

Contribuições do direito proativo nos contratos em tempos de crise

O crescente desenvolvimento econômico acrescido ao fenômeno da globalização característico do final do século XX e início do século XXI modificou substancialmente o modo como se produzem e comercializam bens e serviços, elevando sobremaneira a complexidade das operações econômicas. Uma vez que tais operações são instrumentalizadas pelos contratos, os quais constituem suas verdadeiras “vestes jurídico-formais”, na já clássica concepção do jurista italiano Enzo Roppo¹, também estes contratos ganham em complexidade, assumindo diferentes cláusulas, formas e funções.

No mesmo sentido, o desenvolvimento tecnológico, a desverticalização das cadeias produtivas e a contínua busca por inovação como fator determinante de vantagem competitiva alterou o modo como empresas se organizam, aumentando a importância de relacionamentos mais interdependentes e colaborativos, garantidos por contratos aptos a se sustentarem no tempo enquanto geram valor para ambas as partes.

Entretanto, nenhum contrato é imune à crises e adversidades, circunstância que, no momento atual, fatalmente se evidencia pelo profundo impacto da pandemia do novo coronavírus na estabilidade de inúmeras relações econômicas e contratuais ao redor do globo.

Em cenários de crise, a prestação contratual pode, por um lado, tornar-se excessivamente onerosa a uma das partes, o que reclama medidas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato com vistas à preservação do negócio jurídico. Por outro lado, o cumprimento definitivo da prestação pode ser dificultado de tal forma que se torne impossível de ser realizado, circunstância que demonstra a necessidade de se encontrar uma solução jurídica adequada às circunstâncias específicas de cada caso.

Embora o Direito Contratual ofereça remédios clássicos e cristalizados em diferentes disposições do Código Civil para lidar com desequilíbrios no percurso da execução contratual, a exemplo dos artigos 478, 479, e 480 do referido diploma legal, a “aplicação da medicina” demandará, em larga medida, do dispêndio de tempo, dinheiro e energia das partes contratantes, presumidamente debilitadas pelas consequências econômicas negativas da crise no desempenho de suas atividades.

¹ ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. Mais recentemente, ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2011.

A sujeição do acordo ao crivo do Poder Judiciário ou mesmo dos tribunais arbitrais acarreta, com efeito, gastos e intervenções externas na esfera da autonomia contratual que certamente poderiam ser evitados ou mitigados caso adotada uma perspectiva mais proativa na gestão do processo de contratação.

O Direito Proativo surge, nesse contexto, como uma corrente jurídica alinhada às necessidades práticas dos agentes econômicos. Originária na Finlândia no início do século XXI, suas ideias espalharam-se para Europa e Estados Unidos, o que resultou em uma série de livros e artigos jurídicos publicados, bem como na formação da Escola Nôrdica de Direito Proativo, composta por pesquisadores da Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia, e do departamento de estudos denominado *Proactive ThinkTank*, liderado por uma equipe principal da Dinamarca, Finlândia, França, Holanda e Reino Unido².

Para a perspectiva proativa, a visão tradicional do contrato é demasiadamente estreita, porquanto, essencialmente jurídica e reativa, foca mais em seu papel na resolução de litígios futuros do que na promoção de comportamentos que auxiliem no sucesso das operações que instrumentalizam. Consequentemente, tal visão acaba, não raro, por minar a confiança e prejudicar a criação e manutenção de relacionamentos reciprocamente vantajosos.

Sabe-se, porém, que todo contrato é incompleto e que a tentativa de previsão do máximo de contingências futuras capazes de serem adiantadas quando da celebração do acordo pode, além de desgastar a relação entre as partes, gerar aumento indesejado dos custos de transação.

