

Economic Analysis of Law Review

Intenção, Usos do Tráfico e Boa-Fé: o recente ataque formalista ao contextualismo na interpretação contratual *Intention, Trade Usage, and Good-Faith: the recent formalistic attack to contextualism in contractual interpretation*

Leandro Martins Zanitelli¹
Centro Universitário Ritter dos Reis/UniRitter

RESUMO

O contextualismo predomina na interpretação contratual brasileira devido à prevalência da vontade sobre o sentido literal (Código Civil, art. 112) e à interpretação e integração baseadas nos usos do tráfico e na boa-fé. Kraus e Scott (2009) acusam o contextualismo de violar a autonomia das partes e provocar ineficiências. Os limites desse argumento são apresentados considerando-se a função sinalizadora da forma, isto é, o cuidado especial com a forma é capaz de expressar a desconfiança de uma das partes em relação à outra.

Palavras-chave: Contrato; Interpretação; Integração; Boa-fé; Costume.

JEL: K12.

ABSTRACT

Contextualism dominates contractual interpretation in Brazil due to the prevalence of will over text (Civil Code, art. 112) and the acceptance of trade usages and good faith as standards for interpretation and gap filling. Kraus and Scott (2009) accuse contextualism of violating parties' autonomy and producing inefficiencies. The argument's limits are emphasized by buttressing the signaling function of form, i.e. the additional care with form can reveal the presence of distrust of one party towards the other.

Keywords: Contract; Interpretation; Gap Filling; Good Faith; Custom.

R: 7/10/11 **A:** 30/7/13 **P:** 30/10/13

¹ E-mail: leandro_zanitelli@uniritter.edu.br. O artigo contou com o suporte da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul (FAPERGS).

1. Introdução

Embora a interpretação dos contratos seja tema habitualmente mencionado em obras relativas ao direito contratual, é raro se tratar no Brasil do impacto dessa interpretação sobre as transações e, mais particularmente, sobre o seu papel para o desenvolvimento e a redução da pobreza. Procurando contribuir para que essa lacuna seja suprida, este artigo debruça-se sobre um argumento recente de Jody Kraus e Robert Scott (Kraus e Scott, 2009) em favor da conveniência de certo método de interpretação contratual tendo em vista tanto o respeito à autonomia das partes como a eficiência ou maximização do ganho que um contrato é capaz de proporcionar.

Na seção seguinte a esta introdução, o trabalho diferencia dois métodos de interpretação contratual, o método textualista, caracterizado ao mesmo tempo pelo apego ao sentido literal ou menos contextualizado das palavras contidas no documento ou instrumento do contrato e pela recusa a considerar outras evidências a respeito da vontade das partes que não as desse instrumento, e o contextualismo, método de interpretação suscetível a concluir de maneira contrária ao sentido literal do documento e a atribuir às partes direitos e obrigações não abrangidos por suas declarações. Essa seção do artigo também ressalta o pendor contextualista do direito brasileiro em matéria de interpretação, um pendor atribuível à regra de interpretação do art. 112 do Código Civil (que sucede o art. 85 do Código revogado) e ao papel interpretativo e integrador dos usos do tráfico e, em especial, da boa-fé objetiva.

A terceira seção expõe o argumento (dito “formalista”) de Kraus e Scott (2009) contra a interpretação contextualista. Segundo os autores, esse gênero de interpretação ignora o fato de que, ao contratar, as partes decidem não apenas sobre quais direitos conferir uma à outra, mas também sobre o meio pelo qual esses direitos serão assegurados. A garantia de um direito pode, assim, obter-se tanto pela via judicial, isto é, por “meios legais”, como também repousar em outros meios (chamados “relacionais”) tal como o temor de abalo à reputação ou uma disposição intrínseca das partes (isto é, independente da ameaça de sanção) à cooperação. Para Kraus e Scott, a interpretação contextualista falha ao conferir força legal a acordos que as partes quiseram, no todo ou em alguma medida, respaldar apenas por meios relacionais. Baseando-se na ideia de que a sanção legal reduz a eficácia dos meios relacionais (a tese da substituição), os autores alegam que, além de violadora da autonomia, a interpretação contextualista impede as partes de eleger para cada caso os meios de cooperação (legais ou relacionais) mais apropriados, sendo, por isso, condenável também por uma razão de eficiência.

A quarta seção alega que o argumento de Kraus e Scott falha ao ignorar que a exigência de forma (isto é, a exigência de que o contrato se faça por escrito ou de uma redação mais detalhada de suas cláusulas) pode ter a função de sinalizar a desconfiança de uma das partes em relação à outra. Assim, a decisão de contratar oralmente ou de não incluir em documento certas disposições pode ser explicada não apenas pela crença na eficácia dos meios relacionais de execução das obrigações, mas também pelo temor de uma das partes de manifestar sua desconfiança à outra, um temor que se justifica em contratos cujo cumprimento dependa, em alguma medida, de uma inclinação a cooperar independentemente de incentivos. Como se arguirá mais minuciosamente adiante, essa função sinalizadora da forma não retira validade por completo ao argumento de Kraus e Scott, mas faz com que a força desse argumento seja moderada tendo em consideração os casos em que, aliada ao risco de descumprimento de obrigações oralmente contraídas, a referida

função seja causa de uma ineficiência que a interpretação contextualista é, ao menos, capaz de atenuar.

2. Interpretação Contratual e Contextualismo no Brasil: o art. 112 do Código Civil, os usos do tráfico e a boa-fé

A doutrina jurídica norte-americana distingue dois métodos de interpretação contratual. O primeiro deles, designado como textualista, caracteriza-se por privilegiar as palavras do documento contratual como evidência do que as partes quiseram e, em consequência, de como os direitos e deveres dessas mesmas partes devem ser definidos (ou “construídos”) pelo intérprete. O segundo método, chamado contextualista, admite contrariamente que a vontade dos contratantes seja descoberta também à base de evidências outras que não as palavras encontradas no instrumento contratual, tais como as oriundas de conversas, minutas, usos comerciais e o comportamento das partes antes (*course of dealing*) e subsequentemente à celebração do contrato (*course of performance*).

Analisada com rigor, a distinção entre os dois métodos ou “teorias” da interpretação contratual revela-se gradativa, já que, mesmo para um extremado textualista, é difícil dar sentido às palavras de um documento sem considerar o seu contexto, isto é, as circunstâncias negociais em que essas palavras vieram à tona.² A oposição entre textualismo e contextualismo parece mais propriamente dizer respeito, portanto, à medida do detalhamento com o qual as particulares circunstâncias de um contrato (em resumo, o seu contexto) são consideradas para a interpretação (maior no caso do contextualismo). Além disso, é possível distinguir graus de contextualismo de acordo com as condições, mais ou menos exigentes, aceitas pelo intérprete para afastar-se do sentido menos contextualizado das palavras usadas no instrumento. Assim, há uma diferença que separa um contextualista para o qual evidências sobre uma conversa entre os contratantes têm, *a priori*, o mesmo peso das palavras incluídas no documento e outro, mais moderado, para o qual aquelas mesmas evidências sirvam para restringir o alcance das disposições textuais, mas não para chegar a uma conclusão frontalmente contrária a essas últimas.

Apesar dessas nuances, é válido caracterizar o textualismo e o contextualismo como pontos de vista fundamentalmente opostos e com tendência a conduzir a soluções contraditórias acerca da interpretação de um contrato. As referidas nuances também não parecem ser um obstáculo a que o debate em matéria de interpretação contratual se desenvolva à base da referida dicotomia, tal como tem, de fato, acontecido nos E.U.A., país no qual a interpretação dos contratos se considera, em suas grandes linhas, ter evoluído de uma posição nitidamente textualista ou formalista³ até meados do século XX para uma na qual abundam, atualmente, ingredientes contextualistas (Katz, 2004, p. 498-499; Scott, 2004, p. 371-377).

Ressalvadas as particularidades de cada caso, é possível dizer que a interpretação dos contratos no Brasil também revela um viés contextualista, acentuado, a partir das duas últimas

² Schwartz e Scott (2003, p. 572) sugerem isso ao afirmar que um intérprete textualista socorre-se de sua “experiência e entendimento do mundo” (*experience and understanding of the world*) para dar sentido às palavras do documento.

³ Designa-se como formalismo o ponto de vista segundo o qual a exequibilidade de um contrato depende do atendimento a certos requisitos de forma e não pode, portanto, fazer-se à base de quaisquer evidências sobre a vontade das partes. Embora com ele não coincida de todo, o formalismo também privilegia as palavras do documento (em seu sentido menos contextualizado) em detrimento de outras evidências, afinando-se, assim, ao textualismo no que se refere à interpretação contratual.

décadas do século XX, graças sobretudo à aceitação do princípio da boa-fé. Far-se-á, nas linhas que seguem, uma exposição dos principais pontos do contextualismo brasileiro: a preferência pela vontade em detrimento do sentido menos contextualizado da declaração (art. 112 do Código Civil) e a interpretação e integração segundo os usos do tráfico e a boa-fé.

