FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

MÁRCIO HENRIQUES DA COSTA

A CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS *(BEST EFFORTS)* NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA: uma nova perspectiva

SÃO PAULO
2016

MÁRCIO HENRIQUES DA COSTA

A CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS *(BEST EFFORTS)* NA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA: uma nova perspectiva

Dissertação de Mestrado apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito dos Negócios.

Orientadora: Profª.-Drª. Mariana Pargendler

SÃO PAULO
2016

Dedico este livro a minha mãe e irmãos, que sempre me fizeram acreditar na minha capacidade. A minha esposa, Giuliana, pela inspiração, companheirismo e paciência. E a meu avô e meu pai. O primeiro me fez sonhar o céu; o segundo me fez viver a terra. Sou imensamente grato a ambos por tudo aquilo que deles hoje incorporo.

AGRADECIMENTOS

Profunda gratidão e honra por ter podido contar com a Profª. Drª. Mariana Pargendler como minha orientadora. Muito além deste trabalho, seus ensinamentos, apoio e paciência ficarão marcados por toda minha carreira. Agradeço ainda ao Dr. Mário Engler Pinto Junior, por ter sido um inesquecível professor e ter-me dado o impulso para escrever sobre o tema aqui tratado. Por fim, a Priscila Ariodante, de minha equipe, pelo grande apoio nos levantamentos mencionados no texto.

RESUMO

A utilização da cláusula de melhores esforços, ou *best efforts*, é prática comum do empresariado e advogados nacionais. Este trabalho realiza um levantamento a fim de demonstrar a alta incidência em acordos sofisticados entre acionistas de companhias abertas brasileiras. Tal inclusão tem fortes motivos econômicos, a justificar o reconhecimento e interpretação pelo aplicador do direito nacional. O padrão de conduta dessa obrigação de meio deve ser analisado por critérios distintos, por meio de elementos subjetivos e objetivos, bem como à luz do contexto social e usos e costumes relacionados, baseados em normas e princípios de direito privado amplamente aceitos. A escassa jurisprudência sobre o tema bem como a já consolidada jurisprudência norte-americana contribuem para o melhor entendimento sobre a natureza jurídica e o modelo de interpretação de conduta a ser aplicado, diferenciando a obrigação de melhores esforços dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva. Entre as conclusões, pode-se mencionar que a cláusula de melhores esforços não deve ser igualada aos deveres de boa-fé ou a um mero dever moral. Seu reconhecimento legal como padrão de conduta distinto, apurado conforme cada caso, deve ser amparado pelo ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave: Melhores esforços; best efforts; boa-fé; obrigações de meio.

ABSTRACT

The use of the best efforts clause is a common practice among Brazilian businessmen and lawyers. A study of sophisticated shareholders agreement of listed companies in Brazil shows the high incidence of the clause. Such inclusion has strong economic reasons, to justify its recognition and interpretation under Brazilian law. The *standard* of conduct required by this best efforts clause shall be analyzed according to different criteria, with subjective and objective elements, as well as the social environment and related custom and usage, based on well-established private law principles and rules. Brazil's limited case law on this, as well as the consolidated jurisprudence in the U.S. relating to the clause, contribute to the best understanding of its legal nature and of the level of conduct required, which distinguishes the best efforts obligation from implicit good faith duties. Among findings, we can mention that the best efforts clause shall not be equate to the good faith duties or a mere moral duty. Its legal recognition as a distinct pattern of conduct, as each specific situation, shall be enforced by the national legal system.

Keywords: Best efforts; good faith.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9

2 DA AMPLA UTILIZAÇÃO DA CLÁUSULA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 13

3 DEFINIÇÃO E FUNÇÃO DA CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS 19
3.1 A Racionalidade econômica da cláusula 21
3.1.1 Custos de transação como fator de decisão na utilização da cláusula de melhores esforços 22
3.1.2 Assimetria de informações 28
3.1.3 Cláusula de melhores esforços como resultado de contratos incompletos 30

4 CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS NO DIREITO ANGLO-SAXÃO 35
4.1 Cláusula de melhores esforços e regra geral de boa-fé no direito norte-americano 38
4.2 Interpretação do padrão de conduta no direito norte-americano 41

5 CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS NO DIREITO BRASILEIRO: OBRIGAÇÕES DE MEIO 46
5.1 Jurisprudência sobre o tema 50
5.2 Cláusula de melhores esforços e teoria da confiança 55
5.3 Cláusula de melhores esforços e boa-fé objetiva 58
5.4 Interpretação da cláusula em face de sua função socioeconômica 61
5.5 Interpretação à luz da prática internacional 62
5.6 O modelo de interpretação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Convenção de Viena 64
5.7 Interpretação do standard de conduta no direito brasileiro 65

6 A CLÁUSULA NA PRÁTICA 72

7 CONCLUSÃO 75

REFERÊNCIAS 78

1 INTRODUÇÃO

Há muito, advogados e empresários brasileiros redigem nos acordos e contratos expressões como "envidar melhores esforços" e "agir com esforços razoáveis" dentre outras. A razão de incluir uma obrigação dessa natureza, mais do que uma opção jurídica, é uma verdadeira necessidade comercial. Existem diversos fatores que determinam a decisão pela escolha por uma cláusula de sentido amplo e vago como a de "melhores esforços".

A questão que se coloca, nesse contexto, é como se deveria interpretá-la no direito nacional. Está-se falando de uma obrigação meramente moral? Uma simples tradução dos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva? Uma obrigação de meio que precisa ser avaliada conforme o caso concreto? Ademais, se aceita como obrigação legalmente vinculante, qual o grau de conduta esperado da parte obrigada? A interpretação deve se dar por quais critérios? Essas são algumas das perguntas que se pretende responder com o presente trabalho.

A verdade é que, independentemente dessas especulações, a prática jurídica nacional de utilização da cláusula é ampla, para finalidades distintas, já que cumpre um papel importantíssimo de integração de lacunas *(gap-filling)* do acordo e redução de custos de transação. Levantamento feito com acordos de acionistas publicados no *website* da BM&FBovespa, conforme aqui detalhado, conclui que o empresariado brasileiro há muitos anos se vale da cláusula. Nesse cenário de ampla negociação e inclusão da obrigação de melhores esforços, com a considerável possibilidade de conflitos empresariais quanto à efetividade e interpretação, não deve o aplicador do direito nacional permanecer inerte ou se esquivar do tema com respostas fáceis.

A doutrina e a jurisprudência estrangeiras sobre o tema, especialmente em sistemas de *common law*, são relativamente fartas. Por outro lado, pouco se explorou sobre o assunto no Brasil.

Luiz Gastão Paes de Barros Leães[1] explorou a cláusula quanto à natureza jurídica e, em breve texto, a definiu como típica obrigação de meio, como abaixo se analisa, sem adentrar, por

[1] LEÃES, L.G.P. de B. A obrigação de melhores esforços (Best Efforts). *Rev. De Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, ano XLIII, n 134, 2004, pp 7-11.

outro lado, na relação com a boa-fé ou na forma esperada de interpretação do grau de conduta em cada situação.

Mas talvez o principal texto sobre o tema na doutrina nacional seja do escritor Sílvio de Salvo Venosa[2], que analisa a referida cláusula tentando definir sua natureza jurídica ou moral e qual o melhor método de interpretação.

Dentre os principais argumentos do autor, destaca-se, primeiramente, a restrição no ordenamento jurídico na utilização de interpretação mais objetivada do contrato, pautada em usos, costumes e práticas de mercado, conforme um homem médio naquele contexto socioeconômico específico. Em argumentação de Venosa[3], a interpretação da cláusula, ao contrário do entendimento dado pela teoria da confiança adotada pelo novo Código Civil (CC), como se verá à frente, estaria, prioritariamente, focada ainda na busca pela real vontade das partes no momento da contratação para a avaliação da conduta esperada, desconsiderando-se, assim, fatores mais objetivos de avaliação.

Segue o autor distinguindo entre obrigação de meio e resultado, concluindo que a obrigação de melhores esforços, por ser de meio, não poderia ser objeto de avaliação quanto ao grau de conduta esperado, salvo se o resultado almejado fosse claramente definido. Dessa forma, a

[2] VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. II. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

[3] "No direito de língua inglesa, a interpretação do contrato é objetiva, o critério ainda é o do *reasonable man*, do homem médio. O sentido do contrato não é aquele em princípio indeterminável que as partes lhe deram, mas aquele realmente dado, de acordo com *fair and reasonable men*, tendo em vista o ponto litigioso. (...) Havendo litígio decorrente do contrato, a interpretação em nosso direito realça dois elementos que integram qualquer manifestação de vontade. Há um elemento externo, palpável, material, perceptível pelos sentidos: trata-se da declaração contratual propriamente dita. Na relação contratual, esse aspecto materializa-se pela palavra escrita ou falada e, mais raramente, por gestos ou condutas dos contratantes. De outro lado se coloca o elemento interno, isto é, o que foi realmente pensado, raciocinado e pretendido pelos contratantes, qual seja, o substrato de sua declaração, sua vontade real. (...) Qualquer que seja a posição doutrinária que se adote, o intérprete do direito continental e brasileiro sempre ficará preso a dois parâmetros, dos quais não poderá fugir: de um lado estará a vontade declarada, geralmente externada por palavras e, de outro lado, se colocará a necessidade de investigar a verdadeira intenção dos sujeitos envolvidos. (...) O negócio jurídico deve valer e ter eficácia conforme foi desejado e não tendo como parâmetro o homem médio, noção aplicada em nosso direito em outras situações, mas não especificamente no exame do cumprimento do contrato. No nosso intuito de interpretação, deve-se buscar o sentido da vontade comum dos contratantes. Nesse contexto, sopesa-se o exame objetivo com o exame subjetivo do contrato. (...) Nesse sentido, o novo Código Civil, na mesma esteira do Código de 1916, traçou um princípio geral no artigo 112, dando proeminência, mas não exclusividade, ao aspecto subjetivo da interpretação: Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nela consubstanciada do que o sentido literal da linguagem". VENOSA, S.S. A cláusula de melhores esforços nos contratos. 2003. Disponível em < http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/7870-7869-1-PB.htm>. Acesso em 02 dez. 2015.

presença nos contratos seria inócua e de natureza puramente ética ou moral.[4] Por fim, Venosa conclui que a existência de referida cláusula nos acordos ocorreria apenas para exteriorizar os deveres anexos decorrentes da boa-fé, sendo, portanto, desnecessária.[5]

O presente trabalho pretende analisar algumas ideias mencionadas no texto acima referido. A primeira é que a interpretação de negócios jurídicos empresariais e, especialmente as cláusulas de melhores esforços, deve ser pautada exclusivamente pelo aspecto prioritariamente subjetivo, com base ainda em uma perspectiva dada pelo art. 85 do antigo CC, e não por uma perspectiva mais contextualizada em função da teoria da confiança adotado pelo atual artigo 112 do novo CC e critérios objetivos, previstos tanto na utilização dos usos e costumes como na boa-fé objetiva, na forma prevista no artigo 113, combinado com o artigo 422 do novo CC.

A segunda reside na concepção de que a inclusão de uma cláusula de melhores esforços no contrato, inclusive por ser obrigação de meio, seria inócua do ponto de vista jurídico, tratando-a como mero ajuste moral, sem a possibilidade de avaliação jurídica do grau de conduta esperado para a situação específica, por meio do processo interpretativo.

A terceira e última é a tentativa de igualar a obrigação de melhores esforços aos deveres laterais decorrentes da cláusula geral de boa-fé objetiva. Como se verá, o padrão de diligência esperado pela cláusula de melhores esforços, por razões diversas, deve ser interpretado como superior à mera boa-fé exigida em todos os negócios jurídicos.

