

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL
DIREITO DOS NEGÓCIOS – 2018

ALOCAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA VIA NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS

Natália Brotto

Projeto de Pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP

SÃO PAULO

2018

1. TEMA, CONTEXTO, OBJETIVOS E DELIMITAÇÃO DO ESCOPO

A elaboração de um contrato que se pretenda menos incompleto demanda tempo e implica na mobilização de recursos humanos especializados, bem como econômicos. Assim, supõe-se a existência de um *trade-off* necessário entre seu grau de completude e os custos para alcançá-lo. O equilíbrio de tal impasse – ou seja, até onde eu elevo os custos de negociação com o esforço de detalhamento – determina a eficiência ou ineficiência de um contrato.

Com efeito, dentre os custos de transação, os mais elevados são aqueles relacionados à fase pré-contratual, de negociação ou transação, e redação do instrumento contratual. É precisamente nessa fase que as possibilidades de êxito, de quebra, de comportamentos oportunistas, dentre outras possibilidades são medidas e devem – ou não – ser previstas, o que eleva os custos de transação envolvidos no negócio jurídico

A inescapável conclusão é elaboração de contratos – deliberadamente ou não – incompletos. O que se vê, muitas vezes, na realidade da prática contratual é a inescapável incompletude dos contratos, na medida em que muitas vezes é impossível – ou extremamente custoso – prever *ex ante* todos os meandros contratuais o que, muitas vezes, força as partes a utilização de expressões vagas e conceitos indeterminados no contrato.

Referida utilização de expressões vagas e conceitos indeterminados vem, muitas vezes, acompanhada de um enorme desconforto pelas partes, nomeadamente por aquela parte que, via de regra, irá buscar a execução específica daquela determinada cláusula no poder judiciário.

Referida parte invariavelmente terá sobre si, na medida em que Autor da ação, o ônus de comprovar não apenas o real significado, interpretação e alcance de referidas expressões vagas e conceitos indeterminados, mas também que os atingiu.

A inquietude aumenta quando se aloca ao Poder Judiciário a função de dar significado e alcance àquela determinada expressão, mormente em tempos de ativismo e judiciário criativo como se vê hodiernamente.

O resultado é um esforço probatório absolutamente hercúleo pelo Autor da ação que é, via de regra, aquele que carrega o ônus da prova.

O intuito do trabalho e estudo que se pretende apresentar é verificar se, e em quais hipóteses é possível – e interessante – realizar previsão contratual sobre a

alocação do ônus da prova É, portanto, uma análise *ex ante* acerca da alocação do ônus da prova e em que medida isso importaria numa melhora de eficiência do ponto de vista da prática contratual.

2. PROBLEMAS E QUESITOS

A matéria, até então pouco analisada no Brasil ganha força com a instituição dos negócios jurídicos processuais e alocação dinâmica do ônus prova com a NCPC, mas chama a atenção que referidas análises – em que pese extremamente elucidativas – sejam feitas via de regra por processualistas.

Ou seja, de maneira geral, o foco da análise da doutrina nacional está em verificar se referidos negócios jurídicos processuais são ou não aplicáveis, e em que medida no Direito Brasileiro, mais especificamente nas cortes judiciais brasileiras. É, portanto, uma análise *ex post*.

O que propomos no presente estudo é, diferentemente, uma análise *ex ante*. Mais precisamente uma provocação aos estudiosos, não de direito processual, mas àqueles que se dedicam à análise da chamada teoria de *contract design* para criar mecanismos e raciocínios a serem utilizados na redação do contrato de maneira a facilitar, via contratualização de procedimentos judiciais, nomeadamente no que tange à alocação contratual do ônus da prova, uma melhor apreensão jurisdicional do contrato.

O estudo tem por objetivo entender se – e como - os negócios jurídicos podem ser mecanismos que permitam a mitigação dos chamados custos de negociação (*front end costs*) e também de execução (*enforcement ou back end costs*).

