerada, sob o ponto de vista jurídico, como uma indicação da intenção contratual sobre a atividade do julgador, a depender das circunstâncias concretas, a previsão de certos mecanismos, ainda que gravosos, pode ser interpretada como a intenção de se permitir que o agente econômico possa, de forma *legítima*, exercer pressão sobre a contraparte para obter seus interesses – pois essa função, embora não seja precípua a nenhum dos mecanismos estudados, é da sua natureza.

Todavia, é interessante notar que a teoria do design contratual não propõe o apego cego às escolhas estratégicas do momento *ex ante*, tampouco advoga que se impeça qualquer espécie de controle substancial dos atos praticados por agentes econômicos sofisticados em relações interempresariais. Não se deseja, afinal, que mecanismos previstos com os olhos postos em conferir segurança e previsibilidade sejam adotados para a prática de comportamento desleal. Assim é que RONALD GILSON, CHARLES SABEL e ROBERT SCOTT esclarecem que, a bem dizer, o design contratual tem dois propósitos: (a) fornecer instruções claras para os tribunais sobre a mescla adequada entre a atividade constrita de se observar o atendimento de parâmetros precisos, e a discricionariedade mais ampla para preencher *standards* genéricos; e (b) "à luz dessas instruções, convocar os tribunais a manter o seu papel histórico de atuar como supervisor contra comportamentos oportunistas"[891].

Assim, estando agentes econômicos sofisticados diante de cláusulas de ruptura de redação precisa, perante a ocorrência do evento previsto, e dando à contraparte a oportunidade de sanar sua falha, em linha com os procedimentos contratualmente indicados, a teoria do design contratual aponta que não há que se exigir esforço

[891] GILSON, Ronald J.; SABEL, Charles F.; SCOTT, Robert. Text *and* context: contract interpretation as contract design. *Cornell Law Review*, vol. 100, 2014, p. 55.

interpretativo adicional do adjudicador. Não lhe cabe fazer sindicância de mérito *a posteriori* sobre a *conveniência* de se admitir a recusa à prestação, a retenção, a compensação ou o desligamento nessas situações, em caso de litígio, competindo-lhe apenas verificar se os pressupostos contratuais estão presentes e, em caso positivo, avaliar se o exercício do direito se deu ou não de modo *manifestamente excessivo*, em comportamento *oportunista*, ou se circunstâncias excepcionais outras exigem algum grau de modulação dos efeitos desse exercício. Mas essa tarefa não pode privar as partes de exercer o direito contratualmente combinado, adicionando-lhe pressupostos não previstos em lei ou no contrato.

Isso porque os mecanismos de ruptura – com destaque para as hipóteses de desligamento – integram o conteúdo contratual, tal como as obrigações de parte a parte. Como se disse anteriormente, as escolhas de contratar não são pautadas somente no planejamento do que pode dar certo; as perspectivas de saída também fazem parte do processo de tomada de decisão em contratar. Logo, observar o modo como as partes delineiam as hipóteses de desligamento contratual significa respeitar o programa contratual.

Ressalte-se, por fim, que a releitura proposta para o papel da função limitativa da boa-fé, à luz das contribuições da teoria do design contratual, não tem a pretensão, é bom que se adiante, de advogar que o exercício dos mecanismos de ruptura esteja imune de controle *a posteriori*. Sugeri-lo seria não só uma ingenuidade, mas uma leitura contrária ao texto expresso do art. 187 do Código Civil, que submete as situações jurídicas a controle substancial pela boa-fé – goste-se dele ou não. O que a teoria do design contratual propõe, em síntese, é apenas assumir a premissa de que (a) os pressupostos para exercer os mecanismos em exame devem ser aqueles contratualmente previstos, à luz dos procedimentos ajustados para tanto, a serem avaliados com respeito aos espaços delimitados de discricionariedade que a intenção contratual delega ao intérprete; e (b) o intérprete deve evitar raciocínios que resultem em conferir vinculatividade jurídica a comportamentos praticados pelo agente econômico no propósito de investir na manutenção da relação com a contraparte, a ponto de diluir o conteúdo e prejudicar o exercício dos mecanismos pertinentes quando as partes estiverem no cenário de ruptura ou em rota de colisão.

7.3.2.1. Casuística: o caso Ventura versus *Petrobrás*

Exemplo interessante da atuação (por vezes em conjunto) dos três argumentos suscitados – adimplemento substancial, *suppressio* e pressão econômica ilegítima – se vê nas disputas que têm sido travadas entre a Petrobras e seus fornecedores do setor de óleo e gás e construção, notadamente no TJRJ e no TJSP.

Pelas circunstâncias delicadas enfrentadas ao longo da última década, a Petrobras desenvolveu em anos recentes um conjunto de medidas de otimização, os principais deles integrantes do denominado Programa de Redução de Custos de Poços (PRC-Poço). Entre outros aspectos, conforme comunicado à imprensa[892], a companhia divulgou que esse programa envolvia a tentativa de reduzir a quantidade de obras, serviços e equipamentos à sua disposição, donde se veem medidas para diminuir as frotas colocadas a seu dispor, suas frotas próprias e a quantidade de fornecedores a administrar[893]. Os esforços específicos de renegociação de contratos com fornecedores foram alcunhados como "Onda 1", "Onda 2" e "Onda 3", e envolveram a revisão de valores ou a extinção antecipada de contratos[894].

Alguns dos fornecedores, todavia, apontam certo grau de eufemismo nas propaladas medidas de otimização adotadas pela Petrobras, alegando estarem sendo prejudicados em seus direitos contratuais e dispostos a exercê-los em juízo. De fato, a análise do repertório jurisprudencial do TJRJ e do TJSP permite notar a existência de um conjunto de ações movidas por fornecedores da Petrobras acerca de investimentos em

---

[892] Assim a Petrobras descreve as principais medidas do PRC-Poço: "A primeira diretriz está diretamente relacionada à diminuição dos valores pagos, sobretudo com sondas, por meio da otimização das embarcações e a contratação de unidades mais simples. A segunda, de otimização do escopo de projetos, trata dos processos de análise e seleção de informações para tornar a aquisição de dados mais objetiva e os projetos mais simples. E a terceira, relacionada aos ganhos de produtividade, utiliza uma metodologia para aproveitar melhor a experiência adquirida – como a repetição de casos bem sucedidos de perfuração e completação de poços" (http://www.petrobras.com/pt/magazine/post/a-frente-do-relogio.htm, acessado em 18.3.2019).

[893] *Valor Econômico*, "Petrobras dispensou mais de dez sondas para reduzir custo", disponível em http://www.valor.com.br/empresas/4252490/petrobras-dispensou-mais-de-dez-sondas-para-reduzir-custo, acessado em 18.3.2019.

[894] "A Petrobras vai iniciar nova rodada de renegociação de contratos com seus fornecedores. Batizada de Onda 3, o processo vai priorizar novamente empresas de sondas, aeronaves e embarcações de apoio a plataformas. Esses segmentos foram o foco da primeira rodada de negociação (Onda 1), no segundo semestre de 2015. O processo resultou em uma redução média de 13% do valor dos contratos. Na Onda 2, a estatal conversou com fornecedores de suprimentos necessários à exploração de petróleo, como equipamentos e produtos químicos. A empresa ainda não fez um balanço dessa rodada. [...] No caso das sondas, a estratégia deve repetir a primeira rodada, quando a companhia antecipou o encerramento de contratos de algumas unidades em troca de extensão do prazo de outros. Desse modo, conseguiu reduzir a frota contratada sem pagar multa por rompimento contratual" (Folha de São Paulo, "Petrobras volta a renegociar contratos para reduzir custos", disponível em http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/07/1790729-petrobras-volta-a-renegociar-contratos-para-reduzir-custos.shtml, acessado em 18.3.2019.

obras e embarcações efetuados durante os anos de crescimento econômico. E em geral, pelo que se pode notar, alguns desses litígios se baseiam em contratos semelhantes e atravessam trajetória parecida – campo propício, portanto, para análise jurídica crítica. O roteiro dessas disputas pode ser resumido pelos seus pontos comuns.

Alegando estar insatisfeita com aspectos operacionais dos serviços ou equipamentos contratados, a Petrobras passou a acionar extrajudicialmente, mediante notificação, um conjunto de cláusulas cuidadosamente desenhadas, reproduzidas a partir do que parece ser uma estrutura contratual padronizada. A depender de cada operação, algumas cláusulas podem ser disparadas de forma simultânea e concatenada: por exemplo, aplica-se multa por falha de desempenho, cujo pagamento se dá mediante compensação dos valores a pagar ao fornecedor; em algumas situações, a Petrobras também aplica a cláusula que lhe autoriza o desligamento do contrato por motivo imputável ao fornecedor.

Inconformados com o acionamento desses mecanismos, fornecedores têm ido a juízo com frequência nos últimos anos para questionar a legitimidade do exercício dessas cláusulas e impedir que a Petrobras efetue as compensações ou promova as extinções unilaterais que deseja. Em matéria de setembro de 2015, o jornal *O Globo* aponta que fornecedores da estatal, integrantes da Associação Brasileira de Máquinas e Equipamentos, contestavam o que consideravam "uma conduta abusiva por parte da Petrobras"[895]. Provocados, tanto o TJRJ como o TJSP têm se manifestado sobre os efeitos dessas cláusulas – por vezes impedindo a interrupção de pagamentos com base na aplicação de multas atreladas a compensações ou a extinção contratual[896], por vezes as admitindo, em

[895] "Com a posição dominante que tem no mercado de óleo e gás no Brasil, ela impõe uma série de condições listadas em contrato padrão e que não aceitam negociação de cláusula. (O abuso) fica ainda mais flagrante com as multas, pois faz notificações sobre inadimplementos cometidos mais de um ano atrás. Como fazer a defesa de algo já passado? – questiona Leonardo Marins, advogado da BSM. Segundo Marins, a Petrobras informa das multas em documentos. As explicações da fornecedora são recusadas sem apresentação de justificativa. Com isso, o valor da multa é descontado do pagamento por serviços prestados. – Isso significa que a empresa recebe um pagamento cada vez menor, reduzindo o fluxo de caixa – pondera Marins, ressaltando que a BSM tem a Petrobras como cliente há mais de 30 anos" (*O Globo*, "Com caixa apertado, Petrobras revê contratos e cobra multas", 27.09.2015, disponível em http://oglobo.globo.com/economia/com-caixa-apertado-petrobras-reve-contratos-cobra-multas-17618514, acessado em 18.3.2019).

[896] A título de exemplo, a 22ª Câmara Cível do TJRJ deferiu medida de urgência em favor de empreiteira engajada na construção de usina termelétrica, que se via no risco de sofrer a interrupção de pagamentos pela aplicação de multas, sob o entendimento de que "embora ainda restem dúvidas acerca do cumprimento dos marcos contratuais [...] fato é que nos parece plausível entender que, em sendo a [empreiteira] supostamente descumpridora da indigitada avença, não caberia à [Petrobras] compensar unilateralmente os valores relativos a tais multas com pagamentos devidos na qualidade de contraprestação pelos serviços já prestados, sem que antes se torne inconteste sua responsabilidade pela inadimplência verificada" (TJRJ, 22ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0035083-53.2015.8.19.0000, Rel. Des. Marcelo Lima Buhatem, j. 17.5.2016).

parte[897] ou na íntegra[898], sem que se possa identificar uma tendência predominante a respeito.

Desse conjunto de casos, um se destaca para demonstrar pontos caros à proposta da teoria do design contratual: a disputa acerca da extinção do contrato de afretamento do navio-sonda "NS-29-Carolina", acompanhada com atenção pelos jornais de perfil econômico.

Pelo que se lê dos autos, Petrobras e Commodore Marine L.L.P (a "Commodore Marine") celebraram contrato de afretamento do navio-sonda NS-29-Carolina pelo prazo de dez anos. Paralelamente, a Petrobras celebrou contrato de prestação de serviços com a Oceandrill Petróleo S.A (a "Oceandrill") – em seguida cedido para Ventura Petróleo S.A (a "Ventura") – para perfurar, avaliar, completar e manter poços de petróleo e gás em águas brasileiras determinadas mediante o navio-sonda afretado. Tanto a Commodore Marine como a Oceandrill e a Ventura eram sociedades controladas pela Petroserv S.A.

O contrato de afretamento e o de prestação de serviços tinham cláusula semelhante regulando as suas hipóteses de desligamento. No ponto mais relevante para a discussão que se coloca, as cláusulas dispunham o seguinte:

> "11.1. A Petrobras poderá rescindir o presente contrato, sem que assista à contratada qualquer direito de indenização ou retenção, nos seguintes casos [...]
> 11.1.12. Se atingidos os limites estabelecidos na OBS. 2 da Ref. 102 do Anexo II.
> [...]
> Anexo II do Contrato:

[897] A 11ª Câmara de Direito Privado do TJSP já determinou que a compensação pretendida pela Petrobras deveria ficar limitada ao percentual de 30% dos valores a pagar à contraparte, sob o argumento de que, "muito embora a cláusula de retenção compensatória seja de plena legalidade, forçoso reconhecer que a falta de modulação de seu alcance acaba por se revelar abusiva e predatória da outra parte do contrato. (...) De tal modo, até porque a devedora não acena com qualquer outra alternativa para liquidar o débito contratual da multa que se afigura em princípio válido, deve prevalecer a cláusula de retenção compensatória, porém modulados seus efeitos ao percentual de 30% de cada um dos recebíveis" (TJSP, 11ª Câmara de Direito Privado., Apelação Cível nº 1004105-27.2017.8.26.0157, Rel. Des. Gilberto dos Santos, j. 24.5.2018).

[898] Em medida de urgência requerida por fretadora de embarcação de apoio *offshore*, a 22ª Câmara Cível do TJRJ recusou o pedido para impedir a compensação pela Petrobras, uma vez que, no seu entender, "mesmo considerando que as multas somem a quantia de R$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), quase o dobro do faturamento mensal da [fretadora], tal fato por si só é insuficiente para justificar o afastamento de sua incidência, uma vez que inexistente o vício que autorize a suspensão de sua exigibilidade" (TJRJ, 22ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0009783-89.2015.8.19.0000, Rel. Des. Rogerio de Oliveira Souza, j. 14.4.2015).

> OBS. 2: Caso a contratada permaneça em taxa de reparo em um total acumulado de 30% (trinta por cento) do tempo, para qualquer período de 6 (seis) meses contratuais, a Petrobras poderá rescindir este contrato [...] com base no seu subitem 11.1.12[899].

Em poucas palavras, ambos os negócios continham dispositivo que autorizava a Petrobras a encerrar os contratos caso as prestadoras passassem 30% do tempo de qualquer intervalo de seis meses contratuais em manutenção e reparo dos equipamentos (o que o jargão denomina "*downtime*").

Em seguida, durante o curso da execução do contrato, a Petrobras alegou que havia falhas em equipamento fundamental à operação do navio-sonda, o *blowout preventer* (BOP) – uma espécie de válvula de segurança contra erupções. Segundo a estatal, notavam-se problemas de vazamento e de vedação e, por isso, ela solicitou a retirada do navio para reparo. O navio assim se manteve por quase dois meses, em tempo equivalente 30,51% do intervalo contratual de seis meses após a comunicação do inadimplemento. Na sequência, a Petrobras invocou a seu favor a faculdade de encerrar os dois contratos, com base no argumento de que as contratadas excederam o tempo máximo de *downtime*.

Irresignadas, Commodore Marine e Ventura moveram ação judicial contra a Petrobras, requerendo a suspensão dos efeitos da resolução pretendida. Alegaram que a ordem de manutenção do BOP era desnecessária e que a Petrobras só a teria determinado *para provocar* a paralisação das operações por prazo superior ao limite contratual de 30%, a ponto de permitir a resolução. Segundo as contratadas, isso seria parte daquela política de restruturação divulgada pela estatal mediante o PRC-Poço, ainda mais considerando que a Petrobras já havia tolerado o *downtime* das contratadas por tempo superior ao teto da cláusula em situações anteriores. Invocou-se, portanto, a abusividade do exercício do mecanismo extintivo.

---

[899] "Contrato de Afretamento" celebrado entre Petróleo Brasileiro S.A e Commodore Marine L.L.P, datado de 25.7.2008, disponível a partir da fl. 1.817 dos autos do processo nº 0282808-17.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ. A cláusula semelhante é a 11.1.15, presente no "Contrato de Prestação de Serviços" celebrado entre Petróleo Brasileiro S.A e Oceandrill Petróleo S.A, datado de 25.7.2008, disponível a partir da fl. 1.876 dos autos do processo nº 0282808-17.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ. O subitem 11.1.12, a que se refere a OBS. 2 do Anexo II do Contrato de Afretamento, por sua vez, permite a extinção do contrato pela Petrobras "se atingidos os limites estabelecidos na OBS. 2 da Ref. 102 do Anexo II deste contrato".

A Petrobras negou todas essas acusações e frisou a legitimidade da cláusula contratual, que lhe permitia a resolução nesse cenário e o seu papel na distribuição econômica dos riscos contratuais. A Petrobras argumentou que cada dia de indisponibilidade de uma embarcação de sonda lhe gerava prejuízos de cerca de US$ 285 mil e que a taxa máxima de inoperância era ajustada para dividir os riscos razoavelmente, permitindo às contratadas margem de manobra suficiente para lidar com ajustes imprevistos sem onerar demasiadamente a Petrobras.

Em 1ª instância, o Juízo da 21ª Câmara Cível da Comarca da Capital do Rio de Janeiro deferiu a medida liminar requerida pelas contratadas para manter a vigência do contrato. No entender da decisão urgente, as contratadas comprovaram a probabilidade do seu direito mediante laudos técnicos que apontavam, ao menos num primeiro momento, que a manutenção do equipamento não parecia necessária. Acrescentou ainda que a paralisação atingiu "percentual de menos de 31%, fato que já teria inclusive ocorrido anteriormente sem maiores consequências". Ao lado dessas circunstâncias, o Juízo também identificou perigo na demora do provimento jurisdicional, porque, a seu ver, a ruptura abrupta do contrato importava riscos econômicos e sociais, considerando-se os vultosos investimentos de contratos celebrados por período de dez anos, afora a mobilização de pessoas, empregos e os impactos diante de terceiros[900].

Essa decisão foi revertida pela 7ª Câmara Cível do TJRJ, que entendeu que a liminar carecia de base jurídica, "pois, nas relações paritárias regidas pelo Código Civil, ninguém pode ser obrigado a se manter vinculado a um contrato contra sua vontade". Entendeu, ainda, que a "extinção antecipada do contrato é um direito potestativo que assiste às partes, fruto da liberdade de contratar (autonomia da vontade), devendo serem observadas as regras contratuais e legais aplicáveis à hipótese" – e, mais ainda, que "eventual tolerância da Petrobras em não aplicar as cláusulas rescisórias, em [...] ocasiões [anteriores], não obsta seu direito de exercer o direito posteriormente"[901].

