

COMPLEXIDADE E CONTRATOS:

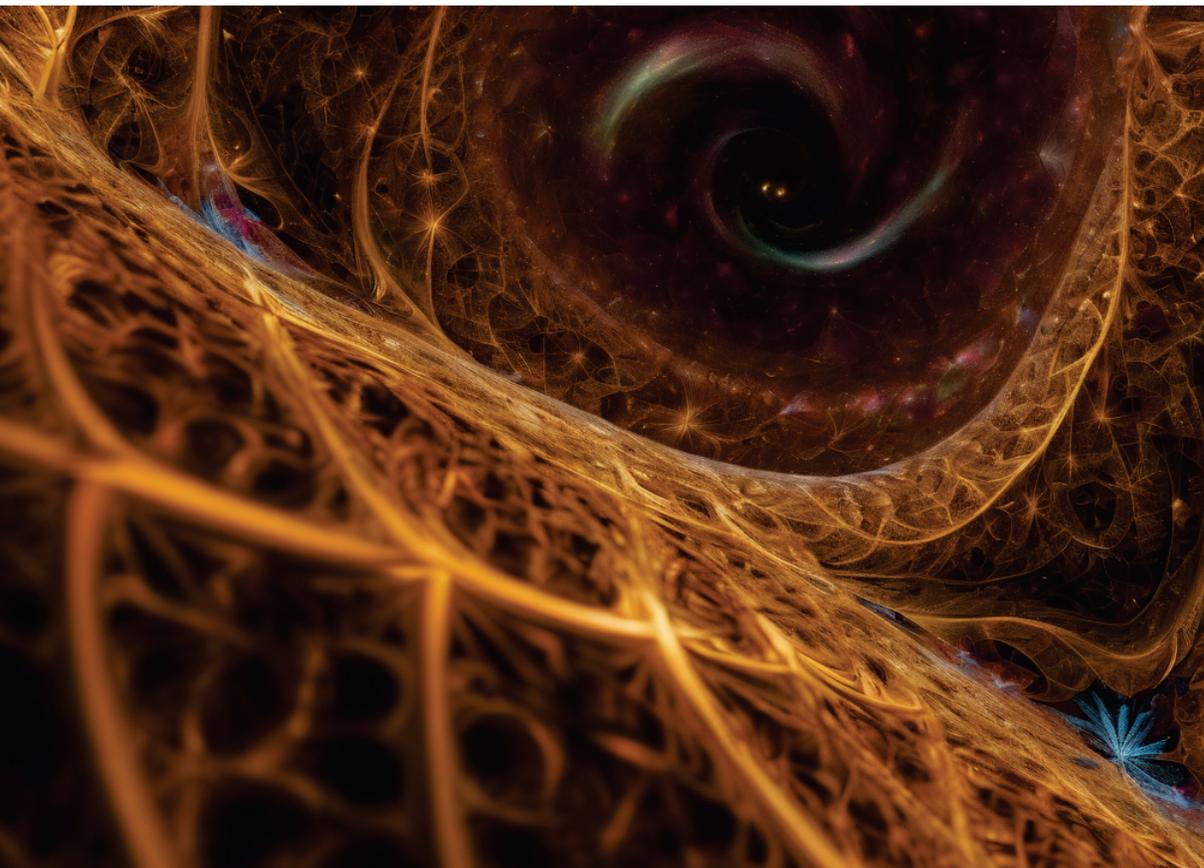
Enfoque teóricos e possibilidades
metodológicas

José Augusto Fontoura Costa

Ely Caetano Xavier Junior

Marilda Rosado de Sá Ribeiro

(Organizadores)



A missão do Instituto Observatório do Direito Autoral – IODA é estimular estudos e reflexões acadêmicas sobre os Direitos Intelectuais na Sociedade Informacional, observando as oportunidades fornecidas pela tecnologia para maior inclusão social, tecnológica e cultural.

O IODA, por meio de pesquisa multidisciplinares e com parcerias institucionais, realiza estudos da Sociedade Informacional, analisando as dimensões legais, sociais, econômicas, tecnológicas e culturais da Revolução da Tecnologia da Informação e Comunicação.



IODA - INSTITUTO OBSERVATÓRIO DO DIREITO AUTORAL
R. XV de Novembro - n. 556 - cj 1306 - andar 13 - Cond. Lustoza
CEP: 80.020-310 - Curitiba - PR
Telefone: 55 (41) 99975-7250
E-mail: contato@ioda.org.br
<https://ioda.org.br/>

CONSELHO EDITORIAL

José de Oliveira Ascensão – Univ. Lisboa/Portugal – (*in memoriam*)
Denis Borges Barbosa – (*in memoriam*)

Alexandre L. Dias Pereira – Univ. Coimbra/Port.

Alexandre Ricardo Pessler – Gedai/UFPR

Angela Kretschman – Gedai/UFPR

Antonio Carlos Morato - USP

Carlos A. P. de Souza – ITS/Rio

Dario Moura Vicente – Univ. Lisboa/Portugal

Francisco Humberto Cunha Filho – Unifor

Guilherme Coutinho Silva – Gedai/UF

Guilherme P. Moreno – Univ. Valência/Espanha

Heloisa Gomes Medeiros – UNDB

José Augusto Fontoura Costa – USP

J. P. F. Remédio Marques – Univ. Coimbra/Port.

Karin Grau-Kuntz – IBPI/Alemanha

Leticia Canut - Gedai/UFPR

Liz Beatriz Sass – UFSC

Luiz Gonzaga Silva Adolfo - ULBRA

Manoel David Masseno – Ibeja/Portugal

Marcelo Conrado – UFPR

Márcia Carla Pereira Ribeiro – UFPR

Marcos Wachowicz – UFPR

Mariana Valente – InternetLab

Pedro Marcos Nunes Barbosa – PUC/Rio

Rodrigo Moraes - UFBA

Rodrigo Vieira - UFERSA

Sérgio Staut Júnior – UFPR

Valentina Delich – Flacso/Argentina

Victor Gameiro Drummond – EMERJ

Capa: Gabriel Wachowicz

Projeto gráfico e diagramação: Sônia Maria Borba

Revisão: Luciana Reusing, Pedro de Perdigão Lana, Bibiana Biscaia Virtuoso,
Alice de Perdigão Lana, Heloísa G. Medeiros e Marcelle Cortiano

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

Complexidade e contratos: enfoques teóricos e
C737 possibilidades metodológicas / organização de José Augusto Fontoura Costa, Ely
Caetano Xavier Junior, Marilda Rosado de Sá Ribeiro – 1.ed – Curitiba: IODA, 2023.
226p.: il.; 23cm

Vários colaboradores

ISBN: 978-65-85149-13-6 [Recurso digital]

1. Contratos. 2. Contratos – Aspectos jurídicos. I. Costa, José Augusto Fontoura
(org.). II. Xavier Junior, Ely Caetano (org.). III. Ribeiro, Marilda Rosado de Sá (org.).

CDD 346.07 (22.ed)

CDU 347.724

Esta obra é distribuída por meio da Licença Creative Commons 3.0
Atribuição/Usos Não Comerciais/Vedada a Criação de Obras Derivadas / 3.0 / Brasil



José Augusto Fontoura Costa
Ely Caetano Xavier Junior
Marilda Rosado de Sá Ribeiro
(organizadores)

COMPLEXIDADE E CONTRATOS:
enfoques teóricos e possibilidades
metodológicas

Curitiba

 **IODA** INSTITUTO OBSERVATÓRIO
DO DIREITO AUTORAL

2023

SOBRE OS AUTORES

CARLOS NELSON DE PAULA KONDER

Professor do Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Doutor e Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

ELY CAETANO XAVIER JUNIOR

Professor de Direito Internacional do Instituto de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo e Doutor em Direito pela Universidade de Genebra. Advogado.

FERNANDA TORRES VOLPON

Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

GABRIELA VIEIRA SANTOS E SANTOS

Doutora e Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada.

JOSÉ AUGUSTO FONTOURA COSTA

Professor de Direito do Comércio Internacional da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Faculdade de Direito de Sorocaba e da Universidade CEUMA. Pesquisador do CNPq.

MARCO AURÉLIO FERNANDES GARCIA

Mestre em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutorando em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogado

MARILDA ROSADO DE SÁ RIBEIRO

Professora de Direito Internacional Privado da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutora em Direito Internacional pela Universidade de São Paulo. Advogada.

APRESENTAÇÃO

A imagem ideal atual do contrato, tal como estabelecida no século XIX, ainda é adequada às necessidades do século XXI? Como um instituto jurídico, cujas principais características foram desenhadas para lidar com transações econômicas relativamente simples, lida com um nível crescente de complexidade?

Estas questões pressupõem uma tensão entre a imagem jurídica e teórica ideal do “contrato” como modelo institucionalizado para lidar com as transações econômicas e as necessidades reais da estruturação dos negócios modernos. Uma hipótese básica está por trás da pergunta: a ideia de um acordo entre dois indivíduos contrapostos que concede proteção jurídica a sua vontade e interesses contra comportamento oportunista fica aquém da necessidade de estabilizar transações altamente complexas que também trata da coordenação de muitas partes (e não de um par de indivíduos) que também considera a eficiência (e não a vontade) e os efeitos distributivos (não apenas os interesses privados, mas também os públicos) de uma transação que ocorre em um ambiente cheio de outras causas de incerteza?

A proposta deste livro é abordar o problema das tensões entre um tipo clássico de contrato ideologicamente construído, preponderantemente liberal e individualista, e as transações e operações econômicas reais do ponto de vista das teorias jurídicas, com alguma relação com estudos de sociologia econômica.

Como os desafios às noções típicas dos institutos jurídicos podem ser atribuídos à crescente complexidade, tanto ambiental quanto interna,

há sentido em buscar compreender suas teorias a fim de trazer uma perspectiva metodológica para lidar com os limites funcionais do contrato.

Como resultado de projeto de pesquisa financiado pelo Conselho Nacional de Pesquisa (Edital Universal MCTI/CNPq nº 01/2016) o presente livro reúne um conjunto de ensaio dos pesquisadores que se reuniram para a realização de pesquisa e aprofundamento da discussão. De um modo geral, apresentam-se diferentes perspectivas de utilização dos conceitos e ideias presentes no paradigma da complexidade, descrito acima de modo bastante sintético.

Marilda Rosado de Sá Ribeiro apresenta uma discussão importante a respeito de contratos economicamente sofisticados e sua relação com os desafios apresentados pela teoria da nova *lex mercatoria* e o Direito Comparado. Seu estudo é fundamental para a compreensão das necessidades postas pela contratação moderna, a qual se desenvolve em um ambiente regulatório capaz de gerar instabilidades e abordagens dogmáticas voltadas a estender o campo dos regimes contratuais para além de seus limites temporais — como o uso da boa-fé para as fases pré e pós-contratual — e subjetivos — a partir da responsabilidade solidarizada por cadeias de coligação.

No mesmo diapasão, Carlos Nelson de Paula Konder apresenta um interessante artigo a respeito da tutela da confiança e da boa-fé como elementos fortemente relacionados à temática da complexidade contratual. É, nesse sentido, importante observar que a contratualística brasileira de cunho dogmático tem empregado grandes esforços no dimensionamento da boa-fé. Nesse sentido, a percepção de que leituras mais literais e formalistas poderiam levar a inflexões na dinâmica dos negócios e de seu tratamento jurídico, a necessidade de enfrentar um cenário de elevada complexidade pode ser enfrentada por conceitos de maior abstração e flexibilidade. Esse capítulo é importante para compreender essa dinâmica.

A contribuição de Fernanda Torres Volpon, por seu turno, retoma a problemática da coligação e da complexidade da estrutura contratual e negocial nos financiamentos de projeto. A caracterização pelos longos processos de negociação e a utilização de clausulado capaz de lidar com

diversas contingências e variabilidade de resultados (tendência a cauda larga, mais do que distribuição gaussiana) é igualmente importante para a compreensão da relação entre a prática contratual e a apreensão teórica.

José Augusto Fontoura Costa apresenta um estudo em que retoma a concepção das dívidas de Marcel Mauss como ponto de partida para a discussão da dinâmica de redes de negociantes. Nesse sentido, a compreensão de uma dinâmica em que os vínculos não se limitam ao campo estritamente reconhecido pelo Direito como pressuposto da ação estatal é importante para verificar a importância da dimensão da socialização na estabilização das operações econômicas e relacionamentos de longo prazo.

O capítulo de Ely Caetano Xavier Junior é, decerto, aquele que melhor reflete o período de intensas reuniões semanais realizadas com a participação de Gabriela Viera Santos e Santos, José Augusto Fontoura Costa, Lie Uema do Carmo e Marco Aurélio Fernandes Garcia ao longo do segundo semestre de 2020 e do primeiro de 2021. Sua importante verificação da necessidade de identificar os indicadores de complexidade e a aplicação de vanguarda, ainda que ainda em desenvolvimento, do uso de instrumentos de análise de texto em linguagem R indicam um importante caminho para o desenvolvimento de técnicas empíricas embasadas na teoria da complexidade como instrumento de análise e compreensão do fenômeno jurídico, não apenas o contratual.

Marco Aurélio Fernandes Garcia, em um terreno mais conceitual, aborda a importante noção de *emergência* nos termos da teoria da complexidade, a qual, como visto, se relaciona com a percepção de vários planos mutuamente imbricados conforme dinâmicas não lineares que possibilitam o aparecimento de objetos cujas propriedades e características não podem ser reduzidas a propriedades do que existe no patamar inferior. É, também, reflexão fundamental para a aplicação do paradigma da complexidade ao Direito.

Considerando a centralidade do instrumento contratual, compreendido como instrumento linguístico, a contribuição de Gabriela Vieira Santos e Santos agrega a percepção da análise linguística dos textos jurídicos,

inclusive por meio da proposição de indicadores de incerteza. Decerto, assume-se como pressuposto do projeto que deu origem a este volume uma correlação entre incerteza e complexidade e, nesse ponto, a escolha do objeto textual como ponto de partida para a identificação de graus de complexidade e possíveis estratégias de estabilização é de grande valia, inclusive no sentido prático mais imediato.

SUMÁRIO

COMPLEXIDADE E CONTRATOS: UMA INTRODUÇÃO	13
José Augusto Fontoura Costa	
COMPLEXIDADE CONTRATUAL: ABORDAGEM EM QUATRO TEMPOS	25
Marilda Rosado de Sá Ribeiro	
BOA-FÉ E DEVERES ANEXOS EM CENÁRIOS PLURINEGOCIAIS	61
Carlos Nelson de Paula Konder	
A COMPLEXIDADE CONTRATUAL NOS FINANCIAMENTOS DE GRANDES PROJETOS	79
Fernanda Torres Volpon	
GOVERNANÇA, COMPLEXIDADE E CONTRATOS	111
José Augusto Fontoura Costa	
INDICADORES DE COMPLEXIDADE EM INSTRUMENTOS CONTRATUAIS: UMA PROPOSTA DE APROXIMAÇÃO DA COMPLEXIDADE DOS CONTRATOS	137
Ely Caetano Xavier Junior	
A EMERGÊNCIA DOS SISTEMAS JURÍDICOS COMPLEXOS: ENTRE A COMPLEXIDADE E A COMPLICAÇÃO	161
Marco Aurélio Fernandes Garcia	
INSTRUMENTOS CONTRATUAIS ENQUANTO TEXTO E SEUS INDICADORES DE INCERTEZA	189
Gabriela Vieira Santos e Santos	
REFERÊNCIAS	207

COMPLEXIDADE E CONTRATOS: UMA INTRODUÇÃO

José Augusto Fontoura Costa

1 O PARADIGMA DA COMPLEXIDADE E OS ESTUDOS JURÍDICOS

É bem conhecido que a teoria da complexidade emerge de um conjunto relativamente amplo de abordagens. Os estudos de complexidade poderiam ser definidos, grosso modo, como abrangendo abordagens multidisciplinares de áreas do conhecimento como Biologia, Física, Economia, Ciências Sociais e Computação, a fim de estabelecer instrumentos metodológicos comuns, embora não necessariamente um fundo epistemológico compartilhado, para lidar com o surgimento de padrões a partir de um amplo conjunto de elementos entrelaçados que não podem ser reduzidos a um sistema compreensível ou tratável. Seus modelos não podem ser cobertos tanto por modelos causais quanto por modelos estatísticos.

No campo das Ciências Sociais, há muitas referências aos estudos de Edgar Morin, particularmente em seu influente livro sobre complexidade.¹ Além da crítica contra a ciência moderna como simplificadora demais, ela se concentra no reconhecimento da razão humana e da ação como incapazes de cuidar de um mundo muitas vezes imprevisível. Esta circunstância leva o cientista a uma epistemologia mais solta e a uma caixa de ferramentas metodológicas mais sofisticada. Uma de suas premissas básicas é

¹ MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2005

que a complexidade dos sistemas teóricos é diretamente proporcional à complexidade do mundo. Consequentemente, todos os modelos, como ferramentas simplificadoras, deixaram aspectos da realidade para trás; é assim, uma restrição do mundo real que deve ser aceita pelos cientistas. Além disso, quanto ao fato de que os limites da ciência são claramente reconhecidos dentro do paradigma tradicional devido ao fato de que as hipóteses científicas são, por definição, testáveis,² a teoria da complexidade difere dela porque seu projeto é claramente desvinculado da abordagem reducionista, que está sempre na busca de uma simplicidade e elegância Kepleriana.

Especificamente no campo sociojurídico, os estudos de complexidade estão mais frequentemente ligados a Niklas Luhmann³. Ele focaliza a complexidade como uma característica do mundo (um espaço referencial sem fronteiras externas ou internas) que engloba todos os eventos possíveis. A atitude humana diante da complexidade é sua redução através de expectativas, tanto cognitivas, que mudam diante de eventos contraditórios, quanto normativas, que resistem à desconfirmação. Os sistemas selecionam aspectos da realidade através do fechamento autorreferido e lidam com seu ambiente de acordo com suas próprias regras. O mundo, que vai além dos limites do sistema e de seu ambiente, mantém a complexidade como uma característica que impulsiona a transformação e coloca ameaças críticas às funcionalidades sistêmicas. Embora aqui a noção de complexidade também se refira a aspectos do mundo que não podem ser reduzidos pela razão, nem controlados pela ação, as características centrais do paradigma da complexidade, como o surgimento de padrões em uma estrutura multinível, não desempenham nenhum papel importante nas teorias de Luhmann.

² POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. 2 ed. New York: Routledge, 2002.

³ LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989; LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991; LUHMANN, Niklas. *Gesellschaftsstruktur und Semantik Studien zur Wissenschaftssoziologie der modernen Gesellschaft* Frankfurt: Suhrkamp, 1989; LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. Wiesbaden: VS Verlag, 2008.

Há provavelmente mais espaço para relacionar a complexidade com os problemas sociojurídicos do que por meio das lentes sistêmicas. Decerto, os estudos sociojurídicos sobre a complexidade das relações entre estruturas sociais e econômicas podem lançar alguma luz sobre a organização institucional. O cenário multinível e muitas vezes ininteligível das relações enredadas entre zonas separadas de significado consensual aponta para altos custos de construção de expectativas cognitivas compartilhadas. Portanto, a compreensão da circulação de riqueza através de caminhos integrativos institucionalizados pode ser importante para a compreensão do papel legal na criação e distribuição de bens e bens.

Tanto Luhmann como uma abordagem mais ampla de complexidade, a pesquisa sociojurídica mais centrada nos aspectos regulatórios da complexidade e nas funcionalidades de todo o sistema jurídico. A dialética entre um mundo complexificante e a necessidade de lidar legalmente com ele é estudada do ponto de vista dos limites normativos e institucionais da lei. O futuro das instituições estatais, o surgimento de novas instituições jurídicas e quase jurídicas em espaços alternativos (privados, sociedade civil, internacionais etc.) e a crescente incerteza econômica são questões frequentes e muito importantes tratadas neste campo. Como a complexidade afeta as formas jurídicas gerais, como é o caso do contrato?

2 OS MUITOS SENTIDOS DE “CONTRATO”

É muito comum que alguns termos e expressões que são usados com muita frequência sejam muito menos definidos e claros do que se imagina. É o caso do “contrato”. Sempre que se questiona seu significado, os estudiosos do direito e os profissionais da área jurídica reagem primeiro a repetir definições antigas, tais como “um acordo entre as partes que cria, altera e extingue obrigações” ou “uma promessa respaldada por efeitos legais”. No entanto, o significado da palavra é muito mais complexo e diversificado.

Além disso, é possível afastar-se dos significados de “contrato” para propor um modelo multicamadas. Nele, cada um dos aspectos (objeto lin-

guístico, objeto socioeconômico e objeto sociojurídico) desenvolve relações entrelaçadas que se afetam mutuamente e que podem ser descritas em termos de características emergentes em uma camada que não pode ser reduzida à mera soma dos elementos encontrados nas outras camadas.

Essa concepção parte de uma abordagem semântica capaz de revelar pelo menos três significados centrais diferentes. O primeiro é um texto, um instrumento linguístico que incorpora a descrição das promessas e obrigações das partes. Nas atividades práticas cotidianas, é muito usual referir-se ao objeto textual como um “contrato”, embora os estudiosos e profissionais do direito estejam muito conscientes da distinção entre o “instrumento contratual” e o próprio “contrato”.

O segundo significado refere-se ao contrato como um conjunto de regras juridicamente vinculantes e potencialmente eficientes entre as partes. Elas tendem a ser percebidas como latentes, pois se pressupõe a realização completa e correta dos objetos sociais e econômicos que espelham o regime jurídico estabelecido entre as partes. Em outros termos, os envolvidos na operação econômica percebem as normas como instrumentos mantidos inertes até que sejam efetivamente empregados para mobilizar o poder estatal. Além disso as obrigações contratadas projetam uma sombra sobre os efetivos comportamentos, de modo similar às pistolas levadas na cintura pelos xerifes de filmes do Velho Oeste.

A potencialidade e a efetividade derivadas do contrato em sua manifestação sociojurídica não são, portanto, uma mera abstração normativa, mas parte de um fenômeno estruturado, na modernidade ocidental, na forma de mecanismos estatais cujo funcionamento, ao menos em regra, pressupõe uma considerável profissionalização e especialização dos responsáveis por sua condução. Nessa perspectiva, um contrato é um conjunto normativo especializado dentro do sistema jurídico estatal que produz efeitos à medida que o poder estatal é posto em prática. Mais do que um instrumento linguístico, ele é especificamente jurídico.

O terceiro significado cai para o nível mais mundano das relações de vida, que inclui as arenas empresariais e econômicas. É o complexo de

compromissos efetivos entre as partes, que às vezes até incluem estruturas de governança, que enredam as futuras circunstâncias externas e o comportamento das partes. Uma característica especial do contrato é que as partes percebem as ações de suas contrapartes como tendo sua complexidade também reduzida por expectativas normativas, e não apenas cognitivas. Nesta perspectiva, um contrato é um instrumento econômico que permite o cálculo dos custos e benefícios da elaboração de textos legais e do litígio.

Deve-se ter em mente, nesse ponto, que estes níveis estão entrelaçados, ainda que possam ser teoricamente descritos e pensados em termos relativamente estanques. É possível, antecipando o uso de uma noção cara ao paradigma da complexidade, buscar identificar formas de emergência entre o objeto estritamente linguístico e o direcionamento das ações concretas no campo jurídico e no campo econômico, negocial. Também característico do paradigma é a irredutibilidade do fenômeno contratual a qualquer dos estratos que compõem a integridade da relação efetiva.

Mais do que um esforço para descobrir o real e verdadeiro significado de “contrato”, as três perspectivas acima expostas permitem duas reflexões: (1) a complexidade dos contratos e da contratação não pode ser completamente compreendida de um único ponto de vista, embora o estudo da complexidade em cada uma dessas dimensões possa lançar alguma luz na questão do uso funcional do instituto para lidar com situações econômicas complexas e (2) a vontade dificilmente é o centro das noções operativas do contrato, na medida em que um acordo verbal, bem como suas consequências legais e econômicas, referem-se apenas a uma vontade original como um adjetivo que tem alguns efeitos na dimensão jurídica do contrato. Esta segunda observação é significativa, já que a abordagem reducionista, que essencializa o contrato por sua igualização a declarações complementares intencionais, fica muito aquém das muitas obrigações que se espera que os contratos de trabalho cumpram ao longo de uma vida às vezes bastante longa.

Entretanto, a compreensão de uma perspectiva multinível de um contrato é mais útil para o estudo dos limites e desafios da contratação. Tanto perspectivas isoladas quanto integradas, que, respectivamente, estudam uma dimensão particular cada uma e empregam estudos multidisciplinares para levar em conta mais de um nível ao mesmo tempo, são necessárias para tornar possível uma compreensão abrangente do assunto.

A abordagem linguística lida com as características dos textos. Como a opacidade e a carga cognitiva são características potencialmente deletérias dos objetos verbais, tais como textos contratuais, seu estudo linguístico pode ajudar a definir estratégias para lidar com eles, bem como estabelecer parâmetros e métodos para descrever, da forma mais objetiva possível, a complexidade dos textos. Esta abordagem trata da simplificação do texto como um procedimento para reduzir a carga cognitiva, que busca a solução ideal de textos mais simples que conservam todas as informações relevantes relacionadas com as dimensões legais e econômicas do contrato.

A abordagem econômica lida com o problema das dimensões ideais de redação e aplicação de um contrato. A noção de um contrato perfeito, que seria redigido por partes capazes de calcular todos os riscos futuros e estabelecer provisões que tratariam objetivamente com eles se ajustassem a todos os eventos futuros, é desafiada pela ideia de racionalidade limitada⁴ e o debate gravita em torno de ideias como custos de previsão e provisões flexíveis operadas subjetivamente no ajuste dos termos contratuais. No entanto, esta abordagem simplifica as relações atribuindo ao contrato todo o desempenho do papel de estabilizador das transações econômicas.

A perspectiva da sociologia econômica vai além de propor que as transações puramente de mercado são bastante raras. No centro de tal abordagem está a afirmação de que tal espaço abstrato para intercâmbio, como o mercado deveria ser, é excepcional na realidade concreta das relações humanas, se é que existe algum. Significativamente, Karl Polanyi pro-

⁴ SIMON, Herbert. *The sciences of artificial*. Boston, MIT Press, 1996.

põe três tipos de estrutura de intercâmbio econômico: vertical, horizontal e integração de mercado. As relações de mercado são tanto recentes quanto inusitadas nas trocas econômicas e, além disso, são apoiadas por instituições estruturais gerais que constituem este espaço socialmente. Mais tarde, os trabalhos de Stewart MacAuley⁵ e Lisa Bernstein⁶ trouxeram alguma luz sobre aspectos sociais que tornam tanto os laços informais quanto contratuais mais fortes do que o papel isolado do Estado e da comunidade jurídica dos profissionais. Mais recentemente, Volkmar Gesner publicou alguns estudos influentes sobre o papel dos instrumentos não legais para estabilizar estas relações⁷. É importante salientar que os catálogos do Polanyi mostram alguma simetria ao conjunto de estruturas estabilizadoras não legais de Gesner, tais como a *lex mercatoria*, os investimentos relacionais, e o papel das redes empresariais e profissionais.

Entretanto, as estruturas estabilizadoras propostas pela Gesner introduzem a perspectiva interna das partes. Em outras palavras, a ideia de que a estabilização também depende das expectativas normativas e cognitivas entre as partes introduz uma dimensão que não depende de laços sociais externos, estruturas hierarquizadas e redes para promover laços mais fortes entre as partes tanto em termos de interesses compartilhados quanto de poder para prejudicar a outra. As origens desta perspectiva podem ser atribuídas à teoria da empresa de Ronald Coase⁸ e a outros desenvolvimentos dos economistas neoinstitucionais, especialmente Oliver Williamson⁹.

⁵ MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminary study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, 1963.

⁶ BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. *Journal of Legal Studies*, v. 21, 1992, p. 115-157.

⁷ GESNER, Volkmar; BUDAK, Cem (Org.). *Emerging legal certainty: empirical studies on the globalization of law*. Aldershot: Ashgate 1998; GESNER, Volkmar; APPELBAUM, Richard; FELSTINER, William (Org.). *Rules and networks: the legal culture of global business transactions*. Oxford: Hart, 2001; GESNER, Volkmar; *Contractual certainty in international trade: empirical studies and theoretical debates on institutional support for global economic exchanges*. Oxford: Hart, 2007.

⁸ COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, v. 16, n. 4, 1937, p. 386-405.

⁹ WILLIAMSON, Oliver. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*. New York: Free Press, 1975; WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*. New York: Free Press, 1985.

3 CONTRIBUIÇÕES POTENCIAIS DO PARADIGMA DA COMPLEXIDADE

Há muitas boas introduções a uma teoria do complexo, expondo um conjunto de características interessantes de modelos científicos que lidam com questões que ambas causam uma aproximação estatística não podem responder, embora o uso de alguns modelos matemáticos de sistemas dinâmicos não lineares e o crescente poder computacional possa oferecer respostas plausíveis.¹⁰

Campos como Biologia Evolutiva, Etologia, Ciência do Cérebro e Economia são alguns dos principais aspectos estudados pelos estudiosos do complexo. As questões tratadas nestas áreas compartilham (a) grandes populações, (b) ciclos curtos de transformação, (c) estruturas multicamadas, e (d) padrões reconhecíveis emergentes. Embora as Humanidades tradicionalmente optem por modelos hermenêuticos e processos sociais de convergência de consenso como seus principais métodos, uma abordagem mais quantitativa e, com isso, um campo mais amplo para a modelagem complexa faz sentido. Tanto a Psicologia¹¹ quanto a Linguística¹² são candidatos óbvios. No entanto, é possível encontrar alguns desenvolvimentos até mesmo nas Artes e na Filosofia.

¹⁰ CILLIERS, Paul. *Complexity and postmodernism: understanding complex systems*. London: Routledge, 1998; HOLLAND, John H. *Hidden order: how adaptation builds complexity*. Reading (MA): Helix Books, 1995; HOLLAND, John H. *Complexity: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2014; JOHNSON, Steven. *Emergence: the connected lives of ants, brains, cities, and software*. New York: Scriber, 2001; MITCHELL, Melanie. *Complexity: a guided tour*. Oxford: Oxford University Press, 2011; WALDROP, M. Mitchell. *Complexity: the emerging science at the edge of order and chaos*. New York: Simon & Schuster, 1992.

¹¹ GUASTELLO, Stephen J; KOOPMANS, Matthijs; PINCUSM, David (eds.). *Chaos and complexity in psychology; the theory of nonlinear dynamic systems*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

¹² ELLIS, Nick C; LARSEN-FREEMAN, Diane. Language emergence: implications for applied linguistics - introduction to the special issue. *Applied Linguistics*, v. 27, n. 4, 2006, p. 558-589.

Como resumido por James Horn¹³ (Tabela 1), a complexidade é considerada como um paradigma científico que, sem um profundo afastamento dos padrões epistemológicos e metodológicos mais comuns, oferece uma alternativa para lidar com alguns problemas: os problemas complexos.

Tabela 1 - Comparação entre paradigmas científicos

Paradigma da simplicidade	Paradigma da complexidade
Adere ao princípio da universalidade e trata todos os fenômenos individuais e locais como residuais e contingentes	Sem negar a universalidade, também adota o princípio complementar de que o indivíduo e o local são inteligíveis em si mesmos
Procura reduzir o atacado a seus simples constituintes	Integra elementos em seus conjuntos ou complexos
Procura princípios de ordem dentro dos complexos	Procura auto-organização entre elementos de complexidade
Emprega a causalidade linear.	Busca de princípios de inter-relações causais
Assume total determinismo e assim exclui o acaso	Permite o acaso em seu "diológico" do processo ordem-desordem-integração-organização
Isola o objeto de seu ambiente ou contexto	Coloca o objeto de volta na situação experimental e recoloca sujeitos humanos em seus ambientes normais
Separa sujeito do objeto, observador do observado	Coloca o observador de volta na situação experimental e recoloca sujeitos humanos em seus ambientes normais
Em última análise, elimina o assunto do conhecimento científico objetivo	Fornece uma teoria científica do assunto
Elimina a formalização do ser e da existência	Busca uma visão de auto-organização e autorreprodução que permita que o ser e a existência sejam cientificamente conhecedores
Não reconhece autonomia	Considera autonomia em termos de auto-organização e autoprodução
Trata a contradição como erro e a lógica como absoluta	Vê a lógica como limitada e observa as contradições e paradoxos como indicadores de uma realidade profunda.
Pensamento monológico	Pensamento dialógico, relaciona conceitos contrários de maneira complementar

¹³ HORN, James. Human research and complexity theory. *Educational Philosophy and Theory*, v. 40, n. 1, 2008, p. 130-143, p. 138.

Há, no entanto, um risco para os pesquisadores sociais e jurídicos, que consistiria em adotar uma versão (exageradamente) simplificada de complexidade. Em particular, o paradigma da complexidade não permite nenhum desvio selvagem de muitos padrões científicos bem estabelecidos e significa nenhuma liberdade interpretativa completa sem modelagem, simulações e pesquisa quantitativa empírica. Além disso, situações fortemente subjetivas e históricas não podem ser tratadas com modelos que dependem de grandes populações e análises quantitativas.

Em outras palavras, o paradigma da complexidade não deve ser considerado como um passe livre para acomodar qualquer análise e fomentar críticas vazias sobre teorias científicas (um uso potencialmente negativo), mas uma oportunidade para reformular problemas e questões em seus termos (uma abordagem propositiva da teorização). Diretrizes muito gerais sobre como os sistemas adaptativos complexos se comportam podem servir como pistas para abordar a complexidade. Tomar emprestadas listas (a) de características de sistemas complexos adaptativos (CAS) e (b) do comportamento dos agentes de sistemas complexos adaptativos pode oferecer uma primeira visão de elementos que, pelo menos potencialmente, poderiam ser empregados para entender contratos complexos e seu enraizamento em estruturas sociais.¹⁴

O inventário de características de sistemas complexos adaptativos proposto por Holland (Tabela 2) é útil para observar fenômenos a partir de uma perspectiva renovada.¹⁵ Nessa tarefa, os especialistas jurídicos e sociojurídicos podem afastar-se por um tempo de seus esquemas teóricos e tentar compreender como e com que frequência cada uma dessas características pode ser transferida para seus assuntos de pesquisa.

¹⁴ HOLLAND, John H. *Complexity: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 10-28.

¹⁵ HOLLAND, John H. *Complexity: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 7-10.

Tabela 2 - Comportamento dos sistemas adaptativos complexos (CAS)

Auto-organização	Padrões reconhecíveis (pássaros migrando, cardumes de peixes)
Comportamento caótico	Pequenas mudanças (o bater da asa da borboleta) causam grandes efeitos (um furacão)
Comportamento de cauda larga	Eventos raros são mais frequentes do que previsto por uma distribuição normal (gaussiana)
Interações adaptativas	Os agentes da interação modificam suas estratégias conforme a experiência acumulada
Comportamento emergente	Agregados de baixo nível (moléculas de H ₂ O) constroem blocos de níveis mais elevados (água) em interações não lineares (o nível mais elevado apresenta propriedades que não são o resultado da mera soma dos elementos)

Se essas características podem ser encontradas no mundo das relações comerciais legalmente estabelecidas como relações contratuais, o uso de instrumentos do paradigma da complexidade metodológica tem potencial para lançar alguma luz sobre como isso acontece. É claro, agora, que a estrutura de três camadas proposta acima para o fenômeno contratual é inspirada em modelos de sistemas complexos adaptativos.

Outro instrumento conceitual para ajudar a teorizar sobre contratos, complexidade e relações sociais são as características dos agentes (ou elementos repertoriais) em um sistema complexo adaptativo. A Tabela 3 resume a proposta de Holland a este respeito.¹⁶

¹⁶ HOLLAND, John H. *Complexity: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 28-38.

Tabela 3 - Características dos agentes em sistemas adaptativos complexos (CAS)

Desempenho	Repertório comportamental de desempenho em um determinado momento (conjunto de regras SE/ENTÃO: SE você vir um leão, ENTÃO CORRER)
Atribuição de valores	Acumulação de experiência. Atribuição de força às regras (hierarquia e preferências entre regras) e descoberta de regras (confirmação pragmática).
Blocos de construção	Combinação de componentes bem conhecidos: o motor de combustão é uma combinação de engrenagens, rodas, bombas, velas de ignição (dispositivo de faíscas de Volta) e carburador (pulverizador de perfume do Bernoulli).

Finalmente, mas não menos importante, o paradigma da complexidade abre novos caminhos para compreender a lei e suas relações com os aspectos sociais e econômicos e suas condições ambientais. Talvez o campo dos contratos complexos, das redes de contratos complexos e da complexidade da elaboração e aplicação de contratos seja um dos campos mais promissores para receber as sementes de uma maior teorização que pode brotar como uma compreensão mais profunda e frutificar como melhores ferramentas estratégicas para lidar com o mundo.

COMPLEXIDADE CONTRATUAL: ABORDAGEM EM QUATRO TEMPOS

Marilda Rosado de Sá Ribeiro

1 INTRODUÇÃO¹

Alguns autores indicam que os contratos internacionais complexos surgiram como resultados e, também, como promotores dos avanços técnicos, econômicos e sociais de pouco mais de cem anos, envolvendo grandes *players* com atuação em escala internacional. São identificadas as áreas em que os mais importantes desses contratos floresceram: dentre elas, a de construção e infraestrutura, a de transferência e tecnologia, *project finance* e mineração, bem como petróleo e gás.² Nossa proposta

¹ A autora agradece ao professor da UFRRJ Ely Caetano Xavier Junior, bem como ao seu então sócio no BRGC Advogados e mestre em Direito Internacional pela UERJ Jorge Pedroso, pelos comentários críticos ao artigo. Também gostaria de registrar os agradecimentos aos participantes do grupo de pesquisa institucional da pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, realizado no segundo semestre de 2018, contando com a colaboração do então pós-doutorando Ely Caetano Xavier Junior na coordenação, e com a participação das mestrandas Carol Carneiro, Fernanda Bauer e Livia Azevedo bem como da graduanda do programa de bolsas de iniciação científica de 2018 na Faculdade de Direito da UERJ, Aline Soares. Ademais, registra um agradecimento complementar à Carol Carneiro, por sua participação no projeto do CNPQ relacionado ao tema. *Last but not Least*, o agradecimento ao colega da USP, professor José Augusto Fontoura Costa, pelo convite para participar do projeto. A finalização deste trabalho só foi possível durante a temporada no Instituto Max Planck em Hamburgo, na fase inicial das pesquisas conduzidas ao amparo do programa CAPES PRINT e da bolsa PROCAD da UERJ. Os agradecimentos institucionais são devidos a todas as entidades citadas.

² FRICK, Joachim G. *Arbitration and Complex International Contracts*, Zurich, Kluwer & Schulthess, 2011, pp. XV e 3 a 5.

neste estudo é a análise dos contratos complexos³ com o balizamento dos principais vértices adiante indicados. Embora não seja o nosso propósito aprofundar aqui as perspectivas mais amplas da complexidade e sim a assunção de uma terminologia pragmática e funcional, baseada também na experiência profissional e negocial da autora, a referência a algumas obras sobre o tema visa dar o contexto e premissa das opções aqui assumidas.⁴

Nosso desafio pode ser centrado no fenômeno do incremento da utilização de contratos padrão pelos mais diversos atores, como contrapartida à própria fragmentação da economia global. Para enfrentar essa dispersão e aumento da procura por envolvimento de terceiros nas cadeias produtivas, os próprios agentes econômicos aumentaram a sua capacidade de coordenação ao longo das cadeias de negócios.⁵

A regulação transnacional por meio dos contratos, nova abordagem sobre a contratação em redes de fornecimento (*supply chain*) e cláusulas padrão ou modelos contratuais e a influência recíproca exercida nessa ambiência⁶ propicia uma visão agregadora. A questão se apresenta a partir da intensa autorregulação pelas comunidades de negócios, por diferentes setores da indústria que atuam em escala transnacional. Tal regulação assume proporções que são por vezes ignoradas pela teoria dos contratos e por muitas das discussões doutrinárias das últimas

³ Segundo Karen Eggleston et al, as pessoas têm uma diferente intuição sobre o que é um contrato complexo. EGGLESTON, Karen, POSNER, Erik A. e ZECKHAUSER, Richard, *Simplicity and Complexity in Contracts* John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper no. 93. University of Chicago Law School 2000, p. 4

⁴ O estímulo para estabelecer uma relação entre o tema da complexidade e a proposta do grupo de pesquisa institucional acima referido veio do convite feito pelo prof. José Augusto Fontoura Costa, da Faculdade de Direito da USP, para participar de uma pesquisa e debate interinstitucional sobre o tema dos contratos complexos, que já foi objeto de várias reuniões e debates nos últimos anos.

⁵ HUMPHREY, John, Transnational Business Governance through Private Standards, in BROUSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean-Michel, e SGARD, Jérôme. *The Oxford Handbook of Institutions of International Economic Governance and Market Regulation*, Online Publ. April 2019. Acesso em: dez. 2019.

⁶ CAFAGGI, Fabrício, *Regulation through Contracts: Supply Chain contracting and Sustainability Standards*, ercl 2016; 12(3) De Gruyter, p. 218

décadas, sendo vista por alguns autores como um direito privado regulatório (*regulatory private law*).⁷

Áreas específicas de infraestrutura, engenharia, petróleo e gás abrigam algumas instituições pioneiras, cujos principais contratos-padrão são consagrados no âmbito dos respectivos segmentos da indústria. Alguns trabalhos acadêmicos no exterior e no Brasil se debruçaram sobre a temática e trazem valiosas reflexões.⁸

O processo de discussão interinstitucional ou interempresarial com base em modelos contratuais e melhores práticas de mercado para determinados nichos de negócios tem se difundido por diversas áreas nas últimas décadas. Os referidos grupos trabalham continuamente no aprimoramento de *drafts* já existentes, consagrando versões de modelos que vêm sendo adotados e atualizados nas últimas décadas como facilitadores nas negociações contratuais entre partes oriundas de diferentes culturas.⁹

O reconhecimento da importância destes modelos motivou a iniciativa do Grupo de Trabalho interdisciplinar criado na França na década de setenta por Marcel Fontaine, depois sucedido por Filip de De Ly, na obra *Droit et Pratique du Commerce International*. O esforço empreendido sinalizou à época uma forma inovadora de trabalho interinstitucional, centrado nos modelos contratuais, com lastro acadêmico, sem prescindir do recurso ao Direito Comparado.¹⁰

⁷ BROWNSWORD, Roger, van GESTEL, Rob. A.J, MICKLITZ, *Contract and Regulation* Edward Elgar Publ. 2017, p. 1 e 2

⁸ Leclercq, J.F. MAHAUX, J. e MEINERTZHAGEN- LIMENS, A., *Quelques Aspects des Contrats standardizes* Bruxelles, Ed. De l'Université de Bruxelles, 1982; MOSS, Giuditta Cordero Moss, *BoilerPlate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, ed. Cambridge University Press, 2011; ARLOTA, Alexandre Sales Cabral *a Estandarização dos Contratos Internacionais e o Modelo FIDIC- Silver Book para os Contratos EPC*, Dissertação de Mestrado – UERJ 2011; CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Tese de Doutorado, USP, 2012.

⁹ No ano de 2018 conduzimos um grupo de pesquisa (GPI) na Faculdade de Direito da UERJ que estudou modelos contratuais e melhores práticas de mercado para determinados nichos de negócios. Ver nota 1

¹⁰ FONTAINE, Marcel, e DE LY, Filip, *Drafting International Contracts* New York, TN Transnational Publishers 2006.

Os conceitos aplicáveis à regulação de ou por contratos se prestam de forma muito pertinente à construção do pano de fundo para as breves reflexões deste artigo. Alguns segmentos da indústria lidam com a complexidade inerente à sua forma de atuação, que envolve cadeias ou grupos contratuais adotando contratos padrão debatidos institucionalmente. Os limites da regulação privada são identificados principalmente nos avanços do direito do consumidor, ou na denominada “*compliance*”, na questão da responsabilidade social corporativa ou até nas práticas anticorrupção. Também são pertinentes as implicações da presença do Estado, de forma direta ou indireta, nos contratos de infraestrutura, por exemplo, em que este figura na base da pirâmide ou da rede contratual, bem como questões impostas por outros domínios, como o tributário.

Um conceito amplo de complexidade demanda uma abordagem interdisciplinar. Na busca da fundamentação epistemológica para uma abordagem pluralista encontramos recorrente referência à obra de Teubner. Do próprio autor,¹¹ destacamos preliminarmente alguns esclarecimentos a propósito de uma organização contratual envolvendo interesses da pesquisa em medicina. No texto referido são feitas reflexões sobre a tendência expansionista de atores não governamentais e os desafios representados pelas redes publico-privadas com diversos players. A concepção de Teubner presta-se de maneira singular à compreensão mais ampla do fenômeno das redes e de sua materialização e regulação jurídica.

Às perspectivas da doutrina civilista, comercial ou regulatória (administrativa ou privada) examinada, agregamos então a visão internacionalista e comparatista, sem poder fugir à menção dos avanços da análise econômica que embasou os estudos de diversos juristas ao longo das últimas décadas sobre temas afins.

Da perspectiva do direito civil sobre o fenômeno de contratos ligados, redes contratuais e contratos conexos colhemos importantes subsídios. São focalizados alguns aspectos relevantes da fase de formação

¹¹ TEUBNER, Gunther *Law and Social Theory*> Three Problems, in *Asian Journal of Law and Society*, 1(2014), Cambridge University Press and KoGuan Law School, Shanghai Jiao Tong University, access at MPI Hamburg, 20 Jan 2020pp. 235 a 254; ver também noas 25 e 26.

dos contratos, ficando fora do escopo do presente trabalho questões atinentes à execução e inadimplemento.

Da visão internacionalista aplicável às operações de grande porte no contexto transnacional vem a seguinte constatação: para enfrentar a complexidade são adotados modelos contratuais que atravessam fronteiras e são reexportados por muitos dos investidores ou associações profissionais que os desenvolvem para utilização em outras jurisdições, implicando no reconhecimento da importância crítica comparatista¹² para verificação da eficácia dos “transplantes” efetuados.

Escolhemos para exemplificação a área de petróleo, gás e energia. Ao longo da explanação tornou-se necessária breve referência ao debate em torno da *lex mercatoria* e sua variante, a *lex petrolea* adotada na indústria. A proposta encerra aparente contradição: o enfrentamento da complexidade através de soluções capituladas na “uniformização”.

2 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE OS CONTRATOS COMPLEXOS

O conceito de complexidade pode ser função das suposições sobre o comportamento humano e do ambiente, resultantes de várias razões tais como: informação assimétrica, dinâmica de monitoramento, pressões evolutivas, convenções, confiança e reputação, custos de cumprimento de ações judiciais e outras.¹³ Trata-se de conceito multidimensional de acordo com as seguintes percepções: (a) o número de contingências relevantes para *payoffs* esperados; (b) a variação e magnitude dos *payoffs* contratados para fluir entre as partes; e (c) a carga cognitiva esperada para a compreensão do contrato.¹⁴

¹² MOSS, Giudita Cordero, *Boiler Plate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, ed. Cambridge University Press, 2011

¹³ EGGLESTON, Karen et al, op. cit, p.5. Para uma ampla exposição sobre a análise econômica do direito e sua vertente no direito alemão ver: NOBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt, Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards: uma análise da boa fé objetiva. In *Economic Analysis Law Review E.A.L.R.* v. 3, n ° 2, pp. 1170 a 188, jul-dez 2012

¹⁴ EGGLESTON, Karen et al, op. cit, p. 7

Os autores de análise econômica do direito vislumbram um *continuum* entre a simplicidade e a complexidade com a percepção de que os contratos podem ser mais simples do que os comportamentos pertinentes.¹⁵ Muito oportuna também a reflexão sobre o papel dos advogados e agentes especializados na elaboração dos contratos complexos: detectou-se uma tendência dos advogados envolvidos na negociação e na redação a reproduzir termos contratuais anteriormente utilizados, aumentando a prevalência de cláusulas padrão (*boiler plate terms*) e a manter referências a um excesso de contingências, o que termina por incrementar a complexidade.¹⁶

A adoção da expressão *contratos internacionais complexos* procura agregar um patamar maior de desafios, o que torna a interdependência e intensidade dos relacionamentos contratuais ainda maior, por vezes agravada pelo relativo desconhecimento da base factual/técnica envolvida nos negócios ao tempo da assinatura. É o caso dos contratos de exploração e produção de petróleo e gás, em área objeto de regulação pelo Estado hospedeiro.¹⁷ Outros exemplos são também pertinentes, como os de software, direito espacial, ou de preponderantes aspectos tecnológicos. Os contratos de engenharia são dotados das mesmas premissas de especificidade. Em geral, outra característica onipresente é a necessidade de planejamento e participação conjunta nessa previsão de estimativas para os projetos e eventual flexibilização dos ajustes iniciais.¹⁸

Em obra sobre a questão dos danos na arbitragem internacional relativa a contratos complexos de longo prazo encontramos uma análise abrangente sobre a estruturação destes. Além dos dados históricos sobre os contratos de infraestrutura e tecnológicos, nas esferas pública e priva-

¹⁵ EGGLESTON, Karen et al, op. cit, p. 6

¹⁶ Ademais, as considerações sobre o contraste entre a motivação com fundamento no sentido de responsabilidade ética e profissional e os incentivos financeiros de aumento da complexidade, de qualquer forma sinalizam um diagnóstico que não será aqui aprofundado. EGGLESTON, Karen et al, op. cit, p. 7, em nota de rodapé.

¹⁷ FRICK, Joachim G., *Arbitration and Complex International Contracts*, Zurich, Kluwer & Schulthess, 2011, pp. 23 e 24

¹⁸ FRICK, Joachim G., *Arbitration and Complex International Contracts*, Zurich, Kluwer & Schulthess, 2011, pp.24 e 25.

da são comentadas diversas iniciativas de uniformização e padronização (UNIDO, FIDIC, UNCITRAL) e é enfatizado o papel fundamental do *project finance*.¹⁹

Os contratos que congregam um número grande de partes também têm implicações sobre o nível de confiança recíproca e até de solidariedade previstas na cooperação necessária a um projeto conjunto de longa duração. As diferenças sob a ótica do direito comparado para a boa fé que deve reger tais relações encontra tratamento distinto na legislação substantiva aplicável.²⁰

Os autores que se dedicam a descrever os negócios internacionais sob a perspectiva jurídica enfatizam preliminarmente a crescente complexidade dos empreendimentos, em geral multijurisdicionais, exigindo estruturas conceituais novas e perspectiva comparatista, sejam eles ligados a investimentos ou não.²¹ Uma das principais mudanças de paradigma identificada é a atuação crescente através de subsidiárias nos países de atuação das transnacionais, mas com uma divisão global de trabalho e das cadeias produtivas, com alocação de diferentes departamentos e/ou recursos em diferentes jurisdições.²²

É reconhecida a emergência de um fenômeno novo na própria formação de redes de negócios, que exigem conceitos jurídicos apropriados. Hugh Collins, na introdução à tradução de 2011 da obra de Gunther Teubner,²³ aponta para os desafios dessa proposta e procura ajudar na compreensão (principalmente para os leitores oriundos da *common law*) dos avanços representados pela obra do jurista alemão quanto aos seguintes pontos: (a)

¹⁹ WOSSF Herfried, RIVERA, Adriana San Román, SPILLER, Pablo T. e DELLEPIANE, Santiago, *Damages in international arbitration under complex contracts*, Oxford, 2014, pp. 26 e egs.

²⁰ FRICK, Joachim G., *Arbitration and Complex International Contracts*, Zurich, Kluwer & Schulthess, 2011, p. 27.

²¹ CHRISTIAN WOLFF, Lutz, *The Law of Cross Border Transactions: Principles, Concepts, Skills*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2ª ed., 2011, p.1

²² CHRISTIAN WOLFF, Lutz, *The Law of Cross Border Transactions: Principles, Concepts, Skills*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2ª ed., 2011, pp. 2 e 3

²³ COLLINS, Hugh, *Introduction to Networks as connected Contracts*, in TEUBNER, Gunther, *Networks as connected Contracts* Oxford, Hart, 2011, pp. 1 a 4.

o conceito de redes contratuais no âmbito jurídico, que já era debatido na sociologia, na economia e em administração; (b) o método, intitulado teoria de sistemas, inspirado em Niklas Luhman; e (c) os aspectos característicos de direito alemão suscitados nos debates. Dessa perspectiva surge a concepção dos contratos híbridos e relacionais, típicos dos projetos de longo prazo, que exigem das partes mecanismos de governança que permitam a solução de controvérsias sem prejuízo dos objetivos de longo prazo.²⁴

Aprofundando as distinções, chega-se a uma compreensão das redes como “uma combinação de contratos relacionais perto do hibridismo no espectro, juntamente com elementos de cooperação encontrados nas associações multilaterais ligadas por contratos bilaterais”.²⁵ Cafaggi vê uma correlação entre as redes (*networks* contratuais) e a categoria de contratos incompletos onde tanto o design e alocação de direitos *ex ante* quanto a adjudicação *ex post* representam uma solução para a incompletude. A análise de Cafaggi agrega o estudo da complexidade ao da governança contratual aplicável às *supply chains* com dispersão geográfica.²⁶ Na mesma obra Fernando Gomez alinha-se com essa abordagem, considerando a cooperação questão básica na teoria microeconômica contemporânea.²⁷ Seu exame dos desafios postos aos contratos complexos, com diversas participações e laços recíprocos embasa a afirmação de que no mundo real os contratos nunca são completos, levando-o a considerar²⁸

²⁴ COLLINS, Hugh, Introduction to Networks as connected Contracts, in TEUBNER, Gunther, *Networks as connected Contracts* Oxford, Hart, 2011, p. 6

²⁵ COLLINS, Hugh, Introduction to Networks as connected Contracts cit., p 10. “*as a first approximation to an understanding of the concept of networks, they can be described as a combination of relational contracts close to the hybrid end of the spectrum, together with co-operative elements found in multilateral associations linked through bilateral contracts*”

²⁶ CAFAGGI, Fabrizio *Contractual Networks, Interfirm Cooperation and Economic Growth*. Cheltenham, UK, E Elgar, 2011, pp5 a 7.

²⁷ GÓMEZ, Fernando, Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks, in *Contractual Networks, Interfirm Cooperation and Economic Growth*, Cheltenham, UK, E Elgar, 2011, p. 25.

²⁸ GÓMEZ, Fernando, Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks, in *Contractual Networks, Interfirm Cooperation and Economic Growth*, Cheltenham, UK, E Elgar, 2011, p. 30.

que uma certa abertura (*open endedness*) contribui para a cooperação em relações de longo prazo.

As redes de negócios podem ser vistas também sob uma perspectiva axiológica, em que se procura captar as nuances da variedade de significados divergentes e/ou convergentes. Em tal abordagem se concilia as conclusões de estudos sobre a complexidade com uma visão da cooperação visada pelas redes de negócios, que enfrentam de forma bem especial o caos e incertezas do mercado.²⁹ Na visão de Camilla Crea a interpretação das redes contratuais e sua classificação deve agregar os prismas axiológicos, teleológicos e funcionais.³⁰

No polo oposto ou complementar, conforme a corrente de análise, encontra-se o conceito de completude contratual (*completeness*).³¹ Há conexão entre a escolha de regras e standards contratuais e a complexidade ou completude do contrato, ou seja, hipóteses em que um contrato relaciona contingências que geram diferentes obrigações. Podem ser identificadas recompensas e redução de custos pela escolha de termos vagos, que são ainda mais potencializados se houver adoção de standards nos contratos.³²

Se por um lado a visão acadêmica tem a preocupação com os custos de transação iniciais, os termos vagos servem para reduzir os custos, ficando a completude do sentido a cargo do julgador na solução de eventual controvérsia.³³ As cláusulas de “*best efforts*”, “*reasonable expenses*”

²⁹ CREA, Camilla Contractual Business Networks: Interpretation criteria and axiological perspective, in JUNG, Stefanie, KREBS, Peter, e TEUBNER, Gunther, Business Networks Reloaded, Nomos, Ashgate, ano, x, pp.354 a 359. Essa visão incorpora várias considerações da análise econômica do direito (*Law and Economics*) e da economia dos contratos (“*economics of contract*”) ambas interessadas nas motivações dos contratos, investimentos e descumprimento de obrigações.