Nesse sentido, são propostos os seguintes quesitos:

- Quais seriam as consequências (nas esferas de negociação, de performance e de execução judicial do contrato) da realização de negócios jurídicos processuais sobre a alocação do ônus da prova?
- Quais seriam as limitações e as fragilidades da realização de um negócio jurídico processual sobre a alocação do ônus da prova?
- A alocação do ônus da prova via *contract design* seria uma ferramenta aceita e operada por advogados contratualistas e pelo judiciário?
- Quais partes poderiam se valer de referidas previsões contratuais?
- Quais ferramentas, ou cláusulas de escape, poderiam ser utilizadas no caso de não aceitação pelo judiciário?

- No caso de o judiciário decidir pela invalidade da previsão contratual, que tipo de ferramenta ou cláusula contratual poderia ser prevista pela parte para fins de mitigação das consequências advindas dessa anulação?

3. JUSTIFICATIVA DA RELEVÂNCIA PRÁTICA E DO POTENCIAL INOVADOR

Como se pôde ver, acima, o objetivo do presente estudo é de verificar em que contextos e quando seria interessante realizar a contratualização de regras procedimentais, nomeadamente quanto à alocação do ônus da prova, de maneira a diminuir seus custos de execução sem, contudo, incorrer em maiores custos de negociação.

A contratualização de procedimentos judiciais sobre a alocação do ônus da prova permitiria, pelo menos do ponto de vista teórico, uma maior previsibilidade em relação ao deslinde de eventual ação. Referida conclusão altera sobremaneira a alocação de risco do contrato e, por consequência, toda a dinâmica contratual, seja nas fases negociais, de performance do contrato ou mesmo de execução, podendo funcionar como instrumento de efetividade em todas as esferas de interação contratual.

No plano negocial, dá a parte a quem não foi imputado o ônus da prova uma segurança maior, com a clara alocação do risco na parte que carrega o ônus de comprovação de determinados fatos.

Também é preciso considerar, que a inserção de procedimentos customizados pode ser realizada de maneira a dar credibilidade nas fases pré-negociais. Assim, por exemplo, uma empresa que está tentando entrar no mercado onde já existem outras empresas com reputação estabelecida pode atribuir a si o ônus da prova que envolva qualquer negociação de quebra de deveres contratuais.

A inserção de regras sobre os limites e sobre a alocação do ônus da prova pode, de maneira determinante, impactar nos incentivos que levam as partes a *performar* determinada obrigação contratual, ou mesmo a tomar uma determinada decisão quanto a litigar ou não, ou considerar, por exemplo, a possibilidade de acordo.

Com efeito, quando tenho regras clara sobre os limites e alocação do ônus da prova consegue-se, de uma maneira muito menos abstrata pelo menos, ter certa previsibilidade sobre o resultado de uma eventual demanda ou, pelo menos, do que a parte precisa se desincumbir para ter sucesso em determinada demanda.

Da mesma maneira, considerando a alocação *ex ante* do ônus probatório para uma determinada parte, via de regra aquela que usualmente seria ré na ação, mitigaria

sobremaneira os custos de *enforcement* de referida cláusula em relação à parte que, via de regra, será a autora da ação.

Referida conclusão revela, novamente, que a contratualização de negócios processuais pode permitir a utilização de cláusulas abertas e de conceitos indeterminados sem que se elevem – como via de regra acontece – custos de execução do contrato.

Conforme visto acima, por meio da contratualização de negócios processuais *ex ante, by contract design*, podem ser obtidas inúmeras vantagens que vão muito além das vantagens apenas processuais, sendo certo, ainda, que referidas consequência não poderiam ser obtidas por negociações processuais depois de instaurada a disputa, quando já existe litigiosidade entre as partes.

Nesse sentido, a modificação e negociação *ex ante* determinam vantagens não apenas na redução de custos de *enforcement*, mas também durante a fase pré contratual, negocial, e de execução do contrato, impactando as partes nos incentivos para *performar* suas obrigações contratuais, na decisão de litigar ou não, sendo importante instrumental a ser utilizado por advogados contratualistas.