[900] TJRJ. 21ª Vara Cível, Processo nº 0282808-17.2016.8.19.0001, decisão de 08.09.2016.
[901] TJRJ, 7ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0051264-95.2016.8.19.0000, Rel. Des. Luciano Saboia Rinaldi de Carvalho, v. u., j. 22.02.2017.

O caso resultou em acordo entre as partes[902], mas o desenvolvimento do seu enredo serve de interessante reflexão à luz da teoria do design contratual, além de auxiliar a demonstrar alguns de seus aspectos fundamentais.

Percebe-se que a cláusula que regula a hipótese de resolução por excesso de *downtime* é, além de específica, razoavelmente precisa. Pelos seus termos, as partes fixaram com exatidão o que consideravam como tempo excessivo de *downtime*, a ponto de justificar o encerramento do contrato: 30% de indisponibilidade numa janela de seis meses. Sob a ótica do design contratual, estipulou-se que esse seria o parâmetro ("*proxy*") do que as partes consideravam inadimplemento gravoso o suficiente a ponto de justificar a extinção da operação. Poderiam, de outra forma, ter estipulado a saída do contrato mediante termos mais vagos – em caso, por exemplo, de "paralisação do navio por tempo acima do razoável" ou, ainda, em caso de "inadimplemento grave" – como se fez, a propósito, na hipótese prevista na cláusula 11.1.2 do mesmo contrato, que autoriza sua extinção no caso de "atraso *injustificado* no início do afretamento".

Assim, diante dos diagnósticos da teoria do design contratual, pode-se considerar que, ao celebrarem contrato contendo regra que descreve com precisão o que se deve entender como período de *downtime* apto a autorizar o encerramento da operação do navio-sonda, as partes declararam intenção contratual, mediante meio estrutural específico, que antecipa a discussão sobre a definição dos parâmetros de performance insatisfatória, adotando regra precisa para tanto, o que representa investimentos em custos de transação *ex ante*, efetuando-se a *proxy choice* na fase de formação do contrato. Aceitos os axiomas e as premissas da teoria do design contratual, isso traduz uma mensagem ao julgador que lhe sugere a intenção contratual de reduzir sua margem de discricionariedade futura em caso de litígio – devendo-se verificar tão somente se aquele parâmetro estava demonstrado satisfatoriamente (uma questão de prova, portanto), sem uma sindicância de mérito sobre a gravidade do fato. E essa prova era feita mediante boletins de avaliação controláveis pelas partes – o que implica custos de verificação dos parâmetros escolhidos, mas que, a depender do seu grau de confiabilidade, tende a legitimar a aplicação dos mecanismos contratuais.

[902] Como se vê a partir da fl. 2753 do processo nº 0282808-17.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

Assim, nesse caso, os meios estruturais adotados no contrato parecem apontar que a intenção contratual era de que o Juízo agisse de maneira contida, limitando-se a verificar se o sarrafo adotado no contrato fora ultrapassado. Mas não foi isso que fez a decisão que deferiu inicialmente a tutela de urgência em favor das contratadas – como transparece transversalmente a partir de sua leitura, ao se registrar que a cláusula contratual "previa a paralisação das atividades por no máximo 30% do período em seis meses, [e a manutenção atingi[u] o percentual de menos de 31%", o que parece indicar, ao menos de forma sutil, certo exame de mérito na comparação entre o parâmetro aceito (30%) e o parâmetro ocorrido, incontroverso (30,51%).

A decisão liminar também efetuou exame de conformidade entre a conduta da Petrobras e o critério da boa-fé, notadamente em razão do argumento da *suppressio*, deslegitimando o desligamento pretendido pela Petrobras por ter a estatal tolerado outras paralisações acima do limite contratual em ocasiões anteriores.

Essa é outra postura que a teoria do design contratual enxerga com certo ceticismo – uma vez que vincular o agente econômico a comportamento anterior, tomado em cenário distinto e potencialmente movido pelo espírito de manter a relação em bases cooperativas, produz dois resultados: (a) desconsidera a alternância entre as escolhas contratuais por medidas de *enforcement* relacionais ou jurídicas e (b) resulta em desincentivar que as partes cooperem na relação comercial, ao indicar a necessidade de que se recorra, a todo tempo, às sanções e prescrições contratuais, mesmo quando não se lhes entende necessária em dado momento, por motivos que por vezes só se podem especular.

7.3.3. O problema da expectativa de comportamento cooperativo no cenário da ruptura: a incidência dos deveres de conduta (art. 422 do Código Civil)

Há ainda outro reflexo da boa-fé a que também a atividade contenciosa recorre com o mesmo fim de produzir a intervenção do julgador *a posteriori* no conteúdo contratual. Trata-se da sua função de estabelecer *deveres de condutas* não previstos no contrato – o que, por vezes, se transforma em argumento para impedir o efeito de disposições contratuais e mecanismos de ruptura tal como desenhados pelas partes. Essa função, como adiantado, se remete ao art. 422 do Código Civil, segundo o qual "[o]s contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Recorrendo a autores portugueses e alemães, JUDITH MARTINS-COSTA exemplifica da seguinte maneira os mais corriqueiros deveres atribuídos à incidência da boa-fé nas relações contratuais: os deveres de cuidado, previdência e segurança; os deveres de aviso e esclarecimento; os deveres de informação; o dever de prestar contas; os deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patrimônio da contraparte; os deveres de omissão e de segredo; e os deveres de colaboração e cooperação[903].

No contexto desses deveres de colaboração e cooperação, tem-se advogado a existência de uma espécie de *dever de lealdade* – e que comportamentos que são autorizados, ou que não são proibidos por lei ou por contrato, podem, ainda assim, serem tidos como *ilícitos*, por violarem esses deveres de conduta.

Um exemplo ajusta a ilustrar o ponto: imagine-se relação contratual de fornecimento firmada a longo prazo, em que o cliente em mora financeira, durante procedimento de renegociação de suas dívidas com o fornecedor, é surpreendido com notificação comunicando o encerramento do contrato, tendo por base justamente a inadimplência que estava sendo objeto de reestruturação, com reuniões marcadas a respeito; acrescente-se ao exemplo a circunstância de o contrato envolver o fornecimento de matéria-prima essencial para a produção daquele cliente. Num cenário como esses, não parece fora de propósito se cogitar que "o exercício deste direito contratual, embora expressamente assegurado, pode se afigurar, nestas circunstâncias, inadmissível por violação à boa-fé objetiva, violação ao dever geral de levar em conta os interesses e as expectativas da outra parte"[904].

Assim, questão relevante que se põe nesse contexto diz respeito a situações em que o recurso aos mecanismos de ruptura (como a recusa à prestação ou o desligamento autorizado), na busca da parte pelos seus próprios interesses, é contestado como incompatível com os padrões de conduta derivados da boa-fé – notadamente, o dever de lealdade.

Trata-se, em síntese, do dilema de se saber até que ponto os interesses próprios dos agentes econômicos devem ceder a interesses da contraparte no momento em que se decide

---

[903] MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 439.
[904] SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 84.

romper relações empresariais – e em especial naquelas em que há a nota da colaboração. Por outras palavras, deve-se questionar em que medida as ideias de lealdade e cooperação poderiam conduzir a eventual exigibilidade do sacrifício de posições contratuais de vantagem[905].

7.3.3.1. Casuística: o caso Luiz Fernando Dannemann versus *Molson*

Uma vez mais, o recurso a disputas concretas ajuda a iluminar a questão.

A 17ª Câmara Cível do TJRJ se viu diante desse dilema em disputa relativa ao encerramento de uma frustrada *joint venture* para exploração, no Brasil, de um conjunto de cervejas fabricadas por um grupo canadense[906].

No caso, em apertada síntese, o grupo cervejeiro canadense Molson Canada ("Molson") propôs a um distribuidor brasileiro, Sr. Luiz Fernando Dannemann, uma *joint venture* com o objetivo de produzir suas cervejas no país. Esse distribuidor, inclusive, estava em negociações com concorrente da cervejaria canadense, o grupo Labatt, que foram extintas diante da proposta que lhe foi oferecida pela Molson. A parceria estava submetida a uma série de possibilidades de desligamentos motivados, dentro de períodos determinados, em especial no caso de a Molson não alcançar a capacidade de produção planejada.

Como o negócio não estava obtendo os avanços desejados, inclusive com poucos investimentos sendo realizados pelas partes, o grupo canadense lançou mão do direito de se desligar motivadamente do negócio, que lhe era garantido pelo contrato[907], e extinguiu a

---

[905] A provocação já fora feita por GUSTAVO TEPEDINO e ANDERSON SCHREIBER: "A boa-fé, seja por meio da imposição positiva de deveres anexos, seja por meio da proibição de exercer abusivamente (em contrariedade aos deveres anexos) os direitos contratuais, não implica renúncia a [...] direitos ou às situações de preponderância que possam vir a ocorrer no curso da relação obrigacional" (Os efeitos da Constituição em relação à cláusula geral da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003, p. 148).

[906] TJRJ, 17ª Câmara Cível, Apelação Cível nº 2004.001.08633, Rel. Des. Raul Celso Lins e Silva, v. m., j. 26.05.2004.

907 Eis o teor da cláusula invocada: "11.1(b) Mediante a ocorrência de qualquer um ou mais dos eventos a seguir, a licenciadora terá o direito de cancelar e rescindir este contrato imediatamente através de uma notificação por escrito à licenciada: [...] (ii) se a licenciadora não for capaz de obter a capacidade local de produção de cerveja até 31 de julho de 2000" ("Contrato de Prestação de Serviços de Marketing e Licença para Distribuição" firmado entre Molson Canada e DMC S.A., disponível a partir da fl. 105 do Recurso Especial nº 1.188.440/RJ, do acervo do STJ).

parceria dentro do prazo combinado, com o que se sucedeu a assinatura, em termos amigáveis, de instrumentos de quitação e não concorrência pelo distribuidor brasileiro.

Todavia, logo após o fim da *joint venture*, e para surpresa do sócio brasileiro, a Molson adquiriu o controle da cervejaria brasileira Bavária, numa operação de enorme monta financeira – com o que se tornou apto, a partir de então, a atingir os níveis de produção que haviam sido planejados com o antigo sócio. Diante desse cenário, o sócio brasileiro moveu ação contra o grupo canadense, suscitando a *invalidade* do termo de quitação e não concorrência, por suposto *erro* na formação do seu convencimento, e requereu indenização pelos prejuízos sofridos em consequência da violação, pelo ex-parceiro, dos *deveres de lealdade e cooperação*.

Após sentença acolhendo o pedido anulatório, a 17ª Câmara Cível do TJRJ reconheceu a validade dos instrumentos de quitação e não concorrência, mas considerou ter havido *ato ilícito* do grupo canadense. Mesmo tendo registrado se tratar de "relação empresarial, onde não há desfavorecido", e que a trajetória do sócio brasileiro "[demonstrava] pleno conhecimento do mercado em que [pretendia] atuar", o Des. RAUL CELSO LINS E SILVA apontou que "a boa-fé objetiva, lealdade, fidelidade e confiança devem sempre pautar os negócios, não apenas nas relações comerciais mas em todas as relações sociais", de modo que, no seu entender, o grupo canadense teria agido "com evidente má-fé", atraindo para si o dever de indenizar o ex-sócio pelos danos causados.

Trata-se de conflito complexo, pois, como o próprio Tribunal reconheceu, o grupo canadense teria agido "no exercício regular de um direito previsto em instrumento particular válido". E, diante da possibilidade de encerrar a parceria, é de se questionar se o *comportamento esperado* por parte dos canadenses seria, de fato, compartilhar a oportunidade de aquisição de outra cervejaria com o novo sócio, ou se seria legítimo explorá-la isoladamente, podendo fazê-lo.

7.3.3.2. Casuística: o "caso Goodlight"

Outro conflito interessante, dessa vez submetido à 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP, também explora essa dúvida sobre os limites da lealdade empresarial – mas seu desfecho foi oposto, envolvendo a Sra. Lucília Diniz, escritora, apresentadora e empresária criadora da linha de produtos alimentícios "Goodlight".

Filha de fundadores do Grupo Pão de Açúcar, a Sra. Lucília Diniz deu início à distribuição dos produtos Goodlight inicialmente mediante vendas somente para unidades dos hipermercados Pão de Açúcar; em 2006, no entanto, ela passou a negociar a venda dos produtos para outras redes e o Pão de Açúcar, por sua vez, passou a desenvolver marca própria de produtos saudáveis, a "Taeq".

Dois anos depois, Lucília firmou "acordo comercial" com a Nestlé Brasil Ltda. ("Nestlé"), com prazo inicial de um ano, aditado em seguida. Em termos gerais, o contrato estipulava que a Nestlé seria responsável por fabricar, comercializar, distribuir os produtos da marca Goodlight, gerenciar sua produtividade, bem como teria o direito de usar a imagem de Lucília Diniz em ações de marketing – tudo isso em contrapartida a uma remuneração semestral de 1% do valor líquido e total de vendas.

A relação comercial, contudo, não ocorreu como esperado e as vendas se deram a descontento. Assim, em 2012, a Nestlé extinguiu o contrato unilateral e imotivadamente, com base na cláusula 9.2[908] que assim o permitia. No mesmo ano, Lucília Diniz, em litisconsórcio com Goodlight Comércio de Produtos Alimentícios & Participações Ltda ("Goodlight"), moveu ação contra a Nestlé, culpando-a pelo mau desempenho das vendas e requerendo a reparação por perdas e danos[909].

As duas partes narram versões diferentes da história. Convém aqui adentrar em alguns detalhes.

No mesmo ano em que Lucília Diniz desvinculou a Goodlight do Pão de Açúcar, o Grupo Nestlé suíço anunciou a compra da sociedade americana Jenny Craig Inc. ("Jenny Craig"), que também atuava com produtos para dieta, por US$ 600 milhões. No entender de Lucília, esta aquisição demonstrava que o Grupo Nestlé enxergava grande potencial no mercado de alimentos saudáveis, o que teria levado a Nestlé a negociar o contrato

[908] Nessa cláusula, lê-se que "[q]ualquer uma das partes poderá resilir unilateralmente este contrato, de forma imotivada, mediante aviso prévio escrito, com antecedência mínima de 30 (trinta dias)" (Cláusula 9.2 do "Acordo Comercial" celebrado entre Nestlé Brasil Ltda, Good Light Comércio de Produtos Alimentícios e Participações Ltda e Lucília Diniz, datado de 19.03.2008, disponível a partir da fl. 146, do Agravo em Recurso Especial n 1.260.051/SP, do acervo do STJ).

[909] O enredo do processo envolve outras questões periféricas, entre elas uma alegação da Lucília de que a Nestlé teria feito proposta de aquisição, embuída de má-fé, o que a Nestlé refuta. No entanto, para o ponto que se pretende ilustrar esse aspecto não é relevante.

envolvendo a fabricação e distribuição dos produtos Goodlight em 2007 e formalizá-lo em 2008.

Durante boa parte das tratativas, Lucília diz ter negociado com o Sr. Ivan Zurita, então presidente da Nestlé. De acordo com a autora, Ivan era conhecido por suas grandes contratações – entre elas, a compra da Garoto, na qual investiu mais de R$ 200 milhões –, e compartilhava ideias de expansão da Goodlight.

Apesar da aparente sintonia inicial, Lucília Diniz alega que a Nestlé não se envolveu em realmente cumprir o contrato, que considerava inclusive se tratar de *contrato de parceria*. Segundo a autora, a Nestlé ofereceu ao mercado apenas 9 dos 286 produtos disponíveis para venda, fez poucos investimentos publicitários e afastou a presença da empresária do mercado, depreciando a marca. Assim, argumenta que a ré violou a boa-fé objetiva, porque as cláusulas do contrato e as tratativas geraram a legítima expectativa de que a Nestlé fosse se empenhar concretamente pela marca, como o fez pela Jenny Craig no estrangeiro.

Pela ótica da Nestlé, esses fatos são contados de maneira diferente.

De acordo com a Nestlé, a desassociação da Goodlight com o Pão de Açúcar resultou de desavença familiar e levou a marca a sair de circulação do mercado por quase dois anos. Somente por seu círculo de amizade com o Sr. Ivan Zurita teria Lucília conseguido negociar o contrato – que entende ser uma *cessão onerosa de uso de marca e imagem* e não um *contrato de parceria* – para tentar revitalizar a Goodlight. Para isso, alega que alguns produtos já comercializados pela Nestlé receberiam a marca Goodlight. Porém, afirma que esses produtos enfrentaram dificuldade no mercado, por resistência das principais redes varejistas – o Pão de Açúcar por questões familiares e porque concorria com a sua marca exclusiva Taeq, e as demais porque a imagem de Lucília estava atrelada à do concorrente, Pão de Açúcar. Todo esse contexto, no seu entender, levou às baixas vendas dos produtos, e não qualquer conduta comissiva ou omissiva da ré.

A Nestlé refuta ainda todas as alegações de que frustrou a expectativas de Lucília, seja porque não firmou qualquer promessa ou obrigação de resultado, seja porque a pretensão econômica da autora centrada na aquisição Jenny Craig não era factível. Esclarece, em seguida, as diferenças entre as duas sociedades: Jenny Craig, empresa

bilionária e multinacional em funcionamento desde 1983 e Goodlight, microempresa com duas sócias, que jamais teria produzido uma mercadoria, apenas emprestado a sua marca a produtos fabricados por terceiros.

Na sentença, o Juízo ressaltou que a relação entre as partes era paritária, entre empresária conhecida e assessorada e empresa renomada e, por isso, registrou que "deve[ria] ser observado exatamente o que contratado". Considerou-se, então, que (a) o acordo previu que a lista de produtos comercializados poderia ser ampliada ou reduzida a qualquer tempo, a exclusivo critério da Nestlé e (b) a Nestlé tinha discricionariedade para desenvolver a publicidade da marca da autora, sem qualquer requisito mínimo. Por fim, concluiu pela inexistência de inadimplemento da ré e pela legalidade do desligamento contratual[910].

Ao julgar a apelação, a 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial do TJSP afirmou que não havia nenhuma obrigação de investimento e, que, por isso, a Nestlé se reservou o direito de comercializar, de início, uma pequena lista de produtos Goodlight, podendo ampliar ou reduzir esse rol conforme seus interesses, justamente para testar a aceitação do mercado. De acordo com o tribunal, essa cláusula era *simplesmente potestativa* e não *puramente potestativa*, porque, interpretada, condicionava o aumento da comercialização dos produtos Goodlight à aceitação, ou não, da marca no mercado e não ao mero arbítrio da Nestlé. Com isso, conclui que a extinção unilateral do contrato estava "inteiramente afinada com a sua natureza, que envolve fidúcia e cooperação, assim como com a operação econômica ajustada pelas partes, que dependia da aceitação dos produtos pelo mercado", de forma que "[n]ada h[avia] de abusivo ou de ilícito na denúncia, a justificar o pedido indenizatório"[911]. Contra essa decisão há recurso pendente de apreciação do STJ[912].

