

A ALOCAÇÃO DE RISCOS PARA AS PARTES À LUZ DA TEORIA DO *DESIGN* CONTRATUAL¹

MARIANA FERRARI MESQUITA DA SILVA MONTEIRO

“No xadrez, o vencedor é aquele que faz a jogada seguinte ao último erro da partida.” (Savielly Tartakower)

¹ RESUMO: O conceito contemporâneo de contrato surge a partir da década de 80: o contrato como um produto social, devendo ser interpretado dentro deste contexto. O contrato, a partir do final do século XX, se revela como um suporte para a operação econômica. Nesse sentido, o contrato passa a atuar como um programa de conduta futura e traz em seu bojo, dentre outras características, a assimetria de informação entre as partes signatárias e riscos e incertezas acerca de seu objeto. Encarando-se o contrato como instrumento de uma operação financeira, indaga-se: qual parte deve suportar os riscos existentes? É possível prever todas as variáveis? Quais os mecanismos existentes para antever e distribuir estrategicamente os riscos para as partes? A teoria do design contratual vem para conceder às partes signatárias do contrato a possibilidade de antecipar estrategicamente riscos e resultados de uma possível disputa judicial. Segundo tal teoria, além do contrato ser um artefato a serviço da economia e circulação de riquezas, é um instrumento apto a antecipar ou postergar conflitos entre as partes. Sem a pretensão de esgotar o tema, o trabalho tem como objetivo traçar linhas sobre a teoria do *contract design* e a sua influência na alocação de riscos para as partes, trazendo à baila questões jurídicas econômicas que permeiam o cotidiano de todo aplicador do Direito e analisando-as à luz desta contemporânea teoria contratual. Por fim, dada a urgência do tema, propõe-se um estudo analítico do atual cenário jurídico instalado pelo COVID-19 frente aos riscos alocados no front-end nos instrumentos contratuais e a lacuna superveniente trazida pela pandemia aos contratos incompletos.

Palavras-chave: *Design* Contratual - Alocação de Riscos - Contratos Incompletos - Termos Vagos - Teoria dos Jogos - Informações Assimétricas - Renegociação - COVID-19.

ABSTRACT: The contemporary concept of contract comes from the 1980s: a contract shall be understood as a social product and shall be interpreted within society's context. The contract, from the end of the 20th century, reveals itself as a support for the economic operation. In this sense, the contract starts to act as a future conduct program and brings, among other characteristics, an asymmetry of information between the parties and risks and uncertainties about its object. Facing the contract as an instrument of a financial transaction, some questions show up: which party should absorb the existing risks? Is it possible to predict all variables? What mechanisms exist to foresee and strategically distribute risks to the parties? The theory of contractual design is granted to contract parties as a possibility of strategically anticipating risks and results of a possible legal dispute. According to this theory, besides the contract being an artifact of economy and circulation of goods, it is an adequate instrument to anticipate or postpone conflicts between the parties. Without any claim to covering this topic exhaustively, this work aims to trace lines of the theory of contract design and its influences on the allocation of risks to parties, bringing to discussion the economic legal issues that are present in everyday life of every contractual lawyer, analyzing it in the light of this contemporary contractual theory. Last, but not least, due to the major attention it deserves, an analytical study of the current legal scenario put by COVID-19 in face of the allocated risks at the front-end in the contractual instruments and the following gap brought up by this pandemic to the incomplete contracts.

Keywords: Contractual Design - Risk Allocation - Incomplete Contracts - Vague Terms - Game Theory - Asymmetric Information - Renegotiation - COVID-19.

SUMÁRIO: Introdução. 1. A Teoria do *Design* Contratual. 1.1 Conceito de Contrato sob a ótica do *Contract Design*. 2. A Alocação de Riscos. 2.1 A Estratégia dos Contratos Incompletos e dos Termos Vagos. 2.2 Reflexos da Teoria dos Jogos na Distribuição dos Riscos na Renegociação. 3. O *Design* Contratual Aplicado: Contratos Incompletos e a Análise no Back-End no Contexto do COVID-19. 3.1 A Pandemia e a Lacuna Contratual Superveniente. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Introdução

A autora propõe neste trabalho reflexões atinentes à moderna teoria norte-americana do *contract design*, proposta por Robert E. Scott e George G. Triantis.

As linhas ora traçadas encontram relevância no cotidiano do advogado contratualista, que, rotineiramente, se vê rodeado por diversas alternativas para conduzir uma determinada negociação e para redigir as cláusulas de um instrumento jurídico. Como o advogado poderá então optar pela melhor via a fim de mitigar os potenciais riscos envolvidos? Partindo da premissa que todo contrato é elaborado para suportar uma transação econômica, pelo presente esboço, são delineadas breves considerações sobre estratégias que podem ser adotadas pelas partes e seus advogados sob a ótica da teoria do *design* contratual, que são baseadas, inclusive, na experiência da autora.

Ainda, resta evidente que o Direito, contrariamente ao que as teorias mais retrógradas podem afirmar, está intimamente ligado ao pensamento matemático e estratégico. Nunca foi tão exigido que o advogado tivesse a precisão de um cirurgião: as palavras, métodos e estrutura de negociação escolhidas impactarão diretamente no aumento ou redução da probabilidade de ocorrência das mais variadas contingências envolvidas em um negócio. Cada passo, estratégia e decisão meticulosamente estudado e adotado guardará íntima relação com o alcance (ou não) do resultado almejado pela parte no início da negociação. Inconteste, portanto, a relevância do tema para os profissionais contemporâneos, que, com a clareza do tema em suas mentes, certamente poderão melhor nortear seus clientes.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foram estudados artigos elaborados majoritariamente pelos precursores da teoria contratual em comento, selecionados pela autora, que, de acordo com sua experiência pessoal, trazem discussões atuais e relevantes para a elucidação das questões que podem afligir o profissional contratualista.

Nesse esboço, o trabalho foi dividido em três capítulos: “1. A Teoria do *Design* Contratual”, que visa, igualmente com seu subtítulo (“1.1. Conceito de Contrato sob a ótica do *Contract Design*”), contextualizar o tema aos eventuais profissionais desavisados sobre a contemporânea discussão, bem como introduzir o leitor às reflexões necessárias para explorar os tópicos seguintes. No segundo capítulo deste trabalho (“A Alocação de Riscos”), a autora traz à baila questões que permearam sua rotina de advogada contratualista por anos, cujas respostas foram apresentadas pela aludida teoria norte-americana. Subdividido em dois títulos, o segundo capítulo explora ainda possíveis alternativas para a condução de

negociações bem como os impactos trazidos pela escolha dos termos na redação de um contrato. Ainda, são feitas pertinentes reflexões sobre as prováveis vantagens e desvantagens de adotar-se determinada postura em um cenário particular de negociação, assim como ponderações sobre as recomendações e regras gerais que podem ser adotadas de acordo com alguns critérios eleitos por esta autora, como valor envolvido na transação econômica *versus* postura conservadora na distribuição de riscos e confiança como redutora de custos, por exemplo. No terceiro e último capítulo (“O *Design Contratual* Aplicado: Contratos Incompletos e a Análise no *Back-End* no Contexto do COVID-19”), a autora traça linhas gerais sobre o cenário contratual brasileiro frente ao COVID-19 bem como apresenta suas ponderações a respeito de um caso concreto, provando, uma vez mais, a relevância da aplicação da teoria do *contract design*.

Não obstante, o presente trabalho revela a imperiosa necessidade do advogado consultivo se reinventar e ir além do “óbvio”, ao passo que evidencia que, ao conduzir estrategicamente uma negociação, pode inverter o jogo, ainda que na fase pós-contratual, evitando “xeques-mate” aos interesses de seu cliente.