Por outro lado, como ensina Fernando Araújo, comportamentos desonestos são, em geral, espontaneamente evitados pelo receio de retaliação, de ostracismo, ou da perda do investimento no capital de reputação que, por sua vez, pode ser considerado

² Sobre a história do Direito Proativo, ver: BERGER-WALLISER, Gerlinde. The past and future of proactive law: an overview of the development of the proactive law movement. *Proactive law in a business environment*. DJØF Publishing, p. 13-31, jan. 2012. Sobre o Direito Proativo dos contratos, ver, dentre outros: SIEDEL, George J.; HAAPIO, Helena. Using proactive law for competitive advantage. *American Business Law Journal*, v. 47, n. 4, p. 641-686, ago. 2010; SIEDEL, George; HAAPIO, Helena. *Proactive law for managers: a hidden source of competitive advantage*. England: Gower Publishing Limited, 2011; HAAPIO, Helena; SIEDEL, George J.; FANDIÑO, Mariana Bernal. Aplicación del derecho proactivo como una ventaja competitiva. *Revista de Derecho Privado*, n. 31, p. 265-317, jul./dez. 2016; HAAPIO, Helena. Business success and problem prevention through proactive contracting. *Scandinavian Studies in Law*, v. 49, p. 149-194, mai. 2006; HAAPIO, Helena. Introduction to proactive law: a business lawyer's view. *Stockholm Institute for Scandinavian Law*, v. 49, p. 21-34, 2010; POHJONEN, Soile. Proactive law in the field of law. *Scandinavian Studies in Law*, v. 49, p. 54-70, 2006. No Brasil, ver: MOMBACH, Matheus Martins Costa. *A Abordagem Proativa do Direito nos contratos*. Dissertação (Mestrado em Direito Privado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2019.

como um “afloramento do conceito de capital social”³. Nesse sentido, para o autor, é evidente a importância que o ambiente de confiança e cooperação veio a adquirir na teoria, havendo quem sustente constituir-se um fator concorrencial estratégico, bastando pensar no papel fundamental que desempenha em fenômenos de rede, por exemplo, ou na própria caracterização relacional⁴.

O autor ainda acentua que o ambiente de confiança constitui espécie de aglutinador social, o qual permite pessoas interagirem a baixos custos de transação, promovendo o bem-estar social na medida em que viabiliza mais investimentos produtivos em condições de complementariedade e interdependência; sendo inegável, portanto, a relevância do papel disciplinador exercido pelas normas sociais, limando comportamentos desonestos e promovendo a confiança e a cooperação estimadas pelos comerciantes.⁵

Por essas razões, o Direito Proativo, ao enxergar os contratos pelas lentes de gestores e empresários, destaca a importância do estímulo à colaboração entre as partes *dentro* do contrato. Isso porque, sobretudo em relações duradouras que demandam estabilidade, é o próprio contrato que deve se preocupar com o seu futuro, dotando-se de elementos que permitam maior flexibilidade ao acolher conteúdos aptos a ajustar a relação frente às circunstâncias concretas⁶.

As partes podem incluir, a título de exemplo, cláusula que estabeleça a presença de um Comitê de Resolução de Disputas (*Dispute Resolution Board*) para acompanhar, desde o princípio, o desenvolvimento do contrato cuja execução se estenda no tempo, apreciando as eventuais controvérsias técnicas surgidas e emitindo decisões com força vinculativa, ou não, para os contratantes, a depender do estipulado no acordo. A importância de tais comitês é marcante, resolvendo conflitos de maneira célere e menos custosa.

Além disso, em contratos internacionais, não é rara a presença da chamada cláusula de *hardship*⁷, que tem como escopo a renegociação do acordo em decorrência de

³ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 361.

⁴ *Idem, ibidem*.

⁵ *Idem*, p. 360.

⁶ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. Seconda edizione. Milano: Giuffrè Editore, 2011, p. 970. “*Ma ai fini della costruzione di um rapporto contrattuale flessibile, le maggiori possibilità e le maggiori responsabilità appartengono all'autonomia privata. Ancor prima della legge, è lo stesso contratto che deve preoccuparsi del proprio futuro, dotandosi di elementi di flessibilità: e cioè accogliendo contenuti capaci di realizzare um autoadeguamento del rapporto di fronte alle circonstanze sopravvenute*”.

⁷ Nas palavras de Frederico Glitz, “o termo *hardship* significa na prática internacional a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que causam algum tipo de dano econômico aos contratantes”. Para o autor, tais eventos têm, em comum, a possibilidade de poder alterar substancialmente as

alteração fundamental das condições econômicas ocasionada por evento superveniente e imprevisível, a qual constitui eficiente mecanismo de conservação do negócio jurídico.