Como se vê, nesse segundo caso, ao contrário do descrito anteriormente, os julgadores não reconheceram qualquer violação ao dever de lealdade. Ao contrário: mantiveram a redação do contrato na íntegra e aplicaram seus mecanismos sem maiores

[910] TJRJ, 20ª Vara Cível, Processo n° 015540-10.2012.8.26.0100, decisão de 14.11.2013.
[911] TJSP, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, Apelação Cível n0155450-10.2012.8.26.0100, Rel. Des. Francisco Loureiro, v. u.., j. 03.02.2016.[912] STJ, Agravo em Recurso Especial 126.0051/SP, autuado em 12.03.2018 e concluso para apreciação do relator desde 03.04.2018.
[912] STJ, Agravo em Recurso Especial 126.0051/SP, autuado em 12.03.2018 e concluso para apreciação do relator desde 03.04.2018.

titubeios, tanto para a designação dos produtos a serem distribuídos por critério da Nestlé, como para legitimar sua saída unilateral e imotivada do contrato.

Os dois casos servem para mostrar a inegável pauta existente acerca do grau de sindicância que se deve fazer sobre o contexto no qual se insere o exercício de mecanismos de ruptura em contratos associativos ou de cooperação, quando presentes seus pressupostos, em situações nas quais o agente econômico atua na busca de seus interesses próprios, e sob a alegação de ter sido desleal com a contraparte.

7.4. O argumento da onerosidade excessiva como risco de reexame do design contratual (art. 413 do Código Civil)

Outra barreira que se costuma levantar para impedir ou restringir os efeitos de mecanismos de ruptura é o argumento da *onerosidade excessiva* resultante do exercício do direito invocado – derivação, segundo alguns, do princípio do equilíbrio contratual.

O argumento surge, em especial, nos casos em que a parte que aciona o mecanismo fica obrigada a pagar quantia substancial para exercê-lo (como uma cláusula de recompra) – ou, no sentido inverso, quando a parte contra a qual se exerce o mecanismo fica sujeita a pagar quantia significativa para o titular do direito de se desligar (é o que se dá, por exemplo, no exercício da opção de venda contra o outorgante ou da aplicação de multa por inadimplemento).

Em qualquer dessas situações – bem como em outras operações que se possa imaginar –, o risco de os valores contratualmente ajustados serem alterados incomoda os agentes econômicos, pois pode afetar os resultados esperados com o contrato e desmontar, ou ao menos prejudicar, a dinâmica dos riscos e ônus inicialmente desenhada. E esse risco deriva, em boa parte, da tentativa de aplicação, às multas e a outras situações análogas, do art. 413 do Código Civil, segundo o qual a penalidade deve ser *reduzida equitativamente* pelo juiz "se a obrigação principal tiver sido *cumprida em parte*, ou se o montante da penalidade for *manifestamente excessivo*, tendo-se em vista a *natureza* e a *finalidade* do negócio".

Essa tentativa ocorre não somente nas hipóteses em que as partes estão diante de cláusulas penais, mas também perante mecanismos distintos – o que não é incomum, por exemplo, no setor imobiliário, em que a prática das permutas imobiliárias por vezes faculta

a conversão da obrigação de entregar unidades autônomas em pagamento em dinheiro, caso a obra não se inicie ou se conclua no prazo ajustado, mediante concentração a ser efetuada pelo credor.

O incômodo causado pela insegurança derivada desse dispositivo – que, na prática, torna qualquer cláusula penal sujeita a revisão *a posteriori* – por vezes suscita expectativas de que a regra não se aplique para a categoria dos contratos empresariais, o que esbarra não só na existência da regra legal, que não distingue os contratos por suas categorias, como também precisa enfrentar a difícil resistência que lhe pode ser oferecida pela reiterada postura dos tribunais de entender que se trata de norma cogente.

Ainda assim, enxerga-se espaço interpretativo suficiente para que a regra seja aplicada com as devidas cautelas em relações empresariais, considerando-se inclusive as mensagens que se podem extrair do fato de a multa ser meio estrutural escolhido para proteger posições dos agentes econômicos: a parte final da regra – "*tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio*" – parece ser a chave de leitura para que, nos contratos empresariais, a dinâmica dos riscos distribuídos entre as partes possa ser contemplada na manutenção, sempre que possível, do valor da multa[913] – caso os meios estruturais adotados no contrato transmitam expectativas de menor intervenção discricionária pelo julgador.

7.4.1. Casuística: o caso do apresentador Celso de Freitas *versus* TV Globo

Exemplo interessante para mostrar a relevância do tema no contexto do design contratual se extrai de disputa julgada pela 4ª Turma do STJ envolvendo o apresentador telejornalístico Celso de Freitas, bem como sua empresa Multimídia Produções Comunicações Ltda., e a TV Globo Ltda. ("TV Globo").

Pelo que se lê dos autos, o apresentador e sua empresa celebraram contrato de prestação de serviços com a TV Globo por prazo determinado de quatro anos e três meses e valor mensal de R$ 23.087,00 (o que somaria, ao final do contrato, a quantia de

[913] É, por exemplo, a opinião de ANA LUIZA TESSER ARGUELLO, para quem "não parece ser condizente com a lógica dos contratos empresariais a autorização de redução da cláusula penal pelo juiz em razão de excesso manifesto a ser verificado de acordo com a natureza e o fim do negócio (segunda parte do artigo 413 do Código Civil)" (*A cláusula penal nos contratos empresariais*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 114-115.

R$ 1.177.437,00). Pouco tempo antes de se encerrar o prazo contratual – cerca de 95% de cumprimento do prazo –, Celso de Freitas comunicou à TV Globo seu desejo de se desligar unilateralmente do contrato e passou a apresentar programa jornalístico na emissora concorrente da TV Globo, a Rede Record. A TV Globo, então, ajuizou ação indenizatória em face de Celso de Freitas e de sua empresa, com pedido de pagamento de multa no valor de R$ 1.200.500,00. Ao analisar a questão, o TJRJ aplicou o art. 413 do Código Civil e reduziu a multa para condenar o jornalista (e sua empresa) ao pagamento de R$ 600.250,00, equivalente a 50% da multa contratual. A questão chegou ao STJ, onde a 4ª Turma manteve a redução da cláusula penal em 50%, considerando que "o critério adotado pelo Código Civil de 2002 é o da *equidade*, não havendo falar em percentual de dias cumpridos do contrato". Assim, prosseguiu o Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, "o critério da proporcionalidade foi afastado com o advento do Código Civil de 2002, quando se passou a adotar *o critério da equidade*"[914].

Essa postura do STJ – de que a redução da multa se faz por critério de equidade, não de proporcionalidade –, embora aderente ao texto da lei, tem grande potencial de gerar incerteza. Afinal, a equidade, *por conceito*, é o instrumento que o legislador adota para solucionar situações em que se reconhece a incapacidade de se preverem critérios ou soluções apriorísticas; serve a equidade, portanto, como uma espécie de válvula de escape metodológica para legitimar soluções *ad hoc*; a imprevisibilidade é uma nota característica sua.

O ponto que merece atenção é que, ao ter o ordenamento brasileiro regra (por muitos considerada cogente) que permite a redução equitativa do montante das multas contratuais, e tendo o STJ confirmado a aplicação do critério da equidade para tanto, lançam-se incertezas sobre o principal alicerce do sistema de avaliação de performance (ou reajuste de preço) baseado na previsão concatenada de multas com cláusulas que permitem compensação e retenção voluntária de valores.

Vale dizer que a existência dessa regra, recomendando o uso do critério equitativo, potencializa a incerteza dos mecanismos de ruptura baseados nos sistemas de multas, pois fornece ao devedor ferramenta metodológica que lança dúvida sobre qualquer multa

[914] STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 1186789/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v. u., j. 20.3.2014.

contratual – e ela é aplicada com frequência em juízo[915] e também nas arbitragens comerciais, sobre as quais por vezes há certa expectativa de que os árbitros hão de ser mais reverentes ao rigor das cláusulas contratuais.

É interessante notar que o grau de incerteza sobre a manutenção dos valores das multa não parece apresentar diferença substancial ao se comparar o entendimento do STJ com a prática da arbitragem comercial brasileira – diferentemente do que por vezes se imagina acerca de uma suposta maior rigidez na aplição das regras contratuais pelos árbitros. Podem-se apontar ao menos três sentenças arbitrais que aplicaram o art. 413 para reduzir montante de multas – algumas mediante o critério proporcional, outras empregando o raciocínio por equidade.

A primeira deles envolve contrato de empreitada com objetivo de implementar uma rede de transmissão de energia, firmado entre Alta Energia Empreendimentos e Construções S.A e Interligação Elétrica do Madeira S.A. No caso, a empreiteira atrasou a entrega da obra em aproximadamente 56 dias, o que, de acordo com o contrato, a sujeitava a multa diária de cerca de R$ 700 mil, totalizando cobrança na ordem de quase R$ 40 milhões. Diante das circunstâncias fáticas, o Tribunal Arbitral decidiu revisar o valor unitário da multa diária *por equidade* e o montante total da multa foi reduzido consideravelmente, para cerca de R$ 5 milhões[916].

Em outra disputa, a respeito de contrato de construção com preço máximo garantido, também se operou a redução da multa. BKO Engenharia e Comércio Ltda, responsável pela construção, conclui apenas 84,11% do avanço físico da obra, restando quase 16% a cumprir. O contrato previa multa fixa de 5% do preço em caso de inadimplemento e o preço máximo garantido era de R$ 87 milhões. A multa, uma vez mais, foi revisada. O Tribunal Arbitral, embora tenha afirmado que estava promovendo

[915] Outro caso semelhante em que este raciocínio foi utilizado consiste na disputa entre o cantor Roberto Souza Rocha (conhecido por Latino), em que se reduziu a multa contratual de R$ 1.000.000,00 para R$ 500.000,00, com fundamento na equidade (STJ, 4ª Turma, Recurso Especial nº 1466177/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, v. u., j. 20.6.2017). Em outro caso, a 3ª Turma reafirmou que "a jurisprudência do STJ orienta que não há uma relação de proporcionalidade matemática exata entre o grau de inexecução da prestação e o de redução do valor da cláusula penal" (STJ, 3ª T, REsp 1655139/DF, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 5.12.2017). Neste sentido também: STJ, 4ª T, REsp 1353927/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 17.5.2018.

[916] Câmara FGV de Conciliação, Procedimento Arbitral nº 21/2014, Alta Energia Empreendimentos e Construções S.A *v* Interligação Elétrica do Madeira S.A., Sentença Parcial de Mérito, j. 22.07.2016, Tribunal Arbitral composto por Luiz Leonardo Cantidiano (Presidente), Gustavo Tepedino e Selma Maria Ferreira Lemes, disponível a partir da fl. 80 dos autos do processo nº 0331333-30.2016.8.19.0001, do acervo do TJRJ.

redução equitativa da multa, na prática a reduziu *proporcionalmente* – de R$ 4,3 milhões para R$ 700 mil[917].

Tem-se notícia ainda de uma terceira ocasião em que se operou a redução da multa. Tratava-se no caso de contrato de locação de sondas por prazo determinado, extinto pela locadora antes do termo – quando havia transcorrido apenas 25% do prazo acordado. O contrato previa multa fixa no valor de R$ 10 milhões para essa exata hipótese, a qualquer das partes que lhe desse causa. Apesar do texto da cláusula, o Tribunal Arbitral reduziu a multa em 40% – fixando-a, então, em R$ 6 milhões. Veja-se que nesse caso a redução se deu por critério *equitativo*, não guardando proporcionalidade com o período transcorrido do prazo contratual[918].

Assim, a regra do art. 413 do Código Civil, e a *dúvida constante* que lhe acompanha, consiste numa espécie de elemento irritante (para usar a imagem de GUNTHER TEUBNER) que o Direito brasileiro provoca em resposta aos axiomas assumidos pela teoria do design contratual – sobretudo aquele por meio do qual se pressupõe que as partes desejam a aplicação ortodoxa do direito positivo e das cláusulas contratuais, o que pode ser lido como o desejo de que multas não sejam reduzidas se o contrato assim não o estabelecer em sentido contrário. Sob o ponto de vista do direito positivo brasileiro, esse propósito é difícil de ser alcançado.

7.5. A função social dos contratos como limitador do encerramento de investimentos de grande impacto (art. 421 do Código Civil)

Por fim, o design da ruptura dos contratos empresariais também pode encontrar obstáculos em razão dos diferentes conteúdos semânticos que o discurso jurídico brasileiro tem atribuído ao *princípio da função social dos contratos.*

A função social do contrato é prevista no art. 421 do Código Civil como *razão* e *limite* da liberdade contratual. Ela serve, portanto, de fundamento e de baliza para o exercício da autonomia privada. Por esse princípio, cujo alcance permanece impreciso no

[917] Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara do Comércio Brasil-Canadá, Procedimento Arbitral nº 60/2011, BKO Engenharia e Comércio Ltda *v* Interlake Empreendimentos Imobiliários Ltda. e outra, Sentença Arbitral, j. 21.10.2014, Tribunal Arbitral composto por Hermes Marcelo Huck (Presidente), José Emilio Nunes Pinto e Marcos André Franco Montoro, disponível a partir da fl. 488 dos autos do processo nº 029391-18.2016.8.26.0100, do acervo do TJSP.
[918] Sentença arbitral confidencial.

Direito brasileiro[919], pode-se dizer, com JORGE CESA FERREIRA DA SILVA, que se lhe "atribui a especial virtude de *incluir, como elemento de necessária atenção jurídica, preocupações com terceiros não membros da relação*, o que inegavelmente vai ao encontro das aspirações de uma sociedade que se pretende mais solidária"[920].

Essa preocupação com a esfera jurídica de terceiros que circundam contratos dos quais não são partes é significativa em grandes empreendimentos, grandes operações – basta se pensar na realidade das grandes obras de engenharia, que reconstroem cidades e impactam toda a economia de um município.

Ainda por meio da função social, destaca-se construção teórica sofisticada empreendida por TERESA NEGREIROS, em sua já consagrada obra[921], acerca do que designou *paradigma da essencialidade*.

A proposta de TERESA NEGREIROS consiste, em resumo, em identificar um padrão comum e objetivo para diferenciar a disciplina dos contratos – não com foco em aspectos formais ou na proteção voluntarista, mas em atenção à destinação do bem contratado perante a pessoa que dele se utiliza. Aí reside a originalidade da sua perspectiva, consistente na sugestão de um parâmetro decisório por ela denominado "*paradigma da essencialidade*"[922]. Orientada por esse paradigma, TERESA NEGREIROS propõe "que a

---

[919] Para um estudo panorâmico sobre as diferentes sugestões de leitura acerca do papel da função social dos contratos no Direito brasileiro, cf. BELLOIR, Arnaud Marie Pie; POSSIGNOLO, André Trapani Costa. Ensaio de classificação das teorias sobre a função social do contrato. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 37-56, jan./mar. 2017.

[920] SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 127. As palavras utilizadas no conceito proposto são importantes, pois há nelas sutilezas nem sempre compreendidas pelos autores que se dedicaram ao assunto. *Incluir preocupações com terceiros como elemento de necessária atenção jurídica* é algo um tanto distinto, por exemplo, do que propõe GUSTAVO TEPEDINO, para quem a função social deve ser entendida como um princípio que "*impõe às partes o dever de perseguir*, ao lado de seus interesses individuais, a *interesses extracontratuais socialmente relevantes*, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos" (Notas sobre a função social dos contratos. In: _____. *Temas de direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 149). Entre *incluir preocupações* com a esfera jurídica de terceiros e *impor o dever de se perseguirem interesses alheios* vai uma distância significativa. Acredita-se que a razão está com JORGE CESA.

[921] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 387-504.

[922] Reduzindo-se tais considerações a uma conclusão sintética, recorre-se às palavras da autora: "[o]s contratos que versem sobre a aquisição ou a utilização de bens que, considerando a sua destinação, são tidos como essenciais estão sujeitos a um regime tutelar, justificado pela necessidade de proteção da parte vulnerável – assim entendida a parte contratante que necessita do bem em questão –; e vice-versa, no extremo oposto, os contratos que tenham por objeto bens supérfluos regem-se predominantemente pelos princípios do direito contratual clássico, vigorando aqui a regra da mínima intervenção heterônoma" (NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 463).

utilidade existencial do bem contratado passe a ser um critério juridicamente relevante no exame das questões contratuais"[923].

Para tanto, deve-se proceder a "uma diferenciação que tenha como base a destinação do bem cuja aquisição ou utilização seja objeto do contrato"[924], distinguindo aquelas situações patrimoniais – especificamente as relações contratuais – qualificadas em função da sua "utilidade existencial, como tal entendido o grau de imprescindibilidade da aquisição ou utilização pessoal do bem em questão para a conservação de um padrão mínimo de dignidade de quem dele necessita"[925].

Significa dizer, por outras palavras, que a *destinação do bem ou serviço* à pessoa do contratante pode servir como parâmetro decisório, diante do caso concreto, para aferir a legitimidade ou a extensão de determinados mecanismos jurídicos[926]. No que toca especificamente a este trabalho, TERESA NEGREIROS anota a potencialidade de, com o recurso ao paradigma da essencialidade, fundamentar-se "a mitigação das sanções normalmente resultantes da mora ou do inadimplemento contratuais por parte do necessitado"[927].

Dois exemplos servem para ilustrar como o recurso à função social pode lançar a sombra da dúvida sobre a eficácia dos mecanismos de ruptura em situações dramáticas.

---

[923] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 388.
[924] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 461.
[925] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 463.
[926] A dificuldade de definir-se o que se considera ou não *essencial* é analisada pela autora, ao demonstrar como o Direito brasileiro já fornece parâmetros nesse sentido, como a relação prevista no art. 7º, IV, da Constituição, sobre as necessidades básicas a que o salário mínimo deve ser capaz de satisfazer; o destino de recursos previstos pela Emenda Constitucional nº 31, de 2000, ao criar o "Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza"; ou a específica indicação dos serviços considerados essenciais pela Lei nº 7.783, de 1989, referente ao exercício do direito de greve. TERESA NEGREIROS ainda arremata ser importante notar "que o grau de utilidade, à luz da paradigma da essencialidade, será dado não apenas pela natureza do bem, mas, igualmente, em razão da sua destinação, o que significa que a aceitação do mencionado paradigma pressupõe como legítimas as considerações feitas *in casu*, à luz das circunstâncias funcionais, específicas da relação contratual em exame. Assim é que a articulação e o desenvolvimento do paradigma da essencialidade implicarão sempre um considerável nível de discricionariedade por parte do juiz. Mas tal fato não o desautoriza. Antes, pelo contrário, reforça a congruência que o dito paradigma guarda em relação a tendências significativas do direito civil contemporâneo" (*Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006); as considerações da autora sobre os parâmetros de aferição da essencialidade estão entre as p. 468 e 469, enquanto a citação reproduzida se encontra na p. 470.
[927] NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 485.