1. A Teoria do *Design* Contratual

Formada por Robert E. Scott e George G. Triantis, respectivamente vinculados à Columbia Law School e Stanford Law School, a teoria norte-americana do *design* contratual², que tem por base o conceito econômico de contrato (abordado no item 1.1 deste trabalho), tem como objetivo analisar a eficiência de parâmetros de interpretação (“*proxies*”) que são utilizadas pelas partes e pelo juiz.

Como estratégia, é possível decidir sobre a utilização consciente de termos vagos quando do *design* do contrato para alocar eventuais custos de um contrato complexo para o final (“*back-end*”) ou, se economicamente mais vantajoso, antecipar os custos (“*front-end*”) ³, reduzindo, como consequência, a margem interpretativa do magistrado, posto que aqui os conceitos das expressões são definidos pelas partes.

Considerando que a técnica do *design* toma sua forma mediante a técnica de redação contratual, as partes, ao decidirem pela utilização de termos vagos ou precisos, imediatamente optam pela alocação de custos no início ou no final de contratação.

Como exemplo, tomemos “melhores esforços” como termo vago - expressão largamente utilizada na redação de contratos: nesse caso, os custos foram alocados pelas partes para o final, já que caberá ao juiz - ou eventualmente à arbitragem -, valendo-se da interpretação contratual e da razoabilidade (v.g. padrão de conduta) bem como do contexto sócio econômico das partes e de outros parâmetros relacionados ao caso concreto, definir o melhor conceito do termo para determinada situação levada ao judiciário (ou à arbitragem) pelas partes. Diz-se que, neste caso, a alocação dos custos foi para o final, posto que a depender da complexidade do contrato desenhado pelas partes, pode-se revelar extremamente caro e complexo prever expressamente, por meio de cláusulas precisas e

² SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*. The Yale Law Journal, v. 115, p. 814-879, 2006.

³ “The important distinction between the front and back ends is that they are separated by the resolution of Uncertainty.” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. Op. Cit., p. 823.

específicas, todas as contingências possíveis que aquela transação econômica carrega em seu bojo, podendo trazer ao caso concreto a tão malfadada morosidade e, em última análise, a inviabilidade da operação que se pretendia por aquele instrumento.

Mas como definir pela alocação dos custos ao início ou ao final? Quando da utilização de uma redação vaga ou calculadamente imprecisa, as partes analisarão a probabilidade de ser necessário valer-se da interpretação judicial ou arbitral a definição de tais conceitos, tomando por base, dentre outros critérios, o renome da outra parte no mercado, o histórico de transações econômicas já celebradas com esta⁴, o objeto que está sendo negociado *versus* as chances de resolução não amigável de eventual contenda, além da análise da probabilidade de instalar-se um procedimento litigioso entre as partes. Não obstante a análise de tais critérios, sem olvidar-se da forte veia econômica dos contratos contemporâneos, vale compreender se a definição de termos vagos, com a antecipação dos custos inerentes, será mais vantajoso para as partes - aqui, é importante sopesar tanto os custos de eventuais avaliações técnicas (perícias, pareceres etc.) que deverão ser empreendidas quanto o *timing* da celebração do negócio (e se haverá perda econômica na postergação das assinaturas), além da probabilidade de litígio⁵, mediante a aplicação *in casu* dos parâmetros anteriormente assinalados.

É relevante pontuar que o conceito de *design* para o nosso tema, de acordo com George G. Triantis, pode ser compreendido como o de inovação e tecnologia, posto que visa exatamente a melhoria de um produto, por meio de lapidação de seus aspectos, melhorando, portanto, a experiência de seu usuário. Desse modo, a criação e o desenvolvimento de um contrato, demandará uma precisa criatividade, análise estratégica e boa técnica redacional, que será norteada pela intenção econômica das partes.

Em última análise, a teoria do *design* contratual traz aos advogados a possibilidade de minimizar riscos e custos, antecipando-os ou estrategicamente postergando-os, por meio da redação meticulosa das cláusulas, de modo a perfeitamente ajustar aquele instrumento jurídico aos anseios econômicos das partes.

O desafio residirá, por óbvio, na quantidade de informações carregadas por uma das partes - cada parte apenas conhece profundamente o seu negócio, portanto, a falta de informação pode revelar-se como uma vulnerabilidade especialmente frente ao litígio ou arbitragem, já que este eleito possui menos informações ainda sobre o contexto existente entre as partes e, na falta da ambientação eficaz por uma das partes litigantes, isto pode acarretar, além das custas inerentes, em um erro de julgamento por falta de elementos suficientes para a adequada interpretação. É nesse espeque inclusive que, em alguns casos, a

⁴ A confiança entre as partes pode atuar como verdadeiro elemento redutor de custos.

⁵ "(...) *By efficiently choosing between vague and precise terms, the parties can lower the cost of writing a more complete contract. (...)*

(...) By doing so, the parties reduce enforcement costs, which permits them to achieve even greater incentive gains (or lower contracting costs) by shifting more activity to the back end. Parties shift activity to the back end by substituting vague for precise terms or, more generally, by expanding the proxy space available to the litigation process." SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*, Op. Cit., p. 821/822.

teoria do *design* contratual reza que as partes devem ajustar os custos da contratação com base na redação contratual.

1.1 Conceito de contrato sob a ótica do *Contract Design*

A concepção de contrato nasce, no sentido moderno, com a ideia de autonomia da vontade. Após o Iluminismo, o contrato passa a ser considerado como fonte primordial das obrigações como e enquanto manifestação da vontade. A tutela da vontade, portanto, revelava-se como o elemento de base do conceito de contrato.

Inovadoramente, em 1977⁶, Enzo Roppo afirma que “o contrato é a veste jurídica-formal de operações econômicas”. Sob tal ótica, abre-se a possibilidade do contrato ser compreendido como a formalização, regulada pelo direito, das operações econômicas - o contrato como verdadeiro suporte para tais operações. A partir da década de 80, o contrato passa a ser entendido como um produto social; visto sempre inserido num contexto social.

A teoria americana do *Contract Design* traz, no sentido dessas últimas correntes, que o contrato deve amoldar-se, de forma anatômica, às operações econômicas (aspecto econômico e social) desejadas (tutela da vontade). Para os adeptos dessa teoria, o contrato é um artefato a serviço da economia e da circulação de riquezas.

Inerente à sua natureza, o contrato disciplina condutas futuras⁷ e, conseqüentemente, tem como característica a assimetria da informação entre as partes e “comportamento oportunista”, incapacidade de prever todas as possíveis variáveis⁸ da operação transacionada, riscos e incertezas e, por fim, a possibilidade de revisão contratual.

Segundo a inovadora teoria do *design* contratual, às partes é possível conscientemente antecipar os riscos que lhes convém e, ainda, escolher os riscos que desejam postergar. Em linhas gerais, os conflitos e riscos podem ser antecipados ou postergados quando da arquitetura da operação econômica (etapa inicial da contratação: “*front-end*”) ou quando da concepção das regras de convivência dos agentes econômicos, do início à conclusão da operação (etapa final da contratação: “*back-end*”).

A teoria do *design* contratual preconiza a utilização estratégica de parâmetros da economia e tecnologia para ajustar - ou não - a precisão da redação dos termos do contrato, que orientam a interpretação da vontade das partes de forma planejada. A redação do contrato pode ser aperfeiçoada ao antecipar estrategicamente os riscos e resultados de uma possível disputa judicial por meio

⁶ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. 1ª. ed. Editora Almedina, Coimbra, 2009.

⁷ “By “contract,” lawyers usually mean a legally binding promise to act in the future, such as the promise to deliver a good on a specified future date in exchange for a promise to pay a specified price.” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, p. 02.

⁸ “Parties contract to align their incentives closer to the efficient optimum. They incur front-end and back-end costs in doing so because of the uncertainty about future states of the world.” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Principles of Contract Design*, Op. Cit., p. 10.

da redação calculada de seus termos, ao examinar-se a eficiência do investimento⁹ de seu tempo na etapa inicial da negociação e na etapa final, que ocorre com o litígio.