³⁰ CREA, Camilla Contractual Business Networks: Interpretation criteria and axiological perspective, in JUNG, Stefanie, KREBS, Peter, e TEUBNER, Gunther, Business Networks Reloaded, Nomos, Ashgate, pp. 354 a 359

³¹ EGGLESTON, Karen et al, op. cit, p. 378

³² SCOTT, Robert E. TRIANTIS, George G. Principles of Contract Design, *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2005-06, p. 7

³³ SCOTT, Robert E. TRIANTIS, George G. Principles of Contract Design, Principles of Contract Design *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2005-06, p. 7

e “*reasonable withholding of consent*” não só exemplificam bem as dificuldades negociais como também são objeto de decisões jurisprudenciais pertinentes.³⁴

O *trade off* representado pela escolha, e a solução ótima para este equilíbrio já é estudado com base em projeções e na análise jurisprudencial.³⁵ Robert E. Scott e George Triantis procuram se distanciar de outras correntes quando atribuem uma maior eficiência à estratégia de estruturação dos contratos que estimulam a performance a um custo menor, superando uma visão cética a esse respeito.³⁶

Análises quantitativas, como a decodificação textual de mais de 3.000 contratos de financiamento, podem dar elementos valiosos para a determinação das circunstâncias que induzem ao incremento da complexidade dos contratos.³⁷ Cabe aqui o reconhecimento de que a dimensão da análise das teorias das “redes” (*networks*) encontrada nos esclarecimentos pelo próprio Teubner não é um conceito jurídico, mas contribui para identificação das oportunidades e riscos dessa forma de atuação e permite que a visão jurídica seja desafiada e reconstruída a partir da percepção obtida.³⁸

Dentre os comercialistas brasileiros há obras pioneiras sobre os contratos sob a ótica da análise econômica do direito. A obra de Paula Forgioni se tornou referência ao longo dos anos pois aborda várias das questões ora mencionadas.³⁹ Vale mencionar também a análise de Raquel Sztajn⁴⁰

³⁴ SCOTT, Robert E. TRIANTIS, George G. *Principles of Contract Design* cit., p.22

³⁵ SCOTT, Robert E. TRIANTIS, George G. *Principles of Contract Design* cit., pp.23 e segs.

³⁶ SCOTT, Robert E. TRIANTIS, George G. *Principles of Contract Design*, p. 67

³⁷ GANGLMAIR, Bernhard and WARDLAW, Malcolm *Measuring Contract Completeness: A Text based analysis of Loan Agreements 2016 Annual Meeting of American Economic Association, 2016* Disponível em: <https://www.aeaweb.org/conference/2016/retrieve.php?pdfid=1166>.

³⁸ TEUBNER, Gunther *Law and Social Theory: Three Problems*, in *Asian Journal of Law and Society* I, 2014, p. 246 Cambridge University Press acesso <https://www.cambridge.org/core/26jan2020>

³⁹ FORGIONI, Paula, *Teoria dos Contratos Empresariais*, 2ª ed. S.P. Revista dos Tribunais, 2011 e FORGIONI, Paula, *Contrato de Distribuição*, S.P. 2ª ed. Revista dos Tribunais, 2008

⁴⁰ SZTAJN, Rachel, *Comércio Internacional, Incompletude Contratual e Soft Law in Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em Homenagem a Luis Olavo Baptista, Quartier Latin*, São Paulo, 2013, pp. 281 e segs.

sobre a evolução dos conceitos da economia e sua absorção pelos operadores do direito. Dessa fonte se capta a justificativa da incompletude para contratos de longo prazo, que seria mais compatível com as práticas negociais correntes, em que há incertezas e custos de transação relevantes. A inclusão do tema da *soft law*, fazendo um elo entre a “*bounded rationality*” da análise econômica e a necessidade de manutenção de uma conduta de boa fé para preservação das relações negociais⁴¹ leva a autora ao limiar da visão internacionalista, com referência, inclusive, às cadeias produtoras internacionais.⁴²

Há poucos estudos aprofundados na doutrina jurídica brasileira com uma análise positiva consistente dos próprios contratos.⁴³ Destaca-se a tese de Lie do Carmo,⁴⁴ que aborda o contrato de construção de grandes obras, reconhecendo, como ponto de partida, sua complexidade; na sequência a autora se propõe ao exame da estrutura jurídica e principais características econômico-financeiras destes contratos, e a

⁴¹ SZTAJN, Rachel, Comércio Internacional, Incompletude Contratual e Soft Law in Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em Homenagem a Luis Olavo Baptista, Quartier Latin, São Paulo, 2013, p. 296

⁴² SZTAJN, Rachel, Comércio Internacional, Incompletude Contratual e Soft Law in Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em Homenagem a Luis Olavo Baptista, Quartier Latin, São Paulo, 2013, p. 301

⁴³ Merece menção o programa de curso do prof. Wanderley Fernandes proferido em 2017 no mestrado profissional da FGV/SP, que apresenta uma proposta de discussão em profundidade de aspectos doutrinários, casos e pareceres sobre a atipicidade e complexidade dos contratos. Ao se propor a identificar o regime jurídico próprio de cada negócio em sua materialização fática, o referido professor promove a discussão dos contratos complexos com muitos pontos de contato com a proposta aqui apresentada. Na nova proposta da versão do curso de 2019.2, o objetivo traçado é a identificação em contratos complexos e de cooperação, de aspectos que superam a dicotomia “contrato” e “firma”, na formulação original de Coase, nos aproximando mais da visão institucional de Williamson, em que a organização faz a diferença e, em matéria contratual, podemos hoje falar em “governança” contratual e ou em “piercing of the contract veil”, em redes contratuais complexas, nas palavras de Gunther Teubner. Na nova edição do curso também são incluídas reflexões sobre os efeitos da tecnologia na prática contratual: big data e inteligência artificial, como uma nova face da complexidade. (FGV cursos, acesso em: 12 dez. 2019).

⁴⁴ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Tese de Doutorado, USP, 2012, sob a orientação da profa Paula Forgioni. Ver também ARLOTA, Alexandre Sales Cabral, nota 9 supra

investigação das fontes de complexidade de seu programa contratual.⁴⁵ Sua base doutrinária é alicerçada em pesquisa que adentra vários campos do direito e da economia, traçando gráficos e utilizando análises quantitativas. Cabe realçar a sua percepção sobre a partilha de riscos, inspirada na literatura especializada, que decodifica nesse ramo da indústria quais são os riscos tecnológicos, operacionais, regulatórios, sociais e soberanos incidentes.⁴⁶

Detecta-se nesse trabalho a transformação de grande alcance operada nos objetivos dos parceiros destes projetos, eis que as decisões passam a ser tomadas com base “no que é melhor para o projeto”.⁴⁷ A estruturação dessas operações é vista em quatro grandes blocos: construção, financiamento, organização ou colaboração e securitário.⁴⁸ Da análise textual também são colhidas as conclusões e verificações de textos técnicos especializados. Assim, desde expressões de mercado como BAU (*business as usual*) até a identificação dos mecanismos de *benchmarking* e governança adotados em uma mudança de cultura adversarial para cooperativa.⁴⁹

3 COMPLEXIDADE, CONEXÃO E COLIGAÇÃO CONTRATUAL

A complexidade e até a hipercomplexidade das relações sociais e econômicas da época contemporânea com impacto nas cadeias contratuais são também estudadas por outra vertente doutrinária, na qual a

⁴⁵ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Tese de Doutorado, USP, 2012, sob a orientação da profa Paula Forgioni, sumário p.

⁴⁶ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Tese de Doutorado, USP, 2012, sob a orientação da profa Paula Forgioni, pp. 151 e segs

⁴⁷ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Tese de Doutorado, USP, 2012, sob a orientação da profa Paula Forgioni, p.127

⁴⁸ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Tese de Doutorado, USP, 2012, sob a orientação da profa Paula Forgioni, p.157

⁴⁹ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Tese de Doutorado, USP, 2012, sob a orientação da profa Paula Forgioni, pp. 123 a 128

tradição italiana se destaca, como precursora do estudo dos negócios coligados (*negozi collegati*).⁵⁰ Andrea Giussani é uma das referências pioneiras, com seus comentários sobre os negócios relacionados econômica ou teologicamente a um ou outros negócios conexos. Francesco Messineo, na década seguinte, analisou os vínculos contratuais, tanto necessários quanto voluntários. Sua concepção foi inovadora no sentido de realçar a conexão ou subordinação econômica entre os contratos.⁵¹

No direito argentino, Jorge Mosset Iturraspe e Lorenzetti formularam a definição inaugural de contratos conexos em negócio único com uma pluralidade de contratos autônomos vinculados entre si através de uma finalidade econômica supracontratual. Essa poderia ser identificada na causa, no consentimento, no objeto ou nas bases do negócio.⁵² É também dessa origem a diferenciação entre as cadeias contratuais e as redes contratuais. As cadeias pressupõem uma sucessão de atos jurídicos no tempo, de forma quase linear, com ligação de um membro inicial a outro intermediário e final. Fenômeno diverso é o das redes contratuais, nas quais há múltiplos distribuidores, ou fabricantes que atuam conjuntamente, de forma simultânea, com implicações sobre etapas diferentes das cadeias.

A expressão grupos de contratos (*groupes de contrats*) é tida como originária do direito francês. Bernard Teyssie apresenta a divisão destes em cadeias de contratos (*chaînes de contrats*), por adição ou difração em contraposição aos conjuntos de contratos (*ensembles contractuelles*).⁵³

⁵⁰ BERGSTEIN, Laís. Conexidade contratual, redes de contratos e contratos coligados. Contractual connections, contract networks and linked agreements. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 109/2017, p. 160. Jan. – Fev 2017.

⁵¹ BERGSTEIN, Laís. Conexidade contratual, redes de contratos e contratos coligados. Contractual connections, contract networks and linked agreements. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 109/2017. P. 160. Jan. – Fev., 2017.

⁵² LEONARDO, Rodrigo Xavier. Contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*. São Paulo: LEUD, 2014, pp 363 e p.364, nota de rodapé.

⁵³ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*. São Paulo: LEUD, 2014, p. 362

Na obra organizada por Isle Samoy e Marco Loos sobre contratos conexos (*linked contracts*) no direito europeu, Suzane van Dongen analisa o arquétipo da noção de grupo contratual, de acordo com o direito holandês⁵⁴ precedido nesse aspecto pelos direitos francês e alemão. O estudo empreendido é mais concentrado nos contratos da área financeira, fundamental para a compreensão do fenômeno dos grupos. A distinção básica adotada entre as cadeias de contratos (com o mesmo objeto) e os contratos conexos (com o mesmo propósito), dá ênfase à existência de uma unidade econômica entre tais instrumentos.

Fabrizio Cafaggi tem compartilhado uma intensa reflexão sobre mudança de funções e objetivos dos contratos transnacionais no comércio global. Nessa condição são utilizados para coordenar cadeias de suprimento global, incorporando técnicas de gestão de qualidade e segurança.⁵⁵ Sua teoria é a de que se criou uma nova arquitetura combinando lógicas distintas: (a) a comercial, centrada nos produtos, e (b) a regulatória, preocupada com os processos e a interdependência de uma série de transações ao longo da cadeia contratual, ambas mantendo objetivos distintos.

Na análise da incorporação de standards sociais, ambientais e de segurança aos contratos, a denominada “*soft law*” termina por se tornar obrigatória para as partes privadas.⁵⁶ A análise de Cafaggi também aponta a crescente importância da certificação que adere à polaridade entre a contratação e a regulação transnacionais.⁵⁷

Nos processos de contratação em que há múltiplos contratos o inadimplemento de um contrato pode afetar em cascata os demais e tam-

⁵⁴ Van Dongen, Susan, *Groups of Contracts, an Exploration of Types and the Archetype from a Dutch Legal Perspective in SAMOY*. Ilse and LOOS, Marco B., *Linked Contracts* Cambridge, Intersentia, 2012, p. 9

⁵⁵ CAFAGGI, Fabrizio, *The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts: New Architectures*, in *Fordham International Law Journal* vol 36, p. 1557

⁵⁶ CAFAGGI, Fabrizio, *The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts: New Architectures*, in *Fordham International Law Journal* vol 36, p. 1559 e 1560

⁵⁷ CAFAGGI, Fabrizio, *The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts: New Architectures*, in *Fordham International Law Journal* vol 36, p.1561

CAFAGGI, Fabrizio, *The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts: New Architectures*, in *Fordham International Law Journal* vol 36, p.1561

bém diversos regimes regulatórios. Os exemplos dados são ilustrativos do efeito: segurança alimentar, standards sociais com relação a gênero, trabalho infantil e outros, bem como legislação ambiental e ainda questões sobre comércio eletrônico, afetado pela localização “virtual” em plataformas comerciais que têm seus próprios regulamentos.⁵⁸

A nova tendência analisada por Cafaggi diz respeito à aplicação de standards de conduta ao longo de toda a cadeia de fornecimento, chegando a consumir efeitos como se fossem veículos de uma regulação internacional na esfera pública.⁵⁹ Aprofundando como se fortalece a influência recíproca entre as cadeias de suprimento globais e os standards de conduta privados são estudados casos de implementação de padrões ambientais e contratuais, através de adoção de contratos padrão ao longo da cadeia contratual.⁶⁰

O estudo da coligação contratual encontra acolhida na doutrina civilista brasileira, que sinaliza o esgotamento do modelo contratual clássico, impactado pela realidade negocial plural, transnacional e em constante mutação.⁶¹ Sua relevância é realçada diante da complexidade e plurilateralidade que as operações econômicas assumiram na sociedade contemporânea. Flávio Tartuce aborda a hipercomplexidade contratual e comenta a função social dos contratos coligados e diversos casos já existentes na jurisprudência brasileira.⁶² A pluralidade de contratos com dependência unilateral ou recíproca, celebrados pelas mesmas partes ou não, ou ainda

⁵⁸ CAFAGGI, Fabrizio, The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts: New Architectures, in *Fordham International Law Journal* vol 36, pp.1562 e segs

⁵⁹ CAFAGGI, Fabrizio, The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts: New Architectures, in *Fordham International Law Journal* vol 36, pp.1562 e segs

⁶⁰ CAFAGGI, Fabrizio, *Regulation through Contracts: Supply-chain contracting and sustainability Standards* ERCL 2016;12(3): p. 218

⁶¹ EHRHARDT Jr., Marcos O Desafio da Complexidade e o Impacto da tecnologia in Migalhas, publicação IBDCont coordenada por TARTUCE, Flávio, SCHREIBER, Anderson e FROTA, Pablo Malheiros, acesso através do IBDCont em 20/01/20. Ver também CASCAES, Amanda Celli. A interpretação dos contratos coligados, *Revista RJLB*, Ano 4, n.3, p.102, 2018.

⁶² TARTUCE, Flávio. *Contratos coligados e sua função social*. Carta Forense, v. 111, ago. 2012.

como decorrência de disposição legal,⁶³ revela vínculos de natureza diferente, notadamente de acessoriedade, de dependência ou de coordenação.⁶⁴

A percepção de que a vinculação dos contratos permite o alcance de um objetivo comum, existente no vínculo de coordenação, comporta a noção de um nexu finalístico entre os contratos coligados, que permite a coexistência do nexu funcional e da autonomia estrutural.⁶⁵ Carlos Konder aborda a problemática quanto à vinculação funcional entre os negócios. A identificação do divisor de águas entre a unicidade ou pluralidade negocial é crucial na compreensão do fenômeno da conexão. Outro conceito chave é o do contrato-quadro, que tem por finalidade regular as relações contratuais complexas e coligações contratuais, não devendo ser confundidos, no entanto, com os próprios contratos em coligação.⁶⁶ Efetivamente, as redes contratuais são vistas de forma autônoma por parte da doutrina, por serem dotadas de uma especificidade que merece uma teoria própria.⁶⁷

Segundo a doutrina, os conceitos de coligação e conexão não se confundem:

O termo coligação contratual, em sentido amplo, significa um vínculo entre relações jurídicas contratuais diferentes que formam uma operação econômica unificada. A realidade da prática de atividades econômicas extrapolou as duas hipóteses de previsão legislativa ou cláusula

⁶³ CASCAES, Amanda Celli. A interpretação dos contratos coligados, *Revista RJLB*, Ano 4, n.3, p.104, 2018.

⁶⁴ CASCAES, Amanda Celli. A interpretação dos contratos coligados, *Revista RJLB*, Ano 4, n.3, p.105, ver também LEONARDO, Rodrigo Xavier. Contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*. São Paulo: LEUD, 2014, p.366.

⁶⁵ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. apud CASCAES, Amanda Celli. A interpretação dos contratos coligados. *Revista RJLB*, Ano 4, n.3, p.107, 2018.

⁶⁶ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 275 e segs.

⁶⁷ BELLO, Emilia, Os efeitos decorrentes da coligação de Contratos, São Paulo, MP Editora, 2014, p. 83, apud CASCAES, Amanda Celli. A interpretação dos contratos coligados, *Revista RJLB*, Ano 4, n.3, 2018. p.112.

contratual expressa elencadas inicialmente.⁶⁸ Na conexão, por outro lado, a ligação entre os contratos ocorre, predominantemente, pelo nexos existente entre eles, independente da estipulação de norma jurídica ou cláusula contratual. Nestes casos é a operação econômica supracontratual que justifica o seu reconhecimento, com atribuição de consequências jurídicas específicas. As diferentes espécies de conexão nos contratos são: a) redes contratuais; b) contratos conexos em sentido estrito.⁶⁹

Anderson Schreiber também trata da coligação contratual, definida como o uso de uma multiplicidade de contratos para a prática da mesma operação econômica⁷⁰ acentuando a necessidade de alguma relação funcional entre estes. Na mesma linha de Rodrigo Xavier Leonardo sustenta que o termo “redes contratuais”, embora usualmente utilizado como sinônimo de coligação contratual, deveria ser aplicado especificamente à coligação contratual que englobe variados agentes contratantes que se unem de forma sistemática e em prol do mesmo procedimento econômico.⁷¹

Schreiber indica que o fenômeno da coligação contratual não encontra previsão no código civil, de forma que a regulação jurídica das variadas formas de inter-relações contratuais foi delegada à autonomia da vontade.⁷² Por isso, torna-se comum a introdução de cláusulas de *cross default* — inadimplemento cruzado — e outros instrumentos contratuais

⁶⁸ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*, São Paulo: LEUD, 2014, p. 360. O autor comenta decisão do STJ que reconhece, inclusive, a existência de um negócio jurídico complexo, resultando na declaração de que se trata de matéria de direito e não de fato. (STJ AgRg no Recurso Especial nº 1206723, DJe:11/10/Rel. Min.Napoleão Nunes Maia Filho,J, 17 de Maio de 2012, in www.stj.jus.br)

⁶⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier. Contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*, São Paulo: LEUD, 2014, p. 364

⁷⁰ SCHREIBER, Anderson, *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.433.

⁷¹ SCHREIBER, Anderson, *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.433-434.

⁷² SCHREIBER, Anderson, *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.434.

que explicitem a relação de interdependência que constitui essa figura contratual.⁷³

Outras vertentes são focalizadas por Angelo Gamba Prata de Carvalho,⁷⁴ que detecta primeiramente a aproximação da teoria contratual à regulação estatal, fazendo convergir os objetivos de reguladores e regulados em nome do desenvolvimento de uma relação em constante aperfeiçoamento. O autor aprofunda o exame de diversas abordagens, não apenas aquelas atinentes ao direito administrativo, mas também as que privilegiam os instrumentos contratuais como ordenamentos privados, apoiados em práticas consolidadas de mercado.⁷⁵

Também relevantes são as referências feitas às formas híbridas, como uma terceira via de organização da atividade econômica, adequadas a contratos de longo prazo que agregam aspectos de cooperação e competição.⁷⁶ Sua busca de fundamentos teóricos para compreensão do diálogo entre a teoria contratual e as teorias da regulação na estruturação das relações jurídicas de longo prazo e na própria organização empresarial⁷⁷ desagua no direito italiano, com doutrinadores como Galgano, Bellantuono e Enzo Roppo, dentre outros. Vários destes já podem ser incluídos nessa nova vertente, que enfatiza a função regulatória dos contratos.⁷⁸

⁷³ SCHREIBER, Anderson, *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.434. *A identificação da figura da coligação contratual pela jurisprudência e doutrina, mesmo com a ausência de previsão no ordenamento jurídico, se ancora assim na observação de um único contrato como peça de engrenagem de um procedimento socioeconômico muito mais amplo*

⁷⁴ CARVALHO, A.G. P.A *Função Regulatória do Contrato :regulação e autonomia privada na organização do poder econômico*, *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 5, n 1, pp 91-114, maio 2019.

⁷⁵ BRAUCHER,1990 citado por CARVALHO, A.G. P.A, p. 93. Podemos lembrar aqui também as práticas do Direito Marítimo, que foi desenvolvendo ao longo dos séculos, com base romanística, uma estrutura contratual sofisticada. Nesses contratos há uma ligação entre contratos e garantias, baseada em uma comunhão de riscos. Sobre o tema ver SAMPAIO, Rodrigo Lima Vaz, p. 259.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 94

⁷⁷ CARVALHO, A.G. P.A. cit, p. 102

⁷⁸ CARVALHO, A.G. P.A cit., p. 101

Caberia também referir aqui o desenvolvimento da doutrina sobre os *blockchains* e *smart contracts*. Embora o tema extrapole o escopo deste artigo, pelo menos vale mencionar que *big data* e inteligência artificial, já são vistos como uma nova face da complexidade.⁷⁹ De Filippi e Wright afirmam que, assim como na era do advento da internet chegou a se vislumbrar uma “criptoanarquia”, o conceito de *blockchains* agrega uma série de tecnologias, que incluem *networks* entre integrantes de uma indústria, mecanismos de consenso, criptografia publico-privada e outros. Nessa esteira facilita-se uma série de operações, entre estas a criação de processos computadorizados intitulados *smart contracts*.⁸⁰ Vale a pena mencioná-los pois já se prevê na literatura especializada que em alguns poucos anos o alcance desses processos vai se expandir além dos produtos financeiros e pagamentos, ajudando a apoiar interações econômicas e sociais de forma autônoma.⁸¹

Alguns estudiosos alertam que os contratos coligados não se confundem com os contratos complexos, que podem figurar como um único instrumento contratual, com mais de um sujeito em cada polo ou mais de um objeto.⁸² No entanto, os mesmos autores por vezes admitem que os contratos coligados foram concebidos para regular relações complexas.⁸³

⁷⁹ Ver nota 33 sobre o programa de curso da FGV: Na nova edição do curso também são incluídas reflexões sobre os efeitos da tecnologia na prática contratual: *big data* e inteligência artificial, como uma nova face da complexidade. (FGV cursos, acesso em: 12 dez. 2019).

⁸⁰ DE FILIPPI, Primavera, e WRIGHT, Aaron, *Blockchain and the Law: the rule of Code*, Cambridge, Harvard University Press, 2018, p. 2.

⁸¹ DE FILIPPI, Primavera, e WRIGHT, Aaron, *Blockchain and the Law: the rule of Code*, Cambridge, Harvard University Press, 2018, p. 3.

⁸² BELO, Emília. Os efeitos decorrentes da coligação de contratos. São Paulo: MP Editora, 2014. apud CASCAES, Amanda Celli. A interpretação dos contratos coligados. *Revista RJLB*, Ano 4, n.3, p.112, 2018. Há reconhecimento por diversos autores da visão inovadora adotada por Antônio Junqueira de Azevedo em parecer de sua lavra que examina a linha de contratos atípicos no direito brasileiro. AZEVEDO, Antônio Junqueira, *Contrato Atípico, complexo, com elementos de contrato de know how, de gestão, e de mandato, com administração...* in *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, SP, Saraiva 2ª tiragem, 2010, pp.136 a 161.

⁸³ CASCAES, Amanda Celli. A interpretação dos contratos coligados. *Revista RJLB*, Ano 4, n.3, 2018, p. 117.

Preferimos deixar em aberto esta questão, pois as modalidades contratuais adiante examinadas se beneficiam de uma abordagem pluralista

4 MODELOS CONTRATUAIS E COMPLEXIDADE EM SEGMENTOS DA INDÚSTRIA: APONTAMENTOS SOBRE OS CONTRATOS-PADRÃO

A negociação de textos da magnitude e complexidade dos contratos de infraestrutura demanda um esforço de conciliação de interesses. O reconhecimento da importância dessa esfera de influência dos grupos de diferentes segmentos encontra respaldo na obra de Nael G. Bunni, para quem não só o Estado exerce o papel de prevenir efeitos nocivos dos eventuais abusos resultantes da liberdade contratual e incremento da atividade nos séculos dezenove e vinte. Os grupos de associações profissionais que buscaram a convergência e a criação de contratos padrão fora dos contextos negociais específicos também cumprem este papel.⁸⁴

4.1 Contratos de petróleo & gás e contratos padrão da AIPN

Para ilustrar o emblemático fenômeno da adoção de contratos padrão institucionais como ferramenta para lidar com a complexidade escolhemos a indústria do petróleo e gás. Em seu amplo contexto de evolução, a interligação de operações necessárias foi aumentando, na medida em que sofreu o impacto do incremento das atividades no *offshore* com o aumento daí decorrente na sofisticação das operações.

Cabe uma distinção preliminar entre as diferentes etapas da cadeia contratual: há os contratos entre as empresas petrolíferas, antes intituladas *international oil companies* (IOC's)⁸⁵ com os países hospedeiros. Para

⁸⁴ BUNNI, Nael G, Risk and Insurance in Construction, P. 8, *apud* ARLOTA, Alexandre Sales Cabral a Estandarização dos Contratos Internacionais e o Modelo FIDIC- Silver Book para os Contratos EPC cit, p. 51

⁸⁵ Com as mudanças na matriz energética as principais empresas do ramo estão migrando para uma estratégia de transição energética que levou algumas a alterarem sua própria

estes contratos, que estão no topo da pirâmide, recorreremos ao estudo de Sylvain Rossiaud,⁸⁶ que procura exatamente identificar os problemas de coordenação suscitados pelos diferentes contratos da cadeia contratual. Segundo o autor a especificidade dos ativos e as incertezas da relação quanto aos custos de controle e adaptação *ex post* à assinatura do contrato, associados à denominada “atenuação” dos direitos concedidos às empresas seria função da incompletude desses direitos e do caráter temporário dos contratos com o Estado.⁸⁷

Ao amparo do escopo do contrato com o Estado são firmados os contratos entre as empresas petrolíferas. Na sequência estas cuidarão das operações, geralmente através de uma delas designada especialmente como operador, que representa as demais não somente junto à autoridade governamental que tem o poder concedente, mas perante terceiros. O Operador também atuará pelas demais na contratação das empresas especializadas nos diversos serviços necessários à condução das atividades.⁸⁸

A atuação em áreas marítimas com lâminas d’água cada vez mais profundas, permitindo a exploração e produção com novos equipamentos tornou a conexão entre os contratos mais desafiadora. Por outro lado, criou-se a oportunidade de novas formas de cooperação.⁸⁹ A forma cooperativa irradiou de certa forma não somente nas relações com as entidades governamentais. O vetor de cooperação no plano horizontal, entre as

denominação, sendo paradigmático o caso da BP, em que as mesmas letras passaram a designar: *beyond petroleum*

⁸⁶ ROSSIAUD, Sylvain, L’Ouverture de l’Amont pétrolier à des compagnies privées. Um cadre d’analyse em termes d’économie ds coûts de transaction. In *Revue d’économie industrielle*, Ed. Techniques et économiques: De Boeck Université, 2015, pp. 11-141. Disponível em HAL id : <http://hal.univ-grenoble-alpes.fr/hal-01162793>. Acesso em: 13 fev. 2020.

⁸⁷ ROSSIAUD, Sylvain, L’Ouverture de l’Amont pétrolier à des compagnies privées. Um cadre d’analyse em termes d’économie ds coûts de transaction. In *Revue d’économie industrielle*, Ed. Techniques et économiques: De Boeck Université, 2015, p. 4. Acesso em: HAL id : <http://hal.univ-grenoble-alpes.fr/hal-01162793>.

⁸⁸ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Revista, atual. Ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2014 pp. 253 e segs.

⁸⁹ É o caso das joint ventures para pesquisa e desenvolvimento (R&D) ou os *joint industry projects*, em que predomina o espírito de cooperação

empresas tradicionais do ramo (as IOC's ou *international oil companies*) tem seu principal balizamento no *joint operating agreement* (JOA), que impacta as cadeias contratuais de prestadores de serviços.

De forma geral, nas primeiras décadas do século XX, cada sociedade comercial pertencente à indústria do petróleo e gás preferia partir de suas próprias minutas básicas, quando o contexto negocial o permitia. O processo é análogo ao que ocorria para a atuação internacional em outras esferas.

Embora tudo leve a crer que os modelos iniciais dos contratos internacionais típicos da área foram reproduzidos a partir da tradição anglo-saxã, a sua utilização por grupos de empresas de nacionalidades diferentes, com foco em preocupações práticas, operacionais e administrativas distintas, visando a operação em países de diversos continentes, gerou uma variedade de abordagens e soluções para as mesmas questões. Com diferentes estilos redacionais, tais modelos geravam um confronto de forças no início das negociações, para definir quem importaria a sua minuta padrão para a base de negociação. Muitas vezes, a consequência deste cenário era a imposição, pelos atores dotados de maior poder de barganha, de suas minutas nas negociações com partes mais fracas.⁹⁰

Na década de 1980, as empresas norte-americanas estavam mais familiarizadas com as minutas padrão de seu país, razão pela qual sentiam dificuldades quando procuravam atuar na esfera internacional, onde era geral o desconhecimento de minutas adotadas por empresas oriundas da Europa ou de outros países. Da mesma forma, empresas com intensa atividade internacional, que resolviam entrar na exploração no Golfo do México, defrontavam-se com a pouca disponibilidade das empresas norte-americanas para negociar os modelos locais de contratos, sob a alegação de que eram estas as práticas da região.

Nosso estudo mais aprofundado sobre o JOA⁹¹ nos permitiu adotar um ponto de partida para âncora do arcabouço conceitual dos contratos

⁹⁰ MARTIN, Timothy A. Model Contracts: a Survey of the Global Petroleum Industry. In: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 22:3. 2004. P.281-282

⁹¹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Revista, atual. Ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2014 pp. 339 e segs.

complexos da indústria do petróleo. Ademais, a experiência de décadas na indústria só fez ressaltar a percepção da importância da atuação interdisciplinar em termos conceituais, com reflexos na visão pragmática necessária ao gerenciamento das operações. A cooperação e a adoção de modelos e cadeias contratuais permitem uma diminuição do tempo devotado às negociações e também a mitigação dos riscos envolvidos.

O estudo do JOA abordou também as práticas utilizadas na exploração do Golfo do México na década de oitenta do século XX, especialmente quanto ao ato de adesão aos termos das minutas básicas da *American Association of Professional Landmen* (AAPL), que se justificam na medida em que as empresas locais “aderem” aos termos do JOA, oferecido pela empresa operadora, passando a atuar também, em contrapartida, como operadores em outras áreas. O processo do passado ilustra de certa forma uma realidade ainda presente: em mecanismo de autorregulação a nível internacional cria-se, indiretamente, um “equilíbrio” negocial, por tal alternância.⁹² Por essa razão, e por estarem presentes na própria frente institucional que elabora e revisa as minutas, as empresas locais têm diversas formas e ocasiões para o debate e a uniformização de cláusulas usuais nos JOAs e outros contratos da indústria.

Na nossa atuação profissional, tivemos a oportunidade de trabalhar em grupos de negociação que procuravam adequar minutas oriundas do Direito francês, austríaco, inglês e norte-americano para a atuação em terceiros países. Este esforço *ad hoc* de uma ponte cultural, gerava, por vezes, dificuldade e morosidade nas negociações, com impacto econômico e operacional para as empresas partícipes.

Pode-se dizer que, a exemplo de outros segmentos, a indústria do petróleo passou a aceitar amplamente o uso de *model contracts*, nas décadas finais do século XX. Isto porque os agentes econômicos perceberam a ineficiência do processo negocial com base nas minutas contratuais

⁹² As empresas da área, por exemplo, habitualmente procuram um equilíbrio nas disposições que lhes são favoráveis, independente da posição contratual que ocupam. Melhor dizendo, uma disposição contratual deve passar pelo duplo teste de ser aceitável para uma empresa atuando em todos os eventuais polos de interesse dos contratos.

de cada companhia. Esse processo também era longo, e foi a partir dessa constatação que diversos segmentos da indústria passaram a ser favoráveis a uma cooperação entre os vários atores da área de negócios envolvendo petróleo e gás em prol da criação de modelos em uma tentativa de uniformizar as práticas dessa área.

Adicionalmente, as frequentes queixas por parte dos executivos, em razão do longo período de negociação, também exigiam mudança no processo, adequando-o à era da constante evolução tecnológica e da comunicação instantânea. Com o processo tradicional, eram necessárias frequentes reuniões de negociações internacionais, consumidas em questionamentos que iam do simples ao sublime. A necessidade de tornar ágil a fase preparatória, e até o processo negocial, fez crescer a preferência pela uniformização.⁹³

Neste ponto, cabe citar a importância de instituições referidas para o sucesso deste processo de uniformização, ressaltando-se, em especial, a atuação da *Association of International Petroleum Negotiators (AIPN)*⁹⁴ no segmento da energia. Ela atua nos setores de comércio e negociações envolvendo energia, com ênfase no segmento do petróleo e gás, e sua finalidade é providenciar suporte aos negociadores da área de energia ao redor do mundo, especialmente em transações internacionais complexas, para que eles possam superar os obstáculos do atual e competitivo mercado de energia.

⁹³ Utilizando novamente o exemplo do JOA internacional, o contexto descrito estimulou dois grupos de advogados norte-americanos a tomar, a partir de 1988, a iniciativa de preparar uma minuta básica do de tal contrato, que apesar e não ser o único, é um dos primeiros e mais relevantes model contracts da indústria do petróleo a integrar esse movimento de standardização. Esses grupos eram constituídos de advogados associados ao Comitê Internacional de Energia, da Associação Americana de Advogados de Empresa (ACCA) e da Associação Internacional de Negociadores do Petróleo (AIPN). RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Revista, atual. Ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2014 p.260 e segs. Ver também *Energy Law and Regulation in Brazil* FONTOURA Costa José Augusto, RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, XAVIER JUNIOR, Ely Caetano, ROCHA, Vivian D., *Energy Law and Regulation in Brazil* (Springer, 2018);

⁹⁴ A AIPN foi fundada em 1981 e está sediada em Houston, nos EUA. Atualmente, é uma instituição de grande renome e alcance mundial, que visa prestar apoio aos negociadores internacionais de energia ao redor do globo, almejando aumentar a eficácia e profissionalismo na comunidade energética internacional.

O grande nível de aceitação e intensa utilização dos modelos contratuais criados pela AIPN pelos atores do segmento do petróleo atesta o alto grau de popularidade alcançado pelos contratos padrão da Associação,⁹⁵ que passou a também inserir no seu radar as discussões sobre as implicações de adoção do JOA em países oriundos da *civil law*.

A AIPN costuma manter todos os modelos por ela desenvolvidos constantemente atualizados e complementados, de forma a acompanhar as mudanças tecnológicas, comerciais, legislativas e jurídicas da indústria. A conscientização sobre a necessidade de adequação dos modelos contratuais da indústria do petróleo tem levado diferentes grupos revisores a proporem constantes adequações.

Diante dessa constante necessidade de revisão das minutas padrão, ressalta-se a atuação da AIPN para ajustar os modelos às demandas atuais da indústria petrolífera. O processo de discussão no âmbito da AIPN inclui a integração das sugestões de seus associados, dos grupos de discussão, dos cursos sobre a indústria, dos *Model Contracts Workshops*⁹⁶ e o *feedback* sobre a aceitação dos modelos contratuais, abrindo espaço para a permanente revisão ou elaboração de novas minutas.⁹⁷

Timothy Martin descreve os inúmeros benefícios para a adoção de *model contracts* no segmento do petróleo. Os mais evidentes deles

⁹⁵ A AIPN obteve gradativamente um grau de envolvimento maior das empresas europeias, africanas, russas e do Oriente Médio, aumentando sua popularidade no contexto internacional. Hoje há uma descentralização maior de atividades, em contraponto à década de noventa do século passado, quando a entidade ainda possuía fortes vínculos com sua origem texana. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Revista, atual. Ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2014 p. 307 e segs.

⁹⁶ Os *Model Contract Workshops* realizados ao longo dos anos inicialmente nos EUA e posteriormente em diversos países (Rio de Janeiro- 2009, Londres 2012, e assim por diante, permitiram discussões profícuas que foram úteis no processo de revisão e atualização pelos participantes. As notas das reuniões dos *Committees* ficam disponíveis no site da AIPN (www.aipn.org), apenas a seus associados inscritos no comitê relevante e após aprovados pela diretoria são disponíveis para todos os associados, O mesmo processo foi sendo adotado ao longo dos anos para todos os modelos criados ou revistos. <https://www.aipn.org>

⁹⁷ A AIPN possui grupos de discussão para associados sobre diversos temas, como contratos de serviços e outros temas (www.aipn.org).

são a redução da duração das negociações dos contratos, que constitui um importante pleito dos empresários, e o conseqüente aumento da rapidez e eficiência na realização das transações, além da diminuição das suas despesas. A economia de tempo nas negociações permite às partes focarem nas provisões contratuais verdadeiramente controversas e onde há presença de maior divergência na transação, adicionando valor ao contrato e diminuindo custos de transação. O processo procura minimizar possíveis disputas litigiosas e o risco do negócio.⁹⁸ Ademais, considerando que as instituições que desenvolvem *model contracts* tendem a desejar que seus modelos sejam amplamente divulgados e utilizados pelos atores do setor, em regra, esses modelos são disponibilizados gratuitamente ou por valores que, diante das despesas de redigir um contrato desde o início, têm custo /benefício atrativo para as empresas que os adquirem.⁹⁹

Entretanto, existem também desvantagens na utilização de modelos contratuais. Entre elas, cita-se o perigo do uso inadequado dos *model contracts* por indivíduos inexperientes e/ou sem conhecimento técnico e prático na indústria do petróleo. Muitas vezes, há uma resistência por parte de alguns atores da indústria de energia em realizar alterações nos modelos contratuais que possam ser benéficas, ou até mesmo indispensáveis para a situação específica daquela operação.¹⁰⁰ Diante dos elevados valores dos contratos e do alto nível de complexidade e importância econômica e política dessas operações, esse cenário só se agrava. Muitos desses modelos podem conter erros, conceitos equivocados, estarem desatualizados ou

⁹⁸ MARTIN, Timothy A. Model Contracts: a Survey of the Global Petroleum Industry. In: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 22:3. 2004. P. 284. O acúmulo de experiência de Tim Martin como negociador do setor de energia, que já foi presidente da AIPN e da CAPL e diretor da AAPL e atualmente Editor chefe do JWELB *Journal of World Law and Business*, editado pela Oxford Journals, e atuante árbitro em controvérsias da área, lhe habilita como uma referência no setor de energia.

⁹⁹ MARTIN, Timothy. Model Contracts: a Survey of the Global Petroleum Industry. In: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 22:3. 2004. P. 285

¹⁰⁰ MARTIN, A. Timothy. Q.C. J. Jay Park. Global petroleum industry model contracts revisited: *Higher, faster, stronger*. In: *Journal of World Energy Law & Business*, 2010, Vol. 3, No. 1. P. 11

simplesmente não serem apropriados para uma empresa atuante em determinada jurisdição que pode vir a ter uma tradição jurídica que não se adequa ao modelo em questão. Não obstante, Martin ressalta que as vantagens superam grandemente as desvantagens da adoção de modelos contratuais.¹⁰¹

Conforme alusão já feita, outras indústrias da área de infraestrutura apresentam problemas análogos, pelo que vale citar pelo menos os contratos da área de engenharia (FIDIC)¹⁰² e da área marítima, também adotados por vários segmentos (BIMCO).¹⁰³

5 CONTRATOS INTERNACIONAIS E LEX MERCATORIA

Na obra organizada por Jurgen Basedow, *The Law of Open Societies*, no âmbito das obras monográficas da *Hague Academy of International Law*,¹⁰⁴ o autor focaliza o fenômeno contemporâneo de mudanças, especialmente o impacto das relações privadas internacionais. Para explicar de que forma o mundo “encolheu” e assumiu uma interconexão entre os diferentes ordenamentos jurídicos, são apontados as forças motrizes e os valores em choque.

O próprio Direito Internacional Privado teria mudado de sua perspectiva centrada nas jurisdições individuais para o direito internacional privado dos negócios globais, sendo pertinente o elo da ordenação (*ordering*) privada e da regulação pública. Há, na conclusão geral, alusão às múltiplas formas que os acordos privados têm assumido, de modo a mitigar os riscos inerentes às transações e negócios internacionais.

¹⁰¹ MARTIN, Timothy. Model Contracts: a Survey of the Global Petroleum Industry. In: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 22:3. 2004. P. 285

¹⁰² *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (“FIDIC”) International Federation of Consulting Engineers, disponível em, entre outros, <https://theconstructor.org/construction/fidic-contracts-forms-uses/33056/>. Acesso em: jan 2020.

¹⁰³ The Baltic and International Maritime Counsel Disponível em <https://www.bimco.org/about-us-and-our-members/about-us/our-history>. Acesso em: 19 fev. 2019.

¹⁰⁴ BASEDOW, Jurgen *The Law of Open Societies, Private Ordering and the Public Regulation in the Conflicts of Laws*, The Hague, Brill, The Hague Academy of International Law, Brill, Nijhoff, pp.505e segs.

Em outras fontes, encontramos o elo necessário da conceituação da contratação internacional com a temática da complexidade. Uma delas, dedicada à relação entre arbitragem e contratos internacionais complexos enfatiza uma constatação fundamental, premissa também da presente abordagem: é certo que os contratos internacionais envolvem partes ligadas a diferentes jurisdições, podendo envolver o Estado ou uma de suas instrumentalidades e uma ou mais partes privadas ou ser apenas entre partes privadas. Desse ponto de partida, constrói Joaquim G. Frick sua argumentação favorável¹⁰⁵ a uma classificação especial dos contratos internacionais complexos, independentemente da diferente percepção em relação à importância da *lex mercatoria*.

A linha divisória dos contratos internacionais complexos é difícil de traçar, como reconhece o autor, sem levar em conta os aspectos econômicos. Com base em uma bibliografia diversificada são elencados alguns desses fatores diferenciadores: (a) o impacto da diferença de língua, a distância das partes envolvidas; (b) o envolvimento de grandes volumes, custo e porte dos projetos, geralmente de longa duração; (c) a conseqüente natureza relacional dos contratos, em “esquema” tipo “*framework*”, em que predominam a confiança recíproca, o dever de cooperação e um sistema especial de alocação de risco; (d) a percepção distintiva por parte dos legisladores e autoridades judiciais quanto à submissão à lei local.¹⁰⁶

O tema dos contratos complexos tem merecido a atenção especial da doutrina internacionalista. Há inúmeras obras de referência na doutrina internacional e na doutrina pátria que envolvem diferentes ângulos, no amplo âmbito do direito obrigacional internacional.

A constatação por Jacob Dolinger da importância dos contratos e da responsabilidade civil por atos ilícitos no campo do *conflict of laws*¹⁰⁷ sinali-

¹⁰⁵ FRICK, Joachim G., *Arbitration and Complex International Contracts*, Zurich, Kluwer & Schulthess, 2011, p. 5.

¹⁰⁶ FRICK, Joachim G., *Arbitration and Complex International Contracts*, Zurich, Kluwer & Schulthess, 2011, p. 6.

¹⁰⁷ DOLINGER, Jacob *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, 2007, p. 223-4;

za a superação da visão de que a uniformização das normas que regem as relações contratuais (direito uniforme espontâneo e direito uniformizado por via de acordos convencionais) pode resultar em um direito internacional privado menos relevante no campo dos contratos. O inventário sobre o conceito de contrato internacional nas diferentes convenções constante da obra de Jacob Dolinger e Carmen Tiburcio¹⁰⁸ identifica que a primeira a o definir é a Convenção de Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias (1986).

A autonomia das partes é considerada central no fenômeno das redes contratuais.¹⁰⁹ No Direito Internacional Privado, o tema leva a questões no âmbito dos direitos internos que não se pretende aqui aprofundar.¹¹⁰ A liberdade das partes para a escolha do direito aplicável encontra previsão expressa do conceito em diversas convenções.¹¹¹ Há também um reconhecimento por parte da doutrina internacional no sentido da adoção universal do princípio da autonomia da vontade.¹¹² Dentre as questões centrais elencadas para determinação do limite da liberdade das partes, figura a indagação se partes podem escolher um direito não estatal. Trata-se de matéria ainda controvertida. Simeon C. Symeonides

¹⁰⁸ DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, ed. Forense, pp. 651 a 653. *Convenção sobre a Lei Aplicável à Transferência de Propriedade no Caso de Venda com Caráter Internacional de Objetos Móveis Corpóreos* (1958); *Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Intermediários e à Representação* (1978); *Convenção sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Venda Internacional de Mercadorias* (1986); *Princípios da Haia sobre Escolha da Lei em Contratos Comerciais Internacionais* (2015); *Princípios UNIDROIT sobre contratos internacionais* (2010); *Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais – Convenção de Roma* (1980); *Regulamento Roma I* (Regulamento nº 593/2008); *Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais* (1994); e *Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias* (1980).

¹⁰⁹ CREA, Camilla *Contractual Business Networks: Interpretation criteria and axiological perspective*, in JUNG, Stefanie, KREBS, Peter, e TEUBNER, Gunther, *Business Networks Reloaded*, Nomos, Ashgate,, p. 369.

¹¹⁰ Ver ARAUJO, Nádia *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 4ª ed. Revista e ampliada, Rio de Janeiro, Renovar, 2009

¹¹¹ DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen *Direito Internacional Privado* op. Cit., p. 658.

¹¹² Citação de René-Jean Dupuy, *apud* DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen *Direito Internacional Privado* cit, p, 659

assegura que apenas a Convenção do México e o direito venezuelano o permitem.¹¹³

Por outro lado, a controvérsia também se apresenta quanto à expressão adotada na Convenção de Haia sobre escolha da lei em contratos comerciais internacionais: a expressão “*rules of law*” do Art. 3º. No Regulamento Roma I, embora a expressão tenha sido suprimida, o considerando 13 admite que o Regulamento “não impede as partes de incluírem, por referência, no seu contrato, um corpo legislativo não estatal ou uma Convenção internacional”.¹¹⁴

A doutrina sobre os contratos internacionais inclui reflexões sobre a *lex mercatoria*, um conceito que remete à aplicação de normas transnacionais de aplicação direta sem recurso às regras conflituais. Friedrich Juenger dedica um estudo à questão da aparente incompatibilidade entre o direito internacional privado e a *lex mercatoria*. Na investigação histórica, sobressai o direito romano, onde as regras universais do *ius gentium* podiam reger as transações transnacionais da época.¹¹⁵

A *lex mercatoria* é um regime de governança de contratos internacionais com característica socioeconômicas e jurídicas. A sua função é proteger de forma confiável o cumprimento dos contratos e criar segurança jurídica para o comércio internacional. As suas fundações são uma ideia mais ampla de autorregulação e autoajuda e os princípios da autonomia contratual.¹¹⁶

¹¹³ SYMEONIDES, Symeon C., *Codifying Choice of Law Around the World : an International Comparative Analysis*, 2014, P. 142; Contracts subject to non State norms. In *American Journal of Comparative Law*, Fall 2006, p2.

¹¹⁴ DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, ed. Forense, pp. 660 e 661

¹¹⁵ JUENGER, Friedrich, *Lex Mercatoria and Private International Law*, *Louisiana Law Review*, vol 60, p.1134. Sobre o Assunto ver TAMBÉM Albuquerque, Felipe Gomes de Almeida Os novos paradigmas do direito internacional privado e suas repercussões na Determinação da Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, Tese UERJ, 2020, Orientadora Profa Carment Tiburcio, pp. 215 a 245

¹¹⁶ GRALF, Peter Caliess, Chapter L6: *Lex Mercatoria*, in BASEDOW, Jurgen, RUHL, Giesela, FERRARI, Franco, *Encyclopedia of International Law* Elgar Online, Sep 2017, page 1120

O direito comercial da época medieval também desenvolveu instrumentos negociais aplicáveis às transações comerciais que extrapolavam as fronteiras territoriais.¹¹⁷ A evolução posterior também demonstra que as normas comerciais desenvolvidas pela prática e não pela legislação se tornaram uma constante ao longo dos séculos.

É revelador, no entanto, o cotejo entre tal tradição e o período de dominação do positivismo jurídico, em que havia rejeição à ideia de uma *lex mercatoria* que pudesse reger as relações privadas.¹¹⁸

De forma geral, a doutrina internacionalista — que discute a formação de contratos internacionais, a fase pré-negocial, a adoção de modelos e as dificuldades daí resultantes — seria relevante para a compreensão desse tópico.¹¹⁹ Já tivemos oportunidade de analisar de que forma, no âmbito dos contratos internacionais complexos, as tratativas se tornaram um procedimento frequente em razão tanto das especificidades das transações efetuadas quanto da magnitude econômica envolvida nos negócios internacionais. Nesse caso, as negociações preliminares podem se alongar “por meses ou até anos, envolvendo partes de dois ou mais países e locais diversos de fabricação, execução e montagem de equipamentos”,¹²⁰ podendo o contrato final ser “antecedido por diversos acordos parcelares que poderão se transformar em cláusulas contratuais”.¹²¹

Diversos autores enfatizam que uma das manifestações da *lex mercatoria* é a adoção de contratos padrão, resultantes da premissa de

¹¹⁷ BERMAN, Harold J. *Law and Revolution*, apud JUENGER, F. op. cit. p. 1135

¹¹⁸ BERMAN e DASSER apud JUENGER, ... p. 1135

¹¹⁹ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais*. In: RODAS, João Grandino (Coord.) *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

¹²⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais*. In: RODAS, João Grandino (Coord.) *Contratos Internacionais*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 251-282, 2002, p. 260.

¹²¹ MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed. rev. atual e ampl., 2018, p. 130. Ver também XAVIER Jr., Ely Caetano, VOLPON, Fernanda e RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá *Contratos internacionais complexos em uma perspectiva comparada e a responsabilidade civil pré-contratual in Direito Internacional e Expansão*, vol XVI, p.51, Belo Horizonte, Arraes, 2019

existência de autonomia da vontade das partes na contratação internacional.¹²² Vale referir a análise de Michael Douglas, de como a cultura e a indústria trabalham juntas para converter a *lex mercatoria* em ideia realista e útil.¹²³ Para ilustrar como o conceito de uma cultura particular, em torno de valores e de um grupo humano específico ele situa a indústria internacional da construção, e seus contratos padrão, como os da FIDIC. No entanto, o exemplo segundo o mesmo autor é aplicável a quaisquer indústrias de escala internacional, como a do petróleo e a área marítima¹²⁴.

A adoção de tais modelos contratuais também pode ser considerada uma abordagem “*bottom up*”, em que os próprios agentes do mercado promovem tal unificação ao longo dos anos.¹²⁵ Há um reconhecimento de que desde a década de cinquenta o conceito sofreu grandes transformações. até ser bastante prestigiado nas arbitragens internacionais.¹²⁶

Jurgen Basedow observa os anseios dos atores privados com atuação transnacional, que são confrontados com os desafios multijurisdicionais. As regras de conflito deveriam estar preparadas para minimizar as preocupações adotando postura *ex ante* ao invés de apenas *ex post*. Nesse contexto, apresenta-se o papel dos acordos privados, com arquiteturas que canalizam conexões através da *lex mercatoria*. Pondera-se, no entanto, que apesar de seu relevante papel a *lex mercatoria* não substituiu a grande questão da lei aplicável aos contratos internacionais, mas apenas reduziu o seu resultado prático.¹²⁷

¹²² FOGT, Morten M., Introduction, in *Unification and Harmonization of International Commercial Law*. The Netherlands, W Kluwer., 2012, p. 2.

¹²³ DOUGLAS, Michael, The Lex Mercatoria and the Culture of Transnational Industry, in *Miami Int'l & Comp. L. Review*, 367, p.2

¹²⁴ DOUGLAS, Michael, The Lex Mercatoria and the Culture of Transnational Industry, in *Miami Int'l & Comp. L. Review*, 367, pp. 8 a 13.

¹²⁵ Edlund, Hans Erik, The Concept of Unification and Harmonization in FOGT, Morten M., *Unification and Harmonization of International Commercial Law*. cit. p. 11.

¹²⁶ DE LY, Filip, De Facto Harmonization by Means of Party Autonomy and Model Contract Clauses (*Lex Mercatoria*) in FOGT, Morten M., *Unification and Harmonization of International Commercial Law*. cit. p. 152

¹²⁷ BASEDOW, Jurgen *The Law of Open Societies, Private Ordering and the Public Regulation in the Conflicts of Laws*, The Hague, Brill, The Hague Academy of International Law, Brill, Nijhoff, pp.505e segs.

Recorrendo a um panorama resumido por Filip de Ly, que parte de uma formulação da década de cinquenta por Clive Schmitthoff, o qual já se referia a uma *lex mercatória*,¹²⁸ o conceito passou por um processo de radicalização em autores como Goldman, que o viam indo ao encontro dos negócios internacionais. Pode-se dizer que os trabalhos do UNIDROIT deram novo ímpeto à discussão, a partir de 1994. Posteriormente, autores como Gaillard reconstruíram o conceito a partir da experiência das arbitragens internacionais. O amadurecimento de mais de trinta anos de experiência da arbitragem com o universo do direito transnacional não arrefeceu os ânimos e as visões diferenciadas até da parte dos supostos defensores e até “operadores” de tais regras.¹²⁹

Sem querer reproduzir este debate e a ampla literatura sobre o tema, sob pena de perdermos o propósito e o foco de nossas breves reflexões, torna-se muito produtiva a referência ao questionamento por Ralf Michaels a propósito da falsa dicotomia entre uma *lex mercatoria* pretensamente anacional, como indicado na expressão “*contrats sans loi*”, e a legislação estatal. O conceito “*law beyond the state*” procura descrever o que seria a verdadeira *lex mercatoria* da **época contemporânea, global exatamente por combinar aspectos da lei estatal e não estatal**.¹³⁰ Sua proposta é uma desmistificação de muitos dos argumentos pró-independência da *lex mercatoria*, em suas diferentes fases, a qual procura desconstruir com base em uma alegada inadequação tanto empírica quanto teórica. Sua abordagem também se vale dos conceitos da teoria dos sistemas de Teubner,¹³¹ sob prisma diferente de autores anteriormente comentados. Michaels procura resgatar uma visão da sociedade mais calcada em uma análise funcional, que reflita o sistema econômico, e que transcenda a li-

¹²⁸ DE LY, Filip, De Facto Harmonization by means of Partu Autonomy and Model Contract Clauses (*Lex Mercatoria*), p. 152

¹²⁹ GAILLARD, Emmanuel Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? In *Arbitration International*, vol. 17, No. 1, LCIA, 2001, p.59.

¹³⁰ MICHAELS, Ralf, The True *Lex Mercatoria* Law Beyond the State, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, n. 2 (Summer 2007), p. 447

¹³¹ MICHAELS, Ralf, The True *Lex Mercatoria* Law Beyond the State, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, n. 2 (Summer 2007), p. 449

mitação e dicotomia tradicional entre estatal/não estatal.¹³² As críticas de Michaels não poupam a assim denominada “nova nova *lex mercatoria*”, que seria uma proposta de terceira geração, já englobando o avanços de instituições como a UNIDROIT.

Seu enfoque sobre como são tratadas as normas não estatais pelos Estados¹³³ sem perder de vista o comércio global, e sobre quais consequências advém do ganho de eficiência que ocorreu no mundo contemporâneo por parte dessa novíssima *lex mercatoria*. sua abordagem propicia uma mudança do eixo da discussão, que se libera para a visão da funcionalidade da lei aplicável ao comércio, para uma lei além do Estado.¹³⁴

Refira-se também o projeto de pesquisa realizado sobre as transações comerciais interjurisdicionais e as implicações sobre o conceito de contratos comerciais, realizado pela Instituto de Estudos Avançados (*Institute of Advanced Studies — IALS*) da Universidade de Londres. Os resultados alcançados na pesquisa enfatizam aspectos da teoria contratual, da cooperação e sustentabilidade nos contratos comerciais internacionais, bem como da interface entre o direito público e o privado que são tangenciados na presente abordagem.¹³⁵ Ali são registradas a movimentação tantos no nível dos Estados, quanto das comunidades de negócios no sentido de criação de códigos de conduta e *soft law* que reflitam uma mudança de cultura empresarial que vai na mesma direção: o aumento do nível de proteção e prevenção em relação aos efeitos dos negócios nas questões de direitos humanos meio ambiente e mercados. Nesse horizonte vislumbra-

¹³² MICHAELS, Ralf, *The True Lex Mercatoria Law Beyond the State*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, n. 2 (Summer 2007), p. 452

¹³³ MICHAELS, Ralf, *The True Lex Mercatoria Law Beyond the State*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14,#2 (Summer 2007), p. 461. São descritas as técnicas de : incorporação, deferência ou delegação, em processo de internalização análogo ao processado em relação ao direito estrangeiro. Ver também GABRIEL, Henry Deeb *The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How successful has it been ?* in *Michigan International Law* 2019, p413 Acesso Hein on Line Agosto 2019.

¹³⁴ MICHAELS, Ralf, *The True Lex Mercatoria Law Beyond the State*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* Vol. 14, n. 2 (Summer 2007), pp.465 a 468

¹³⁵ HEIDEMANN, Maren e LEE, Joseph, *The future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform*. London, Springer, 2018.

-se um novo papel para os contratos do comércio global.¹³⁶ Das conclusões ali traçadas poderíamos enfatizar a busca por uma convergência entre as perspectivas pública e privada, e os desafios apresentados ao investimento privado internacional nas contratações que afinal foram testadas em casos de arbitragem de investimento envolvendo Estados.¹³⁷

Nesse âmbito se insere e amplia um direito costumeiro relativo à área internacional de exploração e produção e petróleo e gás. Os laudos arbitrais já publicados foram criando vertentes de entendimento preponderante sobre temas que variam da responsabilidade do Estado até o gerenciamento de operações, que por sua especificidade e complexidade podem ser denominadas em seu conjunto *lex petroleae*.¹³⁸

6 CONCLUSÃO

O desafio da compreensão da complexidade na escala da contratação internacional nos levou a perquirir de forma abrangente uma série de possibilidades e olhares sobre a temática.