7.5.1. Casuística: as disputas entre a Petrobras e seus fornecedores

Primeiro, as disputas entre a Petrobras e seus fornecedores ajudam a demonstrar o ponto: ameaçados com a suspensão de pagamentos ou a extinção dos contratos, esses fornecedores têm recorrido ao Poder Judiciário e, na tentativa de obter tutela de urgência, apostam boa parte de suas fichas nos impactos que a medida unilateral pretendida pela petroleira pode causar a terceiros. Afinal, sendo negada a tutela de urgência a esses fornecedores, seu poder de barganha para a manutenção do ajuste fica significativamente reduzido, restando-lhes a renegociação dos termos contratuais ou a busca da via indenizatória.

A análise de alguns desses litígios e da forma como a função social do contrato é tratada faz emergir questões dignas de nota – em especial sobre a tarefa de demonstrar os requisitos do *perigo da demora* (seja por risco ao resultado útil do processo ou pelo perigo de dano) e da *probabilidade do direito*, na forma do art. 300 do CPC.

O perigo da demora tem sido muitas vezes justificado nessas relações pelo *risco econômico-financeiro* da medida adotada pela Petrobras. Não raro, dá-se grande importância ao impacto da sanção aplicada pela Petrobras sobre a saúde das empresas envolvidas (em especial aos efeitos da medida sobre terceiros ligados a essas empresas), buscando que se forcem os julgadores a avaliar qual das partes tem melhor condição de arcar com os riscos inerentes à continuidade do processo sem uma tutela provisória[928].

Embora não se possa apontar tendência jurisprudencial específica a respeito, pode-se perceber um conjunto considerável de decisões que alocam esse ônus à Petrobras, optando por manter a eficácia de contratos ou da exigibilidade de pagamentos controvertidos, sob o fundamento de se evitar a bancarrota do fornecedor-requerente.

Como exemplo, em disputa entre a petroleira e a Galáxia Marítima S.A., a 17ª Câmara Cível do TJRJ concedeu a tutela pretendida pela fornecedora ao argumento de

[928] Veja-se, a título exemplificativo, a consideração do relator ao negar efeito suspensivo em agravo de instrumento interposto pela Petrobras contra decisão que lhe impediu de efetuar deduções ou descontos em desfavor da BSCO Navegação S.A.: "o desconto pretendido pela [Petrobras] comprometeria 75% da receita da [fornecedora], montante significativo, que poderia inviabilizar a manutenção da atividade econômica de grande parte das sociedades empresárias, e, na verdade, o risco na demora do provimento jurisdicional seria em socorrer à [fornecedora]" (TJRJ, 19ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0062701-70.2015.8.19.0000, Rel. Des. Lucio Durante, j. 28.06.2016).

"que a cobrança ilícita de multa contratual poderia comprometer o bom funcionamento de suas atividades e, principalmente, a manutenção de postos de trabalho e a remuneração de seus empregados (que chegam a quase 400 funcionários)", com o risco de "afetar seriamente o desenvolvimento da atividade empresarial da [fornecedora], o que viola os princípios da função social e da preservação da empresa"[929]. Nesse contexto, impediu-se a Petrobras de compensar o valor da dívida cobrada a título de multa com os créditos que a fornecedora fazia jus pelos serviços prestados em outros contratos mantidos com a estatal.

Disputa interessante, a propósito, é a que envolve a tentativa da Brasitest Ltda. de obter da Petrobras, mediante tutela provisória de urgência, a liberação liminar de valores que haviam sido retidos pela estatal sob o pretexto de que a fornecedora teria descumprimento obrigações contratuais. Ao avaliar o perigo da demora, notou o julgador de primeira instância o fato de que já havia decisão da Justiça do Trabalho determinando "o bloqueio de créditos da autora a fim de destiná-los ao pagamento dos seus empregados"[930], com o que entendeu não haver perigo de dano – isto é, uma vez que a remuneração dos empregados estava protegida por outra decisão, não seria necessário, em caráter de urgência, liberar recursos para a fornecedora gerir o seu caixa.

O mesmo princípio que subjaz a esse raciocínio é o que por vezes justifica decisões que negam efeitos ao desligamento contratual na hipótese corriqueira de haver cláusula autorizando a extinção contratual no caso de uma das partes requerer recuperação judicial, extrajudicial, falência ou qualquer outro processo relativo à insolvência – tema controvertido, e que não cabe nos limites desta tese[931].

---

[929] TJRJ, 17ª Câmara Cível, Agravo de Instrumento nº 0020174-69.2016.8.19.0000, Rel. Des. Flávia Romano de Rezende, j. 29.6.2016.

[930] TJRJ, 1ª Vara Cível, Processo nº 0007440-02.2016.8.19.0028, decisão de 1.7.2016.

[931] Sobre o assunto, na opinião de JORGE LOBO, "a ação de recuperação judicial não é causa de resilição unilateral de contrato assinado com o devedor, mesmo que haja cláusula resolutória expressa prevendo a denúncia em caso de recuperação judicial ou falência" (In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 141). Neste sentido também já entendeu a Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado do TJSP: "Eventual previsão contratual no sentido de que o contrato considera-se automaticamente rescindido apenas em face do requerimento ou deferimento do processamento da recuperação judicial não pode se sobrepor ao espírito da lei, a não ser que a própria norma legal excepcione hipótese em contrário, o que não é o caso" (TJSP, Câmara Especial de Falências e Recuperações Judiciais de Direito Privado, AI n. 9038657-43.2009.8.26.0000, Rel. Des. Elliot Akel, v. u., j. 18.8.2009). Em sentido contrário – ou seja, pela validade de cláusula resolutiva expressa para situações de recuperação judicial –, também já se decidiu no âmbito do TJSP que, "sopesando a prevalência da autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos é o caso de se reconhecer a validade da cláusula resolutiva expressa por

7.5.2. Casuística: o "caso Pro Matre"

Outro exemplo eloquente sobre o problema da ruptura contratual em contextos que envolve terceiros se extrai de litígio intrincado sobre o inadimplemento de contrato celebrado entre uma associação beneficente e uma sociedade especializada na área médico-hospitalar[932].

Em apertado resumo, a Associação Pro Matre ("Pro Matre"), entidade precipuamente dedicada ao atendimento de gestantes carentes e de seus filhos, havia celebrado com o Instituto de Perinatologia do Estado do Rio de Janeiro Ltda. ("IPERJ"), sociedade formada por profissionais renomados na área de perinatologia, negócio denominado "Contrato de Desenvolvimento de Serviços Médico-Hospitalares", cujo objeto era a transformação de um pavilhão semidesativado de um hospital de propriedade da associação em uma maternidade especializada e um centro de educação médica, de modo a que o empreendimento, destinado a atender pacientes do SUS e clientes particulares, pudesse gerar lucros aos contratantes. Ambas as partes contraíram obrigações no negócio, pecuniárias ou não; em destaque, a Pro Matre deveria disponibilizar itens de infraestrutura ao IPERJ, que, por sua vez, deveria pagar uma remuneração mensal à contraparte e ressarci-la de seus custos de manutenção. No entanto, o desenrolar da parceria encontrou obstáculos, e as partes passaram a imputar reciprocamente diversos inadimplementos, como a omissão na transferência de bens pela Pro Matre e, principalmente, a inadimplência financeira do IPERJ.

Após troca de notificações e contra-notificações, o IPERJ moveu ação pleiteando a revisão dos valores estabelecidos no contrato. A Pro Matre, por sua vez, antes de oferecer contestação, notificou a contraparte considerando extinto o contrato, em razão de cláusula resolutiva expressa e da falta de pagamentos acordados; solicitou, então, que os profissionais do IPERJ deixassem imediatamente o imóvel e que a contraparte arcasse com a contratação de outra instituição capaz de manter as atividades da clínica, para que não

---

insolvência" (TJSP, 2ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, AI n. 2170597-75.2017.8.26.0000, Rel. Des. Maurício Pessoa, v. u., j. 22.11.2017).

[932] O autor já teceu comentários sobre esse caso em trabalho anterior (BUTRUCE, Vitor. *A exceção de contrato não cumprido no Direito Civil brasileiro contemporâneo*: funções, pressupostos e limites de um "direito a não cumprir". 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009, p. 214-217). Pede-se vênia para referenciá-lo novamente, dada a riqueza da discussão jurídica que proporciona.

houvesse prejuízo aos assistidos. Baseada na inadimplência financeira do IPERJ, a resposta da Pro Matre veio acompanhada de reconvenção, na qual solicitava o despejo da contraparte e requeria autorização, em caráter liminar, para interromper a disponibilização dos serviços de infraestrutura que fornecia ao IPERJ.

O pedido reconvencional de tutela antecipada foi negado, considerando a julgadora de primeira instância que os serviços prestados na clínica eram *essenciais*, "deles dependendo a vida e saúde dos pacientes atendidos"[933]. Inconformada, a Pro Matre interpôs agravo com pedido de efeito suspensivo ativo, negado pelo Desembargador Relator. Dessa decisão foi interposto agravo regimental, acolhido pela 15ª Câmara Cível do Rio de Janeiro, por unanimidade, com base no art. 476 do Código Civil. Eis a ementa:

> "Agravo Regimental. Pedido de autorização, à guisa de antecipação de tutela, para suspender prestação de serviços, por não estar o seu tomador por eles pagando. Decisão de primeiro grau indeferindo-o. Essa suspensão está expressamente autorizada no art. 476 do Código Civil, dispensando consulta ao Judiciário, para saber a parte se pode, ou não, assim proceder. Provimento de primeiro grau que, ao indeferir o pedido, impede o exercício desse direito pela agravante. Provimento parcial do recurso para cassar a decisão"[934].

O acórdão ainda diz que a decisão singular não poderia, ao examinar o pedido da Pro Matre, proibi-la de suspender suas obrigações, mas "poderia, sim, proceder ao contrário, ou seja, deferir pleito do [IPERJ], no sentido de impedir tal suspensão". Com base nessa passagem, o IPERJ requereu antecipação de tutela ao juízo de primeira instância para que proibisse a suspensão promovida pela Pro Matre, no que foi atendido, novamente com base na essencialidade da prestação contratada. Dessa decisão houve agravo de instrumento interposto pela Pro Matre, cujo efeito suspensivo foi deferido, por questões processuais. Mas vale destacar o seguinte trecho das informações prestadas pela prolatora da decisão à instância superior: "[...] ousou esta magistrada reapreciar e deferir o

[933] Vale notar que a própria Associação Pro Matre reconhecia ser delicado o encerramento do contrato, declarando ter "plena ciência da importância dos serviços que presta para a manutenção da saúde dos pacientes atendidos (...) [estando] ciente de seu dever de preservar vidas humanas, [pelo que não interromperia] qualquer serviço prestado ao autor, até que [o] MM. Juízo [decidisse] determinar a desocupação".

[934] TJRJ, 15ª Câmara Cível, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 2004.002.16258, Rel. Des. Sergio Lucio de Oliveira e Cruz, v. u., j. 29.09.2004.

pedido de antecipação de tutela, considerando [...] *a extrema gravidade do caso*, que envolve a vida de mães e recém-nascidos internados no hospital agravado".

O caso é delicado e serve para algumas reflexões. Em última análise (e abstraindo-se o eventual acerto das razões de cada parte), havia uma associação beneficente prestando serviços para uma sociedade com finalidade lucrativa, sem receber a contraprestação que considerava devida. De outra parte, não se pode negar a relevância dos interesses das gestantes e seus filhos perante litígio de natureza comercial. Quer-se acreditar que há motivos plausíveis para diferenciar o tratamento de um caso como tal em comparação com uma disputa societária, ou um litígio comercial envolvendo prestação de serviços ou fornecimento de matéria-prima.

7.6. As possibilidades das convenções processuais (art. 190 do Código de Processo Civil)

Por fim, outra pauta de estudo de enorme potencial que deriva das reflexões sobre a teoria do design contratual, sobretudo à luz da contribuição deixada pelo texto seminal de ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS, é a exploração dos seus achados no contexto da "cláusula geral de negociação jurídico-processual atípica"[935] – prevista no art. 190 do Código de Processo Civil, com a seguinte redação:

> "Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.
> Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade".

Diante desse texto, e em linha com o que alguns designam *princípio do respeito ao autorregramento da vontade*[936], passou-se a admitir que os agentes econômicos desenhem

[935] DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2, jan. 2018, versão eletrônica, p. 2.
[936] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 142.

regras de procedimento que melhor atendam às suas necessidades de tutela jurisdicional[937]. Apesar de inseridos em discussões sobre nomenclatura características dos cultores do processo civil, pode-se dizer que os *negócios jurídicos processuais,* ou as *convenções processuais*, consistem no "fato jurídico voluntário, em cujo suporte fático se confere ao sujeito o poder de regular, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais ou alterar o procedimento"[938].

A abertura oferecida pelo texto legal é notável: podem-se estipular mudanças no procedimento e convencionar sobre "ônus, poderes, faculdades e deveres processuais" – o que pode incluir questões sobre o calendário processual, provas, despesas e tantos outros temas. As possibilidades abertas pelo reconhecimento legal da autonomia privada em matéria processual se verificam no extenso rol de sugestões de objeto para as convenções processuais oferecidas pelo Enunciado nº 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, ocorrido em 2013, e que arrola as seguintes hipóteses:

> "São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: pacto de impenhorabilidade, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória; pacto de mediação ou conciliação extrajudicial prévia obrigatória, inclusive com a correlata previsão de exclusão da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de exclusão contratual da audiência de conciliação ou de mediação prevista no art. 334; pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas; previsão de meios alternativos de comunicação das partes entre si; acordo de produção antecipada de prova; a escolha consensual de depositário-administrador no caso do art. 866; convenção que permita a presença da parte contrária no decorrer da colheita de depoimento pessoal"

Por sua vez, o parágrafo único do art. 190 do Código de Processo Civil também traz as balizas de validade dessas convenções. Afinal, tratando-se de negócio jurídico incidente sobre fenômeno delicado – os poderes relativos ao exercício da jurisdição –, era mesmo de

[937] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 143.
[938] DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, mai. 2018, versão eletrônica, p. 2.

se esperar que a lei trouxesse salvaguardas para evitar abusos. E o texto proscreve somente as seguintes situações: "casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade".

Diante desse rol, o mesmo Fórum Permanente de Processualistas Civis emitiu seu Enunciado nº 20, sugerindo entendimento sobre quais conteúdos devem ser considerados inválidos se adotados por convenções processuais:

> "Não são admissíveis os seguintes negócios bilaterais, dentre outros: acordo para modificação da competência absoluta, acordo para supressão da primeira instância, acordo para afastar motivos de impedimento do juiz, acordo para criação de novas espécies recursais, acordo para ampliação das hipóteses de cabimento de recursos".

O Código de Processo Civil também se preocupa em definir *quem pode* lançar mão desses mecanismos (partes plenamente capazes integrantes de relação jurídica sobre direitos que admitam autocomposição) e quem *não pode* (*a contrario sensu*, partes incapazes ou partes capazes envolvidas em relação jurídica que não admite autocomposição; e pessoas em situação de vulnerabilidade).

Acredita-se que grande parte dos contratos empresariais – sobretudo aqueles de que se cogita nessa tese – tende a passar incólume pelos testes de validade objetivos e subjetivos fixados pela lei. Assim, "[o]s contratos empresariais são um *campo fértil* para a celebração de negócios jurídicos processuais"[939].

Os principais incentivos que se vislumbram com o uso das convenções processuais nos contratos empresariais resultam da possibilidade de as partes *simplificarem* o procedimento – pois uma simplificação em matéria processual tende a reduzir custos da disputa e obter celeridade[940].

Mas se pode ir além: as possibilidades deixadas pela cláusula geral de convenções processuais permitem que se agreguem elementos capazes de dar maior *confiabilidade* ao

[939] DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, mai. 2018, versão eletrônica, p. 15

[940] No mesmo sentido, cf. GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. Análise econômica dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, abr. 2018, versão eletrônica, p. 9.

procedimento litigioso – como se dá pela nomeação *ex ante* de perito que as partes consideram qualificado e apto a analisar suas disputas.

Como resultado dessa equação, o aproveitamento das convenções processuais pode resultar em outro benefício importante, que é trazer mais *segurança e previsibilidade* sobre as disputas processuais[941].

De acordo com o ANTONIO DO PASSO CABRAL, a capacidade de se estimar o resultado do processo pode ser "diretamente impactada por um déficit de uniformidade e coerência do sistema processual", considerando fatores imprevisíveis como sua "duração, publicidade, as considerações e a ênfase que os agentes darão ao debate e aos argumentos dos litigantes" [942]. Assim, seja pela simplificação procedimental ou pela oportunidade de se controlarem variáveis da dinâmica contenciosa, as convenções processuais podem servir como instrumento para aumentar a previsibilidade sobre o resultado das demandas e sobre as despesas que lhe são associadas[943]. E, se assim o é, uma vez que segurança e previsibilidade são os dois elementos centrais da função que se espera do Direito Comercial[944], os contratos empresariais são mesmo terreno propício para o desenvolvimento dessa técnica[945].

Cabe à práxis, portanto, aproveitar a estrada pavimentada, elaborando novas estratégias de solução para problemas derivados das disputas adversariais e desenvolvendo meios estruturais capazes de preencher a moldura ampla deixada pelo art. 190 do Código de Processo Civil, utilizando-os como instrumentos de gerenciamento de custos de

[941] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 212.
[942] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 212.
[943] CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 212. No mesmo sentido, cf. DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, mai. 2018, versão eletrônica, p. 2.
[944] "A relação entre segurança, previsibilidade e funcionamento do sistema, explicada por Weber e base do pensamento de juristas modernos, é razão determinante da própria gênese do direito comercial e um dos principais vetores do funcionamento dos contratos empresariais. [...] O direito atua para disciplinar, para obrigar a adoção de comportamento que, embora possa não interessar ao empresário oportunista, permite a preservação e o funcionamento do sistema como um todo" (FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015 p. 119).
[945] Em sentido semelhante, vai-se aos poucos reconhecendo "um potencial bastante significativo de ganhos e de gerenciamento de conflitos para a execução de contratos empresariais de longo prazo por meio da redação legal conferida à cláusula geral de negócios processuais. Aspectos muito importantes do procedimento de imposição dos contratos empresariais de longo prazo poderão ser melhorados do ponto de vista econômico pelas convenções processuais" (KLEIN, Vinícius; VASCONCELOS, Matheus. Os negócios processuais e a estrutura de governança dos contratos empresariais de longo prazo. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos (coord.). *Direito empresarial e o novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 262).

transação – no que os raciocínios destacados pela teoria do design contratual têm grande serventia.