Comumente, os contratos mais complexos possuem redações mais imprecisas, posto que os custos de transação obstam, por vezes, as partes de informar no contrato todas as variáveis possíveis para cada contingência¹⁰, além de implicarem negociação das consequências para cada uma num contexto em que o contrato ainda não foi celebrado. Dada a sua relevância, este tema será mais explorado no item 2.1 deste trabalho.

2. A Alocação de Riscos

A distribuição racional e estrategicamente calculada dos riscos inerentes à determinada operação financeira talvez seja, sob a ótica econômica, o ponto de maior interesse das partes quando da celebração de um contrato.

Mas no que consiste o risco? Diz-se que o risco é a incerteza calculável. O risco é conhecido pelas partes (ou por uma delas, a depender do nível de informação divulgado durante a negociação) e, portanto, seus eventuais impactos podem ser mensurados. Daí a possibilidade de alocação para uma ou para a outra parte quando da redação contratual. Se impossível de ser calculado, estaremos diante de uma incerteza, que será traduzida como caso fortuito ou força maior (exemplos: variação de preços dos insumos, lacunas regulatórias, variação cambial, capacidade financeira das partes etc.).

Portanto, na fase inicial do contrato, quando da discussão acerca da transação econômica, deve ser confrontado o custo do adimplemento do contrato *versus* o preço envolvido na operação *versus* o valor que será gerado para o credor / contratante. Essa máxima pode ser traduzida pela seguinte equação¹¹: $C < P < V$, onde: $C =$ Custo do adimplemento, $P =$ Preço¹², Valor ou utilidade para o credor. Partindo desta premissa, os riscos serão alocados: à parte que mais tem capacidade de capacidade de preveni-lo¹³ (ainda que seja em razão da possibilidade de cobertura por seguro) ou àquela que possui mais capacidade financeira ou tecnológica (*expertise*), sempre visando atender à equação $C < P < V$.

⁹ “(...) a challenge for parties designing contracts is to preordain or at least constrain the course of future renegotiation so as to yield both *ex ante* and *ex post* efficiency.” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Principles of Contract Design*. Op. Cit., p. 08.

¹⁰ “Our principal thesis is that a costly and noisy contract provision, such as a vague standard, can facilitate the provision of efficient incentives and the signaling of private information at the time of contracting and of renegotiation. Indeed, we show that parties may rationally prefer to adopt a costly signal over a costless signal, even if the former is noisier. The key to our analysis is a closer investigation of the impact of litigation costs on the incentives of each party to instigate litigation and, in turn, to perform efficiently *ex ante*. Through such backward induction, we illuminate the parties’ ability to design their contract in anticipation of the likely litigation path.” CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, Op. Cit., p. 859.

¹¹ Equação Econômica do Contrato. ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. *Contract Design*. Fundação Getúlio Vargas. Agosto, 2017.

¹² Preço = Custo de Transação + Custo de Produção + Risco + Lucro. ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. *Contract Design*. Fundação Getúlio Vargas. Agosto, 2017.

¹³ Saudável paralelo pode ser feito com o parágrafo 1º do artigo 373 do Novo Código de Processo Civil, que dispõe sobre a distribuição do ônus da prova entre as partes.

Há também o risco de performance do contrato, especialmente relevante quando se tratar, por exemplo, de uma prestação de serviços (como transportes especializados) ou transação que envolva uma execução continuada (como contratos de fornecimento e distribuição), que será traduzido pela seguinte equação¹⁴: $Risco = D/P$, onde D equivale ao Custo de Performance e P à Penalidade¹⁵ e Indenização. Evidenciado inclusive que risco integra o conceito de custo na transação econômica, a sua distribuição entre as partes visará atender à máxima evidenciada pelas equações ora indicadas: o valor econômico transacionado que será gerado para uma das partes - via de regra ao credor, contratante ou comprador - deve superar os riscos a ele alocados. Quando da redação contratual, portanto, será possível distribuir estrategicamente os riscos entre as partes, o que trará aos envolvidos uma nova questão: será possível (ou razoável) antever no contrato todos os resultados (negativos, a rigor) que a ocorrência de situações que envolvem riscos pode trazer a uma (ou às duas) partes? É razoável e esperado que as partes antecipem todas as consequências?

Superado este ponto, surge a dúvida: apesar da redação do contrato poder distribuir estrategicamente os riscos entre as partes, podendo antecipar, portanto, as eventuais consequências advindas da ocorrência de determinadas situações de risco para as partes, é razoável que todas as situações possíveis de ocorrências e variáveis sejam previstas expressamente no instrumento jurídico?

A resposta, calcada na teoria do *contract design*, é “não”, especialmente em razão de que em contratos complexos, por exemplo, será necessário que a parte interessada realize investimentos¹⁶ (até porque, a rigor, as partes conhecem apenas o seu negócio - as informações são assimétricas) para que possa antever as possíveis consequências e resultados bem como negociar cada uma delas com a outra parte, o que implicaria, ainda, em maior tempo gasto na etapa inicial da contratação. A alocação de riscos visa que as partes realizem investimentos eficientes (*i.e.*, indispensáveis, não desnecessários) para que possam tomar decisões eficientes sobre o contrato, considerando, sobretudo, a possibilidade de não ocorrência das contingências envolvidas¹⁷ (o que será verificado no *front-end*), acarretando assim, ao final, numa transação econômica mais eficiente¹⁸.

¹⁴ Risco de Performance do Contrato. ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. *Contract Design*. Fundação Getúlio Vargas. Agosto, 2017.

¹⁵ Se o risco envolve a incerteza quanto ao adimplemento, a responsabilidade das partes também poderá ser mensurada.

¹⁶ “*The optimal allocation of risks is complicated further by the presence of transaction costs, both at the drafting and enforcement stages of the contractual relationship.*” CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, Op. Cit., p. 851.

¹⁷ Contingência é a precificação do risco.

¹⁸ “*Although the interpretation of these provisions has a significant financial effect on the parties to these broken deals, it has an even greater ex ante impact on the contract design of future deals. The contractual allocation of risks plays a role well beyond the simple transfer of risk to the superior risk bearer. It is an essential tool in addressing the goals of contract in a world of asymmetric information. First, it provides incentives for a party to take measures to minimize the risk (efficient investment). Second, a party’s agreement to assume a risk signals private information about the probability and severity of the risk, and thereby promotes efficient decisions to contract (efficient decision to contract). Third, the parties may be asymmetrically informed as to whether the risk in fact materialized, and that information can be elicited through the assignment of risk to the party who is likely to be better informed ex post. This promotes efficient decisions whether to execute the transaction (efficient trade). Thus, much more is at*

Como então redigir eficientemente um contrato sob o aspecto econômico? A teoria do *design* contratual defende que a utilização de termos vagos reduz os custos da etapa inicial, mormente os de negociação e de desenho do instrumento jurídico.

2.1 A Estratégia dos Contratos Incompletos e dos Termos Vagos

Em razão da fase pré-contratual dos contratos entendidos como “completos”, *i.e.*, aqueles que almejam esgotar ao máximo os possíveis custos de uma relação, potencialmente ser a mais onerosa e desgastante para as partes, é que a estratégia dos contratos incompletos e da utilização dos termos vagos encontra espaço. Celebrar um contrato completo significa uma negociação de longa duração, pois implica em antever todas as situações possíveis e negociar as consequências e implicações para as partes - o que, por vezes, se revela ineficiente. Por isso, sob a ótica do *contract design*, via de regra, a redação dos contratos complexos, dada a rebuscada transação econômica que normalmente lhe dá forma, encontra como alternativa a redação dos termos vagos e imprecisos - que pode ser mais vantajoso do que arcar, *ab initio*, com custos e morosidade. Ademais, a redação de termos vagos e imprecisos tem como ponto positivo (se a parte litigante é a detentora da informação, conforme explicado no item 1 acima) a possibilidade de discutir e nortear (a partir da apresentação de provas) a interpretação (que possui maior margem do que nos contratos completos) do juiz ou do árbitro ou oferecer posição vantajosa para fins de acordo extrajudicial¹⁹ ou composição no curso do litígio.