Uma disposição favorável ao contextualismo em matéria de interpretação negocial no direito brasileiro é a do art. 112 do Código Civil, que reproduz, quase que com exatidão, o art. 85 do Código anterior. Ao determinar que se atenda “mais à intenção (...) do que ao sentido literal da linguagem”, esse artigo permite que à evidência oferecida pelas palavras do documento se contraponham outras, importando acima de tudo que a construção judicial do contrato se faça, tanto quanto possível, de maneira fiel à vontade dos contratantes.⁴ Tal como sua antecessora, a norma interpretativa do citado art. 112 não enfrenta maior ressalva, ao menos não quando se trate de contrariar o sentido menos contextualizado das palavras do documento a fim de fazer prevalecer o que se repute ter sido a vontade de ambas as partes de um contrato.⁵

A medida com que uma disposição tal como a do art. 112 do Código Civil leva a uma interpretação contratual contextualista varia de acordo com as condições impostas a fim de que o sentido menos contextualizado das palavras do instrumento seja deixado de lado. Pode-se, como já antes observado, conceber graus distintos de contextualismo, em razão seja do modo como se admite que a interpretação contrarie o referido sentido menos contextualizado, seja da maior ou menor sensibilidade do julgador a evidências que se oponham a esse sentido. No primeiro caso, podem ser aceitas evidências acerca da vontade das partes que se oponham frontalmente às cláusulas do instrumento, tornando-as de todo inaplicáveis ou, diferentemente, limitar a tolerância a essas evidências aos casos em que se trate tão-somente de reduzir o alcance daquilo que o instrumento aparentemente determina. No segundo, a interpretação contextualista depende do quão robustos tenham de ser os indícios de uma vontade contrária ao sentido usual da declaração a fim de que a interpretação se distancie desse sentido. A simples falta de contestação ao que determina o art. 112 pouco diz, assim, sobre o vigor que o contextualismo tem, de fato, na jurisprudência brasileira. Lamentavelmente, alcançar ideia mais exata sobre esse vigor é tarefa dificultada pela raridade com que tal questão é enfrentada.⁶

Ainda acerca do art. 112 do Código Civil e da medida com que, em razão dele, a interpretação de contratos no Brasil pende em favor do contextualismo, uma última questão a

⁴ Entre os textos do art. 112 do Código Civil e do seu antecessor há uma diferença que merece menção. Enquanto o art. 85 do Código revogado determinava que “nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem”, a redação do atual art. 112 é “nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.” O acréscimo da expressão “nelas consubstanciada” poderia ser entendido como exigência de que, para ter relevância para a interpretação, a vontade das partes tenha de ser de alguma maneira respaldada pelas palavras da declaração. Essa conclusão, francamente textualista, não conquistou, porém, até agora, a adesão da doutrina e da jurisprudência. Em acórdão recente da 3ª Turma do STJ (Recurso Especial nº 1.158.679/MG, Relatora Min. Nancy Andrighi, 7/4/2011), por exemplo, afirma-se que a norma do art. 85 do Código Civil atual foi “reproduzida” (p. 10) pelo art. 112 do Código em vigor.

⁵ Diferente é o caso em que a intenção de apenas um dos contratantes divirja do sentido literal ou aparente da declaração. Quando isso acontece, a tendência é que o contrato se interprete segundo esse sentido aparente (e contra, portanto, a vontade de uma das partes), exceção feita à hipótese em que a falta de correspondência entre o dito e o querido por um dos contratantes tenha ou devesse ter sido percebida pela contraparte. Essas conclusões se baseiam no tratamento dispensado pelo novo Código Civil ao erro e, em particular, na imposição da recognoscibilidade como requisito para anulação por erro dos negócios jurídicos bilaterais (art. 138).

⁶ Maior uniformidade jurisprudencial sobre a aplicação do art. 112 do Código Civil é dificultada pela Súmula nº 5 do STJ, que impede o recurso especial nos casos de “simples interpretação de cláusula contratual”.

considerar é a da afastabilidade da norma legal interpretativa mediante cláusula contratual. Em outras palavras, o que se indaga é se a norma que manda construir as disposições contratuais de acordo com a vontade das partes e, eventualmente, contra o sentido aparente da declaração é uma norma cogente ou dispositiva. Essa questão não é outra senão a da validade do que se denomina, nos E.U.A., “cláusula de absorção” (*merger clause*), uma cláusula pela qual as partes determinam que a interpretação tenha lugar à base exclusivamente do instrumento contratual. Infelizmente, a doutrina e a jurisprudência brasileiras são, em geral, omissas a esse respeito.

Além da prevalência da vontade sobre o sentido aparente da declaração, o contextualismo em matéria contratual no Brasil é estimulado pelo apelo aos usos do tráfico. Referidos como “usos do lugar” pelo art. 113 do Código Civil, eles são aceitos tanto para a determinação do sentido de cláusulas vagas ou ambíguas quanto como fonte de restrições a direitos ou deveres aos quais o instrumento contratual, entendido de maneira menos contextualizada, não alude, o que se conhece como “integração” (Ludwig, 2005, p. 106).⁷ Apesar de não mencionada entre as disposições gerais de interpretação negocial pelo Código Civil de 1916, a aplicação dos usos não é uma novidade para o direito brasileiro, tendo sido já prevista pelo Código Comercial de 1850 (arts. 130, 131, 4, e 133).

Se a aplicação dos usos para a construção das cláusulas contratuais pertence à tradição do Direito brasileiro, algo diferente deve-se dizer sobre a boa-fé objetiva ou, simplesmente, “princípio da boa-fé”, outra norma contextualista. Muito embora a boa-fé já estivesse, também ela, entre as diretrizes de interpretação negocial do antigo Código Comercial, cujo art. 131, 1, mandava a interpretação corresponder à “inteligência simples e adequada, que for mais conforme à boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato”, não é incorreto falar-se em um “despertar para a boa-fé” da doutrina e jurisprudência brasileiras a partir dos anos 1980, bem como de um trabalho de análise das implicações do princípio (inclusive, mas não apenas, para a interpretação e integração de contratos) que se acelera nos anos imediatamente anteriores e após a entrada em vigor do novo Código Civil, no qual referências à boa-fé (objetiva) são encontradas em passagens cruciais como as dos arts. 113, 187 e 422.⁸

A relação entre o princípio da boa-fé e o contextualismo se revela primeiro com a ideia geral segundo a qual esse princípio, como norma de proteção às “justas expectativas” (Martins-Costa, 2005, p. 130) dos contratantes, leva a acrescentar aos direitos, deveres e demais posições jurídicas que as declarações das partes, entendidas literalmente, instituem outros que correspondam, justamente, à realização das referidas expectativas. Isso se traduz, mais particularmente, na admissão de deveres anexos ou laterais (Martins-Costa, 1999, p. 437-454; Silva, 1976, p. 40) impossíveis de ser depreendidos da declaração tomada em seu sentido menos contextualizado, bem como de limites a direitos conferidos às partes, quer pelo contrato, quer pela lei (Martins-Costa, 1999, p. 455-472).

Outra implicação contextualista do princípio da boa-fé é a que diz respeito ao dinamismo da relação contratual. Com isso se entende que a conduta dos contratantes por ocasião do cumprimento do contrato é capaz, por si só, de alterar o conteúdo dos direitos e deveres contratuais (Martins-Costa, 1999, p. 393-394). A boa-fé não apenas dá lugar, portanto, a uma

⁷ A distinção entre interpretação e integração do contrato é irrelevante para o argumento principal do artigo. Assim, afora quando o contexto claramente indique o contrário, usa-se no texto a expressão “interpretação contratual” com sentido amplo atinente à toda definição dos direitos e deveres das partes de um contrato, seja pelo enfrentamento de vaguezas e ambiguidades do instrumento, seja pelo suprimento de lacunas nele encontradas.

⁸ Também se pode ver uma alusão à boa-fé objetiva nos arts. 128 (efeitos do implemento da condição resolutiva em contratos de trato sucessivo) e 765 (contratos de seguro).

interpretação ampliativa (isto é, não confinada ao sentido aparente do texto) dos efeitos legais de um contrato, como permite que esses efeitos se modifiquem, com o passar do tempo, tendo em vista o comportamento de cada contratante durante a execução do contrato e as “legítimas” ou “razoáveis” expectativas que esse comportamento foi apto a ensejar na contraparte. A isso se ligam regras como a da proibição ao *venire contra factum proprium*, a proibição a condutas que contradigam expectativa criada anteriormente pelo próprio agente (Martins-Costa, 1999, p. 466-472), e a da *supressio*, ou proibição ou restrição ao exercício de direito que uma das partes tenha reiteradamente deixado de invocar (Martins-Costa, 2005, p. 53).