Algumas sugestões interessantes já têm sido pautadas pelos processualistas. FREDIE DIDIER JR., JÚLIA LIPIANI e LEANDRO SANTOS ARAGÃO sugerem que as convenções processuais podem ser adotadas em contratos empresariais, por exemplo, para se preverem cláusulas relativas à produção probatória (um dos fatores que mais aumentam os custos das disputas), como cláusulas que estipulem responsabilidade pela guarda de documentos ou cláusulas que regulem o preenchimento do ônus da prova (inclusive vedando sua inversão). Defendem também que se possa limitar os meios para se provar determinado fato ou a existência de determinado negócio – questão que, contudo, é controvertida[946]. Suscitam, também, a possibilidade de se criar o dever mútuo "de apresentação de documentos relevantes para o litígio durante o procedimento de tentativa de autocomposição, nos moldes do que acontece na *disclosure* (ou *discovery*) do direito anglo-saxão"[947]. Essa sugestão merece atenção especial.

7.6.1. A adoção do "*discovery* à brasileira" como investimentos *ex ante* para reduzir os custos da disputa

Ainda no plano da instrução probatória, e em linha com a busca da práxis empresarial em soluções de matriz anglo-americana, possibilidade de enorme potencial transformador consiste na possível adoção de procedimentos consensuais sobre produção da prova, em esfera extrajudicial e em caráter antecipado, com inspiração na fase pré-processual denominada *discovery*, integrante da cultura litigiosa norte-americana e britânica.

Trata-se de uma inversão do procedimento ordinário que se tem na tradição romano-germânica, e a que se atribui ser um dos fatores, entre outros, com maior potencial de conduzir à celebração de acordos antes da propositura de ações judiciais ou

[946] LUIZ GUILHERME MARINONI entende não se poder limitar o direito de produzir prova, pois essa conduta negaria direito fundamental à tutela jurisdicional. O processualisat admite, contudo, que as partes reputem determinada prova como essencial, fixando a sua importância para o esclarecimento da situação litigiosa (A convenção processual sobre prova diante dos fins do Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 288, fev. 2019, versão eletrônica, p. 4)

[947] DIDIER JÚNIOR, Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais, Revista de Processo. São Paulo, v. 279, mai. 2018, versão eletrônica, p. 13.

requerimentos de arbitragem[948]. Afinal, uma vez tendo as partes conhecimento prévio dos principais elementos probatórios do litígio, já se sabe de antemão as armas a serem postas à mesa, o que facilita o cálculo das chances de êxito e aproxima as partes de acordos em bases razoáveis.

Alguns estudiosos brasileiros já começam a apontar nesse sentido[949]. FREDIE DIDIER JR., JÚLIA LIPIANI e LEANDRO SANTOS ARAGÃO suscitam que a moldura do art. 190 do Código de Processo Civil admite às partes fixarem o dever de exibir documentos extrajudicialmente, independentemente de ajuizamento de processo, "de forma similar à que ocorre na *disclosure* (ou *discovery*)", ficando sujeitas à "sanção de presunção de veracidade dos fatos sustentados pela parte que requereu os documentos"[950], caso não sejam apresentados pela contraparte. Ainda, como a regra codificada dá margem ampla para conformação de modelos atípicos, "poderão ser estabelecidas regras diversas para apresentação de documento criando novos critérios, limitações, obrigações e sanções não previstas no direito anglo-saxão": os estudiosos oferecem como exemplo a "criação de critérios para classificação de um documento como relevante ou da criação de multas pela não apresentação de documentos assim considerados", uma vez mais tendo como sanção "a presunção de veracidade das alegações, no caso de não apresentação dos documentos"[951].

HUMBERTO DALLA também vê "com bons olhos" que as partes possam adotar, mediante convenção processual, regras "semelhante[s] ao procedimento de *discovery* no direito americano", estabelecendo o dever de as partes exibirem voluntariamente os

---

[948] "A obrigação de *disclosure*, exigida no sistema do *common law*, tem por uma das suas finalidades a facilitação do acordo, já que, conhecendo todos os documentos relevantes relativos à causa em questão, as partes terão maiores condições de avaliar a viabilidade da demanda judicial e a plausibilidade do acordo negociado, chegando a uma solução consensual tão justa quanto aquela a que se chegaria pela via jurisdicional" (DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, mai. 2018, versão eletrônica, p. 13).

[949] "É possível tomar por base o procedimento de *disclosure* adotado na Inglaterra ou Estados Unidos por exemplo, a respeito da forma de apresentação dos documentos, das obrigações acessórias a este dever, das limitações ao dever de apresentação e documentos e das sanções decorrentes do descumprimento das obrigações em questão. Por exemplo, no direito inglês, se a parte deixa de apresentar um documento relevante ou de permitir a sua apreciação pela outra parte durante a *disclosure*, este documento não poderá ser utilizado em eventual processo judicial futuro" (DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, mai. 2018, versão eletrônica, p. 15).

[950] DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, mai. 2018, versão eletrônica, p. 12.

[951] DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, mai. 2018, versão eletrônica, p. 15.

documentos e coisas relativos ao litígio que se encontrem em seu poder, sem necessidade de provocação do juiz[952].

Essa alternativa foi ainda cogitada pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis, cujo Enunciado nº 19, reproduzido acima, considera possível o "pacto de disponibilização prévia de documentação (pacto de *disclosure*), inclusive com estipulação de sanção negocial, sem prejuízo de medidas coercitivas, mandamentais, sub-rogatórias ou indutivas".

A oportunidade que se tem não é de se desprezar, pois, como se viu ao longo de toda esta tese, um dos fatores determinantes para as decisões tomadas no contexto do design contratual é a capacidade de os agentes econômicos produzirem prova no cenário litigioso e controlar os custos daí envolvidos; outro fator que dificulta a capacidade de os mecanismos de ruptura contratual atingirem os propósitos vislumbrados pelos seus intérpretes é o grau de contingência sobre a produção da prova necessária para disparar efeitos mediante estrutura unilateral; e uma das circunstâncias que permitem comportamento oportunista nos cenários de ruptura contratual é a dificuldade que se pode ter de demonstrar em perspectiva, anos após, estados de fato de eventos e operações encerrados. Fazer com que a produção da prova preceda as principais fases postulatórias, como no modelo anglo-americano, tem potencial transformador para a cultura contenciosa brasileira. Note-se, inclusive, que o art. 381 do Código de Processo Civil já aponta nesse sentido, ao prever hipóteses de produção antecipada de prova independentemente da demonstração da urgência, caso "a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito" (inciso II) ou "o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação" (inciso III). A adoção de um "*discovery* à brasileira", por assim dizer, representaria passo além: antecipar a produção probatória por via extrajudicial.

Talvez seja natural imaginar que, nessa fase de desconhecimento sobre as possibilidades das convenções processuais, poucos atores estejam dispostos a investir em

[952] PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa, *Revista de Processo*. São Paulo, v. 258, ago. 2016, versão eletrônica, p. 17.

custos de transação[953] e assumir riscos para moldar ferramentas ainda não testadas pela jurisprudência – e que, portanto, pouco podem oferecer para estimar a eficiência *ex post* do seu investimento.

Mas, como diz GEORGE TRIANTIS, é passado o momento de a advocacia enxergar seu papel inovador e buscar alternativas a serem desenvolvidas não somente como soluções *ad hoc* para contratações específicas, mas como verdadeiros *produtos* a serem comercializados[954]. Espera-se, pois, que a criatividade dos praxistas capture o enorme potencial que as convenções processuais oferecem para atuar como ferramentas capazes de destravar alguns dos (muitos) gargalos que dificultam a busca por segurança e previsibilidade no contencioso empresarial – e talvez os mecanismos estudados nesta tese, dedicados à ruptura contratual, sejam alguns dos que mais aguardam contribuições dessa espécie.

7.6.2. A compreensão da relevância processual dos meios estruturais dos contratos empresariais

E a bola não está somente do lado da quadra dos praxistas: o *discurso jurídico* da doutrina processual também precisa se dedicar a examinar como os meios estruturais adotados pela práxis das contratações empresariais podem representar estratégias compatíveis com a cláusula geral de convenções processuais – e que, como tal, merecem resguardo à luz do dito princípio do *respeito* ao autorregramento da vontade.

Rememore-se, para tanto, o exemplo adiantado acima: a ausência de cláusula penal agrega elemento de incerteza ao cenário de disputas, deslocando para a parte que tiver mais dificuldade para provar suas posições em juízo não só o ônus da iniciativa judicial, mas sobretudo o *risco de sofrer os efeitos da inadimplência* – isto é, se for fácil para uma montadora provar os prejuízos sofridos pelas peças defeituosas que recebe do fabricante

---

[953] Há de se lembrar que, para atingir o propósito de reduzir os custos da disputa, é necessário que se invistam em custos da negociação para se moldarem as feições dos negócios processuais *in concreto*: "[s]e a predeterminação da atividade processual pode criar incentivos para o cumprimento, pode também aumentar os custos pode exigir planejamento contratual sobre a implementação, antecipando o design do procedimento" (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2006, p. 312).

[954] Na sua recente passagem pelo Brasil, GEORGE TRIANTIS fez provocação nesse sentindo, convocando a advocacia a pensar nas soluções jurídicas como *produtos inovadores*. Traçando paralelo com o *software* e o *hardware*, Triantis indica que há muito a ser desenvolvido nas "plataformas" relativas ao litígio (evento intitulado "*Contract Enforcement in Brazil: Challenges and Substitutes*". Disponível em https://www.youtube.com/watch?v=nQJ4pT1kBTQ&t=2827s, acessado em 18.3.2019).

com quem mantém relação de longo prazo, esse risco fica com o fabricante, que é acionado e fica obrigado os prejuízos comprovados; na hipótese contrária, sendo difícil para a montadora demonstrar seus prejuízos, ela arca não somente com o ônus da iniciativa judicial, mas também com o risco de não lhe ser possível demonstrar suas posições e não ser indenizada adequadamente. Já a fixação de cláusula penal compensatória, a depender do seu valor, pode servir como incentivo ao cumprimento (se o custo do adimplemento for menor do que a multa a se pagar) ou ao inadimplemento (se o fabricante for capaz de redirecionar os investimentos que faria para cumprir o contrato para atender outro cliente que lhe permita obter resultado superior ao valor da multa).

Significa dizer que, na presença de cláusula penal compensatória, adotar teses jurídicas tendentes a reduzir seu valor equitativamente, à luz do *quantum* "do dano sofrido pela parte cuja expectativa fora frustrada"[955], pode representar postura incompatível com a intenção contratual traduzida pelo meio estrutural escolhido pelas partes; isso porque o credor de cláusula penal fica dispensado da prova do dano (esse, a propósito, o grande atrativo desse mecanismo); adotando-se entendimento pelo qual a falta de prova do dano serve como critério para reduzir o montante a receber, ou mesmo neutralizá-lo, serve na prática como efetiva inversão do ônus da prova, mediante entendimento de natureza material. Quer-se com isso dizer que, à luz do art. 190 do Código de Processo Civil, parece plausível sustentar que não se pode adotar a falta de prova do dano como critério justificativo da redução da cláusula penal por equidade, sob pena de inversão de ônus da prova contrária ao *respeito ao autorregramento* que serve de suporte à cláusula geral de convenções processuais.

Essa mesma orientação de buscar compreender as mensagens incorporadas nos mecanismos de ruptura, conforme os meios estruturais adotados nas cláusulas pertinentes, deve resultar, por exemplo, na recepção das cláusulas de definição de terceiros peritos para atuar na fase pré-litígio como convenções processuais aptas a dar ao laudo proferido valor probatório compatível com a função atribuída nos instrumentos contratuais. Isto é: estando-se diante de cláusula por meio da qual se atribui a laudo de instituição independente o efeito "inquestionável e [de ser] considerado como documento

[955] STJ, 4ª T, Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial nº 1.078.510/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 7.6.2018.
[956] É o caso, a título de exemplo, das mais de 600 páginas de STARK, Tina L. *Negotiating and drafting contract boilerplate*. Nova Iorque: ALM, 2003.

comprobatório para os fins necessários" (como no caso da cláusula 2.6.1 do contrato firmado entre Votorantim e Usipar, mencionada na nota 769 acima), há de se protegerem os propósitos desse ajuste (de direito material) sob o manto das convenções processuais – permitindo-se, por hipótese, que essa manifestação tenha a força de prova dotada de presunção absoluta de veracidade entre as partes.

Por fim, os esforços relativos à amplitude das convenções processuais devem compreender o exame da qualificação e a compreensão dos efeitos de dispositivos contratuais reiterados nas contratações contemporâneas: as "*boilerplates*".

O exame de contratos empresariais permite verificar um conjunto de cláusulas repetidas, muitas das quais pouco discutidas mesmo entre os contratantes, e que, no Brasil, nem sempre recebem a devida atenção – diferentemente da experiência anglo-americana, que chega ao requinte de contar com obras de fôlego exclusivamente dedicadas ao tema da sua negociação e redação[956]. Cuida-se das *boilerplates:* cláusulas de praxe, inseridas normalmente nas partes finais dos contratos, usualmente agrupadas sob um capítulo genérico ("Disposições gerais", por exemplo). Em grande parte das vezes, são copiadas e coladas de outros contratos e "não despertam maior atenção das empresas durante o processo negocial"[957].

PAULA FORGIONI relaciona as principais *boilerplates* que se identificam na práxis brasileira, espelhando dispositivos habituais nos contratos norte-americanos, e que costumam compreender declarações a respeito dos seguintes temas: (a) regularidade da representação das partes pelos respectivos signatários; (b) acordo de que o contrato somente pode ser alterado mediante aditivo escrito e assinado; (c) reconhecimento de que o instrumento supera todos os outros documentos ou entendimentos verbais anteriormente produzidos *(entire agreement clause*, ou *merger clause*); (d) declaração de que o contrato não constitui sociedade ou *joint venture* entre as partes (exceto, evidentemente, quando o faz); (e) regras sobre cessão de direitos ou da posição contratual; (f) vinculatividade dos contratos aos sucessores das partes; (g) declaração de que o não exercício de direitos não implica sua renúncia (*no waiver clause*); (h) reconhecimento de que a invalidade de uma

[956] É o caso, a título de exemplo, das mais de 600 páginas de STARK, Tina L. *Negotiating and drafting contract boilerplate*. Nova Iorque: ALM, 2003.
[957] FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 86.

cláusula não implica a invalidade do contrato como um todo; (i) regras sobre a comunicação entre as partes, como definição de interlocutores, endereços para correspondências e assim por diante. Por vezes também se observam entre as disposições finais cláusulas sobre lei aplicável, foro ou solução de controvérsias – cuja relevância impede que se lhes tratem como se meras *boilerplates* fossem, pois costumam gerar debates a respeito durante as tratativas, sobretudo em contratos internacionais.

No que diz respeito a este trabalho, duas *boilerplates* tendem a influir sobre os cenários de ruptura: as chamadas *entire agreement clause* e a *non-waiver clause*.

Tome-se como primeiro exemplo a *entire agreement clause*, alcunhada no Brasil como *cláusula de acordo integral*, cujo conteúdo basicamente procura consolidar entre as partes o consenso de que os entendimentos anteriores devem ser superados pelo conteúdo do documento definitivo por elas assinado. Ou seja: essa cláusula procura impedir a utilização de entendimentos anteriores como prova em eventual litígio.

A lógica dessa cláusula é razoável: se as partes (e seus advogados) dedicaram tempo e esforço na elaboração de contrato escrito e finalmente assinado, deseja-se que esse último documento supere quaisquer outros elementos anteriores das negociações – minutas, e-mails, atas de reuniões e assim por diante –, o que visa a evitar confusões intencionais sobre o teor das declarações subscritas pelas partes. Pois não é incomum que uma cláusula faça parte de diferentes versões de uma minuta, mas não seja aceita ao final das negociações, pelos motivos mais variados que se possam imaginar. Uma vez juntada aos autos, sua presença pode servir como fator interpretativo das cláusulas que permaneceram no instrumento. Daí a lógica de se buscar impedir que se tragam entendimentos anteriores para o contexto de litígio atual.

Além disso, ao desejar a exclusão de elementos pré-contratuais da análise de uma controvérsia, pretende-se que o seu escopo fique concentrado sobre um conjunto de documentos conhecido e controlável pelas partes. Com isso, busca-se não só diminuir o grau de incerteza sobre os destinos de um litígio, como também se pode diminuir o seu custo – pois é sabido que a tomada de depoimentos em audiência e a análise de documentação extensa tomam tempo substancial no gerenciamento de uma disputa de grande porte.

A teoria do design contratual ainda pode oferecer outra leitura para essa cláusula, com o seu potencial de servir como defesa apta a manter separadas as diferentes esferas de *enforcement* adotadas durante o design contratual: o *enforcement* relacional e o jurídico. Isso porque, como se viu, os redatores e os agentes econômicos alternam durante o planejamento dos documentos quais questões devem ser tratadas em instrumentos escritos e quais devem permanecer em entendimentos verbais entre altos executivos, ou registradas sob cartas laterais sem eficácia vinculante, pelas mais diversas razões. A cláusula de acordo integral procura, pois, evitar que acordos de cavalheiros sem pretensão vinculante sejam invocados no cenário de disputa para condicionar a interpretação dos instrumentos escritos e assinados.

É curioso notar que essa cláusula faz parte de número significativo de contratos empresariais negociados por advogados brasileiros – mas sua eficácia no cenário litigioso é bastante questionável. Isso se deve, sobretudo, à tendência da experiência jurídica nacional, forte na orientação hermenêutica presente no art. 112 do Código Civil, que impõe ao intérprete, na fase recognitiva da interpretação, privilegiar a intenção consubstanciada nas declarações em contraposição ao sentido literal da linguagem – no que a memória histórica das negociações tende a representar elemento útil para a compreensão das circunstâncias contratuais.

Há de se questionar, contudo, se o art. 190 do Código de Processo Civil teria o condão de conferir a essa cláusula efeito jurídico que, salvo melhor juízo, jamais teve na experiência jurídica brasileira: o de impedir a produção de prova, oral ou escrita, destinada a superar ou contextualizar com o propósito de suscitar entendimentos diversos sobre o conteúdo contratual. Ou seja: se a doutrina processual vem paulatinamente sugerido a possibilidade de se convencionar sobre a produção probatória, como ajustes sobre a inversão do ônus[958], é preciso refletir se a padronizada cláusula de acordo integral seria suficiente para cumprir esse desiderato.

