

TEORIA DO DESIGN DE CONTRATOS

Por [Dayana Dallabrida](#)

dayana.dallabrida@vgplaw.com.br

*Sócia do VGP Advogados. Especialista em contratos e estruturação de negócios.
LLM em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FVG).*

A teoria do design de contratos de Roberto E. Scott e George T. Triantis (*Principles of Contract Design*) traz uma interessante perspectiva para o aprimoramento da estratégia de redação de um contrato e, conseqüentemente, da operação econômica nele retratada. Conforme Triantis, o termo design se refere à tecnologia e inovação. Entende-se assim o design como uma estratégia técnica e criativa a adicionar valor a um determinado produto. E importar essa concepção para os contratos significa explorar criativamente, através da sua linguagem, necessidades como a previsão de obrigações, contingências, penalidades, alocação de riscos, alocação de ônus de provas etc.

Segundo essa teoria, um contrato pode ser planejado levando em consideração a eficiência da indicação de parâmetros de interpretação na etapa inicial da contratação (*front-end*) ou ao final (*back-end*). Ao decidir se expressam suas obrigações e contingências a partir de uma redação precisa ou vaga, os contratantes implicitamente optam pela alocação de custos em uma dessas etapas da contratação. Os contratantes, assim, alocam os custos de transação para *front-end* ao decidirem se expressam suas obrigações por meio de um contrato completo com termos precisos, ou ao *back-end*, caso optem pelo uso de termos vagos.

A teoria do design contratual promove a ideia de que é preferível que as partes contratantes invistam em custos de contratação até que o custo marginal de maiores investimentos ultrapasse o benefício marginal de ganhos de incentivo. Assim, para atender à necessidade de redução dos custos residuais da transação, a manipulação das contingências de um contrato é realizada necessariamente a partir da combinação entre termos precisos e vagos. Nesse sentido, um aspecto altamente contingente demanda a aplicação de termos vagos, sob o risco de que os custos transacionais que envolvem as tentativas de especificação inviabilizem o negócio.

Pensar sobre a disposição eficiente entre termos vagos e precisos é fundamental quando se está diante de cláusulas de revisão e readequação das premissas econômicas de um contrato de longa duração. Como a tarefa de previsão de todos os fatores de contingência e negociação dos seus efeitos (alocação dos riscos) não pode ser exaurida na redação do contrato, as partes farão uso de termos precisos (em relação às contingências conhecidas pela experiência) combinados com termos vagos, a exemplo da usual expressão “fatos decorrentes de força maior ou caso fortuito”.

A opção por um termo vago no contrato significa deslocar sua interpretação para o momento da execução, quando o contratante interessado defenderá seus parâmetros de leitura da cláusula (invocando o ambiente econômico e social do negócio, padrões de conduta etc.), incorrendo no respectivo ônus de prova. Portanto, sobrevindo uma circunstância a desequilibrar as bases econômicas do contrato, a parte que julgar não ter assumido o risco terá que comprovar que a ocorrência se sujeita à hipótese da cláusula que autoriza a revisão contratual a seu favor.

Note-se que, se os contratantes não indicam a quem compete o ônus da prova, a alocação processual padrão governa. Nesse sentido, é interessante que a teoria do design de contratos também pode ser aplicada para desenvolver o design do ônus da prova, reduzindo eventuais ineficiências da distribuição padrão. Mesmo que os contratantes não tenham condições de estabelecer termos precisos na redação do contrato, podem distribuir o ônus da prova das circunstâncias relativas às cláusulas vagas ao contratante que melhor tiver condições de fazê-la – desde que, é claro, os investimentos para essa negociação não sejam maiores que os benefícios de ganho de incentivo.