Se é flagrante, por um lado, o entusiasmo doutrinário provocado pelo princípio da boa-fé e, portanto, o viés contextualista que esse entusiasmo implica, por outro a influência da boa-fé sobre a jurisprudência em matéria de interpretação é, se não insignificante, bem mais tímida do que a imensa quantidade de escritos sobre a boa-fé aparecida nos últimos anos pode sugerir. Não é que não se encontrem exemplos de decisões integradoras de contratos com base na boa-fé,⁹ nem que haja, nos julgados, uma explícita resistência a reconhecer o princípio da boa-fé como fonte de deveres não respaldados pelo sentido literal do instrumento contratual ou como limitador do alcance das disposições contidas nesse instrumento. Quiçá, no entanto, porque o papel integrador da boa-fé se mostre particularmente relevante em contratos duradouros (nos quais seja frequente a interação das partes e, por consequência, maior a chance de se verificarem comportamentos inspiradores de confiança) e porque muitos dos litígios decorrentes desses contratos acabam se resolvendo extrajudicialmente, é hoje em dia mais comum no Brasil flagrar a aplicação do princípio da boa-fé para a declaração de invalidade de cláusulas contratuais abusivas ou “leoninas” (em especial nos chamados contratos de massa) do que como princípio de interpretação contratual contextualista.

O fato de se atribuir tanto aos usos do tráfico como à boa-fé uma função de integração faz com que a aplicação de ambos se restrinja, de um modo geral, àquilo que não contrarie, frontalmente, o sentido aparente do texto contratual ou, na melhor das hipóteses, o conteúdo da vontade das partes que se pode depreender por outros meios além do referido texto. Embora não seja comum admiti-lo explicitamente, a ideia de uma função integradora traz consigo, pois, um limite à interpretação contextualista, que se mostra capaz de alargar o rol das posições jurídicas contratuais ou de limitar o alcance do que as palavras do documento em seu sentido menos contextualizado determinam, mas já não pode negar efeito, pura e simplesmente, a essas determinações. Como exceção a isso podem considerar-se os casos nos quais a aplicação da boa-fé se baseie no modo de conduzir-se de uma das partes (e na expectativa que esse modo de conduzir-se foi apto a ensejar na outra), seja antes da conclusão do negócio, seja por ocasião do seu cumprimento.¹⁰

⁹ Um caso recente é o do acórdão da 3ª Turma do STJ no Recurso Especial nº 857.299/SC (Relator Min. Paulo de Tarso Sanseverino, 3/5/2011). Nele, imputou-se um atraso de pagamento à credora, uma prestadora de serviços italiana, pela falta de providências para o envio, pelo Banco Central brasileiro, da quantia devida em liras italianas pela outra parte, uma concessionária de serviços de energia elétrica. O dever descumprido pela credora italiana, que consistia no envio ao Banco Central de certas informações exigidas para a remessa dos recursos à Itália, não se encontrava textualmente previsto, tendo sido considerado pelo relator, Min. Paulo de Tarso Sanseverino, como um “dever de cooperação” advindo da boa-fé.

¹⁰ Outra exceção diz respeito, por óbvio, aos casos em que o princípio da boa-fé é aplicado para a preservação do “equilíbrio” (Negreiros, 2006, p. 156-206) contratual, isto é, para a correção do conteúdo de um contrato que se considere excessivamente oneroso para uma das partes, quando então já não se trata, geralmente, apenas de alargar ou limitar o alcance do que o instrumento contratual em seu sentido literal estabelece.

Outra questão é a da validade de uma cláusula de absorção pela qual as partes excluam o recurso aos usos do tráfico e à boa-fé. Como observado anteriormente por ocasião da análise do art. 112 do Código Civil, cláusulas assim não costumam ser levadas ao exame dos órgãos judiciais brasileiros, nem há, tampouco, debate doutrinário significativo ao seu respeito. É bem possível, entretanto, que, embora a aplicação dos usos do tráfico e da boa-fé se limite àquilo que não se opõe de todo às previsões textuais (corrigidas, eventualmente, por outras evidências sobre a vontade dos contratantes), a possibilidade mesma dessa aplicação venha a ser tratada, especialmente no caso da boa-fé, como questão de “ordem pública”, não sujeita, portanto, à vontade das partes.

3. O Ataque Formalista: a tese da substituição

A seção anterior mostrou por que, em suas grandes linhas, a interpretação dos contratos no Brasil pende em favor do contextualismo. A recusa a restringir a interpretação contratual às palavras do documento, entendidas em seu sentido comum ou menos contextualizado, alicerça-se no que estabelece o art. 112 do Código Civil, que permite ao juiz apurar a vontade das partes por outros meios que não o instrumento do contrato, e pela aplicação dos usos do tráfico e da boa-fé como normas capazes de ampliar o rol de deveres e limitar o alcance das determinações textuais.

A última década testemunhou o aparecimento de trabalhos com argumentos contrários ao estilo contextualista de interpretação contratual (Kraus e Scott, 2009; Schwartz e Scott, 2003; Scott, 2004). Esses trabalhos, relacionados ao que se costuma designar como “novo formalismo”, têm, usualmente, inspiração na economia, o que faz com que o teor geral dos ataques ao contextualismo consista em tratar esse último como empecilho a transações mutuamente vantajosas e, nesse sentido, causador de ineficiência.

Esta seção limita-se a apresentar um dos argumentos do novo formalismo, exposto mais recentemente por Jody Kraus e Robert Scott (Kraus e Scott, 2009). Resumidamente, esse argumento acusa o método de interpretação contextualista de inibir a confiança entre as partes, atuando, assim, contra um dos alicerces das relações de troca.

A fim de esmiuçar o argumento, é conveniente começar com uma distinção que lhe é crucial, a saber, a distinção entre meios legais e relacionais de cooperação, entendendo-se como cooperação o comportamento de uma das partes destinado à realização do interesse da outra, isto é, a execução ou cumprimento do contrato. De acordo com a distinção proposta por Kraus e Scott, a cooperação pode ser perseguida seja por meios legais – isto é, pela criação de deveres legais cujo descumprimento enseja aplicação de sanção –, seja por meios relacionais. Nesse segundo caso, espera-se lograr o cumprimento das obrigações contratuais não mediante a ameaça de sanção legal,¹¹ mas sim devido ao temor do abalo à reputação ou, simplesmente, em virtude de uma motivação intrínseca a cooperar (Kraus e Scott, 2009, p. 1.054-1.056). Embora Kraus e Scott não o mencionem, a distinção entre meios legais e relacionais corresponde, pois, de maneira

¹¹ Como sanção legal entenda-se a que é aplicada por órgãos judiciais. É uma questão à parte a de saber em que medida o que se diz no texto sobre os meios legais de execução de um contrato (em especial, a tese da substituição) vale também para as cortes arbitrais.

aproximada, ao que em outros lugares se designa, respectivamente, como governança formal (ou, simplesmente, governança) e confiança (Puranam e Vanneste, 2009).¹²

Feita a distinção entre meios legais e relacionais de cooperação, o argumento prossegue trazendo à luz as vantagens desses últimos (Kraus e Scott, 2009, p. 1.056). Essas vantagens consistem na redução de custos e na ampliação do alcance das transações e decorrem de uma mesma característica dos meios relacionais, a saber, a de esses meios dependerem de que a conduta de uma das partes seja observável pela outra, mas não verificável por um terceiro (o juiz, por exemplo). Essa distinção entre observabilidade e verificabilidade é também capital para o argumento, merecendo, pois, ser bem esclarecida. Para um exemplo, imagine-se que um futebolista tenha contraído com o clube que o contratou a obrigação de dedicar-se ao máximo nos treinamentos. A fim de saber o quão observável é o comportamento de uma das partes do contrato (no caso, o atleta), consideram-se as medidas de que tem de lançar mão a outra parte a fim de saber se tal comportamento vem de fato ocorrendo. Para observar a dedicação do atleta aos treinos e, por conseguinte, o cumprimento da cláusula contratual, o clube pode precisar do auxílio de um ou mais treinadores. Falar da verificabilidade de um comportamento, em contrapartida, é falar das medidas que um contratante tem de tomar a fim de demonstrar a um terceiro algo sobre o comportamento da contraparte. Seguindo com o exemplo, mesmo que a falta de empenho do atleta (e, por conseguinte, o descumprimento da promessa) seja observável, ela pode não ser verificável se, embora notória para o clube, essa falta de empenho não puder ser demonstrada a um juiz.¹³

Os meios relacionais reduzem custos para as partes porque exigem apenas que uma observe o comportamento da outra, poupando, por conseguinte, os custos com a verificação.¹⁴ Além disso, o fato de a verificação ser dispensável permite que o acordo chegue a domínios que ficam interditos quando os meios de cooperação são exclusivamente legais. Suponha-se que o clube anteveja a inverificabilidade do esforço do atleta. Se o comportamento se anuncia inverificável (ainda que observável), e o único meio de incitá-lo depende de verificação (caso da sanção legal), a consequência esperada é que o clube não queira pagar um centavo a mais por uma cláusula que obrigue o atleta a se empenhar nos treinos, e isso ainda que uma cláusula assim fosse, em circunstâncias ideais (isto é, de verificabilidade), mutuamente vantajosa, isto é, que, em circunstâncias ideais, o clube estivesse disposto a pagar ao esportista o suficiente para obrigar esse último ter o empenho desejado. À medida, pois, que permitam incorporar à transações cláusulas vantajosas para ambas as partes, os meios relacionais suprem a ineficiência resultante da inverificabilidade de certas condutas.