Conforme o próprio Venosa expõe ao final do texto, o tema precisa de reflexão aprofundada pelo mundo jurídico[6]. É isso que se pretende com este artigo: lançar um novo olhar sobre o

---

[4] "Na primeira hipótese, o agente não se compromete pelo resultado, pois obter a coisa e posteriormente entregá-la traduz uma obrigação de resultado. Na segunda hipótese, em esforço interpretativo, poderia ser divisada uma obrigação de meio. Ora, as obrigações de meio decorrem da natureza da própria obrigação e não podem ser alteradas por vontade das partes. (...) Nesse diapasão, a cláusula de "melhores esforços", inserida em um contrato brasileiro, nada acresce ou modifica no nosso sistema. Trata-se de dispositivo aparentemente inócuo no contrato e que unicamente ganhará alguma eficácia no exame sistemático do pacto contratual. (...) Desse modo, se as partes não são expressas e diretas em definir o resultado que buscam e estabelecem, para uma obrigação claramente de resultado, a vazia expressão "melhores esforços", "boa-fé", "esforços razoáveis" etc., tal disposição refoge ao âmbito obrigacional, isto é, não constitui uma obrigação jurídica. Pode-se até mesmo afirmar que se trata de disposição não-contratual inserida no contrato, de conteúdo ético ou moral, equivalente a uma carta de intenções ou a um acordo de cavalheiros" *(grifo nosso).* VENOSA. *Op. cit.*

[5] "Mencionar essas expressões ou referir expressamente à conduta de boa-fé dos contratantes, ademais, é superfetação absolutamente inútil. A boa-fé objetiva integra a noção do contrato, pois todo e qualquer contrato a pressupõe" *(grifo nosso).* VENOSA. *Op. cit.*

assunto, em especial diante do recente desenvolvimento do nosso direito privado, considerando a interlocução com o direito comparado, visitando o tema em países distintos, especialmente nos Estados Unidos, onde tais cláusulas são amplamente utilizadas, aceitas e debatidas, bem como dentro de uma nova perspectiva de interpretação da cláusula no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicia-se, no Capítulo II, com a constatação empírica da ampla presença da cláusula no Brasil, em especial nos acordos de acionistas publicados no portal da internet da BM&FBovespa, registrando as formas de utilização. Em seguida, no Capítulo III, define-se e analisa-se a cláusula do ponto de vista da sua racionalidade econômica. No Capítulo IV, faz-se uma avaliação comparativa da cláusula baseada no direito norte-americano. No Capítulo V, aprofunda-se a análise jurídica com base no direito nacional, em especial na caracterização como obrigação de meio, na limitada mas positiva jurisprudência existente, e na relação com a teoria da confiança na interpretação dos atos jurídicos e cláusulas gerais de boa-fé e função social, para concluir sobre critérios adequados de interpretação do grau de conduta da obrigação de melhores esforços conforme cada caso concreto e algumas recomendações práticas.

[6] "Procuramos anotar nestas linhas uma observação preliminar sobre o tema. O fenômeno, cada vez mais sentido na advocacia empresarial, está a merecer, sem dúvida, maior aprofundamento doutrinário, maior atenção do jurista e requer cuidado especial dos magistrados" *(grifo nosso).* VENOSA. *Op. cit.*

2 DA AMPLA UTILIZAÇÃO DA CLÁUSULA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Visando confirmar a experiência corrente da prática empresarial quanto ao tema, realizou-se levantamento dos acordos de acionistas registrados na Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e publicados no portal da internet da BM&FBovespa. A decisão pela análise desses contratos se deu em função de serem os únicos cuja divulgação integral é obrigatória para companhias abertas no direito brasileiro, nos termos do art. 2º, parágrafo único, inciso III, da Instrução 358/2002 da CVM[7]. Tais acordos são firmados entre partes empresárias complexas e, ao mesmo tempo, constituem universo capaz de gerar uma análise empírica confiável para verificação da existência e forma de utilização da cláusula de melhores esforços.

Pretendeu-se com tal levantamento, dentre outros pontos aqui mencionados, examinar especialmente o seguinte:

i) o grau de utilização da cláusula de melhores esforços nos acordos registrados;
ii) os termos geralmente utilizados para refletir a obrigação; e
iii) em quais seções do contrato usualmente é inserida e a quais finalidades serve.

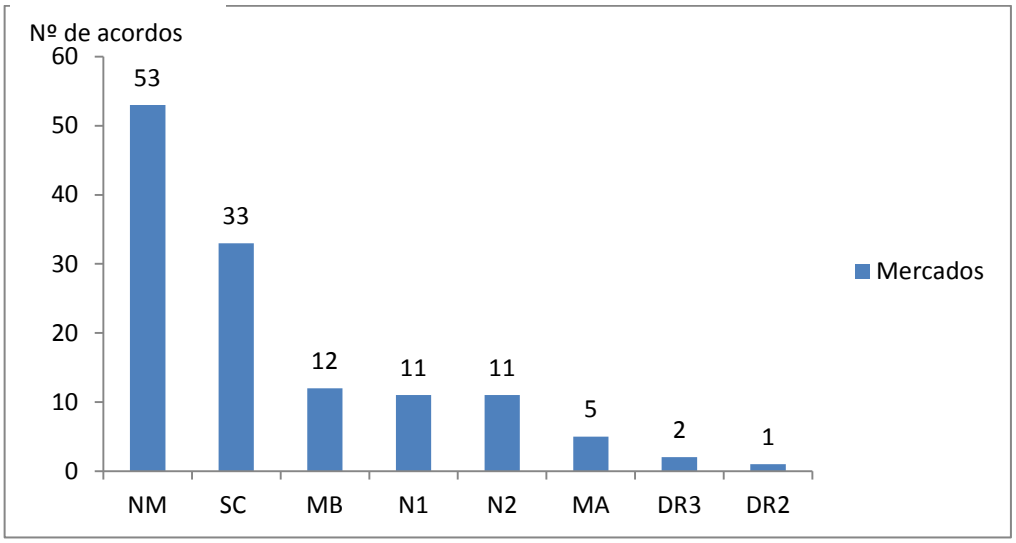
Das 524 empresas listadas na BM&FBovespa, verificou-se que 177 delas possuem acordos de acionistas vigentes cadastrados. Desses, impressionantes 128 acordos firmados, ou seja, 72%, preveem uma ou várias obrigações de melhores esforços.

Quanto ao tipo de segmento de listagem na BM&FBovespa[8], verificam-se os seguintes números totais e percentuais de utilização da cláusula, conforme o Gráfico 1 e o Gráfico 2.

[7] INSTRUÇÃO 358/2002. Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/300/inst358consolid.pdf>. Acesso em 12 jan. 2016.

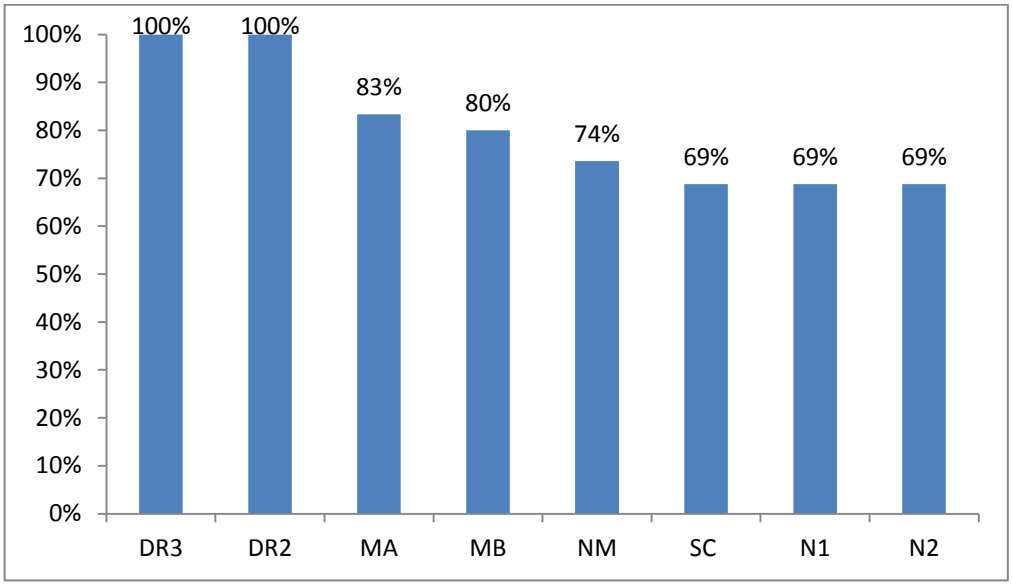
[8] Cada segmento apresenta exigência distintas de governança corporativa para as empresas ali listadas, sendo o Novo Mercado o segmento com padrões mais rigorosos, seguido do Nível 2 e, assim, sucessivamente até as companhias sem categoria, conforme legenda prevista na página abaixo.

Gráfico 1 – Mercados: número de acordos de acionistas com cláusula de “melhores esforços”



Fonte: autor com base em BM&FBovespa

Gráfico 2 – Mercados: percentual de acordos de acionistas com cláusula de “melhores esforços”



Fonte: autor com base em BM&FBovespa

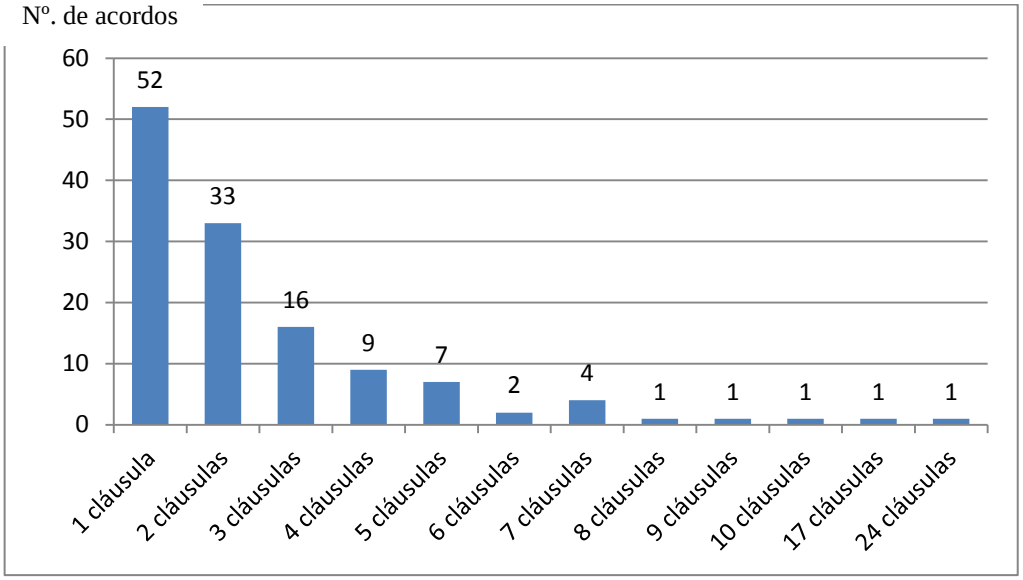
Legenda

1 - (NM) Cia. Novo Mercado	7 - (DR3) BDR Nível 3
2 - (N2) Cia. Nível 2 de Governança Corporativa	8 - (DR2) BDR Nível 2
3 - (N1) Cia. Nível 1 de Governança Corporativa	9 - (DR1) BDR Nível 1
4 - (M2) Cia. Bovespa Mais Nível 2	10 - (DRN) BDR Não Patrocinado
5- (MA) Cia. Bovespa Mais	11 - (SC) Sem Categoria
6 - (MB) Cia. Balcão Org. Tradicional	

Quanto à existência da cláusula por período, verifica-se um padrão constante de utilização desde 1996. Mesmo acordos mais antigos, com data anterior ao novo CC, já apresentavam a referida obrigação. Todos os nove acordos vigentes cadastrados datados de 1996 até o final de 2000 preveem algum tipo de obrigação de melhores esforços.