Antes, todavia, a contratação proativa recomenda investir tempo para discutir com a contraparte acerca dos objetivos do contrato, seus riscos, sua implementação e as expectativas com seu cumprimento, de modo a abrir o canal de diálogo e fortalecer os vínculos pessoais. Informar a outra parte a respeito dos objetivos básicos do negócio, ao invés de reduzir a relação aos termos estritamente clausulados, poderá constituir uma flexibilização positiva, além de refletir deveres conotados ao princípio da boa-fé objetiva, como os deveres informativos e de cooperação e lealdade contratual.⁸

Ademais, é provável que as partes, ao conhecerem os interesses subjacentes de seu negócio, possam descobrir outras maneiras para satisfazê-lo de maneira mais inovadora e eficiente, o que se traduz, ao fim e ao cabo, em menores custos de execução. Nesse diapasão, em artigo sobre o tema, Thomas D. Barton, Helena Haapio e Tatiana Borisova indicam algumas cláusulas ou prescrições que podem constar no preâmbulo de contratos com viés colaborativo, tais como o comprometimento para:

- Melhorar a qualidade das informações divididas, com foco desde o início da contratação nos interesses subjacentes e nos riscos percebidos;
- Trabalhar através de cláusulas que dividam os riscos de maneira equilibrada, visando a máxima satisfação dos interesses de ambas as partes;
- Comunicar em reuniões regularmente agendadas a respeito do progresso e da qualidade da execução contratual;
- Quando necessário, cooperar e até mesmo prover assistência com relação ao cumprimento da prestação da outra parte;
- Trabalhar para entender e acomodar as necessidades mútuas em resposta às mudanças, abrindo-se à alteração dos termos contratuais quando as condições sugerirem necessidade de ajuste; e

condições econômicas em que se desenvolvem os contratos, sendo especialmente danosos nos contratos de longa duração, “prejudicando-lhes o equilíbrio das prestações e, mesmo, o próprio adimplemento das prestações recíprocas”. Em GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Contrato e sua Conservação: Lesão e Cláusula de Hardship*, 1 ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 175.

⁸ Sobre os deveres informativos e de cooperação e lealdade contratual, ver MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 547-597.

- Em caso de litígio, negociar em boa-fé e buscar a mediação ou outro método alternativo de resolução de disputas.⁹

Por outro lado, centrado no conceito de experiência do usuário (*user experience*), o Direito Proativo observa constantes *problemas de forma* dos contratos.

Nas palavras de Mariana Bernal-Fandiño, “*contratos hoje não se entendem, são extensos e utilizam uma linguagem complexa que confunde até mesmo os advogados*”¹⁰. Leciona a autora que, em uma empresa, todos os envolvidos na negociação (gerentes, administradores, economistas, engenheiros e afins) devem conhecer e entender os compromissos e responsabilidades que assumem, mas a forma que contratos são redigidos obsta essa simples necessidade.

Por isso, ao compreender que a dimensão jurídica representa apenas uma dentre as diferentes dimensões do contrato, o qual representa verdadeiro artefato¹¹ que deve ser capaz de ser lido e compreendido por todos os envolvidos em sua negociação e implementação, a contratação proativa estimula a *simplificação da linguagem contratual*.

Isso porque, como ensina Paula Forgioni, em contratos complexos, “*há muitas pessoas envolvidas na execução da avença. A imagem do negócio que tem seu cumprimento dirigido e fiscalizado, em seus detalhes, pelo ‘dono’ da empresa é romântica e cada vez menos encontrada na realidade*”¹². Segundo a autora, em situações como essa, os indivíduos que firmam o contrato não são os mesmos que o executarão, de maneira que “*várias pessoas – e não apenas as que assinaram os*

⁹ BARTON, Thomas D.; HAAPIO, Helena; BORISOVA, Tatiana. *Flexibility and Stability in Contracts*. Em: NYSTÉN-HAARALA, Soili; BARTON, Thomas D.; JAAKKO, Kujala (Eds.). *Flexibility in Contracting*. Lapland: University of Lapland, 2015, p. 21.