Pode-se perguntar, a essa altura, o que a alegada vantagem dos meios relacionais sobre os meios legais de cooperação importa para o método de interpretação contratual e, em particular,

¹² As denominações variam. Usa-se também “contratos formais” (Mellewigt, Madhok e Weibel, 2007; Poppo e Zenger, 2002) e “controle” (Grundeir, 2006) como substituto de governança formal e “governança relacional” (Poppo e Zenger, 2002) em lugar de confiança.

¹³ Aqui não se trata, é claro, de uma questão de “tudo ou nada”, podendo falar-se, de acordo com a dificuldade que uma das partes tenha para observar o comportamento da outra e reportá-lo a um terceiro, de graus distintos de observabilidade e verificabilidade.

¹⁴ Essa afirmação se sujeita a uma ressalva importante. No caso em que a reputação das partes perante terceiros esteja incluída entre os meios relacionais de cooperação, a eficácia desses meios depende de o comportamento dos contratantes ser verificável, ainda que não por um juiz, pelos terceiros em relação aos quais uma boa reputação seja estimada. A conclusão geral de que os meios relacionais proporcionam redução de custos e uma eventual expansão dos domínios da transação segue valendo para esse caso, não obstante, ao menos à medida que a verificação pelos referidos terceiros seja menos custosa do que a demandada pelos órgãos judiciais.

para o contextualismo. Afinal, o que o estilo de interpretação preferido determina, aparentemente, é tão-somente o alcance dos meios legais de cooperação, nada influenciando sobre os meios da outra espécie. Considere-se, para ilustrar, o caso de um dever que não resulta da interpretação literal das palavras contidas no documento contratual, mas que possa, em contrapartida, ser afirmado a partir de uma interpretação contextualista baseada no princípio da boa-fé. Um modo de descrever a diferença entre textualismo e contextualismo consiste em dizer que, de acordo com o primeiro, esse dever não seria reputado um dever legal, tratando-se, portanto, de um dever para cujo cumprimento somente os meios relacionais estariam disponíveis. Em outras palavras: o credor não contaria com o auxílio dos órgãos judiciais para fazer valer o dever em questão, mas poderia, apesar disso, esperar o atendimento a esse dever pelo temor da outra parte em relação à sua reputação ou por algum motivo intrínseco. Para o contextualismo, em contraste, um dever decorrente da boa-fé é um dever legal, o que daria ao credor, além dos meios relacionais recém referidos, meios legais para a execução.

Manifesta no parágrafo anterior está o que se pode chamar de “tese da independência”, uma tese segundo a qual os meios relacionais de cooperação são independentes dos meios legais. Essa tese leva a concluir pela irrelevância do debate entre textualistas e contextualistas para os meios relacionais de cumprimento de um contrato, já que tal debate diz respeito exclusivamente à extensão dos meios legais, e esses, conforme preconiza a referida tese, em nada influenciam os meios relacionais. O argumento de Kraus e Scott é, no entanto, um argumento contra a tese da independência, à qual eles se contrapõem com o que se pode designar, usando termo da economia institucional (Mellewigt, Madhok e Weibel, 2007; Poppo e Zenger, 2002), “tese da substituição”. De acordo com a tese da substituição, ao invés de se justapor aos meios relacionais, os meios legais substituem-nos, de maneira que a imposição dos primeiros acaba por inibir ou solapar os segundos.¹⁵ A tese da substituição é apoiada por certa quantidade de hipóteses e evidências encontradas em trabalhos de economia e psicologia, vários dos quais citados por Kraus e Scott em seu artigo (Kraus & Scott, 2009, p. 1.058, nota 140). Vale a pena, antes de prosseguir, apresentar uma breve síntese desses trabalhos.

Um argumento em defesa da tese da substituição vem de estudos de psicologia sobre o “efeito de superjustificação” (*overjustification effect*) (Deci, 1971; Lepper, Greene e Nisbett, 1973). Esses estudos distinguem duas espécies de motivação, intrínseca e extrínseca. No primeiro caso, uma conduta é realizada pelo valor que tem para o agente, enquanto no segundo o que importa não é a conduta em si, mas o seu resultado. Evidências revelam que certas medidas destinadas a motivar extrinsecamente os agentes (por exemplo, um prêmio em dinheiro) podem reduzir ou até fazer desaparecer a motivação intrínseca, de tal maneira que o comportamento passa, então, a depender do estímulo externo (Deci, Koestner e Ryan, 1999; Frey e Jegen, 2001). Para que a hipótese do efeito de superjustificação se coadune com a tese da substituição, basta conjecturar que, entre os meios relacionais de cooperação, esteja a motivação intrínseca das partes a fazer o que lhes incumbe, uma motivação que a ameaça de sanção legal, causa extrínseca para o cumprimento, viria a solapar.

¹⁵ Doravante, usar-se-á a expressão “efeito inibidor” para a hipótese de que os meios legais impeçam os meios relacionais de se desenvolverem, e “efeito solapador” para aludir ao caso em que esses últimos estejam inicialmente disponíveis e sejam então erodidos pela superveniência de meios legais. De um modo geral, usa-se em inglês a expressão *crowd out* para designar os efeitos perversos da lei sobre os meios relacionais de cooperação (v., e.g., Frey e Jegen, 2001; Irlenbusch e Sliwka, 2005).

Outra hipótese que, uma vez confirmada, leva à tese da substituição é a do “efeito de configuração” (*framing effect*). Com esse efeito, supõe-se que, ao decidir sobre como se conduzir, os agentes sejam guiados pela percepção, nem sempre de todo consciente, acerca da situação na qual se encontram, e que variações dessa situação, ou mesmo apenas do modo como ela é apresentada, possam influir sobre a referida percepção e, por conseguinte, sobre a decisão a tomar (Tversky e Kahneman, 1981).¹⁶ A substituição de meios relacionais de cooperação por meios legais pode corresponder a um efeito de configuração se a ameaça de sanção alterar a percepção dos contratantes a respeito da decisão de adimplir. Com isso se sugere, mais exatamente, que incentivos como prêmios ou ameaças de punição sejam capazes de fazer com que a situação decisória seja entendida como uma situação na qual cada contratante deve perseguir exclusivamente o seu interesse, com o consequente esmorecimento dos meios relacionais de cooperação não baseados no egoísmo (Irlenbusch e Sliwka, 2005; Tenbrunsel e Messick, 1999). Há evidências de que a frequência do comportamento egoísta varia de acordo com o “rótulo” emprestado a uma situação de decisão, tais como as obtidas em experimentos com o “jogo da comunidade” e o “jogo de Wall Street” (Liberman, Samuels e Ross, 2004; Ross e Ward, 1996).¹⁷

Por fim, a tese da substituição pode ainda se conjugar à hipótese da cooperação condicional (Fischbacher, Gächter e Fehr, 2001). Trata-se da ideia de que uma parcela considerável dos seres humanos esteja inclinada a renunciar à tentação do oportunismo e a colaborar com os demais, desde que os outros também o façam ou, ao menos, pareçam inclinados a fazê-lo (para um sumário das evidências, v. Gächter, 2006)¹⁸. Para um cooperador condicional, portanto, são determinantes as informações sobre a atuação ou disposição a atuar de seus pares, já que são essas informações que, caso positivas, vão levá-lo a cooperar ou, do contrário, conduzir-se egoisticamente. Dito isso, faz sentido aventar que, à falta de meios legais, certos comportamentos das partes de um contrato sejam interpretados pela parte adversa como gestos de cooperação¹⁹ a merecer, como tais, uma resposta igualmente amistosa (Fehr, Gächter e Kirchsteiger, 1997).²⁰ Esse sinal é, no entanto, pelo menos enfraquecido quando o movimento inicial é legalmente

¹⁶ Em contraste com a hipótese anterior, o efeito de configuração não requer que uma atividade seja realizada por motivos intrínsecos mais tarde solapados por algum incentivo externo. Por isso, o efeito de configuração é uma hipótese mais plausível para diferenças comportamentais em casos como os de certos experimentos de laboratório em que, pela artificialidade das condições criadas, é pouco provável que os participantes atribuam valor inerente à atividade que são chamados a desempenhar. V. Irlenbusch e Sliwka (2005, p. 1).

¹⁷ Esses experimentos são constituídos por jogos de cooperação ou simulações de dilemas sociais nos quais os participantes se encontram perante as alternativas de atuar egoisticamente (comportamento que, caso repetido pelos demais, conduz a um resultado desastroso para todo o grupo) e em prol do grupo (em uma palavra, cooperar). Um efeito de configuração é verificado ao se compararem os níveis de cooperação quando o jogo é denominado “Wall Street” e os de outro chamado “comunidade”. Como as propriedades formais dos jogos são as mesmas, o fato de haver mais cooperação no segundo caso é atribuído à diferente percepção sobre a situação de jogo provocada pelas diferentes denominações e ao padrão comportamental que cada uma dessas denominações evoca.