Há ainda outra *boilerplate* que merecem análise no contexto da ruptura contratual. Trata-se daquela denominada "*no-waiver clause*", cujo propósito, em linhas gerais, é o de

[958] Nesse sentido, DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, mai. 2018, versão eletrônica, p. 2; OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Notas acerca dos negócios jurídicos processuais atípicos – Parte I: Custos operacionais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 283, set. 2018, versão eletrônica, p. 1.

transmitir o compromisso de que a omissão em exigir o cumprimento de direitos ou a aplicação de sanções que lhes são permitidas pelo contrato não é suficiente para impedir a parte protegida de invocá-los, devendo-se interpretar como liberalidade, e não como renúncia, eventuais circunstâncias em que falhas da contraparte tenham sido relevadas. Isto é, busca-se que a parte possa deixar de notificar a contraparte ou exigir sanção contratual específica, na tentativa de preservar a relação comercial, sem que isso impacte sobre sua possibilidade de adotar tais medidas em momento posterior.

Deve-se perguntar, então, se uma *no-waiver clause* seria capaz, no direito brasileiro, de influenciar o convencimento do julgador perante um conflito em que se alegue a ocorrência de fenômenos como a *suppressio*, a ponto de impedir o recurso a um mecanismo extintivo, como uma cláusula de desligamento autorizado motivado. Pode-se cogitar, como forma de suscitar o debate, se essa cláusula não poderia ser abrigada como uma espécie de convenção processual no sentido de impedir pedidos, objeções ou exceções baseados em certas causas – no particular, a causa proscrita seria o comportamento anterior da contraparte.

CONCLUSÃO

Inspirado nas contribuições da teoria do design contratual, o esforço empreendido nesta tese procura demonstrar aspecto que se entende negligenciado pelo discurso jurídico brasileiro: a existência de mensagens incorporadas nos meios estruturais adotados por agentes econômicos sofisticados ao moldarem, sob a batuta dos seus assessores jurídicos, os instrumentos que corporificam contratos empresariais complexos.

Essas mensagens se direcionam, sobretudo, aos intérpretes jurídicos chamados a analisar os conflitos que possam surgir na execução desses contratos – e são particularmente relevantes no contexto do objeto que se fixou para análise: o fenômeno da *ruptura contratual*, entendida como processo planejado, que repercute no plano da eficácia, gestado na fase de redação dos contratos, quando se vislumbram diferentes cenários do porvir e se escolhem alternativas para permitir saídas eficientes e evitar posturas oportunistas em cenários de inadimplemento, desalinhamento ou mudanças de planos.

Em síntese, o trabalho oferece duas conclusões principais:

(a) a compreensão da ruptura contratual como processo planejado torna os investimentos em custos de transação mais eficientes (aspecto econômico) e é necessária para respeitar a intenção que as partes cristralizam nos contratos (aspecto jurídico); e

(b) a introdução de mecanismos de ruptura pragmáticos inspirados na experiência norte-americana causa irritações jurídicas ao discurso jurídico brasileiro, conceitualista e reverente à conservação dos contratos.

Essas duas conclusões principais, que perpassam todo o trabalho, se constroem sob os alicerces de um conjunto de entendimentos intermediários, e que são sintetizados a seguir.

1. Os contratos empresariais não formam categoria com regime jurídico autônomo, mas seu estudo como categoria contratual típica tem serventia didática e operacional. Não parece haver justificativa forte o suficiente para atribuir aos contratos empresariais principiologia normativa diferente daquela aplicável aos contratos ditos civis. Este estudo

adota o raciocínio tipológico ao exame das categorias contratuais, abdicando de buscar a identificação de categoria dicotômica de modo conceitual, propondo assim se enxergarem os contratos empresariais como *categoria contratual típica*, indicativa de fenômeno socioeconômico no qual se observa uma cultura própria. Os principais indicadores sugeridos para essa categoria são os seguintes: serem esses contratos celebrados no exercício de atividade empresarial, ou terem como objeto investimentos relacionados a uma atividade empresarial; terem o escopo lucrativo ou o investimento em uma relação duradoura entre seus agentes; terem como partes agentes econômicos organizados e habituados a celebrar contratos; serem consolidados em instrumentos escritos preparados por especialistas; e esses instrumentos serem complexos, contando com cláusulas especialmente dedicadas a oferecer soluções para diferentes cenários futuros, em prol do seu estipulante ou de todas as partes. Do conjunto dos contratos empresariais, esta tese se concentra sobre algumas operações específicas, que envolvem investimentos de grande porte – grandes projetos de engenharia, parcerias para desenvolvimento de atividades complexas em longo prazo, prestações de serviços de alto valor agregado, *joint ventures* contratuais, entre outros. E que, para tanto, adotam o prazo determinado como proteção jurídica.

2. O design contratual. Os contratos objeto do estudo se caracterizam pela sofisticação dos seus agentes, e costumam ser estruturados mediante rodadas de negociações e consolidados em instrumentos extensos, elaborados por assessores especializados – ou que, quando cristalizados em instrumentos preparados quase que exclusivamente por uma das partes, tendem a regular operações empresariais complexas. O processo de elaboração desses documentos envolve um conjunto de escolhas efetuadas para moldá-los de modo funcional, adotando-se estruturas que visam a atender aos objetivos e necessidades das partes, pressupondo antever cenários de disputas e traçar alternativas de modo estratégico, para que os investimentos em custos de transação sejam eficientes e que se evitem comportamentos oportunistas. Esse conjunto de raciocínios corporifica o design contratual.

3. Os axiomas e raciocínios do design contratual. A teoria do design contratual propõe duas espécies de axiomas: (a) os agentes econômicos são motivados a selecionar aqueles mecanismos contratuais que tendem a atingir os seus objetivos da melhor forma possível, ao menor custo; e (b) partes sofisticadas, em contratações complexas, tendem a preferir que os contratos estejam sujeitos a um regime de julgamento que aplique o direito positivo

de modo ortodoxo, sem maiores espaços de discricionariedade para o julgador, exceto se elas mesmas – as partes – indicarem em sentido contrário no momento da contratação. Desses dois axiomas deriva um método, que se desdobra em dois raciocínios: (a) definir se o *enforcement* das condutas esperadas deve ser promovido por instrumentos jurídicos de tutela, ou se deve ficar limitado a alternativas relacionais (e, portanto, informais) desprovidas de exigibilidade jurídica; e (b) definir se os parâmetros para o exame de compatibilidade entre as condutas esperadas e as condutas realizadas devem se estruturar mediante cláusulas contendo regras precisas ou conceitos indeterminados, alternando entre escolhas em investir em custos de negociação *ex ante* para alguns aspectos (os *front-end transaction costs*) e em postergar os custos para o momento *ex post* para outros (os *back-end enforcement costs*). Esses raciocínios perpassam todo o corpo do conteúdo contratual, inclusive suas dimensões implícitas, e devem guiar o estudo de toda a sua dinâmica jurídica: sua formação, sua interpretação, suas regras sobre responsabilidade civil e sua ruptura.

4. Os meios estruturais e os fins contratuais como elementos da intenção contratual. A teoria do design contratual permite notar que a estrutura da intenção contratual contempla dois elementos: os meios estruturais planejados pelas partes ("*contractual means*") e os fins contratuais por elas pretendidos ("*contractual ends*"). Os meios estruturais consistem no conjunto de mecanismos (cláusulas, condições, direitos, obrigações, ônus etc.) que as partes adotam como instrumentos para atingir aqueles fins, ao passo que os fins consistem no resultado que as partes desejam atingir com o negócio mediante a produção dos seus efeitos essenciais. Esta tese sugere adotar essa perspectiva para preencher o conteúdo semântico do conceito de "intenção consubstanciada na declaração" que o art. 112 do Código Civil fixa como principal critério interpretativo dos negócios jurídicos.

5. A intenção contratual transmite mensagens ao julgador sobre o espaço de discricionariedade que os agentes econômicos esperam da sua atuação no cenário litigioso. Esta tese sugere, com apoio na teoria do design contratual, que se pode observar que, quando as partes decidem regular algum aspecto da operação com base em regras precisas, elas procuram reduzir a necessidade de o intérprete ter atuação criativa ou discricionária no momento em que chamado a tutelar as pretensões de parte a parte, convocando-o a respeitar as escolhas feitas *ex ante*; quando acordam certos pontos com

base em *standards*, a seu turno, as partes transmitem uma espécie de delegação de discricionariedade ao julgador para preencher o conteúdo contratual *ex post*. A teoria do design contratual demonstra, então, que os termos adotados pelas partes costumam consistir em escolhas dos meios estruturais considerados mais adequados para atingir os fins contratuais, e que essas escolhas devem ser respeitadas pelo julgador chamado a dirimir os cenários de disputa.

6. A ruptura contratual. A ruptura contratual consiste num fenômeno observável no mundo dos negócios, difícil de ser reduzido a conceito jurídico preciso, mas que pode ser descrito como progressivo esgarçamento da relação entre os contratantes, motivado por frustrações com a performance de uma operação ou pelo desejo de abandoná-la em prol de outros investimentos, e que tende a resultar no encerramento do contrato. Trata-se de processo gestado durante a fase de produção dos instrumentos escritos, quando se vislumbram os diferentes cenários do porvir e se efetua o design das alternativas para o rompimento. Uma vez instaurado, ele não necessariamente se conduz por instrumentos jurídicos, pois os agentes econômicos podem lançar mão de alternativas desprovidas de exigibilidade em juízo, havendo esferas de litigiosidade que se deseja resolver por vias de natureza relacional, informal. Mesmo uma vez instalada uma crise, os agentes econômicos podem escolher entre adotar posturas para preservar a relação ou mecanismos para rompê-la – hipótese na qual desejam contar com sua exigibilidade jurídica.

7. Os mecanismos de ruptura. A práxis das contratações contemporâneas desenvolveu um conjunto de mecanismos para guiar o processo de ruptura contratual. Eles se inspiram em modelos norte-americanos de clausulados e são estruturados a partir de adaptações e refuncionalizações de figuras típicas do Direito brasileiro. Costumam ser aplicados de forma concatenada. Estudam-se aqui os principais, classificados por suas funções práticas: os *defensivos* (a recusa ao cumprimento das obrigações, a retenção e a compensação convencionais), os *extintivos* (o desligamento contratual) e os *substitutivos* (a contratação substitutiva e o mandato irrevogável). O estudo demonstra que esses fenômenos compartilham duas características: a estrutura jurídica *potestativa* e o modo de exercício *unilateral*.

8. O discurso jurídico brasileiro é aberto a rediscussões de mérito sobre os mecanismos de ruptura no momento em que são acionados. A estrutura potestativa e o acionamento unilateral dos mecanismos de ruptura levam o discurso jurídico brasileiro a

lhes mitigar o seu potencial. Isso se observa tanto por meio da criação de pressupostos que não são previstos em lei ou nos contratos, bem como mediante a sugestão de limites aos efeitos do seu exercício por raciocínios baseados em princípios jurídicos.

9. A práxis tem buscado alternativas para mitigar os riscos derivados da estrutura potestativa e do acionamento unilateral dos mecanismos de ruptura. A observação de documentos autênticos permite enxergar que a práxis brasileira tem buscado identificar alternativas para mitigar os riscos de intervenção do julgador no conteúdo e nos efeitos dos mecanismos de ruptura. Isso se tem feito mediante (a) a criação de instâncias negociais capazes de diminuir o seu potencial uso abrupto e abusivo (as cláusulas escalonadas); (b) a substituição do perfil da disputa, trocando-se uma controvérsia em perspectiva – sobre falhas de performance ou desatendimento a pressupostos contratuais no passado – para uma controvérsia prospectiva, concentrada na avaliação de ativos ou no pagamento de preço para desligamento previamente consentido (mediante estruturas envolvendo opções); (c) a convocação de terceiros para preencher lacunas ou dirimir controvérsias de natureza técnica, para diminuir a carga unilateral do exercício daqueles mecanismos (o terceiro arbitrador, o terceiro perito e os *dispute boards*); e (d) a conversão temporária da natureza do mecanismo de governança que rege a relação entre os agentes econômicos, migrando de estruturas híbridas para hierárquicas, como modo de solucionar conflitos sem causar impacto a empreendimentos de grande porte (caso dos *step-in rights* adotados pela via societária).

Por não ter pretensão exaustiva, mas propositiva, o trabalho deseja assinalar algumas possíveis pautas que parecem merecer estudos futuros em matéria contratual e que parecem decorrer das conclusões principais mencionadas acima, à luz da teoria do design contratual. Adiantam-se algumas desde já: (a) o aprofundamento do exame dogmático do conceito de intenção contratual e sua exploração em contratos específicos (estudados por tipos ou por categorias contratuais), de modo a destrinchar as mensagens transmitidas por seus meios estruturais a respeito do espaço de discricionariedade delegado aos seus intérpretes; (b) o estudo monográfico de cada mecanismo de ruptura, enfrentando o grau de compatibilidade entre as mensagens neles incrustadas e a textura aberta dos instrumentos de controle substancial da autonomia privada, usualmente qualificados como de ordem pública; e (c) o exame dos resultados derivados das escolhas efetuadas mediante o design contratual à luz das convenções processuais, bem como o desenvolvimento de outros

mecanismos, a serem albergados sob a proteção do art. 190 do Código de Processo Civil, capazes de atender aos anseios dos agentes econômicos – com destaque para a potencial adaptação do procedimento de anglo-americano de *discovery* como forma de transformar o perfil do contencioso empresarial no Brasil em matéria de contratos[959].

Este trabalho atribui especial relevância para a análise da práxis – o que se acredita ser indispensável, à luz das melhores tradições do Direito Comercial. Buscou-se compilar documentos autênticos acessíveis ao público para servir de exemplos acerca dos fenômenos, cláusulas e tipos de litígios narrados no texto. Embora se reconheça que o método de coleta e tratamento dessas informações não passe pelos testes rigorosos da cientificidade, pela falta de recursos do autor para empreender pesquisa empírica com rigor metodológico, também não se pretende aqui – recorrendo à distinção tão cara ao marco teórico desta tese – *comprovar* o estado da práxis, mas tão somente permitir que se *observe* como ela se comporta, mesmo que mediante esforços exemplificativos e de abrangência limitada.

Mas se acredita que há espaço para se dar um passo ainda adiante. Confia-se que a teoria do design contratual pode estimular outras pesquisas sobre contratos e disputas, que possam contar com os mais adequados meios de pesquisa – e, com isso, oferecer estudos de resultados metodologicamente mais controláveis e de maior impacto, como aqueles promovidos pelas contribuições de STEWART MACAULAY, LISA BERNSTEIN e THEODORE EISENBERG e GEOFFREY MILLER, e que tenham como escopo responder "a questão crucial da teoria do design contratual", proposta por ROBERT SCOTT e GEORGE TRIANTIS, e que merece o devido destaque:

---

[959] Destacam-se as oportunidades deixadas pelas convenções processuais, prestigiadas pelo art. 190 do Código de Processo Civil, que abrem espaço monumental para estudo multidisciplinar. Iniciativa notável a esse respeito, diga-se de passagem, consistiu na disciplina oferecida pelos Professores FLÁVIO LUIZ YARSHELL, PAULA FORGIONI, RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES e HEITOR VITOR MENDONÇA SICA no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo no segundo semestre de 2016, intitulada "Os Impactos do Processo Civil nos Contratos e nas Sociedades Empresariais: uma Abordagem Interdisciplinar da Ordem Jurídica e do Mercado", na qual se buscou aproximar as perspectivas e os discursos de privatistas e processualistas a respeito dos tantos aspectos comuns no contexto da litigiosidade sobre contratos empresariais. O programa da disciplina consiste em pauta primorosa para servir de guia a estudos acadêmicos avançados e interdisciplinares sobre as disputas contratuais. Pois a ampla margem criativa deixada pelo art. 190 do Código Civil exige, para que se explore o seu potencial, a combinação do senso procedimental do Direito Processual Civil com a capacidade de compreensão da dinâmica negocial do Direito Comercial – sempre beneficiada pela ênfase no exame dogmático dos institutos característico dos cultores do Direito Civil (o "trabalho de formiguinha" que a Professora PAULA FORGIONI costuma realçar nas suas aulas).

"*How much discretion should be left to the back-end enforcement process?*"[960]

Para isso, esta tese sugere traçar caminho ligeiramente distinto daquele trilhado até o momento no debate sobre os contratos empresariais. Sem prejuízo da relevância das discussões sobre os princípios aplicáveis aos contratos empresariais, entende-se que o momento exige atenção a mais no estudo dos *mecanismos específicos* que justificam os embates principiológicos (e ideológicos) a respeito do tema. Diante do esforço empreendido neste trabalho, acredita-se ser possível concluir que uma reforma legislativa para cuidar do tema não é necessária, ou nem mesmo uma revisão principiológica.

A reforma necessária, acredita-se, é a da *postura do intérprete*.

[960] No contexto, e na íntegra: "*Suppose that the contract in Bloor v. Falstaff Brewing made no reference to Falstaff's obligation to sell Balantine beer. Even when contracts are obligationally incomplete in this way, we argue that the courts should not inject a standard as the default. In many such cases, the parties anticipate that extralegal sanctions would fill in such a gap. When this is not true, the absence of a default standard is likely to encourage parties to bargain expressly over the crucial question of contract design: How much discretion should be left to the back-end enforcement process?*" (SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006, p. 66).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João. *A excepção de não cumprimento do contrato no Direito Civil português*: conceito e fundamento. Coimbra: Almedina, 1986.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von; FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França. *Affectio societatis*: um conceito jurídico superado no moderno direito societário pelo conceito de fim social. *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 149/150, jan./dez. 2008.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 45, jan./mar. 2011.

_____. Da extinção do contrato. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. v. VI. t. II.

_____. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (coord.). *Contratos empresariais*: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*: resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2004.

ALMEIDA, Francisco de Paula Lacerda de. *Obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 1916.

ALVES, Hugo Ramos. Sobre a função de garantia da compensação. *O Direito*, Coimbra, ano 142, n. V, 2010.

ALVES, José Carlos Moreira. *Da alienação fiduciária em garantia*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AMORIM FILHO, Agnelo. As ações constitutivas e os direitos potestativos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues (org.). *Doutrinas essenciais de Processo Civil*, São Paulo, v. 2, 2011.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. Participação do Poder Judiciário no arbitramento de preço. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 13, jan. 1979.

ARAGÃO, Paulo Cezar. A disciplina do acordo de acionistas na reforma da Lei das Sociedades por Ações (Lei nº 10.303, de 2001). In: LOBO, Jorge (coord.). *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória de contratos a prazo*: pressupostos para sua ocorrência. 2011. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

ARGUELLO, Ana Luiza Tesser. *A cláusula penal nos contratos empresariais*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

ARMES, Murray. Dispute boards: counting the cost. *Dispute Board Resolution Foundation Forum,* Charlotte, v. 19, issue 1, abr./mai. 2015.

ARROW, Kenneth. The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market versus non-market allocation. In: *The analysis and evaluation of public expenditure*: the PPB System. US Congress, Joint Economic Committee, Washington D. C., mai. 1969.

ASCARELLI, Tullio. A arbitragem da Associação Comercial de Santos e os contratos de café. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, jul./ set. 2011.