Nesse racional, é possível entender que cada alternativa, seja a do contrato completo ou a do incompleto, possui suas vantagens e desvantagens. Então como optar pelo caminho mais adequado para cada caso? É possível afirmar que, numa análise simplista, há elementos norteadores que merecem ser refletidos pelas partes na fase pré-contratual: potenciais ganhos envolvidos naquela tratativa econômica *versus* custos de antecipação das contingências para a etapa inicial *versus* probabilidade de ocorrência das contingências^{20 21}. Ainda, é possível caminhar com mais segurança na opção de adotar-se um contrato incompleto se a prospecção de gastos com eventual produção de provas e elaboração de

stake in the design of contract terms that allocate risks than simply exploiting differential risk preferences.” CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, Op. Cit., p. 851.

¹⁹ “The back-end cost is borne only with respect to the contingency that actually materializes, and it might be avoided entirely if the parties settle or renegotiate.

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 E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*, Op. Cit., p. 819.

²⁰ “Efficient proxies are those that maximize the gains in contractual incentives net of expected litigation costs.”

²¹ “On the front end, the parties might not foresee all possible contingencies or they would have to incur prohibitively high negotiation and drafting costs to partition all contingencies sufficiently to provide for efficient obligations in each case.” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, Op. Cit., p. 05.

parâmetros para auxiliar a interpretação do julgador não supera a vantagem econômica que será auferida pela parte mediante aquela transação²².

Portanto, exige-se que o advogado abandone a posição de mero redator técnico doutrinário de cláusulas contratuais e avance alguns passos adiante: à semelhança de um jogo de xadrez, onde conhecer seu adversário, suas fraquezas e qualidades, além de saber como utilizar seus próprios pontos fortes a seu favor, lhe oferecerá um cenário mais claro e revelará a melhor estratégia para se adotar. Ao advogado, sob a ótica da teoria do *design* contratual, incumbe conhecer aspectos comerciais, técnicos, de mediação, entre outros, para que as cláusulas sejam estrategicamente desenhadas da melhor forma possível à determinada situação econômica²³. Aqui, o profissional assegurará à parte que assessora a melhor jogada²⁴ mediante o cenário econômico envolvido, viabilizando, pelo instrumento jurídico, a transação almejada. Assim como no xadrez, passos simples (redações imprecisas ou termos vagos, paralelamente) não devem ser interpretados como descuido, mas sim resultado de profunda análise e convicção técnica do experto.

Por outro lado, se a operação econômica em apreço possuir o *status* de “delicada” para uma das partes ou para ambas, seja pelo valor envolvido, seja pela impossibilidade de reparação de eventual contingência ou ocorrência de um dos riscos previstos na fase pré-contratual ou, ainda, por se tratar de contrato complexo e de longa duração, pode ser recomendável a adoção de postura mais conservadora na etapa inicial, ainda que demande investimento antecipado em custos, já que isto garantirá maior assertividade e previsibilidade na redação das cláusulas, mitigando então a probabilidade de ocorrência de contingências e alocando, de comum acordo, as consequências para as partes, evitando, assim, que a superveniência de determinada situação indesejada fulmine aquela transação econômica (ou a possibilidade de continuação) para uma das partes ou, ainda, para ambas.²⁵

Pois bem. É importante compreender que é possível alternar e combinar, em um *mergé*, a redação de termos vagos e precisos - técnica que pode aperfeiçoar os parâmetros que serão utilizados pelo intérprete e que confere mais flexibilidade ao seu redator. Os parâmetros, no *design* contratual, são compreendidos como as menções e apontamentos feitos na redação do contrato, ainda que a título exemplificativo, que instruem o intérprete sobre o contexto no qual aquela

²² “They should incur contracting costs, therefore, as long as the resulting increase in the sum of (a) the transaction costs of writing the contract and (b) the expected costs of enforcement are less than the marginal incentive gain (in motivating more efficient reliance).” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Principles of Contract Design*. Op. Cit., p. 10.

²³ “Each lawyer represents a single party and is likely to be better informed about the relevant contracting parameters.” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*, Op. Cit., p. 820.

²⁴ “Indeed, litigation costs may in fact never be incurred when either they encourage settlement or they are harnessed through appropriate contract design to assure contractual performance.” CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*. Op. Cit., p. 853.

²⁵ “(...) First, the front-end transaction costs of anticipating all future states of the world, calculating the efficient outcome in each state, and providing specifically for low-probability states may exceed the resulting gains in contractual surplus. Second, the back-end costs of enforcing contracts may exceed all gains, owing to the difficulty of observing and then verifying to a court private information known only to the parties. (...)” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*, Op. Cit., p. 816.

previsão está inserida e, portanto, norteia a sua interpretação para que se aproxime do espírito da cláusula. Um bom exemplo que esta autora frequentemente identifica na redação dos contratos é a cláusula de “força maior”, que, via de regra, revela-se como uma das hipóteses de rescisão antecipada do contrato.

Com menor frequência, mas que pode atingir especial protagonismo na relação contratual a depender do objeto envolvido, é a “falta grave”, como causa de rescisão contratual. Ainda que mais notado em contratos regidos pela lei norte-americana, a *gross faulte* encontra-se cada vez mais presente em nossos contratos. Vantajoso para o contratante de um serviço continuado, por exemplo, que queira ter a possibilidade de encerrar o contrato antecipadamente se verificada qualquer “falta grave”, de acordo com seu entendimento subjetivo. Para o contratado, por outra banda, será contratualmente recomendável que exemplifique, o mais precisamente possível, o que as partes entendem, no momento da contratação, por “falta grave”, a fim de evitar a equivocada rescisão antecipada do instrumento sob esse fundamento. Por consequência, os parâmetros de interpretação definidos pelas partes no contrato, além de nortear, limitarão a flexibilidade do julgador quando da resolução de uma contenda²⁶, que inclusive dependerá em menor grau das informações privadas de cada parte²⁷. Calcando-se no conceito de contrato sob o viés econômico, igualmente deve buscar-se compreender se a utilização de parâmetros interpretativos em sua redação (investimento²⁸) trará ou não maior retorno positivo quando da execução do contrato.

2.2 Reflexos da teoria dos jogos na distribuição dos riscos na renegociação

Já comparamos, neste trabalho, o pensamento jurídico ao de um enxadrista: em cada caso concreto, reside à parte, norteada por seu advogado, a tarefa de mover suas peças estrategicamente a fim de alcançar o objetivo econômico almejado. É preciso buscar antever o plano da outra parte e ir além; a estratégia revela-se como um aspecto crucial para o êxito, até mesmo porque “decorar as regras do jogo não torna ninguém enxadrista”²⁹.

²⁶ “Nevertheless, they may also wish to set constraints on those prospective determinations by defining a space within which these obligations are derived. Thus, they may agree that one party will exert best efforts, or act in a commercially reasonable manner. And, they may supplement those standards with examples that further guide the court.” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, Op. Cit., p. 11.

²⁷ “(...) three important features in the judicial enforcement of contracts: (1) information comes to the court by way of self-interested parties bringing costly evidence to the court’s attention; (2) the court makes its judgment based on a relative rather than absolute assessment of its confidence in fact-finding (“preponderance of the evidence” or “balance of probabilities”); and (3) the parties have considerable influence, either by their contract or later agreement, on the course of the future litigation.” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*, Op. Cit., p. 825.