¹⁸ A cooperação condicional é por vezes atribuída a “preferências sociais” (em contraposição a “preferências individuais”, isto é, egoístas) pela equidade (Fehr e Schmidt, 1999) ou pela reciprocidade (Falk e Fischbacher, 2006).

¹⁹ Esse é o caso de comportamentos de risco ou investimento de confiança, isto é, comportamentos pelos quais um dos contratantes fique sujeito ao oportunismo do outro.

²⁰ Sliwka (2007) chega a um resultado análogo a partir de uma hipótese ligeiramente distinta, na qual alguns agentes são tidos como conformistas, isto é, como agentes cujo comportamento se pauta pela norma vista como prevalente. O investimento de confiança da parte oponente pode sugerir a um agente conformista que a norma prevalente é a da cooperação, levando-o, então, a responder positivamente.

respaldado, isto é, quando o “investimento de confiança” de um dos contratantes puder ser entendido como expressão de confiança não no outro, mas sim nos meios legais de execução.²¹

Se os meios legais substituem os meios relacionais de cooperação, pode-se então entender com mais facilidade qual é o inconveniente do contextualismo. Ao ampliar o rol das obrigações legalmente vinculantes ou dar força vinculante a obrigações que as partes não incluíram entre as disposições do instrumento contratual, a interpretação contextualista estende os meios legais a domínios que uma interpretação textualista negaria e, ao fazê-lo, reduz ou até elimina a influência dos meios relacionais sobre esses domínios. Para concluir pela indesejabilidade do contextualismo, assim, poder-se-ia simplesmente alegar a superioridade dos meios relacionais sobre os meios legais de cooperação. Isso não é, entretanto, o que faz o argumento de Kraus e Scott, muito embora eles não deixem de referir, tal como observado acima, as vantagens dos meios relacionais no que respeita à redução de custos e à ampliação das possibilidades de barganha.²² Ao invés de condenar o contextualismo por inibir ou solapar meios relacionais de cooperação superiores aos legais, os dois autores (Kraus e Scott, 2009, p. 1.057) rejeitam esse método de interpretação contratual por não permitir que as partes decidam os meios, relacionais ou legais, pelos quais farão valer os direitos que o contrato lhes confere. Sob a regra de interpretação textualista, a liberdade para eleição da espécie de meios que as partes julgam mais apropriada é assegurada, permitindo-se que os deveres do contrato sejam divididos entre aqueles para os quais as partes desejam respaldo legal e aqueles cuja execução, ao contrário, elas preferem sustentar com meios exclusivamente relacionais.²³ Essa divisão é obtida pelos contratantes ao fazer com que algumas obrigações sejam literalmente previstas no instrumento contratual e outras não, bem como por uma interpretação textualista em virtude da qual apenas as obrigações do primeiro grupo sejam legalmente vinculantes. A mesma divisão é impedida, em contrapartida, quando uma interpretação contextualista leva a atribuir força vinculante inclusive às disposições deixadas de fora do documento.

A fim de demonstrar que a liberdade para separar as obrigações contratuais em dois blocos, o das obrigações amparadas por meios legais e o das que dependem exclusivamente de meios relacionais, é prezada pelos contratantes dos E.U.A., o argumento se vale ainda de uma comparação entre a jurisprudência em matéria de interpretação contratual nos estados de Nova

²¹ Uma versão em larga escala da tese da substituição pode ser defendida com o argumento de que é a falta de meios legais de cooperação que dá incentivo a que os membros de um grupo de potenciais comerciantes desenvolvam meios relacionais (por exemplo, sistemas de informação com fins reputacionais) de apoio às trocas. Esse mesmo incentivo seria enfraquecido no caso de haver meios legais disponíveis. Outra ideia, análoga, é que, não havendo como fazer valer um contrato compulsoriamente, os agentes tornar-se-iam mais cuidadosos na seleção de seus parceiros, favorecendo aqueles verdadeiramente merecedores de confiança. Esse favorecimento levaria, com o tempo, a um predomínio dos agentes confiáveis (Bohnet, Frey e Huck, 2001).

²² Admitida a tese da substituição, uma defesa da superioridade pura e simples dos meios relacionais sobre os meios legais de execução poderia levar, muito mais do que a uma preferência pelo textualismo em matéria de interpretação contratual, à conclusão de que todo o contrato (e não apenas as suas disposições “não escritas”) deva ser deixado longe dos tribunais. Para um debate sobre a indispensabilidade (ou não) dos meios legais de execução contratual para o desenvolvimento de um país, v. Trebilcock e Leng (2006).

²³ Aceitando-se como premissa a de que as partes devem ter liberdade para definir os meios de cooperação de que poderão se valer, uma interpretação contextualista poderia ser preferida para aqueles casos em que os contratantes a tenham querido, isto é, para casos em que as partes tenham decidido amparar com meios legais não só os deveres que o instrumento, em seu sentido literal, estabelece, mas também outros como os decorrentes dos usos do tráfico e da boa-fé. Kraus e Scott (2009, p. 1.073) ressaltam essa possibilidade ao afirmar que as cortes devem respeitar a decisão das partes sobre o tipo de normas, *rules* ou *standards*, com base nas quais os direitos e deveres contratuais legalmente executáveis serão definidos.

Iorque e da Califórnia. Enquanto no primeiro estado o estilo predominante de interpretação é textualista, as decisões das cortes do segundo incluem certos ingredientes contextualistas, graças, em particular, a uma aplicação mais frouxa da regra da *parol evidence*.²⁴ Kraus e Scott (2009, p. 1.061-1.062) reportam, então, os resultados de um estudo de Eisenberg e Miller como indício da preferência pela interpretação textualista. Esse estudo, feito com quase três mil contratos em que são partes companhias de capital aberto, mostra que a legislação de Nova Iorque é a escolhida para aplicar-se em 46% dos casos, contra apenas 8% das escolhas para o estado da Califórnia.

4. A Função Sinalizadora da Forma e a Eficiência do Contextualismo

Viu-se na seção anterior que o argumento formalista de Kraus e Scott tem como base a tese da substituição dos meios relacionais pelos meios legais de cooperação. Considerando-se que a expansão dos meios legais decorrente de uma interpretação contratual contextualista tem efeito solapador sobre os meios relacionais, os autores sugerem que os tribunais respeitem a decisão das partes sobre o meio de cooperação apropriado mediante uma interpretação textualista que permita aos contratantes dividir as obrigações contraídas em dois blocos, o das obrigações legalmente vinculantes, que estariam em conformidade com o sentido menos contextualizado das palavras do documento, e o das obrigações amparadas exclusivamente por meios relacionais, como a ameaça de abalo à reputação ou uma motivação intrínseca ao adimplemento.

O objetivo desta seção é demonstrar que Kraus e Scott erram aos desconsiderar uma das razões pelas quais as partes podem deixar de incluir, no instrumento do contrato, disposições cujo sentido literal estabeleça novas obrigações ou limites aos direitos que esse instrumento institua. Essa razão funda-se em algo salientado recentemente por Florian Herold (Herold, 2010), segundo o qual a tentativa de uma das partes de incluir em documento certa previsão sobre as obrigações da outra (ou sobre certa restrição ao exercício de um direito dessa outra parte) pode ser tomada como um sinal de desconfiança.

Antes de prosseguir, é importante chamar a atenção para alguns limites do argumento formalista de Kraus e Scott cuja lembrança é necessária a fim de não atribuir a esse argumento um pretensão desmedida e, em consequência, torná-lo um alvo mais fácil do que de fato é. Assim, deve-se ressaltar, em primeiro lugar, que os autores cingem a sua defesa do textualismo aos contratos celebrados entre partes “sofisticadas” (*sophisticated*) (Kraus e Scott, 2009, p. 1.026), entendidas como tais as firmas com cinco ou mais empregados, sociedades com limitação de responsabilidade e sociedades prestadoras de determinados serviços, organizações em relação às quais é de presumir certa *expertise* negocial (Schwartz e Scott, 2003, p. 545). Essa ressalva é crucial para um argumento que se alicerce, como é o caso do argumento de Kraus e Scott em favor do textualismo, na superior habilidade dos contratantes para estabelecer o meio, legal ou relacional, pelo qual os direitos contratuais se farão valer.

Em segundo lugar, não se pode perder de vista que a tese da substituição necessita ser confirmada empiricamente, e que, embora já se tenha demonstrado, em diversos estudos, um efeito inibidor da legislação sobre fatores não legais de cooperação, as evidências a esse respeito não são unívocas. Assim, enquanto alguns estudos revelam o antagonismo entre meios legais e relacionais de cooperação (ou entre governança, ou “contratos formais”, e confiança), em outros (Lazzarini, Miller e Zenger, 2004; Poppo e Zenger, 2002) o que se apura é uma relação de

²⁴ Nos contratos feitos por escrito, a regra da *parol evidence* proíbe aos órgãos judiciais considerar outras evidências sobre a vontade dos contratantes que não as providas pelo instrumento contratual.

complementaridade, em que instituições formais aumentam, ao invés de reduzir, a eficácia dos meios relacionais. Kraus e Scott (2009, p. 1.058, nota 140) não ignoram o *status* provisório da tese da substituição, o que faz com o que o seu argumento deva ser entendido como um argumento a favor do textualismo apenas à medida que o efeito inibidor ou solapador da sanção legal sobre os meios informais de cooperação venha, de fato, a ocorrer.