ASSIS, Araken de. Do Direito das Obrigações (arts. 412 a 578). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 5.

_____. *Resolução do contrato por inadimplemento*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ATIYAH, Patrick. *Pragmatism and theory in English Law*. Londres: Stevens, 1987.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Contratos: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; TORRES, Heleno Taveira; CARBONE, Paolo (coord.). *Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas*: homenagem a Tullio Ascarelli. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. (Parecer) Contrato-quadro. Impossibilidade superveniente da obrigação e celebração dos contratos de execução (compra e venda) por inexistência de critério consensual para a estipulação do preço. Inadmissibilidade de arbitramento judicial do preço. Resolução *ex nunc* dos contratos-quadro e restituição de enriquecimento sem causa. In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. (Parecer) Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto). Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. In: _____. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Considerações sobre a boa-fé objetiva em acordo de acionistas com cláusula de preferência: excertos teóricos de dois pareceres. In: _____. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Contrato de distribuição por prazo determinado com cláusula de exclusividade recíproca. Configuração de negócio jurídico *per relationem* na cláusula de opção de compra dos direitos do distribuidor pelo fabricante e consequente restrição da respectiva eficácia. Exercício abusivo do direito de compra, equivalente a resilição unilateral, sem a utilização do procedimento pactuado, com violação da boa-fé objetiva. In: _____. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. RTDC – Entrevista com o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo. In: _____. *Novos Estudos e pareceres de Direito Privado*, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Interpretação do contrato pelo exame da vontade contratual. O comportamento das partes posterior à celebração. Interpretação e efeitos do contrato conforme o princípio da boa-fé objetiva. Impossibilidade de *venire contra factum proprium* e de utilização de dois pesos e duas medidas (*tu quoque*). Efeitos do contrato e sinalagma. A assunção pelos contratantes de riscos específicos e a impossibilidade de fugir do "programa contratual" estabelecido. In: _____. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. O Direito pós-moderno e a codificação In: _____. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Negócio jurídico*: existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Negócio jurídico e declaração negocial*: noções gerais e formação da declaração negocial. 1986. Tese (Titularidade no Departamento de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1986.

AZULAY, Fortunato. *Do inadimplemento antecipado do contrato*. Brasília: Rio/Brasília, 1977.

BALERONI, Rafael Baptista; ROQUE, Gabriela Oliveira Bogossian. *Remédios por inadimplemento no JOA*: questões sobre a sua aplicação no Brasil. Anais da Rio Oil & Gas Expo and Conference 2016. Disponível em https://www.academia.edu/29473449/Rem%C3%A9dios_por_Inadimplemento_no_JOA_quest%C3%B5es_sobre_sua_aplica%C3%A7%C3%A3o_no_Brasil, acessado em 18.3.2019.

BARBI FILHO, Celso. Acordo de acionistas: panorama atual do instituto no Direito brasileiro e propostas para a reforma de sua disciplina legal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 8, abr./jun. 2000.

_____. *Acordo de acionistas*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, v. 9, n. 1, nov. 1993.

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

BERTOLDI, Marcelo M. *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*: comentários à Lei 10.303, de 31.10.2001. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BESSONE, Darcy. *Do contrato*: teoria geral. São Paulo: Saraiva, 1997.

BESSONE, Mário. Il tipo negoziale e l'alea normale del contrato, la sua "causa" e il dogma dela irrilevanza dei "motivi". In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Nápoles: Jovene, 1982.

BETTI, Emilio. Autotutela (Diritto Privato). In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1959. v. 4.

BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*. ed. histórica. Rio de Janeiro: Rio. v. 2.

BIAMONTI, Luigi. Arbitrato (Diritto Processuale Civile). In: *Enciclopedia del diritto*. Varese: Giuffrè, 1958. v. 2.

BIANCA, Massimo. Autotutela, In: *Enciclopedia del diritto*: aggiornamento. Milão: Giuffrè, 2000, v. 4.

BOLIVAR, Annaluza Bravo. A teoria do "design" contratual: Sua aplicabilidade face às regras de interpretação do contrato no Brasil. *Revista de Direito Empresarial*, São Paulo, v. 18, set. 2016.

BORBA, José Edwaldo Tavares. Acordo de acionistas, com cláusula de compra ou venda compulsória de ações. In: _____. *Temas de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BORN, Gary; ŠEKIĆ, Marija. Pre-arbitration procedural requirements: "a dismal swamp". In: CARON; David et al. *Practising virtue*: inside international arbitration. Versão eletrônica. Oxford: Oxford University, 2016.

BOTREL, Sérgio. *Fusões e aquisições*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL, Senado Federal. *Relatório Final da Comissão de Juristas para Elaboração de Anteprojeto de Código Comercial no âmbito do Senado Federal*. Disponível em: http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4232146&disposition=inline, acessado em 18.3.2019.

BROUSSEAU, Éric; GLACHANT, Jean-Michel (ed.). *New Institutional Economics*: a guidebook. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

BUSCHINELLI, Gabriel Saad Kik. *Compra e venda de participações societárias de controle*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

BUSSATTA, Eduardo Luiz. *Resolução dos contratos e teoria do adimplemento substancial*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BUTRUCE, Vitor. *A exceção de contrato não cumprido no Direito Civil brasileiro contemporâneo*: funções, pressupostos e limites de um "direito a não cumprir". 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. Salvador: JusPodivm, 2006.

CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARVALHOSA, Modesto. Acordo de acionistas. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 106, abr./jun. 1997.

CATUZZO JR., Dante Soares. *Direito de retenção no Direito brasileiro*: proposta de sistematização. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

CHAVES, Antônio. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. v. 2.

CHERN, Cyril. *Chern on dispute boards*: practice and procedure. 3. ed. Nova Iorque: Informa Law from Routledge, 2015.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. I.

CHOI, Albert; TRIANTIS, George. Strategic vagueness in contract design: the case of corporate acquisitions. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 119, n. 5, mar. 2010.

CHU, Jeffrey M. Differing site conditions: whose risk are they?. *The Construction Lawyer*, Chicago, abr. 2000.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, Londres, v. 4, issue 16, nov. 1937.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

COMIRAN, Giovana Cunha. *Os usos comerciais*: da formação dos tipos à interpretação e integração dos contratos empresariais. 2017. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. A cessão de controle acionário é negócio mercantil?. In: _____. *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COOTER, Robert; ULEN. Thomas. *Law & Economics*. 5. ed. Boston: Pearson, 2008.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa-fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Tratado de Direito Civil português*. Coimbra: Almedina, 1999. v. I, t. 1.

COSTA, Carlos Celso Orcesi da. Da rescisão imotivada de acordo de acionistas por prazo indeterminado. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 60, out./dez. 1985.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

CRAVEIRO, Mariana Conti. *Contratos entre sócios*: interpretação e Direito Societário. São Paulo: 2013.

CRUZ, Pedro Santos. A cláusula MAC (*material adverse change*) em contratos de M&A no direito comparado (EUA e Reino Unido). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 45, jul./set. 2009.

DANTAS, Francisco Clementino de San Tiago. *Programa de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1977. v. 2.

DANZ, Erich. *A interpretação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1941.

DE NOVA, Giorgio. *Il sale and purchase agreement*: *un contratto commentato*. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2017.

DEZALAY, Yvez; GARTH, Bryant. *The internationalization of palace wars*. Chicago: University of Chicago, 2002.

DI MAJO, Adolfo. *Le tutele contrattuali*. Torino: Giappichelli, 2009.

_____. Il linguaggio dei rimedi. *Europa e Diritto Privato*, Milão, fasc. 2, 2005.

DIAS, Lúcia Ancona Lopez de Magalhães. Um estudo das cláusulas abusivas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil de 2002. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 32, out. 2007.

DIDIER JR., Fredie; LIPIANI, Júlia; ARAGÃO, Leandro Santos. Negócios jurídicos processuais em contratos empresariais. *Revista de Processo*, São Paulo, mai. 2018.

_____. BOMFIM, Daniela Santos. Contrato empresarial. Contrato prorrogado por prazo indeterminado. Possibilidade de denúncia vazia. Aviso prévio. Licitude. Enriquecimento sem causa. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 10, jan./mar. 2017.

_____. CABRAL, Antonio do Passo. Negócios jurídicos processuais atípicos e execução. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 2, jan. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. São Paulo: Malheiros, 2004. v. III.

_____. Acordos judiciais e a perícia arbitral no processo civil brasileiro. In: _____. *Fundamentos do Processo Civil moderno*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, t. 2.

DISPUTE BOARD RESOLUTION FOUNDATION. Deciding to have a dispute review board. In: *Practice & procedures manual*. [s. l], 2007.

DONATO, Raphael. *A influência dos riscos nos contratos de EPC Turnkey*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

EDGERTON, William. DRBF survey results: at look the evolution the Dispute Board process. *Dispute Board Resolution Foundation Forum*, Charlotte, v.15, issue 2, mai. 2011.

EISENBERG, Thedore; MILLER, Geoffrey P. The flight to New York: an empirical study of choice of law and choice of forum clauses in publicly-held companies' contracts. *Cardozo Law Review*, v. 30, n. 4, mar. 2009.

EIZIRIK, Nelson; CARVALHOSA, Modesto. *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ENEI, José Virgílio Lopes. Instrumentos protetivos do financiador em *project finance* no contexto da recuperação judicial. *Revista de Direito Recuperacional e Empresa*, São Paulo, v. 2, out./dez. 2016.

_____; *Project finance*: financiamento com foco em empreendimentos (parcerias público-privadas, *leveraged buy-outs* e outras figuras afins). São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; A atividade de construção em grandes projetos de infraestrutura no Brasil e o contrato de aliança: evolução ou utopia?. In: SILVA, Leonardo Toledo da (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1950. v. 2, t. 2: Derecho de obligaciones.

ESTEVEZ, André Fernandes. *Contrato de opção de compra e de venda de participação societária*: função, autonomia privada e controle de validade na sociedade anônima fechada. 2016. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

FACHIN, Luiz Edson. A responsabilidade civil contratual e a interpretação da cláusula de não indenizar. In: TEPEDINO, Gustavo. *Soluções Práticas de Direito*: pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, jan. 2012.

FARNSWORTH, Ward. *The legal analyst*: a toolkit for thinking about the law. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

FAZZALARI, Elio. *I processi arbitrali nell'ordinamento italiano*. Pádua: Cedam, 1973.

FERNANDES, Wanderley. *Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade*. São Paulo: Saraiva, 2013.

FERRARI, Onevair. *Fatores de influência na definição de modalidades de contratação em projetos*. Tese (Doutorado em Engenharia) – Escola Politécnica, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004.

FERREIRA, José do Valle. Resolução dos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 403, mai. 1969.

FERREIRA, Mariana Martins-Costa. *Buy or sell e opções de compra e venda para resolução de impasse societário*. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

FERREIRA, Waldemar. *Instituições de Direito Comercial*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. v. III, t. 2.

FERREIRA, William Santos. Exceção de contrato não cumprido, defesas de mérito direta e indireta, reconvenção e os princípios da concentração e eventualidade – Compatibilizações materiais e processuais. In: ASSIS, Araken de et al. (org.). *Direito Civil e Processo – estudos em homenagem ao Professor Arruda Alvim*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais , 2008. v. 1.

FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Direito de retenção*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

FORGIONI, Paula. *Contratos empresariais*: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. Integração dos contratos empresariais: lacunas, atuação dos julgadores, boa-fé e seus limites. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 45, abr./ jun. 2015.

_____. *Contrato de distribuição*, 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 15, n. 44, nov. 1988.

FRANTZ, LAURA CORDANI. *Possibilidade de aplicação do* economic duress *no Direito brasileiro*. 2012. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

GAGLIARDI, Rafael Villar. A *exceção de contrato não cumprido*. São Paulo: Saraiva, 2010.

GALANTER, Marc. Justice in may rooms: court, private ordering, and indigenous law. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, v. 13, n. 19, 1981.

GALVÃO, Alyne de Matteo Vaz. Os *dispute review boards* e o sistema jurídico brasileiro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 32, jan./mar. 2012.

GARCIA, Rebeca. *Vícios redibitórios no Direito Civil brasileiro*: função e estrutura. 2013. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

_____. Cláusula resolutiva expressa: análise crítica de sua eficácia. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 56, out./dez. 2013.

GASPAR, Antônio Augusto de Toledo. Da extinção dos contratos. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 42, 2008.

GAZALLE, Gustavo Kratz. *O conceito de mora na teoria contratual moderna*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2006.

GERI, Lina Bigliazzi. Autotutela: ii) Diritto Civile. In: *Enciclopedia Giuridica*. Roma: Istituto Dell'Enciclopedia Italiana. [s. d.].

GIANNAKOS, Demétrio Beck da Silva. Análise econômica dos negócios jurídicos processuais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 278, abr. 2018.

GILSON, Ronald J.; SABEL, Charles F.; SCOTT, Robert. Text *and* context: contract interpretation as contract design. *Cornell Law Review*, Ithaca, vol. 100, 2014.

_____; _____; _____; Contract and innovation: the limited role of generalist courts in the evolution of novel contractual forms. *New York University Law Review*, Nova Iorque, v. 88, n. 1, abr. 2013.

GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et *lex mercatoria*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 22, jul./set. 2009.

GOMES, Manuel Januário da Costa. *Assunção fidejussória de dívida*: sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador. Coimbra: Almedina, 2000.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Contratos*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Introdução ao Direito Civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Arbitramento por terceiro de preço para venda de ações. Desatendimento pelo arbitrator às instruções das partes. Ineficácia, nulidade ou inexistência do contrato de compra e venda por falta de preço. In: _____. *Pareceres Inéditos*, Belo Horizonte: Nova Alvorada, 1998.

_____. A "hardship clause" no contrato de empreitada. In: _____. *Novíssimas questões de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1984.

_____. Lineamentos gerais do Anteprojeto de Reforma do Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 52, n. 334, ago. 1963.

_____. *Direito e desenvolvimento*. Salvador: Universidade da Bahia, 1961.

_____. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. In: _____. *Direito Privado*: novos aspectos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.

GRASSO, Biagio. *Eccezione d'inadempimento e risoluzione del contratto*: profili generali. Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane, 1973.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. Discurso de agradecimento pela Medalha Teixeira de Freitas. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, v. 98, 2003.

_____. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 5, jan./mar. 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, [s. l.], n. 10, dez. 2007.

GUARANI, Mariana. Aspectos das parcerias público-privadas e suas fontes de financiamento. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 54, out./dez. 2011.

GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini Guimarães. *Vícios do produto e do serviço por qualidade*, *quantidade e insegurança*: cumprimento imperfeito do contrato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HADDAD, Luís Gustavo. *A proibição do pacto comissório no Direito brasileiro*. 2013. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

HAICAL, Gustavo. Apontamentos sobre o direito formativo extintivo de denúncia no contrato de agência. In: MARTINS-COSTA, Judith (org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

HART, Oliver. *Firms*, *contracts*, *and financial structure*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

HEROLD, Florian. Contractual incompleteness as a signal of trust. *Games and Economic Behavior*, [s. l.], v. 68, jan. 2010.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. X, n. 8, mar. 1897.

IGLESIAS, Felipe Campana Padin. *Opção de compra ou venda de ações no Direito brasileiro*: natureza jurídica e tutela executiva judicial. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

IMBRECHTS, Luc. Aspectos particulares de contratos de dragagem e aterros. In: SILVA, Leonardo Toledo (coord.). *Direito e infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ISOLDI, Ana Luiza (coord.). Principais aspectos relacionados à chamada cláusula escalonada também conhecida por cláusula med-arb, no que toca o mecanismo da mediação. *Grupo de estudos de mediação empresarial privada do Comitê Brasileiro de Arbitragem GEMEP/CBAR*, São Paulo, out. 2012.

IUDICA, Giovanni. The dispute board in construction contracts. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, jul./set. 2016.

JOLLES, Alexander. Consequences of multi-tier arbitration clauses: issues of enforcement. *Arbitration*: *the Journal of the Chartered Institute of Arbitrators*, Londres, v. 72, n. 4, nov. 2006.

JORGE JR., Alberto Gosson. Resolução, rescisão, resilição e denúncia do contrato: questões envolvendo terminologia, conceito e efeitos. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 882, abr. 2009.

KATZ, Avery W. Remedies for breach of contract under the CISG. *International Review of Law and Economics*, n. 25, 2006.

KHOURI, Paulo R. Roque A. A exceção do contrato não cumprido e a sua relação com a garantia das obrigações no Direito brasileiro. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, n. 94, jun. 2004.

KLEIN, Vinícius; VASCONCELOS, Matheus. Os negócios processuais e a estrutura de governança dos contratos empresariais de longo prazo. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; CARAMÊS, Guilherme Bonato Campos (coord.). *Direito empresarial e o novo CPC*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

KOCH, Cristopher. Novo regramento da CCI relativo aos *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, set. 2005.

KRAUS, Jody; SCOTT, Robert. Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*, Nova Iorque, v. 84, n. 4, out. 2009.

LACRETA, Isabela. *Dispute boards*: o caráter vinculante de suas decisões. In: PINTO, Ana Luiza Baccarat da Motta; SKITNEVSKY, Karin Hlavnicka. Arbitragem nacional e internacional. Rio de Janeiro: Campus-Elsevier, 2012.

LAMY FILHO, Alfredo. Denúncia unilateral de acordo por prazo indeterminado. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *A Lei das S.A*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do Direito*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

_____. *Derecho de obligaciones*. Madri: Revista de Derecho Privado, 1958. t. 1.

LAWSON, Frederick Henry. *Remedies of English law*. 2. ed. Londres: Butterworths, 1980.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. Arbitragem (Conceito e origem), In: FRANÇA, Rubens Limongi (coord.). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978. v. 7.

LEAL, Victor Nunes. A súmula do Supremo Tribunal e o restatement of the law dos norte-americanos. In: _____. *Problemas de Direito Público e outros problemas*. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. v. 2.

LEITE, Ana Paula Parra; CONSALTER, Zilda Mara. O caso Ryan Lochte e a aplicação da cláusula moral no direito negocial brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 12, abr./jun. 2017.

LEITE, Guilherme de Freitas. Os impactos dos requisitos e controles impostos pela Lei Sarbanes-Oxley na governança de tecnologia da informação (TI). *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 37, jul. 2007.

LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan Barros; CASADO FILHO, Napoleão (org.). *Arbitragem internacional*: UNIDROIT, CISG e Direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a resilição: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo, v. 7, abr./jun. 2016.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. *Cláusulas escalonadas*: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Otto de Sousa. *Teoria dos vícios redibitórios*. 1965. Tese (Cátedra de Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 1965.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Acordos de acionistas. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões. *Direito das companhias*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LOBO, Jorge. In: TOLEDO, Paulo F. C. Salles de; ABRÃO, Carlos Henrique (coord.). *Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Responsabilidade por vícios e a construção jurisprudencial. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 16, out./dez. 1995.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, Miguel Maria Serpa. *Curso de Direito Civil*. 8. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 1.