Quanto ao número de vezes em que a cláusula aparece nos acordos, há a seguinte distribuição, segundo o Gráfico 3.

Gráfico 3 – Quantidade de cláusulas de "melhores esforços" nos acordos cadastrados



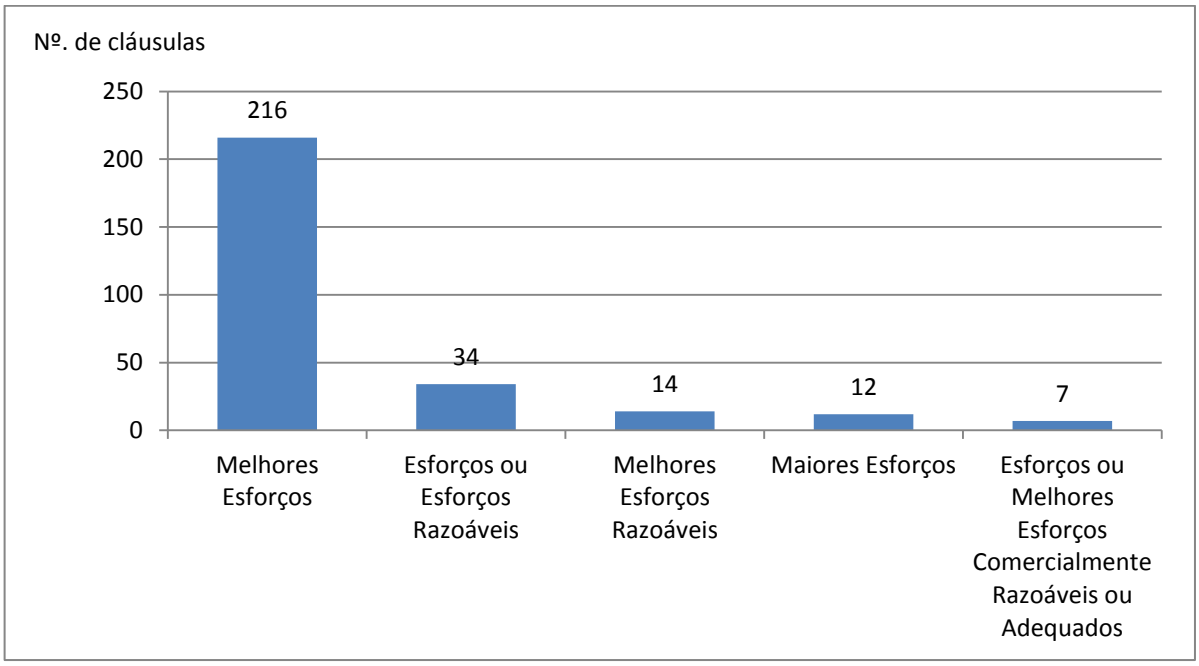
Fonte: autor com base em BM&FBovespa

Chega-se, assim, a um número total de cláusulas de melhores esforços nos acordos de acionistas vigentes publicados no portal da internet da BM&FBovespa de 312 disposições, média de 1,76 por acordo de acionista ali registrado.

Quanto à expressão utilizada para refletir cada cláusula, assim como na prática anglo-saxônica, que utiliza amplamente locuções distintas como *best efforts*, *reasonable efforts* e *commercial efforts*, percebe-se uma variedade de utilizações.

Dentre as principais, podem-se mencionar, de acordo com o Gráfico 4.

Gráfico 4 – Principais expressões utilizadas para designar a cláusula de "melhores esforços"



Fonte: autor com base em BM&FBovespa

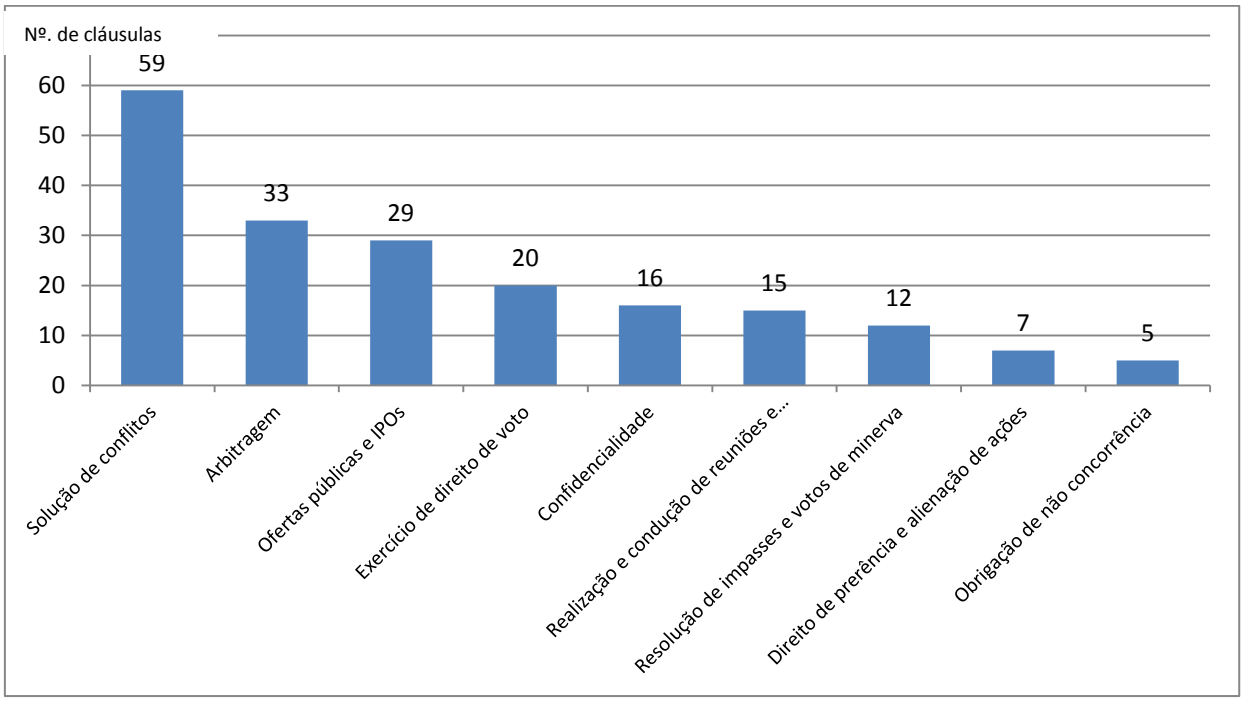
Já quanto ao tema tratado e à finalidade de utilização da cláusula, o estudo demonstrou alta pulverização. Ou seja, a cláusula de melhores esforços está presente em muitas seções distintas dos acordos, para várias finalidades, incluindo declarações e garantias, obrigações das partes pós-fechamento para obtenção de autorizações distintas, confidencialidade, realização de assembleias e reuniões, compromissos de investimentos e capitalizações, não competição, realização de ofertas públicas, resolução de impasses, dentre outras.

Mostra-se, assim, como instrumento jurídico e de negociação muito importante, adaptável a situações e objetivos totalmente distintos.

Os principais temas verificados foram os seguintes, segundo o Gráfico 5[9]:

[9] Alguns exemplos. 1) Solução de Conflitos: "Quaisquer litígios ou controvérsias decorrentes de ou relativos a este Acordo deverão ser comunicados por escrito por uma Parte à outra e as Partes envidarão seus melhores esforços para dirimi-los de modo amigável por meio de negociações diretas mantidas de boa-fé, em prazo não superior a 10 (dez) Dias Úteis contados da data do recebimento da comunicação aqui mencionada." (Acordo de Acionistas da BIOMM S.A.); 2) Arbitragem: "As partes concordam em empregar seus maiores esforços para alcançar solução rápida, econômica e justa a qualquer conflito submetido a Arbitragem." (Acordo de Acionistas Kroton Educacional S.A.); 3) Ofertas Públicas e IPOs: "Os Acionistas envidarão os melhores esforços e cooperarão em todos os sentidos, inclusive na seleção de bancos de investimento e assessoria jurídica e na participação em reuniões de redação de documentos e apresentações diversas para viabilizar a implementação da

Gráfico 5 – Principais temas em que se utiliza a cláusula de "melhores esforços"



Oferta Pública Inicial, preferencialmente, até 31 de agosto de 2010." (Acordo de Acionistas da CPFL Energias Renováveis S.A.); 4) Exercício de direito de voto: "Adicionalmente, a ACIONISTA envidará seus melhores esforços para assegurar que todos os demais acionistas adquirentes exerçam seu direito de voto em assembleias gerais e/ou reuniões do Conselho de Administração da DASA em conformidade com a orientação da ACIONISTA. (Acordo de Acionistas da Diagnósticos da América S.A.); 5) Confidencialidade: "As Partes e a parte interveniente deverão manter e empregar seus melhores esforços para fazer com que seus respectivos diretores, conselheiros, empregados, contadores, advogados, consultores, assessores e agentes mantenham confidencialidade sobre os documentos e informações de caráter confidencial relacionados à estratégia de negócios, operações, assuntos financeiros e outros assuntos referentes à Companhia ou às suas controladas, exceção feita às informações que necessitem ser preparadas e divulgadas ao mercado pelas Partes, pela parte interveniente, por seus respectivos conselheiros e diretores ou por qualquer de suas respectivas Afiliadas." (Acordo de Acionistas da Duratex S.A.); 6) Realização e Condução de Reuniões e Assembleias: "Os Acionistas se comprometem a: (a) envidar seus melhores esforços para comparecer a todas as Assembleias de Acionistas; e (b) exercer seus direitos de acordo com as disposições aqui contidas de modo a: (i) maximizar o valor da Companhia a longo prazo, de acordo com os princípios estabelecidos no plano comercial e de negócios, e (ii) sempre buscar os mais altos níveis de eficiência, produtividade, competitividade e lucratividade." (Acordo de Acionistas da Hypermarcas S.A.); 7) Resolução de Impasses e Voto de Minerva: "Caso as duas Acionistas, isoladamente, detenham, no mínimo, 40% de participação acionária na Companhia, em ocorrendo uma Discordância no tocante à aprovação de contratação de endividamento que faça com que o Limite Permitido de Endividamento seja excedido, a matéria não será aprovada, e as Acionistas envidarão seus melhores esforços razoáveis para resolver a Discordância por meio do procedimento abaixo." (Acordo de Acionistas da Rodovias das Colinas S.A.); 8) Direito de Preferência e Alienação de Ações: "Não obstante a Cláusula 8.2 acima, entre o 2º (segundo) e o 5º (quinto) aniversário da data deste Acordo, se EBX ou E.ON desejarem Transferir Ações que fariam com que a participação de qualquer um deles fosse reduzida para menos de 15% (quinze por cento) do capital da MPX, o Acionista Cedente deverá informar ao outro Acionista por escrito sobre sua intenção e ambos envidarão seus melhores esforços de boa-fé para procurar em conjunto candidatos potenciais adequados para adquirir tais Ações." (Acordo de Acionistas da Eneva S.A); 9) Obrigação de Não Concorrência: "Na vigência do presente Acordo, a Companhia será o principal veículo da HAUOLIMAU e suas Afiliadas, bem como do Acionista Controlador da ASPI e suas Afiliadas, para investimentos diretos futuros em concessões rodoviárias no Brasil, cumprindo às Acionistas envidar esforços comercialmente razoáveis para avaliar a participação em qualquer proposta, pública ou privada, de concessões rodoviárias no Brasil" (Acordo de Acionistas da Triângulo do Sol Auto-Estradas S.A.).