¹⁰ BERNAL-FANDIÑO, Mariana. *La contratación proactiva dentro de las nuevas visiones del contrato*. Vniversitas, n. 130, 2015, p. 40. Na dicção da autora, “*en efecto, los contratos deberían ser entendidos por sus operadores. No pueden convertirse en un terreno exclusivo de los abogados. Los contratos hoy no se entienden, son extensos y se utiliza un lenguaje complejo que confunde incluso a los mismos abogados. Se genera entonces un abismo entre quienes redactan los contratos y quienes deben ejecutarlos. En una empresa, el gerente, los administradores, los economistas, los ingenieros deben conocer y entender los compromisos que adquieren y su alcance. Pero la forma en que están redactados los acuerdos imposibilita esta simple necesidad. Los contratos son para los abogados, un mal necesario (¿los contratos?, ¿los abogados? tal vez ambos) al que debe acudirse en caso de problemas. El Comité Económico y Social Europeo, CESE — que, como se ha mencionado, ha adoptado la visión proactiva del derecho—, explica que el derecho desde este punto de vista debe capacitar y facultar tanto a las personas como a las empresas para que conozcan sus derechos y responsabilidades y puedan alcanzar sus objetivos*”.

¹¹ Sobre a perspectiva “artefatualista” do contrato, ver: SUCHMAN, Mark C. *The contract as social artifact*. Law & Society Review, v. 37, n. 1, p. 91-142, 2003.

¹² FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. 4^a ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 92.

instrumentos – estarão envolvidas na execução do contrato e seu comportamento pode gerar obrigações para a empresa”¹³.

Os benefícios da simplificação contratual, ao tornar o acordo mais acessível aos seus usuários, se fazem sentir não apenas na redução da alta carga cognitiva característica dos contratos empresariais, diminuindo os riscos de litígios decorrentes de sua má interpretação e facilitando sua execução, mas também em diversos outros domínios do universo jurídico, como no âmbito das relações consumeristas.

Exemplo interessante de simplificação contratual é o caso dos contratos de telefonia móvel da Colômbia, antes inacessíveis aos seus usuários em razão de sua extensão e complexidade. Pesquisas comprovaram que, na prática, clientes levavam em média *seis horas e quarenta minutos* para ler e compreender as condições estabelecidas no instrumento contratual.

Buscando solucionar tal adversidade, empregou-se a estratégia de simplificar os contratos para convertê-los em ferramentas de exercício de direitos dos usuários, partindo do pressuposto de que “*a informação mais relevante não pode ser apresentada da forma mais complexa*”¹⁴. Como resultado, a Comissão de Regulação de Comunicações da Colômbia (CRC) elaborou um contrato tipo de telefonia móvel que, em *uma única folha*, contém, de maneira clara e simples, todas as informações relevantes do acordo, possibilitando sua leitura em apenas *doze minutos*.

Ato contínuo, a CRC expediu a Resolução 4625/2014, estabelecendo um modelo de contrato único a ser adotado por todos os operadores que prestam serviços de telefonia móvel no país, de maneira a melhorar sensivelmente as relações entre provedor e usuário.

Como aponta Mariana Bernal-Fandiño, por intermédio dessa Resolução, a CRC regulou o conteúdo e a forma dos contratos, impondo a todos os provedores de redes e serviços de telecomunicação móveis os modelos por ela estabelecidos, desenhados especialmente para serem claros e sensíveis aos usuários. O caso colombiano é, para a autora, um promissor exemplo de contratação proativa, reflexo de uma visão contratual “*que vai além de um acordo de duas vontades, pois configura uma relação*

¹³ Idem, p. 93.

¹⁴ HAAPIO, Helena; SIEDEL, George J.; FANDIÑO, Mariana Bernal. *Aplicación del derecho proactivo como una ventaja competitiva*. Rev. Derecho Privado, v. 31, 2016, p. 306.

*social localizada dentro de um mercado regulador e que, portanto, é construída com elementos tanto consensuais quanto não consensuais*¹⁵.

Além da simplificação contratual, o Direito Proativa busca promover o uso de elementos visuais no contrato, abrangendo áreas de conhecimento distintas como desenho e comunicação visual¹⁶.

Visualização significa, em termos gerais, utilizar imagens gráficas para transmitir informações, organizar dados, promover o ensino ou estimular imaginação e reflexão¹⁷. Nada impede, outrossim, o emprego de ferramentas visuais de comunicação no contrato e no processo de contratação, com o objetivo de fortalecer as relações, estimular a colaboração entre diversos profissionais e transmitir informações de maneira mais acessível à audiência pretendida.