²⁸ “(...) Conversely, for any given expenditure of contracting costs, the parties can reach the highest possible incentive gains by optimizing the allocation of their investment between the front and back ends.” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*, Op. Cit., p. 817.

²⁹ Como afirmava Pietro Calamandrei, “decorar as regras do xadrez não torna ninguém enxadrista”.

Mas como “antever” os passos do seu “adversário”? A aclamada Teoria dos Jogos³⁰ busca explicar como uma pessoa, envolvida em determinado contexto e submetida a determinados estímulos, tende a tomar determinada decisão.

Um dos conceitos mais importantes³¹ da Teoria dos Jogos, o equilíbrio de Nash, por meio da probabilidade matemática e da lógica, busca determinar as decisões que os participantes de um jogo devem tomar em vista de alcançar os melhores resultados para cada um³². A “solução de Nash” traz que o equilíbrio é atingido quando não há alteração da estratégia inicial de qualquer um dos jogadores (jogos não cooperativos): segundo tal teoria, a estratégia de cada participante seria a melhor possível para cada um, levando em conta a estratégia escolhida pelo adversário; assim, o resultado do jogo seria satisfatório a ambos, já que nenhum deles teria motivo para alterar a estratégia inicial. Em suma, a Teoria dos Jogos, valendo-se da matemática e da lógica, tem como fim precípuo a resolução de conflitos por meio da análise da probabilidade da ação que cada participante tomar para atingir os melhores resultados. As partes, portanto, são obrigadas a mover estrategicamente suas peças e traçar racionalmente um plano, se quiserem alcançar seu objetivo. A partir da lógica das decisões dos jogadores, poderá haver um jogo colaborativo ou não, a depender se haverá incentivos ou gratificações³³.

A esta altura, deve estar claro para o leitor que a Teoria dos Jogos está intimamente ligada ao *design contratual*, na medida em que pode - e deve - ser aplicada racionalmente quando de sua redação estratégica³⁴. Nesse sentido, é possível antecipar³⁵ e/ou traçar as implicações de antecipar a renegociação do contrato em caso de conflito³⁶. E esse é o ponto de intersecção da aclamada Teoria dos Jogos com a teoria do *contract design*.

³⁰ Criada pelo matemático John von Neumann e pelo economista Oskar Morgenstern em 1944.

³¹ “O resultado ideal de um jogo é aquele em que nenhum dos jogadores sejam motivados a desviar de sua estratégia (melhor e inicial) escolhida.” BONA, André. *Equilíbrio de Nash*.

³² “A teoria dos jogos diz respeito à análise de comportamento estratégico em que os tomadores de decisão interagem, sendo que o resultado de suas ações depende também das ações dos outros. Teoria dos jogos assume que os tomadores de decisão (também chamados de jogadores ou agentes) são racionais, o que significa que: (i) eles sabem quais são seus objetivos e preferências; (ii) eles sabem quais são as limitações e restrições relevantes às suas ações; e (iii) eles conseguem escolher a melhor ação possível dados seus objetivos e preferências e respeitadas as limitações e restrições relevantes. Em outras palavras, a teoria dos jogos é a ciência do comportamento racional em situações em que existe interação, ou interdependência, entre os agentes.” TIMM, Luciano Benetti; HILLBRECHT, Ronald O. *Uma Introdução à Teoria dos Jogos*. In: *Direito e Economia no Brasil*, p.115.

³³ “Given that contract conditions are noisy and imperfect, the parties may need to renegotiate their agreement in order to achieve such ex post efficiency in closing. If the conditions would entitle the buyer to walk from an efficient closing, the seller would lower to price to encourage the buyer to close. If the contract would bind the buyer to an inefficient closing, the seller might offer to accept a sum in order to release the buyer.” CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, Op. Cit., p. 894.

³⁴ “(...) vague clauses improve the bargaining power of each party in future renegotiation, and facilitate settlement of disputes.” CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, Op. Cit., p. 887.

³⁵ Tendo em mente que todo agente econômico reagirá a um incentivo, o contrato deve ser redigido de modo a estimular o adimplemento.

³⁶ “Economic contract theory has introduced renegotiation as a third possible outcome, and traced the implications of anticipating the prospect of renegotiation on contract design. By introducing the adversarial litigation process, we add another strategic game that the parties can anticipate in

As cláusulas penais revelam-se como mecanismos contratuais importantes que podem, especialmente sob o ponto de vista econômico, servir de incentivo para as partes quando da eventual renegociação do contrato³⁷. Tais dispositivos não apenas devem prever remédios para as partes em caso de descumprimento contratual, mas, na verdade, devem evitar buscar a violação. O “*enforcement*” contratual, na medida em que conduz as partes para a exequibilidade do negócio jurídico, é essencial para reduzir a incerteza quanto à tratativa econômica, manter a confiança e incentivar o “*fair play*”.

Com o objetivo de atender ao proveito econômico almejado por determinado contrato, há que se buscar na fase pós-contratual a renegociação eficiente, que será alcançada especialmente quando os custos de renegociação não superarem o objeto transacionado³⁸. Riscos surgem para as partes quando o contrato, no “*front-end*”, não foi desenhado apropriadamente, em especial sob o ponto de vista da simetria (ou falta de) que as partes possuem quando da celebração do instrumento. A assimetria claramente colocará uma das partes em posição desfavorável para eventual renegociação, fato que pode obstar, por si só, a vantagem de alocar os custos para o “*back-end*”, sob pena de fulminar a renegociação eficiente³⁹. Ainda assim, a teoria do *design* contratual arrisca afirmar que um termo vago pode trazer um cenário mais favorável à renegociação do que uma condição trazida por um *proxy* elaborado sem o investimento adequado no *front-end*⁴⁰. Nesse espeque, a teoria objetiva demonstra que a utilização estratégica de termos vagos, em prol da eficiência, pode ser utilizada inclusive para resolver obstáculos referentes à assimetria de informação entre as partes.

Sob o risco de pecar pelo reducionismo (do ponto de vista estritamente acadêmico), quanto ao aspecto prático processual, é possível arriscar estabelecer a

structuring their contract.” SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, Op. Cit., p. 14.

³⁷ “Nevertheless, if the parties anticipate that either costs or stakes are such as to push the ratio outside this range, they may adopt other contractual mechanisms to adjust either variable. The contract may adjust the litigation stakes, for example, by stipulating damages or break-up fees. As noted in Part I, some buyers in the recent financial turmoil have simply tendered the reverse break-up fee, while others have alleged in court the occurrence of a MAC in order to avoid the fee. The contract may also adjust the anticipated litigation costs through fee-shifting rules, burden of proof provisions, or arbitration clauses.” CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*. Op. Cit., p. 892.

³⁸ “Moreover, because the seller must incur litigation costs to enforce her right against the buyer when the buyer attempts to cancel the deal, litigation costs can also work as an *ex post* signaling device that promotes efficient renegotiation.” CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *The Effect of Bargaining Power on Contract Design*, Op. Cit., p.89.

³⁹ “The risk of failure comes when one or the other party has private information.” CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, p. 88.

⁴⁰ “If the parties are symmetrically informed of the valuations and surplus from closing the transaction, they can renegotiate the contract successfully to ensure *ex post* efficiency. If the parties are not symmetrically informed, however, they may not reach this efficient result. In particular, the seller may have private information about the extent to which its assets are vulnerable to exogenous shocks, such as changes in the supply of its inputs or demand for its products. We have discussed the significance of signaling by the seller at the time of the original contract. The signaling challenge is more complicated in renegotiation because the seller’s ability to signal (*ex post*) is severely constrained. Nevertheless, we suggest that a vague MAC clause may provide a better background for renegotiation than a condition based on a costless (but imperfect) proxy.” CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*. Op. Cit., p. 894.

seguinte equação: a assimetria de informações verificada no *back-end* contratual está para a desigualdade técnica que pode existir no contencioso (hipossuficiência técnica), assim como a simetria de informações está para o princípio processual da paridade de armas - esta última podendo ser compreendida como a necessidade de igualdade de condições entre as partes para que obtenham uma decisão judicial justa, já que a hipossuficiência técnica, v.g., mitiga o contraditório e, conseqüentemente, reduz a ampla defesa.