Feitas essas ressalvas, pode-se passar à crítica do argumento formalista. Para tanto, será útil tomar como ponto de partida o caso usado como exemplo pelos dois autores (Kraus e Scott, 2009, p. 1.048-1.051), *Hunt Foods v. Doliner* (*Hunt Foods & Industries, Inc. v. Doliner*, 270 N.Y.S.2d 397). A companhia Hunt Foods havia iniciado tratativas com George Doliner para aquisição da Eastern Can Company, sociedade da qual Doliner e seus familiares eram sócios majoritários. Depois de chegarem a um acordo sobre o preço, mas não sobre as demais cláusulas do negócio, as partes decidiram interromper as negociações durante algumas semanas. Antes, no entanto, celebraram por escrito um pré-contrato pelo qual se conferia à Hunt Foods o direito à compra das quotas da Eastern Can pelo preço ajustado. Reentabuladas, depois, as conversas, sem que se conseguisse chegar a um acordo sobre os outros itens do negócio, a Hunt Foods resolveu exercer a opção de compra que o pré-contrato lhe atribuía, ao que Doliner respondeu recusando-se a transferir à Hunt Foods as quotas que detinha sob a alegação de que ambos haviam pactuado, oralmente, que o direito à compra somente poderia ser exercido caso Doliner se aproveitasse da pausa nas negociações para oferecer as quotas da Eastern Can a outros possíveis interessados, o que não acontecera. Na decisão, o Tribunal de Apelações de Nova Iorque, baseando-se em uma interpretação liberal da regra da *parol evidence*, permitiu que se abrisse instrução a fim de averiguar a veracidade das afirmações de Doliner.

Para Kraus e Scott, a decisão foi equivocada. A fim de explicar por que, eles descrevem as possíveis motivações das partes na hipótese em que o relato de Doliner seja fidedigno e em que, portanto, os envolvidos tenham de fato acordado oralmente que a opção de compra só seria exercível caso Doliner começasse conversações com outros potenciais compradores. Essa é a hipótese que verdadeiramente interessa, já que é a única em que uma interpretação contextualista, que privilegie a intenção das partes contra o sentido literal do documento, levaria a uma conclusão divergente do textualismo. A questão proposta então é: o que teria levado Doliner e a Hunt Foods a conferir à segunda um direito textualmente ilimitado se queriam que esse direito só pudesse ser exercido sob determinadas condições?

No caso da Hunt Foods, uma razão para a insistência em que o documento lhe concedesse um direito de compra irrestrito estaria, segundo os autores, na difícil verificabilidade da cláusula limitadora (Kraus e Scott, 2009, p. 1.054). Se, legalmente falando, o direito à aquisição das quotas estivesse sujeito a uma oferta de Doliner a terceiros, esse direito somente seria exercível caso a Hunt Foods descobrisse as tratativas de Doliner com alguma outra pessoa e fosse capaz de demonstrar, em juízo, que essas tratativas aconteceram. Dada a dificuldade da tarefa, seria compreensível que a Hunt Foods, embora aceitando, oralmente, que a opção de compra só se realizasse sob particulares circunstâncias, exigisse deixar tal ressalva de fora da porção do pré-contrato legalmente executável.

E quanto a Doliner? No que respeita às razões de Doliner para aceitar que a condição para o exercício da opção de compra não fosse incluída no instrumento do pré-contrato, Kraus e Scott começam descartando a hipótese de que ele tenha assentido por acreditar que, mesmo não previsto textualmente, o limite acordado seria legalmente vinculante (Kraus e Scott, 2009, p. 1.053). Eles afirmam que Doliner dificilmente teria acreditado nisso devido à insistência da Hunt

Foods para que a cláusula não fosse redigida. Além disso, o mesmo Doliner não teria firmado o documento se pensasse que a Hunt Foods iria se valer dele posteriormente para realizar a compra da Easter Can em desacordo com o que havia sido ajustado (Kraus e Scott, 2009, p. 1.053, nota 128). A explicação mais plausível, então, de acordo com os autores, é que Doliner soubesse do *status* não legal da cláusula acertada oralmente, e que, apesar disso, a tenha aceitado porque confiava em outros meios de execução que não os legais, em particular o temor de abalo à reputação da Hunt Foods e até dos advogados que a representavam (Kraus e Scott, 2009, p. 1.054-1.056).

Aplicado ao caso Hunt Foods, o argumento de Kraus e Scott em favor do textualismo pode ser então assim sintetizado:

I – Doliner aceitou que a cláusula de condição ao exercício da opção de compra fosse respaldada apenas por meios relacionais de cooperação porque acreditava na eficácia desses meios;

II – A preferência da Hunt Foods pela cláusula não escrita é explicável pela difícil verificabilidade do comportamento a que a cláusula se referia;

III – Uma decisão, como a que a Hunt Foods e Doliner tomaram, de deixar uma porção do pré-contrato sujeita apenas a meios relacionais de cooperação somente é respeitada por uma interpretação contextualista pela qual a citada porção fique mesmo de fora do que se reputa, legalmente, como o contrato havido entre as partes.

O fato de a crença atribuída a Doliner em *I* ter-se mostrado equivocada não retira a validade do argumento, cujo sentido geral é o de imputar às partes responsabilidade pela decisão que tomaram quanto à espécie de meios, legais ou relacionais, com que respaldar seus direitos e obrigações. Isso fica claro quando Kraus e Scott afirmam que, em hipóteses, como a do caso Hunt Foods, nas quais os meios relacionais se mostram ineficazes, as partes que decidiram lançar mão desses meios “devem aceitar o seu (dos meios) fracasso e não procurar pela execução legal que elas mesmas recusaram com o acordo feito originalmente”²⁵ (Kraus e Scott, 2009, p. 1.059). Além de fazer com que os contratantes suportem as consequências da sua decisão acerca dos meios de execução, a interpretação textualista teria em seu favor uma razão de eficiência, já que, ao punir os que, como Doliner, realizam más escolhas, essa interpretação incentiva futuros contratantes a eleger, entre os meios de cooperação disponíveis, o mais apropriado.

Examinem-se, todavia, as implicações de uma proposição, alternativa a *I*, segundo a qual a decisão de um contratante como Doliner seja motivada, menos do que pela crença na eficácia de meios relacionais de cooperação como a reputação, pelo receio de manifestar desconfiança na outra parte. Esse receio é mencionado em um trabalho recente de Florian Herold (Herold, 2010) no qual se levanta a hipótese da função sinalizadora de um acordo legalmente vinculante (ou, como diz o autor, de um “contrato completo”²⁶).

Em que consiste a mencionada função sinalizadora, e por que ela é importante? Considere-se alguém que esteja prestes a contratar um pequeno empreiteiro para uma obra doméstica cuja casa cujo preço tenha de ser em parte pago de maneira adiantada. Apresentam-se, então, algumas alternativas: *a*) o dono da casa pode adiantar o dinheiro, sem mais, ao construtor; *b*) pode adiantar o dinheiro e exigir um recibo; ou, ainda, *c*) pode adiantar o dinheiro e, além do

²⁵ No original: “*should accept their failure and not seek the legal enforcement they eschewed in the original agreement.*”

²⁶ Em trabalhos de economia, designa-se como contrato incompleto aquele que, por alguma razão, tenha itens não sujeitos à execução por meio de órgãos judiciais. A incompletude pode ser ocasionada pelos elevados custos para a redação de cláusulas que descrevam minuciosamente o comportamento esperado de cada uma das partes, pela inobservabilidade ou inverificabilidade desse comportamento ou, como cogita o estudo de Herold (2010), do temor de expressar desconfiança.

recibo, pedir que o construtor firme um documento no qual se descreva com precisão a obra a realizar, o preço total a ser pago, os prazos para conclusão da obra e pagamento do restante do preço e até penalidades para eventual inadimplemento. A função sinalizadora diz respeito ao que a decisão é capaz de informar a uma das partes sobre a confiança da outra. Admita-se então que a decisão correspondente a a seja, das três, a mais apta a transmitir ao empreiteiro a confiança do dono da obra, sendo c a mais apta a transmitir desconfiança e b uma intermediária. Levando em conta que a diferença entre as três alternativas é uma diferença quanto à facilidade (crescente, no caso) com que o dono da casa poderá se valer de um órgão judicial para fazer cumprir o que lhe foi prometido pelo outro, pode-se expressar como ideia geral a de que a função sinalizadora varia de acordo com o grau de formalização do contrato, reduzindo-se a expressão de confiança (ou aumentando a de desconfiança) com a elevação do referido grau.