As técnicas de visualização contratual podem ser divididas em duas grandes categorias: (i) visualização *nos* contratos, referindo-se à inserção de imagens (ícones, fluxogramas, matrizes, linhas do tempo e afins) em um contrato, tencionando realçar, esclarecer e explicar seu conteúdo, e (ii) visualização *sobre* contratos, técnica que remete ao uso de documentos apartados que auxiliem todos os envolvidos no seu planejamento, revisão e aprovação, bem como ao emprego de elementos visuais como guias sobre como ler ou usar o contrato¹⁸.

Dessa maneira, ao estimular a colaboração contratual através de cláusulas direcionadas à conservação e flexibilização do negócio jurídico, bem como ao propor a simplificação e visualização do contrato para torná-lo um verdadeiro *roteiro visível* a ser seguido pelas partes, o Direito Proativo desponta como uma promissora corrente de ideias e práticas voltadas à prevenção de conflitos decorrentes de falhas procedimentais no processo de contratação, auxiliando, na dicção de Gerson Branco, “*para que o contrato realize efetivamente valores como a segurança jurídica e*

¹⁵ BERNAL-FANDIÑO, Mariana. *La contratación proactiva dentro de las nuevas visiones del contrato*. Universitas, n. 130, 2015, p. 46, tradução nossa. Do original: “*la propuesta en sí es reflejo de una visión contractual que va más allá de un acuerdo de dos voluntades pues configura una relación social que se encuentra dentro de un mercado regulado y que, por lo tanto, está construido con elementos tanto consensuales como no consensuales.*”

¹⁶ Sobre visualização contratual e Direito Proativo, ver, dentre outros: MOMBACH, Matheus Martins Costa. *A visualização contratual a partir da perspectiva proativa do contrato*. Aceito para publicação em Revista de Direito Civil Contemporâneo. No prelo 2020.

¹⁷ BARTON, Thomas D.; BERGER-WALLISER, Gerlinde; HAAPIO, Helena. *Visualization: Seeing Contracts for What They Are, and What They Could Become*. 19 Journal of Law, Business & Ethics, 2013, p. 48.

¹⁸ *Idem, ibidem*.

*contribua para evitar a intervenção demasiada do Poder Judiciário no seio da autonomia privada*¹⁹.

Em tempos de crise, indispensável abrir as janelas do Direito Contratual²⁰ para novas reflexões e perspectivas, as quais, plasmadas pelas adversidades concretas do cotidiano negocial, permitem que a doutrina continue desempenhando seu papel social ao antecipar soluções práticas que venham a atender as necessidades sociais²¹.

***Matheus Martins Costa Mombach** é mestre em Direito Privado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Advogado do escritório Brizola e Japur Administração Judicial.

¹⁹ BRANCO, Gerson. Prefácio. Em: MOMBACH, Matheus Martins Costa. *Introdução ao Direito Proativo nos contratos: reflexões sobre o papel do contrato para além da perspectiva tradicional*. Previsão para publicação: ago/2020.

²⁰ A expressão é de Jean-Guy Belley: “Il faut ensuite ouvrir la fenêtre pour que la théorie générale des contrats puisse respirer l’air de la pratique contractuelle”. BELLEY, Jean-Guy. *La théorie générale des contrats. Pour sortir du dogmatisme*. Les Cahiers de droit, v. 26, n. 4, 1985, p. 1055.

²¹ Nas palavras de Judith Martins-Costa, “é mister da doutrina atuar como instância de orientação e reflexão produzida pelo conjunto dos juristas aos quais é reconhecida, por seus pares, autoridade na formulação de modelos dogmáticos que servem para explicitar, confirmar, sistematizar, propor, e corrigir os modelos prescritivos (legais, jurisprudenciais, costumeiros, negociais) em vigor. A doutrina desempenha o seu papel social quando não apenas explica o sistema, mas, por igual, ao antecipar possibilidades de sentido e soluções práticas que venham a atender as necessidades sociais (...).” Em MARTINS-COSTA, Judith. *Modelos de Direito Privado*. 1. Ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 32.