Enfim, no *front-end*, a redação estratégica do contrato deve buscar equilibrar a posição das partes em caso de constatação de eventual assimetria de informações - e é justamente o cenário de simetria ou de assimetria de informações existente no *back-end*, somado à posição de vantagem ou desvantagem que a redação das cláusulas contratuais trará a cada uma^{41 42}, que determinará se os jogadores estão em patamares equilibrados entre eles (*i.e.*, se estão em paridade de armas para negociar) e possibilitará, mediante raciocínio lógico matemático, antever a probabilidade de passos do outro jogador e definir estrategicamente, reduzindo riscos, qual(is) decisão(ões) serão provavelmente mais eficazes para atingir o fim almejado pela parte.

3. O *Design Contratual* Aplicado: Contratos Incompletos e a Análise no *Back-End* no Contexto do COVID-19

Dado o cenário brasileiro e mundial em que o presente trabalho foi redigido, forçoso trazer à baila a análise pós-contratual, sob a ótica da teoria do *contract design*, no contexto do COVID-19. Sem qualquer pretensão de resolver inúmeras questões que, infelizmente sobrecarregarão o Judiciário em um futuro próximo, à autora surge uma obrigação profissional: compartilhar, por meio da análise de um caso concreto, os anseios que lhe permeiam a mente ao buscar alternativas razoáveis e que, acaso questionadas em juízo, possuirão maiores (e melhores) chances de serem mantidas.

Vale pontuar, para posterior reflexão, que a tragédia da pandemia atinge a todos - e não apenas a uma das partes no contrato. As esparsas decisões judiciais já proferidas no contexto do COVID-19 estão, aparentemente, caminhando no sentido de entender pela revisão contratual de modo a não desassistir nenhuma das partes - e não somente ao devedor -, a fim averiguar se efetivamente revela-se presente o desequilíbrio na relação contratual ou se, se restaurado o *status quo ante* de uma das partes, haveria prejuízos à outra. Razoavelmente, tem-se entendido pela necessidade de demonstrar, quando do pedido de revisão contratual no contexto do COVID-19, onde reside enriquecimento sem causa da outra parte⁴³.

Sem hesitações, é possível enquadrar desde já o cenário pandêmico trazido ao mundo pelo COVID-19 como um evento extraordinário e imprevisível, capaz de

⁴¹ Seja pela utilização de termos vagos e redação incompleta do contrato, seja pelas cláusulas de *enforcement* ou, ainda, por outros mecanismos contratuais.

⁴² “(...) our thesis that conditioning excuse on vaguely defined contingencies can be more efficient than conditioning excuse on precise quantitative proxies in pursuing three contracting objectives: (a) efficient preclosing investment, (b) efficient ex ante signaling and decisions to contract, and (c) efficient ex post renegotiation and trade decisions under information asymmetry.” CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, Op. Cit., p. 855.

⁴³ Ação Revisional de Aluguel nº 5001853-72.2020.8.24.0079/SC. 2ª Vara Cível da Comarca de Videira. D.D. 26/03/2020

tornar, numa relação contratual, a prestação de uma das partes excessivamente onerosa e, portanto, culminar na resolução ou revisão daquele instrumento.

3.1 A Pandemia e a lacuna contratual superveniente

O contrato incompleto, além de ser suportado pela teoria do *contract design*, encontra fundamento nos Princípios da UNIDROIT⁴⁴ (artigo 2.1.14 - “*contract with terms deliberately left open*”) e nos Princípios do Direito Europeu dos Contratos, trazendo, em seu bojo a denominada cláusula de *hardship*.

A primeira parte do artigo 2.1.14 dos Princípios da UNIDROIT, ao dispor que, caso não haja acordo entre as partes sobre o termo que demanda definição ou que, ainda, caso terceiro não tenha tido sucesso no preenchimento de tal lacuna, em vista às intenções das partes, o contrato não será afetado se houver meio alternativo de resolver a questão, faz clara remissão ao artigo 5.1.2., que versa sobre as obrigações implícitas que acompanham todo contrato, ainda que sem previsão expressa⁴⁵.

Para o estudo que ora se propõe, necessário traçar algumas linhas sobre a cláusula de *hardship*: os Princípios da UNIDROIT, mais precisamente em seus artigos 6.2.2. e 6:111, regulam esse importante tema - que, conforme se notará adiante, se revela como verdadeiro mecanismo de gestão do risco. O artigo 6.2.2., que dispõe sobre o conceito da aludida cláusula⁴⁶, traz que a sua ocorrência será verificada quando presente eventos que alterem, de modo fundamental, o equilíbrio do contrato, seja por aumento ou diminuição do custo/valor da execução de seu objeto, desde que tais eventos i) ocorram ou sejam conhecidos após a conclusão do contrato; ii) não poderiam ser sido razoavelmente previstos quando da conclusão do contrato; iii) estão além do controle da parte prejudicada; e iv) os riscos dele decorrentes não foram assumidos pela parte prejudicada. O artigo 6:111 (“Mudanças das Circunstâncias”), por seu turno, ao dispor que cada parte é obrigada a cumprir suas obrigações contratuais, ainda que a prestação tenha se tornado onerosa, seja por aumento ou diminuição do custo/valor da execução de seu objeto - se tal prestação, porém, se tornou excessivamente onerosa em razão de mudança das circunstâncias, as partes devem, nos termos desse artigo, iniciar tratativas para modificar ou resolver o contrato em determinados casos⁴⁷. Por fim,

⁴⁴ Os Princípios da UNIDROIT podem incidir nos contratos nacionais no intuito de colaborarem na interpretação ou complementação do direito doméstico. Nesse sentido, preleciona Paula Greco Bandeira, em *Os Contratos Incompletos e a Soft Law*, p.5.

⁴⁵ “*Went without saying*”

⁴⁶ “*Judith Martins-Costa (2010, p. 20) atribui à cláusula de hardship as seguintes funções: (a) assegurar a preservação do equilíbrio econômico e a continuação do contrato, impedindo que o princípio da intangibilidade do pactuado conduza a um rigor excessivo no momento da execução contratual; (b) atuar como meio de repartição, entre os contratantes, dos custos resultantes do evento superveniente e incerto, de modo que a etapa da renegociação permite às partes acordar sobre essa repartição dos ônus, por si mesmas, ou através de um terceiro, que a arbitrará; (c) impedir a extinção contratual devida à resolução por excessiva onerosidade de um contrato que ainda pode ser útil, atendendo aos mútuos interesses das partes; (d) encontrar um novo regime adaptado aos mútuos interesses (self tailored rule), viabilizando-se, nos limites do princípio da atipicidade contratual (art. 425 do CC/2002), uma reorganização do pactuado, sendo essa, precipuamente, a função ‘adaptativa’ da autonomia privada*”. BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos*, p.1040.

⁴⁷ Nos casos em que: i) a mudança das circunstâncias foi verificada após a conclusão do contrato; ii) a mudança das circunstâncias não foi possível ser levada em consideração no momento da conclusão

na hipótese das partes não chegarem um acordo em tempo razoável, o artigo 6:111 prevê a intervenção judicial, seja para resolver o contrato na data e nas condições que serão estabelecidas pelo juiz, seja para modificar o contrato de modo a distribuir entre as partes das perdas e as vantagens advindas da mudança das circunstâncias.