Chegamos ao limiar de conceitos e abordagens que exigem reflexão complementar. Dos autores consultados e da vivência comentada esperamos ter fôlego para expandir em outra etapa os comentários sobre alguns dos fenômenos já referidos neste texto mais panorâmico e interdisciplinar. Embora neste primeiro passo já tenhamos comentado alguns aspectos da contratação em redes de fornecimento (*supply chain*) e cláusulas padrão ou modelos contratuais e a influência recíproca exercida nessa ambiência¹³⁹ esperamos aprofundar em outro contexto a proposta.

¹³⁶ HEIDEMANN, Maren, An Introduction to HEIDEMANN, Maren e LEE, Joseph, The future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform. London, Springer, 2018, p. 16

¹³⁷ HEIDEMANN, Maren, An Introduction to HEIDEMANN, Maren e LEE, Joseph, The future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform. London, Springer, 2018, p. 22

¹³⁸ CHILDS, Thomas C.C. Update on *Lex Petroleae* in Journal of World Energy Law and Business, 2011, vol. 4, No 3, pp. 214 a 259.

¹³⁹ CAFAGGI, Fabrício, *Regulation through Contracts: Supply Chain contracting and Sustainability Standards*, ercl 2016; 12(3) De Gruyter, p. 218

Esperamos contribuir para o debate em torno da perspectiva da complexidade na contratação internacional. O estudo também nos permitiu melhor aproximação com as metas já traçadas anteriormente, notadamente a regulação transnacional por meio dos contratos.

O ponto convergente é a intensa autorregulação pelas comunidades de negócios, por diferentes setores da indústria que atuam em escala transnacional, denominado por alguns autores como um direito privado regulatório (*regulatory private law*).¹⁴⁰

Em síntese, qualquer outro caminho a ser trilhado poderá dar o vislumbre de mais uma fórmula para enfrentamento da complexidade!

¹⁴⁰ BROWNSWORD, Roger, van GESTEL, Rob. A.J., MICKLITZ, *Contract and Regulation* Edward Elgar Publ. 2017, p. 1 e 2

BOA-FÉ E DEVERES ANEXOS EM CENÁRIOS PLURINEGOCIAIS

Carlos Nelson de Paula Konder

1 INTRODUÇÃO: COMPLEXIDADE E PLURINEGOCIALIDADE

A insuficiência dos modelos jurídicos tradicionais diante da complexificação das operações econômicas tornou-se premissa recorrente nos estudos sobre contratos empresariais. Contingentes ao período histórico em que foram concebidos, os clássicos tipos contratuais demandam atuação criativa dos operadores do direito para poderem servir às intrincadas composições de interesses a que o desenvolvimento das relações empresariais deu origem. Ao lado de contratos relacionais, que servem a configurar vínculo de base para novos ajustes, e de contratos incompletos, intencionalmente abertos à complementação conforme o desenrolar da relação, estratégia recorrente para contornar e controlar os riscos e custos com as estruturas jurídicas existentes tem sido o recurso à plurinegocialidade.

Em lugar de buscar um único modelo jurídico idôneo a compor todos os interesses em jogo, as partes estabelecem distintos negócios, cada qual com sua própria função, mas que, conjugados, permitem realizar mais adequadamente a operação econômica como um todo. Conjugam-se, assim, contratos sociais, acordos de acionistas e de cotistas, negócios de cooperação e acordos financeiros, subscritos por sujeitos distintos, muitos dos quais criados com o propósito exclusivo de viabilizar a implementação da

operação econômica global. Por vezes formam-se novos modelos sociais plurinegociais, como o EPC, a incorporação imobiliária e o *project finance*, verdadeiros “tipos plurinegociais”, “redes típica de contratos”, ou “operações típicas complexivas”.¹ Trata-se do que se costuma genericamente chamar contratos conexos, coligados, em grupo ou em rede.² Nesse tipo de arranjo, recorrente no meio empresarial, a pluralidade de instrumentos jurídicos serve para formalizar uma unitária operação econômica, de maneira a atender interesses complexos das partes envolvidas, insuscetíveis de serem satisfeitos integralmente com a realização de um único negócio. Cada contrato guarda seu próprio objeto, com relativa individualidade, mas todos se vinculam funcionalmente, para o atendimento de certa finalidade, dita supracontratual ou pluricontratual.

Diante desse cenário, resta clara a insuficiência de abordagens setoriais, que se pautem pelo raciocínio subsuntivo calcado nos tipos contratuais tradicionalmente previstos pela legislação. Tais modelos, construídos em vista de negócios singulares, não dão conta das repercussões decorrentes da conexão funcional entre os diversos contratos em jogo: as operações plurinegociais são reflexo claro da chamada “crise da tipicidade”.³ Tampouco basta reconhecer a atipicidade da operação, como se

¹ ENEI, Jose Virgílio Lopes. *Project finance*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35. Sobre os exemplos, v. ainda NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 283-286.

² A terminologia sobre o tema é bastante controversa, tanto no direito alienígena – v. TEYSSIE, Bernard. *Les groupes de contrats*. Paris: L.G.D.J., 1975; LENER, Giorgio. *Profilo del collegamento negoziale*. Milano: Giuffrè, 1999; e FRÍAS, Ana López. *Los contratos conexos*. Barcelona: Bosch, 1994; ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999 – como entre nós – v. BELO, Emília. *Os efeitos decorrentes da coligação de contratos*. São Paulo: MP Editora, 2014; MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009; KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008; KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006; e LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

³ ANTUNES, Marcelo Piazzetta. A causa sistemática e a teoria das redes contratuais: a influência do elemento causal na para-eficácia dos contratos. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Diálogos sobre direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 595.

fosse um negócio singular.⁴ Nas palavras de Martins-Costa: “mais do que evidenciar a singularidade de um ajuste atípico, deve o jurista compreender que está frente a um contrato que só é compreensível, econômica e juridicamente, se for alcançada a ideia de ‘supracontratualidade’”.⁵ Nesse contexto, a atividade do intérprete deve apurar-se, para lidar com a complexidade de elementos envolvidos na operação, como leciona Nanni:

O intérprete não mais — ou não mais apenas — se vê às voltas da ‘comum intenção’ dos contratantes, devendo considerar outros complexos elementos, pois o campo da autonomia não é pensável como se fosse uma mônada, restrita à irreduzibilidade do sujeito, mas é visto em sua concreta circunstancialidade. Cabe ao intérprete, portanto, compreender o ajuste, considerando a racionalidade econômica e estratégica do ‘sistema contratual’ em que eventualmente alocados os singulares acordos; atentar para as circunstâncias que ditaram a sua conformação e para a posição social concreta dos contraentes, pois o princípio da desigualdade material convive com o da igualdade formal; ter presentes os motivos que ensejaram o ato comunicativo, percebendo, no espírito e na letra do Código Civil, o relevantíssimo papel reservado às “circunstâncias do caso”.⁶

A aplicação dos regimes jurídicos concebidos para a celebração de contratos singulares pode implicar aumento de custos e riscos para os

⁴ Explica Penteadó: “Tratar o contrato como atípico, pura e simplesmente, também não explica a questão a fundo, na medida em que não se está diante de uma relação bilateral não reconduzível a determinado tipo específico, mas diante de um complexo de relações, entre diferentes sujeitos, as quais se interligam em rede” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Redes contratuais e contratos coligados*. In HIRONAKA, Giselda e TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito contratual temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 481).

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. *Revista trimestral de direito civil*, v. 26, 2006, p. 220.

⁶ NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 268.

sujeitos envolvidos, na medida em que a complexidade desse tipo de arranjo inviabiliza padrões de conduta de diligência e verificação normalmente exigidos para operações mais simples. Ante a insuficiência da aplicação *sic et simpliciter* de normas de conduta concebidas em abstrato para modelos negociais típicos, torna-se necessária a referência a *standards* normativos abertos, sensíveis às circunstâncias do caso concreto. Dessa forma, torna-se central em tais operações plurinegociais a tutela adequada da confiança.

2 TUTELA DA CONFIANÇA EM CONTRATOS CONEXOS

A confiança encontra raízes profundas nas relações de crédito, em que o credor é, naturalmente, aquele que confia (*credere*). A modernidade, contudo, elevou a importância da confiança a um novo patamar. Passou-se de um contexto de mera especialização, próprio de comunidades tradicionais que podiam funcionar apenas com alguns profissionais que, com seu *know-how* específico, desempenhavam um papel singular na coletividade, para uma funcionalização sistêmica: a formação de gigantescos *expert systems*, nos quais uma intrincada organização reúne as especialidades, de enorme complexidade técnica e, da mesma maneira, de funcionamento anônimo, em face da impossibilidade de identificar um responsável central.⁷ Nesse cenário cotidiano, confiar deixa de ser um ato de liberalidade ou de imprudência e torna-se uma necessidade, como enfatiza Luhmann:

una completa ausencia de confianza le impediría [el hombre] incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y de temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa e todo sería posible. Tal confrontación abrupta

⁷ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*, trad. Raul Fiker. São Paulo, Unesp, 1991, p. 35.

*con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.*⁸

Ao sistema jurídico cumpriu então tutelar a confiança — e, consequentemente, resguardar aqueles que confiam — sob pena de tornar cada vez mais difíceis as relações econômicas e sociais, impondo custos e riscos que, ao final, inviabilizariam a própria atividade de empresa. Nas palavras de Larenz: *“El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar, como hemos visto, es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica”*.⁹

Nas relações empresariais, a proteção jurídica da confiança assumiu função central, já que nessa seara as operações negociais costumam ser mais complexas e a celeridade e eficiência do tráfico negocial são valores prioritários. De fato, a tutela da confiança não atende apenas a imperativos éticos, mas a exigências econômicas, já que a sua frustração, ou mesmo a mera desconfiança, aumenta custos, dificulta trâmites contratuais e desacelera a atividade comercial, o que inviabilizaria a complexidade demandada pelos novos arranjos de interesses. Segundo Branco:

O valor confiança é um dos pilares centrais de todo o direito. Somente existe a possibilidade de convivência social se o valor confiança está presente. Os mecanismos de proteção deste valor são muitos

⁸ LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996, p. 4. Em tradução livre: “uma completa ausência de confiança iria impedi-lo [o homem] até mesmo de se levantar de manhã. Ele seria vítima de um vago sentimento de medo e de temores paralisantes. Sequer seria capaz de formular uma desconfiança definitiva e de fazer disso fundamento para medidas preventivas, já que isso pressuporia confiança em outras direções. Qualquer coisa e tudo seria possível. Esse confronto abrupto com a complexidade do mundo ao mais alto grau é mais do que suporta o ser humano”.

⁹ LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica jurídica*. Madrid: Civitas, 1993, p. 91. Em tradução livre: “O sistema legal protege a confiança gerada pelo comportamento do outro e não tem outra escolha senão protegê-la, porque confiar, como vimos, é condição fundamental para uma vida coletiva pacífica e um comportamento cooperativo entre os homens e, portanto, para paz jurídica”.

e, regra geral, existem leis e procedimentos para sua proteção. E, justamente em razão da crescente valorização da confiança e da consciência do fenômeno, o valor confiança passou a ser considerado como um valor econômico, em razão de grandes investimentos realizados no mercado de consumo após os anos setenta, por meio de “estratégias de confiabilidade”.¹⁰

A constatação generalizada da importância central de tutelar a confiança não afasta, contudo, as dificuldades envolvendo os meios de veicular essa tutela. Diversos institutos jurídicos amparam-se nesse objetivo, repletos, contudo, de controvérsias sobre os requisitos para sua aplicação. O intuito de proteger aquele que se viu prejudicado por não ter realizado investigação minuciosa que, no contexto, inviabilizaria a celeridade e eficiência da operação buscada, pode ser observado desde a teoria da aparência — significativamente também chamada ‘teoria da confiança’ — até a ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva, imputando-se responsabilidade à contraparte independentemente de seu padrão de conduta. Explica Schreiber:

o reconhecimento da necessidade de tutela da confiança desloca a atenção do direito, que deixa de se centrar exclusivamente sobre a fonte das condutas para observar também os efeitos fáticos da sua adoção. Passa-se da obsessão pelo sujeito e pela sua vontade individual, como fonte primordial das obrigações, para uma visão que, solidária, se faz atenta à repercussão externa dos atos individuais sobre os diversos centros de interesses, atribuindo-lhes eficácia obrigacional independentemente da vontade ou da intenção do

¹⁰ BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de direito privado*, n.12, out./dez. 2002, p. 177. Em sentido similar, “A confiança – e sua preservação – são fundamentais para o adequado fluxo de relações econômicas. A confiança, ligada à tutela da boa-fé e da proteção das legítimas expectativas, atua como fato de *redução e custos nas transações econômicas*, pois poupa os contratantes de maiores dispêndios na seleção de seus parceiros comerciais” (FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 73).

sujeito que os praticou. É nesse contexto que se inserem a teoria da declaração, a teoria da aparência, e até, de certa forma, a ampliação dos casos de responsabilidade objetiva, além de outras manifestações jurisprudenciais que apenas recentemente vêm sendo objeto de um esforço capaz de remetê-las à tutela da confiança.¹¹

Entre essas diversas manifestações, a proteção da confiança nessas operações plurinegociais altamente complexas se dá principalmente por meio da incidência do princípio da boa-fé. Como é cediço, a boa-fé nesse contexto assume um significado objetivo, em lugar de sua tradicional acepção subjetiva, não se limitando então ao mero estado de ignorância, nem exigindo a prova de má-fé: trata-se da imposição de um padrão de conduta compatível com exigências de probidade e transparência, em atendimento à proteção da confiança e das legítimas expectativas da outra parte. Sua aplicação costuma ser identificada não apenas como postulado interpretativo-integrativo, com o fim de esclarecer o sentido dos termos e suprir lacunas do acordo negocial, mas também para modificar a própria estrutura da relação jurídica estabelecida pelas partes, seja limitando o exercício de direitos estabelecidos, seja criando deveres anexos àqueles já estipulados.¹²

No âmbito das conexões contratuais, termo utilizado para se referir genericamente às diversas formas de vinculação entre negócios jurídicos,¹³ a

¹¹ SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 88-89.

¹² Sobre as funções do princípio da boa-fé, cf. CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997; e, entre nós, por todos, MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, São Paulo: Saraiva, 2018, 2ª. ed. Em lugar da tradicional tríplice função atribuída ao princípio, preferem sistematizar em função interpretativa e função normativa, incluindo nesta a restrição ao exercício de direitos e a criação de deveres anexos, como duas faces do mesmo fenômeno, TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson, Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, *Revista da EMERJ*, vol. 6, Rio de Janeiro, 2003, p. 139-151.

¹³ KONDER, Carlos Nelson. *Contratos conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 148. *Contra*: MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009,

atuação da boa-fé como parâmetro interpretativo-integrativo tem especial relevância, na medida em que a multiplicação de negócios e instrumentos é especialmente idônea a criar conflitos de sentidos entre as disposições negociais, gerando obscuridades e contradições que devem ser solucionadas à luz da tutela da confiança incutida às partes na persecução da finalidade global da operação. Entretanto, é a função normativa que revela ainda mais potencialidades, uma vez que a criação de deveres anexos impõe a adoção de padrões de conduta leais e cooperativos não apenas diante de sua imediata contraparte, no que tange à persecução da função individual daquele negócio específico, mas também em relação à finalidade buscada pela operação globalmente considerada, perante todas as partes envolvidas.

A significativa diversidade existente entre as diversas formas de conexão entre contratos dificulta a individuação de formas e critérios específicos de aplicação do princípio da boa-fé nas operações plurinegociiais, seja na função interpretativo-integrativa, seja na função normativa. Torna-se útil, portanto, recorrer à distinção que, em meio à grande controversa terminológica que cerca o tema, tem se tornado mais recorrente: redes contratuais e contratos coligados.

3 INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ EM CONTRATOS COLIGADOS

Deitando raízes na doutrina italiana a partir da década de 1930, a teoria dos contratos coligados volta-se a situações em que se estabelecem vínculos de dependência recíproca ou unilateral entre distintos negócios, fazendo com que as vicissitudes sofridas por um negócio (invalidade, ineficácia) causem, em regra, a extinção do outro negócio a ele vinculado.¹⁴

p. 98, para quem a definição genérica parece pouco operacional e a referência a ‘função ulterior’ não abrange todas as hipóteses de ligação relevante entre os negócios jurídicos. Em outro sentido, LEONARDO, Rodrigo Xavier. Contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*. São Paulo: LEUD, 2014, que prefere referir a coligação contratual como gênero, sendo a conexão contratual espécie, marcada pela ligação oriunda não da lei ou de cláusula expressa, mas sim de nexos entre os negócios (*lato sensu*) fora do mercado de consumo (*stricto sensu*).

¹⁴ Para Marino, a pluralidade e o vínculo de dependência são os elementos essenciais da coligação: “contratos que, por força de disposição legal, da natureza acessória de um

Seja por força da própria estrutura negocial adotada, seja por força de cláusulas específicas prevendo a coligação — por vezes referidas como coligação necessária e coligação voluntária —, a impossibilidade de executar um contrato acaba por inutilizar ou frustrar o fim de outro contrato. Essa conexão funcional ou fim ulterior que liga os negócios, mitigando sua autonomia, repercute no que tange à incidência do princípio da boa-fé.

A pluralidade negocial, como observado, é meio para a realização de um projeto comum, razão pela qual a tutela da confiança, nesse cenário, envolve não somente a satisfação de cada um dos deveres previstos nos diversos instrumentos subscritos, mas também a adoção dos comportamentos colaborativos imprescindíveis para que seja satisfatoriamente alcançada a finalidade supracontratual perseguida. Assim, a interpretação dos diversos contratos coligados entre si à luz das legítimas expectativas criadas impõe o estabelecimento de padrões de conduta compatíveis com a cooperação necessária para o alcance da função perseguida pela conjunção daqueles negócios. Dessa forma, nas palavras de Martins-Costa, para a execução dos contratos, cumpre ao contratante: “o cumprimento da prestação devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizeram instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às circunstâncias concretas”.¹⁵

Nessa toada, também a função normativa do princípio da boa-fé ganha coloração própria.¹⁶ A proteção da confiança impõe que a execução

deles ou do conteúdo contratual (expresso ou implícito), encontram-se em relação de dependência unilateral ou recíproca” (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99). Em sentido diverso, referindo-se à coligação como gênero idôneo a abranger a conexão e as redes, LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Contratos coligados*. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*. São Paulo: LEUD, 2014.

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 67.

¹⁶ Para Kataoka, a boa-fé pode ser considerada até mesmo fonte da coligação, ao lado da lei e da vontade das partes (KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 8).

da operação envolva não apenas a satisfação dos deveres voluntariamente estabelecidos, mas também daqueles instrumentais à perseguição da função plurinegocial buscada, para a adequada execução dos contratos.

De modo geral, afirma-se que descumpre o contrato não apenas aquele que infringe alguma cláusula contratual específica, como também aquele que falta com um dever de informação, cooperação ou cuidado, imposto pela exigência de um agir probo e leal tanto na sua celebração como na sua execução: “o cumprimento da prestação principal não basta ao adimplemento, exigindo-se o efetivo atendimento da função concreta perseguida pelas partes com o negócio celebrado, sem o qual todo comportamento (positivo ou negativo) do devedor mostra-se insuficiente”.¹⁷ Martins-Costa, ao tratar do contrato aliança, em que as partes se ligam para o sucesso de um projeto, destaca como “configura-se o dever de *nostra res agitur*, ainda que conjuntural e temporalmente estabelecido”, impondo “alta intensidade do princípio da boa-fé como regra impositiva de lealdade e disposição para sacrifícios em prol do interesse comum”¹⁸, em raciocínio que pode ser transposto também para as hipóteses de coligação voltadas ao desenvolvimento de projeto comum.

Entretanto, os chamados deveres anexos ganham especificidade, eis que devem ser vistos não apenas à luz da função do negócio singularmente considerado, mas em vista da operação globalmente considerada, e não apenas restrito às partes do contrato singularmente considerado, mas igualmente às partes dos demais contratos àquele coligados. Nesse sentido, destaca Belo que a relação mais estreita entre as partes da coligação (posto não serem partes do mesmo contrato) pode justificar mitigação ao princípio da relatividade e, ainda que só excepcionalmente possam ter legitimidade para pretender a prestação contratual principal, no tocante aos deveres laterais é normal essa extensão subjetiva.¹⁹ O guia

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. A tríplce transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista trimestral de direito civil*, n. 32. Rio de Janeiro: out./dez. 2007, p. 17.

¹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018, 2. ed, p. 399.

¹⁹ BELO, Emília. *Os efeitos decorrentes da coligação de contratos*. São Paulo: MP Editora, 2014, p. 201-206.

para estabelecer o alcance desses deveres, tanto subjetiva como objetivamente, dever ser a finalidade plurinegocial que dá unidade à operação como um todo.²⁰

Assim, o que o princípio impõe aos agentes das sociedades empresárias é que se comportem de acordo com o *standard* de conduta que é legitimamente esperado naquele meio empresarial, sem paternalismos, mas com a lealdade e transparência adequadas à função negocial que será colaborativamente perseguida pelo empreendimento conjunto. Em especial, quanto mais complexos forem os termos do negócio entabulado, mais rigorosa será a exigência de probidade e transparência, de modo a permitir as condições necessárias para o desenvolvimento adequado de atividades econômicas dessa natureza. Esses são os parâmetros que devem guiar a avaliação da conduta da requerida durante as negociações, a celebração e a execução da operação negocial como um todo. Sustenta Forgioni:

Quando o direito manda interpretar os acordos conforme a boa-fé não está apenas dando guarida a uma regra monacal, mas vivificando tradicional norma de direito mercantil, útil às empresas e ao mercado. Nessa perspectiva, a boa-fé despe-se de tantos aspectos morais que a revestem em outros contextos, exurgindo *objetivada*, ou seja, segundo os padrões de comportamento aceitos em determinado local [ou em determinada praça]. [...] A boa-fé que assume relevância para fins de interpretação dos negócios comerciais é a objetivada, na medida em que permite a objetivação da conduta esperada da outra parte e um melhor cálculo [aumentando o grau de certeza e de previsibilidade presente no mercado].²¹

²⁰ Segundo Cascaes, “o fim do contrato (considerado como a finalidade da coligação contratual como um todo) pressupõe que o intérprete realize a interpretação sistemática dos contratos, na medida em que tal finalidade somente poderá ser atingida se todos os contratos (ou pelo menos a maioria deles) permanecerem eficazes” (CASCAES, Amanda Celli. A interpretação dos contratos coligados, *RJLB – Revista jurídica luso-brasileira*, ano 4 (2018), n. 3, p. 128).

²¹ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 255-256.

Constata-se, portanto, que a incidência da boa-fé objetiva nas coligações contratuais expande os deveres laterais de conduta, tanto objetiva como subjetivamente, já que impõe comportamentos colaborativos não apenas para o alcance da função do contrato singularmente considerado, mas também com relação ao fim comum que interliga funcionalmente os demais negócios, envolvendo também os demais sujeitos envolvidos. Essa expansão revela-se ainda mais significativa nas redes contratuais.

4 INCIDÊNCIA DA BOA-FÉ EM REDES CONTRATUAIS

Ressalvadas as controvérsias terminológicas que cercam o tema, o termo “redes contratuais” costuma ser utilizado para se referir a cenários de conexão entre contratos bastante diversos das coligações tradicionais. Nas redes há a multiplicação da celebração de determinado modelo de contrato com inúmeras partes, de modo a criar um sobrevalor econômico que beneficia a todos os envolvidos. É o caso, por exemplo, dos seguros, dos planos de saúde e das redes de franquias e de distribuição. A reprodução do contrato marco — ou “tipo contratual geral”²² — traz ganho econômico para os demais integrantes da rede, seja por contribuir a formar a reserva de valores — verdadeiro sistema de mutualismo²³ —, seja por ampliar a difusão de marca ou produto, seja ainda por aumentar o alcance da atividade frente à potencial clientela.

Trata-se, portanto, de estratégia empresarial que, dispensando os custos envolvidos nas estruturas societárias, oferece contratualmente sistematicidade e meios de coordenação das atividades econômicas a serem empreendidas, de forma potencialmente contínua e aberta para o crescimento.²⁴

²² PENTEADO, Luciano de Camargo. Redes contratuais e contratos coligados. In HIRONAKA, Giselda e TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 466.

²³ PENTEADO, Luciano de Camargo. Redes contratuais e contratos coligados. In HIRONAKA, Giselda e TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito contratual temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 488.

²⁴ Explica Leonardo: “Nestas redes de negócios, em considerável medida, se apresentam estratégias de minimização de despesas, redução de riscos, especialização crescente e busca por uma maximização de lucros em cenários mais competitivos. Trata-se de um

Nesse sentido, Marino indica três pontos em que as redes se diferenciam das coligações:

Em primeiro lugar, as redes correspondem, necessariamente, a fenômeno de *contratação empresarial em massa*. Já os contratos coligados podem mostrar-se totalmente desvinculados da realidade empresarial e da contratação em massa. Em segundo lugar, as redes contratuais são, necessariamente, estruturadas por uma parte, à qual se ligam diversos outros contratantes. A rede é, portanto, *aberta*, comportando uma multiplicidade quase infinita de contratos, *fungíveis* sob a ótica do promotor da rede. Na coligação contratual *stricto sensu*, tal característica inexistente. Por fim, a abertura da rede faz com que ela se torne *divisível*, no sentido de a invalidade ou a ineficácia de um dos contratos da rede não afetar os demais, pois ela permanece, via de regra, perfeitamente viável na perspectiva do empresário organizador da rede. Ao contrário, um dos principais efeitos da coligação contratual é precisamente a repercussão da invalidade e da ineficácia de um contrato aos demais contratos a ele coligados.²⁵

Com efeito, enquanto nas coligações a ineficácia de um contrato potencialmente levará à frustração dos demais, mitigando significativamente sua autonomia, nas redes o vínculo entre os negócios centra-se na criação do sobrevalor, de modo que, se um ou alguns dos negócios vierem a se extinguir, o sistema é capaz de se adaptar e sobreviver à perda com

meio de atuação diverso daquele promovido pela união de esforços e recursos em sociedades que, tradicionalmente, constituem o principal núcleo para o desenvolvimento da atividade empresarial” (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*. São Paulo: LEUD, 2014)

²⁵ MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 96-97. Em sentido diverso, Leonardo utiliza o termo redes contratuais exclusivamente para aquelas hipóteses de vinculação entre negócios voltada para o mercado de consumo (LEONARDO, Rodrigo Xavier. Contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*. São Paulo: LEUD, 2014).

mais facilidade. A prevalência do elemento econômico e a ductibilidade do modelo faz com que os efeitos jurídicos da conexão entre os contratos sejam menos claros do que ocorre com a coligação.

Lorenzetti dedicou-se ao tema, defendendo que deve-se conceber nas redes a existência de uma “causa sistemática”, a impor o equilíbrio entre as diversas posições jurídicas envolvidas de modo a garantir sobrevivência do sistema como um todo: “*hay una finalidad económico-social que trasciende la individualidad de cada contrato y que constituye la razón de ser de su unión; si se desequilibra la misma se afecta todo el sistema y no un solo contrato*”.²⁶ A causa sistemática manifestaria o interesse associativo por trás da congregação dos envolvidos, de modo a criar, ao lado da correspectividade bilateral de cada negócio, a correspectividade sistemática das prestações, isto é, a reciprocidade existente entre o que cada integrante da rede paga e o que o sistema pode satisfazer de acordo com sua racionalidade econômica.²⁷

Nesse contexto, portanto, a incidência do princípio da boa-fé se modifica, tendo em vista que a confiança a ser tutelada orbita o interesse coletivo de agregar valor e garantir a subsistência equilibrada da rede como um todo.²⁸ Sob a vertente interpretativa, portanto, o significado normativo de cada negócio deve levar em conta não apenas as expectativas legítimas das duas partes daquele negócio, mas também as expectativas legítimas de toda a coletividade de associados à rede relativa à manu-

²⁶ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 63. Em tradução livre: “existe uma finalidade econômico-social que transcende a individualidade de cada contrato e que constitui a razão de ser de sua união; se ela se desequilibra, todo o sistema é afetado e não um único contrato”.

²⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 70.

²⁸ Segundo Penteado, “Outo aspecto fundamental a se considerar é a questão referente à aplicação da boa-fé objetiva, que recebe um colorido especial nessa matéria. Deve-se mesmo falar em teoria da confiança, quando se fala em redes contratuais, porque existe uma relação contínua e duradoura entre os *players*, a qual, se não for mantida, pode implicar uma perda de segurança para o sistema e, conseqüentemente, para cada uma de suas partes” (PENTEADO, Luciano de Camargo. *Redes contratuais e contratos coligados*. In HIRONAKA, Giselda e TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito contratual temas atuais*. São Paulo: Método, 2007, p. 489).

tenção daquele sistema econômico. O equilíbrio da rede torna-se critério para aferir o teor das cláusulas contratuais e a legitimidade das condutas exigidas às partes.²⁹

Na mesma toada, sob a vertente normativa, sem descuidar do necessário controle de abusividade das cláusulas contratuais, especialmente frequente em relações assimétricas, constrói-se verdadeira releitura dos chamados deveres anexos, isto é, os deveres relativos à adoção de padrão de conduta compatível com a tutela da confiança naquele contexto. Trata-se da concepção de verdadeiros “deveres sistemáticos”, isto é, a imposição de comportamentos a todos os envolvidos no sentido de zelar pela sobrevivência do grupo. Nesse sentido, Lorenzetti exemplifica com o dever de proteção ao sistema, o dever de buscar o êxito do grupo, o dever de manter a estabilidade das redes e o dever de tratamento igualitário aos envolvidos.³⁰ Observa-se, portanto, que tais deveres atingem também

²⁹ Nesse sentido, vale exemplificar com o entendimento consolidado pelo STJ quanto aos planos de saúde “O reajuste de mensalidade de plano de saúde individual ou familiar fundado na mudança de faixa etária do beneficiário é válido desde que (i) haja previsão contratual, (ii) sejam observadas as normas expedidas pelos órgãos governamentais reguladores e (iii) não sejam aplicados percentuais desarrazoados ou aleatórios que, concretamente e sem base atuarial idônea, onerem excessivamente o consumidor ou discriminem o idoso” (BRASIL, STJ, Segunda Seção, REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016). Em crítica à utilização exclusiva do critério atuarial, cf. FAJNGOLD, Leonardo. Um alerta para a contratação na atualidade: o choque entre a manutenção das condições pactuadas individualmente e o equilíbrio do sistema nas redes contratuais. In TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Princípios contratuais aplicados*. São Paulo: Foco, 2019, no prelo.

³⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, p. 82-85. Além dos deveres entre as partes da rede, o autor trata de efeitos externos, no que tange a deveres perante sujeitos externos à rede, como o consumidor, objeto também de estudo de BAGGIO, Andreza Cristina. A proteção da confiança e a formação de redes contratuais como fundamentos da responsabilidade dos sites de compras coletivas perante o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 97. São Paulo, jan.-fev., 2015, p. 271-299. A eficácia externa dos deveres na rede também é destaque na jurisprudência: “apelação cível. Plano de saúde. Unimed. Teoria da aparência. Teoria das redes contratuais. Boa-fé. Solidariedade. [...] A teoria da aparência e a teoria das redes contratuais impõem que se considerem solidariamente obrigados quaisquer dos integrantes do sistema Unimed de prestação de planos de saúde. O consumidor, ao contratar com a Unimed São Gonçalo/Niterói, adquire direito ao uso de serviços médicos de suposto sistema Unimed de planos de saúde, o qual lhe acarreta direitos

— e talvez com maior intensidade — o gestor da rede, que assume responsabilidades administrativas compatíveis com a confiança que nele lhe depositam os demais integrantes.³¹

5 CONCLUSÃO

A panorâmica abordagem até aqui traçada revela de plano a insuficiência da normativa restrita aos tipos contratuais tradicionais para a disciplina dos complexos arranjos plurinegociais elaborados no âmbito de operações empresariais. A densidade dessas estruturas negociais também inviabiliza, em termos de custos e riscos envolvidos, a imposição de padrões de conduta clássicos de verificação de circunstâncias, justificando-se, em atendimento à celeridade empresarial e desenvolvimento econômico envolvidos, a proteção à confiança legitimamente incutida nessas operações complexas.

O principal instrumento jurídico de proteção à confiança nas operações plurinegociais é o princípio da boa-fé, que atua em sede interpretativo-integrativa para solucionar conflitos e obscuridades à luz das legítimas expectativas criadas nos envolvidos, bem como em sede normativa, limitando o exercício de direitos e impondo deveres de adoção de comportamentos cooperativos para o alcance do fim negocial. Nos cenários

e vantagens e torna mais competitivos os produtos de seus afiliados.” (TJRJ, Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor, Apelação nº 10152169020118190002, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, Julg. 28/05/2014)

³¹ FAJNGOLD, Leonardo. Um alerta para a contratação na atualidade: o choque entre a manutenção das condições pactuadas individualmente e o equilíbrio do sistema nas redes contratuais. In TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Princípios contratuais aplicados*. São Paulo: Foco, 2019, no prelo. Pode-se exemplificar com o dever de assistência técnica do franqueador, analisado como decorrência da boa-fé objetiva na jurisprudência: “contrato de franquia. Rede de franquia esmalteria nacional. Alegação de falta de suporte efetivo e assistência técnica para implantação e manutenção do negócio. Dificuldade de encontrar o local adequado para iniciar as atividades na região escolhida. [...] Parte ré que agiu em consonância com o princípio da boa fé objetiva que deve ser respeitado pelos contratantes, bem como com os seus deveres anexos de lealdade, informação e cooperação.” (TJRJ, Décima Quarta Câmara Cível, Apelação nº 0002188-78.2016.8.19.0202, Rel. Des. Cleber Ghelfenstein. Julg. 12/07/2018).

plurinegociais, esse fim é também constituído pela operação globalmente considerada, razão pela qual os deveres anexos expandem-se para abranger a função supracontratualmente perseguida, e subjetivamente, para alcançar aqueles que, posto não sejam parte do negócio singular considerado, são parte de outros contratos àquele conexos.

Se nas coligações contratuais — em que há vínculo estreito de dependência entre os negócios celebrados — essa expansão dos deveres anexos já é significativa, no âmbito das chamadas redes contratuais — onde multiplica-se o mesmo contrato marco para criar um sobrevalor econômico que beneficia a todos os envolvidos, como nos seguros, nos planos de saúde e nas redes de franquias e de distribuição — revela-se cenário ainda mais rico. A incidência da boa-fé dá origem a verdadeiros deveres sistemáticos, isto é, a imposição a todos os envolvidos de padrões de conduta idôneos a contribuir para a manutenção e desenvolvimento do equilíbrio por trás da rede como um todo.

A COMPLEXIDADE CONTRATUAL NOS FINANCIAMENTOS DE GRANDES PROJETOS

Fernanda Torres Volpon

1 INTRODUÇÃO

Em um contexto de globalização onde se verifica o estreitamento¹ das relações econômicas² que ultrapassam, frequentemente, as fronteiras estatais, revela-se a importância do papel dos contratos internacionais,³ já que “a globalização das relações econômicas tem intensificado a celebração de contratos entre pessoas situadas em diferentes países”.⁴

¹ “A globalização aproximou os mercados, o comércio realiza-se agora – cada vez mais – entre pessoas e empresas de diversos países, com diversas sedes e filiais, com marcas e imagens consolidadas, com empresas de capital muitas vezes disperso entre acionistas de muitas nacionalidades e países, mas de atuação e produção realmente multinacional”. MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, p. 319-350, 2008, p. 326.

² “O fenômeno da globalização, com a correlata expansão do comércio internacional e dos fluxos de capital, potencializados pelos avanços na informática e telecomunicações, impõe complexa agenda aos Estados na Novíssima Ordem Internacional”. ROSADO, Marilda; ALMEIDA, Bruno. A cinemática jurídica global: conteúdo do Direito Internacional Privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 20, p.1-39, 2011, p. 5.

³ GAMA JR, Lauro. *Os Princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/95-142%20Gama.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020, p. 97-98.

⁴ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 401.

Os fenômenos plurilocalizados⁵ demonstram que os instrumentos contratuais convencionais se tornaram descompassados com a realidade contemporânea, exigindo seu aprimoramento para refletir as particularidades da transnacionalidade. Dessa maneira, caracteriza-se como fundamental que os contratos internacionais se adequem às características do cenário jurídico-econômico das transações, o que vem convertendo-os em instrumentos gradativamente mais complexos.

Assim, o intrincado contexto transacional requer a coordenação de aspectos técnicos de alto grau de dificuldade e perspectivas jurídicas de diferentes jurisdições que influenciam não apenas o processo de formação estrutural dos contratos, mas também cria uma rede contratual interconectada, em que a violação do dispositivo inserido em um contrato poderá impactar outro contrato automaticamente. Trata-se, por exemplo, da dinâmica que se verifica no financiamento estruturado de projetos denominado ‘*project finance*’,⁶ que se consolidou como meca-

⁵ Marilda Rosado já ressaltava que “a sociedade contemporânea convive com um fluxo de investimentos internacionais, em teias de crescente complexidade, que apresentam novos desafios à sua regulação por parte dos países hospedeiros.” RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Soberania e Expropriação Novas Tendências no Século XXI. Trabalho para apresentação na Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008. Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP, 2008, p. 2.

⁶ Adota-se denominação no original em língua inglesa em razão da inexistência de tradução oficial. Após pesquisa na literatura brasileira sobre o tema, verifica-se que o termo *project finance* é adotado em publicações no território nacional sem traduzi-lo. BALERONI, Rafael Baptista. Responsabilidade civil de financiadores por danos ambientais decorrentes de projetos por eles financiados. In: MILARE, Edis; MORAIS, Roberta Jardim; ARTIGAS, Priscila; ALMEIDA, André Luís Coentro. *Infraestrutura no Direito do Meio Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 152-204, 2016. Ver também CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 160; e GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos ligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 117. Sobre a terminologia do *project finance*, Carol Mates explica que “the term “project finance,” it generally refers to private sector financing of large infrastructure projects, principally in emerging markets, on a non-recourse basis”. MATES, Carol M. *Project Finance in Emerging Markets - The Role of the International Finance Corporation*. *The Transnational Lawyer*. vol. 18, p. 165-171, 2004, p. 166. Segundo Scott Hoffman, “the term project finance is generally used to refer to a nonrecourse or limited recourse financing structure in which debt, equity, and credit enhancement are combined for the construction and operation, or the

nismo de obtenção de recursos financeiros através de instrumento de dívida⁷ para alicerçar empresas transnacionais⁸ na execução de projetos⁹ de grande porte.

De modo geral, as transações de *project finance* apresentam multifacetados desafios compreendendo uma diversidade de atores com influência dos aspectos político-regulatórios que tornam o contexto da operação mais imbricado. A formação contratual é complexa e as negociações podem se alongar “por meses ou até anos, envolvendo partes de dois ou

refinancing, of a particular facility in a capital-intensive industry, in which lenders base credit appraisals on the projected revenues from the operation of the facility, rather than the general assets or the credit of the sponsor of the facility, and rely on the assets of the facility, including any revenue-producing contracts and other cash flow generated by the facility, as collateral for the debt”. HOFFMAN, Scott. *The Law and Business of International Project Finance*. Cambridge: Cambridge University Press., 3rd ed., 2008, p. 4.

⁷ Além do *project finance*, existem outros instrumentos utilizados no mercado financeiro para captação de recursos como, por exemplo, os programas de emissões de dívidas (debêntures ou bonds), nota promissória, crédito sindicalizado, entre outros. Os autores Richard Wight, Warren Cooke e Richard Gray citam as seguintes alternativas “*issuance of senior or subordinated debt securities in the public markets, private placement transactions, the issuance of commercial paper, and short-term repurchase agreements of treasury securities*”. WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA’s Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009, p. 1. Katharine Baragona define o financiamento por dívida da seguinte forma: “*Debt funding consists of either bank debt or financing from bond issues, or a combination of both. Until recently, bank debt has been the predominant source of senior debt, but bond issues are increasingly being used as a source of infrastructure finance*”. BARAGONA, Katharine C. *Project Finance. The Transnational Lawyer*, vol. 18, p. 139-158, 2004, p. 146.

⁸ Adota-se a terminologia “empresa transnacional” proposta por Marilda Rosado no sentido de empresa com atuação “além das fronteiras estatais”. ROSADO, Marilda. *As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional*. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, pp. 455-492, 2008, p. 456. Celso Mello esclarece que as empresas transnacionais são um dos principais atores do Direito Internacional Econômico, caracterizando-as como sujeitos de direito e destinatários das normas jurídicas internacionais. MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, p. 104.

⁹ “*In the most basic terms, project finance is a form of secured lending*”. FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. *The Art of Getting a Project Finance Deal Through*. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015, 2014*, p.3

mais países e locais diversos”,¹⁰ exigindo-se a combinação de conhecimentos de diferentes áreas (financeira, jurídica e operacional).¹¹

As transações de *project finance* envolvem uma rede de contratos que se interconectam para endereçar as características desafiadoras dos projetos que, normalmente, são empreendimentos que ainda serão construídos. Por essa razão, os instrumentos contratuais se desenvolveram para agregar as particularidades técnicas¹² e prever uma diversidade de garantias,¹³ o que busca conferir segurança jurídica e condições para renegociação entre as partes em tempos de crise, tornando-os mais complexos do que nas transações comuns.¹⁴

¹⁰ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 251-282, 2002, p. 260.

¹¹ “*project finance lawyers must assess not only the legal, but also the economic, technical and political risks presented by each project and draw on experience to help the parties reach a workable consensus in the face of often unique challenges*”. FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. *The Art of Getting a Project Finance Deal Through*. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015, 2014*, p. 3. Susete Gomes acrescenta que “a complexidade requer recursos de linguagem como a intertextualidade, o intercâmbio de informações com as áreas técnicas, financeiras e outras”. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 66.

¹² “*Sponsors of development projects regularly seek the assistance of experienced financial advisors and lawyers to structure the projects’ ownership, development and financing plans, address the needs of other project parties, and ensure a successful transaction*”. BARAGONA, Katharine C. *Project Finance. The Transnational Lawyer*, vol. 18, p. 139-158, 2004, p. 139.

¹³ “As garantias constituem fator de superlativa relevância nas operações de financiamento de projetos. No caso específico do *project finance*, tal preocupação é ainda mais forte em virtude de o financiador não possuir acesso ilimitado ao patrimônio dos patrocinadores do projeto, bem como devido ao imprescindível esforço de adaptação dos institutos jurídicos”. TOLEDO, Larissa de Faria. *Project Finance em infraestrutura petrolífera*. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013, p. 48. As garantias não somente asseguram a possibilidade de adimplemento da dívida como permitem que nenhum outro credor tenha preferência sobre o bem garantido. Um pacote de garantias (*security package*) adequadamente estruturado, também, permite a concessão de financiamentos a longo-prazo com um custo mais acessível. Nesse sentido, afirmam Phillip Fletcher e Aled Davies “*The availability of such packages has generally given lenders the confidence to extend long-term, (relatively) low-cost loans*”. FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. *The Art of Getting a Project Finance Deal Through*. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015, 2014*, p. 4.

¹⁴ “*Of course, a loan transaction need not be complicated. Many billions are lent annually on the strength of one-page promissory notes containing the borrower’s obligation to repay*

A complexidade se faz presente em diferentes aspectos, como se verifica com relação (i) ao sujeito (pluralidade de nacionalidades e de domicílios das partes); (ii) ao objeto (o projeto financiado); (iii) à estrutura contratual (multiplicidade de instrumentos regidos por diferentes leis aplicáveis); e (iv) aos efeitos (geralmente, extraterritoriais e transnacionais).

Decerto, o quadro contratual almeja atribuir obrigações e responsabilidades às partes, bem como mitigar riscos especialmente atrelados aos aspectos político, regulatório e jurídico que podem impactar nos resultados da transação. Com objetivo de coordenar tais cenários, os contratos passaram a incluir um número cada vez mais extenso de disposições, o que contribui para incrementar os custos transacionais além de gerar incertezas quanto à interpretação do julgador.

Nesse contexto, caracteriza-se como relevante analisar a característica da ‘complexidade’ atribuída à esfera contratual especialmente presente nas transações de *project finance*. A partir das diferentes teorias no âmbito da literatura internacional adotadas para determinar o que são ‘contratos complexos’, opta-se pelo conceito multidimensional proposto por Karen Eggleston, Eric Posner e Richard Zeckhauser.

Nesse particular, constrói-se a complexidade a partir da demanda cognitiva exigida pelo intérprete para compreensão das cláusulas contratuais que se tornaram mais descritivas e sofisticadas para a abranger um maior número de contingências.

O objetivo deste capítulo é, desse modo, demonstrar como a complexidade contratual se tornou elemento resultante das próprias características das transações de *project finance*. De outra sorte, consolidou-se como instrumento para lidar com as potenciais contingências e reduzir, ao máximo, os riscos jurídico-econômicos de tais operações.

O presente capítulo foi estruturado em quatro seções. Na primeira seção, procura-se apresentar os desafios das transações de *project*

the loan and the lender's right to enforce that obligation. The difference between a one-page promissory note and a 150-page credit agreement is an attempt to give the borrower certainty and flexibility". WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. The LSTA's Complete Credit Agreement Guide. McGraw Hill, 2009, p. 2.

finance que formam um intrincado ambiente transacional. A segunda seção traçará uma análise das dimensões conceituais de ‘contratos complexos’ e, na terceira seção, os efeitos da complexidade contratual nas transações de *project finance*. Na quarta seção, examinar-se-á as iniciativas para redução da complexidade contratual através de mecanismos de padronização contratual. É verdade que os contratos complexos não significam que os contratos serão completos, porém adiciona um elemento de segurança às transações de *project finance*, especialmente, por permitir que as partes possuam mecanismos para eventual renegociação em tempos de crise.

2 O CENÁRIO DESAFIADOR DO PROJECT FINANCE: UM AMBIENTE TRANSACIONAL COMPLEXO

O *project finance* vem se consolidando como um dos principais mecanismos de financiamento para construção de grandes projetos ou aquisição daqueles já construídos,¹⁵ caracterizando-se como solução eficaz para financiar empreendimentos ao redor do mundo em áreas como energia, petróleo, mineração, infraestrutura, entre outras.¹⁶ “Trata-se, pois, de uma modalidade de financiamento complexa e de longo prazo, podendo assumir estruturas diversas a depender do caso concreto”.¹⁷

¹⁵ “The need for enormous debt and capital, coupled with the risks involved in large project development, often make a project financing one of the few available financing alternatives in the energy, resource recovery, mining, transportation, resort, and retirement care industries”. HOFFMAN, Scott. Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification, and Contractual Considerations. *The Business Lawyer*, vol. 45, p. 181-232, 1989, p. 181.

¹⁶ “These projects range from pipelines and refineries to electric-generating facilities and hydroelectric projects, to other large-scale projects such as power projects, manufacturing facilities, ports and toll roads, as well as resource recovery and waste disposal facilities”. BARAGONA, Katharine C. Project Finance. *The Transnational Lawyer*, vol. 18, p. 139-158, 2004, p. 139; 142.

¹⁷ TOLEDO, Larissa de Faria. *Project Finance em infraestrutura petrolífera*. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013, p. 27.

Em uma perspectiva histórica, afirma-se que o *project finance* foi instrumentalizado a partir da década de 1990,¹⁸ momento em que os governos locais passaram a permitir investimentos privados em infraestrutura.¹⁹ Outros afirmam que o *project finance* se tornou um esquema de dívida utilizado desde a consecução do projeto para construção do Canal do Panamá.²⁰ Independentemente de qualquer divergência quanto ao marco inicial para a sua adoção, o *project finance* adquiriu inegável representatividade para a execução de empreendimentos ao redor do mundo.

É preciso distingui-lo do *corporate finance*²¹ como diferentes categorias de financiamento que coexistem.²² Dois são os principais aspectos que os diferenciam, seja quanto ao destino dos recursos (*use of proceeds*) ou quanto à análise do risco de crédito (*credit risk analysis*) realizada pelo

¹⁸ Há quem afirme que o *project finance* nasceu na época romana, mais utilizado nos Estados Unidos a partir da década de 1930 com o desenvolvimento da indústria petrolífera americana. YOUMSI, Nimrod. *Introduction au Project Finance*. Ed. Larcier, 2015, p. 1.

¹⁹ “Until the 1990s, this type of financing was not done often because most infrastructure projects in emerging markets were government related”. MATES, Carol M. *Project Finance in Emerging Markets - The Role of the International Finance Corporation. The Transnational Lawyer*. vol. 18, p. 165-171, 2004, p. 166. Nimrod Youmsi aponta para razões para o crescimento positivo desse tipo de financiamento “cette évolution positive s’explique par de nombreux facteurs, au rang desquels notamment l’accroissement des besoins financiers tant pour les entreprises privés que pour les États et autres personnes publiques, une possibilité de financement hors bilan pour les entreprises privés”. YOUMSI, Nimrod. *Introduction au Project Finance*. Ed. Larcier, 2015, p. 1.

²⁰ FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. *The Art of Getting a Project Finance Deal Through*. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015, 2014*, p.3.

²¹ BALERONI, Rafael Baptista. Responsabilidade civil de financiadores por danos ambientais decorrentes de projetos por eles financiados. In: MILARE, Edis; MORAIS, Roberta Jardim; ARTIGAS, Priscila; ALMEIDA, André Luís Coentro. *Infraestrutura no Direito do Meio Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 152-204, 2016, p. 161.

²² Rocha menciona que além do *corporate finance* e *project finance* existem outras categorias de contratos de financiamento internacional como, por exemplos: (i) financiamentos destinados a fomentar determinadas atividades; (ii) financiamentos para refinar outros empréstimos; (iii) financiamentos para a aquisição de um produto, entre outros. ROCHA, Dinir Salvador Rios de. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25-26. Os autores Richard Wight, Warren Cooke e Richard Gray também citam financiamentos como “revolving credito loans, letter of credit loans” WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA’s Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009, p. 2.

credor.²³ Enquanto o *corporate finance*²⁴ tem sido preponderantemente adotado como instrumento para alicerçar na manutenção da saúde financeira do tomador do empréstimo, o *project finance* se consagrou como instrumento para realização de empreendimentos de alta magnitude.²⁵

Uma das suas características mais particulares está relacionada à receita utilizada para pagamento da dívida e estrutura de garantias disponível ao credor. Em primeiro lugar, a decisão da instituição financeira para con-

²³ No *corporate finance* avalia-se “o risco através da análise da sociedade devedora e das garantias reais (e.g.: hipoteca, penhor) ou pessoais (e.g.: fiança, aval) oferecidas”. MARTINS, Carolina de Oliveira. *Project finance na indústria do petróleo brasileira*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.). *Estudos e pareceres - Direito do Petróleo e Gás. Renovar*, 2015, p. 455. No *project finance*, por outro lado, a decisão de financiamento focaliza no fluxo de caixa do projeto. Nimrod Youmsi esclarece que “*le Project finance est une technique de financement par laquelle les prêteurs acceptent de financer un projet en se basant uniquement sur sa rentabilité et sa valeur propres, de sorte que le remboursement du prêt (ou des prêts) dépend essentiellement des cash flows générés par le projet lui-même*”. YOUMSI, Nimrod. *Introduction au Project Finance*. Ed. Larcier, 2015, p. 2. No *corporate finance* “o risco através da análise da sociedade devedora e das garantias reais (e.g.: hipoteca, penhor) ou pessoais (e.g.: fiança, aval) oferecidas”. MARTINS, Carolina de Oliveira. *Project finance na indústria do petróleo brasileira*. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.). *Estudos e pareceres - Direito do Petróleo e Gás. Renovar*, 2015, p. 455. HOFFMAN, Scott. *The Law and Business of International Project Finance*. Cambridge: Cambridge University Press., 3rd ed., 2008, p. 4-5. Ver também CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 161-163. E, ainda, YOUMSI, Nimrod. *Introduction au Project Finance*. Ed. Larcier, 2015.

²⁴ “O enfoque tradicional, referido por *corporate finance*, analisa a credibilidade e o risco de crédito da companhia a ser financiada. Fundamentalmente, é um olhar sobre o passado: bens e patrimônios existentes e livres, experiência e resultados já demonstrados. Não há, normalmente, uma destinação rígida dos recursos emprestados”. BALERONI, Rafael Baptista. *Responsabilidade civil de financiadores por danos ambientais decorrentes de projetos por eles financiados*. In: MILARE, Edis; MORAIS, Roberta Jardim; ARTIGAS, Priscila; ALMEIDA, André Luís Coentro. *Infraestrutura no Direito do Meio Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 152-204, 2016, p. 161. Em linhas gerais, as operações de *project finance* são uma forma de financiamento na qual um agente econômico, denominado agente patrocinador, viabiliza a consecução de grandes empreendimentos por meio da destinação do fluxo de caixa a ser gerado pelo projeto ao pagamento da dívida constituída para sua implementação. TOLEDO, Larissa de Faria. *Project Finance em infraestrutura petrolífera*. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013, p. 26.

²⁵ FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. *The Art of Getting a Project Finance Deal Through*. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014, p.3.

cessão do crédito se fundamenta, precipuamente, no fluxo de receita do projeto.²⁶ Além de se avaliar as características do investidor como estrutura financeira, histórico de adimplemento, entre outros aspectos de risco de crédito, o credor considerará especialmente as condições econômicas do projeto que o investidor alocará os recursos através do financiamento.²⁷

Desse modo, o *project finance* apresenta uma minudência em relação aos demais contratos de dívida, pois é comum que se limite a responsabilidade do agente patrocinador nessa estrutura.²⁸ Ao invés do que ocorre com os contratos tradicionais de empréstimos, que se centralizam na saúde financeira do tomador e nas garantias por ele oferecidas, o adimplemento do crédito no *project finance* se baseia no fluxo de caixa que será obtido a partir do momento que o empreendimento iniciar a sua operação.

Nesse particular, é possível que a transação seja desenhada sem exigir qualquer garantia, fundamentando-se exclusivamente no fluxo de

²⁶ “*project finance*, onde em grande medida o pagamento dos financiamentos dependerá do fluxo de receita futuro gerado a partir de um empreendimento específico”. BALE-
RONI, Rafael Baptista. Responsabilidade civil de financiadores por danos ambientais
decorrentes de projetos por eles financiados. In: MILARE, Edis; MORAIS, Roberta Jar-
dim; ARTIGAS, Priscila; ALMEIDA, André Luís Coentro. *Infraestrutura no Direito do Meio*
Ambiente. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 152-204, 2016, p. 161.

²⁷ Exemplificamos tal aspecto com as declarações do investidor no caso de *Eiser Infrastructu-
re Limited v. Espanha*. “*because of the large initial capital outlays, and the substantial period*
required to recover investment after CSP plants enter production, plants are often financed
utilizing a high proportion of non-recourse loans from third-party lenders. Such financings
available because of the steady long-term cash flows expected from the production and sale of
electricity”. INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser*
Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.l. v. Kingdom of Spain. ICSID Case
n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: [https://icsid.worldbank.org/en/Pages/
cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36](https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36). Acesso em: 27 jan. 2020. § 98.

²⁸ É importante frisar que, no *project finance*, os tomadores do empréstimo são, geral-
mente, pessoas jurídicas criadas somente para aquele propósito, as denominadas so-
ciedades de propósito específico (SPE) no direito brasileiro. Na prática, a SPE se torna
a tomadora do financiamento e utiliza, preponderantemente, os recursos da planta em
construção para adimplemento do crédito. ROCHA, Dinir Salvador Rios de. *Contrato de*
empréstimo internacional. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 25. “A modalidade mais tradicio-
nal de transferência de risco é via constituição de uma sociedade especialmente cons-
tituída para ser a proprietária do projeto. É a chamada “*special purpose company*” ou
“*special purpose entity*”, conhecida pela sigla SPE.”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de*
construção de grandes obras. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de
Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 161.

receita a ser gerado pelo empreendimento financiado (*nonrecourse*) ou se lastrear em garantias do agente patrocinador (*sponsor*) combinadas à receita do projeto (*limited recourse*).²⁹ Marilda Rosado e João Laudo de Camargo afirmam que pode existir, ainda, a modalidade *full recourse*, a qual inclui as garantias totais do *sponsor*³⁰ além do fluxo de caixa do projeto.³¹

Assim, o *project finance* se consolidou como mecanismo adequado ao financiamento de projetos onerosos e estruturados e, ainda, pode se configurar como “solução para falta de garantias”³² e permitir que o financiamento seja, na maioria dos casos, ‘*off-balance*’, sem comprometer a demonstração financeira do *sponsor*.

Além da complexidade da análise de risco da execução do projeto e das características do *sponsor*, existe também o risco regulatório que deve ser ponderado pelos financiadores. Assim, a conciliação dos interesses antagônicos entre Estado e investidor privado também integra o desafio da estruturação do *project finance*.³³ Consequentemente, as negociações podem se alongar “por meses ou até anos, envolvendo partes de dois ou mais países e locais diversos”,³⁴ exigindo-se a combinação de conhecimentos de diferentes áreas de expertise.³⁵

²⁹ HOFFMAN, Scott. *The Law and Business of International Project Finance*. Cambridge: Cambridge University Press. 3rd ed., 2008, p. 5.