A questão, até então pouco estudada, encontra algumas limitações. Do ponto de vista legal, nomeadamente no que diz respeito à relações contratuais de partes não sofisticadas, de ordem consumerista ou onde há vulnerabilidade. Do ponto de vista processual, a ideia do juiz como destinatário da prova pode desnaturar eventual alocação *ex ante* pela autonomia das partes. Também do ponto de vista prático, referidos negócios processuais, nomeadamente no que diz respeito à alocação do ônus da prova, podem representar um aumento expressivo dos custos de transação (*front end costs*) de maneira tal a tornar ineficiente a sua utilização.

Nada obstante referidas limitações e fragilidades, é certo que referidos negócios processuais sobre a alocação do ônus da prova podem ser ferramenta interessante para utilização por contratualistas no sentido de ter do judiciário uma interpretação e aplicação mais consentânea do contrato.

O trabalho e o estudo parecem sobremaneira importante em tempos de judiciário construtivista ou judiciário criativo, sendo absolutamente necessário que os operadores do direito, nomeadamente aqueles advogados especialistas em contrato, encontrem o ferramental correto para reduzir referida atuação.

4. FAMILIARIDADE COM O OBJETO, ACESSIBILIDADE DE INFORMAÇÕES E ENVOLVIMENTO PESSOAL

Como advogada que milita na área de Direito Empresarial, tendo atuação tanto na parte consultiva/contratual, quanto na parte contenciosa. Nesse sentido, o problema não apenas da redação dos contratos, mas da execução dos mesmos é algo recorrente em minha vida profissional.

Com efeito, muitas vezes sinto que a dicotomia entre os advogados especializados em consultivo/contratual, de um lado, e advogados especializados em contencioso/judicial, de outro, prejudica uma visão mais global e de maior sinergia com o que é efetivamente vislumbramos na prática contratual e negocial e o que realmente será aplicado no dia-a-dia judicial.

Creio que referida experiência me permite uma visão ampla e um olhar crítico acerca das ferramentas que podem ser utilizados pelo advogado contratualista no sentido de ter aquele determinado contrato executado de maneira mais fácil – ou menos tortuosa e onerosa pelo menos – pelo Poder Judiciário.

Particularmente já utilizei da ferramenta da alocação do ônus da prova via disposição contratual para viabilizar algumas negociações que, possivelmente, não teriam sido concretizadas de outra maneira.

Referidos casos, concretos e hipotéticos, certamente serão relatados no trabalho para fins de exemplificação da utilização de referido instrumental como ferramenta de eficiência.

Referidas cláusulas não foram, obviamente, testadas no Poder Judiciário, não havendo elementos para se dizer, hodiernamente, se foram ou não escolhas acertadas. Fato é que, pelo menos do ponto de vista transacional, têm funcionado, sendo absolutamente necessário que seus pressupostos teóricos e fragilidades sejam esmiuçados de maneira tal a se entender melhor a efetividade – ou não – de referidas disposições.

5. MODELOS, FONTES DE PESQUISA E FORMA DE ACESSO

O objeto do estudo será essencialmente bibliográfico e doutrinário. Em que pese não tenha notícia até o momento da realização do presente projeto, de a questão ter sido levada ao judiciário, penso ser imprescindível entender como vem se posicionando

o judiciário brasileiro frente à realização de referidos negócios jurídicos processuais, nomeadamente no que diz respeito à alocação do ônus da prova, para que seja possível entender eventuais fragilidades na utilização de referida ferramenta.

Também me parece imprescindível avaliar literatura e jurisprudência norte-americanas na medida em que vem discutindo esse tipo de remédio já muito antes de ser introduzido na legislação pátria.