Com esse levantamento, podem-se tirar conclusões relevantes. A primeira é que a cláusula é amplamente acordada por partes empresariais sofisticadas. A presença em mais de 70% dos acordos de acionistas firmados por companhias abertas brasileiras demonstra o quanto as partes a utilizam como mecanismo importante de negociação para a previsão de expectativas de condutas futuras, não detalhadas, muitas vezes fundamentais para a celebração do próprio acordo.

Segundo, a cláusula é utilizada de maneiras distintas. A flexibilidade é exatamente um dos pontos fortes como ferramenta de ajuste obrigacional para a previsão de condutas de natureza diversa em momento de contratação de relativa incerteza quanto a determinado tema. Assim, verifica-se que o esforço interpretativo para aferição da conduta esperada em cada situação variará também em função da obrigação específica amparada por tal previsão, que poderá abarcar, como visto, desde uma arbitragem até uma obrigação de não competição.

Por fim, mas não menos importante, a ampla incidência da cláusula, de formas tão distintas nos acordos de acionistas, como se verá a seguir, está totalmente em linha com a fundamentação econômica e com a necessidade de reconhecimento jurídico de eficácia pelas cortes, especialmente sob o argumento de que as partes, especialmente empresariais sofisticadas como constatado neste levantamento, não incorreriam em custos de transação para negociação e inserção dessas 312 cláusulas: i) para obter simplesmente aquilo que a lei já oferece, por força da cláusula geral de boa-fé objetiva; ii) sem expectativa real de reconhecimento, interpretação e aplicação pelas cortes brasileiras, quando e se necessária.

Retirar a efetividade da cláusula ou simplesmente tentar igualá-la ao padrão dos deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva, imposta por lei, certamente pode trazer grande insegurança a esses acordos. Teriam todas essas partes negociado e inserido nos acordos uma cláusula puramente moral? Não teriam elas direito a recurso ao Judiciário em caso de infração a esse ajuste contratual? Não parece que seja essa a expectativa do empresariado quanto ao tema; caso contrário, não haveria adoção tão ampla da cláusula de melhores esforços em tais contratos.

3 DEFINIÇÃO E FUNÇÃO DA CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS

Apesar da flexibilidade existente acerca do grau de conduta da cláusula em cada caso concreto, conforme aqui debatido, em definição genérica, melhores esforços ou *best effort*s seria a obrigação exigida da parte em realizar esforços razoáveis, com ação ou omissão efetiva e diligente, conforme as características do caso concreto, para atingir o objetivo pretendido em determinada previsão contratual[10]. A cláusula de melhores esforços pode ser classificada como "aberta" ou "vaga".

Cláusulas vagas, incluindo as de melhores esforços, são inseridas no acordo exatamente porque a conduta específica esperada para a obtenção do resultado pretendido pode ser desconhecida, difícil ou impossível de definir no momento do fechamento do contrato. Como se verá aqui, tais cláusulas abertas surgem deliberadamente por opção dos contratantes, simplesmente porque negociar algo ainda indefinido pode ser bastante custoso[11]. Ao mesmo tempo, apesar de ter natureza vaga, tais cláusulas são importantes instrumentos para minimizar lacunas, uma vez que direcionadora de conduta avaliável conforme parâmetros de mercados, ainda que não de forma específica e detalhada.[12]

Nesse sentido, pensa-se em um cenário com três níveis de detalhamento. Em um extremo, a total ausência de previsão sobre determinada obrigação. No outro extremo, uma cláusula com uma obrigação de resultado detalhada. A cláusula de melhores esforços se encaixaria em um estágio intermediário. Ao tempo em que se pode dizer que se trata de uma lacuna, por não trazer a previsão detalhada, é, também, instrumento para preencher uma lacuna, que se geraria com a ausência dessa obrigação. Assim, quando se fala neste trabalho na cláusula de melhores esforços como lacuna racional, deve-se olhá-la por essa perspectiva.

---

[10] Great W. Producers Coop. v. Great W. United Corp., 613 P.2d 873, 878 (Colo. 1980).

[11] "Contracts are incomplete because there are significant information and measurement costs surrounding most business transactions. When a large number of possible contingencies exist regarding future events, the use of the fully contingent complete contract of economic theory is too costly. Transactors use incomplete contracts in these circumstances not only to avoid the significant ink costs of writing fully contingent contracts, but, more importantly, because incomplete contracts avoid the wasteful search and negotiation costs that otherwise would be borne by transactors." KLEIN, B. *The role of incomplete contracts in self-enforcing relationships.* Cambridge University Press, 2002. In: BROUSSEAU, E; GLACHANT, J. M. The economics of contracts: theories and applications, *Revue d'Economie Industrielle*, no. 92, 2000, p. 67-80, página 69.

[12] SCOTT, R.E.; TRIANTIS, G.G. *Anticipating litigation in contract design.* 115 Yale L.J. 814, 2006, p. 101-70

Ademais, como abordado abaixo, tal situação deriva daquilo que a escola de Law and Economics denomina como contrato incompleto[13], ou seja, uma decorrência natural da impossibilidade das partes em acordar e prever contratualmente todas as situações e soluções potencialmente provenientes do negócio realizado. Conforme ensina Wanderley Fernandes, "(...) nenhum instrumento contratual será suficientemente completo para abarcar as soluções convencionais de todos os conflitos possíveis que a operação econômica possa engendrar entre as partes e perante terceiros"[14].

A cláusula de melhores esforços, como típica cláusula aberta assim como cláusula geral positivada (como a boa-fé objetiva, por exemplo), ou até mesmo um princípio não positivado (por exemplo, equilíbrio contratual), implica um padrão flexível e necessariamente adaptável a contextos diversos, conforme cada caso.

Conforme ensina Judith Martins-Costa[15], ao discorrer sobre a boa-fé objetiva, as cláusulas abertas permitem o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, de *standards*, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente, bem como não previsto pelos próprios contratantes em seus ajustes.

Prossegue a autora[16] explicando que nesses tipos de conceito vagos não se pretende traçar claramente hipóteses e consequências. Busca-se deliberadamente, pela vagueza, uma abertura semântica capaz de, à vista de casos concretos, enviar o juiz para critérios aplicativos determináveis, inclusive presentes em variáveis sociais e nos usos e costumes objetivamente verificados em determinado ambiente social em dado momento. Dessa forma, conclui que essa técnica permite capturar, em uma mesma hipótese, uma ampla variedade de casos, cujos efeitos jurídicos serão complementados e concluídos conforme os detalhes de cada situação, tendo tais conceitos como pano de fundo.

---

[13] "Um contrato diz-se incompleto em mais de um sentido. Em primeiro lugar, diz-se contrato incompleto de um instrumento contratual que não prevê explicitamente todas as condições ou eventos possíveis (contingências) que possam afetar seu cumprimento dentro de um universo de condições e eventos relevantes." MENDES, M. C. V.; RODRIGUEZ, C.F. Notas sobre alocação de riscos e garantias contratuais. In: FERNANDES, W. (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais.* São Paulo: Saraiva, 2007. p. 395.

[14] FERNANDES, W. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São* Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 275-93, página 275.

[15] MARTINS-COSTA, J. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Brasília. *Revista de Informação Legislativa,* 1998, p. 5-22.

[16] Idem.

Assim como se indaga o que a boa-fé objetiva significa em cada caso concreto, pode-se também perguntar: quais os melhores esforços esperados em determinada situação? Como interpretar e aplicar uma cláusula de melhores esforços?

Em uma cláusula de melhores esforços, em função da abertura e vagueza, existe necessariamente uma análise posterior para concretização, de relevância jurídica, por meio da seleção pelo juiz de fatos e comportamentos do caso concreto para confrontá-los com determinados parâmetros e buscar, neste confronto, certas consequências jurídicas[17], as quais certamente não estão predeterminadas. Em função dessa ausência de *fattispecie* autônoma, a melhor interpretação do padrão de conduta esperado para cada tipo de situação é progressivamente formada pela jurisprudência[18], conforme as situações reais aparecem, assim como aconteceu e acontece nos Estados Unidos, quando dos julgamentos de casos empresariais envolvendo a cláusula, bem como na jurisprudência pátria, apesar de prioritariamente em casos de relação de consumo, conforme se verá adiante.

O juiz, na interpretação de cada caso concreto, tem o dever de buscar para concretude da cláusula outras normas do próprio sistema jurídico, incluindo a boa-fé objetiva, mas dentro de um contexto socioeconômico específico, que sirva de pano de fundo para a interpretação de cada situação concreta, analisando pelas perspectivas subjetiva e objetiva de conduta, a fim de preencher e dar o melhor significado à existência da referida cláusula e seu conteúdo, atendendo, inclusive, a sua função socioeconômica.

3.1 A Racionalidade econômica da cláusula

Pode-se afirmar que os interesses das partes são sempre voltados para a otimização dos custos de contratação de todo o acordo, ou nas palavras de Scott & Triantis, "(...) the best incentive bang for the contracting-cost buck"[19].

As partes incorrem em tais custos de contratação para aumentar a eficiência dos incentivos relacionados ao acordo, em especial o incentivo de investir durante o processo de negociação

[17] SILVA, C.V. C. *A obrigação como processo.* São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 10 - 13
[18] MARTINS-COSTA. *Op. cit.*
[19] SCOTT; TRIANTIS. *Op. cit.*, 2006, p. 105.

para incrementar o valor das trocas previstas no contrato. Investir em custos de transação (*ex ante*) permite às partes obter informações e redigir um contrato mais completo, gerando eficiência maior das obrigações ali previstas para um número maior de cenários distintos. Por outro lado, como abaixo detalhado, esses custos *ex ante* podem exceder os incentivos ou benefícios gerados em uma análise comparativa com custos de *enforcement* (*ex post*), o que justificaria a escolha pela economia de tais custos *ex ante* com a inclusão de uma cláusula vaga como a de melhores esforços.

Assim, a existência de custos de transação (*ex ante*) e *enforcement* (*ex post*) de alguma forma afeta os incentivos gerados pelo contrato, por meio do aumento ou redução de eficiência de alocação. Dessa maneira, a decisão sobre detalhar uma cláusula ou inserir uma cláusula vaga como a de melhores esforços certamente depende da análise dos custos de contratação.

Ademais, pode-se argumentar que existe em qualquer negociação assimetria de informações entre as partes, ou seja, uma situação de desnível entre as informações detidas por cada um dos contratantes quanto a aspectos do acordo e suas obrigações e o custo necessário para obtê-las. A cláusula de melhores esforços pode ser importante ferramenta para trabalhar com essa situação.

Por fim, pode-se justificar a presença da cláusula como resultado daquilo que se denomina contrato incompleto, ou seja, a incapacidade inerente das partes em tentar prever todos os cenários e consequências decorrentes de um acordo.

Abordam-se abaixo de forma mais detalhada esses três aspectos.

3.1.1 Custos de transação como fator de decisão na utilização da cláusula de melhores esforços

Conforme mencionado, o objetivo das partes contratantes é maximizar os benefícios e reduzir os custos no processo de contratação e execução do contrato. Assim, elas decidem por incorrer em custos de transação desde que o resultado da soma dos custos em obter

informações, redigir e negociar o contrato com os custos esperados de *enforcement* sejam menores que o ganho marginal decorrente[20].