³⁰ “o fluxo das garantias outorgadas cobre a totalidade do montante emprestado”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 163.

³¹ CAMARGO, João Laudo de; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá Ribeiro. *Project Finance e outras formas de financiamento*. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE, Araminta de Azevedo. *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTR, 1998, p. 537.

³² TOLEDO, Larissa de Faria. *Project Finance em infraestrutura petrolífera*. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013, p. 42.

³³ “O grau de complexidade e o tempo dispendido nas negociações preliminares dependem muito da compreensão do objetivo e do papel dos principais agentes”. TOLEDO, Larissa de Faria. *Project Finance em infraestrutura petrolífera*. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013, p. 29.

³⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais*. In: RODAS, João Grandino (Coord). *Contratos Internacionais*. 3^a ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 251-282, 2002, p. 260.

³⁵ “*project finance lawyers must assess not only the legal, but also the economic, technical and political risks presented by each project and draw on experience to help the parties*

Com isso, as transações de *project finance* transnacionais envolvem um marco contratual complexo, pois exige a análise minuciosa de cada legislação aplicável³⁶ aos contratos que compõem a transação,³⁷ além da necessidade de incorporar aspectos técnicos do projeto,³⁸ construindo

reach a workable consensus in the face of often unique challenges". FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. *The Art of Getting a Project Finance Deal Through*. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014, p. 3. Suste Gomes aduz que "a complexidade requer recursos de linguagem como a intertextualidade, o intercâmbio de informações com as áreas técnicas, financeiras e outras". GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 66.

³⁶ Exemplifica-se a complexidade do sistema de garantia em uma transação de *project finance* transfronteiriças que abrange garantias constituídas em diferentes países. Nesse caso, é preciso examinar a estrutura e a legislação aplicável a cada espécie de garantia, incluindo as especificidades de registro das mesmas. O sistema jurídico brasileiro, por exemplo, implementou a alienação fiduciária com fundamento na Lei n. 9.514/97, enquanto em outras jurisdições como, por exemplo, na Colômbia, estabeleceu-se a possibilidade de existência de um fideicomisso (*trust*). BRASIL. Lei n. 9.514 de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 20 nov. 1997. "A *fiduciary assignment* may be established over both *real properties* and *non-fungible moveable assets* (...). Under a *fiduciary assignment*, the title of property subject to the guarantee is temporarily transferred to the creditor as a guarantee of the fulfilment of the obligations by the debtor, though direct possession may be kept with the guarantor. Once the obligations of the debtor are fulfilled, the title of the real property or asset is transferred back to the guarantor". SASDELLI, Fabrizio de Oliveira; CREAZZO, Felipe Eluf. Brazil. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014, p.16. "Guarantee trust agreements, which involve the conveyance of ownership of the goods over which the security is granted to a trust, are also a means of establishing a security interest over moveable and immovable assets as well as over contractual rights". MARTINEZ, Bernardo P. Cárdenas; MARIÑO, Daniela Mejía. Colombia. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014, p.41.

³⁷ FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. *The Art of Getting a Project Finance Deal Through*. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014, p.4. Maria Davies esclarece que "the ability to enforce security over the project remains important for a number of reasons. First, it enables the lender to get involved in the project at an early stage where it experiences problems. Second, it allows him to retain priority rights over the project assets. Third, it ensures that the project assets are not disposed of without the lender's agreement". DAVIES, Maria. *The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance: Opening Pandora's Box or an Unexpected Panacea?* *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 32, issue 2, p. 143 - 172, 2015, p. 147.

³⁸ "Sponsors of development projects regularly seek the assistance of experienced financial advisors and lawyers to structure the projects' ownership, development and financing plans, address the needs of other project parties, and ensure a successful transaction".

uma rede de contratos que se conectam para que o projeto seja financiado, garantindo segurança jurídica ao financiador.³⁹

Ocorre que, ao detalhar as informações⁴⁰ e pormenorizar todas as possíveis contingências, contribui-se para o aumento dos custos transacionais e fomenta tensões progressivas.⁴¹ Consequentemente, a complexidade dos contratos pode gerar uma “batalha das formas”⁴² que traduz os desafios das negociações de modelos e cláusulas contratuais no âmbito de transações como as de *project finance*. E, além disso, revela uma carga cognitiva excessiva dos contratos, o que exige uma interpretação adequada das suas cláusulas contratuais.

BARAGONA, Katharine C. *Project Finance. The Transnational Lawyer*, vol. 18, p. 139-158, 2004, p. 139.

³⁹ “Of course, a loan transaction need not be complicated. Many billions are lent annually on the strength of one-page promissory notes containing the borrower’s obligation to repay the loan and the lender’s right to enforce that obligation. The difference between a one-page promissory note and a 150-page credit agreement is an attempt to give the borrower certainty and flexibility”. WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA’s Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009, p. 2.

⁴⁰ “Project finance transactions are extremely complex. It may take a much longer period of time to structure, negotiate, and document project financing than traditional financing”. BARAGONA, Katharine C. *Project Finance. The Transnational Lawyer*, vol. 18, p. 139-158, 2004, p. 139.

⁴¹ Do ponto de vista econômico, a complexidade contratual nas transações de *project finance* não somente aumenta o custo do financiamento em diferentes níveis (*comissão das instituições financeiras, alocação de pessoal interno, etc*), como também encargos advocatícios.

⁴² Refere-se à tradução da expressão “the battle of the forms” utilizada por autores como Giesela Rühl. “When referring to battle of the forms cases in the following, I refer to the ‘classical’ battle of the forms case. In the ‘classical’ battle of the forms case, the buyer makes an offer to buy a certain amount of a certain good by referring to his standard terms. The seller accepts the offer but refers to his own standard terms that substantially differ from the buyer’s. He then delivers the goods. After delivery, contractual problems materialize, and the parties discover the differences in their standard terms”. RÜHL, Giesela. *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 24, p. 189-224, 2003, p. 189-190. Ver também RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais*. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos Internacionais*. 3ª ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 251-282, 2002, p. 251.

Verifica-se, desse modo, que o próprio ambiente transacional das transações de *project finance* impacta na formação contratual aduzindo complexidade aos instrumentos. Não se pretende afirmar que se trata de uma característica exclusiva dessa estrutura de financiamento, mas que a necessidade de garantir previsibilidade e a rede de contratos conectados adiciona uma cama de complexidade à formação contratual. Por essa razão, analisa-se o conceito de complexidade sob a ótica das transações de *project finance*.

3 AS DIMENSÕES DO CONCEITO DE COMPLEXIDADE CONTRATUAL

Decerto, “os contratos assumem extrema relevância nas operações de financiamento de projetos, uma vez que, além de exercerem sua função básica de formalizar os direitos e obrigações das partes envolvidas, atuam ainda como mitigadores dos riscos inerentes ao empreendimento”.⁴³ Assim, seja como fonte de obrigações, seja como instrumento mitigador de riscos, o contrato exerce papel central nas transações de *project finance* representando a colaboração entre “os agentes econômicos para a consecução de finalidades comuns”.⁴⁴

Não obstante o relevante papel do contrato no âmbito universal, os sistemas jurídicos de *civil law* e *common law* não dispõem, ainda, de uma concepção uníssona de “contrato”. Do mesmo modo, os regimes jurídicos divergem sobre os aspectos inerentes ao contrato tais como elementos constitutivos, forma, mútuo consentimento, entre outros.⁴⁵

No sistema de *common law*, o contrato se configura como “uma promessa ou conjunto de promessas para cuja violação o Direito estabe-

⁴³ BONOMI, Claudio; MALVESSI, Oscar. *Project Finance no Brasil: Fundamentos e Estudos de Casos*. Rio de Janeiro: Ed. Atalas, 2002, p. 68.

⁴⁴ VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2018, p. 35.

⁴⁵ Dário Moura Vicente contribui com uma síntese comparativa do conceito e elementos atribuídos ao contrato nos sistemas romano-germânicos e *common law*. VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2018, p. 35-381.

lece uma sanção ou cujo cumprimento o Direito reconhece constituir um dever”.⁴⁶ Por outro lado, “nos sistemas romano-germânicos, o contrato constitui essencialmente um *acordo de vontades*, ou uma troca de consentimentos, tendente a coordenar interesses contrapostos”.⁴⁷ Nesse sentido, a doutrina brasileira define, de modo geral, o contrato como “acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir obrigações”.⁴⁸

A pluralidade de conceitos não se restringe ao conceito de “contrato”, fenômeno semelhante é identificado quando se investiga uma concepção uníssona de “contratos internacionais”.⁴⁹ Inexiste no texto de instrumentos internacionais⁵⁰, nem no ordenamento jurídico brasileiro uma

⁴⁶ Ressalta-se que se trata de tradução formulada por Dário Moura Vicente para o §1 do Restatement 2nd of Contracts VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2018, p. 66. “A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.” DANIEL KRON, ESQ. *Restatement (Second) of Contracts*. Disponível em: <https://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

⁴⁷ VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2018, p. 37.

⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 393. Do mesmo modo, salienta Marco Aurélio Bezerra de Melo que “o contrato pode constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica”. MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2a ed. rev. atual e ampl., 2018, p. 17.

⁴⁹ Para uma noção das características de “contrato internacional”, utiliza-se o exemplo adotado pelos autores José Augusto Fontoura Costa e Ramon Santos: “um contrato celebrado na França por uma parte brasileira domiciliada no Brasil e a outra alemã domiciliada na Alemanha, para a compra e venda de máquinas agrícolas fabricadas na Europa e a serem entregues no Paraná, com pagamento em Euros mediante transferência para uma conta em Berlim é certamente internacional”. FONTOURA COSTA, José Augusto; SANTOS, Ramon Alberto dos. *Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, v. 253, p. 109-128, mar. 2016, p. 112.

⁵⁰ Conforme afirmam os autores José Augusto Fontoura Costa e Ramon Santos, os instrumentos internacionais convencionais (Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais e os Princípios do UNIDROIT) não oferecem elementos consistentes para uma definição única de contrato internacional. FONTOURA COSTA, José Augusto; SANTOS, Ramon Alberto dos. *Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil*. *Revista de Processo*, v. 253, p. 109-128, mar. 2016, p. 117-118.

definição de contrato internacional.⁵¹ José Augusto Fontoura Costa e Ramon Santos propõem que “a noção corrente de contrato internacional refere-se àquele que se conecta a mais de um Ordenamento jurídico”⁵² tendo em vista a recorrente adoção da “multiconectividade” às definições doutrinárias de “contratos internacionais”.⁵³

Irineu Strenger afirma que a “vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros dados de estraneidade, como o domicílio, a nacionalidade, a *‘lex voluntatis’*, a localização da sede, centro de principais atividades, e até a própria conceituação legal”⁵⁴ são elementos que atribuem caráter internacional ao contrato. E, assim, concebe-se que o contrato internacional apresenta como elemento principal caracterizador a sua conectividade com diferentes ordenamentos jurídicos.

Em linhas gerais, o contrato de empréstimo convencional envolveria única jurisdição, moeda nacional e, assim, não se configuraria, a princípio, um contrato internacional, nem se trataria de um contrato complexo. Os contratos de *project finance* apresentam, contudo, elementos de estraneidade que os conectam com mais de um sistema jurídico, visto que as partes comumente possuem diferentes nacionalidades, domicílios em distintas jurisdições, as garantias estão localizadas em diferentes países, entre outros elementos que o caracterizam como internacional.

Em adição ao caráter internacional, os “contratos de empréstimo internacional são contratos complexos e longos”⁵⁵ com exaustivas defi-

⁵¹ FONTOURA COSTA, José Augusto; SANTOS, Ramon Alberto dos. Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 253, p. 109-128, mar. 2016, p. 115.

⁵² FONTOURA COSTA, José Augusto; SANTOS, Ramon Alberto dos. Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 253, p. 109-128, mar. 2016, p. 115.

⁵³ FONTOURA COSTA, José Augusto; SANTOS, Ramon Alberto dos. Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 253, p. 109-128, mar. 2016, p. 115.

⁵⁴ STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Ed. RT, 3. ed., rev. e ampl., 1998, p. 30.

⁵⁵ ROCHA, Dinir Salvador Rios de. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo: Sarai-va, 2013, p. 15.

nições e cláusulas.⁵⁶ Não há uma definição legal do que seria um contrato complexo, mas a literatura internacional vem buscando elementos que possam caracterizá-lo.

W. Bentley McLeod afirma que a complexidade contratual se consubstancia na estimativa do custo de negociação, formação e execução do contrato como função descritiva dos dados da relação que o criou.⁵⁷ Por outro lado, Bernhard Ganglmair e Malcolm Wardlaw caracterizam a complexidade no âmbito da própria concepção de ‘contrato’, reputando-os como “documentos jurídicos complexos que especificam obrigações e contingências utilizando uma linguagem formal ao invés de dados”.⁵⁸ Tais autores defendem que a integridade contratual está relacionada aos custos vinculados à transação, tanto na fase pré-contratual (custos associados à redação do contrato), quanto pós-contratual (custos associados ao cumprimento e execução do contrato). Além disso, defendem que, quando há um relevante valor em jogo, os contratos tendem a ser mais complexos e detalhados, buscando determinar todas as possíveis contingências.⁵⁹

⁵⁶ “Recent work in the law and economics of contracts suggests that contracts ought to be highly complex and “fine-tuned.” They should have many terms describing the obligations of parties across alternative future states of the world”. EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. *Simplicity and Complexity in Contracts*. University of Chicago Law School, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 93, 2000. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=205391>. Acesso em: 02 jun. 2020, p. 1.

⁵⁷ MACLEOD, W. Bentley. *Complexity and Contract*. Olin Working Paper No. 00-1 (forthcoming, *REVUE D’ECONOMIE INDUSTRIELLE*, APRIL 2000), p. 1- 25, 2000, p. 11. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=213869. Acesso em: 01 jun. 2020.

⁵⁸ “Contracts are, by definition, complex legal documents which specify duties and contingencies in formal language rather than easily defined data sets”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2952567>. Acesso em: 02 jun. 2020, p. 3. Tradução nossa.

⁵⁹ “With a higher value at stake (both in terms of principal and cumulative interest), the direct tradeoff between the cost of specifying contingencies is offset by the greater value of specifying a more complete state space (...) In the context of debt contracts, we predict that higher contractual complexity and detail is associated with larger loan size and longer maturities”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2952567>. Acesso em: 01 jun. 2020. p. 9-10.

Susete Gomes afirma que a complexidade contratual surge da ideia de sistema e extrai seu fundamento a partir de diferentes critérios que são individualmente complexos como ocorre com o elemento subjetivo,⁶⁰ volitivo,⁶¹ normativo⁶² e objetivo.⁶³ Além disso, convergem outras variáveis como o tempo⁶⁴ e multiplicidade para a formação do contrato complexo.

A principal contribuição para a determinação da complexidade contratual se fundamenta na teoria multidimensional de complexidade proposta por Karen Eggleston, Eric Posner e Richard Zeckhauser.⁶⁵ Trata-se

⁶⁰ Susete Gomes trata parte no contrato complexo como “sujeito de direito” e não como pessoa, exemplificando a complexidade subjetiva com o consórcio, “pois duas ou mais empresas consorciadas integrarão um dos polos contratuais”. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 61.

⁶¹ “A complexidade volitiva decorre das manifestações de vontade que podem ocorrer num mesmo contrato, em especial nos de duração.” GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 212.

⁶² Gomes entende que significa “A complexidade normativa contratual consiste em incluir regras (de caráter normativo) para eventuais situações de natureza distintas”, assim, “ao celebrarem o contrato, as partes podem convencionar quantas cláusulas quiserem, construindo — se o pretenderem — um regulamento complexo e articulado que preveja e discipline todos os aspectos possíveis, todas as eventualidades, todas as consequências da relação contratual. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 67; 65.

⁶³ “A complexidade objetiva acarreta a pluralidade de elementos, com diversos regimentos incidentes, o que gera a necessidade de a interpretação ser focada na situação concreta”. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 213.

⁶⁴ A influência do tempo está diretamente relacionada à duração do contrato e incertezas quanto ao (des)cumprimento contratual. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 57-58.

⁶⁵ O trabalho de Karen Eggleston, Eric Posner e Richard Zeckhauser busca demonstrar que, apesar de teorias de direito e economia sugerirem que contratos devem ser complexos, a grande maioria dos contratos são mais simplificados do que se imagina ou se espera. Com objetivo de testar a sua hipótese, os autores apresentam nove elementos que fundamentariam a simplicidade contratual, quais sejam: ausência de complexidade contratual, custos transacionais, informação assimétrica, monitoramento de dinâmicas, formas e tensões progressivas, convenções, confiança e reputação, custos judiciais, renegocia-

de uma análise realizada de complexidade a partir de três dimensões que são a) o número de contingências dispostas no contrato;⁶⁶ b) variedade dos pagamentos ou compensação em função das possíveis contingências;⁶⁷ e c) carga cognitiva exigida para se compreender o contrato que possa dificultar a sua compreensão.⁶⁸

Nesse particular, tanto as incertezas político-regulatórias,⁶⁹ quanto os riscos econômicos-jurídicos inerentes ao ambiente transacional influenciam a formação dos contratos nas transações de *project finance* transformando-os em instrumentos altamente complexos e densos. Em outras palavras, os contratos de *project finance* se tornaram cada vez mais sofisticados, pois se desenvolveram para incluir detalhadas cláusulas, abrangendo uma miríade de contingências que venham afetar o crédito. E, por isso, se consolidou como “modalidade de financiamento

ção e racionalidade limitada. Utiliza-se alguns dos elementos de justificação adotados pelos autores de forma antagônica, demonstrando que os mesmos elementos diversamente aplicados no contexto do *project finance* justificam a necessidade de uma estrutura transacional complexa. EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. *Simplicity and Complexity in Contracts*. University of Chicago Law School, John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper No. 93. January 18, 2000. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=205391>. Acesso em: 02 jun. 2020. p. 15.

⁶⁶ “a métrica da complexidade residiria na riqueza com que as partes previram no contrato as contingências, os eventos futuros que, uma vez materializados, seriam capazes de gerar obrigações e direitos, igualmente previstos”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 197.

⁶⁷ “Na segunda dimensão, os contratos são complexos caso os resultados, os pagamentos que uma parte deva fazer a outra, tenham um alto grau de variabilidade em função das contingências previstas, ainda que de modo independente da quantidade total de contingências”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 197.

⁶⁸ “Na terceira dimensão, os contratos são complexos se as demandas cognitivas forem altas, ou seja, se houver dificuldade de compreensão de seu conteúdo”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 198.

⁶⁹ “In *project finance* there are two major categories of risks: (i) commercial risks and (ii) political risks.” HOYOS, Juan Camilo. *The Role of Bilateral Investment Treaties in Mitigating Projectfinance’s Risks: The Case of Colombia*. *Syracuse Journal of International and Commercial Law*, vol. 40, p. 285-317, 2012-2013, p. 288.

em que há um enorme complexo de contratos ligados entre si pela sua finalidade econômica comum e que podem vir a sofrer uma coligação voluntária”.⁷⁰

Considerando que a concessão crédito se fundamenta precipuamente no fluxo de receita do projeto e, ainda, a uma limitada responsabilidade do agente patrocinador, a estrutura contratual passou a endereçar os riscos relacionados ao projeto financiado e ao agente patrocinador. O fator ‘tempo’ também se torna relevante, dado que a duração da relação contratual pode se estender por mais de vinte anos, sendo importante notar que o “aspecto temporal relaciona-se tanto com a confiança que as partes reciprocamente atribuem à possibilidade de o contrato ser cumprido quanto com o risco do inadimplemento (total ou parcial)”.⁷¹

Nesse particular, as cláusulas contratuais se aperfeiçoaram para garantir previsibilidade a todos eventos que possam impactar a transação.⁷² Os capítulos que englobam declarações e garantias,⁷³ obrigações⁷⁴ e

⁷⁰ GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 117.

⁷¹ GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 57.

⁷² “While project finance equity providers are willing to accept more risks than debt providers and focus on the return, returns for the latter are fixed and relatively low. As a result, debt providers expect that the risks are structured in such a way so that repayment is, to the maximum extent possible, assured.”. DAVIES, Maria. *The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance: Opening Pandora’s Box or an Unexpected Panacea?* *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 32, issue 2, p. 143 - 172, 2015, p. 144.

⁷³ As declarações e garantias compreendem afirmações sobre fatos ou condições do devedor. Tais cláusulas confirmam as informações analisadas como condição para que o crédito fosse concedido. Caso alguma desabone o devedor, o credor poderá desistir do crédito ou, caso já tenha sido concedido, poderá restringir desembolsos adicionais ou até requerer o pagamento antecipado do mesmo. WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA’s Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009, p. 208.

⁷⁴ As cláusulas de obrigações estabelecem os mandamentos a serem observados pelo devedor ao longo do termo contratual. Existem três tipos de classes de obrigações (financeiras, afirmativas e negativas). WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA’s Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009, p. 281.

eventos de inadimplemento⁷⁵ foram ampliados. Por um lado, os credores tendem a detalhar tais cláusulas⁷⁶ para pormenorizar futuros eventos que possam repercutir na capacidade de adimplemento do crédito e, por outro lado, o devedor se preocupa em negociar adequadamente cada dispositivo contratual para não inviabilizar a execução do projeto ou comprometer receitas futuras. Consequentemente, as seções contratuais se tornaram mais extensas mesmo sendo “uma tarefa quase impossível presumir todas as situações que possam decorrer”.⁷⁷

Verifica-se, ainda, que no *project finance*⁷⁸ criou-se uma rede contatual⁷⁹ caracterizada pela existência de múltiplos contratos

⁷⁵ Os eventos de inadimplemento compreendem as circunstâncias que, em geral, sugerem a redução da probabilidade de o crédito ser adimplido, o que pode causar a exigência do pagamento antecipado do crédito por parte dos credores. WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA's Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009, p. 411.

⁷⁶ “The detail of each section is correlated with default risk, in much the same way that the application of accounting covenants is correlated with default risk”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2952567>. Acesso em: 01 jun. 2020. p. 23.

⁷⁷ GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 58.

⁷⁸ “As garantias, concessões de crédito, de uma maneira geral, configuram-se como contratos coligados. A evolução da economia fez com que, a par dos instrumentos jurídicos tradicionais de garantia de créditos (fiança, aval, hipoteca, dentre outros), surgissem estruturas de garantia como garantias autônomas que se desvinculam do caráter de “acessória” em relação à obrigação principal”. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 115-116.

⁷⁹ Lie Uema Carmo esclarece que “na doutrina jurídica, o exame de redes costuma ser tratado no âmbito da coligação contratual, embora alguns sustentem existir uma diferença conceitual entre redes e coligação contratual”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 158. Leonardo esclarece que “O termo coligação contratual, em sentido amplo, significa apenas e tão-somente uma ligação, um vínculo entre relações jurídicas contratuais diferentes que conformam uma operação econômica unificada.” LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados*. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, p.1-33, 2013, p. 3. Este autor explica que a visão tradicional da coligação contratual determinava que o seu reconhecimento somente poderia ser efetivo quando houvesse uma “previsão legislativa que estabelecesse este ou aquele vínculo entre diferentes contratos” ou, ainda, quando houvessem “cláusulas contra-

coligados⁸⁰ relacionados à transação que, em geral, adotam definições e obrigações cruzadas conectando-os,⁸¹ mesmo que submetidos às leis e foros de diferentes ordenamentos jurídicos.⁸²

Em uma típica transação de *project finance*, podem ser confeccionadas seis categorias de contratos principais quanto (i) à aquisição do imóvel para construção; (ii) à execução do projeto (construção); (iii) ao fornecimento de material e combustível; (iv) à venda de serviços; (v) à operação e manutenção; e (vi) ao financiamento e contribuição acionária.⁸³

Além disso, são celebrados os contratos de garantia que, não somente asseguram a possibilidade de adimplemento da dívida,⁸⁴ como também permitem que nenhum outro credor tenha preferência sobre o

tuais expressas que fixassem efeitos entre contratos interligados”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, p.1-33, 2013, p. 3-4.

⁸⁰ Adota-se a concepção de “coligação contratual” proposta por Rodrigo Xavier Leonardo que concebe que “para retratar o gênero das situações em que duas ou mais diferentes relações contratuais se encontram vinculadas, *ligadas*, promovendo alguma eficácia *paracontratual*, ou seja, alguma eficácia *ao lado* daquela que se desenvolve internamente ao contrato”. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, p.1-33, 2013, p. 8.

⁸¹ Como aventado por Rodrigo Xavier Leonardo, “os contratos coligados por cláusula expressamente prevista pelas partes” são espécies de coligação contratual. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, p.1-33, 2013, p. 8.

⁸² Cada contrato poderá estabelecer sua própria (i) lei aplicável, elegendo-se um (ii) foro competente de forma exclusiva ou não; bem como determinando (iii) um mecanismo de solução de controvérsia individualizado (judicial ou arbitral). No caso das garantias, esses contratos regem-se, em regra, pelas leis onde os bens se localizam. Com isso, a legislação local determinará as formalidades para constituição adequada da garantia e como se dará a sua execução - judicial ou extrajudicialmente. Todos esses aspectos influenciarão a probabilidade de adimplemento do crédito.

⁸³ HOFFMAN, Scott. *Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification, and Contractual Considerations*. *The Business Lawyer*, vol. 45, p. 181-232, 1989, p.231.

⁸⁴ “the ability to enforce security over the project remains important for a number of reasons. First, it enables the lender to get involved in the project at an early stage where it experiences problems. Second, it allows him to retain priority rights over the project assets. Third, it ensures that the project assets are not disposed of without the lender’s agreement”. DAVIES, Maria. *The Use of Arbitration in Loan Agreements in International*

bem garantido.⁸⁵ Um pacote de garantias bem estruturado⁸⁶ permite, também, a concessão de financiamentos a longo-prazo com um custo mais acessível ao devedor.⁸⁷

Um importante fator para o sucesso da transação reside na coordenação dos contratos, os quais devem ser elaborados de maneira coerente. Assim, as cláusulas que regulam o mesmo evento devem ser harmônicas entre si,⁸⁸ evitando-se eventuais conflitos, sempre observando que as definições devem ser adotadas e interpretadas de maneira uniforme.

Destaca-se, ainda, o efeito da cláusula de inadimplemento cruzado (*cross-default*), que permite o vencimento antecipado em cascata de todos os contratos da transação quando ocorre um evento de inadimplemento em apenas um deles, ilustrando o que seria uma verdadeira rede contratual.

Enquanto o instrumento de financiamento se reputa como contrato principal, as garantias apresentam caráter de acessoriedade,⁸⁹ dado que

Project Finance: Opening Pandora's Box or an Unexpected Panacea? *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 32, issue 2, p. 143 - 172, 2015, p. 147.

⁸⁵ “one of the most important factors in debt design is understanding potential expropriation by other existing claim holders”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2952567>. Acesso em: 01 jun. 2020. p.27.

⁸⁶ “In order to minimize the risks associated with a non-recourse loan, a lender typically will require indirect credit supports in the form of guarantees, warranties and other covenants from the sponsors, their parent companies affiliates, and other third parties involved with the project.” BARAGONA, Katharine C. *Project Finance. The Transnational Lawyer*, vol. 18, p. 139-158, 2004, p. 141.

⁸⁷ “The availability of such packages has generally given lenders the confidence to extend long-term, (relatively) low-cost loans”. FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. *The Art of Getting a Project Finance Deal Through*. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014, p.4.

⁸⁸ “all of the project contracts must relate together with consistency in term, termination, and excuses for performance. For example, the force majeure clauses of all the contracts must be uniform in effect”. HOFFMAN, Scott. *Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification, and Contractual Considerations. The Business Lawyer*, vol. 45, p. 181-232, 1989, p.232.

⁸⁹ Susete Gomes aduz, entretanto, que foram “endo criados modelos de relações negociais autônomas para a garantia do crédito, de forma a desvincular a garantia do caráter de acessório em relação ao contrato principal, atuando diretamente nos efeitos da coligação”. GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos*

são utilizadas para “viabilizar ou incrementar o adequado adimplemento” do contrato principal.⁹⁰ A estabilidade do marco regulatório acaba por exigir garantias capazes de endereçar os riscos que as entidades financiadoras assumem ao conceder o crédito para execução de projetos em determinados setores e panoramas jurídicos específicos.

Com efeito, a complexidade contratual repercute em várias esferas e se tornou característica das transações de *project finance*. Faz-se necessário, contudo, analisar os efeitos da complexidade contratual e as propostas para amenizar tal fenômeno como um caminho factível.

4 OS EFEITOS DA COMPLEXIDADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DE *PROJECT FINANCE*

Constata-se que o ambiente transacional do *project finance* contribui para agregar complexidade aos instrumentos contratuais.⁹¹ A análise dos efeitos deste fenômeno pressupõe esclarecer a sua distinção da completude contratual, já que contratos complexos não significam que sejam completos.

Na literatura econômica, um contrato é completo quando discrimina todos os potenciais futuros relevantes,⁹² sendo factível que um terceiro (juiz) faça uma interpretação relacionando com as cláusulas contratuais mais ade-

contratos coligados. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 117.

⁹⁰ Rodrigo Xavier Leonardo considera que os contratos conexos são uma espécie de contratos coligados, sendo que a “extensão da ligação entre os contratos” se subdivide em três espécies de vínculos: acessoriedade, dependência e coordenação. LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os contratos coligados. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Véra Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, p.1-33, 2013, p. 10.

⁹¹ “A incerteza do ambiente institucional faz com que as partes prevejam um número maior de situações no contrato. Ao contingenciar mais as obrigações, as partes ampliam o número de cláusulas, de eventos prováveis e de respostas a tais eventos.”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 201.

⁹² “Formally, a complete contract is one which specifies the rights and duties of each party in every possible state of the world” GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Measuring Contract Completeness: A text based analysis of Loan Agreement*. 2015, p.3.

quadas.⁹³ Trata-se de um contrato que pormenoriza todas as contingências sem brechas para renegociação. No contexto jurídico, entretanto, a incompletude contratual é muito mais frequente do que a sua completude. “Vários são os motivos para a incompletude contratual: ambiguidade da linguagem, custos de transação, racionalidade limitada, assimetria informacional, incerteza e complexidade do ambiente de contratação, dentre outros”.⁹⁴

É verdade que há uma tendência em assumir o custo transacional para prever o maior número de contingências e, mesmo assim, dificilmente o contrato complexo seria completo em uma transação de *project finance*.⁹⁵

Além disso, existem transações em que a simplicidade contratual prevalece, pois nem sempre o contrato complexo seria o melhor contrato para todos os tipos de transação.⁹⁶ Neste caso, ambas as partes confiam que as disposições serão cumpridas independentemente do detalhamento de futuras contingências.⁹⁷

⁹³ “As a matter of theory, one can talk about contracts being fully state-contingent, allocating obligations efficiently for every payoff-relevant future state of the world”. EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. *Simplicity and Complexity in Contracts*. University of Chicago Law School, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 93, 2000. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=205391>. Acesso em: 01 jun. 2020 p. 9.

⁹⁴ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 190.

⁹⁵ “Com efeito, se para cada estado ou contingência x as partes previssem uma ação ou determinado curso de ação, mesmo com um número pequeno de contingências e com um custo baixo de redação contratual, o custo total seria proibitivo e, portanto, o contrato resultaria incompleto”. CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 193.

⁹⁶ “A simple contract, rather than complex contract with many unimportant details, will be optimal in a simple environment. Reputation and trust may be efficient substitutes for the complex clauses that are valuable in more complex environments”. EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. *Simplicity and Complexity in Contracts*. University of Chicago Law School, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 93, 2000. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=205391>. Acesso em: 02 jun. 2020 p. 12.

⁹⁷ EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. *Simplicity and Complexity in Contracts*. University of Chicago Law School, *John M. Olin Program in Law and Eco-*

É verdade, pois, que:

a celebração de contratos complexos, sua execução e sua interpretação em esferas e níveis variados — desde o operacional até a eventual solução de conflitos — demandam: empenho de tempo (em geral, a celebração de tais contratos requer uma série de atos prévios como a troca de informações, reuniões técnicas, projetos, dentre outros), conhecimento técnico especializado (dialogismo) para usar termos próprios (inclusive com elaboração de glossário contratual em razão de tais termos específicos), análise da associação de objetos distintos com obrigações específicas de cada um, verificação de eventual celebração de contratos a ele coligados, análise dos efeitos sociais que dele decorrem e dos efeitos de eventuais descumprimentos contratuais, diversidade de ocorrências que podem suceder após sua celebração — pois são, em grande número, de execução continuada ou diferida, podendo ainda se encaixar (em determinadas situações) como contratos relacionais.⁹⁸

No caso do *project finance*, o ambiente transacional e a preocupação em pormenorizar as contingências conduziu a elaboração de instrumentos com inesgotáveis terminologias e cláusulas. Pode-se afirmar que a razão fundamental para tal complexidade reside na disseminação do sentimento de insegurança por parte dos credores,⁹⁹ já que inúmeros eventos poderiam ensejar o descumprimento das obrigações contratuais.¹⁰⁰

nomics Working Paper, n. 93, 2000. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=205391>. Acesso em: 01 jun. 2020. p. 2.

⁹⁸ GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 55.

⁹⁹ Trata-se de um fenômeno que pode ter resultado de diversos fatores como (i) risco do país onde se realizará o projeto; (ii) as espécimes de garantias envolvidas na transação; (iii) possível inadimplemento por parte do devedor e, por fim, (iv) a incerteza de recuperação do crédito em caso de inadimplemento (*default*).

¹⁰⁰ EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. *Simplicity and Complexity in Contracts*. University of Chicago Law School, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 93, 2000. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=205391>. Acesso em: 01 jun. 2020. p. 2.

Um dos efeitos que resultam da complexidade contratual consiste na demanda cognitiva exigida para compreensão das disposições contratuais que se ressalta, especialmente, no âmbito das soluções de controvérsias. A complexidade dos contratos cria um desafio para a sua efetiva compreensão. O intérprete que não esteja familiarizado com as disposições financeiras e contratuais pode se equivocar quanto à determinação da responsabilidade das partes.

Um contrato que contenha muitas contingências relevantes (e, em regra, as correspondentes ações exigidas das partes) traz mais demanda cognitiva que um contrato com poucas contingências. Quanto mais ricas, extensas e sofisticadas forem as formulações dos termos e das condições contratuais, mais complexo nessa dimensão será o contrato.¹⁰¹

Outro efeito da complexidade contratual nas transações de *project finance* se relaciona com o custo transacional na formação dos contratos. Tais despesas são, geralmente, responsabilidade do devedor, afetado pela complexidade em duas vias: a) as negociações para formação do contrato se tornam excessivamente longas e desgastantes, sendo que os encargos advocatícios de ambas as partes são pagos pelo devedor; e b) o modelo de contrato da proposta advém, usualmente, do credor, ensejando uma contraposição de interesses que se torna, por si só, uma possível batalha dos modelos contratuais.¹⁰²

Um terceiro efeito da complexidade se evidencia no âmbito das renegociações contratuais. Enquanto o estudo de Bernhard Ganglmair e Malcolm Wardlaw agrega um valor negativo às renegociações ao afirmar que os contratos mais complexos e detalhados são renegociados mais frequentemente,¹⁰³ Phillip Fletcher analisa a renegociação sob outra pers-

¹⁰¹ CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 198.

¹⁰² STEMPEL, Kevin C. A comparative analysis of the “battle of the forms”. *Transnational Law and Contemporary Problems*, v. 15, p. 243-286, 2005.

¹⁰³ “more complex and detailed contracts are renegotiated more frequently”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan*

pectiva. No seu entendimento, a sofisticação das cláusulas pode se tornar um instrumento positivo para o devedor, permitindo que a renegociação assegure a continuidade do financiamento e execução do projeto,¹⁰⁴ ao invés de se decretar imediatamente um inadimplemento (*default*).

Em que pese a inviabilidade de se incluir todas as possíveis contingências, a percepção de que o procedimento para solucionar eventuais conflitos e permitir renegociação está disposto no instrumento contratual se consolidou como elemento agregador de segurança às partes.

Na prática, o detalhamento das contingências se moldou às necessidades do ambiente transacional complexo de *project finance*, tornando-se a solução mais bem-sucedida até o momento para dirimir os conflitos de interesses e gerando impactos econômicos aos envolvidos.

Em prol da redução da complexidade contratual, as associações privadas internacionais envidaram esforços para uniformização dos modelos contratuais no mercado financeiro. Trata-se de um mecanismo auxiliador para garantir que um núcleo de cláusulas já negociadas não enseje negociações e tensões desnecessárias servindo como elemento mitigador da própria “batalha das formas”.

Agreements, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2952567>. Acesso em: 01 jun. 2020. p. 31. Tradução nossa.

¹⁰⁴ Phillip Fletcher traz um exemplo de uma mudança no ambiente regulatório de um projeto na Flórida, demonstrando os efeitos positivos da renegociação no âmbito do *project finance*: “For example, in a project in Florida, a change of governor led to an investigation of the legitimacy of the grant of the project’s environmental permit. Unfortunately, this occurred part way through construction. A reasonable decision would have been to suspend funding under the debt facilities. However, this would have caused the virtual write-off of the loan disbursements already made; there is little value in a half-completed plant. The decision to continue funding and complete the project while seeking to negotiate a settlement with the environmental authorities required, at a minimum, nerve. Two tranches of senior lenders (commercial banks and insurance companies) and a syndicate of subordinated lenders had to reach that decision independently, and the construction contractor had to agree to complete the project without increasing its price despite incurring cost from delays and the uncertain circumstances. Even more remarkably, the original sponsor (an otherwise well-known and successful company) had to recognize that it was now unwelcome in Florida and agree to sell (at a loss) its project to a non-tainted third-party developer. Had the inter-creditor relationships and security package addressed all of this? - No. But were the rules at least sufficient to define the procedures by which the parties would have to reach settlement? - Yes. Had any party not demonstrated maturity and judgment, all would have been lost”. FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. *The Art of Getting a Project Finance Deal Through*. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014, p.5.

5 ALTERNATIVAS PARA REDUÇÃO DA COMPLEXIDADE: A PADRONIZAÇÃO CONTRATUAL

A complexidade dos contratos de *project finance* fomentou o desenvolvimento de cláusulas que concluem a convergência de interesses dos principais operadores do mercado representados por associações internacionais. Com efeito, objetiva-se estabelecer um instrumento contratual que seja, ao mesmo tempo, capaz de endereçar os riscos da transação¹⁰⁵ e amenizar os efeitos negativos da complexidade.

Nesse particular, as associações privadas internacionais se organizaram para incentivar a cooperação entre os *players* do mercado e institucionalizar princípios internacionalmente aceitos. Não se trata de estabelecer convenções normativas que obrigam a implementação dos instrumentos contratuais em si, mas de um modelo contratual pré-estabelecido e recomendado para guiar as partes em suas negociações.

A LSTA (*The Loan Syndications and Trading Association*)¹⁰⁶ e LMA (*Loan Market Association*)¹⁰⁷ são exemplos de associações que desenvolvem e publicam modelos de contratos¹⁰⁸, bem como apontam práticas recomendadas às instituições financeiras, escritórios de advocacia, entre outros.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Bernhard Ganglmair e Malcolm Wardlaw adotam a terminologia de ‘contrato representativo’ para aquele contrato que possui uma estrutura padronizada. “*we define a representative contract - containing the most common language at the time a given contract was signed - as the medoid of a cluster and refer to this representative contract (or section) as ‘boilerplate’*”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2952567>. Acesso em: 01 jun. 2020. p. 28.

¹⁰⁶ LSTA. *About LSTA (The Loan Syndications and Trading Association)*. Disponível em: <https://www.lsta.org/about>. Acesso em: 02 jun. 2020.

¹⁰⁷ “*By establishing sound, widely accepted market practice, the LMA seeks to promote the syndicated loan as one of the key debt products available to borrowers across the region.*” LMA. *About*. Disponível em <https://www.lma.eu.com/about-us>. Acesso em: 01 jun. 2020.

¹⁰⁸ “*The LSTA created the model provisions in an attempt to streamline many of the details in drafting syndicated loans.*”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2952567>. Acesso em: 01 jun. 2020. p. 29.

¹⁰⁹ LSTA. *About LSTA (The Loan Syndications and Trading Association)*. Disponível em: <https://www.lsta.org/legal-and-documentation>. Acesso em: 02 jun. 2020.

Os modelos contratuais elaborados e disponibilizados pela LSTA objetivam refletir as disposições mais aceitas em transações típicas do mercado financeiro para que os operadores adaptem as cláusulas gerais de seus contratos àquelas estabelecidas no contrato-modelo. Desse modo, a linguagem do contrato se desenhará especificamente para a transação em questão, incluindo as características operacionais e financeiras¹¹⁰ e as cláusulas comumente denominadas de *'boilerplate clauses'*¹¹¹ que serão agregadas de forma padronizada a partir dos modelos já aceitos no mercado.

Com isso, almeja-se a redução das tensões nas negociações e dos custos transacionais, beneficiando credores e devedores, já que os esforços se concentram nas condições específicas da transação. Em outras palavras, o custo transacional não é comumente consumido para análise de *'boilerplate clauses'*, uma vez que as partes não costumam contestar a redação proposta nos modelos da LSTA. Aumenta-se, assim, a capacidade de coordenação entre múltiplas partes contratuais¹¹² para as questões mais específicas e relevantes.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração tangencia a magnitude econômica e a complexidade presente nos contratos de *project finance* que tornam a interpretação um elemento chave. A mitigação do risco de o intérprete julgador não compreender o contrato contribui para mais um benefício em estabelecer contratos-modelo.

A interpretação direcionada para a solução de conflitos consiste em “decidir com base em regras estabelecidas no próprio contrato ou que decorrem do sistema jurídico (em sentido amplo), na hipótese de ausência

¹¹⁰ “In fact, the LSTA points out that streamlining the standard parts of the contract frees up lenders to focus on tailoring the economic provisions of the contract”. GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2952567>. Acesso em: 01 jun. 2020. p. 29.

¹¹¹ “This result also strongly rejects the idea that the events of default and the list of covenants are simply boilerplate language added to every contract by the loan department of a given lender.” GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2952567>. Acesso em: 01 jun. 2020. p. 2.

¹¹² GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Complexity, Standardization, and the Design of Loan Agreements*, 2017. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2952567>. Acesso em: 01 jun. 2020. p. 30.

de autorregulação quanto à matéria objeto do conflito”.¹¹³ Caracteriza-se como altamente relevante que o intérprete-julgador seja capaz de interpretar adequadamente os objetivos e o texto das disposições contratuais.

Nesse particular, é possível identificar a especialização de alguns órgãos julgadores para determinados tipos contratuais. No caso de transações financeiras, o judiciário de Nova Iorque se especializou na interpretação das típicas cláusulas de contratos de financiamento além de permitir que as partes submetam suas controvérsias mesmo que sem nenhum elemento de conexão com o foro, desde que cumpridos os requisitos mínimos estabelecidos na lei.¹¹⁴

E, por essa razão, a eleição de foro (*choice of forum*)¹¹⁵ e a escolha da lei (*choice of law*)¹¹⁶ se tornaram cláusulas especificamente relevantes em transações de *project finance*, tipicamente orientadas para o foro de Nova Iorque em contratos que seguem o modelo oferecido pelo LSTA e, para o foro de Londres, em contratos com o modelo LMA.

¹¹³ GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, p. 130.

¹¹⁴ “em 1984 foram editados os artigos 5-1401 e 5-1402 da ‘General Obligations Law’ (GOL). A regra do artigo 5-1401 da GOL permite a escolha da lei aplicável e eleição de foro de Nova Iorque pelas partes, independentemente do cumprimento do critério ‘reasonable relation’, no caso de contratos comerciais com valor igual ou maior de 250 mil dólares. A regra do artigo 5-1402 permite a eleição de foro em contratos em que houve escolha de lei aplicável nos termos do artigo 5-1401 da GOL, cujo montante da obrigação seja igual ou maior que 1 milhão de dólares e tenha uma cláusula de eleição de foro, em que a empresa estrangeira ou não-residente concorda em submeter eventual controvérsia à jurisdição dos tribunais de Nova Iorque”. VOLPON, Fernanda Torres. Os contratos internacionais de financiamento e o centro financeiro de Nova Iorque: considerações sobre a autonomia da vontade. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 264-28, 2017, p. 277.

¹¹⁵ “Given that dispute resolution mechanisms in loan documents are a means of enforcing the allocation of risks between lenders and borrowers, the risks that are allocated to lenders, as debt providers, vary between projects, and the particularities of each project, in turn, affect the type of dispute resolution mechanism selected”. DAVIES, Maria. The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance: Opening Pandora’s Box or an Unexpected Panacea? *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 32, issue 2, p. 143 - 172, 2015, p. 144.

¹¹⁶ VOLPON, Fernanda Torres. Os contratos internacionais de financiamento e o centro financeiro de Nova Iorque: considerações sobre a autonomia da vontade. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 264-28, 2017, p. 274.

O objetivo precípua é conferir maior previsibilidade, permitindo que as partes se alicercem de precedentes e de intérpretes julgadores com expertise em contratos complexos celebrados nesta indústria, cujo cenário seria inimaginável em sistemas judiciais não-especializados.¹¹⁷

Desse modo, recorrer ao judiciário de Nova Iorque ou Londres se consolidou como uma solução pragmática para conferir maior segurança jurídica e afastar a imprevisibilidade enraizada nas decisões dos tribunais locais,¹¹⁸ em especial quando se trata de judiciário do Estado do devedor.¹¹⁹

6 CONCLUSÃO

O exame dos elementos que compõem o ambiente transacional demonstra que há uma complexidade característica das transações de *project finance*. Tal cenário influenciou as negociações e a formação contratual. O aspecto transacional recriou um cenário jurídico caracterizado por prolongadas negociações para a formação do instrumento jurídico mais adequado às necessidades das partes.

¹¹⁷ “lenders tend to select the law governing the loan agreement rather than the law of the borrower’s state to avoid any ‘home court’ advantage. Most often they opt for the laws of New York or England and Wales, two of the leading banking centres worldwide, due to their advanced and developed legal systems based on common law. This, in turn, increases the predictability of the outcome of proceedings as a result of their ‘long histories of case law precedent, established procedural laws, and unbiased judicial oversight’”. DAVIES, Maria. The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance: Opening Pandora’s Box or an Unexpected Panacea? *Journal of International Arbitration. Kluwer Law International*, vol. 32, issue 2, p. 143 - 172, 2015, p. 144.

¹¹⁸ Na grande maioria dos casos, a transação está repleta de elementos transnacionais sem nenhum ponto de contato com o território norte-americano (partes de diferentes nacionalidades, execução da obrigação extraterritorial, garantias localizadas em diversos Estados). Mesmo assim, as partes decidem escolher a lei e eleger o foro de Nova Iorque como competente, o que é permitido pela lei local. VOLPON, Fernanda Torres. Os contratos internacionais de financiamento e o centro financeiro de Nova Iorque: considerações sobre a autonomia da vontade. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, p. 264-28, 2017, p. 274.

¹¹⁹ Entretanto, trata-se de uma decisão que acarreta o dispêndio de relevantes recursos pelas partes tanto na contratação de advogados habilitados, quanto no custeio dos procedimentos judiciais em tribunais estrangeiros. EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. Simplicity and Complexity in Contracts. University of Chicago Law School, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 93, 2000. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=205391>. Acesso em: 01 jun. 2020. p. 26.

Nesse panorama, conceituar ‘complexidade contratual’ não se revela tarefa fácil diante das múltiplas concepções discordantes na literatura internacional. A pluralidade de conceitos recai sobre aceção de contratos, contratos internacionais e a própria ‘complexidade’. Ausente uma aceção uníssona, recorre-se à doutrina para caracterização deste conceito, demonstrando-se que o elemento da função descritiva e custo das negociações se fazem presente nos diferentes posicionamentos.

Verificou-se, ainda, que todas as peculiaridades dos contratos de *project finance* levam à conclusão de que nos deparamos com contratos complexos, especialmente quando analisamos à luz do conceito multidimensional de complexidade introduzido por Karen Eggleston, Eric Posner e Richard Zeckhauser.

Trata-se da consequência de um panorama em que se busca prever todas as contingências, em que se detalha obrigações e se delimita responsabilidades com sofisticação, o que exige uma demanda cognitiva dos intérpretes. Diante do ambiente transacional, os contratos de *project finance* se tornaram instrumentos repletos de termos, definições, declarações e garantias na tentativa de adicionar o elemento ‘previsibilidade’ ao contrato.

Por fim, salienta-se que a complexidade não consiste em sinônimo de completude contratual e um contrato complexo não se adequa necessariamente a todos os tipos de transação. Para aquelas mais simples, a boa-fé pode se caracterizar como suficiente, enquanto nas transações de *project finance*, a complexidade se tornou a solução mais adotada na formação contratual.

Portanto, a pormenorização de contingências não traduz a absoluta segurança jurídica, mas estabelece mecanismos de renegociação e solução de controvérsia direcionados para a ocorrência de um evento que ameace o adimplemento do crédito. Com isso, a complexidade se consolidou como mecanismo mitigador de riscos nas transações de *project finance* mantendo à disposição das partes as opções disponíveis para solução de conflitos. Desse modo, a complexidade contratual acaba por acentuar o potencial dos contratos se configurarem como instrumentos equacionadores de um ambiente transacional complexo.

GOVERNANÇA, COMPLEXIDADE E CONTRATOS

José Augusto Fontoura Costa

Se quero ver meus sapatos, olho na direção em que devem estar, vejo-os e utilizo-me deles. Isso é a essência da cultura. Se quero ver a Lua, sou obrigado a olhar na direção em que ela está por necessidade. Isso é a essência da natureza. (*Vilém Flusser*)

No real da vida, as coisas acabam com menos formato, nem acabam. Pelejar por exato, dá erro contra a gente. (*Guimarães Rosa*)

1 INTRODUÇÃO

Em um livro curto e interessante, Francisco Varela comenta a tensão entre a tradição ética da Filosofia ocidental em relação à oriental.¹ Particularmente, observa o caráter racional e explícito dos juízos práticos na tradição kantiana — em que a decisão é resultado de operações racionais conscientes — e a tradição chinesa, conforme a qual o agir virtuoso ocorre de maneira imediata, revelando a incorporação dos padrões corretos na ação como sinais da virtude. O presente ensaio se põe em linhas análogas, senão homólogas: a construção conceitual e teórica dos contratos revela uma racionalidade depurada de elementos diversos do cerne, talvez da

¹ VARELA, Francisco J. *Ethical know-how: action, wisdom, and cognition*. Stanford: Stanford University Press, 1999.

essência, do instituto; a efetiva prática comercial está repleta de saberes-fazer imediatos e percepções claras sobre o que é certo e errado.

Estuda-se a governança a partir da contribuição da prática comercial e contratual, capazes de criar ao longo do tempo e para comunidades específicas um ambiente que inspira confiança suficiente para a efetivação de operações econômicas. Há, aqui, um círculo virtuoso em que as práticas comerciais alimentam o vigor de relacionamentos bilaterais, em pequenos círculos de atores, em setores inteiros e, caso se queira dar razão a Berthold Goldman,² de todo o comércio internacional.

Não se trata, porém, de uma construção simples, na qual a soma das relações bilaterais individualizadas dê uma dimensão clara do que realmente ocorre. Por isso buscam-se noções e conceitos da teoria da complexidade, de maneira a colocar alguns desafios e sugestões para a compreensão da governança negocial horizontal reforçada pelos contratos.

A hipótese central do presente capítulo, porém, é voltada a uma interessante noção de contrato encontrada nos estudos antropológicos de Marcel Mauss em seu estudo clássico sobre o *potlatch*. A apresentação dessa construção e a possibilidade de empregar noção de *dádiva* e a indissociabilidade dos deveres de *dar, receber e restituir* que, embora afastados pela técnica jurídica, permanecem e se recriam na prática social.

2 SOBRE A NOÇÃO DE GOVERNANÇA E SEUS ELEMENTOS PRÓPRIOS

As palavras têm trajetórias curiosas. A interessante analogia de Monteiro Lobato no país da gramática, visitado por Emília e seus companheiros de sítio, propõe uma cartografia em que as cidades representam os idiomas e a distinções entre suas várias partes segue uma hierarquia do uso: quanto mais se emprega uma palavra, mais próxima estará do centro; quanto menos, de bairros pobres e periféricos.³

² GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria. Archives de philosophie du droit*, v. 9, p. 177-192, 1964.

³ MONTEIRO LOBATO, J. B. *Emília no país da gramática*. São Paulo: Editora Brasiliense, 1960.

Nesse ambiente é provável que a palavra “governança”, à semelhança de sua prima lusitana, a “governanção”, tenha saído há pouco do bairro dos neologismos e estrangeirismos, mudando-se para a vizinhança sofisticada e elitista daquelas palavras cujo emprego é revestido de auras de tecnicidade e especificidade. Na cidade da língua inglesa a palavra “governance” é bem mais antiga, como incidências verificadas ao menos desde o século XVI,⁴ mas parece ter sempre habitado regiões bastante periféricas em relação ao central “government” até, há algumas décadas, ter passado a viver em bairro semelhante ao de suas parentes portuguesas.

Ao que parece foi o uso da expressão “good governance” pelo Banco Mundial que impulsionou a popularidade do termo, até porque faltava ao léxico político uma expressão corrente capaz de dar conta da erosão da confiança nas instituições estatais. Seu sucesso, entretanto, não dependeu apenas de seu elevado *pedigree*: já rondava as discussões teóricas e práticas uma noção em busca de um termo. Procurava-se uma palavra ou expressão capaz de dar ares de concretude a uma ideia predominantemente negativa, a de algo que estrutura e coordena o poder, mas *não* se organiza de modo hierárquico, algo que governa mas *não é* um governo.

Assim, sua transferência para as regiões centrais do discurso encontra-se atrelada ao pensamento político, particularmente à compreensão da dinâmica de implementação e avaliação de políticas públicas. De certo modo, pode-se pensar na política pública como um artefato voltado à produção de efeitos desejados em um certo ambiente, mas cujos resultados efetivos são cheios de efeitos colaterais imprevisíveis e, muitas vezes, fracassos retumbantes. Como diria Garrincha, melhor combinar com os russos...

A constatação de que a modelagem de políticas públicas pode reduzir os erros a partir do conhecimento das estruturas e fluxos existentes no ambiente no qual se pretende que produzam efeitos terminou por levar o termo a várias áreas: meio ambiente, organização empresarial, saúde e

⁴ William Tyndale (1494-1536), por exemplo, utiliza o termo: “When the king’s grace came first to the right of the crown, and unto the governance of the realm...” TYNDALE, William. **The practice of our time**, [s.l.], [s.n.], s.d.

várias outras. Como se trata de ambientes complexos, a teorização política tende a revelar a impossibilidade, ou dificuldade extrema, de previsões exatas, mas não consegue prever quais padrões emergirão em cada setor, cada país, cada tempo. Propõe, também, a tendência de alcançar algum equilíbrio, mas não se sabe bem qual.

Uma primeira aproximação ao conceito, portanto, é possível partir do contraste com a noção de “governo”. Mark Bevir, por exemplo, propõe quatro pontos para um balizamento semântico do termo:⁵

1. Refere-se a um padrão mais pluralista de controle que o governo, indo além do Estado para se referir à sociedade civil;
2. Foi disseminado em razão de uma crise de confiança no Estado;
3. Essa crise implicou a crença de que a democracia representativa era implausível; e
4. A resposta dos atores políticos tem sido limitada pela imagem deteriorada da democracia representativa e da expertise política.

Andrew Heywood define o termo de maneira similar:

Governança é um termo mais amplo que governo. Embora não tenha uma definição consensual, ela se refere, em seu sentido mais aberto, às várias formas mediante as quais a vida social é coordenada. O governo pode ser visto como uma das instituições envolvidas na governança; é possível ter governança sem governo. O uso mais difundido do termo reflete uma perda de definição da distinção entre estado e sociedade, a qual resultou de mudanças como o desenvolvimento de novas formas de gerenciamento público e a difusão de parcerias público-privadas.⁶

Nesse sentido, a noção de governança pode ser compreendida a partir da composição de dois núcleos de significado: (1) o primeiro, de sentido

⁵ BEVIR, Mark. *Democratic governance*. Princeton: Princeton University Press, 2010. P.1.

⁶ HEYWOOD, Andrew. *Politics*, 5ª ed. Londres: Red Globe Press, 2019. P. 151.

negativo, afasta a noção de governo, compreendido como aparelho estatal de controle estruturado a partir de hierarquias e fluxos normativos predominantemente verticais, como único ou principal elemento da compreensão e ação política e (2) o segundo, de natureza positiva, apontando para elementos externos ao Estado, tais quais o mercado, as redes e a sociedade civil, como determinantes do efetivo surgimento de padrões regulares de comportamento. Vale dizer, os comportamentos políticos não são exclusivamente determinados por comandos estatais (sentido negativo), mas em uma interação complexa desses comandos com estruturas nas quais os indivíduos e as comunidades estão incrustados (elemento positivo).

A ausência de termos e expressões previamente consolidados e suficientes para albergar esses elementos parece haver garantido o ingresso da noção de governança nos léxicos político, jurídico e econômico. Termos como “regulação” e “globalização” parecem haver se aproveitado do mesmo momento para irem adquirindo suas moradas nos melhores bairros.