_____. *Curso de Direito Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996. v. 3.

_____. *Exceções substanciais*: exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958.

LOUREIRO, Francisco Eduardo. Extinção dos contratos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

LUDWIG, Marcos Campos de. *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MACAULAY, Stewart. The real deal and the paper deal: empirical pictures of relationships, complexity and the urge for transparent simple rules. *Modern Law Review*, [s. l.], v. 6, n. 1, jan./2006.

_____. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, Newbury Park, v. 28, n. 1, fev./1963.

MACEDO JR., Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

MADERO, Cecilia Quintanilla. Introducción a los *dispute boards*. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 10, jul./set. 2006.

MAGALHÃES, José Carlos de. Perspectivas da arbitragem comercial no Brasil. In: WALD, Arnoldo (org.) *Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação*, São Paulo, 2014. v. 1.

MALECKI, Catherine. *L'exception d'inexécution*. Paris: L.G.D.J, 1999.

MALINVAUD, Philippe. Réflexions sur le "*dispute adjudication board*". *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 5, abr./jun. 2005.

MARCONDES, Antonio Fernando Mello. Os *dispute boards* e os contratos de construção. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; PRADO, Maurício Almeida (org.). *Construção civil e Direito*. São Paulo: Lex Magister, 2011.

MARINANGELO, Rafael. *A violação positiva do contrato e o inadimplemento dos deveres laterais de boa-fé*. 2005. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2005.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. Arbitramento, arbitragem e *dispute boards*: o papel do terceiro na determinação do preço em opção de venda de ações. *Revista Brasileira de Arbitragem*, São Paulo, ano XIV, n. 54, abr./jun. 2017.

_____. *Interpretação do negócio jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Responsabilidade contratual. Efeitos. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. *Contratos coligados no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Classificação dos contratos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JR., Antonio Jorge (coord.). *Direito dos contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

_____. Interpretação e integração dos contratos. In: PEREIRA JR., Antonio Jorge; JABUR, Gilberto Haddad (coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. A convenção processual sobre prova diante dos fins do Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 288, fev. 2019.

_____. *Curso de Processo Civil*: teoria geral do processo. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. 1.

MARQUÈS, Albert Lamarca. *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*. Madri: Marcial Pons, 2008.

MARTINEZ, Pedro Romano; PONTE, Pedro Fuzeta da. *Garantias de cumprimento*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MARTINS, Guilherme Magalhães. A *suppressio* e suas implicações. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 32, out./dez. 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado*: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____. A cláusula de *buy or sell* na perspectiva do Direito das Obrigações. In: VENANCIO FILHO, Alberto; LOBO, Carlos Augusto da Silveira; ROSMAN, Luiz Alberto Colonna (org.). *Lei das S.A. em seus 40 anos*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Contratos duradouros lacunosos e poderes do árbitro: questões teóricas e práticas. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, n. 1, ano 1, 2015.

_____. Os avatares do abuso de Direito e o rumo indicado pela boa-fé. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *Direito civil contemporâneo*: novos problemas à luz da legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Atlas, 2008.

_____. Oferta pública para a aquisição de ações (OPA) – Teoria da confiança – Deveres de proteção violados – A disciplina informativa e o mercado de capitais – Responsabilidade pela confiança – Abuso do poder de controle. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 140, dez. 2005.

_____. Do inadimplemento das obrigações. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V. t. II.

_____. Adimplemento e inadimplemento. *Anais do seminário EMERJ debate o novo Código Civil*, Rio de Janeiro, 2002.

_____. *A boa-fé no Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. Coação econômica. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 902, dez. 2010.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem*, lex mercatoria *e direito estatal*: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENDONÇA, José Xavier Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945. v. 6, 1. parte.

MENDONÇA, Manoel Ignácio Carvalho de. *Doutrina e prática das obrigações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1911. v. 2.

MESQUITA, Euclides de. *A compensação no Direito Civil brasileiro*. São Paulo: Livraria Universitária, 1975.

MESSINEO, Francesco. *Il contrato in genere*. Milano: Giuffrè, 1968. t. 1.

MILLER, Geoffrey P. Bargaining on the red-eye: new light on contract theory. *New York University Law and Economics Working Papers*, Nova Iorque, paper 131, 2008. Disponível em https://ssrn.com/abstract=1129805, acessado em 18.3.2019.

MIRAGEM, Bruno. *Direito civil*: Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino. Dos contratos em geral (art. 421 ao 480). In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (org.). *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXV.

_____. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. t. XXIV.

_____. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXVI.

_____. *Tratado de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. t. XXXVIII

_____. *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. XXXIX.

MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Pacto comissório e pacto marciano no sistema brasileiro de garantias*. Rio de Janeiro: Processo, 2017.

MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, n. 25, 2004.

_____. *Cláusula penal e indemnização*. Coimbra: Almedina, 1999.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

_____. *Curso de Direito Civil*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4, t. 1.: Direito das obrigações.

_____. *Curso de Direito Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 5, t. 2.

_____. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 1956. v. 2: Direito das Obrigações.

MOREIRA, Egon Bockmann; GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Sociedades de propósito específico na Lei de PPP (considerações em torno do art. 9º da Lei 11.079/2004). In: JUSTEN FILHO, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (org.). *Parcerias público-privadas*: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOREIRA, Rodrigo Cavalcante. *A resolução do contrato de longa duração pela quebra absoluta da confiança*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato*: novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. O princípio da boa-fé contratual. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NEVES, Julio Gonzaga Andrade. *A* supressio *(*verwirkung*) no Direito Civil*. São Paulo: Almedina, 2016.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. "*Integração*" *de lacunas contratuais*: em busca de um método. 2018. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de. Notas acerca dos negócios jurídicos processuais atípicos – Parte I: Custos operacionais. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 283, set. 2018.

OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra positiva do contrato. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 25, n. 72, mar. 1998.

OPPO, Giorgio. I contratti di durata. *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale dele Obbligazioni*, Milão, v. 41, 1ª parte.

PACHIKOSKI, Silvia Rodrigues. A cláusula escalonada. In: ROCHA, Caio Cesar Vieira; SALOMÃO, Luis Felipe (coord.). *Arbitragem e mediação*: a reforma da legislação brasileira. São Paulo: Atlas, 2015.

PELA, Juliana Krueger. "Inadimplemento eficiente" (*efficient breach*) nos contratos empresariais. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 2, n. 1, 2016.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Integração de contratos incompletos*. 2013. Tese (Livre-Docência do Departamento de Direito Privado e de Processo Civil) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 1: Introdução ao Direito Civil. Teoria Geral do Direito Civil.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 3: Contratos.

_____. *Instituições de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2013. v. 4: Direitos Reais.

_____. *Instituições de Direito Civil*. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 2: Teoria geral das obrigações.

PEREIRA, Maria de Lurdes; MÚRIAS, Pedro. Os direitos de retenção e o sentido da excepção de não cumprimento. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Lisboa, 2009.

_____. MÚRIAS, Pedro. Sobre o conceito e a extensão do sinalagma, CORDEIRO, António Menezes; VASCONCELOS, Pedro Pais de; SILVA, Paula Costa e (coord.). *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*. Coimbra: Almedina, 2008. v. 1.

PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas contratuais excludentes e limitativas do dever de indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PERSICO, Giovanni. *L'eccezione d'inadempimento*. Milão: Giuffrè, 1955.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A relevância da negociação com princípios na discussão das cláusulas de convenção processual: aplicação concreta dos postulados da advocacia colaborativa, *Revista de Processo*. São Paulo, v. 258, ago. 2016.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 1991.

PRATA, Ana. *O contrato-promessa e o seu regime civil*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

PRENDERGAST, Canice. The provision of incentives in firms. *Journal of Economic Literature*, [s. l.], v. 37, n. 1, mar. 1999.

QUEIROZ, Ana Alice Lima de. *Retenção pecuniária e autotutela nos contratos empresariais*. 2017. Dissertação (Mestrado Profissional) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

RÁO, Vicente. *Ato jurídico*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *O direito e a vida dos direitos*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

REALE, Miguel. A boa-fé na execução dos contratos. In: _____. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Diretrizes de hermenêutica contratual. In: _____. *Questões de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 1997.

REALMONTE, Francesco. Eccezione d'inadempimento. In: *Enciclopedia del diritto*. Milão: Giuffrè, 1958. v. XIV.

RENTERIA, Pablo. *Penhor e autonomia privada*. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. *Obrigações de meios e de resultado*: análise crítica. São Paulo: Método, 2011.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; ALMEIDA, Caroline S. Análise crítica das cláusulas *dispute board*: eficiência e casos práticos. *Novos estudos jurídicos*, Itajaí, v. 18, n. 2, 2013.

RICO, Osvaldo da Silva. *Da reconvenção e da compensação no Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1983.

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODARTE, Fabio Kupfermann. O papel do agente no *project finance*. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, v. 5, abr./jun. 2018.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Função*, *natureza e modificação da cláusula penal no Direito Civil brasileiro*. 2006. Tese de Doutorado (Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

_____. *Revisão judicial dos contratos*: a autonomia da vontade e a teoria da imprevisão. São Paulo: Atlas, 2002.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v. 2.

_____. *Direito Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2011.

_____. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 2009.

ROSENVALD, Nelson. *Cláusula penal*: a pena privada nas relações negociais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RUZZI, Marcos Hoppenstedt. Resolução pela frustração do fim do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes et al. (coord.). *Direito contratual*: temas atuais. São Paulo: Método, 2007.

SALLES, Raquel Bellini. *Autotutela nas relações contratuais*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2019.

SANGIOVANI, Valerio. Arbitrato irrituale e regole procedurale nel nuovo diritto italiano. *ASA Bulletin*, Genebra, n. 26, dez./2008.

SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988. v. 2.

SAVI, Sérgio. Inadimplemento das obrigações, mora e perdas e danos. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *Obrigações*: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHILLING, Arno. A exceção de inexecução de contrato bilateral. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 156, nov./dez. 1954.

SCHREIBER, Anderson. Compensação de créditos em contrato de empreitada e instrumentos genéricos de quitação. *Revista Brasileira de Direito Civil*, Belo Horizonte, v. 8, abr./jun. 2016.

_____. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 32, out./dez. 2007.

_____. *A proibição de comportamento contraditório*: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHWARTZ, Alan. Relational contract in the courts: an analysis of incomplete agreements. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 21, n. 2, jun. 1992.

SCOTT, Robert. Contract design and the shading problem. *Marquette Law Review*, Milwaukee, v. 99, n. 1, 2015.

_____. TRIANTIS, George. Anticipating litigation in contract design. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 115, n. 4, jan. 2006.

_____. TRIANTIS, George. Incomplete contracts and the theory of contract design. *Case Western Reserve Law Review*, Cleveland, v. 56, n. 1, set./dez. 2005.

_____. A theory of self-enforcing indefinite agreements. *Columbia Law Review*, Nova Iorque, v. 103, n. 7, nov. 2003.

SELANIÉ, Bernard. *The economics of contracts*: a primer. 2. ed. Cambridge: The MIT Press, 2005.

SILVA, Clóvis Veríssimo do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 2006.

_____. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português. In: FRADERA, Véra Maria Jacob de (org.). *O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA, João Calvão da. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Inadimplemento das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. "Princípios de direito das obrigações no novo Código Civil". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Rodrigo Guia da. Notas sobre o cabimento do direito de retenção: desafios da autotutela no Direito Privado. *Civilística*, Rio de Janeiro, ano 6, n. 2, 2017.

SILVA, Vivien Lys Porto Ferreira da. *Extinção dos contratos*: limites e aplicabilidade. São Paulo: Saraiva, 2010.

SIMON, Herbert. *Administrative behavior*: a study of decision-making processes in administrative organizations. 4. ed. Nova Iorque: The Free Press, 1997.

SMORTO, Guido. Sul significato di "rimedi". *Europa e Diritto Privato*, Milão, fasc. 1, 2014.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao Direito dos EUA. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

SOUSA, Emanuel Raimundo Pereira de. *Da multa penitencial*. 2017. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2017.

SOUZA NETO, José Soriano de Souza. *Da compensação*. Recife: Diário da Manhã, 1933.

STARK, Tina L. *Drafting contracts*: how and why lawyers do what they do. 2. ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer Law & Business, 2014.

_____. *Negotiating and drafting contract boilerplate*. Nova Iorque: ALM, 2003.

STEINER, Renata Carlos. *Descumprimento contratual*: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

TEPEDINO, Gustavo. Validade e efeitos da resilição unilateral dos contratos. In: _____. *Soluções Práticas de Direito*: pareceres. São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 2, nov. 2011.

_____. Das várias espécies de contrato: do mandato, da comissão, da agência e distribuição, da corretagem e do transporte. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. v. X.

_____; et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

_____. As relações de consumo e a nova teoria contratual. In: _____. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

_____; SCHREIBER, Anderson. Os efeitos da Constituição em relação à cláusula geral da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. *Revista da EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 23, 2003.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Cláusula resolutiva expressa*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

_____. *Inadimplemento anterior ao termo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TEUBNER, Gunther. Irritações jurídicas: sobre a co-evolução de normas jurídicas e regimes de produção. In: TEUBNER, Gunther. *Direito*, *sistema e policontexturalidade*. Piracicaba: Unimep, 2005.

THEODORO JR., Humberto. A onda reformista do Direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 31, n. 136, jun. 2006.

_____. MELLO, Adriana Mandim Theodoro. Apontamentos sobre a responsabilidade civil na denúncia dos contratos de distribuição, franquia e concessão comercial. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 790, ago. 2001.

TOMASETTI JR, Alcides. In: OLIVEIRA, Juarez de (coord.). *Comentários à Lei de Locação de Imóveis Urbanos*. São Paulo: Saraiva, 1992.

TORRASI, Francesco Paolo. *L'autotutela nel diritto privato*: *una funzione*, *una categoria*, *un meccanismo*. 2008. Tese (Dottorato di Ricerca in Diritto Privato Generale) – Facoltà di Giurisprudenza, Università degli Studi di Palermo, Palermo, 2008.

TORRE, Riccardo Giuliano Figueira; CURY, Antonio Alberto Rondina. Jurisprudência nacional comentada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 50, jul./set. 2016.

TUCCI, Rógerio Lauria Marçal. *Prorrogação compulsória dos contratos de longa duração*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. v. 1.

_____. *Das obrigações em geral*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2001. v. 2.

_____. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1979, v. 2.

VARGAS, Maria de Lurdes. *Escândalos no desporto e perturbação do contrato de patrocínio*: a desconformidade contextual da prestação. Lisboa: AAFDL, 2018.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Contratos atípicos*. Coimbra: Almedina, 1995.

VASCONCELOS. Luís Miguel Pestana de. *Direito das garantias*. Coimbra: Almedina, 2010.

VAZ, Gilberto José. Os *dispute boards* como método alternativo de resolução de disputas na indústria da construção. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 40, jan./mar. 2014.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2018. v. 2: Obrigações e responsabilidade civil.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc; SZTAJN, Rachel. *Direito comercial*: teoria geral do contrato. 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 4.

VERSTEIN, Andrew. *Ex tempore* contracting. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 55, issue 5, article 5, 2014.

VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e seus diferentes significados à luz do Direito Comparado. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, São Paulo, v. 8, jul./set. 2016.

VIÉGAS, Francisco de Assis. *Denúncia contratual e dever de pré-aviso*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

VIEIRA, Antonio Paulo Kubli. *A autotutela nos acordos de acionistas*. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

WAISBERG, Ivo. *Dispute board* em matéria societária: quando seria viável?. In: YARSHELL, Flávio Luiz; PEREIRA, Guilherme Setoguti (coord.). *Processo societário*. São Paulo: 2015. v. 2.

WALD FILHO, Arnoldo; ANTUNES, Mariana Tavares; GAENSLY, Marina. Contratos de swap. Caráter bilateral e sinalagmático. Intervenção do Banco Central na instituição financeira requerida. Impossibilidade material e jurídica de a instituição financeira sob intervenção cumprir suas obrigações. Inadimplemento antecipado. Resolução. Quebra de reciprocidade inerente ao contrato de swap. Perda do objeto. Aplicação analógica de cláusula contratual resolutiva expressa. Contrato de adesão. Princípio da isonomia. Equilíbrio contratual. Inexigibilidade de qualquer prestação a partir da data da resolução. Exceção do contrato não cumprido. *Revista de direito bancário e do mercado de capitais,* São Paulo, v. 28, abr./jun. 2005.

WALD, Arnoldo. *Dispute resolution boards*: evolução recente. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 30, jul./set. 2011.

_____. MORAES, Luiza Rangel de; WAISBERG, Ivo. Fusões, incorporações e aquisições: aspectos societários, contratuais e regulatórios. In: WARDE JR, Walfrido Jorge. (coord.). *Fusão, cisão, incorporação*: temas correlatos. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

_____. A evolução da arbitragem internacional no Brasil. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, n. 23, out. 2009.

_____. A arbitragem contratual e os dispute boards. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 6, jul./set. 2005.

_____. O Direito das privatizações. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 763, mai. 1999.

_____. Do cabimento de denúncia vazia de acordo de acionistas firmado por prazo indeterminado, especialmente nos casos de inadimplemento e de má-fé da outra parte ou de conflito de interesses supervenientes. *Revista de Direito Civil*, *Imobiliário*, *Agrário e Empresarial*, São Paulo, n. 78, out./dez. 1996.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Uma reflexão sobre as "cláusulas gerais" do Código Civil de 2002 – A função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 831, jan. 2005.

WILKINS, David Wilkins et al. Globalization, lawyers, and emerging economies, the case of Brazil. In: WILKINS, David et al. (coords.), *The Brazilian legal profession in the age of globalization*. Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

WILLIAMSON, Oliver. *The mechanisms of governance*. Nova Iorque: Oxford University Press, 1996.

_____. Comparative economic organization: the analysis of discrete structural alternatives. *Administrative Science Quarterly*, [s. l.], v. 36, n. 2, jun. 1991.

_____. *The economic institutions of capitalism*: firms, markets and relational contracting. Nova Iorque: The Free Press, 1985.

_____. *Markets and hierarchies*: analysis and antitrust implications. Nova Iorque: The Free Press, 1975.

ZAMPAR JR., José Américo; BIZARRIA, Juliana Carolina Frutuoso. Contratos de soja verde: estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz dos princípios contratuais. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 12, n. 48, out. 2011.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos empresariais*: categoria – interface com contratos de consumo e paritários – revisão judicial. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. Intervenção e *step-in rights*, um conflito de poder entre administração pública e agente financiador nas parcerias público-privadas brasileiras. *Revista de Direito Mercantil*, *Industrial*, *Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 144, out./dez. 2006.

ZANETTI, Cristiano de Sousa. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 942, abr. 2014.