A análise sistemática de tais dispositivos implica na compreensão de que o desequilíbrio contratual decorrente de evento superveniente que seja imprevisível pelas partes e que, portanto, não poderia razoavelmente ser previsto quando da celebração do contrato (*i.e.*, impossível das partes distribuírem os riscos relacionados ao evento no *front-end*), deve ser sanado pela renegociação das bases do instrumento ou, em última instância, pela extinção consensual da avença - sob pena de necessária intervenção judicial para resolução do impasse.

Ao passo que as partes, quando da redação contratual, alocam os riscos existentes e previsíveis como modo de definir o equilíbrio da avença, os eventuais riscos que, por sua natureza, “*fujam à esfera de previsibilidade dos contratantes (...) consistirão em riscos econômicos imprevisíveis, razão pela qual não poderão constituir objeto de gestão pelas partes (não alocação involuntária do risco).*”⁴⁸. Nesse raciocínio, tendo em mente que o risco contratual está intimamente ligado ao equilíbrio do contrato⁴⁹ e, ainda, com fulcro na boa-fé objetiva, o *hardship* trará às partes o dever de renegociação de modo buscar a preservação do negócio jurídico⁵⁰ - e a lacuna ora constatada será tida superveniente, posto que surge diante de um evento imprevisível e extraordinário no *back-end*.

Considerando que, no Brasil, a cláusula de *hardship* se traduz na onerosidade excessiva (prevista no artigo 478 e seguintes do Código Civil), vale trazer à baila o Enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil que preleciona que, “*em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.*” Uma vez advinda a lacuna superveniente, às partes caberá gerir os riscos presentes nesse novo cenário.

Para fins didáticos, analisemos o seguinte caso concreto: num instrumento jurídico economicamente relevante (valor envolvido superior a cem mil reais) que tem como objeto a prestação de serviços não continuada e por prazo determinado (execução de uma feira de eventos), cuja cláusula de rescisão contratual prevê, como uma das hipóteses, a ocorrência de força maior e, ainda, que, nesse cenário, o contrato deve cancelado e o valor pago, restituído (a prestação seria quitada antecipadamente pela contratante). Por seu turno, aludida feira de eventos, que reuniria milhares de pessoas, estava prevista para ocorrer em mês em que o Ministério da Saúde indicava que o país já estaria amplamente afetado pelo COVID-

do contrato; e iii) o risco de mudança das circunstâncias não seja um daqueles que a parte que o sofre possa ter estimado suportá-lo.

⁴⁸ BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos*, p.1035.

⁴⁹ BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos*, p.1034.

⁵⁰ “*Hardship corresponde basicamente à alteração fundamental do equilíbrio do contrato (rectius, sinalagma genético) por força de circunstâncias supervenientes à sua celebração, em regra de caráter imprevisível, que fogem ao controle das partes e, por isso mesmo, não se inserem na alocação de riscos efetuada pelos contratantes.*” BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos*, p.1036.

19. Dada a importância do evento, o contrato havia sido celebrado há mais de um ano entre as partes - e encontrava-se quitado. A contratante, como pactuava anualmente sempre para a mesma época, montaria no espaço cedido pela contratada, seu *stand*.

Assim que noticiado que o caos que acompanhava o COVID-19 havia se instalado no Brasil, a contratante mostrou-se inclinada a rescindir o aludido contrato com fulcro na força maior: não era sua intenção expor sua marca e vinculá-la à desobediência de recomendações emanadas pelos órgãos de saúde, apesar de ainda não haver proibições expressas. A fim de não tomar qualquer atitude prematura, a contratante aguardou, durante tempo estrategicamente calculado, que a contratada se posicionasse. E assim ocorreu: com 60 dias de antecedência à data do evento, a contratada informou à contratante que o evento havia sido adiado para o final do ano de 2020 - data que não despertava interesse comercial algum à contratante.

Nesta altura, o impasse contratual estava instalado:

- a) Poderia a contratada ter alterado unilateralmente a data do evento?
- b) A pandemia do COVID-19 será compreendida pelo Judiciário como força maior para fins de rescisão de contratos civis?
- c) Quais alternativas possui a contratante para resolver a situação de modo a acomodar seus interesses comerciais e financeiros?

Quanto da redação contratual, as partes optaram por alocar o risco de eventual superveniência de fato configurado como força maior à parte contratada, já que previa, nessa hipótese, a rescisão contratual com a consequente devolução integral do valor pago. Porém, a grande tentação da contratante de adotar a via óbvia é barrada quando da análise da probabilidade de ineficiência da medida: bastaria notificar a contratada informando-a acerca da rescisão contratual em virtude da alteração unilateral, posto que, sobrevivendo situação de força maior, esta deveria proceder com o cancelamento do evento e da devolução integral do aporte financeiro?

Inquestionável que a mencionada crise sanitária supera extraordinariamente a álea que poderia ser prevista quando da celebração de um contrato: portanto, na linha de raciocínio deste trabalho, poderia tratar-se de incerteza e ser compreendida como um evento de força maior? Reduzir a pandemia a um mero evento de força maior, apesar disto oferecer algumas respostas, pode não ser a compreensão mais eficaz (e refletida) da situação: a álea em questão extrapola sobremaneira os contornos que poderiam ser previstos quando do acordo entre as partes e pode acarretar em prejuízos para ambas - e, como visto acima, os tribunais já transitam nesse sentido. Seria possível afirmar que, por superar a álea razoavelmente admissível à época da celebração do contrato, a pandemia não poderia ser enquadrada como evento de força maior?

Seria a pandemia um fato que teria alterado as circunstâncias⁵¹ existentes quando da celebração do contrato? Teria o cenário instalado pela pandemia

⁵¹ “*Contractus que habent dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*”: os contratos em que haja dependência de fatos futuros devem ser compreendidos estando assim as coisas.” SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*, p.5.

modificado as bases do negócio⁵²? A profunda alteração da base do negócio exige, *de per se*, a busca pelo reequilíbrio contratual⁵³. Poderia, então, a contratada justificar a alteração unilateral da data do evento ao perquirir o reequilíbrio contratual, posto que a execução do objeto pactuado (data anterior) se tornou inexecutável (ou, ao menos, não recomendada)? Por certo que a economia buscará, especialmente sob a ótica do contrato como instrumento para a movimentação⁵⁴ de riquezas, a manutenção dos acordos celebrados. Por ora, este é o caminho que soa mais razoável e acertado à autora.

À míngua de respostas prontas, com base nas linhas traçadas neste trabalho, sugere-se i) que a pandemia implica na inevitável constatação de lacuna superveniente contratual e na incidência da cláusula de *hardship* e suas obrigações implícitas⁵⁵; e ii) toda análise deve ser feita sob a ótica de importantes princípios contratuais decorrentes da boa-fé objetiva, especialmente o da razoabilidade (bom-senso) e o da solidariedade^{56,57}. Nessa toada, poderia admitir-se que as redações dos artigos 317 e 478 do Código Civil se amoldam confortavelmente ao caso concreto. Assim, o racional ora esboçado tangencia o salvamento do contrato firmado, caminhando-se para a trilha da renegociação na seara extrajudicial de modo a mitigar os prejuízos para ambas as partes⁵⁸.

⁵² “Por base do negócio entendem-se as representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para sua decisão, no caso de serem estas representações encaradas por ambas as partes como base do acordo contratual (*Geschäftsgrundlage*), incluindo-se, assim, em princípio, entre elas, v. g., a equivalência de valor entre a prestação e a contraprestação, considerada tacitamente querida; a permanência aproximada do preço convencionado, etc. (...)” Antonio Medeiros da Fonseca em SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*, p.6.

⁵³ “A alteração radical da base do negócio exige que se busque um reequilíbrio das prestações, se possível, ou sua resolução, se impossível.” SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*, p. 9.