Não obstante, continua-se falando muito mais em governo do que em governança. Uma simples pesquisa no motor de busca “Google”, por exemplo, aponta 3,4 bilhões de ocorrências para o termo “government” e 0,3 bilhões para “governance”. “Governança” chega a 21.6 milhões. “governança” a 2,6 milhões e “governo” a 217 milhões.⁷ A relações aproximadas, de cerca de 10 para 1, se repetem em inglês e português.

Além disso, governança e governo são indissociáveis. Em primeiro lugar, o fato da primeira ter, pelo menos por enquanto, uma dimensão negativa mais robusta que a positiva, implica um reforço unidirecional de uso, ou seja, cada vez que se fala em governança, evoca-se o governo, as mais das vezes de modo expresso. Falar de governo, por seu turno, não pressupõe governança. Em segundo lugar, a governança guarda uma tensão interna, pois ao mesmo tempo em que se opõe ao governo, propondo metodologias e compreensões alternativas, é também composta pelo governo, talvez sua dimensão mais importante.

⁷ Pesquisas realizadas aos 20 de fevereiro de 2021 pelo buscador “google.com”.

De outro lado, a discussão das dimensões alternativas de geração de padrões estáveis presumindo uma influência reduzida do Estado aponta duas principais formas alternativas: o mercado e as redes. Nesse sentido, há uma aproximação, por outro ângulo, da tipologia proposta por Karl Polanyi para as formas de integração econômica.⁸

Em síntese grosseiramente apertada, Karl Polanyi propõe que a organização da economia por meio de relações de mercado é historicamente excepcional e muito recente. A estruturação da economia, compreendida como o conjunto de atividades voltadas à manutenção material da vida humana, ocorre em três formas históricas básicas: a reciprocidade (marcada por relações horizontais), a redistribuição (relações verticalizadas e centralização de decisões) e as trocas (relações no mercado).⁹ A reciprocidade é mediada por formas contratuais pré-modernas capazes de articular horizontalmente fluxos econômicos a partir de vínculos estáveis entre comunidades diversas, estabelecidos social e culturalmente, ainda que voltados a uma função econômica: possibilitar algum grau de especialização e troca. A redistribuição é própria da estruturação política e social de uma comunidade, na qual a circulação de bens e fatores de produção segue as mesmas rotas da constituição do poder político. Por fim, as relações de mercado seriam caracterizadas pela troca pura de valores em condições de concorrência, sem relevância da estruturação social de relações horizontais ou verticais, ou seja, na forma de fluxos exclusivamente econômicos.

Embora essa classificação tenha sido elaborada para o campo especificamente econômico, sua aplicação para o estudo da governança é bastante relevante: se as relações no Estado são equivalentes à integração pela redistribuição, as relações de troca e a coordenação horizontal,

⁸ POLANYI, Karl. *The Economy as instituted process*. POLANYI, K; ARENSBERG, Conrad M; PEARSON, Harry W. (Eds.) *Trade and Market in the Early Empires: economies in History and Theory*. Glencoe: The Free Press, 1957. P. 243-270.

⁹ POLANYI, *Economy as instituted...* P. 250: “Empirically, we find the main patterns to be reciprocity, redistribution and exchange. Reciprocity denotes movements between correlative points of symmetrical groupings; redistribution designates appropriational movements toward a center and out of it again; exchange refers here to vice-versa movements taking place as between ‘hands’ under a market system.”

inclusive na forma de redes, são elementos centrais para a compreensão daquilo que o conceito de governança busca, para além de seu sentido negativo, agregar.

Dessa maneira, a manifestação *positiva* da governança é a formação e presença de modos horizontais de formação de consensos e estabelecimento de expectativas socialmente exigíveis sem a necessidade de estruturas verticais de controle político. A forma jurídica mediante a qual se dá roupagem a essa articulação entre os atores é o contrato, fortemente relacionado à reciprocidade constitutiva de redes de circulação. Ao que parece, é a formação desses emaranhados de relações estáveis que deriva a governança, muito mais do que da circulação de valores no mercado. Daí a necessidade de compreender a função dos contratos e sua dinâmica social, para além de seu reconhecimento jurídico.

3 COMPLEXIDADE E MERCADO

O aparecimento de um paradigma da complexidade se relaciona com a busca de compreensão de fenômenos difíceis de descrever e explicar mediante modelos causais e modelos estatísticos. O uso da crescente capacidade computacional e a modelagem matemática de sistemas dinâmicos não lineares possibilitaram novas abordagens em campos como biologia evolutiva, etologia, física e economia.

Existem várias boas introduções para a teoria do complexo, às quais se direciona o leitor interessado em uma noção mais ampla e detalhada.¹⁰ Para os fins relativamente limitados desse ensaio, os conceitos sinteticamente apresentados na Tabela 1 podem ser bons pontos de partida.

¹⁰ Veja-se, por exemplo: CILLIERS, Paul. *Complexity and postmodernism: understanding complex systems*. London: Routledge, 1998; HOLLAND, John H. *Hidden order: how adaptation builds complexity*. Reading (Ma): Helix Books, 1995; JOHNSON, Steven. *Emergence: the connected lives of ants, brains, cities, and software*. New York: Scriber, 2001; MITCHELL, Melanie. *Complexity: a guided tour*. Oxford: Oxford University Press, 2011; WALDROP, M. Mitchell. *Complexity: the emerging science at the edge of order and chaos*. New York: Simon & Schuster, 1992. Uma boa introdução brasileira, por autor do campo do Direito, é FOLLONI, André. *Introdução à teoria da complexidade*. Curitiba: Juruá, 2016.

Tabela 1 - Comportamento dos sistemas adaptativos complexos (CAS)

Auto-organização	Padrões reconhecíveis (pássaros migrando, cardumes de peixes)
Comportamento caótico	Pequenas mudanças (o bater da asa da borboleta) causam grandes efeitos (um furacão)
Comportamento de cauda larga	Eventos raros são mais frequentes do que previsto por uma distribuição normal (gaussiana)
Interações adaptativas	Os agentes da interação modificam suas estratégias conforme a experiência acumulada
Comportamento emergente	Agregados de baixo nível (moléculas de H ₂ O) constroem blocos de níveis mais elevados (água) em interações não lineares (o nível mais elevado apresenta propriedades que não são o resultado da mera soma dos elementos)

Elaboração própria a partir de conceitos de John Holland.¹¹

É relativamente fácil correlacionar os aspectos do comportamento de sistemas adaptativos complexos às noções de governança, sobretudo na sua dimensão positiva, entendida como a possibilidade de direcionar e controlar comportamentos sem emprego de uma estrutura hierarquizada e de fluxos normativos verticais. É o que se busca na Tabela 2.

Tabela 2 - Comportamento dos sistemas adaptativos complexos (CAS) e governança

Auto-organização	Identificam-se padrões de comportamento harmônicos sem o recurso a normas positivadas e sistemas de efetivação forçada.
Comportamento caótico	Pequenas mudanças (aumento de 5% da alíquota de um imposto) causam grandes efeitos (deslocamento dos contribuintes para outra jurisdição).
Comportamento de cauda larga	A previsibilidade de mercados financeiros, alguns mercados cambiais e alguns mercados de commodities têm caudas mais largas do que seria esperado em uma distribuição gaussiana.
Interações adaptativas	Estratégias de evasão e elisão fiscal preveem estratégias do Estado para tornar os impostos efetivos e vice-versa.
Comportamento emergente	Agregados de baixo nível (comportamento dos consumidores — por exemplo, quero comer um pão) constroem blocos de níveis mais elevados (determinação do conjunto de bens produzidos e comercializados — por exemplo, 5.000 colheitadeiras de trigo i.a.) em interações não lineares (a produção de colheitadeiras não resulta da soma das vontades de comer pão)

¹¹ HOLLAND, John H. *Complexity: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2014. P. 7-10.

Esses elementos característicos da complexidade são encontrados, portanto, em aspectos específicos de economias, particularmente aquelas comandadas pelo mercado.

Para uma melhor compreensão, o termo “mercado” pode ser mais bem definido para os fins do presente trabalho, deixando claro, desde logo, que sua utilização normal é bem mais ampla e com diferentes núcleos de significado. Para os fins desse capítulo, porém, entende-se “mercado” como o universo de interações mediadas por uma forma específica de interações, para a qual a (1) única ação relevante é a troca, entre dois titulares, de um bem por dinheiro e (2) os únicos indicadores para a realização dessas ações são as características do bem e a quantidade de dinheiro. Por exemplo, “João comprou de Pedro uma batata por um dólar americano” é uma operação de mercado.

Para que o mercado funcione *perfeitamente* há uma série de condições de concorrência, as quais correspondem à inexistência de qualquer perturbação externa que não seja efetivamente expressa em termos de qualidade dos bens e preço em moeda. A magia ocorre exatamente porque um amplíssimo conjunto de trocas sem qualquer estruturação hierarquizada é capaz de gerar cidades, edifícios, colheitadeiras e aeroplanos, além, claro, das batatas. É óbvio que isso inexistiu na realidade, até porque esse mercado desincrustado da política e da sociedade jamais existiu. Seria historicamente impossível.¹²

Por seu lado, tampouco parece possível pensar em uma economia capaz de funcionar apenas mediante instrumentos de integração vertical. Só se fosse possível evitar qualquer forma de interação entre indivíduos e, sobretudo, a formação de grupos e comunidades, poderia ocorrer a completa absorção por uma estrutura verticalizada de fluxos de todas as decisões sobre produção, distribuição e consumo de bens econômicos. Além disso, para retomar a classificação de Polanyi, as formas horizontais de integração econômica já existiam antes da formação de economias de mercado.

¹² Para importantes abordagens sobre as origens históricas e institucionais da economia de mercado, veja-se, *i.a.*, Ellen M. WOOD. *The origin of capitalism: a longer view*. Londres: Verso, 2002; Karl POLANYI. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 1957.

4 CONTRATOS COMO ESTRUTURANTES DE REDES

Pode-se, sobretudo na tradição do *common law*, definir o contrato como “uma promessa, ou conjunto de promessas, que o Direito efetivará ou, ao menos, reconhecerá de algum modo”.¹³ A juridicidade, portanto, decorre de um *reconhecimento* de uma situação de fato pela Ordem jurídica, de modo a possibilitar o uso do poder e das instituições estatais para a produção de efeitos, até mesmo por meio do uso da força. Mesmo sem pretender afirmar a existência de um Direito natural atributivo da facticidade das relações contratuais, é fato que inúmeras promessas e acordos se constituem e funcionam socialmente sem necessidade de apoio estatal; há, para dar um exemplo radical, várias operações com objetos manifestamente ilícitos, proibidos pelo Direito, cuja existência e caráter socialmente vinculante são inequívocos, como na produção e distribuição de entorpecentes e drogas.

Ainda que com eventual presença de estruturas verticais de garantia dessas relações e fluxos — o chamado “crime organizado” — destaca-se a força das relações horizontais como constitutivas de redes de relacionamento e confiança capazes de criar um ambiente adequado à regularidade dos fluxos. Em outros termos: a função formativa dos vínculos horizontais se desenvolve de modo próprio e efetivo, gerando formas de estabilização capazes de sustentar o planejamento e a especialização, independentemente de reforço vertical, ainda que deste possa se beneficiar.

Como, então, se dá o fortalecimento contratual dos vínculos horizontais?

Algumas pistas importantes se encontram no texto de Marcel Mauss sobre a dádiva (*don*, *gift*, e *don* para os equivalentes em francês, inglês e

¹³ Nos Direitos da tradição do *common law* a definição de contratos constantemente aparece sem referência a um acordo de vontades, dando-se maior ênfase à ideia de uma promessa cujo cumprimento possa ser exigido nos tribunais estatais. Por exemplo, fala-se de contrato como “a promise, or set of promises, that the law will enforce or at least recognize in some way”, conforme E. Allan FARNSWORTH, *Contracts*, 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004. P. 3.

espanhol). Publicado em 1924,¹⁴ é bastante conhecido e, não obstante sua idade quase secular, sua compreensão das relações constitutivas das percepções a respeito de deveres e obrigações ainda inspira reflexões importantes em matéria contratual.

Trata-se, importa mencionar, de trabalho de antropologia econômica comparativa, ressaltando estruturas de atribuição, transferência e criação de valores em diferentes sociedades arcaicas. Sem pretender entrar nas discussões próprias do campo de origem desse estudo, é possível destacar a identificação, pelo autor, de três obrigações (*obligations* no original) relacionadas à entrega graciosa de um bem por meio de estruturas que gravitam entre a doação e o comodato. É evidente o sentido de “obrigações” não ser o tecnicamente aceito, no sentido de uma relação jurídica pessoal e patrimonial que vincula a pretensão de um sujeito ativo à realização de um objeto pelo sujeito passivo. Trata-se, mais propriamente, da noção ampla de deveres.

Em particular, ao tratar do “*potlatch*” das tribos do nordeste da América do Norte, o autor menciona três obrigações: dar, receber e restituir.

As três obrigações são complementares, inseparáveis e inelidíveis. A eventual recusa em oferecer a dádiva implica uma espécie de rebaixamento, a percepção uma requalificação de *status* para baixo, dada a atuação em desconformidade com o que legitimamente se espera. Por outro lado, a recusa em receber também é inapropriada, embora ela jamais ocorra sem impor um ônus: “Mas, em princípio, toda dádiva sempre é aceita e, inclusive, elogiada. Deve-se apreciar em voz alta a comida que foi preparada para si. Mas ao aceitá-la, sabe-se que se constitui um compromisso.”¹⁵

A obrigação de restituir, normalmente como juros, é igualmente impositiva. No exemplo apresentado, quem recebe uma manta por ocasião da realização de um serviço, devolverá duas mantas por ocasião de um casamento na família do chefe. Seu descumprimento pode, inclusive, gerar

¹⁴ Marcel MAUSS. Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques. *L'Année Sociologique*, T. 1. Paris: Librairie Félix Alcan, 1923-1924. P. 30-186.

¹⁵ Marcel MAUSS, *Essai sur...* P. 106.

escravidão por dívida.¹⁶ Não obstante, a realização da obrigação de restituir não implica um completo encerramento da relação, mas sua continuidade, pois, ao mesmo tempo, se consubstancia em um novo dar/receber e ensejando novo dever de restituir.

O ato de dar, desde logo, estabelece relações espelhadas entre o doador e o receptor: a *solidariedade*, pois o doador compartilha valor, e *superioridade*, pois o receptor passa a ser devedor, a ponto de se configurar alguma dependência, pelo menos até que se restitua a dádiva.¹⁷ Essas posições não são fungíveis, pois não admitem formas de compensação, mas apenas uma dinâmica de trocas *dentro do vínculo*.

Há, portanto, uma forma de perpetuação e aprofundamento dos vínculos entre as comunidades, o que fortalece canais de trocas horizontalmente mediados, em uma forma que guarda alguma similaridade com a integração horizontal identificada por Karl Polanyi. Como bem lembra o próprio Marcel Mauss, há um preconceito recorrente em considerar a simples troca como característica das sociedades arcaicas, enquanto a venda e o crédito teriam sido uma construção das sociedades modernas.¹⁸

Das múltiplas leituras e consequências relacionadas a esse seminal trabalho de Marcel Mauss, o que importa aqui é a capacidade de constituição e reforço de vínculos por meio das dádivas e restituições. Seria, evidentemente, equivocado afirmar que a estruturação dos vínculos por meio dessas articulações em rede seria *independente* de pressupostos sociais e culturais doadores de sentido às obrigações componentes da dádiva. O caráter espiritual e religioso evidencia a presença de um robusto reforço de sentidos e compreensões compartilhadas sobre esses atos.

Ocorre que, não obstante a existência dessa estrutura subjacente de sentidos e compreensões, a articulação horizontal das obrigações constitui uma rede cujas propriedades não são um resultado puro e sim-

¹⁶ Marcel MAUSS, *Essai sur...* P. 108.

¹⁷ Maurice GODELIER. *The enigma of the gift*. Cambridge: Polity Press, 1999. P. 12.

¹⁸ Marcel MAUSS, *Essai sur...* P. 92-93.

ples das características e propriedades do meio de onde emerge. Não é possível, por exemplo, prever como será a rede de relacionamentos horizontais a partir do conhecimento, ainda que detalhadíssimo, das regras estruturantes.

A capacidade estruturante dos vínculos constituídos por meio das obrigações depende de sua permanência e, portanto, da sua imanência para além da simples exigibilidade jurídica. Daí a importância da proximidade entre os atos jurídicos e aqueles de natureza mágica, ainda que seja possível uma separação teórica entre feitiçaria e Direito.¹⁹

Coloca-se, aqui, uma questão importante para a compreensão das estruturas de redes entre contratantes na atualidade: onde residem as diferenças entre a estruturação das relações horizontais de sociedades arcaicas que apresentem dinâmicas similares às descritas por Marcel Mauss para o *potlatch* e as próprias das sociedades modernas?

Uma solução possível vem da própria classificação de Karl Polanyi: a integração horizontal seria, pelo menos em grande medida, substituída pela integração mediante relações de mercado, onde os únicos aspectos relevantes das operações são as características dos bens e a quantidade de moeda envolvida. Nesse ambiente, a circulação por meio de sucessivas compras e vendas, muitas das quais esgotadas mediante prestações simultâneas (negócios à vista), se daria independentemente da constituição de vínculos duradouros. Mesmo nas operações envolvendo crédito (mútuo, pagamento por meio de títulos de crédito etc.) a extinção do vínculo contratual decorre do puro e simples aperfeiçoamento da prestação final, sem qualquer resquício da continuidade pela contínua renovação dos deveres de dar, receber e restituir.

¹⁹ Marcel MAUSS; Henri HUBERT. Esboço de uma teoria geral da magia. (Georges GURVITCH, org.) *Sociologia e Antropologia*: Marcel Mauss. São Paulo: CosacNaify, 2003. P. 56: “O Sistema da obrigação jurídica foi associado à magia em razão de haver, de parte a parte, palavras e gestos que obrigam e vinculam, e formas solenes. Mas, se com frequência os atos jurídicos têm um caráter ritual, se o contrato, os juramentos, o ordálio são sob alguns aspectos sacramentais, é porque eles se misturam a ritos, sem que sejam ritos por si mesmos. Na medida em que têm uma eficácia particular, em que fazem mais do que estabelecer relações contratuais entre indivíduos, eles não são jurídicos, mas mágicos e religiosos.”

Para maior clareza, características bem assentadas na teoria jurídica contemporânea das obrigações, como a possibilidade de substituir o sujeito ativo da obrigação sem necessidade de anuência do sujeito passivo e a proibição de vínculos contratuais permanentes, bem adequadas a negócios em ambiente de mercado, seriam estranhas para as sociedades arcaicas estudadas por Mauss.

Outra solução vem da proposta de Henry Sumner Maine no sentido de que há um movimento do *status* para o contrato na medida em que as sociedades primitivas se aproximam das modernas.²⁰ A ideia central desta importante consideração, para além de eventuais discussões semânticas sobre o uso pelo autor de “*status*” e “*contract*”, é a de uma crescente abstração da relação mediante a perda de importância de elementos subjetivos referentes à situação social dos integrantes da relação jurídica. É, nesse sentido, inegável o fundamento das obrigações apontadas por Mauss em estruturas subjacentes que regulam o *status* das pessoas e, destarte, o reforço mútuo da estrutura subjacente, por um lado, e da rede de vínculos indissociáveis, pelo outro. No mundo da abstração essas preocupações com o *status* dão lugar ao temor das sanções e, portanto, fazem com que os deveres sejam coextensivos à exigibilidade jurídica passível de concretização por meio do uso do poder do Estado; daí a noção de contrato como promessa juridicamente exigível.

Assim, a concepção jurídica contemporânea de contrato não enseja a estruturação de vínculos resistentes e resilientes em razão de sua própria existência e constituição, pois:

1. A ideia de vínculos pessoais permanentes é rejeitada pelo Direito contemporâneo;
2. O funcionamento do mercado leva a uma maior abstração em relação aos sujeitos, inclusive por meio de um aprofundamento à medida que se multiplicam os instrumentos de circulação de créditos e de posições;

²⁰ Henry Sumner MAINE. *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relations to modern ideas*. Boston: Beacon press, 1963 [1861]. P. 164-165.

3. O Direito contemporâneo se afastou das formas mágicas e ritualísticas de formação dos deveres, substituindo-as na tradição romano-germânica pela noção de consenso sobre as declarações das partes e fazendo com que a eficácia dos deveres entre as partes dependa apenas da exigibilidade jurídica de seu cumprimento; e
4. Essa mesma abstração possibilita o predomínio de formas de compensação e indenização baseadas no cálculo de equivalências monetárias,²¹ de maneira a relativizar a importância do vínculo por meio do estabelecimento de um parâmetro quantitativo de medida.

Nesse contexto, deve-se pressupor um potencial relativamente baixo de articulação de redes a partir da noção contemporânea dos contratos, pois a vinculação jurídica tende a se encerrar concomitantemente à operação. Por isso a própria discussão sobre a coligação contratual é mais concentrada na afirmação de vínculos decorrentes de uma unidade operacional, mais do que sobre a permanência histórica de vínculos em uma dada comunidade de atores.

Mas, pelo menos intuitivamente, a estrutura desses deveres interconectados de dar, de receber e de restituir descritos há quase um século por Marcel Mauss para as sociedades arcaicas — um ambiente bem diferente do atual — ainda fazem bastante sentido.

5 CONTRATOS COMO ELEMENTOS DA GOVERNANÇA

A hipótese é a seguinte: os deveres descritos por Marcel Mauss para as dívidas têm correspondentes homólogos na formação de redes contemporâneas de relações persistentes no campo dos negócios. São, portanto, elementos estruturantes de governança profissional e setorial, com extensão transnacional.

²¹ É importante mencionar a preponderância, nos Direitos de tradição do *common law*, do remédio de perdas e danos, nomeadamente os “*damages*”, em detrimento de meios de execução específica. Nesse sentido, veja-se Dário MOURA VICENTE. *Direito Comparado: obrigações*, vol. II. São Paulo: Almedina, 2018. P. 270-307.

Isso pode ser explicado por aquilo que Maurice Godelier identificou como uma forma dupla de acoplagem. Isso porque do ato de *dar* decorre o seguinte:²²

Dois movimentos opostos estão, assim, contidos no mesmo ato. O dom reduz a distância entre os protagonistas pois é uma forma de compartilhamento e aumenta a distância social entre eles, pois um está, agora, em dívida com o outro. É fácil divisar o formidável leque de possibilidades e estratégias virtualmente contidas na realização das dádivas e a gama de interesses contraditórios que podem ser favorecidos.

Dentre as possibilidades derivadas da estruturação do duplo vínculo está a formação de redes com algumas hierarquias internas.

Dá-se, aqui, um passo arriscado, posto que um aspecto importante da perspectiva de Mauss é ressaltar a diferença entre sociedades regidas por articulações sobrenaturais e dominadas pela prática de oferecer as dádivas e, em contraste, a sociedade atual, onde o cálculo econômico da lucratividade orienta a atuação no mercado²³. Essa dicotomia é particularmente importante enquanto atrelada às evidências de que as sociedades arcaicas não se movem pela lógica do *homo oeconomicus* e, portanto, da modelagem do agir humano a partir dos pressupostos do neoclassicismo econômico; simplesmente não se busca o pleno uso do trabalho; tampouco se privilegia a produção de excedentes²⁴.

Essa constatação é importante na medida em que não admite a reutilizabilidade dos vínculos constituídos em torno de dádivas e intercâmbios

²² Maurice GODELIER; *The enigma...* P. 12.

²³ Maurice GODELIER; *The enigma...* P. 14.

²⁴ Maurice GODELIER. Excedente econômico e exploração. *Godelier*. CARVALHO, Edigard de Assis (Org.). São Paulo: Ática, 1981. P. 37-46. Em particular, p. 37-8: “O resultado geral desses estudos, infelizmente ainda pouco numerosos, é que o homem primitivo trabalha pouco e trabalha de forma descontínua para cobrir o conjunto das suas necessidades. Em quase todos os casos, as sociedades primitivas poderiam produzir um excedente, mas não o fazem. (...) A existência de um excedente potencial ou real não acarreta automaticamente um desenvolvimento econômico, como propendem a crê-lo muitos economistas.”

de coisas à uma conformação estrita e exclusivamente econômica, nem estrita e exclusivamente sustentados pela imposição estatal de sanções e potencial uso da força. Admite-se, assim, a possibilidade de um *plus* espiritual, sobrenatural ou simbólico; esse resíduo persistente à absorção econômica e jurídica não chega a ser integralmente capturado e, desse modo, preserva um potencial *constitutivo* das relações.

Esse caráter constitutivo é reforçado pela estrutura de diferimento temporal entre o *dar* e o *restituir* que, como aponta Pierre Bourdieu, permite a convivência de uma dupla verdade da dádiva: por um lado composta por atos voluntários desinteressados, por outro lado dependente de uma restituição por equivalente, na forma de uma troca econômica²⁵. Assim a dádiva se constrói na tensão entre um desprendimento que simboliza a solidariedade, ao mesmo tempo em que obriga uma contraprestação e, assim, mantém o vínculo subjetivo por meio de uma hierarquização até que se restaure, supostamente, um equilíbrio.

Não obstante é possível buscar alternativas teóricas voltadas a afastar esse aspecto transcendental. Nesse sentido, a estruturação de redes de potenciais contratantes encontra considerável apoio em análises recentes. Nesse sentido é possível indicar duas tendências atuais de explicação: (1) a temática da cooperação em condições de anarquia, tal como concebida por Robert Axelrod²⁶ e bastante discutida nas Relações Internacionais;²⁷ (2) a temática da importância da confiança na estruturação de redes sociais.²⁸

²⁵ Pierre BOURDIEU. *Méditations pascaliennes*. Paris: Seuil, 1997.

²⁶ Robert AXELROD. *The evolution of cooperation*. Nova Iorque: Basic Books, 1984.

²⁷ *I.a.* Robert AXELROD; Robert O. KEOHANE. *Achieving cooperation under anarchy: strategies and institutions*. David BALDWIN (ed.) *Neorealism and neoliberalismo: the contemporary debate*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993. Alcindo GONÇALVES; José Augusto Fontoura COSTA. *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011. Andreas HASENCLEVER; Peter MAYER; Volker RITTBERGER. *Theories of international regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

²⁸ Lisa BERNSTEIN. *Opting out the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry*. *The Journal of Legal Studies*, v. 21, n. 1. 1992. Pp. 115-157. Mark GRANOVETTER. *Economic action and social structure: the problem of embeddedness*. *American Journal of Sociology*, v. 91, n. 3. 1985. Pp. 481-510. Emily KADENS. *The dark side of reputation*. *Cardozo Law Review*, v. 40, n. 5. 2019. P. 1995-2027. Stewart MACAULAY. *Non-contractual relations in business: a preliminary study*. *American Sociological*

Ambas as correntes encontram na formação de redes e relações formas de explicação para a emergência de canais estáveis para a realização de operações; a primeira utiliza, principalmente, a comprovação de que atitudes cooperativas tendem a incrementar benefícios e, portanto, são economicamente sustentáveis. Nesse sentido, utiliza com frequência explicações da teoria dos jogos com reiterações do dilema do prisioneiro.

A segunda corrente põe a noções como confiança e reputação no centro das discussões. Em princípio, isso possibilita o fortalecimento de relações entre agentes determinados, sendo capaz, porém de criar um efeito generalizado: a confiança em um determinado meio social. Como descreve Robert Putnam,²⁹ exerce-se uma espécie de solidariedade socialmente dispersa, conforme a qual uns ajudam os outros sem buscar um resultado imediato, mas na esperança de que, no longo prazo, essas atitudes reverberem e retornem para si. Noções populares como a de uma “corrente do bem” ou de leis de justiça cósmica são parte da sensação e sentido que derivam dessa percepção geral.

Existem, é certo, relações óbvias entre essa atitude e a pressão social contra aqueles que atuam como oportunistas. Daí, também, a evidente possibilidade do fortalecimento de uma ética de cooperação por meio da participação em instituições formais (associações, igrejas, clubes etc.) e a relação com o tamanho da comunidade, já que quanto menor a comunidade, maior será a difusão da notícia de comportamentos desviantes. É possível, ainda, verificar a difusão de éticas e etiquetas a partir da centralidade de campo e a busca por alcançá-la, em termos mais aproximados à sociologia de Pierre Bourdieu.

A posição de Mauss é mais próxima desta segunda leitura, especialmente no sentido da percepção das trocas como algo que supera a simples circulação de mercadorias e dinheiro em um âmbito que se supõe despersonalizado, pois a atomização é um dos pressupostos da concorrência

Review, v. 28, n. 1. 1963. Pp. 55-67. Robert D. PUTNAM. *Bowling alone: the collapse and revival of American community: empirical foundations, causal mechanisms, and policy implications*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2000.

²⁹ PUTNAM, *Bowling...* Pp. 134-147.

perfeita. A identificação de economias de troca fora das estruturas sociais e políticas do capitalismo moderno revelam as múltiplas utilidades das dádivas³⁰, o que pode ser estendido para quaisquer relações com obrigações contínuas ou diferidas, bem como para ambientes de reiteração frequente de trocas simples.

Por isso é importante compreender como a descrição de Mauss, particularmente as três obrigações relacionadas com as dádivas, se relacionam com as formas modernas de redes setoriais e a criação de éticas embasadas por exigências de comportamento confiável e cooperativo.

A hipótese aqui apresentada é a seguinte: a revelação das obrigações de receber e de restituir, próprias da dádiva, evidenciam dimensões externas aos cálculos econômicos imediatamente expressos nas relações contratuais. Nesse sentido, a redutibilidade a vantagens calculáveis — como proposto pela linha da cooperação em condições de anarquia e fundamento na teoria dos jogos — segue um caminho diferente, pois pressupõe a possibilidade de explicar integralmente o vínculo a partir de uma métrica quantitativa única, potencialmente representável em termos monetários.

A linha da explicação do vínculo com o sujeito a uma lógica peculiar e diversa é própria da Antropologia Econômica e da Sociologia Econômica, de tradição weberiana e marxista.³¹ A Economia Comportamental parece corroborar a ideia de dois registros de relações, um regido pelo mercado e outro construído por relações sociais, embora aqui impere a noção de conversibilidade de relações sociais naquelas mediadas pelo mercado.³² Por fim, ainda que sem qualquer pretensão de esgotar temática tão rica e ampla, as relações entre as estruturação dos campos sociais e a conversibilidade de capital simbólico e social em capital econômico, conforme abordadas por

³⁰ Richard R WILK; Lisa CLIGGET. *Economies and Cultures: foundations of economic anthropology*, 2nd ed. Cambridge (MA): Westview, 2007. P. 160-161.

³¹ Neil J. SMELSER; Richard SWEDBERG. *Introducing Economic Sociology*. Neil J. SMELSER; Richard SWEDBERG (orgs.). *The handbook of Economic Sociology*, 2a ed. Princeton: Princeton University Press, 2005. P. 3-25.

³² Dan ARIELY. *Predictably irrational: the hidden forces that shape our decisions*. Nova Iorque: Harper Collins, 2008. P. 68-88.

Pierre Bourdieu, apresenta uma solução sutil à tensão entre valores econômicos (medidos em pecúnia) e socialmente constituídos (estruturados posicionalmente na dinâmica de centralidade dos campos): embora seja possível “converter” capital simbólico em econômico e vice-versa, não se trata de um equacionamento linear e facilmente quantificável.³³

Em apertada síntese: (1) a ideia de cooperação anárquica explicada a partir dos jogos pressupõe uma redutibilidade dos vínculos sociais aos quantitativos econômicos, suficientes para explicar os primeiros; (2) a Sociologia Econômica desafia a ideia de intermediação pura dos ambientes de mercado para assumir a necessidade de estruturação institucionalizada ou, ao menos, constituição pressuposta de vínculos sociais. Nessa perspectiva, as operações no mercado são dependentes da composição de estruturas sociais, irredutíveis a relações puramente econômicas; e (3) a perspectiva de Pierre Bourdieu, que trata a conversibilidade de capital econômico e simbólico como um fenômeno que opera em duas direções e estabelece um campo de tensão onde a redução é destrutiva do próprio valor. Onde, nessa perspectiva, se coloca a dinâmica das dádivas proposta por Mauss?

Não se trata, evidentemente, de uma dinâmica de redução ou conversão entre um campo econômico e outro social. Não apenas antes de Weber, mas antes do próprio mundo em que Weber viveu, essa perspectiva não teria sentido. A proposta de Marcel Mauss no sentido da formação de uma antropologia dos fenômenos econômicos parte de um anacronismo dos instrumentos de análise, pois a compreensão de uma esfera especificamente econômica é estranha às sociedades analisadas; não se empregam, aí, estruturas e categorias extraídas da própria observação, mas a explicação de uma cultura para aqueles que vivem em outra, o que é impossível sem uma linguagem de transição que se componha de elementos estranhos de uma a outra. Não se trata, evidentemente, da na-

³³ I. a. Pierre BOURDIEU. *Las estructuras sociales de la economía*. Buenos Aires: Manantial, 2001; *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001; *Condição de classe e posição de classe*, in *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva. Para uma introdução rápida ao assunto, Pierre BOURDIEU. *The forms of capital*. Richard SWEDBERG; Marc GRANOVETTER (orgs.) *The sociology of economic life*. Boulder: Westview, 2001.

turalização do mercado, mas da busca da compreensão das dinâmicas de trocas como elemento de reprodução social da vida material em culturas alheias à integração do mercado. A temática bourdiana das conversões de tipos diversos de capitais, aliás, tampouco faz sentido nas sociedades estudadas por Mauss.

O central, aqui, é compreender o caráter *constitutivo* dos deveres de *receber* e *restituir*. Se contrastados com o tipo contratual da doação, definida como “contrato em que uma pessoa, *por liberalidade*, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra” (CC, Artigo 538, *itálico agregado*), observa-se a artificialidade da ideia de “liberalidade”. É praticamente desprovida de sentido a ideia de um benefício que se concede sem expectativas de alguma forma de retorno, ainda que na forma geral de solidariedade socialmente dispersa. A doação aparece como tal porque *o retorno esperado não é, e talvez nem possa ser, expresso em termos patrimoniais* e, por razões práticas e éticas, ficam fora tanto da exigibilidade jurídica quanto do tráfico mercantil. Os marcadores simbólicos dos deveres de *receber* e *restituir*, porém, encontram-se claramente associados aos presentes.

O que chama a atenção nas categorias de Mauss é o fato de o cumprimento do dever de *restituir* não anular a relação. Uma breve digressão pode ajudar a compreender o assunto.

A percepção geral é de que, sobretudo em um contrato sinalagmático de prestações supostamente equivalentes, como seria o de compra e venda mercantil, o cumprimento cruzado das obrigações cancela os deveres e as partes estão livres de quaisquer vínculos derivados desse contrato. Busca-se obter um efeito similar — talvez com maior sucesso — nas trocas de presentes estruturadas como brincadeiras de amigo secreto. Em sua forma mais perfeita elas evitam as trocas bilaterais, gerando um fluxo das dádivas em círculo; além disso, em regra são estabelecidos parâmetros monetários mínimo e máximo, de modo a evitar comportamentos oportunistas e exibicionistas, respectivamente. Vale a pena pensar na seguinte hipótese: as brincadeiras de amigo secreto não têm a finalidade de restringir o gasto com presentes (o motivo normalmente proclamado), mas

o de evitar o fortalecimento de vínculos bilaterais por meio de uma compensação decorrente da equivalência de valor que circula no grupo; assim, privilegia-se o vínculo com a comunidade, não de pares preferenciais. O amigo secreto, com eficiência até maior do que a relação sinalagmática de prestações equivalentes, anula a constituição das relações ao compensar os valores e, ao mesmo tempo, evita o reforço da reciprocidade ao deslocar o dever de *receber* como resultado da dádiva.

Com efeito, o dever de *receber* não é anulado com o cumprimento das obrigações avançadas, as quais possibilitam uma mitigação mútua entre as prestações, tendente à compensação na compra e venda e ao deslocamento do dever de *restituir* para um campo ético, moral ou sobrenatural nas doações (dádivas, *potlacht*). Esse mecanismo de reforço influi tanto no adensamento da relação entre as partes envolvidas e no reforço da percepção geral de benefício resultante da difusão do agir correto. Observe-se que, embora o sucesso econômico seja obviamente relevante, é a atenção às estruturas componentes da ética de uma determinada comunidade que validam o sucesso da relação em termos de reforço do dever de *receber*.

As trocas econômicas, portanto, desempenham uma importante função na manutenção das estruturas sociais que a sustentam, sobretudo no reforço de formas de agir consistentes com uma realidade social subjacente.³⁴ Sugere-se, a partir da análise das dádivas por Marcel Mauss, que o reforço do dever de receber e o eventual deslocamento de expectativas a respeito do dever de restituir servem para a composição de um modelo básico de regras gerais.

O esquema geral é de que o ato de dar implica deveres de receber e restituir. O dever de receber é reforçada a cada realização das operações e o dever de restituir é normalmente deslocado para uma obrigatoriedade derivada eticamente do ato de dar, mas reforçada externamente por algo que varia de poderes mágicos e justiça cósmica ao emprego sistemático

³⁴ Nesse sentido, particularmente em torno da noção de *institutionalization*, veja-se a abordagem clássica de Peter L. BERGER; Thomas LUCKMANN. *The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge*. Garden City (NY): Anchor, 1966.

de sanções jurídicas, passando por diversas formas, mais ou menos institucionalizadas, de pressão social.

Esse esquema admite duas posições básicas de relação. Ambas consideram um sujeito realizando a dádiva e descreve sua relação com os demais. A primeira, fechada, concentra os deveres de receber e restituir no mesmo sujeito. A segunda, aberta, localiza o dever de receber em um sujeito e o de restituir em outro sujeito, que pode ser determinado (amigo secreto) ou indeterminado (reciprocidade socialmente dispersa). Isso permite constituir relações (1) bilaterais, em que as relações são fechadas e o reforço recai sobre as próprias partes; (2) circulares, em que as relações são abertas, com sujeitos determinados e com reforço na solidariedade do círculo na forma de identidade; (3) em redes amplas, com relações fechadas e abertas, com arquiteturas mais ou menos complexas.

6 CONCLUSÃO

Uma primeira observação resultante da retomada da noção de dádiva em Marcel Mauss remete à crítica de algumas abstrações do Direito contemporâneo que parecem não ser integralmente compatíveis com a realidade social. Especificamente a respeito do modelo teórico de contrato aceito pelo senso comum dos juristas, observam-se limitações funcionais do conceito de modo a não abarcar expectativas e estratégias de relacionamento social que têm forte influência no comportamento das partes. Isso decorre (1) da necessidade de retirar do campo contratual expectativas que não possam ser convertidas em dados patrimoniais e (2) de evitar a constituição de vínculos permanentes de natureza obrigacional, em contraste com a prática social efetiva de buscar, em muitos casos, a conservação dos vínculos com caráter permanente.

Trata-se de limites técnicos para o alcance da proteção dada pelo Direito que são compatíveis com a noção de mercado como espaço atomizado e, portanto, despessoalizado de troca de bens por pecúnia. Historicamente, aliás, são importantes para a ruptura das estruturas sociais feudais e corporativas que contrarrestavam o amplo desenvolvimento

das forças produtivas. Porém, como se destaca nas operações comerciais internacionais, elementos de continuidade e de reforço dos vínculos por meio de expectativas não jurídicas, indicam a resiliência de formas existentes em outros arranjos de circulação econômica — inclusive as identificadas por Mauss em sociedades arcaicas — de maneira a cobrir tanto as redes relacionais setoriais institucionalizadas, como a dos comerciantes de diamantes de Bernstein, quanto formas contratuais relacionais com incentivos para a cooperação entre partes e longa duração, como na criação de sociedades de propósito específico. As expectativas e continuidades sociais, por hipótese, não são uns meros elementos vestigiais, mas blocos de conformação das relações humanas passíveis de múltiplos usos. Para retomar Polanyi, servem, *i. a.*, às reciprocidades vertical, horizontal e de mercado. Nesse sentido, a impossibilidade de conversões perfeitas entre o econômico e o social revelam a necessidade de buscar outras formas de compreensão.

A dádiva parece ser um desses blocos — talvez o único ou um dos predominantes. A partir de um esquema simples de relações, que parece fazer sentido para bem além do sistema para o qual foi elaborado, é possível buscar descrever fluxos reflexivos de reforço não apenas das próprias relações, mas de um modelo comportamental adequado. Trata-se, portanto, de um fenômeno de auto-organização a respeito do qual é possível discutir as transformações adaptativas.

Mais do que isso: a regra inicial não é determinante do resultado em termos de acoplagens historicamente constitutivas das redes efetivas. Há uma dependência histórica entre os padrões de formação de uma rede específica, o que possibilita a discussão da hipótese de se há comportamento caótico, com supredependência de situações iniciais mínimas, ou se as regras implicam formas específicas de interação. No mesmo sentido, hipóteses sobre o comportamento de cauda larga fazem sentido nesses tipos de redes.

Decerto, a possibilidade de produzir governança, a partir da estruturação das relações em setores e emergência de formas socializadas e institucionalizadas de redução de incertezas, pode ser estudada como uma

forma de comportamento emergente em que o sucesso de uma forma básica de acoplagem (ato de dar — dever de receber — dever de restituir) é inter-relacionado com blocos de níveis mais elevados impossíveis de explicar como mera soma dos elementos.

Tanto o fortalecimento de vínculos entre atores econômicos, quanto a emergência de padrões comportamentais convertidos em regras e instituições socialmente inevitáveis, ainda que juridicamente inexigíveis, favorecem a noção de governança. Em seu sentido positivo, as redes constituídas por operações econômicas efetivas e os variados graus de institucionalização social estabelecem uma realidade social suficientemente consistente para gerar a utilíssima sensação de segurança e confiança. Em seu sentido negativo, as relações com o Estado não são propriamente simples, pois este desenvolve modos de absorção, participação e regulação que podem fazer sentido em setores e condições econômicas diferentes. Não obstante, a compreensão da dinâmica das redes sociais complexas e da acoplagem por meio do contrato, compreendido como portador dos três elementos propostos por Mauss, pode ser bastante útil para o desenvolvimento de um melhor conhecimento e consciência sobre o funcionamento setorial e, nesse sentido, serve para a gestão racional da governança e o desenvolvimento de estratégias públicas e privadas.

INDICADORES DE COMPLEXIDADE EM INSTRUMENTOS CONTRATUAIS: UMA PROPOSTA DE APROXIMAÇÃO DA COMPLEXIDADE DOS CONTRATOS

Ely Caetano Xavier Junior

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da complexidade contratual é tanto evidente quanto mal compreendido. Se pode existir um consenso de que alguns contratos são complexos, a definição do que caracteriza essa complexidade é comparativamente menos precisa. Igualmente imprecisos são os contornos da ideia de complexidade em outros campos do conhecimento, bem assim como a própria existência de uma ciência da complexidade.¹ No que se refere aos contratos, a noção de complexidade se soma a uma miríade de outros atributos—incompletude e atipicidade, por exemplo—que se situam nas fronteiras de uma teoria concebida para os ajustes racionais entre as vontades de Caio, Tício e Mévio. Lidar com algum grau de imprecisão no limiar do caos parece, no entanto, bem apropriado ao estudo de contratos complexos e, mais precisamente, a um estudo que procura estabelecer métodos para identificar os contornos da complexidade dos contratos.

¹ FURTADO, Bernardo Alves; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. *Complexidade: uma revisão dos clássicos* [Texto para Discussão n. 2019]. Brasília: IPEA, 2014, p. 7-8.

Hwang e Jennejohn propõem uma “nova” agenda de pesquisa sobre complexidade contratual estruturada por três pilares principais. Em primeiro lugar, os autores propõem a aplicação de novas tecnologias e metodologias para o estudo de complexidade contratual. Trata-se de um esforço essencialmente metodológico que pretende não apenas identificar a natureza da complexidade nos contratos, mas também caracterizar como a complexidade emerge em arranjos contratuais. Os métodos estáticos—quantitativos e qualitativos—e dinâmicos—como a aprendizagem de máquina (*machine learning*)—parecem particularmente importantes para apreender aspectos da teoria da complexidade nos contratos. Em segundo lugar, os autores recordam que os instrumentos contratuais merecem ser mais profundamente explorados, identificando a origem e a difusão de determinadas fórmulas contratuais sem desprezar o nível de análise dos termos empregados nesses instrumentos. Em terceiro lugar, a agenda de pesquisa sobre complexidade contratual deve explorar como são executados os contratos complexos. Nesse particular, os aspectos de complexidade na interpretação e na adjudicação do contrato ganham relevo tanto quanto a própria relação entre o contrato e a jurisdição.²

Na presente contribuição, pretendemos fazer avançar essa agenda de pesquisa em seu primeiro pilar, propondo um conjunto de técnicas para mapear alguns indicadores de complexidade em instrumentos contratuais. Na primeira seção, retomamos algumas noções essenciais sobre estudos de complexidade e expomos algumas possibilidades de articulação entre os estudos de complexidade e o tema dos contratos. Essa discussão estabelece as bases para que, na segunda seção, apresentemos uma proposta de identificação de indicadores de complexidade em instrumentos contratuais. Esperamos que essa contribuição abra espaço para uma aplicação empírica dos indicadores de complexidade e, sobretudo, lance as bases para uma articulação mais consciente entre complexidade, contratos e, em ulterior etapa, métodos empíricos.

² HWANG, Cathy; JENNEJOHN, Matthew. The new research on contractual complexity. *Capital Markets Law Journal*, v. 14, n. 3, p. 381-393, 2019, p. 392-393.

2 NOÇÕES GERAIS SOBRE COMPLEXIDADE E SUA ARTICULAÇÃO COM O TEMA DOS CONTRATOS

O estudo da complexidade dos contratos insere-se no campo geral dos estudos de complexidade, que se debruçam sobre questões tão variadas quanto a construção de estruturas coletivas por organismos de modo a assegurar a sobrevivência de suas espécies, a organização coordenada dos diferentes componentes do sistema imunológico para promover a defesa do organismo quando um antígeno ingressa no sistema circulatório, o funcionamento dos mecanismos subjacentes à diferenciação celular em tecidos e organismos estrutural e funcionalmente diversos, a coordenação de agentes econômicos em estruturas de mercados globais e a manifestação de propriedades como inteligência a partir de estruturas orgânicas que não possuem essas propriedades.³ Essas questões demandam respostas que não podem ser extraídas apenas de um raciocínio linear em que se estabeleça uma sucessão de fatores encadeados por relações unidirecionais de causa-efeito, indução-resposta ou antecedente-consequente.

Na verdade, as repostas a essas questões são frequentemente complexas, pois exigem a articulação coordenada e o processamento simultâneo de diferentes relações lógicas. É igualmente frequente essas respostas sejam apenas parciais, seja porque o instrumental disponível não possui potência suficiente para identificar o funcionamento dos objetos de estudo seja porque a capacidade cognitiva do sujeito que realiza o estudo é limitada para perceber ou compreender algumas das relações lógicas emergentes do objeto. Em parte, a busca por respostas se submete a um caminho metodológico também complexo, porquanto depende da mobilização de conhecimentos profundos de diferentes áreas, um atributo que comumente é impossível de obter no tempo da historicidade humana.

O campo interdisciplinar dos estudos de complexidade repousa em uma noção mais específica de sistemas complexos. Estudar os sistemas

³ MITCHELL, Melanie. *Complexity: a guided tour*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

complexos significa procurar compreender “*how large numbers of relatively simple entities organize themselves, without the benefit of any central controller, into a collective whole that creates patterns, uses information, and, in some cases, evolves and learns*”.⁴ Embora inexista definição única do que precisamente constituem esses sistemas complexos, é possível identifica-los em função de algumas características abstratas por eles compartilhadas. Os padrões de comportamento dos sistemas complexos são, em primeiro lugar, propriedades que emergem da interação das unidades que compõem esses sistemas, as quais podem ter funcionamento relativamente mais simples do que a soma de todas elas. O todo é, portanto, mais do que a simples soma das partes. Os sistemas complexos possuem, em segundo lugar, uma capacidade latente de adaptação ao ambiente por meio de aprendizagem ou evolução. Essa adaptação decorre, em terceiro lugar, das capacidades de utilizar informações e de responder a estímulos internos e externos ao sistema complexo.

Tomando por parâmetros essas características, é possível propor—na linha do que expõe Mitchell—uma definição de sistemas complexos, segundo a qual eles correspondem a grandes redes de unidades sem controle central que, obedecendo a regras simples de funcionamento, resultam em um comportamento coletivo complexo, um processamento de informação sofisticado e uma adaptação por aprendizagem ou evolução. Em outras palavras, um sistema complexo “*exhibits nontrivial emergent and self-organizing behaviors*”.⁵

Muitas contribuições doutrinárias têm, no entanto, procurado propor outras noções de complexidade a partir de diferentes perspectivas disciplinares. Thurner, Hanel e Klimek, por exemplo, acentuam o atributo de dinamismo dos sistemas complexos, incluindo — entre suas características principais — a propensão ao colapso.⁶ Na visão de Boccara, por outro lado, a interdependência das variáveis seria o traço característico

⁴ MITCHELL, Melanie. *Complexity: a guided tour*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 4

⁵ MITCHELL, Melanie. *Complexity: a guided tour*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 12-13.

⁶ THURNER, Stefan; HANEL, Rudolf; KLIMEK, Peter. *Introduction to the theory of complex systems*. Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 6.

dos sistemas complexos.⁷ Outros estudos consideram, na esteira de Backlund, que o esforço cognitivo exigido para compreender um sistema é elemento determinante de sua complexidade.⁸

É essencial recordar a distinção entre a complexidade como paradigma epistemológico,⁹ que orientaria uma percepção de insuficiência ou inadequação do instrumental analítico tradicional do método de aproximação newtoniana,¹⁰ e a complexidade como atributo pragmático que decorre de um conjunto de elementos passíveis de serem identificados em sistemas complexos.

Edmonds destaca alguns elementos que poderiam indicar ou sinalizar, nessa perspectiva pragmática, uma tendência dos sistemas à complexidade: dimensão, ignorância, variabilidade, desordem e irreduzibilidade. Em primeiro lugar, a dimensão de um sistema pode funcionar como indicador de sua complexidade, embora a ideia de dimensão não pareça guardar relação necessariamente com o tamanho físico do sistema. Na verdade, esse elemento parece traduzir a dimensão relativa do sistema em relação a seus componentes atômicos: um microprocessador seria, nesse sentido, mais complexo do que um circuito elétrico de maior extensão. Em segundo lugar, a ideia de ignorância procura traduzir a incapacidade de compreensão ou, de certo modo, o esforço cognitivo necessário para compreender um sistema complexo. Em terceiro lugar, a variabilidade de

⁷ BOCCARA, Nino. *Modeling complex systems*. 2 ed. Cham: Springer, 2010.

⁸ BACKLUND, Alexander. The concept of complexity in organisations and information systems. *Kybernetes*, v. 31, n. 1, p. 30-43, 2002.

⁹ KHUN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

¹⁰ Essa aproximação (*quam proxime*) do método newtoniano repousa sobre a formulação de construções mentais por modelos matemáticos para descrever, em comparação à realidade da natureza, o objeto em estudo. Nesse sentido, quanto mais próximo do fenômeno chegar o observador, então mais próxima da realidade será a descrição das leis que o regem. SAPUNARU, Raquel Anna. A construção lógica do “estilo newtoniano”. *Ciência & Educação*, v. 14, n. 1, p. 55-66, 2008. Trata-se de um modo de pensamento linear, comandado por relações lógicas estritas e enunciado por leis do tipo se-então (*if-then*), em que estão claramente estabelecidos antecedentes e consequentes. SMITH, George E. The methodology of the Principia. In: COHEN, I. Bernard; SMITH, George E. (eds.). *The Cambridge Companion to Newton*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002, p. 138-173, p. 142-143.

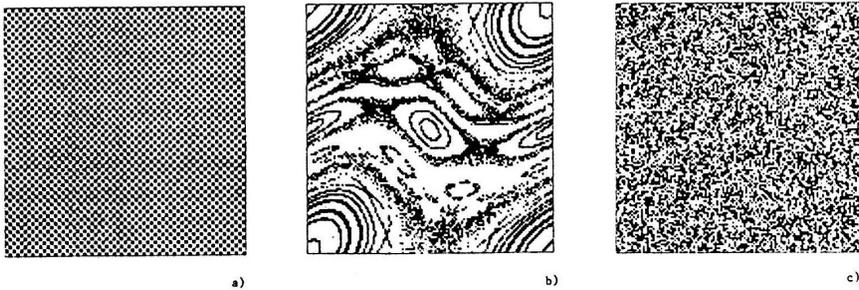
padrões, componentes ou relações parece guardar uma relação estreita com a identificação de complexidade em um sistema. Em quarto lugar, a desordem na organização ou no comportamento do sistema contribui para sua complexidade, que se observaria em um estágio intermediário de entropia do sistema entre um estado de ordem absoluta e um panorama de caos sem qualquer uniformidade. Em quinto lugar, um sistema complexo pode ser identificado em função da irreduzibilidade de sua descrição em alguma linguagem. É dizer: um sistema será tão mais complexo quanto seja impossível comprimir suas inter-relações em uma descrição sucinta em algum sistema de códigos.¹¹

O atributo da irreduzibilidade em uma determinada linguagem—igualmente referido como complexidade algorítmica ou, ainda, complexidade de Kolmogorov—é, no entanto, apenas uma das abordagens para mensuração da complexidade, que toma uma determinada linguagem como unidade de medida da informação necessária para descrever um sistema. Na investigação dessa e de outras medidas de complexidade, Grassberger reconhece um atributo definidor da formação de sistemas complexos: a combinação entre hierarquia e estrutura. Os sistemas complexos estão, em geral, submetidos a espécie de hierarquia que se poderia classificar como emaranhada (*tangled*), uma vez que os diferentes níveis hierárquicos trocam informações entre si e os níveis hierárquicos superiores emanam da interação dos níveis inferiores sem uma regra explícita de organização. Tal hierarquia depende da existência de uma estrutura do sistema, cuja complexidade é apresentada como um estado intermediário entre a ordem e o caos (Figura 1). É dizer: a complexidade deriva tanto da incoerência de reconhecer uma regra de ordem do sistema quanto da impossibilidade de atribuir ao sistema a desordem absoluta da ausência de regras de funcionamento.¹²

¹¹ EDMONDS, Bruce. What is complexity? The philosophy of complexity per se with application to some examples in evolution. In: HEYLIGHEN, Francis; BOLLEN, Johan; RIEGLER, Alexander (eds). *The evolution of complexity*. Dordrecht: Kluwer, 1999, p. 1-16.

¹² GRASSBERGER, Peter. Problems in quantifying self-generated complexity. *Helvetica Physica Acta*, v. 62, n. 5, p. 489-511, 1989.

Figura 1 - Representação do estado de complexidade entre a ordem a o caos¹³



O sistema complexo (b) corresponde a um estado intermediário (*edge of chaos*) entre um sistema ordenado (a) de baixa entropia e um sistema desordenado (c) de elevada entropia.

O desafio de identificar, qualificar e mensurar a complexidade reproduz a multiplicidade de abordagens teóricas dos estudos de complexidade. Mitchell propõe algumas macro-possibilidades de mensuração da complexidade: dimensão, entropia, informação algorítmica ou compressibilidade, profundidade lógica, profundidade termodinâmica, capacidade computacional, dimensão fractal e grau de hierarquia.¹⁴ Lloyd, por outro lado, propõe algumas dezenas de medidas que procuram responder a três questionamentos principais sobre complexidade: 1. Quão difícil é descrever o objeto? 2. Quão difícil é criar o objeto? 3. Qual é o grau de organização do objeto?¹⁵

Esses conceitos sobre complexidade têm sido aplicados a outras áreas do conhecimento como ferramenta para estruturar modelos de funcionamento de sistemas com interações não lineares. Furtado e Sakowski notam que “para vários sistemas classificados como complexos—tais como a economia, a sociedade, a física ou a biologia—os conceitos apre-

¹³ GRASSBERGER, Peter. Problems in quantifying self-generated complexity. *Helvetica Physica Acta*, v. 62, n. 5, p. 489-511, 1989, p. 492.

¹⁴ MITCHELL, Melanie. *Complexity: a guided tour*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 95-111.

¹⁵ LLOYD, Seth. Measures of complexity: a non-exhaustive list. *IEEE Control Systems Magazine*, v. 21, n. 4, p. 7-8, 2001.

sentam poder analítico e podem contribuir para o avanço disciplinar e interdisciplinar”.¹⁶ *Não poderia ser diferente para a ciência jurídica.*

No estudo dos contratos, o instrumental teórico dos estudos de complexidade pode auxiliar na superação da tensão entre o paradigma dogmático de tipicidade contratual do direito romano-germânico e as teorias de custos de transação e incrustação social. As relações e operações econômicas contemporâneas dificilmente podem ser reduzidas a esquemas suficientemente simples que se encaixem nas noções de contrato herdadas do século XIX, quando a compreensão do instituto se orientava pela ideia de pessoas naturais criando e modificando obrigações a partir do reconhecimento jurídico dos efeitos de sua vontade como fontes de obrigações. A racionalidade das operações econômicas se estende para além do campo da possibilidade de compreensão por um único indivíduo; por exemplo, ninguém consegue, sem auxílio de suporte escrito, enumerar todas as obrigações envolvidas na construção de uma usina hidrelétrica. Do mesmo modo, sua especificidade técnica e jurídica se coloca além do campo de domínio de profissionais isolados e, portanto, depende de modos articulados de gestão de informação. Essa inabarcabilidade do conhecimento implica incertezas, que podem ser descritas em termos da fragilidade das previsões a respeito do futuro, necessariamente limitadas pelos custos de aprendizagem a respeito da realidade e de controle sobre comportamentos dos agentes envolvidos nas operações.