Uma das formas de alcançar a redução de custos de transação é exatamente o *trade-off* entre custos na contratação e eventuais custos posteriores para fazer cumprir uma cláusula. Em vez de incorrer em custos de negociação e redação de todos os possíveis cenários e detalhes relacionados a uma obrigação, as partes podem escolher por tê-la posteriormente analisada, interpretada renegociada ou complementada pelo Judiciário.

Cláusulas abertas são geralmente inseridas quando os contratantes, racional e deliberadamente, decidem não prever todos os detalhes contratuais, preferindo economizar em custos de negociação ao delegar o eventual complemento dessas condições à lei, de forma supletiva, em uma renegociação entre às partes e/ou ao Judiciário em caso de litígio, especialmente se tal probabilidade for baixa.

No mundo real, de contratos imperfeitos e incompletos, como se verá abaixo, os acordos certamente contêm lacunas. Essas lacunas, conforme explicam Cooter e Ulen[21], podem ser involuntárias, como no caso de ausência de previsão sobre situações não imaginadas inicialmente pelas partes, como, por exemplo, as consequências contratuais em função de inadimplemento em decorrência de uma situação de alteração de mercado não prevista quando da assinatura do acordo. Mas podem ser voluntárias, em função das partes até imaginarem a situação, mas assumirem que a probabilidade de ocorrência seja muito remota a ponto de não justificar o custo de negociação e elaboração de condições detalhadas para alocar tal risco.

Assim, na análise dessa escolha, as partes devem avaliar os riscos que poderão decorrer da contratação, os custos *ex ante* para o entendimento, negociação e inserção no acordo de mecanismos de alocação destes riscos e os custos *ex post*, de concreção e eventuais prejuízos efetivos que potencialmente ocorrerão com a execução do contrato[22]. Nesse sentido, as partes devem decidir entre identificar e negociar riscos, alocando os custos de forma *ex ante* ou arcando com potenciais riscos *ex post*.

---

[20] SCOTT, R.E.; TRIANTIS G.G. Principles of contract design. *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2005.
[21] COOTER, R.; ULEN, T. *Direito & economia*. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
[22] Idem.

Assim, cláusulas abertas, como a de melhores esforços, podem ser entendidas como exemplos de lacunas voluntárias, não no sentido de ausência total de regramento, uma vez que contêm uma obrigação de conduta esperada, mas sim de uma escolha voluntária em não fixar todos os detalhes e resultados definitivos do contrato. Neste caso, as partes visualizam riscos quanto ao tema, o que as leva a negociar e inserir tal cláusula no acordo, mas, sopesando os custos *ex ante* envolvidos na negociação de uma obrigação de resultado, assumem deliberadamente a possibilidade de advir eventuais custos *ex post* para concreção das cláusulas abertas.

Se as partes tentarem acordar condições explícitas e detalhadas de uma cláusula com uma obrigação de resultado para a alocação de riscos, certamente incorrerão em custos de transação para negociação e elaboração. Caso optem por utilizar uma cláusula aberta com obrigação de meio, como a de melhores esforços, arcarão com menores custos de negociação, assumindo, por outro lado, eventuais custos *ex post* de uma renegociação ou um litígio para *enforcement* da cláusula.

Posner[23] define esta decisão das partes como "deliberate ambiguity", a qual pode ser condição necessária para a própria conclusão do contrato, uma vez que as partes podem, durante o processo de negociação do acordo, concluir que o custo envolvido para acordar os detalhes de determinado ponto é tão alto que optam por manter uma lacuna deliberada, para detalhamento posterior, mediante novo acordo entre as partes quanto àquele ponto específico ou por decisão pelo Judiciário na ausência de entendimento entre ambas.

A fórmula abaixo é sugerida por Posner[24] para indicar os custos envolvendo um contrato:

$C = x + p(x)[y + z + e(x, y, z)]$; em que

x são os custos de negociação e elaboração do contrato;
p é a probabilidade de litígio;
y são os custos relacionados ao litígio, arcados pelas partes;
z são os custos relacionados ao litígio arcados pelo Judiciário; e

[23] POSNER, R. A. The law and economics of contract interpretation. *Chicago Law & Economics*, Olin Working Paper nº 229, 2004.
[24] Idem, página 27.

> *e* são os custos de potenciais erros das partes ou do Judiciário quando da análise e *enforcement* da cláusula.

A fórmula inclui custos a serem incorridos pelas partes na negociação e potencial litígio do contrato, bem como pelo Judiciário e eventuais erros de interpretação e aplicação. A probabilidade e consequência de um erro judicial são influenciadas pelo investimento direto das partes e do próprio Judiciário no processo judicial, mas também, por outro lado, pelo investimento das partes (*x*) na tentativa de elaborar o contrato o mais detalhado e completo possível, a fim de facilitar uma decisão correta do Judiciário, caso o litígio venha a ocorrer.

Assim, em tese, quanto maior o investimento na fase de negociação, menor será a probabilidade de litígio sobre determinado assunto; e, em caso de litígio, menores os custos de *enforcement* (*y*, *z* e *e*). Por outro lado, dependendo da situação, um investimento em *x* (custos de negociação e elaboração do contrato) para detalhar as minúcias contratuais pode ser muito alto e pode superar a economia gerada no custo de litígio ao considerar a reduzida probabilidade de ocorrência. Essa avaliação complexa é o que faz com que as partes decidam, na formação do contrato, pelo detalhamento de determinado assunto, pela total ausência no instrumento ou pela inclusão de uma cláusula aberta.

Já Cooter e Ulen[25], resumindo os argumentos até agora colocados, apresentam a seguinte fórmula simplificada para decisão quanto ao preenchimento ou não de uma lacuna, o que podemos utilizar aqui como decisão entre utilizar ou não uma cláusula aberta ou tentar detalhar o assunto:

> *Custo de alocação de um risco > custo de alocação de um prejuízo x probabilidade de um prejuízo = utilizar cláusula aberta;*

> *Custo de alocação de um risco < custo de alocação de um prejuízo x probabilidade de um prejuízo = detalhar o assunto.*

O autor, assim, ressalta os dois principais custos de transação para tomada da decisão: i) custos de alocação de um risco, por meio de negociação em acordar e refletir sobre todos os

[25] COOTER; ULEN. *Op. cit.*, 223.

detalhes de determinado ajuste; e ii) custos de alocação de prejuízo, em caso de litígios, considerando a probabilidade de ocorrência da contingência.

Robert Scott e George Triantis aprofundam a análise, definindo esses dois custos simplesmente como *front-end costs* e *back-end costs*[26]. Os custos *front-end* incluem ainda a busca de informações para antecipação de potenciais futuras contingências, além dos custos de negociação e inclusão no contrato que especificará um tratamento para cada caso. Já no estágio *back-end*, mais do que apenas o eventual prejuízo com um passivo concretizado, os autores consideram os custos de *enforcement* da condição contratualmente estabelecida, incluindo conseguir chegar a uma conclusão efetiva em uma situação prévia de incerteza, seja amigavelmente, seja com a intervenção do Judiciário.

Assim, existem basicamente dois motivos para as partes preferir ou não utilizar termos vagos como melhores esforços nos contratos. Primeiro, os custos de negociação e elaboração podem exceder qualquer benefício contratual correspondente. Tais decisões ocorrem especialmente em situações com baixa probabilidade de ocorrência. O segundo, por outro lado, no caso dos custos de litígio, incluindo *enforcement*, excederam os ganhos que a inserção dos detalhes poderá trazer ao contrato.

Existem limitações claras para cada uma das etapas. No *front-end*, a racionalidade limitada das partes simplesmente as proíbe de prever todas as contingencias possíveis. Tal racionalidade limitada representa a natural incapacidade das partes, em função de limitações linguísticas e cognitivas inerentes, de conhecer e prever todas as situações possíveis de determinado acordo[27]. O custo pela busca do detalhamento de todas as contingências eventualmente imaginadas em uma situação tende a ser proibitivo.

Já no estágio *back-end*, o custo de *enforcement* de dada situação não prevista perante uma corte sem conhecimento detalhado dos fatos pode também ser muito alto, aqui pesado pela probabilidade de ocorrência desta possibilidade.

---

[26] SCOTT; TRIANTIS. *Op. cit.*, 2005.
[27] POSNER, R.A. Rational choice, behavioral economics, and the law. *Stanford Law Review*, 50(5), 1998. p. 1551-75.

Existe, assim, para os autores, um claro *trade off* racional entre os custos de negociação e elaboração contratual de um lado e de *enforcement* para determinação em concreto do conteúdo da conduta de outro, considerando a probabilidade de ocorrência do litígio, a autorizar a inserção de uma cláusula aberta como melhores esforços no acordo. A avaliação da probabilidade de litígio é fundamental, pois apenas uma fração dos contratos firmados pelos contratantes dentro de seu universo, teoricamente, será objeto de renegociação ou análise pelo Judiciário para determinada cláusula vaga, gerando assim economia nos custos totais, quando considerado todo o universo contratado.

Busca-se uma combinação ótima entre custos de *front-end* e *back-end* para minimizar, em cada situação, os custos totais da contratação. As partes escolhem entre economizar com um ou outro comparando as informações disponíveis no momento da contratação *versus* a probabilidade, dificuldade e custos para tornar exequível tal termo vago em eventual processo litigioso afim de atingir o objetivo esperado. Neste caso, além dos custos efetivos, as partes consideram, dentre outros, a efetividade do Judiciário, a existência de normas suplementares e consolidação de jurisprudência quanto ao tema, a fim de justificar a inclusão de tal cláusula vaga.

A utilização de uma cláusula de melhores esforços é um exemplo claro dessa opção das partes. Ainda que o Judiciário não tenha informação perfeita ou completa para análise e aplicação de uma obrigação de melhores esforços, esse conhecimento limitado pode, dependendo da situação, ser superior e menos custoso do que a obtenção de informações completas pelas partes no momento da contratação, motivo que as levou a decidir pelo não detalhamento da obrigação.

A literatura norte-americana exemplifica[28]:

> Moreover, because of the vagueness of language, idiosyncrasies of interpretation, and so forth, neither the handyman nor I could be certain how, for any given quality

[28] Trad. livre. "Além disso, por causa da imprecisão da linguagem, idiossincrasias de interpretação, e assim por diante, nem um pintor de parede nem mesmo eu poderíamos estar certos de como, qualquer que seja a qualidade do trabalho de pintura, um juiz (ou outro mediador) iria decidir ao avaliar se o serviço foi cumprido ou não dentro das normas profissionais. No entanto, se as probabilidades com que o juiz toma a decisão baseiam-se na verdadeira qualidade do trabalho de pintura, de tal forma que a decisão do juiz seria instrutiva – no sentido estatístico enunciado abaixo – sobre o trabalho que o pintor realmente executou, então o pintor e eu podemos conseguir o mesmo resultado que teríamos se nosso contrato fosse completo (ou seja, diretamente dependente do nível de qualidade)." HERMALIN, B.E. Vague terms: contracting when precision in terms is infeasible. *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 2008, p. 76-94, página 76.

> of paint job, whether a judge (or other dispute adjudicator) would decide the job met or failed to meet professional *standards*. Nevertheless, if the probabilities with which the judge makes her decision vary with the true quality of the paint job in such a way that the judge's ruling would be informative—in a statistical sense spelled out below—about the job the handyman actually did, then the handyman and I can achieve the same outcome as we would have were our contract complete (i.e., directly contingent on every level of quality) (g.n.).