Frente à novidade do tema e incerteza de sua aplicação, tanto pelos advogados, quanto pelo judiciário, também se pretende realizar entrevistas. Nesse sentido, pretendo conduzir as entrevistas em duas frentes. A um, conduzindo entrevistas com advogados contratualistas para entender, entre outras questões, se referida sorte de ferramenta vem sendo utilizada ou sendo vista na prática, se eles utilizariam, se vislumbram riscos da não aplicação pelo judiciário, dentre outros. A dois, na medida em que não se tem notícia do enfrentamento da questão pelo judiciário, também vejo imprescindível realizar entrevistas com juízes para entender se referidas cláusulas seriam tidas por legais ou não e quais seriam os parâmetros de limitação de referidas disposições contratuais por parte de referidos magistrados.

Trata-se, portanto, de uma pesquisa de exploratória que adotará o modelo da reflexão sobre práticas jurídicas. O objetivo final é traçar um panorama sobre a possibilidade de utilização de referidos negócios jurídicos processuais, nomeadamente quanto à alocação do ônus da prova já no bojo do contrato, como ferramenta de eficiência.

6. BIBLIOGRAFIA PRELIMINAR

ALBUQUERQUE, Maria do Carmo Seffair Lins de. O princípio dispositivo, a instrução probatória e os poderes do juiz. São Paulo: USP/Faculdade de Direito, 2014.

BOCALON, João Paulo. Os Negócios Jurídicos Processuais no Novo Código de Processo Civil. Dissertação de Mestrado da PUC/SP. 2016.

BUCHMANN, Adriana. Limites Objetivos ao Negócio Processual Atípico. Dissertação de Mestrado UFSC. 2017.

CABRAL, Antonio do Passo . Convenções processuais. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. v. 1. 480p .

CABRAL, Antonio do Passo. Convenções sobre o custo da litigância (I): admissibilidade, objeto e limites. REVISTA DE PROCESSO , v. 276, p. 61-89, 2018.

CARVALHO, Samantha de Araújo. Análise Crítica Acerca do Negócio Jurídico Processual para renúncia de determinadas provas: uma (des) necessidade de juiz?. Revista CEJ, Brasília. 2017.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. Journal of Law & Economics, v. 56, n. 4, p. 837-878, 2013.

COLTER, L. Paulson, Evaluating Contracts for Customized Litigation by the Norms Underlying Civil Procedure, 45, Ariz. St. L.J. 471 (2013)

CORDEIRO, Adriano Consentino. Negócios Processuais e as Consequências do seu Descumprimento. Dissertação de Doutorado: Universidade Federal do Paraná – 2016.

CORTES, Estefânia. A possibilidade de limitação dos poderes instrutórios do juiz pelos negócios jurídicos processuais. Coluna Processualistas. 2016.

DIDIER JR., Fredie. Princípios do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. Coleção Grandes Temas do Novo CPC - v.1 - Negócios Processuais. Editora JusPodivum: Salvador, 2016

FALÇÃO, Joaquim. SCHUARTZ, Luíz Fernando. ARGUELHES, Diego Werneck. Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito. Revista de Direito Administrativo. file:///C:/Users/Natalia/Downloads/42550-87173-1-PB%20(1).pdf

FORGIONI, Paula. “Interpretação dos negócios empresariais”. In: Revista de Direito Mercantil, Econômico e Financeiro, nº 130, p. 7-37

GODINHO, Robson Renault. Negócios processuais sobre o ônus da prova no novo código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 151.

GODINHO, Robson Renault. Convenções sobre o ônus da prova - estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. Tese. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2013.

H. Allen Blair, Promise and Peril: Doctrinally Permissible Options for Calibrating Procedure through Contract, 95 Neb. L. Rev. 787 (2017)

HATOUM, Nida Saleh. Os negócios jurídicos processuais no ordenamento brasileiro e a sua contextualização na teoria dos fatos jurídicos processuais. Dissertação de Mestrador. Londrina. 2017.

KAPELIUK, Daphna. KLEMEN, Alon. Contractualizing Procedure. 2008.
<http://ssrn.com/abstract=1323056>

Kevin E. Davis; Helen Hershkoff, Contracting for Procedure, 53 Wm. & Mary L. Rev. 507 (2011)

Logan S. Kotler, Reconciling Contractualized Procedure in Litigation and Arbitration: A Textual and Policy-Based Approach , 65 Emory L.J. 1177 (2016)

MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi Medeiros. Ônus da Prova e sua Dinamização. Salvador: Juspodivm, 2014.