⁵⁴ “O dever de renegociar estabelecido pela cláusula não é uma obrigação de resultado, ou seja, não exige o êxito na renegociação. É uma obrigação de meio, de forma que as partes devem se esforçar efetivamente para renegociar a avença, se comportando de forma ativa, séria e de boa-fé. 45 Uma vez que os contratantes se comportem dessa maneira, o dever de renegociar será adimplido. De forma contrária, o inadimplemento de tal dever concretiza-se com o comportamento de má-fé durante as negociações, ou pela recusa injustificada de participar de negociações.” FERRO, Thais Vianna. *Gestão de Riscos Contratuais pela Autonomia Privada*, p.9.

⁵⁵ Obrigações que, nos termos dos Princípios da UNIDROIT (artigo 5.1.2), “decorrem (a) da natureza e do propósito do contrato; e (b) das práticas estabelecidas entre as partes e dos usos; (c) da boa-fé e do negócio jurídico; e (d) da razoabilidade”. BANDEIRA, Paula G. *Os Contratos Incompletos e a Soft Law*, p.6.

⁵⁶ TARTUCE, Flávio. *O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade*.

⁵⁷ “Nessa perspectiva colaborativa e solidária, o contrato não disciplina *ex ante* todas as possíveis superveniências, mas remete o seu conteúdo à renegociação das partes com o propósito de adaptar o programa negocial às mudanças das circunstâncias fáticas verificadas no decorrer do tempo. A doutrina dos contratos relacionais propõe, assim, a obrigação de renegociação das partes com fundamento no princípio de solidariedade. Caso os contratantes atuem de modo oportunista e desleal, caberá a intervenção judicial no contrato, que garantirá a revisão do negócio e, por conseguinte, a sua conservação.” BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos*, p.1042.

⁵⁸ “Tais dispositivos pressupõem os deveres de boa-fé e solidariedade na execução do contrato, que justificam a obrigação das partes de renegociar o seu conteúdo, com o escopo de gerir as superveniências. Desse modo, os princípios da boa-fé objetiva e de solidariedade social consistem, nos sistemas da civil law, nos fundamentos teóricos e normativos da obrigação de renegociação na

No contexto do caso concreto apresentado, como poderão as partes renegociar um contrato que teve suas premissas alteradas unilateralmente? Diante da patente situação de impossibilidade de execução do contrato, a contratada inadvertidamente violou importantes deveres laterais do instrumento, como o de informar e o de transparência. Ora, conforme bem se alertou no início deste capítulo, o dever da autora residia apenas em expor as linhas de suas incipientes reflexões sobre o tema - não há respostas assertivas para as perguntas apresentadas.

Em atenção aos valores e princípios que sustentam o ordenamento jurídico, bem como mediante a ponderação razoável dos prejuízos econômicos que advirão do citado cenário pandêmico de todos os segmentos, buscar renegociar as premissas dos contratos desequilibrados em virtude da pandemia soa a esta autora como a medida mais equânime para as partes, não obstante revelar-se como uma alternativa que poderá, com alguma sorte, atender aos anseios econômicos daquele instrumento, além de promover a almejada estabilidade e segurança dos negócios jurídicos. Nesse raciocínio, ainda, é possível depreender, uma vez mais, que a confiança estabelecida no relacionamento entre as partes pode atuar como verdadeiro redutor de contingências, inclusive em casos de lacunas contratuais supervenientes.

CONCLUSÃO

Espera-se que o leitor, nessa altura, esteja tomado por mais dúvidas do que quando no *status quo ante*, na medida em que o trabalho busca fomentar a reflexão nos profissionais do Direito, instigando-os a rememorar sobre as diversas situações e incertezas que certamente já se viram envolvidos quando da negociação de uma transação econômica.

Tendo em mente que os contratos, como instrumentos jurídicos viabilizadores de negócios econômicos, têm papel fundamental para a estabilização das relações, ao passo que trazem às partes a previsibilidade, encontram seu máximo valor quando atuam como verdadeiro redutor de contingências. Nesse espeque, o advogado, à mercê da probabilidade matemática que permeia as negociações, compreende que o Direito não é um sistema fechado em si mesmo, até mesmo porque, se fosse, poderia cair no desuso ou, pior, no descrédito. Portanto, recaindo no advogado a figura de agente essencial à instrumentalização de negócios econômicos seguros e previsíveis, o conhecimento e aprofundamento do experto na teoria do *contract design* se revela como *conditio sine qua non* para a saudável perseguição, tanto no *front-end* quanto no *back-end*, da manutenção da eficiência econômica naquela transação.

O presente trabalho convida a todos os profissionais, em especial aos contratualistas, a se aprofundarem nas vantagens que a utilização das corretas ferramentas (como as análises situacionais propostas pela Teoria dos Jogos) e aplicação dos inúmeros mecanismos existentes (como a técnica redacional ou de negociação conforme o caso concreto, por exemplo) podem trazer à parte que estrategicamente os adota.

hipótese de *hardship* (BARCELONA, 2003, p. 476).” BANDEIRA, Paula Greco. *As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos*, p.1041.

A relevância acadêmica do presente trabalho consiste, portanto, em apresentar a moderna teoria do *design* contratual e ponderar especialmente sobre a sua aplicação para a estratégica distribuição de riscos para as partes. Não obstante, igualmente à luz da teoria do *contract design*, o trabalho traça inovadoras linhas e reflexões que contribuem para o desenvolvimento do pensamento acadêmico acerca da compreensão da pandemia do COVID-19 pelo universo jurídico contratual, além de esboçar, por meio da análise de um caso concreto, as possíveis alternativas existentes para as partes frente aos impasses advindos de tal lacuna superveniente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder. **Contract Design**. Fundação Getúlio Vargas. Agosto, 2017.

BANDEIRA, Paula Greco. **As cláusulas de hardship e o dever da boa-fé objetiva na renegociação dos contratos**. Dezembro, 2016.

BANDEIRA, Paula Greco. **Os contratos incompletos e a soft law**. Fevereiro, 2015.

BOLIVAR, Analluza Bravo. A teoria do “design” contratual: sua aplicabilidade face às regras de interpretação do contrato no Brasil. **Revista de Direito Empresarial: ReDE**, v. 4, n. 18, p. 123-149, Setembro, 2016.

BONA, André. **Equilíbrio de Nash**. Disponível em: <https://andrebona.com.br/equilibrio-de-nash-entenda-este-modelo-no-mundo-dos-investimentos/>. 2019. Acesso em: 17 mar. 2020.

CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *Strategic Vagueness in Contract Design: The Case of Corporate Acquisitions*, *The Yale Law Journal*, v. 119, p. 848-924, 2010.

CHOI, Albert H.; TRIANTIS, George G. *The Effect of Bargaining Power on Contract Design*. *Virginia Law Review*, v. 98, p. 1665-1743, 2012.

FERRO, Thais Vianna. **Gestão de riscos contratuais pela autonomia privada**, 2015.

PROJURIS. **Teoria dos Jogos no Direito**. Disponível em: <https://www.projuris.com.br/teoria-dos-jogos-direito/>. Acessado em 17 mar. 2020.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. 1. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2009.

SCOTT, Robert E.; TRIANTIS, George G. *Anticipating Litigation in Contract Design*. *The Yale Law Journal*, v. 115, p. 814-879, 2006.

_____; _____. *Incomplete Contracts and the Theory of Contract Design*, *Case Western Law Review*, v. 56, p. 187-201, 2005.

_____; _____. *Principles of Contract Design*. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

SIMÃO, José Fernando. **O Contrato nos tempos da COVID-19**. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio, 2020.

TARTUCE, Flávio. **O coronavírus e os contratos. Extinção, revisão e conservação. Boa-fé, bom senso e solidariedade**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/o-coronavirus-e-os-contratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bom-senso-e-solidariedade>. Acesso em: 24 abr. 2020.

TIMM, Luciano Benetti; HILLBRECHT, Ronald O. Uma introdução à teoria dos jogos. *In: Direito e Economia no Brasil*. 1^a ed. São Paulo: Atlas, 2012.