Nesse contexto, contratos não são mais apenas um instrumento de incentivo à concretização das prestações mediante o recurso aos meios estatais de uso juridicamente controlado da força (sobretudo no sentido de mitigação do risco moral). Os instrumentos contratuais passam a ser modos estruturantes de relações voltados a incrementar a segurança e a certeza não apenas a respeito do comportamento esperado da outra parte, mas do conjunto de relações estabelecidas entre múltiplas partes em torno de deveres voltados a possibilitar a realização de operações econômicas em que algum grau de concatenação entre a realização das diversas prestações é necessário para manter a coerência e operacionalidade do todo.

¹⁶ FURTADO, Bernardo Alves; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. *Complexidade: uma revisão dos clássicos* [Texto para Discussão n. 2019]. Brasília: IPEA, 2014.

Esse contexto traz à tona a problemática da complexidade, compreendida como irreduzibilidade das características presentes em uma operação econômica juridicamente estruturada sem a perda de elementos funcionalmente significativos. Em outras palavras, complexo é aquilo que não pode ser reduzido a elementos simples articulados mediante regras extrapoláveis para todo um conjunto de relações. Não se trata, porém, de um fenômeno único, mas pode ser observado em diversas manifestações, entre as quais: (a) instrumentos contratuais textualmente complexos, caracterizados por elevada demanda de esforço cognitivo; (b) contratação complexa, decorrente da exponencialidade dos custos de previsão sobre o mundo (clima, macroeconomia, modificações do estado da técnica por terceiros, preços de insumos etc.) e sobre a cooperação das outras partes; e (c) operação econômica estruturada por múltiplos instrumentos e inabarcabilidade de sua totalidade (*coligação, estruturas hierárquicas, hierarquias de rede, reposicionamento dinâmico de interesses contratualizados*).

O estudo da complexidade dos contratos envolve, como nos demais campos de aplicação da teoria, uma superposição de acepções e dimensões. O fenômeno da complexidade pode ser apreendido como um vetor resultante das interações cruzadas de cada uma de suas dimensões parciais. Num primeiro nível, é possível restringir a apreensão da complexidade ao nível do instrumento contratual, revisitando a literatura da complexidade textual e adaptando ferramentas metodológicas de identificação de complexidade em escritos de outras naturezas.¹⁷ O apego ao instrumento contratual como unidade de aproximação do fenômeno da complexidade enfrenta uma limitação importante: a perda de informação da relação contratual ou da incrustação social/institucional das formas contratuais que se encontram fora dos limites estritos do instrumento posto em análise. Trata-se de reconhecer que o instru-

¹⁷ SAMPSON, Geoffrey. Complexity in language and in law. *Poznan Studies in Contemporary Linguistics*, v. 50, n. 2, p. 169-177, 2014. Sampson propõe “an analogy between language and another aspect of human culture with which language has much in common (though one which is not often discussed by linguists), namely law. The evolution of law offers a clear example of a process which yields a system that is indisputably much more complex at later periods than it was when it was young, but where nobody claims to be able to put figures on that difference and it is quite unlikely than anyone ever could”.

mento contratual não necessariamente traduz a integralidade das nuances de uma relação contratual. Essa perda de informação não afasta, no entanto, a precisão metodológica da utilizar um instrumento contratual como unidade de análise textual bem definida. É razoável supor que o instrumento contratual reflete as características da relação contratual: uma relação cujo estabelecimento se sujeita à assimetria de informações *a priori* ou à álea moral *a posteriori* encontrará refletida no instrumento contratual a complexidade decorrente da incerteza. Em todo caso, a análise da complexidade do instrumento contratual constitui o primeiro nível de análise, ao qual os demais podem ser acrescentados.

Se a análise do instrumento contratual permite identificar indicadores objetivos de complexidade, a interação desses instrumentos com as partes, os advogados, os responsáveis pela execução do objeto, e os julgadores permite acrescentar um nível de indicadores subjetivos de complexidade, que guardam estreita relação com a atividade de interpretação do contrato. Nesse âmbito, é preciso reconhecer que o instrumento contratual produz significados distintos conquanto seja submetido à interpretação de distintas comunidades interpretativas, que podem ter mais ou menos proximidade do campo lexical do instrumento ou do campo social da relação. Um instrumento de operação de *farm-out* de direitos de exploração e produção será certamente reputado menos complexo quando apresentado à comunidade interpretativa do setor de petróleo e gás do que quando apresentada à comunidade interpretativa do mercado financeiro, que certamente encontrará menos obstáculos interpretativos para operações de transferência de risco do tipo *credit default swap*. O dimensionamento da complexidade dos instrumentos contratuais, na dimensão subjetiva, está sujeito à uma estimativa de demanda cognitiva, que dependerá em grande medida de uma capacidade cognitiva prévia do intérprete do instrumento contratual. Nessa dimensão subjetiva, é importante considerar também a existência de uma flutuação temporal das comunidades interpretativas a que o instrumento contratual será submetido. Um contrato será, sob essa ótica de análise, tanto mais complexo quanto sua interpretação dependa da mobilização de significantes distantes daqueles que a comunidade interpretativa possui.

Uma terceira possibilidade de aproximação da complexidade contratual consiste em tomar as circunstâncias relacionais—atributos econômicos da transação, características das partes e especificidade do ativo negociado—como pontos de partida para a análise. O repertório de estudos que procuram projetar as noções de custo de transação, assimetria de informação e risco moral sobre o estudo de contratos é mais extenso e diverso.¹⁸ Em estudo sobre contratos públicos, identificou-se, por exemplo, que a complexidade decorre, ao menos em parte, tanto da incerteza sobre a natureza ou as especificações do objeto quanto da impossibilidade, em especial nos contratos de longa duração, de antecipar completamente as condições efetivamente existentes no momento posterior da execução do contrato. Em paralelo à incerteza, a especificidade do ativo (*asset specificity*) exige a realização de compromissos específicos pelas partes, o que as torna mais sensíveis ao insucesso da relação contratual.¹⁹ Nessa perspectiva, parece adequado recordar a discussão sobre os contratos incompletos, que “refletem a capacidade limitada de se descrever os infinitos estados da natureza”.²⁰ Em decorrência da assimetria de informação, dos comportamentos oportunistas, da longa duração do contrato ou, ainda, da incerteza intrínseca da transação,²¹ o detalhamento dos estados da natureza é limitado pelos custos de transação associados à elaboração de um contrato completo.²² Há uma aproximação, nesse nível de análise, en-

¹⁸ MACLEOD, W. Bentley. Complexity and contract. *Revue d'Économie Industrielle*, v. 92, n. 2, p. 149-178, 2000. BABAIOFF, Mosh; WINTER, Eyal. Contract complexity. In: *ACM Conference on Economics and Computation*, Microsoft Research, 2014. Disponível em: <https://www.microsoft.com/en-us/research/wp-content/uploads/2016/02/contract-complexity-main.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2021.

¹⁹ BROWN, Trevor L.; POTOSKI, Matthew; VAN SLYKE, David. Managing complex contracts: a theoretical approach. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 26, n. 2, p. 294-308, 2016, p. 296-297.

²⁰ SZTJAN, Rachel. *Supply chain e incompletude contratual. Systemas: Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 1, n. 1, p. 1-27, 2009, p. 14.

²¹ CAMINHA, Unie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre Direito e Economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*, v. 10, n. 1, p. 155-200, 2014, p.170-181.

²² CASCAES, Amanda Celli. Análise econômica do contrato incompleto. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 3, n. 1, p. 163-196, 2017, p. 173.

tre as noções de complexidade e incompletude nesse nível de análise que se concentra nos comportamentos dos agentes que participam da relação contratual.

O fenômeno da complexidade também pode ser aproximado a partir de uma escala mais ampla, tomando o ambiente de contratação—mais do que o contrato—como unidade de análise. Trata-se, nesse particular, de uma aproximação que coloca em evidência as relações socialmente incrustradas de um determinado ramo de negócio e/ou de um determinado conjunto de instrumentos contatuais típicos. O exame do ambiente de contratação e das práticas sociojurídicas do segmento *upstream* da indústria de petróleo e gás, corresponde a uma aproximação da complexidade no nível do sistema. O estudo da articulação entre o impulso de padronização e a necessidade de particularização em contratos de empréstimo também se ocupa de analisar a complexidade em um determinado segmento econômico.²³

3 INDICADORES DE COMPLEXIDADE: UMA PROPOSTA DE ANÁLISE DE INSTRUMENTOS CONTRATUAIS

Entre as diferentes possibilidades de abordagem, propõe-se estabelecer um conjunto de técnicas capazes de estimar a complexidade do contrato a partir da análise de algumas dimensões do instrumento contratual. O desenho de indicadores de complexidade dialoga com a percepção—compartilhada por Posner, Eggeleston e Zeckhauser—de que a complexidade do contrato pode ser mensurada em uma escala contínua entre o mais e o menos complexo.²⁴ Essa abordagem por meio de indicadores torna possível realizar um esforço posterior de estudo empírico da complexidade contratual. Do ponto de vista metodológico, a aproximação da complexidade por meio do instrumento contratual garante que os in-

²³ GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. Complexity, standardization, and the design of loan agreements. SSRN, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2952567>. Acesso em: 13 maio 2021.

²⁴ POSNER, Eric A.; EGGLESTON, Karen; ZECKHAUSER, Richard. The design and interpretation of contracts: why complexity matters. *Northwestern University Law Review*, v. 95, n. 1, p. 91-132, 2000.

dicadores de complexidade sejam projetados sobre o texto: uma unidade de análise determinada e objetiva.

Os indicadores de complexidade propostos para a análise dos instrumentos contratuais procuram estimar uma função de incerteza da relação contratual a partir de seu instrumento. Pretende-se, assim, estabelecer um conjunto de indicadores que permitam identificar a complexidade dos instrumentos contratuais por meio de múltiplos fatores objetivamente mensuráveis. Em esforço semelhante, Hagedoorn e Heszen procuraram estimar a complexidade dos contratos por uma abordagem que combinava medidas objetivas e subjetivas (Tabela 1).

Tabela 1 - Indicadores de complexidade derivada da demanda cognitiva propostos por Hagedoorn e Heszen.²⁵

Construto	Subjetivo/Objetivo	Sub-construto	Subjetivo/Objetivo	Elementos do sub-construto	Indicadores	
complexidade	medidas subjetivas	carga cognitiva	elementos subjetivos	carga mental	dificuldade/comple-xidade percebida na tarefa	
				esforço mental	esforço mental investido	
					nível de estresse	
	medidas objetivas	extensão	elementos objetivos	elemento objetivo	performance	tempo exigido pela tarefa
						palavras
						kilobytes
					páginas	

Entre os principais achados relatados pelos autores, os indicadores objetivos—extensão do contrato em palavras e tempo de leitura em minutos—apresentaram correlações positivas e significativas com os indicadores subjetivos: percepção do nível de complexidade do contrato, percepção

²⁵ HAGEDOORN, Jhon; HESZEN, Geerte. Contractual complexity and the cognitive load of R&D alliance contracts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 6, n. 4, p. 818-847, 2009, p. 845.

do esforço mental necessário para compreensão do contrato e nível de estresse na execução da tarefa. Esses resultados oferecem uma confirmação empírica do modelo teórico de construto multidimensional de Posner, Eggleston e Zeckhauser, segundo o qual a complexidade pode ser estimada por três elementos: (a) o número de contingências relevantes do contrato; (b) a variação na magnitude dos *pay-offs* decorrentes dessas contingências; e (c) a carga cognitiva necessária para compreender o contrato.²⁶

O estudo de Hagedoorn e Heslen mostra, no entanto, que é possível aproximar a dimensão subjetiva da carga cognitiva por indicadores objetivos como o tempo necessário para compreensão do contrato. Uma análise de componentes principais indicou, além disso, que os indicadores objetivos e os indicadores subjetivos correspondem a dois componentes distintos da determinação da complexidade dos contratos.²⁷ Na presente contribuição, propõe-se estabelecer um conjunto de indicadores objetivamente mensuráveis no instrumento contratual para estimar a complexidade do contrato. Essa proposta, que toma o texto do instrumento contratual como unidade de análise se estrutura em quatro dimensões: palavra, cláusula, texto e hipertexto.

Em uma primeira dimensão de análise do instrumento contratual, que tome a palavra como base para estabelecimento de indicadores, propõe-se um conjunto de medidas tanto quantitativas quanto qualitativas. Em primeiro lugar, o *número de palavras* contidas no instrumento contratual funciona como indicador objetivo de sua complexidade, tendo em vista que o tempo exigido para leitura e apreensão de mais palavras demanda maior esforço cognitivo do intérprete.

Do mesmo modo, a *frequência relativa das palavras* permite refinar o esforço cognitivo demandado: um contrato com muitas palavras que apresentem alta frequência relativa pode reduzir a carga cognitiva neces-

²⁶ POSNER, Eric A.; EGGLESTON, Karen; ZECKHAUSER, Richard. The design and interpretation of contracts: why complexity matters. *Northwestern University Law Review*, v. 95, n. 1, p. 91-132, 2000.

²⁷ HAGEDOORN, Jhon; HESEN, Geerte. Contractual complexity and the cognitive load of R&D alliance contracts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 6, n. 4, p. 818-847, 2009, p. 839.

sária para sua compreensão, já que o repertório lexical exigido do intérprete será comparativamente mais reduzido em comparação à situação em que o contrato apresenta muitas palavras com baixa frequência relativa ou, em outros termos, uma variabilidade maior do repertório léxico. O aumento na variabilidade dos termos empregados no contrato pode também indicar um correspondente aumento da incerteza decorrente da possibilidade de atribuição de significados distintos a termos que procuram descrever o mesmo comportamento ou situação.

É possível utilizar o instrumental técnico da análise de sentimento (*sentiment analysis*) para identificar palavras com carga jurídica e estimar, portanto, a *intensidade do léxico jurídico* a partir da comparação com um *corpus* de termos pré-determinados: os títulos sobre contratos do Código Civil para instrumentos redigidos no Brasil ou o *restatement of contracts* para os instrumentos redigidos nos Estados Unidos, por exemplo. Essa estimativa de coincidência dos termos empregados no contrato com aqueles previstos no *corpus* de referência permite identificar se o instrumento contratual está mais ou menos ancorado num repertório de termos jurídicos, o que reduziria o esforço cognitivo de intérpretes que tenham experiência prévia e/ou recorrente com esses termos. O indicador pode ser refinado por uma medida relativa: a *proporção entre o léxico jurídico e o léxico não-jurídico* poderia traduzir se o instrumento contratual está proporcionalmente mais próximo do universo jurídico conhecido dos tribunais ou do universo comercial mais distante dos tribunais.

Na dimensão da palavra, um indicador qualitativo de *identificação de termos de interesse* permite refinar a estimativa de risco e incerteza do instrumento contratual. Identificar se o texto apresenta o termo “dependará” ou o conjunto de termos “disporão sobre” pode indicar as incompletudes do instrumento contratual em um contexto de incerteza sobre as contingências futuras. Do ponto de vista gramatical, por exemplo, a identificação de conjunções subordinativas causais no campo semântico da conjunção “se” indica a presença de estados hipotéticos e, portanto, uma variabilidade das consequências decorrentes das diferentes contin-

gências futuras, um dos principais elementos da complexidade contratual no modelo de Posner, Eggeleston e Zeckhauser.²⁸

O instrumento contratual também pode ser analisado tendo a frase ou a cláusula como parâmetro de análise. É evidente que essa possibilidade depende da adoção *a priori* de uma definição de trabalho pelo analista: por exemplo, da cláusula como o item numerado e identificado como tal ou, ainda, da frase como o intervalo de palavras entre dois pontos finais. Um indicador evidente nessa seara é o da *extensão das cláusulas*: uma cláusula contratual mais extensa pode representar aumento do esforço cognitivo necessário para sua compreensão. No nível estrutural, a determinação da *natureza das relações lógicas* existentes na cláusula permite estimar objetivamente o esforço cognitivo para compreender os comandos contidos no instrumento. Os métodos relacionados a *text mining* e segmentação de palavras ou caracteres (*tokens*) permitem comparar diferentes cláusulas com um *corpus* pré-construído de cláusulas-padrão de modo a estimar a *especificidade da redação das cláusulas*. Entende-se, nesse particular, que uma redação específica que se distancie de outras cláusulas-padrão (*boilerplate*) usuais em instrumentos de mesma natureza reflete a singularidade da relação contratual e incrementa o esforço cognitivo necessário para compreendê-la. É claro que a incerteza traduzida em cláusulas muito específicas decorre, em alguma medida, dos riscos associados à assimetria de informações na relação contratual.²⁹

Transpondo a análise da complexidade contratual para a dimensão do texto integral do instrumento contratual, é possível determinar a *incidência de referências cruzadas* no corpo do texto. Esse indicador revela como as obrigações contidas em um sistema contratual complexo se in-

²⁸ POSNER, Eric A.; EGGLESTON, Karen; ZECKHAUSER, Richard. The design and interpretation of contracts: why complexity matters. *Northwestern University Law Review*, v. 95, n. 1, p. 91-132, 2000, p. 98.

²⁹ MULHERIN, J. Harold. Complexity in long-term contracts: an analysis of natural gas provisions. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 2, n. 1, p. 105-117, 1989. De acordo com Mulherin: “the contracting nexus between natural gas producers and pipelines is consonant with transaction cost economizing. [...] The results of the tests were that, indeed, the contractual provisions used in particular in producer-pipeline agreements were systematically affected by the nature of the bilateral contracting hazards”.

terconectam, quais plexos de obrigações são mais centrais para o sistema contratual e quão emaranhada é a estrutura do contrato.³⁰ A análise do instrumento contratual pode ser refinada pelo *mapeamento de tópicos* a partir dos termos empregados no contrato de modo a determinar quais tópicos estão incluídos no instrumento e como eles se distribuem entre as cláusulas. Em estudo sobre o *design* de contratos de empréstimo, Ganglmair e Wardlaw isolam, por exemplo, o tópico “*repudiation of guarantee*” pela identificação de um conjunto de unigramas (palavras ou raízes de palavras): *guarant, full, guarantor, force, document, loan, denial, invalid*.³¹ Os instrumentos contratuais podem ser analisados, para determinar sua complexidade, por meio da *representação das relações lógicas* determinadas pelo texto. Flood e Goodenough utilizam uma representação de lógica computacional para revelar a estrutura jurídica fundamental de um contrato de empréstimo (Figura 2). De acordo com os autores, “conceber e representar a estrutura jurídica de um contrato dessa forma permite submetê-lo a uma variedade de ferramentas e resultados robustos da teoria de computação”.³²

³⁰ JENNEJOHN, Matthew. The architecture of contract innovation. *Boston College Law Review*, v. 59, n. 1, p. 71-143, 2018. Jennejohn aplica o instrumental metodológico das matrizes de estrutura de design (design structure matrices) para mapear as interconexões de obrigações pelas referências cruzadas em contratos de fusão de companhias.

³¹ GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. Complexity, standardization, and the design of loan agreements. SSRN, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2952567>. Acesso em: 13 maio 2021. De acordo com os autores: “[b]ecause multiple clauses may simply represent extraneous detail on a single event of default or a covenant, we construct an alternative measure for the number of distinct events of default or covenants”.

³² FLOOD, Mark D.; GOODENOUGH, Oliver R. Contract as automaton: the computational representation of financial agreements. [U.S. Department of Treasury] *Office of Financial Research Working Paper*, n. 15-04, 2017, p. 3. No original: “[b]y conceptualizing and representing the legal structure of a contract in this way, we expose it to a range of powerful tools and results from the theory of computation”. Entre outras possibilidades, as representações matemáticas do contrato “allow, for example, automated reasoning to determine whether a contract is internally coherent and whether it is complete relative to a particular event alphabet”.

Outra possibilidade para a análise de complexidade dos contratos consiste em selecionar os dispositivos do instrumento contratual e promover a *redução a linguagem artificial*, passível de quantificação, cálculo e verificação de coerência lógica. Angelov, Camilleri e Schneider propõem a tradução de contratos de serviços aeroportuários escritos em linguagem natural para linguagem natural controlada e, em seguida, para uma linguagem formal por meio de uma ferramenta desenvolvida pelos pesquisadores (AnaCon). Um dispositivo presente em acordo de nível de serviço aeroportuário com a redação “*The ground crew is obliged to open the check-in desk and request the passenger manifest from the airline two hours before the flight leaves*” foi reescrito em linguagem controlada na forma “*if {the flight} leaves {in two hours} then {the ground crew} must open {the check-in desk} and {the ground crew} must request {the passenger manifest from the air line}*”, o que resultou em um representação na linguagem formal AnaCon com a forma “[b3]O(a7&b2)”.³⁴ O formato em linguagem formal permite reduzir o texto do contrato a expressões alfanuméricas passíveis de quantificação e comparação. Essa técnica é útil para estimar a variabilidade das consequências associadas (*pay-offs*) aos múltiplos estados futuros previstos no contrato, na esteira do modelo de Posner, Eggleston e Zeckhauser.³⁵

O emprego da *análise de redes* para a análise de instrumentos contratuais abre uma série de possibilidades de compreensão das relações entre as unidades gramaticais e/ou semânticas no texto. O instrumental da análise de redes já foi utilizado para a estimativa da complexidade linguística de textos, por meio do cálculo de parâmetros de complexidade

³⁴ ANGELOV, Krasimir; CAMILLERI, John J.; SCHNEIDER, Gerardo. A framework for conflict analysis of normative texts written in controlled natural language. *Journal of Logic and Algebraic Programming*, v. 82, p. 216-240, 2013. Os pesquisadores utilizam “NL contracts taken from the real world, and describe a CNL which attempts to represent them in a meaningful way. We then explain and demonstrate the use of the AnaCon framework to transform such CNL contracts into expressions in a formal language which can then be analyzed with a conflict detection tool”.

³⁵ POSNER, Eric A.; EGGLESTON, Karen; ZECKHAUSER, Richard. The design and interpretation of contracts: why complexity matters. *Northwestern University Law Review*, v. 95, n. 1, p. 91-132, 2000, p. 98.

de redes, que incluem, entre outros, o coeficiente de agrupamento (*clustering coefficient*), a centralidade por intermediação (*betweenness centrality*), a média dos caminhos de comprimento mínimo (*average shortest path length*) e a diversidade (*diversity*).³⁶ Um instrumento contratual pode ser representado com uma rede, em que as palavras determinam os vértices e são ligadas por arestas representativas da adjacência entre as palavras (Figura 3). Esse esforço abre espaço para a utilização das ferramentas metodológicas da teoria dos grafos e da análise de redes na determinação da complexidade contratual. Em outro nível de análise, a mesma técnica pode ser empregada para a construção de redes de relações em contratos coligados, por exemplo.

³⁶ AMANCIO, Diego R.; ALUISIO, Sandra M.; OLIVEIRA JUNIOR, Osvaldo N.; COSTA, Luciano F. Complex network analysis of language complexity. *Europhysics Letters*, v. 100, n. 5, p. 1-2, 2012.

O instrumento contratual também pode ser analisado na dimensão do hipertexto. Uma possibilidade consiste em determinar a *abertura do instrumento contratual a elementos externos*, por exemplo, por referência a normas estatais, a outros instrumentos contratuais entre as partes ou a documentos suplementares, o que certamente determina um aumento do esforço cognitivo requerido para a compreensão de todos os aspectos da relação contratual e da incerteza do instrumento contratual. Nesse particular, a determinação da aplicação de lei estrangeira ao contrato ou a eleição de foro judicial ou arbitral estrangeiro pode representar um grau adicional de complexidade.³⁸

Os indicadores de complexidade propostos (Tabela 2) partem do pressuposto de que os a complexidade contratual pode ser estimada por medidas contínuas capazes de descrever estados de maior ou menor complexidade. Posner, Eggleston e Zekchauser entendem, nesse particular, que “[e]ach component of complexity is measured along a continuum: contracts are more or less complex”.³⁹ Nesse sentido, um instrumento contratual com cláusulas mais específicas—um indicador passível de mensuração, por exemplo, pelo cálculo do coeficiente de similaridade de Jaccard⁴⁰ entre o texto da cláusula no instrumento contratual e o texto das cláusulas sobre o mesmo tópico em um *corpus* de contratos do mesmo ambiente de contratação—traduziria uma relação contratual mais complexa do que aquela reduzida a instrumento contratual com cláusulas muito semelhantes àquelas comumente utilizadas no mesmo ambiente de contratação.

³⁸ EWALD, William. The complexity of sources of transnational law: United States report. *American Journal of Comparative Law*, v. 58, p. 59-67, 2010.

³⁹ POSNER, Eric A.; EGGLESTON, Karen; ZECKHAUSER, Richard. The design and interpretation of contracts: why complexity matters. *Northwestern University Law Review*, v. 95, n. 1, p. 91-132, 2000, p. 97.

⁴⁰ Sobre o cálculo de distâncias jaccardianas para comparação de textos normativos, cf. XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

Tabela 2 - Proposta de indicadores de complexidade do instrumento contratual

Construto	Dimensões da análise	Indicadores de complexidade
complexidade do instrumento contratual	palavra	número de palavras
		frequência relativa das palavras
		intensidade do léxico jurídico
		proporção entre léxico jurídico e léxico não-jurídico
		identificação de termos de interesse
	cláusula	extensão das cláusulas
		relações lógicas entre os comandos da cláusula
		especificidade da redação das cláusulas
	texto	referências cruzadas entre partes do texto
		mapeamento de tópicos
		representação computacional das relações lógicas
		redução a linguagem artificial para verificação de coerência lógica
		medidas de análise de redes
	hipertexto	abertura a elementos externos

O esforço posterior de verificação empírica desses indicadores de complexidade pode, entretanto, conduzir a um refinamento da hipótese de que a complexidade se situa em uma escala contínua entre o mais ou o menos complexo, em que o menos complexo poderia ser diretamente considerado como mais simples. É possível conceber, alternativamente, uma escala contínua entre o simples e o complicado, de modo que o estado de complexidade responderia a uma lógica não linear. Os indicadores de complexidade podem revelar, em uma verificação empírica, um *salto qualitativo* entre o estado de maior complicação e um estado de complexidade.

Explica-se: um instrumento contratual poderia ser reputado menos simples à medida que, por exemplo, as cláusulas se tornam mais extensas. É razoável supor que um instrumento com cláusulas mais longas seja mais complicado do que um instrumento com cláusulas mais curtas, tendo

em vista que o intérprete precisará empregar mais esforço cognitivo para compreender as relações lógico-gramaticais em períodos mais longos e com maior repertório léxico. É possível que cláusulas excessivamente longas e muito complicadas, de fato, indiquem que se trata de uma relação contratual complexa. Entretanto, um instrumento contratual que substituísse essa extensa cláusula por um dispositivo comparativamente mais curto não se tornaria *per se* menos complexo, se a cláusula mais curta determinar que o ajuste do aspecto da relação contratual será objeto de ulterior definição pelas partes. Em tal hipótese, a complexidade da relação contratual não teria se manifestado na extensão da cláusula, mas na abertura do instrumento a elementos externos e, portanto, na incerteza dela decorrente. Nessa perspectiva, a complexidade importaria em uma mudança de escala ou um salto qualitativo induzido por um limiar de complexidade.

4 CONCLUSÃO

Em sua crítica aos estudos sobre complexidade e direito, Ruhl e Katz argumentam que a produção teórica existente se debruça na descrição do sistema jurídico como um sistema complexo de modo a investigar as origens da complexidade ou procurar caminhos teóricos para gerenciá-la. Em outras palavras, no entendimento dos autores, os estudos “*have largely skipped the hard part—developing quantitative metrics and methods for measuring and monitoring law’s complexity*”.⁴¹ Nossa contribuição pretendeu abrir caminhos, no âmbito da complexidade contratual, para o desenvolvimento de métodos e técnicas para aferir a complexidade. Os indicadores de complexidade em instrumentos contratuais propostos anunciam uma possibilidade de programa de pesquisa que inevitavelmente conduzira à desejável articulação dos estudos jurídicos com métodos empíricos mais desenvolvidos em outras áreas do conhecimento.

⁴¹ RUHL, J. B.; KATZ, Daniel Martin. Measuring, monitoring, and managing legal complexity. *Iowa Law Review*, v. 101, n. 1, p. 191-244, 2015, p. 195. Na visão dos autores: “*theory of legal complexity will remain stuck in theory until it moves to the empirical phase of study; thinking about how to manage legal complexity is pointless if there is no yardstick for deciding how complex the law [is or] should be*”.

A EMERGÊNCIA DOS SISTEMAS JURÍDICOS COMPLEXOS: ENTRE A COMPLEXIDADE E A COMPLICAÇÃO

Marco Aurélio Fernandes Garcia

1 INTRODUÇÃO

Este capítulo explora as raízes teóricas do conceito de emergência em sistemas complexos e traçar paralelos para a sua aplicação aos sistemas jurídicos, elaborando acerca do *ponto de emergência* dos sistemas jurídicos.

A complexidade é um tema elusivo e que não possui, ainda, um arcabouço teórico consistente, seja nas ciências naturais, seja nas ciências humanas. De fato, seria impróprio afirmar que existe uma única “teoria da complexidade”, porquanto abundam diversas *teorias da complexidade* que, usualmente, combinam apenas um conjunto pequeno de pontos em comum.¹ Isto não significa que a complexidade seja completamente desconhecida, mas isto representa “*how little we understand its causes, consequences and cures*”.²

¹ Entretanto, para fins didáticos, utilizaremos a alcunha de teoria da complexidade para representar um conjunto mínimo de qualidades dos sistemas complexos, que será abordado oportunamente. Para uma introdução às diferentes noções de complexidade, cf. MITCHELL, Melanie. *Complexity: a guided tour*. Oxford: Oxford University Press, 2019, p. 14.

² RUHL, Joel, KATZ, Daniel. *Measuring, Managing, and Monitoring Legal Complexity*. *Iowa Law Review*, v. 101, p. 191-244, 2015. p. 197.

Com efeito, despontam estudos recentes que diversas facetas da complexidade a diversos fenômenos, inclusive fenômenos jurídicos.³ Tamanho foi o desenvolvimento desta área nos últimos 20 anos que foram levantadas críticas e ceticismos acerca das reais contribuições que um tema tão presente, mas também supostamente tão genérico quanto a “complexidade”, poderia fornecer ao desenvolvimento de um panorama teórico sólido.⁴

³ Uma longuíssima lista sobre o tema pode ser construída, da qual destacamos os seguintes textos: SAWYER, Keith. *Social Emergence: Societies as Complex Systems*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005. BRUCH, Elizabeth, MARE, Robert. Neighborhood Choice and Neighborhood Change. *American Journal of Sociology*, v. 112, n. 3, p. 667-709, 2006. OSTORM, Elinor. Collective Action and the Evolution of Social Norms. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 3, p. 137-158, 2000. BEINHOCKER, Eric. *The Origin of Wealth: Evolution, Complexity, and the Radical Remaking of Economics*/ Cambridge: Harvard Business Publishing Education, 2006. KRUGMAN, Paul. *The Self-Organizing Economy*. Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 1996. AHMED, E., ELGAZZAR, A., HEGAZI, A. On Complex Adaptive Systems and Terrorism. *Physics Letters*, v. 337, n. 1-2, p. 127-129, 2005. ALLISON, Mary, BATDORF, Ron, CHEN, H. *The Characteristics and Emerging Behaviors of System of Systems*. Disponível em: <http://necci.edu/education/oneweek/winter5/NECISoS.pdf>.75. Acesso em: 13 jul. 2021. BEDAU, Mark, HUMPHRIES, Paul (eds.). *Emergence: Contemporary Readings in Philosophy*. Cambridge: MIT Press, 2008. BLITZ, David, *Emergent Evolution: Qualitative Novelty and the Levels of Reality*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992. COHEN, Jack, STEWART, Ian, *The Collapse of Chaos: Discovering Simplicity in a Complex World*, Nova Iorque: Penguin Press, 1995. DE WOLF, Tom, HOLVOET, Tom, Emergence versus self-organisation: Different concepts but promising when combined, *Lecture Notes in Computer Science*, v. 3464, p. 1-15, 2004. GANERI, Jonardon, Emergentisms, ancient and Modern, *Mind*, v. 120, n. 479, p. 671-703, 2011. GOLDSTEIN, Jeffrey, Emergence as a Construct: History and Issue, *Emergence*, v. 1, n. 1, p. 49-62, 1999. GOLDSTEIN, Jeffrey, The Singular Nature of Emergent Levels: Suggestions for a Theory of Emergence, *Nonlinear Dynamics, Psychology, and Life Sciences*, v. 6, n. (4), p. 293-309, 2002. GOLDSTEIN, Jeffrey, Emergence, Creative Process, and Self-transcending Constructions, In RICHARDSON, Kurt (ed.), *Managing Organizational Complexity: Philosophy, Theory, and Application*, Greenwich: Information Age Press, 2006. GOLDSTEIN, Jeffrey, Novelty, indeterminism, and emergence, *Emergence: Complexity and Organization*, v. 8, n. 2, p. 77-95, 2006. MORRISON, Margaret, Emergent Physics and Micro-ontology, *Philosophy of Science*, v. 79, p. 141-166, 2012. STEPHAN, Achim, Varieties of emergentism, *Evolution and Cognition*, v. 5, p. 49-59, 1999. *The Futility of Emergence*, 2007, disponível em: http://lesswrong.com/lw/iv/the_futility_of_emergence, acesso em: 12 djul. 2021.

⁴ Entre as críticas, VERMEULE assevera que certas aplicações da teoria da complexidade apelam para uma pseudociência, com os seus defensores oferecendo explicações misteriosas sobre complexidade e caos, mas que o core da complexidade não se apresenta como obscurantista ou fajuto. Em outra linha de pensamento, LOPUCKI desconfia da

A emergência da complexidade é um tema, dentro do arcabouço teórico da complexidade, que suscita intensas discussões. Em linhas muitíssimo gerais, que serão aprofundadas já na primeira seção, a emergência pode ser entendida como o processo por meio do qual um sistema não organizado transcende o seu *status* de sistema simples para se tornar um sistema complexo. Esse fenômeno já foi assemelhado à ideia de “*um milagre toda vez que acontece*”,⁵ o que apenas representaria a nossa falta de conhecimento sobre o tema. Num estranho misto de esotérico e racional, a emergência da complexidade continua a eludir os pesquisadores que por ela se interessam. Assim, dentro da(s) teoria(s) da complexidade, a emergência desponta como um dos temas menos compreendidos pelo estado da arte da pesquisa atual.

Como forma de auxiliar seja elucidado este tema, ao menos em sua aplicação aos sistemas jurídicos, nesse trabalho nós discutiremos um tema específico da dimensão da emergência em sistemas complexos: a emergência dos sistemas jurídicos. A discussão sobre os demais elementos comuns à(s) teoria(s) da complexidade não serão objeto deste capítulo.⁶

De início, esboçaremos um pouco do arcabouço teórico da emergência dentro da teoria da complexidade. Na sequência, trataremos das aplicações deste arcabouço teórico aos sistemas jurídicos. A partir destas considerações, verificaremos a adequação da aplicação destes conceitos aos sistemas jurídicos. Por fim, apresentaremos nossas considerações finais.

capacidade da complexidade realmente fornecer *insights* úteis que ultrapassem um nível básico de entendimento. VEMEULE, Adrian, *The System of the Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2011. p. 8. LOPUCKI, Lynn, *The Systems Approach to Law*, *Cornell Law Review*, v. 82, n. 3, p. 479-522, mar. 1997. p. 483-484.

⁵ GOLDSTEIN, Jeffrey, *Emergence and Radical Novelty: from Theory to Methods*, In MITLETON-KELLY, Eve; PARASKEVAS, Alexandros; DAY, Christopher (eds.). *Handbook of Research Methods in Complexity Science: Theory and Applications*, Londres: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 508.

⁶ Para uma discussão introdutória sobre os variados aspectos da teoria da complexidade, incluindo a sua análise histórica, cf.: MITCHELL, Melanie. *Complexity: a Guided Tour*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

2 A EMERGÊNCIA NA TEORIA DA COMPLEXIDADE

Nesta seção, abordaremos a noção e função do conceito de emergência dentro da teoria da complexidade. A noção de emergência é potencialmente a mais fundamental para a compreensão da complexidade enquanto objeto de estudo teórico. Com efeito, os conceitos muitas vezes se confundem, mas, ao final e ao cabo, a literatura se mostrou capaz de distingui-los de tal forma a localizar a emergência como uma característica dentro de um sistema complexo, mas que a ele não se equivale.

Complexidade é um dos temas no qual há, abertamente, uma imensa dificuldade de definição.⁷ Iniciando por uma brevíssima caracterização dos sistemas complexos, Mitchell define sistema complexo como aquele em que vastas redes de componentes interagem de tal forma a alcançar três características centrais: comportamento coletivo complexo, processamento sofisticado de informação e adaptação via aprendizado ou evolução. Em uma definição alternativa, a autora caracteriza o sistema complexo como aquele que apresenta emergência não-trivial e comportamento auto-organizado.⁸

A definição seminal de complexidade (no sentido de sistema complexo) pode ser encontrada em Simon que define o fenômeno nos seguintes termos, dignos de reprodução:⁹

Roughly, by a complex system I mean one made up of a large number of parts that have many interactions. [...] in such systems the whole is more than the sum of the parts in the weak but important pragmatic

⁷ Entre muitos outros: HAGEDOORN, John, Contractual Complexity and the Cognitive Load of R&D Alliance Contracts, *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 6, p. 818-847, dez/2009. p. 821. SCHUCK, Peter, Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures, *Duke Law Journal*, v. 42, n. 1, p. 1-52, out/1992. p. 2.

⁸ A definição efetivamente utilizada pela autora é a seguinte: “a system in which large networks of components with no central control and simple rules of operation give rise to complex collective behavior, sophisticated information processing, and adaptation via learning or evolution.” MITCHELL, Melanie. *Complexity: a Guided Tour*. Oxford University Press: 2009. p. 13.

⁹ SIMON, Herbert, *The Sciences of the Artificial*, 3ª ed., Massachusetts: MIT Press, 1996. p. 183-184.

sense that, given the properties of the parts and the laws of their interaction, it is not a trivial matter to infer the properties of the whole.

O ponto fundamental que distingue emergência de complexidade propriamente dita é que a emergência é a responsável pelo comportamento macroscópico do sistema de tal forma que este comportamento não poderia ser predito com base nas suas micro-interações e microcomponentes.¹⁰ Assim, a emergência ocorre nos sistemas complexos, mas ela não é, por si só, absolutamente representativa da complexidade do sistema. Assim, seguindo a linha metodológica desta obra e para evitar uma longa dissertação sobre a caracterização de um sistema complexo, focaremos a nossa análise estritamente na noção de emergência.

Nesse sentido, a emergência pode ser definida como um emaranhado de padrões globais que surge das interações locais entre as diferentes partes do sistema.¹¹ De forma mais precisa, Goldstein define a emergência como um processo por meio do qual um sistema (que contenha a capacidade para tanto) auto-transcende para um nível mais alto (ou mais macro) e coerente a partir de interações particulares, de nível mais baixo.¹² Apenas a título de referência, uma definição simples de dicionário retorna a caracterização de “emergência” como o fato de alguém ou algo se tornar conhecido ou passar a existir, ou o fato de alguém ou algo passar pelo encerramento de um período ou experiência difícil.¹³ Em outro dicionário, o verbete é definido como o processo de aparecer (no sentido de se tornar) ou de ser reconhecido.¹⁴

¹⁰ RUHL, Joel, KATZ, Daniel, *Measuring, Managing, and Monitoring Legal Complexity*, *Iowa Law Review*, v. 101, p. 191-244, 2015. p. 204.

¹¹ BINDER, P. *Frustration in Complexity*, *Science*, v. 320, p. 322-323, 2008. p. 322.

¹² GOLDSTEIN, Jeffrey. “Emergence and Radical Novelty: from Theory to Methods” In MITLETON-KELLY, Eve; PARASKEVAS, Alexandros; DAY, Christopher (eds.), *Handbook of Research Methods in Complexity Science: Theory and Applications*, Londres: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 508, *passim*.

¹³ Cambridge Dictionary. Verbetes “Emergence”. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/emergence>, acesso em: 25 jan. 2021.

¹⁴ Macmillan Dictionary. Verbetes “Emergence”. Disponível em: <https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/emergence>, acesso em: 25 jan. 2021.

Por meio de uma analogia simples, Miller e Page argumentam que é possível compreender a noção de emergência como a visualização de um mosaico. As peças individualizadas possuem as suas propriedades, mas a figura final só pode ser compreendida pela observação de um conjunto de peças. Esta analogia, observam os autores, abriria a possibilidade de coexistirem diferentes níveis de emergência conforme o observador se afasta do mosaico.¹⁵

Poucos temas foram tão debatidos quanto a noção de emergência durante a história do pensamento humano. Isto porque, embora a ideia de sistemas emergentes seja relativamente recente na história, diversas noções que evocam a atual ideia de emergência já existiam desde a Antiguidade,¹⁶ incluindo o questionamento sobre a separação mente e corpo, a origem da consciência, a formação de fenômenos naturais (como raios e furacões), entre outros, o que também justifica parte do caráter “esotérico” que diversos críticos atribuíram à emergência. Durante o período medieval, Avicena e São Tomás de Aquino lidariam com o tema da complexidade surgindo da simplicidade, do que caracteriza a mente e o corpo e quais são os processos associados à mente.¹⁷

A linha divisora da visão moderna sobre a emergência seria primeiramente esboçada pelo iluminista Descartes, que proporia uma versão estritamente mecanística dos corpos materiais, reduzindo o mundo físico às suas micro-interações, mas preservando uma visão dualista entre corpo e alma. A partir de Descartes, duas grandes linhas de pensamento seriam desenvolvidas e reconhecidas. De um lado, o imaterialismo (ou idealismo)

¹⁵ MILLER, Josh, PAGE, Scott, *Complex Adaptive Systems: An Introduction to Computational Models of Social Life*, Princeton University Press, 2007. p. 45.

¹⁶ Como referências remotas à noção de emergência, podemos citar os seguintes pensadores de raiz Aristotélica: ALEXANDRE DE AFRODÍZIA, *On the Soul: Part I: Soul as a Form of the Body, Parts of the Soul, Nourishment, and Perception*, Londres: Bloomsbury Academy, 2014 (original de circa 200 a. C.). GALENO, Cláudio, *On the Elements According to Hippocrates*, Berlin: De Gruyter, 1996 (original de 413-415).

¹⁷ Sobre Avicena, cf.: KAUUKUA, Jari. *Self-Awareness in Islamic Philosophy: Avicenna and Beyond*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018. Sobre São Tomas de Aquino, cf.: PASNAU, Robert, *Thomas Aquinas on Human Nature: A Philosophical Study of “Summa Theologiae”*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

de Berkeley,¹⁸ por meio do qual a matéria seria simplesmente um fenômeno medido em sensações; de outro, o materialismo reducionista de Mettrie,¹⁹ no qual tudo é formado da mesma matéria e nada emergiria (no sentido de emergir enquanto se tornar algo de natureza distinta do substrato original).

Estas posições seriam refinadas no trabalho de Mill, em 1843, e dos emergentistas britânicos que o seguiriam. Mill apresenta o argumento de que existiriam regras homeopáticas e heteropáticas (no sentido de regras que emanam de dentro e de fora dos sistemas). As regras heteropáticas, que governam os fenômenos emergentes, suplementariam as regras básicas homeopáticas sem as substituir, de tal forma que fenômenos emergentes poderiam existir sem quebra de causalidades e sem apelar para um imaterialismo extremo.²⁰ Este argumento seria complementado pelos emergentistas britânicos Alexander e Broad, no século XX, num viés mais imaterial, asseverando que certas propriedades de sistemas complexos seriam inexplicáveis (Alexander)²¹ ou que certas propriedades seria indutíveis das microrrelações existentes no sistema (Broad).²²

Estas posições emergentistas ainda trabalhavam com uma noção holística da complexidade, avessa a qualquer reducionismo e mecanicismo.²³ Simultânea e independentemente, Poincaré estaria desenvolvendo as balizas da teoria do caos e o estudo dos sistemas não lineares adaptativos, com o desenvolvimento as equações diferenciais para os

¹⁸ Cf. GEORGE, Luce, JESSOP, T., *The works of George Berkeley, Bishop of Cloyne*. Londres: Nelson Publishing, 1964.

¹⁹ METTRIE, Julien, *L'homme machine*, 1747. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/52090/52090-h/52090-h.htm> acesso em: 30 jan. 2021.

²⁰ MILL, John Stuart, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*, 1843. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/27942/27942-pdf.pdf>, acesso em 29 jan. 2021.

²¹ ALEXANDER, Samuel, *Space, Time, and Deity*, Michigan: University of Michigan Library, 1920.

²² BROAD, Charlie, *The Mind and Its Place in Nature*, Londres: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1925. Disponível em: <http://www.stafforini.com/broad/Broad%20-%20The%20mind%20and%20its%20place%20in%20nature.pdf>, acesso em: 30 jan. 2021.

²³ Cf. sobre o tema: SMUTS, Jan, Holism, *Encyclopaedia Britannica*, 14ª ed., v. 11, 1929. p. 640.

sistemas caóticos determinísticos.²⁴ A título de esclarecimento, o sistema caótico é *determinístico* porque não há nenhum elemento de aleatoriedade (em sentido estrito) que o afete, embora ele possa ser *imprevisível*, tendo em vista que o seu estado inicial não permite a projeção completa de todos os estados futuros, em razão, justamente, da emergência da complexidade em razão das microinterações dos elementos do sistema. O sistema pode ser considerado adaptativo ou não adaptativo (*adaptive* e *nonadaptive*) caso os seus componentes consigam reagir efetivamente ao ambiente, como, por exemplo, um ecossistema é um sistema adaptativo e um furacão é um sistema não adaptativo.²⁵ Os seus estudos seriam completados pelo trabalho de Lorenz, tratando o clima/tempo como um sistema caótico.²⁶

As posições emergentistas britânicas seriam logo contestadas com o advento da física quântica e seriam amplamente debatidas após o advento da literatura sobre sistemas complexos não lineares (Poincaré, Lorenz e outros), sendo eventualmente criado um vasto conjunto de escritos foi desenvolvido sobre o tema, em particular no campo da Física e da Biologia, abarcando novos temas que não são particularmente relacionados ao escopo do presente capítulo. No momento, vivenciamos uma era de constante estudo na complexidade e, dado o significativo aumento de capacidade computacional, podemos estar próximos a interessantes desenvolvimentos neste tema.

A noção de emergência é simultaneamente muito cara e muito pouco explorada nas ciências sociais. Muito cara no sentido de que a sociologia, como ciência, surge da necessidade de estudar o relacionamento entre o micro (comportamento individual) e o macro (comportamento coletivo). Esta temática era central para os grandes sociólogos, perpassando Weber, Comte, Menger, Durkheim, Simmel e Marx. Entretanto, a noção

²⁴ POINCARÉ, Henri, *Les Methodes Nouvelle de la Mécanique Céleste*, Paris: Gauthier-Villars, 1892.

²⁵ RUHL, Joel, KATZ, Daniel, BOMMARITO II, Michael, Harnessing Legal Complexity, *Science*, v. 355, n. 6332, p. 1377-1378, mar/2017. p. 1377.

²⁶ Para uma análise completa do tema, cf. CVITANOVIC, Predrag, *Universality in Chaos*, Bristol: Adam Hilger, 1986.

de “emergência” não fora propriamente explorada quando da produção dos textos fundantes da sociologia. Esta noção passaria somente a ser incorporada na sociologia nos anos posteriores a 1960 e, ainda até hoje, o tema continua pouco explorado nesta seara, merecendo ulterior atenção da literatura e um texto próprio para tratá-lo em profundidade.²⁷

Continuando com as principais características da noção de emergência, a realização da capacidade de emergir resulta em uma característica fundamental da emergência: a “incomputabilidade”.²⁸ Termo que antecede o início do desenvolvimento da teoria da computação, possuindo uma contribuição de Mill²⁹ ainda no século XIX, o seu significado ainda não é absolutamente claro, mas remete à ideia de que a operação não seria possível a sua transposição para uma máquina. A incomputabilidade seria o resultado de dois fatores: a acumulação de interações e a indecidibilidade.³⁰ A ênfase da incomputabilidade seria no termo *possível*, já que a mera dificuldade (ou demora) para computar uma operação não seria particularmente relevante para esta noção, embora esta discussão se tenha nuançado com o tempo. A operação se torna impossível de computar porque ela *transcenderia* o liame de causa e efeito, de tal forma que, ausente causação, a computação dos elementos anteriores à emergência seria irrelevante para predizer a configuração do sistema após a

²⁷ SAWYER, Keith, *Social Emergence: Societies as Complex Systems*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005. p. 5-6.

²⁸ Utilizamos aqui o termo “incomputabilidade” como nossa tradução para “*uncomputability*”, significando um fenômeno que não é possível computar, contar ou calcular. Contudo, a tradução não é imperfeita, já que o termo em português se aproxima de uma noção de computar de uma máquina (*i. e.*, calcular), quando o termo *uncomputability* se assemelha à noção de *undecidability*, dificuldade ou impossibilidade de compreender o sistema complexo a partir das suas microinterações.

²⁹ MILL, John Stuart. *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*, 1843. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/27942/27942-pdf.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2021.

³⁰ Outro potencial neologismo, trata-se da nossa tradução para o termo “*undecidability*”. O termo não é novo e pode ser atribuída a sua criação a TURING que demonstrou, em teorema de 1936, que a indecidibilidade em um computador equivale à incomputabilidade. Cf. DARLEY, Vince, Emergent Phenomena and Complexity, In BROOKS, R., MAES, P. (eds.), *Artificial Live IV: Proceedings of the Fourth International Workshop on the Synthesis and Simulation of Living Systems*, Cambridge, 2012. p. 411-416.

emergência.³¹ O argumento esboçado por Darley é que sistemas emergentes são aqueles nos quais mesmo a informação perfeita permite pouca ou nenhuma capacidade preditiva, de tal forma que observar a evolução do sistema (ou gerar simulações computadorizadas) é a forma ótima de predição do seu estado futuro.³²

A autotranscendência (ou simplesmente transcendência) do sistema emergente consistiria no fato de que é no curso da atividade de construção e evolução do sistema que novas instruções emergem; em termos mais simples, as regras do jogo mudam conforme o jogo evolui. Assim, surge a *novidade*,³³ que representa a construção de um novo sistema que nega o seu passado e o seu conjunto de operações e elementos iniciais.³⁴ Nesta lógica, o sistema emergente passa a ser *irredutível*, já que a emergência da novidade radical enseja uma quebra de continuidade com o nível de substrato inicial que impede a redução do sistema complexo ao sistema simples.³⁵

Diversos métodos para identificar o surgimento da emergência a partir de sistemas simples foram desenvolvidos, envolvendo ao menos cinco categorias diferentes: (i) identificar os microcomponentes e a sua dinâmica em um nível inferior; (ii) identificar padrões, ordem e dinâmica do sistema em um nível macro; (iii) sondar as interações entre os microcomponentes do sistema; (iv) reconhecer as restrições do estado de longe-do-equilíbrio (*far-from equilibrium*) do sistema; e (v) observar ocorrên-

³¹ GOLDSTEIN, Jeffrey, Emergence and Radical Novelty: from Theory to Methods, In MIT-LETON-KELLY, Eve, PARASKEVAS, Alexandros, DAY, Christopher (eds.), *Handbook of Research Methods in Complexity Science: Theory and Applications*, Londres: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 513.

³² DARLEY, Vince, Emergent Phenomena and Complexity, In BROOKS, R., MAES, P. (eds.), *Artificial Live IV: Proceedings of the Fourth International Workshop on the Synthesis and Simulation of Living Systems*, Cambridge, 2012. p. 411-416.

³³ Uma vez mais, trata-se da nossa tradução, ainda que inexata, para o termo “novelty”.

³⁴ GOLDSTEIN, Jeffrey, Emergence and Radical Novelty: from Theory to Methods, In MIT-LETON-KELLY, Eve, PARASKEVAS, Alexandros, DAY, Christopher (eds.), *Handbook of Research Methods in Complexity Science: Theory and Applications*, Londres: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 513.

³⁵ BEDAU, Mark, HUMPHRIES, Paul (eds.), *Emergence: Contemporary Readings in Philosophy*, Cambridge: MIT Press, 2008. BLITZ, David, *Emergent Evolution: Qualitative Novelty and the Levels of Reality*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992. p. 111-126.

cias nas quais o sistema sofre alterações que causem o desmonte do seu comando e controle hierárquico.³⁶

Vê-se que os diversos pontos relacionados à emergência até então expostos combinam a ideia de que a emergência é um processo de quebra de continuidade, fundado nas microinterações dos seus componentes, mas que com elas não se confunde, por meio do qual há uma passagem radical para um estado de novidade — o sistema complexo.

Simon apresenta uma interessante aproximação à noção de emergência nos sistemas complexos que foi paulatinamente sedimentada na literatura. Para Simon, a complexidade frequentemente toma a forma de um sistema hierárquico, *i.e.*, aquele composto de subsistemas inter-relacionados, cada qual sendo hierárquico em estrutura, até que seja alcançando um nível elementar do sistema. Os sistemas hierárquicos podem ser decomponíveis³⁷ como aquele que pode ser decomposto para os seus elementos individuais, sem que a interação de uns com os outros afete o sistema, ou *quase* decomponíveis, quando as interações são fracas, mas não negligíveis. O ponto fundamental é que no sistema quase decomponível, embora no curto prazo o comportamento do sistema seja relativamente independente do comportamento de cada subsistema, no longo prazo o comportamento do sistema depende exclusivamente do comportamento agregado dos subsistemas.³⁸ Diversos sistemas complexos teriam estas características, incluindo os sistemas sociais que se apresentam proeminentemente como quase decomponíveis, nos quais a comunicação entre os membros do sistema afeta o comportamento do sistema no longo prazo.³⁹

Finalmente, a literatura costuma trabalhar os conceitos de emergência forte e fraca para explicar as variações de espectro do fenômeno

³⁶ GOLDSTEIN, Jeffrey, Emergence and Radical Novelty: from Theory to Methods, In MIT-LETON-KELLY, Eve, PARASKEVAS, Alexandros, DAY, Christopher (eds.), *Handbook of Research Methods in Complexity Science: Theory and Applications*, Londres: Edward Elgar Publishing, 2018. p. 514-515.

³⁷ Decomponível é a nossa escolha de tradução para o termo original “*decomposable*” e para a sua variante “*decomposability*”.

³⁸ SIMON, Herbert, *The Sciences of the Artificial*, 3ª ed., Massachussetts: MIT Press, 1996. p. 197-198.

³⁹ SIMON, op. cit., p. 200-201.

da emergência. Em termos simples, a emergência forte ocorreria quando os fenômenos emergentes não são deduzíveis, mesmo em princípio, das interações dos níveis menores do sistema, ao passo que a emergência fraca se constituiria quando os fenômenos emergentes seriam inesperados, mas passíveis de dedução a partir das interações dos níveis básicos do sistema. A emergência fraca é rotineira, ao passo que a literatura discute se existe alguma hipótese de emergência forte no mundo real. Argumenta Chalmer que o único caso de emergência forte seria o fenômeno da consciência, visto que este fenômeno não poderia, mesmo em princípio, ser correlacionado aos estados físicos que o dão origem. O ponto fundamental para a rejeição da emergência forte consiste em aceitar que o fisicalismo seria rejeitado, ao menos em relação aos fenômenos de forte emergência, o que não recebe grande aceitação na comunidade científica. Por fim, menciona o autor que exemplos de jogos e algoritmos construído, como o autômato celular de von Neumann e o jogo da vida de Conway, consistem em exemplos do surgimento de emergência fraca a partir de um conjunto relativamente simples de condições iniciais.⁴⁰

3 A EMERGÊNCIA NA TEORIA JURÍDICA

Nesta seção, representaremos, brevemente, acerca dos principais escritos sobre a aplicação da emergência aos sistemas complexos. Antes de ingressarmos nesta discussão, incumbe apresentarmos a definição que guiará a nossa análise.

3.1 Teoria da complexidade e teoria da complicação

Dentro do arcabouço teórico desenvolvido na seção anterior, o direito seria um exemplo de sistema social adaptativo complexo,⁴¹ vis-

⁴⁰ Cf. CHALMERS, David, *Strong and Weak Emergence*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

⁴¹ Considerando o tema desenvolvido nos demais artigos que compõem esta obra, entendemos ser desnecessário caracterizar o direito enquanto sistema complexo neste momento, embora, evidentemente, esta classificação seja objeto de disputa na literatura.

to que evolui e apresenta emergência a partir das suas microinterações e autoreferencialidade⁴² e a partir da consideração que as suas regras, instituições, processos e cultura apresentam densidade, tecnicidade, diferenciação e incerteza (ou indeterminação).⁴³ A melhor definição que encontramos para este fenômeno pode ser encontrada em Ruhl, Katz e Bommarito, explicando que o sistema jurídico é um sistema complexo adaptativo:⁴⁴

The diverse institutions (e.g., legislatures, agencies, and courts); norms (e.g., due process, equality, and fairness); actors (e.g., legislators, bureaucrats, and judges); and instruments (e.g., regulations, injunctions, and taxes) are interconnected through stochastic processes (e.g., trials, negotiations, and rulemakings) with feedback mechanisms (e.g., appeals to higher courts and judicial review of legislation).