Assim, a presença de cláusula abertas em contratos, especialmente empresariais, nem sempre são significado de descuido ou erro na elaboração contratual, mas sim de decisões deliberadas de alocação de custos de transação, dentro de uma análise de custos totais do acordo, com *trade offs* entre custos de *front-end e back-end*. Nesse sentido, tais cláusulas estarão, frise-se, racionalmente presentes quando os custos de negociação e elaboração detalhada da cláusula superar o potencial custo de litígio (*enforcement* e apuração de prejuízos), dada a probabilidade de sua ocorrência.

3.1.2 Assimetria de informações

Outra justificativa para a existência da cláusula, diretamente relacionada com os custos de *front-end* está na assimetria de informações entre as partes durante a negociação e na decisão não deliberada ou, muitas vezes, deliberada de cada uma delas em revelar ou não os detalhes que detêm acerca do tema contratualmente tratado, para estar em melhor posição no futuro, quando do cumprimento do acordo[29].

Especialmente em negociações de contratos empresariais complexos, ambiente natural de uma cláusula de melhores esforços, custos relacionados com informações assimétricas existem quando uma das partes pretende obter algum tipo de benefício na negociação ao não revelar totalmente esse conhecimento, ou simplesmente porque o custo dessa comunicação de forma detalhada seria muito alto. Ademais, mesmo quando a parte transmite todas as informações em boa-fé, o receptor, necessariamente, precisará despender esforços de interpretação e análise, aumentando os custos de *front-end*.

Imagine-se, por exemplo, uma situação em que um investidor acaba de adquirir uma planta industrial, em um ramo de negócio correlato a outros investimentos que detém. Apesar de ser um empresário experiente, não tem conhecimento técnico-regulatório do negócio adquirido.

[29] GILLIAN, K.H. Weighing the value of vagueness: an economic perspective on precision in the law, 82 *Cal. Law Rev., 541*, 1994, p. 541-4.

Uma de suas obrigações imediatas é obter uma licença em um órgão local. Ademais, o pagamento de alguma parcela está atrelado a essa obtenção. O prazo médio para obtenção é 90 dias, mas o vendedor sugere 45.

Obviamente, o vendedor tem conhecimento do prazo correto. O comprador não, pelo menos ainda. Aqui reside a assimetria de informações e custos associados. Quais as opções? O vendedor, interessado no rápido pagamento, deve insistir em 45 dias. O comprador se vê em um dilema. Deve simplesmente aceitar tal sugestão? A opção mais razoável seria o comprador acionar algum profissional ou pessoalmente tentar obter tal informação. O problema é que isso, dependendo do contexto, pode ser custoso e, ainda assim, não trazer o benefício esperado com tal investimento. Vamos supor, por exemplo, que tal órgão público acabou de voltar de greve e não consegue informar um prazo definitivo.

Ademais, refazendo este exemplo e prevendo que o vendedor, agindo em boa-fé, apesar do enorme interesse em receber logo, preveja o prazo para obtenção de 90 dias. Ora, o comprador não tem conhecimento técnico necessário para acreditar que tal prazo seja razoável. Em outras palavras, mesmo neste cenário, a insegurança gerada pela assimetria de informações entre comprador e vendedor tende a incrementar os custos *ex ante* para obtenção e/ou confirmação das informações.

Tem-se, assim, para ambas as partes um custo para geração, obtenção, transferência e confirmação de detalhes da informação, o qual pode exceder o benefício que se espera do fato de estar informado[30]. Dependendo do caso, tais custos podem até mesmo inviabilizar o próprio negócio. A parte menos informada, portanto, em vez de arcar com custos *ex ante* relacionados a tal informação, prefere insistir na inclusão de uma cláusula vaga, como a de

[30] "Por vezes, no entanto, os custos de transação tornam inconveniente a negociação de determinada condição para o regramento de eventos julgados de pouca probabilidade, ou seja, "[o]corre que muitas vezes não apenas não é possível como também inconveniente às partes especificar todos os eventos que possam afetar o cumprimento de um contrato. Por exemplo, as partes podem considerar que a probabilidade de ocorrência de determinados eventos é baixa (será que isso significa que a não previsão de um evento – digamos aumento imprevisível e extraordinário de preços do aço e do cimento – deve ser entendida como atribuição do risco a apenas uma das partes?) e que custa mais, em termos de esforço, tempo e dinheiro, discutir a inclusão de determinada disposição contratual específica do que simplesmente não incluí-la no contrato ou incluir uma disposição genérica, que preveja um parâmetro mais aberto de cumprimento (do tipo 'o pagamento não será devido se o serviço não for concluído de maneira satisfatória, segundo parâmetros razoáveis de mercado'; ou 'em caso de aumento imprevisível e extraordinário dos custos X e Y, as partes renegociarão o preço contratual, de boa-fé')". MENDES; RODRIGUEZ. *Op. cit.*, p. 396.

melhores esforços, minimizando, a um custo menor, os riscos provenientes de tal assimetria no cumprimento da obrigação.

Voltemos ao exemplo acima. Em vez de o comprador pagar por um profissional para confirmação da informação, considerando o próprio conhecimento básico sobre o tema, a confiança no vendedor, a urgência do fechamento do acordo e a relevância dessa obrigação para o restante do ajuste, dentre outros, poderiam fazê-lo optar pela inclusão de uma cláusula de melhores esforços para obtenção da licença em 60 ou 90 dias.

Dessa forma, a existência no acordo da cláusula de melhores esforços pode ser também resultado da diferença de informações detidas pelas partes no momento da contratação, a possibilidade ou dificuldade de obtenção delas momento e os custos atrelados para tanto.

3.1.3 Cláusula de melhores esforços como resultado de contratos incompletos

Se as partes conseguissem detalhar todas as condutas de forma eficiente em todos os estados de mundo possível, elas teriam o que se pode chamar de um contrato completo[31]. Nesse contrato, todas as contingências estão previstas, os riscos eficientemente alocados e as informações relevantes são conhecidas pelas partes. Ou seja, há perfeita cooperação entre as partes para prever as potenciais consequências do acordo. Assim, o contrato não teria lacunas a serem preenchidas, de modo que as partes não necessitariam recorrer em qualquer situação à lei ou ao Judiciário para fornecimento de regras supletivas[32].

Entretanto, não é o que acontece. Na prática, os contratos são imperfeitos, em função da existência de custos de transação, uma vez que negociar um contrato significa buscar parceiros, redigir termos, elaborar o contrato e fazer com que tais condições sejam cumpridas durante a vigência. Exige-se, assim, esforço, tempo e conhecimento, os quais, como mencionado, têm um custo às vezes alto.

Assim, os contratos, na realidade, são em geral incompletos, com lacunas que devem ser preenchidas por renegociação posterior ou intervenção judicial[33]. As principais justificativas

[31] SCOTT; TRIANTIS. *Op. cit.*, 2006.
[32] COOTER; ULEN. *Op. cit.*
[33] SPIER, K.E. Incomplete contracts and signaling, 23(3). *The Rand J. Econ.* 432, 1992.

para a incompletude são os custos de transação, como visto, e a racionalidade limitada. A primeira diz que custos de negociação e contratação de uma contingência improvável tendem a ultrapassar o benefício; a segunda, que as partes têm um conhecimento limitado de previsão de cenários e determinação de contingências improváveis.

Conforme explica Mariana Pargendler[34], o cenário de total completude é improvável, o que, por sua vez, justifica a presença de preenchedores de lacunas *(gap-fillers)* em contratos incompletos. Conforme a autora, em uma realidade de custos positivos de transações e racionalidade limitada, as partes simplesmente não conseguiriam escrever contratos que tivessem disposições suficientes para lidar com todas as situações possíveis.

Nesse cenário, quando as partes optam deliberadamente por não detalhar *ex ante* determinada situação, caberá às cortes buscar os apropriados termos aplicáveis *ex post*. Conforme afirma a Pargendler[35]: "Accordingly, if a gap exists in the agreement, courts should provide the parties with the terms that they would have bargained for, which are presumably those that increase the size of the contractual pie".

De acordo com Gillian Hadfield[36], a incompletude existe exatamente porque é recomendável do ponto de vista econômico, dada a incerteza dos eventos futuros, fazendo com que as partes adiem a busca por maior concretude para um momento posterior, com ou sem a intervenção do Judiciário[37].

A questão então migra para qual deveria ser a atitude adotada perante essa incompletude contratual, muitas vezes inevitável. Alguns autores de Law and Economics exploraram o

---

[34] PARGENDLER, M. Modes of gap filling: good faith and fiduciary duties reconsidered. *Tulane Law Review*, vol. 82, 2008.

[35] "Por conseguinte, se existe uma lacuna no acordo, os tribunais devem fornecer às partes os termos que eles deveriam teriam negociado, que são presumivelmente aqueles que aumentam o tamanho do custo contratual". Idem, p. 8.

[36] GILLIAN. *Op. cit.*

[37] "Contractual specification of performance for such extremely low probability contingencies creates potential wealth distribution effects, where one transactor will receive a transfer in the event some unlikely contingency occurs, with little or no allocative benefits in terms of creating proper ex ante incentives. Therefore, while these real resource costs associated with complete contractual negotiation will lead individual profit maximizing transactors to stop short of complete contract specification, transactors may jointly decide to reduce the wasteful rent dissipating activity of increased contractual specification even further. Transactors enter relationships knowing they have left some unlikely contingencies unspecified, recognizing that if such contingency develops, it will have to be handled after the fact." KLEIN, B. *Op. cit.*

tema. Goetz e Scott[38] propõem intervenção judicial visando à maximização dos lucros conjuntos das partes. Outros, como Gillian Hadfield[39] assumem um modelo de imersão do Judiciário no caso concreto em busca da melhor interpretação, para evitar resultado contrário àquele que seria o apropriado para a situação por falta de conhecimento dos fatos pela corte.

A obrigação de melhores esforços expressamente contida no contrato, ao mesmo tempo em que é reflexo de incompletude contratual, por ser disposição que não detalha plenamente a obrigação, por outro lado, como argumentam Scott e Triantis[40], diminui a incompletude ao criar os limites e direcionamentos razoáveis para *enforcement* pelas cortes da obrigação ali não detalhada. Ou seja, a parte obrigada, em função da cláusula de melhores esforços, apesar de ali não esmiuçado, deverá exercer a conduta de acordo com parâmetros esperados e comparáveis, de acordo com a situação concreta. Assim, tal disposição serve como mensagem e guia ao Judiciário para eventual decisão concreta fundamentada, minimizando, assim, o caráter incompleto do acordo.

Conclui-se, assim, que certamente seria possível alcançar maior precisão ao detalhar uma cláusula e não utilizar termos vagos como "melhores esforços", mas isso implicaria custos maiores para previsão expressa desses detalhes, englobando aqui os conhecidos custos *ex ante* de elaboração e negociação desses dispositivos[41], o que poderia, no extremo, inviabilizar o fechamento do próprio acordo.

Assim, tentar detalhar uma disposição, em busca de um contrato mais completo, quando é possível determinar o parâmetro buscado sem a necessidade de tal detalhamento, é, certamente, uma decisão ineficiente. O problema passa, por outro lado, à capacidade das cortes em determinar o parâmetro pela simples avaliação dos fatos da negociação e do mercado. Entretanto, caso a análise seja possível dentro de uma avaliação de custo *ex post* versus a probabilidade de ocorrência da situação, então a melhor doutrina defende que a incompletude pode ser excelente mecanismo de eficiência contratual[42].

---

38 GOETZ. C.J.; SCOTT, R.E. Principles of relational contracts, 67 *Virginia Law. Rev.* 1089, 1981, p. 1089-150.

39 GILLIAN, K.H. Judicial competence and the interpretation of incomplete contracts. *Journal of Legal Studies*, vol. 23: n. 1, Article 6. 1994, p. 159-84.