MARCASSA FILHO, André Luiz. Técnica da Distribuição Dinâmica do Ônus da Prova e a Efetividade no Processo Civil. Orientador: Ricardo de Barros Leonel. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo – 2015.

Michael L. Moffitt, Customized Litigation: The Case for Making Civil Procedure Negotiable, 75 Geo. Wash. L. Rev. 461 (2007)

MOUZALAS, Rinaldo. Distribuição do ônus da prova por convenção processual. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=cc5a8e3b4dbf63f5> Acesso em 20.08.2018.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. Negócios Jurídicos Processuais. São Paulo: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa de processo. Disponível em: <[http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20\(8\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/carlos%20a%20a%20de%20oliveira%20(8)%20-formatado.pdf) >. Acesso em: 20.08.2018

Pamela K. Bookman; David L. Noll, Ad Hoc Procedure, 92, N.Y.U. L. Rev. 767 (2017)

PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Negócio Processual sobre as Presunções. Coluna Processualistas. 2017.

POSNER, Eric. “Análise econômica do direito contratual – fracasso ou sucesso”, SALAMA, Bruno (org.), Saraiva, 2010.

ROBERT E. SCOTT AND GEORGE G. TRIANTIS. Anticipating Litigation in Contract Design. University of Virginia Law School. 2005.

TRIANIS, George. CHOI, Albert. Strategic Vagueness in Contract Design: The case of corporate acquisitions. The Yale Law Journal. 2009.

TRIANSTIS, George. CHOI, Aberlt. Completing Contracts in the Shadow of Costly Verification, 37 J. LEGAL STUD. 503 (2008)

SCHWARTZ, Alan. SCOTT, Robert E. Contract Interpretation Redux. Yale Law Scholl Legal Scholarship Repository. 2010.

TALAMINI, Eduardo. Um processo pra chamar de seu: nota sobre os negócios jurídicos processuais. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 104, outubro de 2015, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

W. MARK C. WEIDEMAIER. Customized Procedure in Theory and Reality, 72 Wash. & Lee L. Rev. 1865 (2015), <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol72/iss4/6>

7. SUMÁRIO PRELIMINAR

1. Introdução

2. Os Negócios Jurídicos Processuais;

3. A distribuição dinâmica do ônus da prova no novo CPC

4. Os Negócios Jurídicos Processuais sobre a alocação do ônus da prova

3.1 Alocação do ônus da prova pela pré-designação de quem será o autor da ação

3.2 Alocação do ônus da prova pelo estabelecimento de presunções

3.3 Alocação do ônus da prova via cláusula contratual

5. Potenciais consequências (positivas e negativas) sobre a alocação contratual do ônus da prova

5.1. Consequências pré-contratuais;

5.2. Consequências quanto à performance contratual;

5.3. Consequências na execução judicial do contrato;

6. Limitações na sua utilização

6.1. Limitações quanto à aplicação pelo judiciário;

6.1.1. Juiz como destinatário final da prova;

6.1.2. Utilização para partes não sofisticadas

6.2. Limitações quanto ao aumento dos custos negociais do contrato.

6.3. Limitada utilização e verificação empírica

7. Consequências jurídicas da invalidação da cláusula de alocação do ônus da prova no judiciário

8. Conclusão

8. CRONOGRAMA DE EXECUÇÃO

ATIVIDADE	2018					2019							HORAS
	Ago	Set	Out	Nov	Dez	Jan	Fev	Mar	Abril	Maio	Junho	Julho	
Leitura Obrigatória	15	15	15	15									60
Entrevistas			10	10									15
Redação do Cap 1			10	10									20
Redação do Cap 2					20	20							40
Redação do Cap 3						20	20						40
Redação do Cap 4							20	20					40
Redação do Cap 5								20	25				40
Redação do Cap 6									20	20			40
Conclusão da Redação										15	15		25
Revisão											20	20	40

360