A literatura que discute a aplicação da emergência nos sistemas jurídicos parece caminhar em duas direções opostas, sem, contudo, muita reflexão sobre as consequências teóricas desta escolha. De um lado, uma linha de pensadores analisa as implicações da *teoria da complexidade*, pro-

Ainda, é particularmente difícil encontrar definições de sistemas complexos que não sejam auto-referenciais ou tautológicas. Tomaremos, assim, como premissa de que o direito é um sistema complexo e aprofundaremos as nossas considerações na temática da emergência, em particular. Cf., entre outros, DOOLEY, Kevin, *A Complex Adaptive Systems Model of Organization Change, Nonlinear Dynamics, Psychology, and Life Sciences*, v. 1, p. 69-97, 1997.

⁴² WEBB, James, *Law, Law, Ethics, and Complexity: Complexity Theory & The Normative Reconstruction Of Law*, *Cleveland Law Review*, v. 52, p. 227-254, 2005. P. 228-229.

⁴³ SCHUCK, Peter, *Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures*, *Duke Law Journal*, v. 42, n. 1, p. 1-52, out/1992. p. 3. O autor explicita o uso destes termos da seguinte forma. Densidade é referente ao volume de regras jurídicas, ao passo que tecnicidade se relaciona ao grau de sofisticação necessário para compreendê-las. A diferenciação se aplica às instituições e regras que possuem diferentes fontes de legitimidade, de inteligência organizacional e processos decisórios, ao passo que a indeterminação resulta da estrutura aberta, fluida e obscura das regras e instituições que compõem o sistema

⁴⁴ RUHL, Joel, KATZ, Daniel, BOMMARITO II, Michael, *Harnessing Legal Complexity*, *Science*, v. 355, n. 6332, p. 1377-1378, mar/2017. p. 1377.

priamente dita, para o Direito; de outro, pensadores parecem propor uma *teoria da complicação*. Explicamos.

Partimos de uma diferenciação básica entre complexidade e complicação, na qual o ponto fundamental distintivo é o *grau de dependência*. No sistema *complicado*, apesar de constituído por diversos elementos e interações, estes não dependem uns dos outros ao ponto de que, se removidos um ou alguns elementos, o comportamento do sistema seja destruído. No sistema *complexo*, a remoção de poucos elementos é capaz de afetar negativamente o comportamento do sistema, de tal forma que o quanto é afetado pela remoção de um (ou alguns) elementos é significativamente superior do quanto seria afetado pela remoção de um (ou alguns) elementos de um sistema complexo.⁴⁵

Esta definição de complicação possui uma interessante interlocução com as *redes complexas* preditas pela teoria das redes, cuja robustez é ambígua. De um lado, a rede é robusta, no sentido de que a remoção de nodos aleatórios não tende a afetar a sua estrutura geral; de outro, a rede é fraca, no sentido de que a eliminação de poucos *hubs* da rede é capaz de desestruturá-la por completo.⁴⁶

Retornando à nossa distinção entre a teoria da complexidade e da complicação, iniciaremos a nossa exposição apresentando os pensadores jurídicos que trabalham com os temas próprios da teoria da complexidade.

3.2 A emergência do complexo

A emergência do complexo, conforme a nossa divisão cima esboçada, refere-se ao conjunto de pensadores que tratam a emergência dos

⁴⁵ MILLER, Josh, PAGE, Scott, *Complex Adaptive Systems: An Introduction to Computational Models of Social Life*, Princeton University Press, 2007. p. 9. BOURCIER, Danièle, MAZZEGA, Pierre, Towards Measures of Complexity in Legal Systems, *Proceedings of the Eleventh International Conference on Artificial Intelligence and Law*, p. 211-215, 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/221539371_Toward_measures_of_complexity_in_legal_systems, acesso em: 10 fev. 2021. p. 214.

⁴⁶ BARABÁSI, Albert-László, *Linked: the New Science of Networks*. Cambridge: Perseus Publishing, 2002. p. 12.

sistemas jurídicos sob a ótica e com o uso do instrumental da teoria da complexidade.

Nesse sentido, o capítulo de Ruhl e Katz se destaca por elaborar sobre as diferentes visões acerca da aplicação da teoria da complexidade ao Direito. Conforme asseveram os autores, existem três tipos de teorias sobre a aplicação da teoria da complexidade aos sistemas jurídicos: as teorias descritivas, prescritivas e éticas.⁴⁷

As teorias descritivas buscam explicar o direito com base no instrumental da teoria da complexidade, explorando a interconexão entre regras jurídicas e instituições, incluindo o corpo jurídico posto, o sistema judiciário, legislativo e executivo, a hierarquia dos tribunais, as agências supervisoras, entre outros. Temas como o *feedback* positivo (no sentido de direcionado ao caos ou aumento da entropia) entre as regras jurídicas e os demais elementos, a emergência do sistema jurídico⁴⁸ e a sua estrutura auto-organizada⁴⁹ despontam como objetos de estudo. Este tipo de estudo visa sobretudo fornecer uma nova *perspectiva* para a compreensão da criação e evolução dos sistemas jurídicos.⁵⁰

Uma outra linha de autores parte do pressuposto de que o panorama teórico da teoria da complexidade aplicada ao direito é sólido, que o sistema jurídico representa, de alguma forma, um sistema complexo, e discutem o que os agentes e a sociedade deveriam fazer diante desta complexidade. Trata-se de buscar responder questões normativas, como: o que fazer diante da complexidade do Direito? Quais são as implicações (e como lidar com elas) da complexidade do Direito? O foco das respostas

⁴⁷ RUHL, Joel, KATZ, Daniel, *Measuring, Managing, and Monitoring Legal Complexity*, *Iowa Law Review*, v. 101, p. 191-244, 2015. p. 197.

⁴⁸ À guisa de exemplo, BINDER apresenta uma definição específica de emergência jurídica, caracterizando-a como: um “*complicated global patterns emerging from local or individual interaction rules between parts of a system*”. BINDER, Philippe, *Frustration in Complexity*, *Science*, v. 320, 2008, p. 322.

⁴⁹ O tema da auto-organização foi apresentado, embora ainda não tenha sido objeto de definição no presente trabalho. Nesse sentido, RUHL e KATZ definem o fenômeno como: “*as system scale grows, the system organizes spontaneously (with no central controller or plan) around a set of deep structural rules that lend stability to the system behaviour*”. RUHL, KATZ, *Op. cit.*, p. 204.

⁵⁰ RUHL, KATZ, *Op. cit.*, p. 203-207.

a estes questionamentos é centrado em oferecer prescrições, conselhos para os agentes e as instituições se adaptarem à evolução do sistema complexo jurídico, ao mesmo passo que elas refletem um ceticismo à capacidade de regulamentação centralizada, *top-down*, propriamente regular a conduta dos agentes em um sistema complexo, evolutivo e adaptativo, sem gerar consequências indesejadas. Note-se que, embora seja recorrente, a visão de que a complexidade é algo necessariamente ruim não é amplamente compartilhada pela literatura.⁵¹

A visão ética, por sua vez, intenciona discutir as implicações éticas da visão do Direito enquanto um sistema complexo. Esta linha de pensamento é encabeçada por Webb, que propugna que a análise jurídica deve exceder as bases descritivas e normativas e, em particular, as teorias essencialmente críticas ou negativas do direito enquanto sistema complexo, para formular uma teoria de viés emancipatório, no qual, ao invés de resignarmos com a futilidade de resistir ao movimento caótico de um sistema complexo, os agentes tomariam responsabilidade pela construção deste sistema. Esta visão seria fundamentada em três balizas: (i) a compreensão do Direito como sistema complexo que, embora acabe por gerar Justiça e injustiça proposital e acidentalmente, encoraje movimentos emancipatórios em relação à sua intrínseca complexidade; (ii) o reconhecimento da interconexão e auto-referencialidade dos sistemas sociais complexos, tais como o Direito, representando a possibilidade de conflitos intra-sistêmicos e a natural dificuldade de alcançar consistência normativa; e (iii) a compreensão de certos valores, tais como Justiça, dignidade humana, altruísmo, pluralismo e interdependência, como *valores emergentes* do sistema social complexo.⁵²

Feitas estas considerações, dois trabalhos, de natureza descritiva, despontam como precursores da capacidade de analisar a emergência em sistemas complexos de natureza jurídica. Ambos os trabalhos apresentam dois pontos em comum: o uso do instrumental teórico da teoria das redes e a análise com base em referências cruzadas dentro do sistema.

⁵¹ RUHL, KATZ, Op. cit., p. 207-210.

⁵² WEBB, James, Law, Law, Ethics, and Complexity: Complexity Theory & The Normative Reconstruction Of Law, *Cleveland Law Review*, v. 52, p. 227-254, 2005.

O primeiro trabalho é aquele desenvolvido por Boulet, Mazzega e Bourcier em relação à análise do sistema jurídico francês. Os autores montaram uma rede de referências cruzadas entre os códigos do sistema jurídico francês e aplicaram métricas de teoria das redes para identificar matematicamente os relacionamentos entre os códigos franceses. Em particular, os autores confirmaram a aplicação de diversos predicados da teoria das redes, como a sua organização em regra de potência e a propriedade de *small world*, no mapa de referências cruzadas construído.⁵³

Um outro interessante trabalho que é conectado à emergência do complexo e do complicado é aquele recentemente desenvolvido por Jennejohn, no qual o autor estuda as conexões existentes em contratos de M&A, aplicando diversas métricas de teoria das redes para analisar as redes que se constituem a partir destes contratos, incluindo métricas referentes aos nodos e à rede. O autor analisa também o grau de modularidade e dependência das seções contratuais em relação umas às outras, ultimamente concluindo por uma baixa evidência de modularidade, significando um maior grau de dependência interna ao contrato (e menor modularidade, em outras palavras, uma menor “pré-formatação” do contrato e menor “customização em massa”, hipóteses analisadas pelo autor).⁵⁴

Embora o estudo de Jennejohn seja de natureza descritiva, a forma com que o autor realiza a sua análise abre espaço para o desenvolvimento da área, visto que é fundada no instrumental teórico da teoria das redes. O autor montou matrizes de adjacência com base nas referências cruzadas dos contratos e dos advogados dos escritórios de advocacia que trabalharam nas transações e aplicou teoria dos grafos para estudar os padrões que surgiram deste cruzamento. Poucos instrumentais são capazes de apontar o grau de dependência de um elemento do outro além daqueles usados pelo autor, ressaltando que o critério *dependência* é fundamental para a qualificação da complexidade em um sistema. As métricas utiliza-

⁵³ BOULET, Romain, MAZZEGA, Pierre, BOURCER, Danièle, A Network Approach to the French System of Legal Codes – Part I: Analysis of a Dense Network, *Artificial Intelligence Law*, v. 19, p. 333-355, 2011.

⁵⁴ JENNEJOHN, Matthew, The Architecture of Contract Innovation, *Boston College Law Review*, v. 59, n. 1, p. 73-143, 2018.

das, como coeficiente de clusterização, estatísticas de fragmentação e de modularidade, modularidade Newton-Girvan, entre outros, apontam para uma análise que se aproxima da capacidade de detectar, de fato, a complexidade do instrumento que ela se propõe a analisar (no caso, o contrato). O seu trabalho desponta como digno de nota em virtude a aplicação do arcabouço teórico da teoria das redes para análise da complexidade do instrumento contratual.

3.3 A “emergência” do complicado

A obra seminal que trata da emergência⁵⁵ do complicado é certamente aquela escrita por Eggleston, Posner e Zeckhauser.⁵⁶ Argumentam os autores que, embora o modelo econômico preveja contratos altamente sofisticados, a realidade provê contratos relativamente simples. Neste capítulo, os autores discutem os motivos subjacentes à formação de um contrato simples ou complexo, especificando que os contratos podem ser complexos em três dimensões: (i) complexos em relação ao nível esperado de contingências relevantes específicas em contrato; (ii) complexo em relação à magnitude de variação de resultados contratos entre as partes (e. g., variabilidade de pagamentos); e (iii) complexos em relação à carga cognitiva necessária para interpretá-los. A complexidade seria um contínuo, no qual os contratos seriam mais ou menos complexos com relação a estas diferentes dimensões. Entre os fatores que tornariam o contrato mais simples, estariam incluídos a assimetria de informação, dinâmicas de monitoramento, pressões evolutivas, costumes, confiança e reputação, custos de cumprimento, racionalidade limitada e possibilidade de renegociação.⁵⁷

⁵⁵ Conforme asseverado na seção anterior, o uso do termo “emergência” é próprio dos sistemas complexos, descrevendo um fenômeno específico que ocorre nestes sistemas. Contudo, o uso do termo durante a história humana se mostrou apropriado para representar a noção de emergência, sendo utilizado fora do seu contexto técnico, de tal forma que, para ilustrar essa noção, utilizaremos o termo “emergência” mesmo quando nos referirmos ao que é complicado (não complexo).

⁵⁶ EGGLESTON, Karen, POSNER, Eric, ZECKHAUSER, Richard. *Simplicity and Complexity in Contracts*, *John M. Olin Law & Economics Working Papers Series No 93*, jan/2000, p. 1-47.

⁵⁷ Op. cit., p. 8-9, 17, *passim*.

Parte fundamental do trabalho consiste na interessante classificação da completude contratual entre contratos perfeitamente completos (*p-complete*) e funcionalmente completos (*f-complete*). A incompletude em *p* ocorre quando as partes falham em regular um aspecto contratual em razão da impossibilidade de verificar o fato ou porque a sua verificação seria excessivamente dispendiosa. Um contrato é incompleto em *f* se nem todos os estados possíveis são otimamente diferenciados no instrumento contratual. Todos os contratos perfeitamente completos são funcionalmente completos, mas não vice-versa.⁵⁸ Vê-se, no entanto, que os autores falam em completude contratual, mas não em complexidade com esta distinção.

A base deste texto seminal é declaradamente os estudos de Direito e Economia, em particular a visão econômica do contrato, motivo pelo qual o texto não dialoga adequadamente com a teoria da complexidade abordada na seção anterior. Enquanto os autores estão analisando os fatores econômicos típicos para a complexidade contratual — teoria da incerteza, assimetria de informação, contingências e ambiente econômico, a teoria da complexidade trabalha com conceitos completamente distintos. Conforme tratamos anteriormente, não há uma teoria correta ou dominante, mas apenas duas visões distintas sobre o mesmo fenômeno — a complexidade.

Digno de nota é o fato de que as duas primeiras dimensões de complexidade são objetivas, ao passo que a carga cognitiva é completamente subjetiva e dependente do intérprete. Por conta desta característica, a carga cognitiva tende a não possuir uma boa interlocução com o pensamento da teoria da complexidade, em particular a noção de emergência enquanto potência ou capacidade, termos que rejeitam uma visão volitiva e remontam a uma noção objetiva de emergência da complexidade. Partindo desta distinção, poderíamos considerar que os contratos seriam *objetivamente complexos* se forem complexos em uma das duas primeiras dimensões, ou *subjetivamente complexos* se forem complexos na terceira dimensão, resguardada a nossa ressalva à utilização do termo complexidade para este fenômeno, já que ele se aproxima da nossa noção de complicação.

⁵⁸ Op. cit., p. 13-14.

Hwang e Jennejohn discutem os escritos que seguiram à obra seminal e linha de pensamento de Eggleston. Apontam os autores que a literatura focou em desenvolver os métodos de análise e mensuração da complexidade em instrumentos jurídicos. Os autores mencionam cinco critérios recorrentemente utilizados para esta análise, incluindo e ampliando acerca dos critérios de Eggleston.⁵⁹

O primeiro critério que indicaria a complexidade de um instrumento jurídico o é a sua extensão. A sua extensão poderia ser medida de diversas formas, incluindo o cômputo das suas páginas, do tamanho do arquivo virtual gerado e o número de artigos (ou de disposições, em um sentido mais amplo) que o contrato possui.⁶⁰ Trata-se da forma mais simples e intuitiva de verificar o quão complicado um contrato é — vê-se que esta análise foge, em muito, da ideia de medir a complexidade propriamente dita esboçada na seção anterior. Graças ao trabalho seminal de Coates em relação à evolução da extensão dos contratos de fusões e aquisições (M&A), esta área se encontra relativamente desenvolvida.⁶¹ Nesta obra, o autor discute a evolução, em número de palavras e páginas, destes contratos, notando que os modelos atuais não somente são feitos numa extensão muito maior do que os antigos, mas também se apresentariam mais complexos e formulados em um tempo muito mais reduzido.⁶² Isto geraria, entre outros, o fenômeno do contrato de M&A feito em menos de quatro minutos, que, embora seja rapidamente confeccionado, o contrato também se mostra extremamente complicado.⁶³ O aumento de complicação poderia ser medido em razão do aumento da complexidade linguística, o que pode ser mensurado conforme diversas métricas providenciadas pela linguística.⁶⁴

⁵⁹ HWANG, Cathy, JENNEJOHN, Matthew, The New Research on Contractual Complexity, *Capital Markets Law Journal*, v. 14, n. 3, p. 381-393, jul/2019.

⁶⁰ HWANG, JENNEJOHN, Op. cit., p. 383-384.

⁶¹ COATES IV, John, Why Have M&A Contracts Grown?, *ECGI Working Paper No 333/2016*, 2016, p. 1-57.

⁶² Op. cit., p. 14.

⁶³ RICHMAN, Barak, Contract Meets Harry Ford, *Hofstra Law Review*, v. 40, n. 77, p. 77-86, 2011. p. 77.

⁶⁴ A linguística apresenta um conjunto de métricas para medir a complexidade linguística, o que incluiria a mensuração e apreciação da complexidade em suas facetas fonolo-

Em particular, a escala utilizada no trabalho de Coates — a escala Flesch-Kincaid — é mais uma medida de legibilidade do que, de fato, uma medida de complexidade. Com efeito, o segundo critério utilizado pela literatura para medir complexidade é justamente o critério de legibilidade. Além da escala Kincaid-Flesch, os autores mencionam o índice Gunning Fog de legibilidade. Ocorre que as medidas de legibilidade são naturalmente falhas para apurar a sofisticação que se exige de uma métrica própria de complexidade ou complicação, sendo incapazes de servir de subsídio para considerações sobre a complexidade da estrutura do texto, embora elas sejam razoavelmente úteis para iniciarmos a discussão na seara da complexidade contratual, tema ainda com escassas publicações.⁶⁵ Outra forma de abordar a mesma métrica — extensão — figura no trabalho de Claire e Hill discutindo a complexidade da contratação alemã em função da (conhecida) característica sucinta destes contratos.⁶⁶

O terceiro critério mencionado é a carga cognitiva do contrato. A mensuração da carga cognitiva é uma medida indireta e mede por uma *proxy* a complexidade do contrato, já que ela mede a complexidade *perante e para* o intérprete, que, inclusive, altera-se de intérprete para intérprete. O critério é composto por três elementos distintos: carga mental, esforço mental e desempenho. A carga mental refere-se ao elemento de carga cognitivo imposto pela tarefa, por exemplo, a estrutura da tarefa, o quanto ela é nova para o sujeito, o quanto o sujeito compreende a tarefa, entre outros. O esforço mental é o quanto de carga cognitiva foi efetivamente alocado à tarefa, medido durante a sua execução ou brevemente após a sua finaliza-

lógicas, morfológicas, sintáticas e semânticas. Contudo, os índices costumeiramente usados para analisar a complexidade linguística contratual não se apresentam, até o momento, particularmente sofisticados. O exemplo da análise de COATES é revelador, já que o autor usa escala Flesch-Kincaid, que utiliza o número total de palavras, frases e sílabas para retornar um nível de competência, que varia entre o nível básico (de um estudante de ensino fundamental) até o nível acadêmico/profissional.

⁶⁵ HWANG, JENNEJOHN, Op. cit., p. 384-385. Cf. McCLANE, Jeremy, Boilerplate and the Impact of Disclosure in Securities Dealmaking, *Vanderbilt Law Review*, v. 72, p. 191-293, 2019.

⁶⁶ HILL, Claire, KING, Christopher, How Do German Contracts Do as Much with Fewer Words?, *Chicago Kent Law Review*, v. 79, p. 889-926, jun/2004.

ção. Por fim, o desempenho, neste contexto, refere-se o quanto de tempo o sujeito exerceu o seu esforço mental durante a tarefa.⁶⁷

Embora o critério da carga cognitiva consiga identificar diversos graus de complexidade em um contrato, em nossa visão a sua utilidade é discutível, já que a sua aplicação torna difícil apontar a origem da complexidade no instrumento contratual.⁶⁸ Entretanto, autores como Schuck,⁶⁹ Miller⁷⁰ e Hagedoorn⁷¹ argumentam que é preciso complementar critérios objetivos com critérios subjetivos e que, em particular, a experiência daqueles que estão sujeitos às regras deve ser o centro de análise da complexidade destas regras. Hagedoorn, em particular, apresenta o argumento de que a crescente incorporação de contingências (e de *payoffs* esperados) no contrato resulta num aumento da sua capacidade cognitiva, de tal forma que as dimensões objetiva e subjetiva caminhariam conjuntamente, já que a complexidade é um fenômeno multidimensional.⁷²

Diferentes métodos para medir a carga cognitiva do instrumento contratual foram desenvolvidos, usualmente variando entre formulários, escalas de esforço e notas dadas pelos sujeitos dos estudos.⁷³ Joseph elabora sobre a existência do método tradicional — autoanálise do sujeito — e a possibilidade de desenvolvimento de medidas objetivas de carga cognitiva a depender do contexto. No contexto analisado pelo autor, a criação de ambientes de aprendizado no contexto de desenvolvimento do sistema de educação, o uso de técnicas objetivas (denominada fisio-

⁶⁷ HAGEDOORN, John, Contractual Complexity and the Cognitive Load of R&D Alliance Contracts, *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 6, p. 818-847, dez/2009. p. 826.

⁶⁸ HWANG, JENNEJOHN, Op. cit., p. 385-386.

⁶⁹ SCHUCK, Peter, Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures, *Duke Law Journal*, v. 42, n. 1, p. 1-52, out/1992. p. 3.

⁷⁰ MILLER, JOHN, Indeterminacy, Complexity and Fairness: Justifying Rule Simplification in the Law of Taxation, *Washington Law Review*, v. 68, n. 12, p. 12-91, jan/1993.

⁷¹ HAGEDOORN, John, Contractual Complexity and the Cognitive Load of R&D Alliance Contracts, *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 6, p. 818-847, dez/2009. p. 822-823.

⁷² HAGEDOORN, op. cit., p. 824-825.

⁷³ HAGEDOORN, John, Contractual Complexity and the Cognitive Load of R&D Alliance Contracts, *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 6, p. 818-847, dez/2009. p. 827.

lógicas), como eletroencefalografias e pupilometrias, é promissor para o desenvolvimento da área.⁷⁴

O último critério apontado é o da complexidade estrutural do contrato, que pretenderia analisar o contrato como “*any other piece of complex technology*”, buscando iluminar as interconexões entre as suas disposições para compreender a complexidade do instrumento.⁷⁵ Nesta linha, o estudo seminal é de Jennejohn, mencionado na seção anterior e que apresenta interdisciplinariedade entre o complexo e o complicado. As considerações próprias sobre esse estudo se encontram na seção anterior. Note-se, entretanto, que esta linha de pensamento é sobretudo uma auto-referência do autor e carece, pelo momento, de estudos mais aprofundados além de que o estudo de Jennejohn poderia ser caracterizado na seção anterior (“A emergência do complexo”), tendo em vista que o autor efetivamente utiliza o instrumental da teoria da complexidade, conforme asseverado naquela seção.

4 APLICAÇÃO DA EMERGÊNCIA AOS SISTEMAS JURÍDICOS

Nesta seção, apresentaremos certas considerações sobre a emergência do complexo como forma de compreender e estudar fenômenos jurídicos em geral, traçando considerações sobre as suas possíveis aplicações a sistemas jurídicos em casos específicos selecionados conforme a pertinência da sua discussão à noção esboçada de emergência. O objetivo desta seção não é aprofundar a discussão em cada um destes pontos, mas tão somente apontar possíveis casos e usos da noção de emergência para pontos específicos atinentes ao Direito.

Sendo o sistema jurídico um exemplo de sistema social adaptativo complexo, é natural que se questionem as balizas sobre as quais as normas jurídicas se erigem nestes sistemas.

⁷⁴ JOSEPH, Stacey, *Measuring Cognitive Load: A Comparison of Self-report and Physiological Methods*, Tese de Doutorado em Filosofia orientada pelo Professor Robert Atkinson na Arizona State University, 2013.

⁷⁵ HWANG, JENNEJOHN, Op. cit., p. 386.

A questão possivelmente mais fundamental da aplicação da emergência aos sistemas jurídicos refere-se à discussão acerca do momento de emergência do sistema. Em outras palavras: quando o sistema jurídico emerge, *i.e.*, quando ele se torna um sistema complexo? O sistema jurídico enquanto sistema complexo possui fortíssimo apelo à intuição. Afinal de contas, a interrelação entre leis, normas, regulamentos, decretos, juízes, advogados, cidadãos, entre muitos outros elementos, é aparentemente complexa. Uma primeira distinção útil para a compreensão do fenômeno é a separação entre sistemas concretos e conceituais relacionados ao sistema jurídico. O sistema jurídico em vertente concreta é aquele composto pelos tribunais, juízes, advogados e outros objetos físicos ou pessoas reais, ao passo que o sistema conceitual é composto pela unidade básica de palavras e símbolos.⁷⁶ Assim, desde logo questionar-se-ia o ponto de emergência tanto do sistema jurídico em sua vertente concreta, quanto em sua vertente conceitual.⁷⁷

Ambas as vertentes apresentam desafios não superados pela literatura hodierna mesmo nas versões mais simplificadas da reconstrução dos sistemas jurídicos. À guisa de exemplo, mesmo se considerarmos exclusivamente a vertente concreta do direito e mesmo se apresentarmos uma visão exclusivamente formalista da formação destas instituições, qual seria o momento de emergência da complexidade deste sistema? Seria o momento de criação do primeiro tribunal, a primeira atuação de um representante em um processo, o primeiro tribunal recursal com competência para revisar sentenças? Supondo que seja possível fixar um ponto específico a partir do qual emerge a complexidade do sistema jurídico em sua vertente concreta, como se enquadraria, em termos teóricos, a evolução destes sistema? O sistema evoluiria em termos de complicação (conforme analisado na seção anterior), em termos estritos de complexidade e, em caso afirmativo, seria esta uma emergência fraca ou forte? Nesse sentido, qual seria o *limiar da complexidade*, o ponto fundamental que marca

⁷⁶ BAILEY, Kenneth, *Sociology and the New Systems Theory*, Nova Iorque: State University of New York Press, 1994. p. 47.

⁷⁷ Para efeitos de simplificação, não vamos abordar as nuances entre a distinção, nuances que são relevantes em virtude do caráter espontâneo de formação do direito.

a passagem do sistema jurídico *simples* ao sistema jurídico *complexo*? O instrumental teórico da complexidade pode se mostrar capaz de fornecer respostas adequadas a este questionamento. Ainda, a teoria dos sistemas de vertente Luhmanniana, desenvolvimentos sociológicos da chamada terceira onda e a teoria das redes se apresentam como particulares candidatos ao desenvolvimento adequado da interlocução entre a teoria da complexidade e o sistema jurídico.

Este caso mais intrincado posto, passamos a analisar casos particularmente mais simples e possivelmente mais promissores da aplicação da teoria da complexidade a temas particulares do sistema jurídico.

É recorrente se asseverar que o aumento quantitativo das normas significaria o aumento da *complexidade* do sistema jurídico, quando este não deveria ser, necessariamente, o caso. O aumento quantitativo, em si, representa somente um fator de *complicação* do sistema e não de complexidade, já que *nenhuma propriedade genérica da complexidade* surge do simples crescimento do sistema jurídico.⁷⁸ Ausente este critério, todo sistema que cresce de forma orgânica seria um sistema complexo. Ocorre que, no caso do Direito, é difícil verificar um crescimento que não implique em aumento da complexidade do sistema jurídico.

Isto porque as normas jurídicas emergem de outras normas jurídicas (com a possível exceção da constituição e do constituinte originário, temas tratados em apartado), sendo *relacionadas* umas às outras. Num estado democrático de direito, as normas jurídicas resultam de outras normas que as autorizam resultar, como, por exemplo, as normas que delineiam o processo legislativo autorizam sejam elaboradas as leis, apresentando tanto *dependência* quanto *referencialidade*. A lei, então, emerge de outra lei. Este fenômeno não é absolutamente novo; ao revés, trata-se da mais básica teoria jurídica de origem Kelseniana. Kelsen não estudou os sistemas jurídicos em termos de complexidade, mas, em conjunto com os

⁷⁸ BOURCIER, Danièle, MAZZEGA, Pierre, Towards Measures of Complexity in Legal Systems, *Proceedings of the Eleventh International Conference on Artificial Intelligence and Law*, p. 211-215, 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/221539371_Toward_measures_of_complexity_in_legal_systems, acesso em: 10 fev. 2021. p. 214.

grandes sociólogos, certamente intuiu a complexidade da evolução dos sistemas jurídicos.

As normas jurídicas emergentes, entretanto, não são *reduzíveis* às normas que as originaram ou mesmo às normas que as autorizaram ser aprovadas numa sociedade democrática (*i.e.*, o processo legislativo). No mesmo sentido, dentro da lógica Kelseniana, não é possível supor a existência de normas que não decorram de outras normas, incluindo a própria Constituição. Isso significa que, neste arcabouço jurídico teórico, toda norma jurídica agregada ao sistema representaria, em princípio, um aumento da complexidade do sistema jurídico.

Esta emergência das normas jurídicas, contudo, seria uma *emergência fraca*, já que o surgimento de uma nova norma jurídica, a partir, por exemplo, do processo legislativo regular, não representa *inovação radical* no sistema, ao menos nos termos da teoria da complexidade, mas sim uma certa forma de continuidade e reforço do sistema jurídico.

Ainda, é possível falar no desenvolvimento de comportamento caótico após o aumento da complexidade do sistema jurídico. Isto porque a emergência de novas normas jurídicas permite sejam desenvolvidos comportamentos inesperados e ligações não antecipadas entre outras normas jurídicas, de tal forma que não é razoável supor e estimar a integralidade dos resultados sistêmicos da aprovação de uma nova norma jurídica no sistema. Não sendo objeto deste capítulo, não pretendemos explorar a questão do caos nos sistemas jurídicos, mas apenas apontar a visão intuitiva de que o sistema jurídico pode apresentar comportamento caótico.

Alguns casos limítrofes podem ser considerados, como, por exemplo, a mudança de regime jurídico em um Estado por meio da aprovação de uma nova Constituição pela via do constituinte originário. Nesse cenário, seria teoricamente (ou simbolicamente) possível reconhecer a emergência na modalidade radical, numa espécie de emergência forte de um novo sistema jurídico. Para tanto, reconhecer-se-ia uma revolução que signifique *uma quebra de paradigma*, uma *negação do passado* e, por conseguinte, *quebra de causalidade* entre o regime anterior e o novo. Evidentemente, as teorias jurídicas que identificam uma mudança de regime jurídico como um evento enquadrado dentro do panorama jurídico anterior

terão dificuldades em identificar a emergência forte nestes casos. Por outro lado, teorias Luhmannianas possivelmente entenderiam a mudança de regime dentro da ótica da abertura cognitiva (e consequente fechamento operacional) do sistema jurídico. A mudança de regime jurídico quando envolve a mudança de sistema econômico subjacente, como, por exemplo, a mudança de um regime capitalista para um comunista, pode também ser considerada nesta mesma ótica de emergência forte, ressaltando-se, evidentemente, que é quase consensual na literatura que, caso existam exemplos de emergência forte no mundo, eles serão excepcionais e res- tritíssimos.

A ótica da emergência pode ser usada para explicar também a formação de regimes jurídicos específicos, como, por exemplo, o surgimento do Direito Internacional Público pós-Westfália, a consolidação de regras internacionais específicas (como a imunidade das embaixadas), o desenvolvimento do sistema comercial medieval (fundado em sanções reputacionais e sob um frágil arcabouço jurídico subjacente, apesar da longa distância das transações), o estudo de áreas específicas do direito (como, por exemplo, o direito administrativo), entre muitos outros.⁷⁹

O ponto fundamental é que a emergência oferece uma *nova perspectiva* para a compreensão de velhos fenômenos jurídicos. À exemplo do advento da escola de estudos econômicos do Direito, é possível que se veja uma nova explosão de textos e considerações acerca da aplicação da complexidade (em sentido estrito e teórico) ao Direito.

5 CONCLUSÃO

Conforme asseverado em diversas oportunidades, o estado da arte acerca da noção de emergência não é particularmente avançado, de tal forma que uma visão “mística” ou “esotérica” deste fenômeno ainda aparece replicada na melhor literatura. Contudo, a ignorância sobre o mundo

⁷⁹ Exemplos de estudos possíveis mediante a ótica da complexidade ou da emergência abundam, cf. RUHL, Joel, KATZ, Daniel, BOMMARITO II, Michael, Harnessing Legal Complexity, *Science*, v. 355, n. 6332, p. 1377-1378, mar/2017.

que nos cerca é justamente um dos principais motores do desenvolvimento do conhecimento científico. Este motor certamente será colocado em funcionamento no desenvolvimento da teoria da complexidade. Autores continuam a afirmar que a teoria da complexidade está estagnada, que as suas principais regras foram descobertas e que os novos fenômenos a elas se ajustariam. Isto é altamente improvável.

Ao mesmo passo que a dinâmica dos corpos celestes deixou de ser mística para se tornar astronomia, a evolução das espécies deixou de ser desígnio divino (em alguns lugares) e virou biologia, é bastante provável que a emergência e a teoria da complexidade estejam na sua mais tenra infância. Como afirmam Miller e Page, é natural que mistérios científicos profundos sejam resolvidos de tal forma que a nossa ignorância prévia se mostre evidente.⁸⁰

⁸⁰ MILLER, Josh, PAGE, Scott, *Complex Adaptive Systems: An Introduction to Computational Models of Social Life*, Princeton University Press, 2007. p. 46.

INSTRUMENTOS CONTRATUAIS ENQUANTO TEXTO E SEUS INDICADORES DE INCERTEZA

Gabriela Vieira Santos e Santos

1 INTRODUÇÃO

Quando agentes econômicos decidem estabelecer uma operação econômica juridicamente estruturada, se deparam com o desafio de articular esta mesma operação em um texto: o instrumento contratual (ou, ainda, um conjunto de instrumentos contratuais). Aliás, antes mesmo de consubstanciar suas vontades em texto, os agentes econômicos devem estabelecer uma comunicação eficiente com o objetivo de anunciar e enunciar suas vontades.

Ocorre que cada manifestação enunciativa é única.¹ Isto porque os aspectos que permeiam o ato de comunicação são singulares, seja em razão do conteúdo da mensagem, da organização de seus termos, dos interlocutores envolvidos e suas noções de mundo, da situação que permeia o ato da enunciação, e tantos outros aspectos conectados à comunicação individualizada. Ademais, em sistemas jurídicos nos quais prevalece a autonomia negocial, prevalece também a liberdade no modo de dizer, ainda que possam existir imposições normativas quanto ao emprego de uma certa forma como requisito de validade do negócio.²

¹ ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 668.

² ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 678

Dessa forma, estando os agentes econômicos diante de uma operação econômica juridicamente estruturada, a qual, inclusive, pode apresentar elementos indicadores de complexidade, pode o texto exponenciar esta complexidade ao demandar ainda mais da carga cognitiva dos agentes? Poderia ser o instrumento contratual um fator de complexidade ou de complicação em relação ao seu objeto? Ou, ao contrário, seria o instrumento contratual capaz de trazer maior simplicidade à compreensão do negócio jurídico pactuado através da aplicação de técnicas construtoras de sentido da linguística textual?

2 A LINGUAGEM, A ARTICULAÇÃO E O TEXTO

O termo “linguagem” costuma ser cotidianamente empregado para referir-se a qualquer processo de comunicação (inclusive a comunicação entre animais). Contudo, para os estudiosos da Linguística, a linguagem é uma capacidade inerentemente humana.³ Dessa forma, conforme Fiorin, “a linguagem é a capacidade específica da espécie humana de se comunicar por meios de signos”.⁴

A capacidade da linguagem, como habilidade humana, comporta um conjunto de características que a distingue de outros processos de comunicação. Cunha, Costa e Martelotta⁵ citam algumas destas características, quais sejam: (a) a linguagem comporta uma técnica articulatória complexa, pois são necessários movimentos corporais para produzir os sons que compõem a fala; (b) comporta também uma base neurobiológica composta de centros nervosos que são utilizados na comunicação verbal; (c) uma base cognitiva, a qual rege as relações entre ser humano e o mundo

³ CUNHA, Angélica Furtado da; COSTA, Marcos Antônio; MARTELOTTA, Mário Eduardo. Linguística In: MARTELOTTA, Mário Eduardo (Org.). *Manual de linguística*. São Paulo: Contexto, 2018, p. 15-16.

⁴ FIORIN, José Luiz. A linguagem humana: do mito à ciência. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Linguística? Que é isso?* São Paulo: Contexto, 2018, p.13.

⁵ CUNHA, Angélica Furtado da; COSTA, Marcos Antônio; MARTELOTTA, Mário Eduardo. Linguística In: MARTELOTTA, Mário Eduardo (Org.). *Manual de linguística*. São Paulo: Contexto, 2018, p. 16-20.

biossocial, capaz de representar esse mundo em termos linguísticos; (d) uma base sociocultural, a qual traz aspectos variáveis à linguagem humana conforme às tendências de comportamento em determinado tempo e espaço; e (e) uma base comunicativa, a qual fornece os dados que regem a interação dos falantes.

Dentre as características distintivas da linguagem humana está a articulação. Afirmar que a linguagem é articulada significa dizer que ela não é um todo indivisível. Ela pode ser desmembrada em partes menores (morfemas e fonemas), os quais estão presentes em outros enunciados.⁶ Portanto, quando o falante forma uma dada sentença, ele está selecionando, entre os vocábulos armazenados em sua memória aqueles que, no contexto no qual ele está inserido, construirão o sentido desejado. Dessa forma, cada vocábulo empregado em uma dada sentença possui elementos autônomos, podendo ser empregados em sentenças diversas a depender da intenção comunicativa do falante.⁷

Ocorre, contudo, que a divisibilidade da linguagem em partes menores não significa que ela se resume a simples soma de estas mesmas partes. Para esclarecer este ponto, importa definir o que constitui um texto, ou tentar apontar seus elementos constitutivos já que ainda não há uma definição largamente aceita. Inclusive, nem intuitivamente seríamos capazes de dizer o que faz uma sequência ser considerada um texto.⁸ Mas há um ponto que a maioria dos linguistas contemporâneos concordam: o texto é algo maior que a simples soma de palavras ou de frases. Marcuschi realça:⁹

O texto é o resultado atual das operações que controlam e regulam as unidades morfológicas, as sentenças e os sentidos durante o emprego do sistema linguístico numa ocorrência comunicativa. Não

⁶ MARTELOTTA, Mário Eduardo. Dupla articulação. In: MARTELOTTA, Mário Eduardo (Org.). *Manual de linguística*. São Paulo: Contexto, 2018, p. 37-42.

⁷ MARTELOTTA, Mário Eduardo. Dupla articulação. In: MARTELOTTA, Mário Eduardo (Org.). *Manual de linguística*. São Paulo: Contexto, 2018, p. 37.

⁸ MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Linguística de texto: o que é e como se faz?* São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 22.

⁹ MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Linguística de texto: o que é e como se faz?* São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 30.

é uma configuração produzida pela simples união de morfemas, lexe-
 mas e sentenças, mas o resultado de operações comunicativas e
 processos linguísticos em situações comunicativas. Um texto está
 submetido tanto a controles estabilizadores *internos* como *exter-*
nos, de modo que uma LT [linguística textual] razoável não deve
 considerar a estrutura linguística como fator único para a produção,
 estabilidade e funcionamento do texto. Nem se pode tratar o texto
 simplesmente como uma unidade maior que a sentença, pois ele é
 uma entidade de outra ordem na medida em que é uma *ocorrência*
na comunicação (...). O texto forma uma rede em várias dimensões
 e se dá como um complexo processo de mapeamento cognitivo de
 fatores a serem considerados na sua produção e recepção. O texto
 não é o resultado automático de uma série finitas de passos em que
 se usaram algumas regras recorrentes observando a boa formação
 frasal de todas as relações na sequência, ao qual se aplicaria algum
 componente interpretativo. Em suma, o texto é algo essencialmen-
 te diverso de uma sentença muito longa. [grifos no original]

Interessante perceber que o texto: (i) possui um conjunto de com-
 ponentes individuais interconectados que se submetem a regras potencial-
 mente simples quando vistos de forma isolada, mas que, em seu conjunto,
 dá origem um novo elemento, maior que a soma destes componentes in-
 dividuais, e de natureza diversa; (ii) faz uso de sinais em seu processo de
 comunicação interno e externo; (iii) se adapta conforme as necessidades
 e estímulos externos de maneira evolutiva no tempo (a variação da língua
 no tempo e no espaço são estudos que demonstram a adaptabilidade da
 linguagem). Ademais, o texto é não-linear, visto que não é possível en-
 tender o todo simplesmente entendendo suas partes. Interessante notar
 que tais elementos foram apontados por Melanie Mitchell propriedades
 comuns de sistemas complexos,¹⁰ muito embora seja difícil definir quando
 um sistema complicado emerge e se transforma em um sistema de carac-
 terísticas complexas. Afinal, os conceitos de complicado e complexo desa-
 fiam qualquer tentativa de uma demarcação nítida e distintiva — pode ser

¹⁰ MITCHELL, Melanie. *Complexity: a guided tour*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 12-13 e p. 22.

fácil distinguir os extremos, mas são as situações no meio onde a distinção se torna obscura e arbitrária.¹¹

Retomando a ideia de definição do texto, Marcuschi propõe existir duas formas básicas de defini-lo.¹² A primeira delas parte de critérios internos a ele e o coloca ao nível do sistema linguístico. Desta forma, o texto teria características tão intrínsecas à sua existência, que seríamos capazes de identificar tais atributos em todos os textos de uma dada língua. Esta visão conferiria ao texto um conceito a nível geral e sistêmico, cujos atributos estariam primordialmente conectados ao seu aspecto sintático, sem considerar o nível cognitivo-conceitual e o pragmático.

Sua segunda proposta parte de critérios temáticos ou transcendentais ao sistema, considerando o texto como uma unidade comunicativa, mas não ainda como uma simples unidade linguística. Dentro desta visão, o texto é concebido dentro de sua funcionalidade, no processo mais amplo de comunicação, e não apenas no âmbito da estrutura linguística.

Assim, conciliando as visões, com ênfase no entendimento de que o texto é uma unidade concreta e atual resultante de uma ocorrência comunicativa, é possível ver o texto como uma unidade comunicativa que se realiza tanto ao nível do *uso* quando de *sistema*.¹³ Conforme Leonor Lopes Fávero e Ingedore Villaça Koch:¹⁴

[...] o texto consiste em qualquer passagem, falada ou escrita, que forma um todo significativo, independente de sua extensão. Trata-se, pois, de uma unidade de sentido, de um contínuo comunicativo contextual que se caracteriza por um conjunto de relações responsáveis pela *tessitura* do texto — os critérios ou padrões de textuali-

¹¹ HOLLAND, John H. *Complexity: a very short introduction*. Reino Unido: Oxford University Press, 2014, p. 26.

¹² MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Linguística de texto: o que é e como se faz?* São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 21-30.

¹³ MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Linguística de texto: o que é e como se faz?* São Paulo: Parábola Editorial, 2012, p. 31.

¹⁴ FÁVERO, Leonor Lopes; KOCH, Ingedore Villaça. *Linguística textual: introdução*. São Paulo: Cortez, 2012, p. 34.

dade, entre os quais merecem destaque especial a coesão e a coerência. [grifos no original]

Não obstante a análise metalinguística da natureza do texto, importa entender como o instrumento contratual, enquanto texto, interfere e influi em realidades e negócios jurídicos estruturalmente complexos. Quando visto sob um enfoque funcionalista, como o instrumento contratual escrito pode impactar a redução em texto de um negócio jurídico com características de complexidade? Seria possível reduzir a carga cognitiva através do texto? Como produzir um texto simples (não-complicado) quando a atividade econômica retratada ou o negócio jurídico pactuado se insere em uma rede emaranhada e complexa?

3 O ÂMBITO TEXTUAL DO NEGÓCIO JURÍDICO COMPLEXO

Um instrumento contratual, enquanto texto, é redigido com um propósito, uma motivação. Ele visa consubstanciar um negócio jurídico, com toda a complexidade potencialmente envolvida, em um texto escrito. Para poder alcançar seu objetivo primário, os interlocutores devem desenvolver a atividade de comunicação. Assim, a motivação inicial deve ser realizada em ato comunicativo, o qual requer que sejam postos em ação um conjunto de operações próprias do sistema linguístico.¹⁵ Adicionalmente, o ato comunicativo, em si mesmo, pode trazer elementos adicionais de complicação, capaz de exponenciar a complexidade, demandando ainda mais da carga cognitiva de seus interlocutores.

Dessa forma, tendo em vista que o instrumento contratual se propõe a retratar o negócio jurídico, a reprodução do contrato em texto torna-se uma meta imediata, a qual merece atenção especial quando se trata de negócios jurídicos inerentemente complexos.

¹⁵ KOCH, Ingedore Villaça. *O texto e a construção dos sentidos*. São Paulo: 2018, p. 16.

Para a atividade de produção textual, é importante ressaltar que os sujeitos expostos ao texto irão construir sua coerência em uma situação de comunicação específica.¹⁶ Dessa forma, no ato de comunicação, há ao menos um sujeito que, em sua relação com outro (s) sujeito (s), constrói o texto, cujo sentido deverá ou não ser conferido pelos receptores, os quais irão aceitar o texto como coeso e coerente ou não.¹⁷

Dessa forma, na produção textual do instrumento contratual, seus interlocutores devem se questionar como tornar este texto compreensível aos sujeitos que integram a situação de interlocução. Conforme Koch:¹⁸

O processo de produção textual, no quadro das teorias sociointeracionais da linguagem, é concebido como atividade interacional de sujeitos sociais, tendo em vista a realização de determinados fins.

As teorias sociointeracionais reconhecem a existência de um sujeito planejador/organizador que, em sua inter-relação com outros sujeitos, vai construir um texto, sob a influência de uma *complexa rede de fatores*, entre os quais a especificidade da situação, o jogo de imagens recíprocas, as crenças, convicções, atitudes dos interactantes, os conhecimentos (supostamente) partilhados, as expectativas mútuas, as normas e convenções socioculturais. Isso significa que a construção do texto exige a realização de uma série de atividades cognitivo-discursivas que vão dotá-lo de certos elementos, propriedades ou marcas, os quais, em seu inter-relacionamento, serão responsáveis pela produção de sentidos. [grifos nossos]

Portanto, na redação de instrumentos contratuais, como meio de alcançar a concretização em texto de um negócio jurídico, deve-se buscar a produção textual de forma a permitir que os interlocutores depreendam seu conteúdo semântico. A extração dos sentidos só é possível através da

¹⁶ KOCH, Ingedore Villaça. *O texto e a construção dos sentidos*. São Paulo: 2018, p. 21.

¹⁷ KOCH, Ingedore Villaça. *O texto e a construção dos sentidos*. São Paulo: 2018, p. 24.

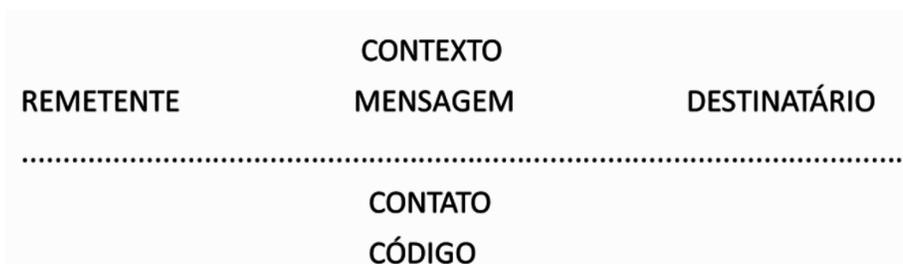
¹⁸ KOCH, Ingedore Villaça. *O texto e a construção dos sentidos*. São Paulo: 2018, p. 7.

ativação de processos cognitivos pelos sujeitos que interagem no texto, os quais trazem ao processo de comunicação não apenas seus conhecimentos linguísticos, como também toda sua experiência de mundo.

Assim, partindo da premissa que “o sentido não está no texto, mas se constrói a partir dele”.¹⁹ é necessário recorrer à linguística textual de forma a identificar quais fatores são capazes de esclarecer e construir sentidos e, em sentido oposto, quais fatores são indicadores de incertezas. Vamos buscar estratégias de ordem cognitiva que facilitem a construção de sentido de um texto, auxiliando no processamento textual tanto em termos de sua produção quanto de sua compreensão.

4 OS INDICADORES TEXTUAIS DE INCERTEZA

Para que o ato de comunicação seja eficaz, devem estar presentes certas condições e elementos constitutivos capazes de servir ao propósito comunicativo idealizado pelo(s) interlocutor(es). Conforme Jakobson, são necessários os seguintes elementos para a transmissão bem-sucedida de uma mensagem:



Dessa forma, transpondo os elementos supracitados aos contratos escritos, podemos correlacionar: (i) o remetente e o destinatário (interlocutores) às partes, seus assessores e todos os indivíduos que os representam durante a negociação e execução de um contrato; (ii) a mensagem aos enunciados e declarações negociais;²⁰ (iii) o código à língua escolhida

¹⁹ KOCH, Ingedore Villaça. *O texto e a construção dos sentidos*. São Paulo: 2018, p. 30.

²⁰ Os enunciados e declarações negociais não se limitam àqueles que porventura foram incorporados por escrito no instrumento contratual, eles abrangem às interações

pelos interlocutores para se comunicarem, como por exemplo o português do Brasil; (iv) o canal ao texto contratual escrito; (v) o contexto à todos os elementos que permeiam o ato comunicativo e que o influenciam, tal qual a jurisdição e os usos e costumes.

Os elementos constitutivos do ato comunicativo influenciam a construção de sentido pelos interlocutores. E, quando o ato comunicativo sob análise é de caráter jurídico, como o instrumento contratual, é possível dizer que tais elementos são também influenciados pelo sistema jurídico enquanto contexto, absorvendo toda a dinamicidade e complexidade existente no sistema jurídico, e suas evoluções normativas.

Por sua vez, as partes que contratam também podem gerar um significativo indicador de incerteza, visto que sua visão de mundo e seu conhecimento sobre o contexto que permeia a relação jurídica podem ser de difícil apreensão. Deste modo, ao estabelecer uma relação jurídica e pactuar um acordo por meio de um contrato escrito, uma parte (e seus assessores e executores) possui o desafio de conhecer a outra parte (e seus respectivos assessores e executores) e como a interpretação e compreensão da relação jurídica pactuada é percebida por ela.

Em realidade, toda a pluralidade que permeia o ato comunicativo é incorporada pela parte: como ela utiliza o código (a língua) para expressar-se no canal (texto), como ela percebe o contexto (toda a situação que as partes de inserem) para definir o sentido do texto. Os interlocutores absorvem toda a subjetividade que pode estar presentes na relação jurídica.

Uma possível maneira de estabilizar este indicador de incerteza é através da interação contínua entre as partes. Ou seja, um contrato de execução continuada é capaz de reduzir esta incerteza ao longo de sua execução, pois permite aos interlocutores de se conhecerem em toda a

e mensagens trocadas entre as partes desde a negociação até o término da relação estabelecida entre os interlocutores. Contudo, muito embora estas mensagens possam existir em um plano distinto do instrumento contratual escrito (ou melhor, sejam transmitidas e registradas em canal diverso), elas influenciam o sentido da mensagem consubstanciada no instrumento escrito, ainda que não haja alteração dos enunciados.

sua pluralidade. Vale a pena ressaltar que estas interações não são capazes de anular a incerteza, visto que elas próprias moldam e modificam a visão de mundo dos interlocutores em um processo dialético permanente e continuado. Ainda assim, há uma redução de incerteza do marcador enquanto indicador estrutural, e o aumento da previsibilidade de comportamento das partes, especialmente em um ambiente colaborativo.

4 A LINGÜÍSTICA TEXTUAL E A CONSTRUÇÃO DE SENTIDOS

A linguística textual é uma ferramenta importante no processo de redução e estabilização dos marcadores de incerteza. Através de seus princípios é possível lidar com as pluralidades que permeiam o ato comunicativo e reduzir a carga cognitiva de um instrumento contratual. Potencialmente, os princípios construtores de sentido podem auxiliar na compreensão e abarcabilidade de conteúdo de negócios jurídicos estruturalmente complexos.

Como mencionado anteriormente, as partes envolvidas na operação econômica podem ser consideradas um potencial marcador de incerteza à medida que elas envolvem elementos subjetivos no processo de comunicação e toda a sua unicidade de compreensão de mundo. A incerteza pode ainda ser mais elevada quando consideramos os casos nos quais um instrumento contratual é construído por vários sujeitos que, conjuntamente, desempenham o papel do emissor ou destinatário. Como aponta Robles:²¹

Também neste gênero de obras aparecem <<equipes>> formadas por vários indivíduos. Aqui nós enfrentamos o fenômeno da complexidade do emissor. Se já apresenta problemas interpretar a mensagem de um só indivíduo, é fácil imaginar as dificuldades que implica a interpretação de mensagens que têm por autor um conjunto de indivíduos.

²¹ ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, volumen II. Navarra: Thomson Reuters, 2015, p. 273.

(..) O *destinatário* é a quem a mensagem se dirige. É a outra parte pessoal de toda mensagem. (...). Pode ser um indivíduo ou um grupo de indivíduos, exatamente igual que no caso do emissor.²²
[grifos no original]

Dessa forma, a declaração de vontade de uma parte pode, em realidade, ser construída por um conjunto de pessoas. Neste caso, a multiplicidade de sujeitos costuma estar diretamente correlacionada à complexidade da matéria jurídica que permeia o negócio pactuado, cujo conteúdo é inabarcável por um único sujeito cognoscente. Destarte, torna-se necessária a contribuição de um conjunto de pessoas, cada uma com um conhecimento e visão de mundo que lhes são próprios, de forma a concluir o negócio jurídico em sua integralidade.

A Linguística textual aponta dois princípios construtores de sentido capazes de auxiliar na compreensão do instrumento contratual através da redução da carga cognitiva necessária para compreender os atores econômicos envolvido no negócio, enquanto sujeitos comunicativos. São eles: a *intencionalidade* e a *aceitabilidade*.

O princípio da *intencionalidade* se refere aos diversos modos como os sujeitos usam o texto para alcançar suas intenções comunicativas.²³ Dessa forma, a intencionalidade demanda a habilidade de referir, direcionar ou significar algo a alguém, exigindo, portanto, dos interlocutores o reconhecimento de suas próprias intenções, bem como a das demais pessoas envolvidas no ato comunicativo.²⁴ Dessa forma, para que a lingua-

²² No original: “También en este género de obras aparecen <<equipos>> formados por varios individuos, Aquí nos enfrentamos ante el fenómeno de la complejidad del emisor. Si ya plantea problemas interpretar el mensaje de un solo individuo, es fácil imaginar las dificultades que conlleva la interpretación de mensajes que tienen por autor a un conjunto de individuos. (...) El *destinatario* es a quien va dirigido el mensaje. Es la otra parte personal de todo mensaje. (...) Puede ser un individuo o un grupo de individuos, exactamente igual que en el caso del emisor.”

²³ KOCH, Ingedore Villaça. *Introdução à linguística textual: trajetória e grandes temas*. São Paulo: Contexto, 2017, p. 51.

²⁴ TONINETTO, Lauren; WAGNER, Gabriela Peretti; TRENTINI, Clarissa Marcelli; SPERB, Tania Mara; PARENTE, Maria Alice de Mattos Pimenta. Interfaces entre funções executivas,

gem seja eficiente, é necessário compreender as intenções do outro, pois só é possível atingir um dado objetivo quando se sabe o que se quer.²⁵

A *aceitabilidade*, por sua vez, é a contraparte da intencionalidade, refere-se à atitude dos interlocutores de aceitarem a manifestação do outro como coesa e coerente, fazendo o leitor um esforço para atribuir sentido ao texto.²⁶ Dessa forma, através da aceitabilidade, estabelece-se uma cooperação de sentidos entre quem escreve e quem lê, já que o receptor ativa seus conhecimentos de mundo e estabelece uma interpretação que traga coerência ao texto.