A importância dessa função sinalizadora da forma admite inúmeras explicações, entre as quais estão algumas das que foram oferecidas, na seção anterior, em favor da tese da substituição. Isso não é de espantar, já que, se a ameaça de sanção legal solapa a cooperação realizada por outros meios, o mesmo efeito é de esperar de um contrato no qual certos cuidados de forma não fazem senão criar ou fortalecer a referida ameaça. Pode-se aventar, então, que a escolha de c não permita que o empreiteiro reconheça o dono da obra como um cooperador genuíno (isto é, como alguém disposto a cooperar independentemente de incentivo), diminuindo a chance de o próprio empreiteiro se comportar cooperativamente (hipótese da cooperação condicional). Ou se pode cogitar que a exigência de celebração do contrato por escrito e com redação detalhada exerça um efeito de configuração pelo qual o empreiteiro altere o seu modo de perceber a situação e passe a conduzir-se egoisticamente (hipótese do efeito de configuração).²⁷ Em terceiro lugar, e embora já não tenha relação com uma função de sinalização da forma (isto é, com a desconfiança na outra parte que o cuidado com a forma revela), um efeito perverso similar ao do sinal pode ainda ser atribuído à exigência de forma em si, nesse caso em consonância com a hipótese do efeito de superjustificação. Em outras palavras, admitindo-se que o cumprimento de um contrato seja, por vezes, intrinsecamente motivado, a ameaça de sanção legal que nos contratos formais se institui (ou acentua) pode ter a consequência indesejável de solapar essa motivação.

Em todos esses casos, a repercussão da decisão de um dos contratantes quanto à forma pode ser tanto mais grave quanto mais importantes forem as cláusulas do acordo que, por uma razão qualquer (por exemplo, a inobservabilidade ou inverificabilidade do comportamento a que se referem), continuarem, apesar de todos os cuidados, não sujeitas à execução legal. É para essas partes (ditas “não contratáveis”) que a disposição a cooperar independentemente de incentivos se mostra relevante e, nas condições das hipóteses recém-mencionadas, pode ser inibida.

Retomando a análise do caso Hunt Foods, pode-se então afirmar que:

I – Doliner aceitou que a cláusula de condição ao exercício da opção de compra fosse respaldada apenas por meios relacionais de cooperação porque acreditava na eficácia desses meios.

Ou, alternativamente, que:

Ia – Doliner aceitou que a cláusula de condição ao exercício da opção de compra fosse respaldada apenas por meios relacionais de cooperação porque não queria sinalizar à Hunt Foods a sua desconfiança em relação à parceira.

²⁷ No caso de Herold (2010), a importância da função sinalizadora da forma é demonstrada para contratos nos quais a melhor estratégia para um contratante disposto a cooperar (o agente) dependa da confiança do outro (o principal), e a informação positiva sobre essa confiança acarrete para o segundo resultados superiores aos da informação negativa.

Determinar qual das asserções é a melhor descrição é, por certo, questão empírica que para os presentes fins carece de importância, assim como carece de importância a observação, conquanto verdadeira, de que não se trata de afirmativas excludentes, de modo que o melhor modo de descrever as motivações de Doliner talvez seja dizendo que ele deixou de exigir uma ressalva por escrito ao direito de compra da Hunt Foods porque acreditava na eficácia de meios não legais de coação e porque não queria sinalizar sua desconfiança. O que releva é constatar que, em casos como o de Doliner, essa segunda é uma, ao menos, das possíveis motivações para que um contrato não se faça por escrito ou para que, ao fazê-lo, certos detalhes sejam deixados de fora do instrumento contratual. Mais do que isso, é essencial determinar se a possibilidade dessa segunda motivação justifica um tratamento legal diferente do propugnado por Kraus e Scott ou, pelo menos, enfraquece o argumento desses autores em favor do textualismo.

Para o potencial contratante que não queira manifestar à contraparte a sua desconfiança, uma interpretação contratual contextualista que atribua força legal a itens do acordo não abrangidos pelo sentido literal do instrumento oferece uma vantagem, já que permite evitar a emissão do sinal indesejado sem, ao mesmo tempo, abrir mão por completo²⁸ dos meios legais de cumprimento em relação aos itens citados. Para deixar patente por que essa vantagem é socialmente bem-vinda, vejamos as considerações que seguem.

Admitida a função sinalizadora da forma e sua importância sugerida por hipóteses como a da cooperação condicional e a do efeito de configuração, as partes de um contrato têm de lidar com um *trade-off* envolvendo garantia legal e sinalização. Em outras palavras, elas podem tomar providências para que as obrigações contratuais sejam legalmente executáveis e manifestar, com isso, sua desconfiança no parceiro, ou, ao contrário, abrir mão do amparo legal para evitar que um sinal de desconfiança seja emitido e se sujeitar, com isso, ao risco de inadimplemento. Além dessas duas alternativas, é muito importante recordar que há uma terceira, a de não contratar (ou não contratar sobre o ponto a que o dilema se refere). Para um agente racional, essa terceira alternativa será a preferível, desconsiderando-se tudo mais, sempre que o custo de cada uma das duas primeiras superar o benefício esperado do contrato, isto é, sempre que forem insuportavelmente altos tanto os custos da exigência de forma (considerando-se o seu efeito negativo sobre a disposição a cooperar da outra parte) quanto os de abrir mão dessa exigência (considerando-se o risco de descumprimento). Uma diferença entre o textualismo e o contextualismo é que esse último ameniza os custos da segunda alternativa e reduz, portanto, a probabilidade de que a terceira, a alternativa do não contrato, seja preferível àquela. Tais custos são atenuados à medida que a possibilidade de execução judicial de obrigações não textuais diminua o risco de incumprimento dessas obrigações.²⁹

²⁸ Usa-se a expressão “abrir mão por completo” para salientar que a decisão de não celebrar o contrato por escrito ou de excluir parte dele do alcance do sentido literal do documento não é, mesmo sob uma interpretação contextualista, destituída de consequências, já que essa decisão em geral dificulta que se faça valer em juízo uma obrigação eventualmente inadimplida.

²⁹ Negar que o risco de inadimplemento de uma obrigação diminua com o contextualismo significa negar que os meios legais de execução tenham, ao fim e ao cabo, um impacto positivo quanto às chances de cumprimento. Isso exige aderir a uma versão forte da tese da substituição, segundo a qual os meios legais não apenas moderam a ação dos meios relacionais, como também se mostram menos eficazes isoladamente considerados. Essa versão forte da tese da substituição não é defendida por Kraus e Scott, nem, tampouco, é respaldada pelos estudos a respeito do efeito solapador, cujas evidências são de que apenas incentivos ou sanções de baixo patamar levam a uma redução do nível geral de cooperação (Gneezy e Rustichini, 2000; Mulder, Van Dijk, De Cremer e Wilke, 2006; Tenbrunsel e Messick, 1999).

Diferentemente do que sugerem Kraus e Scott, portanto, a descrição do contextualismo como método de interpretação que viola a autonomia dos contratantes quanto à espécie de meios para a execução das diferentes partes de um contrato não é a única descrição válida. Se o contextualismo é, por um lado, um atentado a decisões presumivelmente maximizadoras do benefício a esperar de um contrato, ele também é, por outro, um fator de moderação da ineficiência à qual a função sinalizadora da forma é capaz de dar lugar, ineficiência essa correspondente às transações que deixam de ocorrer porque, embora não confie na outra, uma das partes não deseje expressar essa desconfiança por meio de uma exigência de realização do contrato por escrito ou de redação mais detalhada das suas cláusulas. Uma interpretação contextualista arrefece tal ineficiência à medida que, ao conceder força legal a direitos e deveres convencionados oralmente, mas não impostos pelo sentido literal das palavras do documento, diminui o risco de inexecução sem exigir que o temor dessa inexecução seja manifestado pelos contratantes.

5. Considerações Finais

Este artigo procurou demonstrar, em primeiro lugar, por que a interpretação contratual no Brasil possui características contextualistas. Isso se deve à tradicional regra interpretativa do art. 112 do Código Civil (que sucede o art. 85 do Código de 1916), tendo-se acentuado, mais recentemente, pela popularização das regras de interpretação (e integração) segundo os usos do tráfico e, sobretudo, a boa-fé.

A seguir, fez-se a apresentação de um dos argumentos formalistas contrários à interpretação contextualista, o argumento baseado na tese da substituição de Jody Kraus e Robert Scott (2009). Esse argumento distingue entre os meios pelos quais as partes podem obter o cumprimento das obrigações pactuadas os meios legais, isto é, a execução do contrato pela via judicial, e relacionais, como o temor de abalo à reputação ou a disposição, pura e simples, a cooperar. Tomando como ponto de partida a ideia de que os meios legais podem solapar os meios relacionais (a tese da substituição), Kraus e Scott afirmam que a interpretação contextualista viola a autonomia dos contratantes quanto aos meios de execução das suas obrigações, já que atribui força legal a cláusulas do acordo que as partes preferiram respaldar com meios relacionais. Considerando-se que os meios da última espécie podem ser mais eficazes em alguns casos e que a sobreposição de meios legais seja capaz de aniquilá-los, o contextualismo seria condenável, também, por razões de eficiência.