40 SCOTT; TRIANTIS. *Op. cit.*, 2006.

41 HERMALIN. *Op. cit.*

42 "In particular, if the contingencies can be described in such a way that a judge's ruling as to what has occurred is informative with respect to the agent's actions, then even a vague contract can achieve an eficiente solution." Em trad. Livre: "Em particular, se as contingências podem ser descritas de tal forma que a decisão de um juiz

Dessarte, pode-se aferir que a inclusão de uma cláusula de melhores esforços, como cláusula aberta que é, significa a escolha intencional das partes em busca da otimização dos custos de transação contratual. Sua presença, mais do que algo natural, muitas vezes, é elemento necessário para a própria conclusão do acordo.

Importante lembrar, por fim, especialmente em sistemas de *civil law*, a existência de cláusulas gerais legalmente previstas, de natureza claramente vaga e aberta, como instrumento voltado à minimização de custos de transação e redução de incertezas, por meio da existência de uma regra legal que se aplicará independentemente da negociação entre as partes para sua inserção, como as regras cogentes de boa-fé objetiva e função social, apenas para mencionar algumas. Outros exemplos de soluções jurídicas para as lacunas contratuais podem ser encontrados nos seguintes artigos do CC: 132 (cômputo de prazos), 331 (tempo do pagamento) e 393 (caso fortuito e força maior).

Verifica-se, assim, que uma das principais finalidades do próprio direito contratual é exatamente minimizar custos de transação, fornecendo normas cogentes ou regramentos supletivos eficientes, inclusive para possibilitar melhor interpretação e complementação de cláusulas vagas expressas, inseridas voluntariamente pelas partes no acordo, como a de melhores esforços.

Desse modo, a interpretação pelo Judiciário de regras vagas de caráter supletivo é algo já rotineiro e necessário em função do caráter aberto adotado pelo novo CC para muitas normas. Neste contexto, opiniões contrárias na doutrina nacional[43] ao reconhecimento da eficácia de uma cláusula dotada de vagueza semântica como a de melhores esforços, com base nos parâmetros apurados no caso concreto, vão à contramão tanto do espírito do nosso direito contratual, bem como dos fundamentos econômicos acima mencionados.

Além disso, cabe ressaltar que são diversos os casos de previsão legal[44] ou regulamentar[45] contendo expressamente algum tipo de obrigação de melhores esforços. Seriam todas essas

---

sobre o que ocorreu é instrutiva com respeito às ações do agente, então mesmo uma cláusula vaga pode produzir uma solução eficiente." HERMALIN. *Op. cit.*, página 82.

[43] Como verificamos no caso de Silvio Venosa.

[44] Dentre estas, podemos citar, como exemplo: Lei 7.203/84, art. 5º; Decreto 99.710/90, art. 18(1); Decreto 7.345/10, art. 8º; Decreto 8.661/16; Instrução CVM 400/03;

condutas previstas na própria lei desprovidas de uma expectativa de reconhecimento legal? Seria descabido e contraditório.

4 CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS NO DIREITO ANGLO-SAXÃO

Escolheu-se como base para análise comparada sobre o tema, em especial, a jurisprudência norte-americana (apesar de também referir-se aqui ao regime jurídico de países incidentalmente em situações específicas). Essa escolha se deve a alguns motivos, dentre eles: i) os Estados Unidos apresentam grande volume de contratos empresariais analisados pelo Judiciário[46]; ii) a discussão sobre *best efforts* ocorre há décadas naquele país, com extensa jurisprudência sobre o tema; iii) as cláusulas presentes nos contratos norte-americanos (como é o caso da própria cláusula de *best efforts*) são amplamente reproduzidas globalmente, ainda que não envolvam diretamente uma parte norte-americana; e iv) a prática norte-americana certamente influencia hoje aplicadores do direito em outros países quanto ao tema, inclusive no Brasil, com a importação de cláusulas e modelos contratuais[47].

Nos Estados Unidos, a interpretação judicial sobre o nível de conduta exigido em cláusula de *best efforts* ainda é algo relativamente incerto, apesar de determinantes correntes majoritárias existentes, como aqui se irá expor.

Algumas decisões minoritárias[48], na linha do entendimento de Silvio Venosa, simplesmente igualam a obrigação de *best efforts* aos deveres laterais decorrentes da boa-fé[49]. Entretanto, a maioria da jurisprudência considera *best efforts* como um padrão mais severo de diligência[50], superior a tais deveres anexos decorrentes da boa-fé[5152]. Algumas cortes chegam a afirmar apenas que *best efforts* significaria, ao menos, algum tipo de esforço (ação ou omissão)

[46] Neste sentido, importante ressaltar o estudo de Eisenberg e Miller, citado por Gilson, Hansmann e Pargendler, que demonstra a ampla adoção do Judiciário norte-americano preferencialmente à arbitragem para a resolução de disputas em acordos empresariais de maior porte. EISENBERG, T.; MILLER, G. P. The flight from arbitration: an empirical study of ex ante arbitration clauses in publicly-held companies. *Depaul Law Rev.* 335, 2007, citado em GILSON, R.J.; HANSMANN, H.; PARGENDLER, M. Regulatory dualism as a development strategy: Corporate Reform in Brazil, the U.S., and the EU. *Stanford Law and Economics*, Olin Working Paper No. 390; *Columbia Law and Economics* Working Paper No. 368; *Yale Law & Economics Research Paper* No. 399; *ECGI - Law Working Paper* No. 149/2010; Rock Center for Corporate Governance at Stanford University Working Paper No. 80; 2010.

[47] PINTO JR. M.E., Importação de modelos contratuais, 2013. Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/3285322/importacao-de-modelos-contratuais#ixzz2g67jLpLb>. Acesso em 02 dez. 2015.

[48] ADAMS, K. A. Understanding 'best efforts' and its variants (including drafting recommendations), 50 *Prac. Law.* 11, 14, 2004.

[49] TRIPLE-A Baseball Club Assoc. v. Northeastern Baseball, Inc., 655 F. Supp. 513 (D. Me. 1987).

[50] NATIONAL Data Payment Sys., Inc. v. Meridian Bank, 212 F.3d 849, 854 (3d Cir. 2000).

[51] NATIONAL Data Payment Systems, Inc. v. Meridian Bank (212 F.3d 849 at 854 (2000).

[52] UNITED Telecommunications, Inc. v. American Television & Communications Corp. (536 F.2d 1310 (1976).

efetivo, sem precisar qual, mas não podendo considerar a mera existência de atuação em boa-fé, objetivamente analisada, como suficiente[53].

Importantes autores também afirmam nesse sentido. Corbin[54], ao analisar a obrigação expressa de *best efforts* prevista no Uniform Commercial Code, define melhores esforços como "um *standard* mais rigoroso que os deveres laterais decorrentes da boa-fé". No mesmo sentido, outro conceituado contratualista norte-americano, Farnsworth[55], concorda que o dever de diligência na cláusula de *best efforts* vai além da mera honestidade e equidade, pilares da boa-fé. Analisa-se melhor essa diferenciação pelas cortes norte-americanas mais à frente.

Algumas cortes (como as do Estado de Delaware, por exemplo) e alguns doutrinadores norte-americanos, inclusive, chegam a distinguir entre níveis diversos de diligência em cláusulas similares. Por exemplo, *best efforts* exigiria algo além de *reasonable efforts*[56]. Por outro lado, a maioria das cortes, atualmente, tende a enxergar tais expressões como diferenças puramente semânticas, sendo que o padrão exigido delas seria basicamente o mesmo[57].

De fato, muitas cortes norte-americanas não veem distinção significativa entre *best* e *reasonable efforts*, a não ser que as partes expressamente especifiquem de forma contrária ou no caso de um mesmo documento prever os dois termos, como indício do intuito das partes em ter tratamento diferenciado para cada obrigação[58]. No mesmo sentido, as cortes inglesas, de forma similar, decidiram que *all resasonable efforts* significaria o mesmo que *best efforts*[59].

Por outro lado, poder-se-ia argumentar que o *standard* de esforços esperado seria aquele que representasse o maior nível possível de diligência, em um grau de verdadeira obrigação

[53] HINC v. Lime-O-Sol Co., 382 F.3d 716, 721 (7th Cir. 2004).
[54] CORBIN, A.L. *Corbin on contracts.* [Perillo], rev. ed. 1993-present. [15 vol.; updated by supplements and pocket parts] XXKF801.C65 1993, D'Angelo Law Library, Bookstacks & Reserve Room, p. 246
[55] "The good faith is a standard that has honesty and fairness at its core and that is imposed on every part to a contract, while the best-efforts standard has diligence as its essence and is more exacting than the usual contractual duty of good faith". FARNSWORTH, E. A. Farnsworth on contracts, 2 ed., 1998.
[56] LTV Aerospace and Defense Co. v. Thomson-CSF, S.A. & VT Missile Co. 198 B.R. 848, 858 (S.D.N.Y. 1996).
[57] Soroof Trading Dev. Co., Ltd. v. GE Fuel Cell Sys., LLC (S.D.N.Y. 2012).
[58] "The case law on the meaning of best efforts suggests that instead of representing different standards, other efforts standards mean the same thing as best efforts, unless a contract definition provides otherwise." ADAMS. *Op. cit.*
[59] RHODIA Int'l Holdings Ltd. & Rhodia UK Ltd. v. Huntsman Int'l LLC (2007) EWHC 292 (Comm).

fiduciária. Nos Estados Unidos, esse tipo de *standard* já foi reconhecido em algumas decisões isoladas, especialmente em casos que envolviam acordos de exclusividade[60].

Apesar de decisões muito pontuais exigindo altíssimo grau de esforço, as cortes norte-americanas hoje já consolidaram o entendimento de que exercer *best efforts* não significa comprometer demasiadamente o próprio patrimônio[61] a ponto de caminhar a uma falência[62] na tentativa de cumprir os melhores esforços. Por outro lado, os melhores esforços devem exigir da parte que assume tal obrigação a necessária consideração do impacto de suas decisões empresariais no atendimento da obrigação de melhores esforços[63].

Assim como nos Estados Unidos[64], recentes decisões inglesas têm consolidado o entendimento de que a parte não está obrigada a agir contra os próprios interesses comerciais para cumprimento da obrigação de *best efforts*[65]. Em Terrel v Mabie Todd & Co Limited[66], foi decidido que o grau de conduta deveria ser interpretado como aquilo que era razoável considerando todas as circunstâncias que cercavam a obrigação. Em complemento, Rackam v Peek Foods Limited[67] decidiu que *best endeavours* não deve englobar ações que seriam prejudiciais aos interesses financeiros da empresa ou que poderiam diminuir-lhe o valor comercial.

No Reino Unido, o *standard* de *best efforts* é avaliado por uma perspectiva de razoabilidade. A parte não é exigida a ir além daquilo que é razoável para o caso, analisado sob perspectivas subjetiva e objetiva que o cercam. Assim, nas cortes inglesas, de forma análoga à corrente majoritária norte-americana, *best efforts* não é apenas atuação em boa-fé, mas também não deve ser entendido como "(...) the next best thing to an absolute obligation"[68].