Dessa forma, enquanto o princípio da *intencionalidade* se refere à atitude dos interlocutores de conhecer suas próprias intenções e as das outras partes envolvidas no ato comunicativo, através da *aceitabilidade*, um interlocutor pressupõe que a manifestação do outro é coerente e coesa. Assim, quando estes dois princípios estão presentes no ato comunicativo, é possível identificar uma aliança tácita entre os interlocutores. Há, neste caso, um ambiente de colaboração, no qual as partes cooperam para dar sentido ao texto em consonância com seus objetivos. Cooperase, deste modo, de forma a harmonizar a compreensão das partes do que se diz e a *finalidade* do que se diz.

Assim, presentes na interação os princípios da Intencionalidade e da Aceitabilidade, pode-se dizer que existe, ao menos naquele momento, um ambiente cooperativo e, desta forma, a comunicação exigirá menor esforço cognitivo para sua compreensão (quando comparado a uma conjuntura onde estes princípios não permeiam a interação comunicativa entre as partes). Portanto, identificar um ambiente cooperativo é essencial para estabelecer um indicador de presença (ou possibilidade de desenvolvimento) destes critérios de construção de sentido no texto.

linguagem e intencionalidade. *Paidéia*, vol. 21, no. 49, 2011, pp. 247-255. Editorial Universidade de São Paulo, p. 247.

²⁵ TONETTO, Lauren; WAGNER, Gabriela Peretti; TRENTINI, Clarissa Marcelli; SPERB, Tania Mara; PARENTE, Maria Alice de Mattos Pimenta. Interfaces entre funções executivas, linguagem e intencionalidade. *Paidéia*, vol. 21, no. 49, 2011, pp. 247-255. Editorial Universidade de São Paulo, p. 254

²⁶ KOCH, Ingedore Villaça. *Introdução à linguística textual: trajetória e grandes temas*. São Paulo: Contexto, 2017, p. 51.

É importante também, para o estabelecimento e identificação da presença destes sentidos, que as partes estejam pactuando em boa-fé. Afinal, conforme Calixto Salomão, a função da boa-fé é permitir a cooperação contratual entre as partes para a consecução dos objetivos econômicos do contrato.²⁷

Dessa forma, prever no instrumento contratual as intenções das partes e seus objetivos principais (como por exemplo através de sessão inicial dedicada a este propósito), dando-se por aceitas as premissas pelas partes, significa dar conhecimento explícito e maior grau de previsibilidade a vontades que de outra maneira poderiam não ser conhecidas e permanecerem como um marcador de incerteza.

Outro indicador de incerteza é o contexto no qual a mensagem está inserida. Existem diversos fatores externos ao instrumento contratual que vão influenciar diretamente o ato comunicativo e demandar maior carga cognitiva dos interlocutores envolvidos na operação econômica. Como abarcar toda a pluralidade externa ao contrato, mas que influencia diretamente na sua compreensão e aplicação cotidiana?

A linguística textual apresenta dois princípios construtores de sentido que podem auxiliar no processo da redução da demanda cognitiva sempre e quando estiverem presentes e aplicados de forma adequada: a *intertextualidade* e a *situacionalidade*.

A *intertextualidade* se refere ao fato de que a produção e compreensão de um texto está intrinsecamente ligado ao conhecimento de outros textos por parte dos interlocutores,²⁸ ocorrendo, assim, um processo de incorporação, seja para reproduzir o sentido incorporado, seja para transformá-lo.²⁹ Quando lemos um texto, fazemos um esforço cognitivo para

²⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Breve acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 17, ano 5, p. 41-74, janeiro-março/2007.

²⁸ KOCH, Ingedore Villaça. *Introdução à linguística textual: trajetória e grandes temas*. São Paulo: Contexto, 2017, p. 51.

²⁹ RAMIRES, Vicentina. Relações entre análise do discurso, linguística de textos e gêneros textuais: o conceito de intertextualidade. *Revista de Encontros de Vista*, n. 13, janeiro/junho. 2014. Recife: 2014.

ligar o discurso ao contexto, trazendo sentido ao que está sendo lido. O instrumento contratual enquanto texto, tanto em seu momento de criação como de interpretação, exige dos interlocutores o esforço de contextualização do seu conteúdo à vontade dos agentes econômicos e ao ambiente normativo em que se encontra inserido.

O esforço cognitivo exigido dos interlocutores pode ser de maior ou menor grau a depender das ferramentas utilizadas e procedimentos realizados em sua interação com o texto. No caso dos instrumentos contratuais, a intertextualidade pode constituir um fator de redução ou de aumento do esforço cognitivo necessário para a sua compreensão. Por exemplo, a utilização de contratos juridicamente e/ou socialmente típicos, bem como cláusulas socialmente típicas, pode reduzir a demanda cognitiva do interlocutor já familiarizado com o contrato ou a cláusula. Conforme estudo de Hagedoorn e Hesen,³⁰ a rotinização e a experiência com padrões complexos de forma repetitiva pode reduzir a carga cognitiva e aumentar os níveis de tolerância à complexidade:

Quando os indivíduos são confrontados frequentemente com um determinado design, conhecimentos e habilidades avançadas podem ser adquiridos com o tempo. Por exemplo, disposições padronizadas [*boilerplate*], bem como termos e interdependências complicadas, podem ser mais facilmente compreendidas por advogados que trabalham na área específica. O uso comum de um termo contratual cria aprendizado e externalidades da rede, e a dependência do caminho da contratação corporativa é evidente: um termo ganha valor com seu uso e essa padronização é evidenciada de forma geral pelo uso de formas, e em particular pelas disposições padronizadas [*boilerplate*]. Disposições padronizadas reduzem a possibilidade de quaisquer mal-entendidos. Advogados especializados são então utilizados para superar as limitações cognitivas individuais.³¹ [tradução livre]

³⁰ HAGEDOORN, John; HESEN, Geerte. Contractual Complexity and the Cognitive Load of R&D Alliance Contracts In: *Journal of Empirical Legal Studies*, Volume 6, Issue 4, 818–847, December 2009, p. 842.

³¹ No original: “When individuals are confronted with a certain design on a frequent basis, advanced knowledge and skills may be acquired over time. For example, boilerplate

A situacionalidade é estabelecida em dois sentidos: da situação ao texto; e do texto à situação. Na primeira direção, a situacionalidade se refere aos fatores que permeiam a situação comunicativa que interferem na construção do texto que lhe diz respeito. Dessa forma, a situação faz com que o texto receba certas características que são condizentes com o contexto que lhe permeia, tais como o grau de formalidade, regras de polidez, variedade linguística, entre outros.

Quanto à influência da situacionalidade no grau de carga cognitiva de um texto, cumpre ressaltar que quanto mais livre a interpretação o interlocutor estiver, maior influência terá sua forma de perceber o mundo e maior serão as possibilidades de interpretação, aumentando consideravelmente o indicador de incerteza e, como consequência, a demanda cognitiva de compreensão de um texto. Por outro lado, quanto mais descritivo for o contexto e a realidade de mundo que influencia a construção do texto, e quanto mais objetiva for a linguagem empregada nesta descrição, haverá menos possibilidades de interpretação por parte do interlocutor, tornando o texto mais direto e objetivo e menos aberto à compreensão de mundo de cada um.

Portanto, quanto mais conhecida a situação e o intertexto referido no instrumento contratual, menor será a carga cognitiva demandada dos interlocutores para compreender o texto.

Nesse sentido, vale a pena mencionar outros dois princípios construtores de sentido: a *coerência* e a *informatividade*

Koch e Travaglia ressaltam a dificuldade de conceituar o princípio da *coerência* e, portanto, apresentam vários aspectos que, de forma conjunta, permitem compreender o significado do termo. Os autores ressaltam que, em primeiro lugar, a coerência está diretamente ligada à possibilidade de se estabelecer um sentido ao texto, sendo, portanto, um “princípio

provisions and complicated terms and interdependencies may be easier to grasp for lawyers working in the particular field. The common use of a contract term creates learning and network externalities and the path dependency of corporate contracting is evident: a term gains value with its use and this standardization is evidenced by the use of forms in general and boilerplate provisions in particular. Standardized provisions reduce the possibility for any misunderstandings. The reliance on specialized lawyers is then used to overcome individual cognitive limitations”.

de interpretabilidade, ligada à inteligibilidade do texto numa situação de comunicação e à capacidade que o receptor tem para calcular o sentido deste texto. Este sentido, evidentemente, deve ser do todo, pois a coerência é global”.³² Ademais, os autores defendem que a base da coerência é a continuidade de sentidos entre os conhecimentos ativados pelas expressões do texto, se relacionando ao modo como os componentes do mundo textual são mutuamente acessíveis e relevantes.³³ Deste modo, a produção do sentido e a percepção de um texto como coerente depende, em grande medida, da capacidade dos interlocutores de conectar o conhecimento dos elementos linguísticos de um texto ao contexto da situação, estabelecendo uma *continuidade/unidade de sentido*.

Na esfera contratual, a *coerência* pode ser construída e fortalecida através do emprego de elementos linguísticos que a auxiliam na ativação de conhecimentos, na inferência a informações de mundo que se comunicam com o sentido do texto; na alusão explícita a conhecimentos que podem não ser compartilhados entre os interlocutores; no emprego de fatores de contextualização que ancoram o texto em uma determinada situação comunicativa; entre outros.

Reconhecer expressamente os aspectos que dão sentido ao instrumento contratual e significado à relação jurídica pactuada pode ser um redutor de demanda cognitiva e estabilização do marcador de incerteza. Definir bem qual a modalidade contratual, quem são as partes contratantes, os termos empregados, bem como a manutenção de estilo e linguagem jurídica coerente com a situação e a operação econômica pactuada, são ferramentas que podem ser utilizadas na redução da incerteza e da demanda cognitiva necessária para a compreensão do instrumento contratual.

Conforme Koch,³⁴ a *informatividade* se relaciona a dois principais aspectos: à distribuição de informação no texto e ao grau de previsibili-

³² KOCH, Ingedore Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. *A coerência textual*. São Paulo: Contexto, 2015, p. 21.

³³ KOCH, Ingedore Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. *A coerência textual*. São Paulo: Contexto, 2015, p. 26.

³⁴ KOCH, Ingedore Villaça. *Introdução à linguística textual: trajetória e grandes temas*. São Paulo: Contexto, 2017, p. 50-51.

dade com que a informação é veiculada. A distribuição da informação pressupõe um equilíbrio entre informação já dada (e conhecida) e uma informação nova. Uma informação nova é mais bem compreendida pelo interlocutor quando se estabelecem âncoras no texto que servem de referência para compreender o dado novo. Por sua vez, o grau de previsibilidade da informação é responsável por estabelecer os diversos níveis de informatividade de um texto. Um texto que apresente informações de forma previsível terá um menor grau de informatividade, mas exigirá um menor esforço cognitivo para sua compreensão. Se as informações forem constantemente introduzidas no texto de forma imprevisível, o texto exigirá um grande esforço de processamento, aumentando seu grau de informatividade e de demanda cognitiva.

Assim, um texto que introduz novas informações de forma equilibrada, isto é, com ancoragem em informações que já são de conhecimento do interlocutor, e desde que as introduza de maneira previsível, estará reduzindo sua demanda cognitiva tendo em vista que requer menor esforço para sua compreensão, já que seu sentido pode ser extraído com maior facilidade.

Uso de termos definidos, por exemplo, é uma das ferramentas para garantir um equilibrado grau de informatividade, bem como traz, de forma geral, coerência e coesão ao texto.

A *coesão* é o sétimo princípio construtor de sentido. Ela é comumente compreendida como a forma pela qual os elementos linguísticos de um texto se interligam de modo a formar uma unidade de nível superior à da frase e que dela difere qualitativamente, utilizando-se de componentes da superfície textual — ou seja, de palavras e frases que compõem o texto — capazes de criar relações de dependências de ordem gramatical.

De forma a estabelecer a coesão de um dado texto, o autor de um texto pode recorrer ao emprego de *recursos de coesão textual*, os quais possuem a função específica de estabelecer relações textuais, assegurando uma ligação linguística significativa entre os elementos que ocorrem na superfície do texto.³⁵ Os mecanismos coesivos possuem, por convenção,

³⁵ KOCH, Ingedore Villaça. *A coesão textual*. São Paulo: Contexto, 2016, p. 18.

funções bem específicas. A sua aplicação na redação de instrumentos contratuais tem o condão de facilitar a extração da sequencialidade de sentidos, auxiliando também no estabelecimento da coerência e reduzindo a demanda cognitiva necessária para a compreensão do texto. Uma boa estratégia de referenciação é capaz de reduzir as ambiguidades presentes no texto, dando instruções claras acerca do objeto de discurso em foco. Como os instrumentos contratuais são, em grande parte, formados por instruções condicionadas a situações fáticas e jurídicas, é importante para a sua simplificação linguística o uso correto dos mecanismos coesivos, tais como: o uso de glossários, emprego de termos por repetição, cuidado com a concordância, entre outros.

5 CONCLUSÃO

Independente da análise metalinguística da natureza do texto, o instrumento contratual, enquanto texto, se propõe a retratar um negócio jurídico, o qual pode ter elementos de complexidade.

A linguística textual oferece ferramentas importantes ao desafio de reduzir a termo operações econômicas juridicamente estruturadas. O emprego dos princípios construtores de sentido é capaz de trazer maior simplicidade à compreensão do negócio jurídico pactuado, através da redução da carga cognitiva demandada dos interlocutores envolvidos na atividade econômica pactuada.

REFERÊNCIAS

AHMED, E., ELGAZZAR, A., HEGAZI, A. On Complex Adaptive Systems and Terrorism. *Physics Letters*, v. 337, n. 1-2, 2005.

ALBUQUERQUE, Felipe Gomes de Almeida. *Os novos paradigmas do direito internacional privado e suas repercussões na Determinação da Lei Aplicável aos Contratos Internacionais*, Tese UERJ, 2020, Orientadora Profa Carment Tiburcio.

ALEXANDER, Samuel, *Space, Time, and Deity*, Michigan: University of Michigan Library, 1920.

ALEXANDRE DE AFRODÍSIA, *On the Soul: Part I: Soul as a Form of the Body, Parts of the Soul, Nourishment, and Perception*, Londres: Bloomsbury Academy, 2014 (original de circa 200 a. C.).

ALLISON, Mary, BATDORF, Ron, CHEN, H. *The Characteristics and Emerging Behaviors of System of Systems*. Disponível em: <http://necsi.edu/education/oneweek/winter5/NECSISoS.pdf.75>. Acesso em: 13 jul. 2021.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

AMANCIO, Diego R.; ALUISIO, Sandra M.; OLIVEIRA JUNIOR, Osvaldo N.; COSTA, Luciano F. Complex network analysis of language complexity. *Europhysics Letters*, v. 100, n. 5, p. 1-2, 2012.

ANGELOV, Krasimir; CAMILLERI, John J.; SCHNEIDER, Gerardo. A framework for conflict analysis of normative texts written in controlled natural language. *Journal of Logic and Algebraic Programming*, v. 82, 2013.

ANTUNES, Marcelo Piazzetta. A causa sistemática e a teoria das redes contratuais: a influência do elemento causal na para-eficácia dos contratos. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Diálogos sobre direito civil*, tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

ARAUJO, Nádia *Contratos Internacionais: Autonomia da Vontade, Mercosul e Convenções Internacionais*, 4ª ed. Revista e ampliada, Rio de Janeiro, Renovar, 2009.

ARIELY, Dan. *Predictably irrational: the hidden forces that shape our decisions*. Nova Iorque: Harper Collins, 2008.

ARLOTA, Alexandre Sales Cabral *a Estandarização dos Contratos Internacionais e o Modelo FIDIC- Silver Book para os Contratos EPC*, Dissertação de Mestrado – UERJ 2011; CARMO, Lie Uema do. *Contratos de Construção de Grandes Obras*. Tese de Doutorado, USP, 2012.

AXELROD, Robert. *The evolution of cooperation*. Nova Iorque: Basic Books, 1984.

AXELROD, Robert; KEOHANE, Robert O.. *Achieving cooperation under anarchy: strategies and institutions*. David BALDWIN (ed.) *Neorealism and neoliberalismo: the contemporary debate*. Nova Iorque: Columbia University Press, 1993.

AZEVEDO, Antônio Junqueira, *Contrato Atípico, complexo, com elementos de contrato de know how, de gestão, e de mandato, com administração...in: Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, SP, Saraiva 2ª tiragem, 2010.

BABAIOFF, Mosh; WINTER, Eyal. *Contract complexity*. In: *ACM Conference on Economics and Computation*, Microsoft Research, 2014. Disponível em: <https://www.microsoft.com/en-us/research/wp-content/uploads/2016/02/contract-complexity-main.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2021.

BACKLUND, Alexander. *The concept of complexity in organisations and information systems*. *Kybernetes*, v. 31, n. 1, 2002.

BAGGIO, Andreza Cristina. *A proteção da confiança e a formação de redes contratuais como fundamentos da responsabilidade dos sites de compras coletivas perante o consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 97. São Paulo, jan.-fev., 2015.

BAILEY, Kenneth, *Sociology and the New Systems Theory*, Nova Iorque: State University of New York Press, 1994.

BALERONI, Rafael Baptista. *Responsabilidade civil de financiadores por danos ambientais decorrentes de projetos por eles financiados*. In: MILARE, Edis; MORAIS, Roberta Jardim; ARTIGAS, Priscila; ALMEIDA, André Luís Coentro. *Infraestrutura no Direito do Meio Ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

BARABÁSI, Albert-László, *Linked: the New Science of Networks*. Cambridge: Perseus Publishing, 2002.

BARAGONA, Katharine C. *Project Finance*. *The Transnational Lawyer*, vol. 18, 2004.

BASEDOW, Jurgen *The Law of Open Societies, Private Ordering and the Public Regulation in the Conflicts of Laws*, The Hague, Brill, The Hague Academy of International Law, Brill, Nijhoff.

BEDAU, Mark, HUMPHRIES, Paul (eds.). *Emergence: Contemporary Readings in Philosophy*. Cambridge: MIT Press, 2008.

BEINHOCKER, Eric. *The Origin of Wealth: Evolution, Complexity, and the Radical Re-making of Economics*/ Cambridge: Harvard Business Publishing Education, 2006.

BELLO, Emilia, *Os efeitos decorrentes da coligação de Contratos*, São Paulo, MP Editora, 2014, p. 83, apud CASCAES, Amanda Celli. *A interpretação dos contratos coligados*, *Revista RJB*, Ano 4, n.3, 2018.

BELO, Emília. *Os efeitos decorrentes da coligação de contratos*. São Paulo: MP Editora, 2014.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge*. Garden City (NY): Anchor, 1966.

BERGSTEIN, Laís. Conexidade contratual, redes de contratos e contratos coligados. Contractual connections, contract networks and linked agreements. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 109/2017 Jan. – Fev 2017.

BERMAN, Harold J. *Law and Revolution: the formation of the Western legal tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1983.

BERNSTEIN, Lisa. Opting out the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. *The Journal of Legal Studies*, v. 21, n. 1. 1992.

BEVIR, Mark. *Democratic governance*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

BINDER, P. Frustration in Complexity, *Science*, v. 320, 2008.

BLITZ, David, *Emergent Evolution: Qualitative Novelty and the Levels of Reality*, Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1992.

BOCCARA, Nino. *Modeling complex systems*. 2 ed. Cham: Springer, 2010.

BONOMI, Claudio; MALVESSI, Oscar. *Project Finance no Brasil: Fundamentos e Estudos de Casos*. Rio de Janeiro: Ed. Atalas, 2002.

BOULET, Romain, MAZZEGA, Pierre, BOURCER, Danièle, A Network Approach to the French System of Legal Codes – Part I: Analysis of a Dense Network, *Artificial Intelligence Law*, v. 19, p. 333-355, 2011.

BOURCIER, Danièle, MAZZEGA, Pierre, Towards Measures of Complexity in Legal Systems, *Proceedings of the Eleventh International Conference on Artificial Intelligence and Law*, 2007. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/221539371_Toward_measures_of_complexity_in_legal_systems. Acesso em: 10 fev. 2021.

BOURDIEU, Pierre. Condição de classe e posição de classe, in: *A economia das trocas simbólicas*. São Paulo: Perspectiva.

BOURDIEU, Pierre. *Las estructuras sociales de la economía*. Buenos Aires: Manantial, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *Méditations pascaliennes*. Paris: Seuil, 1997.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001

BOURDIEU, Pierre. The forms of capital. Richard SWEDBERG; Marc GRANOVETTER (orgs.) *The sociology of economic life*. Boulder: Westview, 2001.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. A proteção das expectativas legítimas derivadas das situações de confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. *Revista de direito privado*, n.12, out./dez. 2002.

BRASIL, STJ, Segunda Seção, REsp 1568244/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 14/12/2016, DJe 19/12/2016.

BRASIL. Lei n. 9.514 de 20 de novembro de 1997. Dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário, institui a alienação fiduciária de coisa imóvel e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, 20 nov. 1997.

BRASIL. TJRJ, Décima Quarta Câmara Cível, Apelação nº 0002188-78.2016.8.19.0202, Rel. Des. Cleber Ghelfenstein. Julg. 12/07/2018.

BRASIL. TJRJ, Vigésima Quarta Câmara Cível Consumidor, Apelação nº 10152169020118190002, Rel. Des. Joaquim Domingos de Almeida Neto, Julg. 28/05/2014

BRAUCHER, 1990 citado por CARVALHO, A.G. P.A.

BROAD, Charlie, *The Mind and Its Place in Nature*, Londres: Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., 1925. Disponível em: <http://www.stafforini.com/broad/Broad%20-%20The%20mind%20and%20its%20place%20in%20nature.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2021.

BROWN, Trevor L.; POTOSKI, Matthew; VAN SLYKE, David. Managing complex contracts: a theoretical approach. *Journal of Public Administration Research and Theory*, v. 26, n. 2, 2016.

BROWNSWORD, Roger, van GESTEL, Rob. A.J, MICKLITZ, *Contract and Regulation* Edward Elgar Publ. 2017.

BRUCH, Elizabeth, MARE, Robert. Neighborhood Choice and Neighborhood Change. *American Journal of Sociology*, v. 112, n. 3, 2006.

BUNNI, Nael G, Risk and Insurance in Construction, P. 8, *apud* ARLOTA, Alexandre Sales Cabral a Estandarização dos Contratos Internacionais.

CAFAGGI, Fabrício, *Regulation through Contracts: Supply Chain contracting and Sustainability Standards*, ercl 2016; 12(3) De Gruyter.

CAFAGGI, Fabrizio *Contractual Networks, Interfirm Cooperation and Economic Growth*. Cheltenham, UK, E Elgar, 2011..

CAFAGGI, Fabrizio, The Regulatory Functions of Transnational Commercial Contracts: New Architectures, in *Fordham International Law Journal* vol 36.

CAMARGO, João Laudo de; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá Ribeiro. Project Finance e outras formas de financiamento. In: CASELLA, Paulo Borba; MERCADANTE,

Araminta de Azevedo. *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTR, 1998.

CAMBRIDGE DICTIONARY. Verbete “Emergence”. Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/emergence>. Acesso em: 25 jan. 2021.

CAMINHA, Unie; LIMA, Juliana Cardoso. Contrato incompleto: uma perspectiva entre Direito e Economia para contratos de longo termo. *Revista Direito GV*, v. 10, n. 1, 2014.

CARMO, Lie Uema do. *Contratos de construção de grandes obras*. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

CARVALHO, A.G. P.A Função Regulatória do Contrato :regulação e autonomia privada na organização do poder econômico, *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, Brasília, v. 5, n 1, maio 2019.

CASCAES, Amanda Celli. A interpretação dos contratos coligados, *RJLB – Revista jurídica luso-brasileira*, ano 4 (2018), n. 3.

CASCAES, Amanda Celli. Análise econômica do contrato incompleto. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 3, n. 1, 2017.

CHALMERS, David, *Strong and Weak Emergence*, Oxford: Oxford University Press, 2006.

CHILDS, Thomas C.C. Update on *Lex Petroleae* in *Journal of World Energy Law and Business*, 2011, vol. 4, No 3.

CHRISTIAN WOLFF, Lutz, *The Law of Cross Border Transactions: Principles, Concepts, Skills*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2ª ed., 2011.

CILLIERS, Paul. *Complexity and postmodernism: understanding complex systems*. London: Routledge, 1998.

COASE, Ronald. The nature of the firm. *Economica*, v. 16, n. 4, 1937.

COATES IV, John, Why Have M&A Contracts Grown?, *ECCI Working Paper No 333/2016*, 2016.

COHEN, Jack, STEWART, Ian, *The Collapse of Chaos: Discovering Simplicity in a Complex World*, Nova Iorque: Penguin Press, 1995.

COLLINS, Hugh, Introduction to Networks as connected Contracts, in TEUBNER, Gunther, *Networks as connected Contracts* Oxford, Hart, 2011.

CORDEIRO, António Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997.

CREA, Camilla Contractual Business Networks: Interpretation criteria and axiological perspective, in JUNG, Stefanie, KREBS, Peter, e TEUBNER, Gunther, *Business Networks Reloaded*, Nomos, Ashgate.

CUNHA, Angélica Furtado da; COSTA, Marcos Antônio; MARTELOTTA, Mário Eduardo. *Linguística In: MARTELOTTA, Mário Eduardo (Org.). Manual de linguística*. São Paulo: Contexto, 2018.

CVITANOVIC, Predrag, *Universality in Chaos*, Bristol: Adam Hilger, 1986.

DANIEL KRON, ESQ. *Restatement (Second) of Contracts*. Disponível em: <https://www.nylitigationfirm.com/files/restat.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

DARLEY, Vince, Emergent Phenomena and Complexity, In BROOKS, R., MAES, P. (eds.), *Artificial Live IV: Proceedings of the Fourth International Workshop on the Synthesis and Simulation of Living Systems*, Cambridge, 2012.

DAVIES, Maria. The Use of Arbitration in Loan Agreements in International Project Finance: Opening Pandora's Box or an Unexpected Panacea? *Journal of International Arbitration*. Kluwer Law International, vol. 32, issue 2, 2015.

DE FILIPPI, Primavera; WRIGHT, Aaron. *Blockchain and the Law: the rule of Code*, Cambridge, Harvard University Press, 2018.

DE LY, Filip, De Facto Harmonization by Means of Party Autonomy and Model Contract Clauses (*Lex Mercatoria*) in FOGT, Morten M., *Unification and Harmonization of International Commercial Law*.

DE WOLF, Tom, HOLVOET, Tom, Emergence versus self-organisation: Different concepts but promising when combined, *Lecture Notes in Computer Science*, v. 3464, 2004.

DOLINGER, Jacob *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, 2007.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, ed. Forense.

DOOLEY, Kevin, A Complex Adaptive Systems Model of Organization Change, *Nonlinear Dynamics, Psychology, and Life Sciences*, v. 1, 1997.

DOUGLAS, Michael, The Lex Mercatoria and the Culture of Transnational Industry, in *Miami Int'l & Comp. L. Review*, 367.

EDLUND, Hans Erik, The Concept of Unification and Harmonization in FOGT, Morten M., *Unification and Harmonization of International Commercial Law*.cit.

EDMONDS, Bruce. What is complexity? The philosophy of complexity per se with application to some examples in evolution. In: HEYLIGHEN, Francis; BOLLEN, Johan; RIEGLER, Alexander (eds). *The evolution of complexity*. Dordrecht: Kluwer, 1999.

EGGLESTON, Karen; POSNER, Eric A.; ZECKHAUSER, Richard. Simplicity and Complexity in Contracts. University of Chicago Law School, *John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper*, n. 93, 2000. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=205391>. Acesso em: 02 jun. 2020.

EHRHARDT Jr., Marcos. O Desafio da Complexidade e o Impacto da tecnologia in *Migalhas*, publicação IBDCont coordenada por TARTUCE, Flávio, SCHREIBER, Anderson e FROTA, Pablo Malheiros, acesso através do IBDCont em 20 jan. 2020.

ELLIS, Nick C; LARSEN-FREEMAN, Diane. Language emergence: implications for applied linguistics - introduction to the special issue. *Applied Linguistics*, v. 27, n. 4, 2006.

ENEI, Jose Virgilio Lopes. *Project finance*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 35.

EWALD, William. The complexity of sources of transnational law: United States report. *American Journal of Comparative Law*, v. 58, 2010.

FAJNGOLD, Leonardo. Um alerta para a contratação na atualidade: o choque entre a manutenção das condições pactuadas individualmente e o equilíbrio do sistema nas redes contratuais. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; KONDER, Carlos Nelson; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). *Princípios contratuais aplicados*. São Paulo: Foco, 2019, no prelo.

FARNSWORTH, E. Allan, *Contracts*, 4ª ed. Nova Iorque: Aspen, 2004.

FÁVERO, Leonor Lopes; KOCH, Ingedore Villaça. *Linguística textual: introdução*. São Paulo: Cortez, 2012.

Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils (“FIDIC”) International Federation of Consulting Engineers, disponível em, entre outros. Disponível em: <https://theconstructor.org/construction/fidic-contracts-forms-uses/33056/>. Acesso em: jan. 2020.

FGV cursos, acesso em: 12 dez. 2019.

FIORIN, José Luiz. A linguagem humana: do mito à ciência. In: FIORIN, José Luiz (Org.). *Linguística? Que é isso?* São Paulo: Contexto, 2018.

FLETCHER, Phillip; DAVIES, Aled. The Art of Getting a Project Finance Deal Through. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014.

FLOOD, Mark D.; GOODENOUGH, Oliver R. Contract as automaton: the computational representation of financial agreements. [U.S. Department of Treasury] *Office of Financial Research Working Paper*, n. 15-04, 2017,

FOGT, Morten M., Introduction, in *Unification and Harmonization of International Commercial Law*. The Netherlands, W Kluwer., 2012.

FOLLONI, André. *Introdução à teoria da complexidade*. Curitiba: Juruá, 2016.

FONTAINE, Marcel, e DE LY, Filip, *Drafting International Contracts* New York, TN Transnational Publishers 2006.

FONTOURA Costa José Augusto, RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá, XAVIER JUNIOR, Ely Caetano, ROCHA, Vivian D., *Energy Law and Regulation in Brazil* (Springer, 2018);

FONTOURA COSTA, José Augusto; SANTOS, Ramon Alberto dos. Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 253, mar. 2016.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FORGIONI, Paula, *Contrato de Distribuição*, S.P. 2ª ed. Revista dos Tribunais, 2008

FORGIONI, Paula, *Teoria dos Contratos Empresariais*, 2ª ed. S.P. Revista dos Tribunais, 2011.

FRÍAS, Ana López. *Los contratos conexos*. Barcelona: Bosch, 1994.

FRICK, Joachim G. *Arbitration and Complex International Contracts*, Zurich, Kluwer & Schulthess, 2011.

FURTADO, Bernardo Alves; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. *Complexidade: uma revisão dos clássicos* [Texto para Discussão n. 2019]. Brasília: IPEA, 2014.

GABRIEL, Henry Deeb The Use of Soft Law in the Creation of Legal Norms in International Commercial Law: How successful has it been ? in Michigan International Law 2019, p413 Acesso Hein on Line Agosto 2019.

GAILLARD, Emmanuel Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making? In *Arbitration International*, vol. 17, No. 1, LCIA, 2001.

GALENO, Cláudio, *On the Elements According to Hippocrates*, Berlin: De Gruyter, 1996 (original de 413-415).

GAMA JR, Lauro. *Os Princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/95-142%20Gama.pdf>. Acesso em: 01 jun. 2020.

GANERI, Jonardon, Emergentisms, ancient and Modern, *Mind*, v. 120, n. 479, 2011.

GANGLMAIR, Bernhard and WARDLAW, Malcolm *Measuring Contract Completeness : A Text based analysis of Loan Agreements 2016 Annual Meeting of Ameri-*

can Economic Association, 2016. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/conference/2016/retrieve.php?pdfid=1166>. Acesso em: 20 ago. 2023.

GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. Complexity, standardization, and the design of loan agreements. SSRN, 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2952567>. Acesso em: 13 maio 2021.

GANGLMAIR, Bernhard; WARDLAW, Malcolm. *Measuring Contract Completeness: A text based analysis of Loan Agreement*. 2015.

GEORGE, Luce, JESSOP, T., *The works of George Berkeley, Bishop of Cloyne*. Londres: Nelson Publishing, 1964.

GESNER, Volkmar. APPELBAUM, Richard; FELSTINER, William (Org.). *Rules and networks: the legal culture of global business transactions*. Oxford: Hart, 2001.

GESNER, Volkmar; BUDAK, Cem (Org.). *Emerging legal certainty: empirical studies on the globalization of law*. Aldershot: Ashgate 1998.

GESNER, Volkmar; *Contractual certainty in international trade: empirical studies and theoretical debates on institutional support for global economic exchanges*. Oxford: Hart, 2007.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*, trad. Raul Fiker. São Paulo, Unesp, 1991..

GODELIER, Maurice. Excedente econômico e exploração. Godelier. CARVALHO, Edigard de Assis (Org.). São Paulo: Ática, 1981

GODELIER, Maurice. *The enigma of the gift*. Cambridge: Polity Press, 1999. P. 12.

GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. *Archives de philosophie du droit*, v. 9, 1964.

GOLDSTEIN, Jeffrey, *Emergence and Radical Novelty: from Theory to Methods*, In MITLETON-KELLY, Eve; PARASKEVAS, Alexandros; DAY, Christopher (eds.). *Handbook of Research Methods in Complexity Science: Theory and Applications*, Londres: Edward Elgar Publishing, 2018.

GOLDSTEIN, Jeffrey, *Emergence as a Construct: History and Issue*, *Emergence*, v. 1, n. 1, 1999.

GOLDSTEIN, Jeffrey, *Emergence, Creative Process, and Self-transcending Constructions*, In RICHARDSON, Kurt (ed.), *Managing Organizational Complexity: Philosophy, Theory, and Application*, Greenwich: Information Age Press, 2006.

GOLDSTEIN, Jeffrey, *Novelty, indeterminism, and emergence*, *Emergence: Complexity and Organization*, v. 8, n. 2, 2006.

GOLDSTEIN, Jeffrey, The Singular Nature of Emergent Levels: Suggestions for a Theory of Emergence, *Nonlinear Dynamics, Psychology, and Life Sciences*, v. 6, n. (4), 2002.

GOMES, Susete. *A interpretação dos contratos complexos: uma visão dos contratos coligados*. 2016. 263 fls. Tese (Doutorado em Direito) — Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo.

GÓMEZ, Fernando, Cooperation, long-term relationships and open-endedness in contractual networks, in *Contractual Networks, Interfirm Cooperation and Economic Growth*, Cheltenham, UK, E Elgar, 2011.

GONÇALVES, Alcindo; COSTA, José Augusto Fontoura. *Governança global e regimes internacionais*. São Paulo: Almedina, 2011.

GRALF, Peter Caliess, Chapter L6: Lex Mercatoria. In: BASEDOW, Jurgen, RUHL, Giesela, FERRARI, Franco, *Encyclopedia of International Law* Elgar Online, Sep 2017.

GRANOVETTER, Mark. Economic action and social structure: the problem of embeddedness. *American Journal of Sociology*, v. 91, n. 3. 1985.

GRASSBERGER, Peter. Problems in quantifying self-generated complexity. *Helvetica Physica Acta*, v. 62, n. 5, 1989.

GUASTELLO, Stephen J; KOOPMANS, Matthijs; PINCUSM, David (eds.). *Chaos and complexity in psychology; the theory of nonlinear dynamic systems*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

HAGEDOORN, Jhon; HESEN, Geerte. Contractual complexity and the cognitive load of R&D alliance contracts. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 6, n. 4, 2009.

HASENCLEVER, Andreas; MAYER, Peter; RITTBERGER, Volker. *Theories of international regimes*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

HEIDEMANN, Maren, An Introduction to HEIDEMANN, Maren e LEE, Joseph, The future of the Commercial Contract in Scholarship and Law Reform. London, Springer, 2018,

HEYWOOD, Andrew. *Politics*, 5a ed. Londres: Red Globe Press, 2019. P. 151.

HILL, Claire, KING, Christopher, How Do German Contracts Do as Much with Fewer Words?, *Chicago Kent Law Review*, v. 79, jun/2004.

HOFFMAN, Scott. Practical Guide to Transactional Project Finance: Basic Concepts, Risk Identification, and Contractual Considerations. *The Business Lawyer*, vol. 45, 1989.

HOFFMAN, Scott. *The Law and Business of International Project Finance*. Cambridge: Cambridge University Press., 3rd ed., 2008.

HOLLAND, John H. *Complexity: a very short introduction*. Oxford: Oxford University Press, 2014

HOLLAND, John H. *Hidden order: how adaptation builds complexity*. Reading (Ma): Helix Books, 1995.

HORN, James. Human research and complexity theory. *Educational Philosophy and Theory*, v. 40, n. 1, 2008.

HOYOS, Juan Camilo. The Role of Bilateral Investment Treaties in Mitigating Projectfinance's Risks: The Case of Colombia. *Syracuse Journal of International and Commercial Law*, vol. 40, 2012-2013.

<https://www.aipn.org>

HUMPHREY, John, Transnational Business Governance through Private Standards, in BROUSSEAU, Eric, GLACHANT, Jean-Michel, e SGARD, Jérôme. *The Oxford Handbook of Institutions of International Economic Governance and Market Regulation*, Online Publ. April 2019. Acesso em: dez. 2019.

HWANG, Cathy, JENNEJOHN, Matthew, The New Research on Contractual Complexity, *Capital Markets Law Journal*, v. 14, n. 3, jul/2019.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Eiser Infrastructure Limited and Energia Solar Luxembourg S.À.R.l. v. Kingdom of Spain*. ICSID Case n. ARB/13/36, Final Award, 4 May 2017. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/en/Pages/cases/casedetail.aspx?CaseNo=ARB/13/36>. Acesso em: 27 jan. 2020. § 98.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *Contratos conexos: grupos y redes de contratos*. Argentina, Rubinzal-Culzoni Editores, 1999.

JENNEJOHN, Matthew, The Architecture of Contract Innovation, *Boston College Law Review*, v. 59, n. 1, 2018.

JOHNSON, Steven. *Emergence: the connected lives of ants, brains, cities, and software*. New York: Scriber, 2001.

JOSEPH, Stacey, *Measuring Cognitive Load: A Comparison of Self-report and Physiological Methods*, Tese de Doutorado em Filosofia orientada pelo Professor Robert Atkinson na Arizona State University, 2013.

JUENGER, Friedrich, Lex Mercatoria and Private International Law, *Louisiana Law Review*, vol 60.

KADENS, Emily. The dark side of reputation. *Cardozo Law Review*, v. 40, n. 5. 2019.

KATAOKA, Eduardo Takemi. *A coligação contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

KAUKUA, Jari. *Self-Awareness in Islamic Philosophy: Avicenna and Beyond*, Cambridge: Cambridge University Press, 2018.

KHUN, Thomas. *Estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1978.

KOCH, Ingedore Villaça. *A coesão textual*. São Paulo: Contexto, 2016,.

KOCH, Ingedore Villaça. *Introdução à linguística textual: trajetória e grandes temas*. São Paulo: Contexto, 2017, p. 51.

KOCH, Ingedore Villaça. *O texto e a construção dos sentidos*. São Paulo: 2018.

KOCH, Ingedore Villaça; TRAVAGLIA, Luiz Carlos. *A coerência textual*. São Paulo: Contexto, 2015,.

KONDER, Carlos Nelson. *Contratos Conexos: grupos de contratos, redes contratuais e contratos coligados*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

KRUGMAN, Paul. *The Self-Organizing Economy*. Nova Jérsei: Wiley-Blackwell, 1996.

LARENZ, Karl. *Derecho justo: fundamentos de etica juridica*. Madrid: Civitas, 1993.

Leclercq, J.F. MAHAUX, J. e MEINERTZHAGEN- LIMENS, A., *Quelques Aspects des Contrats standardizes Bruxelles*, Ed. De l'Université de Bruxelles, 1982.

LENER, Giorgio. *Profili del collegamento negoziale*. Milano: Giuffrè, 1999.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Contratos coligados*. In: BRANDELLI, Leonardo (Org.). *Estudos de Direito Civil, Internacional Privado e Comparado: Coletânea em homenagem à professora Vera Jacob de Fradera*. São Paulo: LEUD, 2014.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Os contratos coligados*. In: BRANDELLI, Leonardo. *Estudos em homenagem à Professora Vera Maria Jacob de Fradera*. Porto Alegre: Lejus, 2013.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. *Redes contratuais no mercado habitacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LLOYD, Seth. *Measures of complexity: a non-exhaustive list*. *IEEE Control Systems Magazine*, v. 21, n. 4, 2001.

LMA. *About*. Disponível em: <https://www.lma.eu.com/about-us>. Acesso em: 01 jun. 2020.

LOPUCKI, Lynn, *The Systems Approach to Law*, *Cornell Law Review*, v. 82, n. 3, mar. 1997. p. 483-484.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*, tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

LSTA. *About LSTA* (The Loan Syndications and Trading Association). Disponível em: <https://www.lsta.org/about>. Acesso em: 02 jun. 2020.

LSTA. *About LSTA* (The Loan Syndications and Trading Association). Disponível em: <https://www.lsta.org/legal-and-documentation>. Acesso em: 02 jun. 2020.

LUHMANN, Niklas. *Confianza*. Barcelona: Anthropos, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Gesellschaftsstruktur und Semantik Studien zur Wissenschafts-
ozologie der modernen Gesellschaft* Frankfurt: Suhrkamp, 1989.

LUHMANN, Niklas. *Legitimation durch Verfahren*. Frankfurt: Suhrkamp, 1989.

LUHMANN, Niklas. *Rechtssoziologie*. Wiesbaden: VS Verlag, 2008.

LUHMANN, Niklas. *Soziale Systeme*. Frankfurt: Suhrkamp, 1991.

MACAULAY, Stewart. Non-contractual relations in business: a preliminar study. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, 1963.

MACLEOD, W. Bentley. *Complexity and Contract*. Olin Working Paper No. 00-1 (forthcoming, *REVUE D'ECONOMIE INDUSTRIELLE*, APRIL 2000), 2000. Disponível em: http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=213869. Acesso em: 01 jun. 2020.

MACLEOD, W. Bentley. Complexity and contract. *Revue d'Économie Industrielle*, v. 92, n. 2, 2000.

Macmillian Dictionary. Verbete “Emergence”. Disponível em: <https://www.macmillandictionary.com/dictionary/british/emergence>, acesso em: 25 jan. 2021.

MAINE, Henry Sumner. *Ancient Law: its connection with the early history of society and its relations to modern ideas*. Boston: Beacon press, 1963 [1861].

MARCUSCHI, Luiz Antônio. *Linguística de texto: o que é e como se faz?* São Paulo: Parábola Editorial, 2012.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. apud CASCAES, Amanda Celli. A interpretação dos contratos coligados. *Revista RJLB*, Ano 4, n.3, 2018.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009

MARQUES, Cláudia Lima. Ensaio para uma introdução ao Direito Internacional Privado. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar.

MARTELOTTA, Mário Eduardo. Dupla articulação. In: MARTELOTTA, Mário Eduardo (Org.). *Manual de linguística*. São Paulo: Contexto, 2018.

MARTIN, A. Timothy. Q.C. J. Jay Park. Global petroleum industry model contracts revisited: Higher, faster, stronger. In: *Journal of World Energy Law & Business*, 2010, Vol. 3, No. 1.

MARTIN, Timothy A. Model Contracts: a Survey of the Global Petroleum Industry. In: *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 22:3. 2004.

MARTINEZ, Bernardo P. Cárdenas; MARIÑO, Daniela Mejía. Colombia. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014.

MARTINS, Carolina de Oliveira. Project finance na indústria do petróleo brasileira. In: RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá (Coord.). *Estudos e pareceres - Direito do Petróleo e Gás. Renovar*, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para sua aplicação*, São Paulo: Saraiva, 2018, 2ª. Ed.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código Civil*, vol. V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. *Revista trimestral de direito civil*, v. 26, 2006.

MATES, Carol M. Project Finance in Emerging Markets - The Role of the International Finance Corporation. *The Transnational Lawyer*. vol. 18, 2004.

MAUSS, Marcel. Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques. *L'Année Sociologique*, T. 1. Paris: Librairie Félix Alcan, 1923-1924.

MAUSS, Marcel; HUBERT, Henri. Esboço de uma teoria geral da magia. (Georges GURVITCH, org.) *Sociologia e Antropologia: Marcel Mauss*. São Paulo: CosacNaify, 2003.

McCLANE, Jeremy, Boilerplate and the Impact of Disclosure in Securities Deal-making, *Vanderbilt Law Review*, v. 72, 2019.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. *Direito Internacional Econômico*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de. *Direito Civil: Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2ª ed. rev. atual e ampl., 2018.

METTRIE, Julien, *L'homme machine*, 1747. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/52090/52090-h/52090-h.htm>, acesso em: 30 jan. 2021.

MICHAELS, Ralf, *The True Lex Mercatoria Law Beyond the State*, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 14, n. 2 (Summer 2007).

MILL, John Stuart, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive*, 1843. Disponível em: <https://www.gutenberg.org/files/27942/27942-pdf.pdf>, acesso em: 29 jan. 2021.

MILLER, JOHN, *Indeterminacy, Complexity and Fairness: Justifying Rule Simplification in the Law of Taxation*, *Washington Law Review*, v. 68, n. 12, jan/1993.

MILLER, Josh, PAGE, Scott, *Complex Adaptive Systems: An Introduction to Computational Models of Social Life*, Princeton University Press, 2007.

MITCHELL, Melanie. *Complexity: a guided tour*. New York: Oxford University Press, 2009.

MITCHELL, Melanie. *Complexity: a guided tour*. Oxford: Oxford University Press, 2019.

MITCHELL, Melanie. *Complexity: a guided tour*. Oxford: Oxford University Press, 2011.

MONTEIRO LOBATO, J. B. *Emília no país da gramática*. São Paulo: Editora Brasileira, 1960.

MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2005

MORRISON, Margaret, *Emergent Physics and Micro-ontology*, *Philosophy of Science*, v. 79, 2012.

MOSS, Giudita Cordero, *Boiler Plate Clauses, International Commercial Contracts and the Applicable Law*, Cambridge, ed. Cambridge University Press, 2011

MOURA VICENTE, Dário. *Direito Comparado: obrigações*, vol. II. São Paulo: Almedina, 2018.

MULHERIN, J. Harold. *Complexity in long-term contracts: an analysis of natural gas provisions*. *Journal of Law, Economics and Organization*, v. 2, n. 1, 1989.

NANNI, Giovanni Ettore. *Contratos coligados*. In: LOTUFO, Renan, NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2011.

NOBREGA, Flavianne Fernanda Bittencourt, *Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards: uma análise da boa fé objetiva*. In *Economic Analysis Law Review E.A.L.R.* v. 3, n. 2, pp. 1170 a 188, jul-dez 2012

OSTORM, Elinor. Collective Action and the Evolution of Social Norms. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 3, 2000.

PASNAU, Robert, *Thomas Aquinas on Human Nature: A Philosophical Study of "Summa Theologiae"*, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

PENTEADO, Luciano de Camargo. Redes contratuais e contratos coligados. In HIRONAKA, Giselda e TARTUCE, Flavio (coord.). *Direito contratual temas atuais*. São Paulo: Método, 2007.

POINCARÉ, Henri, *Les Methodes Nouvelle de la Méchanique Céleste*, Paris: Gauthier-Villars, 1892.

POLANYI, Karl. The Economy as instituted process. POLANYI, K; ARENSBERG, Conrad M; PEARSON, Harry W. (Eds.) *Trade and Market in the Early Empires: economies in History and Theory*. Glencoe: The Free Press, 1957.

POLANYI, Karl. *The great transformation: the political and economic origins of our time*. Boston: Beacon Press, 1957.

POPPER, Karl. *The logic of scientific discovery*. 2 ed. New York: Routledge, 2002.

POSNER, Eric A.; EGGLESTON, Karen; ZECKHAUSER, Richard. The design and interpretation of contracts: why complexity matters. *Northwestern University Law Review*, v. 95, n. 1, p. 91-132, 2000.

PUTNAM, Robert D. *Bowling alone: the collapse and revival of American community: empirical foundations, causal mechanisms, and policy implications*. Nova Iorque: Simon & Schuster, 2000.

RAMIRES, Vicentina. Relações entre análise do discurso, linguística de textos e gêneros textuais: o conceito de intertextualidade. *Revista de Encontros de Vista*, n. 13, janeiro/junho. 2014. Recife: 2014.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.) *Contratos internacionais*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito do Petróleo*. 3ª ed. Revista, atual. Ampl. Rio de Janeiro: Renovar. 2014.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Soberania e Expropriação Novas Tendências no Século XXI*. Trabalho para apresentação na Rio Oil & Gas Expo and Conference 2008. Instituto Brasileiro de Petróleo, Gás e Biocombustíveis – IBP, 2008.

RICHMAN, Barak, Contract Meets Harry Ford, *Hofstra Law Review*, v. 40, n. 77, p. 77-86, 2011. p. 77.

ROBLES, Gregorio. *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, volumen II. Navarra: Thomson Reuters, 2015, p. 273.

ROCHA, Dinir Salvador Rios de. *Contrato de empréstimo internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSADO, Marilda. As Empresas Transnacionais e os Novos Paradigmas do Comércio Internacional. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (Coord.). *Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: Estudos em Homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROSADO, Marilda; ALMEIDA, Bruno. A cinemática jurídica global: conteúdo do Direito Internacional Privado contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v.1, n. 20, 2015.

ROSSIAUD, Silvain, L'Óuverture de l'Amont pétrolier à des compagnies privées. Um cadre d'analyse em termes d'économie ds coûts de transaction. In : *Revue d'économie industrielle*, Ed. Techniques et économiques: De Boeck Université, 2015. Disponível em HAL id: <http://hal.univ-grenoble-alpes.fr/hal-01162793>. Acesso em: 13 fev. 2020.

RÜHL, Giesela. The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations. *University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, v. 24, 2003.

RUHL, J. B.; KATZ, Daniel Martin. Measuring, monitoring, and managing legal complexity. *Iowa Law Review*, v. 101, n. 1, 2015

RUHL, Joel, KATZ, Daniel, BOMMARITO II, Michael, Harnessing Legal Complexity, *Science*, v. 355, n. 6332, mar/2017.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Breve acenos para uma análise estruturalista do contrato. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, n. 17, ano 5, janeiro-março/2007.

SAMPAIO, Rodrigo Lima Vaz. *Direito Privado Marítimo-Romano: a Disciplina Jurídica do Alijamento*. São Paulo: Quartier Latin, 2016.

SAMPSON, Geoffrey. Complexity in language and in law. *Poznan Studies in Contemporary Linguistics*, v. 50, n. 2, 2014.

SAPUNARU, Raquel Anna. A construção lógica do “estilo newtoniano”. *Ciência & Educação*, v. 14, n. 1, 2008.

SASDELLI, Fabrizio de Oliveira; CREAZZO, Felipe Eluf. Brazil. In: FLETCHER, Phillip. *Project Finance 2015*, 2014.

SAWYER, Keith, *Social Emergence: Societies as Complex Systems*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SCHREIBER, Anderson, *Manual de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p.433.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista trimestral de direito civil*, n. 32. Rio de Janeiro: out./dez. 2007.

SCHUCK, Peter, Legal Complexity: Some Causes, Consequences, and Cures, *Duke Law Journal*, v. 42, n. 1, out/1992.

SCOTT, Robert E. TRIANTIS, George G. Principles of Contract Design, *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2005-06.

SIMON, Herbert, *The Sciences of the Artificial*, 3ª ed., Massachussets: MIT Press, 1996. p. 183-184.

SMELSER, Neil J.; SWEDBERG, Richard. Introducing Economic Sociology. Neil J. SMELSER; Richard SWEDBERG (orgs.). *The handbook of Economic Sociology*, 2a ed. Princeton: Princeton University Press, 2005.

SMITH, George E. The methodology of the Principia. In: COHEN, I. Bernard; SMITH, George E. (eds.). *The Cambridge Companion to Newton*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

SMUTS, Jan, Holism, *Encyclopaedia Britannica*, 14ª ed., v. 11, 1929.

STEMP, Kevin C. A comparative analysis of the “battle of the forms”. *Transnational Law and Contemporary Problems*, v. 15, 2005.

STEPHAN, Achim, Varieties of emergentism, *Evolution and Cognition*, v. 5, 1999. *The Futility of Emergence*, 2007, disponível em: http://lesswrong.com/lw/iv/the_futility_of_emergence, acesso em: jul. 2021.

STJ AgRg no Recurso Especial nº 1206723, DJe:11/10/Rel. Min.Napoleão Nunes Maia Filho,J, 17 de Maio de 2012, in www.stj.jus.br

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Ed. RT, 3. ed., rev. e ampl., 1998.

SYMEONIDES, Symeon C., Codifying Choice of Law Around the World : an International Comparative Analysis, 2014, P. 142; Contracts subject to non State norms. In: *American Journal of Comparative Law*.

SZTAJN, Rachel, Comércio Internacional, Incompletude Contratual e Soft Law. In: *Arbitragem e Comércio Internacional: Estudos em Homenagem a Luis Olavo Baptista*, Quartier Latin, São Paulo, 2013.

SZTJAN, Rachel. *Supply chain e incompletude contratual*. *Systemas: Revista de Ciências Jurídicas e Econômicas*, v. 1, n. 1, 2009.

TARTUCE, Flávio. *Contratos coligados e sua função social*. *Carta Forense*, v. 111, ago. 2012.

TEPEDINO, Gustavo e SCHREIBER, Anderson, Os efeitos da Constituição em relação à cláusula da boa-fé no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil, *Revista da EMERJ*, vol. 6, Rio de Janeiro, 2003.

TEUBNER, Gunther *Law and Social Theory> Three Problems*, in *Asian Journal of Law and Society*, 1(2014), Cambridge University Press and KoGuan Law School, Shanghai Jiao Tong University, access at MPI Hamburg, 20 Jan 2020.

TEYSSIE, Bernard. *Les groupes de contrats*. Paris: L.G.D.J., 1975.

The Baltic and International Maritime Counsel Disponível em: <https://www.bimco.org/about-us-and-our-members/about-us/our-history> Acesso em: 19 fev. 2019

THURNER, Stefan; HANEL, Rudolf; KLIMEK, Peter. *Introduction to the theory of complex systems*. Oxford: Oxford University Press, 2018,

TOLEDO, Larissa de Faria. *Project Finance em infraestrutura petrolífera*. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2013.

TONIETTO, Lauren; WAGNER, Gabriela Peretti; TRENTINI, Clarissa Marceli; SPERB, Tania Mara; PARENTE, Maria Alice de Mattos Pimenta. *Interfaces entre funções executivas, linguagem e intencionalidade*. *Paidéia*, vol. 21, no. 49, 2011, Editorial Universidade de São Paulo.

TYNDALE, William. **The practice of our time**, [s.l.], [s.n.], s.d.

VAN DONGEN, Susan, *Groups of Contracts, an Exploration of Types and the Archetype from a Dutch Legal Perspective*. In SAMOY. Ilse and LOOS, Marco B., *Linked Contracts* Cambridge, Intersentia, 2012.

VARELA, Francisco J. *Ethical know-how: action, wisdom, and cognition*. Stanford: Stanford University Press, 1999.

VEMEULE, Adrian, *The System of the Constitution*, Oxford: Oxford University Press, 2011.

VICENTE, Dário Moura. *Direito Comparado: obrigações*. Coimbra: Almedina, vol. II, 2018.

VOLPON, Fernanda Torres. Os contratos internacionais de financiamento e o centro financeiro de Nova Iorque: considerações sobre a autonomia da vontade. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 14, n. 1, 2017.

WALDROP, M. Mitchell. *Complexity: the emerging science at the edge of order and chaos*. New York: Simon & Schuster, 1992.

WEBB, James, Law, Law, Ethics, and Complexity: Complexity Theory & The Normative Reconstruction Of Law, *Cleveland Law Review*, v. 52, 2005.

WHATSAPP. *Termos de Serviço* [atualizados em 4 de janeiro de 2021]. 2021. Disponível em: https://www.whatsapp.com/legal/updates/terms-of-service/?lang-pt_br. Acesso em: 17 jun. 2021.

WIGHT, Richard; COOKE, Warren; GRAY, Richard. *The LSTA's Complete Credit Agreement Guide*. McGraw Hill, 2009.

WILK, Richard R; CLIGGET, Lisa. *Economies and Cultures: foundations of economic anthropology*, 2nd ed. Cambridge (MA): Westview, 2007.

WILLIAMSON, Oliver. *Markets and hierarchies: analysis and antitrust implications*. New York: Free Press, 1975.

WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*. New York: Free Press, 1985.

WOOD, Ellen M.. *The origin of capitalism: a longer view*. Londres: Verso, 2002.

WOSS Herfried, RIVERA, Adriana San Román, SPILLER, Pablo T. e DELLEPIANE, Santiago, Damages in international arbitration under complex contracts, Oxford, 2014.

XAVIER Jr., Ely Caetano, VOLPON, Fernanda e RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá Contratos internacionais complexos em uma perspectiva comparada e a responsabilidade civil pré-contratual in *Direito Internacional e Expansão*, vol XVI, Belo Horizonte, Arraes, 2019

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *A crise do Direito Internacional dos Investimentos: análise empírica e soluções possíveis*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

YOUMSI, Nimrod. *Introduction au Project Finance*. Ed. Larcier, 2015.



**INSTITUTO OBSERVATÓRIO
DO DIREITO AUTORAL**

ISBN 978-65-85149-13-6



9 786585 149136