A quarta seção destinou-se a contestar o argumento de Kraus e Scott contra o contextualismo. Nela se alegou, em suma, que a falta de cuidado com a forma pode se dever não a uma preferência pelos meios relacionais em detrimento dos meios legais de coação, mas sim ao receio de sinalizar falta de confiança na contraparte. A razão para que um contratante não queira demonstrar desconfiança no outro tem a ver justamente com os itens “não contratáveis” do acordo, isto é, com os itens não suscetíveis à execução legal (por exemplo, pela inobservabilidade ou inverificabilidade da conduta a que se referem) acerca dos quais um sinal de desconfiança emitido pode ter efeito deletério sobre o comportamento da outra parte. Explicou-se, por fim, que, somada ao risco de descumprimento, a função sinalizadora da forma pode prevenir a realização de transações mutuamente vantajosas e é, portanto, nesse sentido, uma causa de ineficiência capaz de ser atenuada por uma interpretação contextualista que, ao emprestar força legal às obrigações estipuladas informalmente, diminua o risco de inexecução dessas obrigações.

Como conclusão, é importante salientar que a função sinalizadora da forma e a ineficiência dela resultante, embora reduzam a sua força, não invalidam, de todo, o argumento formalista.³⁰ Ainda que a interpretação contextualista sirva como remédio para casos em que a desconfiança de uma das partes e o receio em tornar patente essa desconfiança sejam um obstáculo ao acordo, também é verdade que a extensão do vínculo legal às cláusulas não abrangidas pelo sentido literal do documento contratual pode se contrapor a uma preferência das partes por meios relacionais de cooperação e, à medida que a ameaça de coerção legal tenha um efeito aniquilador sobre esses meios (isto é, à medida que se confirme a tese da substituição), revelar-se condenável por uma razão não apenas de autonomia, mas também de eficiência.

O desafio para a pesquisa futura seria, pois, definir sob quais circunstâncias uma aplicação do argumento de Kraus e Scott tem mais chances de ser bem sucedida, e em quais, em contrapartida, é mais provável que a função sinalizadora da forma torne preferível a interpretação contextualista como antídoto à ineficiência resultante dessa função. Além do limite reconhecido pelos próprios Kraus e Scott ao seu argumento, que se endereça exclusivamente aos contratos celebrados por partes sofisticadas (empresários, sobretudo) (2009, p. 1.026), uma hipótese a cogitar é a de que o efeito pernicioso da função sinalizadora da forma se mostre mais robusto nos casos em a exigência de forma não seja comum, isto é, em contratos que não se costumem fazer por escrito ou para cláusulas alusivas a detalhes que não sejam, geralmente, abarcados pelo sentido menos contextualizado das palavras do documento.³¹ Caso essa hipótese se confirme, haveria mais razão para interpretar de maneira contextualista contratos (ou partes desses contratos) nos quais o cuidado com a forma não seja usual.

6. Referências

- Ben-Shahar, O., & Pottow, J. (2006). On the stickiness of default rules. *Florida State University Law Review*, 33, 651-682.
- Deci, E. L., Koestner, R., & Ryan, R. M. (1999). A meta-analytic review of experiments examining the effects of extrinsic rewards on intrinsic motivation. *Psychological Bulletin*, 125(6), 627-668.
- Deci, Edward L. (1971). Effects of externally mediated rewards on intrinsic motivation. *Journal of Personality and Social Psychology*, 18(1), 105-115.
- Falk, A., & Fischbacher, U. (2006). A theory of reciprocity. *Games and Economic Behavior*, 54(2), 293-315.
- Fehr, E., & Schmidt, K. M. (1999). A theory of fairness, competition, and cooperation. *Quarterly Journal of Economics*, 114(3), 817-868.
- Fehr, E., Gächter, S., & Kirchsteiger, G. (1997). Reciprocity as a contract enforcement device : experimental evidence. *Econometrica*, 65(4), 833-860.

³⁰ Convém observar também que o argumento considerado aqui não é o único a defender a superioridade da interpretação textualista. Para um argumento diferente, baseado no aumento dos custos de litigância provocado pelo contextualismo, v. Schwartz e Scott (2003, p. 574-584).

³¹ Para uma teorização sobre o risco de um comportamento não usual de uma das partes (como a exigência de forma, em casos nos quais isso não seja comum) influenciar negativamente a outra, v. Ben-Shahar e Pottow (2006, p. 660-670).

- Fischbacher, Urs, Gächter, S., & Fehr, E. (2001). Are people conditionally cooperative? Evidence from a public goods experiment. *Economics Letters*, 71(3), 397-404. Elsevier. doi:10.1016/S0165-1765(01)00394-9
- Frey, B. S., & Jegen, R. (2001). Motivation crowding theory. *Journal of Economic Surveys*, 15(5), 589-611.
- Gneezy, U., & Rustichini, A. (2000). Pay enough or don't pay at all. *Quarterly Journal of Economics*, 115(3), 791-810.
- Grundeir, J. (2006). Examining the relationship between trust and control in organizational design. In R. M. Burton, B. Eriksen, D. D. Håkonson, & C. C. Snow (Eds.), *Organization Design: the evolving state of the art* (pp. 43-65). New York, NY: Springer.
- Gächter, S. (2006). Conditional cooperation: behavioral regularities from the lab and the field and their policy implications. In B. S. Frey, & A. Stutzer (Eds.), *Psychology and economics: a promising new cross-disciplinary field* (pp. 19-50). Cambridge, MA: MIT.
- Herold, F. (2010). Contractual incompleteness as a signal of trust. *Games and Economic Behavior*, 68(1), 180-191.
- Huck, S., Bohnet, I., & Frey, B. (2001). More order with less law: on contract enforcement, trust, and crowding. *American Political Science Review*, 95(01), 131-144.
- Irlenbusch, B., & Sliwka, D. (2005). Incentives, decision frames, and motivation crowding out: an experimental investigation. *IZA Working Paper*, (1758). IZA. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=822866>.
- Katz, A. W. (2004). The economics of form and substance in contract interpretation. *Columbia Law Review*, 104(3), 496-538.
- Kraus, J. S., & Scott, R. E. (2009). Contract design and the structure of contractual intent. *New York University Law Review*, 84, 1.023-1.104.
- Lepper, M. R., Greene, D., & Nisbett, R. E. (1973). Undermining children's intrinsic interest with extrinsic reward: A test of the "overjustification" hypothesis. *Journal of Personality and Social Psychology*, 28(1), 129-137.
- Lazzarini, S. G., Miller, G. J., & Zenger, T. R. (2004). Order with some law: complementarity versus substitution of formal and informal arrangements. *Journal of Law Economics and Organization*, 20(2), 261-298.
- Liberman, V., Samuels, S. M., & Ross, L. (2004). The name of the game: predictive power of reputations versus situational labels in determining prisoner's dilemma game moves. *Personality and Social Psychology Bulletin*, 30(9), 1175-1185.
- Ludwig, M. de C. (2005). *Usos e costumes no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Martins-Costa, J. (1999). *A boa-fé no Direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Martins-Costa, J. (2005). *Comentários ao novo Código Civil, volume V, tomo I: do Direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense.
- Mellewig, T., Madhok, A., & Weibel, A. (2007). Trust and formal contracts in interorganizational relationships: substitutes and complements. *Managerial and Decision Economics*, 28(8), 833-847.
- Mulder, L. B., Vandijk, E., De Cremer, D., & Wilke, H. A. M. (2006). Undermining trust and cooperation: the paradox of sanctioning systems in social dilemmas. *Journal of Experimental Social Psychology*, 42(2), 147-162.
- Negreiros, T. (2006). *Teoria do Contrato: novos paradigmas* (2ª ed.). Rio de Janeiro: Renovar.

- Poppo, L., & Zenger, T. (2002). Do formal contracts and relational governance function as substitutes or complements? *Strategic Management Journal*, 23(8), 707-725.
- Puranam, P., & Vanneste, B. S. (2009). Trust and governance: untangling a tangled web. *Academy of Management Review*, 34(1), 11-31.
- Ross, L., & Ward, A. (1996). Naive realism in everyday life: implications for social conflict and misunderstanding. In E. S. Reed, E. Turiel, & T. Brown (Eds.), *Values and knowledge* (pp. 103-135). Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.
- Schwartz, A., & Scott, R. E. (2003). Contract theory and the limits of contract law. *The Yale Law Journal*, 113, 541-619.
- Scott, R. E. (2004). The death of contract law. *University of Toronto Law Journal*, 54, 369-390.
- Silva, C. V. do C. E. (1976). *A Obrigação como Processo*. São Paulo: Bushatsky.
- Sliwka, D. (2007). Trust as a signal of a social norm and the hidden costs of incentive schemes. *American Economic Review*, 97(3), 999-1012.
- Tenbrunsel, A. E., & Messick, D. M. (1999). Sanctioning systems, decision frames, and cooperation. *Administrative Science Quarterly*, 44(4), 684-707.
- Trebilcock, M., & Leng, J. (2006). The role of formal contract law and enforcement in economic development. *Virginia Law Review*, 92(7), 1517-1580.
- Tversky, A., & Kahneman, D. (1981). The framing of decisions and the psychology of choice. *Science*, 211(4481), 453-458.