---

[60] STANLEY v. Richmond (1995). 35 Cal. App. 4th 1070.
[61] "This is common sense. No party would ever enter into any contract if it was required to take every imaginable course of action and couldn't factor in its financial self-interest. A company isn't required to spend itself into bankruptcy." BATTERMAN, D.A. "But i'll try really, really hard!": using "best efforts" clauses, 2007. Disponível em <http://www.battermanlaw.com/articles/besteffortsclauses.html#fn11>. Acesso em 02 dez. 2015.
[62] LTV Aerospace and Defense Co. v. Thomson-CSF, S.A. & VT Missile Co. 198 B.R. 848, 858 (S.D.N.Y. 1996).
[63] Bloor v. Falstaff Brewing Corp., 601 F.2d 609, 613 (2d Cir. 1979).
[64] Corporate Lodging Consultants, Inc. v. Bombardier Aero. Corp, CASE NO. 03-1467-WEB (2005).
[65] Pips (Leisure Prods.) Ltd. v. Walton (1981) EGD 100.
[66] Terrel v Mabie Todd & Co Limited (1952) 69 RPC 234.
[67] Rackam v Peek Foods Limited (1990) BCLC 895
[68] Trad. Livre: "(...) o mais próximo de uma obrigação absoluta". MIDLAND Land Reclamation Ltd. v. Warren Energy Ltd. (1995) ORB No. 254.

Em alguns casos pontuais, especialmente quando as condutas não foram claramente definidas, as cortes de alguns Estados norte-americanos decidiram sobre a inaplicabilidade da cláusula, em função da ausência de parâmetros objetivos mensuráveis[69]. Neste caso, a cláusula seria vaga demais para justificar uma "intervenção" judicial para sua criação[70]. Assim, percebe-se que esses casos isolados priorizam o princípio de que as cortes não devem impor conceito próprio àquilo que as partes deveriam ter definido[71].

Esse tipo de entendimento isolado pouco agrega. Apesar da clara intenção do Judiciário norte-americano de não exercer um papel de *gap filling* nos contratos, exigir que todos os parâmetros devam estar devidamente definidos para exequibilidade de uma cláusula de melhores esforços é simplesmente acabar com seu propósito, que é amparar, como visto, situações em que os custos de transação para a definição prévia de todos os detalhes são muito altos para justificar sua negociação e inclusão no contrato.

4.1 Cláusula de melhores esforços e regra geral de boa-fé no direito norte-americano

Os contratos norte-americanos também têm uma cláusula geral implícita de boa-fé. Tal regra está expressamente presente no parágrafo 205 do Restatement (Second) of Contracts (1981)[72]. Diferentemente do Brasil, que tem uma regra geral de boa-fé objetiva consolidada e formalizada (como parte de um sistema civilista), o papel da boa-fé no direito norte-americano é um pouco mais modesto. Em essência, os deveres anexos decorrentes da regra de boa-fé nos Estados Unidos se relacionam com noções de honestidade e *fair dealing* ou *fair play*[73], analisados pela perspectiva subjetiva e objetiva[74]. Na ausência de outros padrões expressos de conduta no contrato, essas noções irão determinar, conforme o caso específico, se a parte satisfez a regra geral de boa-fé. Conforme interpretação do §205 do *Restatement*[75],

[69] Pinnacle Books, Inc. v. Harlequin Enterprises, Ltd., 519 F. Supp.118, 121–22 (S.D.N.Y. 1981)
[70] "Thus, absent express standards, a court cannot decide that one party's offer does not constitute its best efforts; nor can it say that the other party's refusal to accept certain terms does not constitute its best efforts." Jillcy Film Enterprises, Inc. v. Home Box Office, Inc., 593 F.Supp N.Y.S.2d 45 [1st Dept.2004]
[71] NON-LINEAR Trading Co. v. Braddis Assocs (NY App. Div. 1998)
[72] RESTATEMENT (Second) of Contracts. 1981. American Law Institute. Disponível em <http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm>. Acesso em 12 jan. 2015.
[73] FARNSWORTH, E.A. On trying to keep one's promise: the duty of best efforts in contract law, 46, U. *Pitt. Law Rev.* 1, 8, 1984, p. 7-13.
[74] Comentário ao *Restatement (Second) of Contracts* §205.
[75] RESTATEMENT… *Op. cit.*, § 205.

se um contrato não contém um padrão específico de performance, os deveres laterais decorrentes da boa-fé se aplicarão.

Algumas poucas cortes norte-americanas, em Estados específicos, na linha do entendimento de Silvio Venosa, sugerem que as cláusulas de melhores esforços não criam nenhum padrão de conduta além daqueles provenientes dos deveres anexos decorrentes da boa-fé, como se fossem o mesmo padrão[76]. No Estado de Illinois, como exemplo isolado, essa é a regra geral[77]. As cortes veem a obrigação de melhores esforços simplesmente como "active exploitation in good faith".[78] Conforme explica Zachary Miller[79], essa interpretação é contrária à expectativa das partes, que deliberadamente optaram e barganharam pela inclusão de uma cláusula de melhores esforços.

Considerando que a atuação em boa-fé subjetiva seria o mínimo exigido como *standard* de conduta, uma vez que determinado pela própria lei, a lógica e o sentido comum levam a crer que, se as partes, sabendo desse mínimo legal implícito, explicitamente incluíram uma cláusula de melhores esforços, tiveram elas a clara intenção de se obrigar a um *standard* de conduta superior àqueles dos deveres laterais decorrentes da boa-fé. Assim, ao interpretar a cláusula de *best efforts*, a maioria das cortes norte-americanas decide que a parte é obrigada a usar esforços além daqueles requeridos pelos deveres decorrentes de boa-fé.

No caso Bloor v. Falstaff[80], a corte resolveu por uma obrigação superior à boa-fé, quando foi expressamente decidido que, ao incluir tal cláusula no acordo, as partes tiveram a intenção de que o dispositivo tivesse significado próprio e não apenas o de inserir os deveres anexos decorrentes de boa-fé.

---

[76] Cabe ressaltar, por outro lado, que as cortes de outros estados norte-americanos que concentram a maior parte dos acordos comerciais sofisticados, como, por exemplo, Delaware, Nova Iorque e Califórnia, dão eficácia à cláusula em grau de conduta superior à regra geral da boa-fé. HAMLIN, C.W. Be clear when using best efforts. *The St. Louis Bar Journal*, 2011, p. 10-16

[77] VLIET JR., J.M.V. "Best efforts" promises under Illinois Law, 88, *Ill. Bar* 698, 698-99, 2000.

[78] Trad. Livre: "(...) exploração ativa da boa-fé". WESTERN Geophysical Co. of America, Inc v. Bolt Assocs., Inc.

[79] "The practical impact of this minority interpretation is that the implied duty of good faith, and not the bargained-for efforts clause, will govern the contested party's performance, which likely goes against the reasonable expectations of the parties." Em trad. Livre: ""O impacto prático dessa interpretação minoritária é que o dever implícito de boa-fé, e não a cláusula de barganha por esforços, é que provavelmente irá reger o desempenho da parte impugnada, o que provavelmente vai contra as expectativas razoáveis das partes". MILLER, Z. Best efforts? Differing judicial interpretations of a familiar term, 48 *Ariz. Law. Rev.* 2006, pp. 615-38.

[80] BLOOR v. Falstaff Brewing Corp., 601 F.2d 609, 613 (2d Cir. 1979).

Falsttaff comprou os direitos da marca Ballantine e outros ativos. O preço a ser pago ao vendedor era atrelado à receita na venda de produtos Ballantine nos anos seguintes à compra, em uma típica cláusula de *earn-out*. Nesse sentido, pelo acordo, Falstaff deveria utilizar os melhores esforços para promover e manter continuamente um alto volume de vendas desses produtos, sob pena, inclusive, de aplicação de uma cláusula de *liquidated damages*[81].

Como a linha de produtos Ballantine não apresentava margem interessante, a direção de Falstaff optou por focar na obtenção de maior lucratividade do que especificamente no aumento de vendas desses produtos. Bloor, empresa sucessora da vendedora, processou Falstaff por inadimplemento à cláusula de melhores esforços.

Ao final, apesar da não aplicação da cláusula de *liquidated damages*, a corte confirmou a infração contratual, afirmando que a cláusula traria a Falstaff a obrigação de agir para realizar as ações esperadas com base em um "average prudent comparable business person".

Na decisão, alega-se ainda que, em função do ajuste, Falstaff não poderia tomar a decisão econômica mais razoável para os produtos Ballantine como se fossem outros produtos próprios, desconsiderando a cláusula de melhores esforços. Falstaff não precisaria chegar a uma condição falimentar, mas certamente era obrigado a mostrar consideração distinta aos produtos mencionados, com esforços esperados de um empresário no mesmo mercado e sob a mesma obrigação.

Percebe-se, assim, que a boa-fé é o "veículo", o pano de fundo na execução de condutas específicas esperadas. Mas, como dito no caso Falstaff, mais do que apenas os deveres laterais decorrentes da boa-fé, no mínimo, esperam-se condutas, esforços, ações, os quais são

[81] "By this term is understood the fixed amount which a party to an agreement promises to pay to the other, in case he shall not fulfill some primary or principal engagement into which he has entered by the same agreement it differs from a penalty. (q.v.) Vide Damages liquidated. The damages will be considered as liquidated in the following cases: 1. When the damages are uncertain, and not capable of being ascertained by any satisfactory or known rule; whether the uncertainty lies in the nature of the subject itself, or in the particular circumstances of the case. 2 T. R. 32 1 Ale. & N. 389; 2 Burr. 2225 10 Ves. 429; 7 Cowen, 307; 4 Wend. 468. 2. When, from the nature of the case, and the tenor of the agreement, it is clear, that the damages have been the subject of actual and fair calculation and adjustment between the parties. 2 Greenl. Ev. Sec. 259; 2 Story, Eq. Sec. 1318; 3 C. & P. 240; 10 Mass. 450, 462; 6 Bro. P. C. 436; 3 Taunt. 473; 7John. 72; 4 Mass. 433; 3 Conn. 58; 1 Bouv. Inst. n. 655, 765." BOUVIER, J. *A Law Dictionary.* Adapted to the Constitution and laws of the United States of America and of the several States of the American Union. Revised Sixth Edition, 1856. Disponível em <http://www.constitution.org/bouv/bouvier.htm>. Acesso em 12 jan. 2015.

apurados, como visto, com base na avaliação de um "average prudent comparable business person" dentro daquele mercado.

Assim, frise-se que a recusa em dar efeito legal diferenciado à cláusula introduziria incerteza jurídica, negando o efetivo interesse das partes quando da inclusão expressa de uma *bargained for promise clause*[82]. Partes racionais e, especialmente, sofisticadas como empresários não buscam incluir cláusulas que não têm efeito, uma vez que, em geral, não incorrem em custos desnecessários de negociação, ainda que consideravelmente menores, como no caso de inclusão de uma cláusula de melhores esforços[83].

A contratação, assim, sempre se desenvolve tendo como pano de fundo determinada racionalidade econômica, que justifica a existência do ajuste. Se o estabelecimento do vínculo não interessa aos contratantes empresários, eles certamente não incorreriam em custos de contratação[84]. Ao dedicar tempo e esforço para negociar uma obrigação de melhores esforços, as partes certamente pretenderam dar eficácia à cláusula e não simplesmente preencher o contrato com linguagem legalmente desnecessária. Nas palavras de Chiovenda[85]: "(...) as partes não estipulam contratos pelo prazer de trocar declarações de vontade, mas tendo em vista certas finalidades".

4.2 Interpretação do padrão de conduta no direito norte-americano

Com base nas decisões acima mencionadas, pode-se afirmar, em linhas gerais, que, para a maioria da jurisprudência norte-americana, apesar de a parte contratante ter de exercer algo além dos deveres anexos decorrentes de boa-fé para atingir o parâmetro, isso não significa necessariamente, em qualquer situação, o sucesso do resultado pretendido pela cláusula de *best efforts*. A obrigação de melhores esforços, dessa forma, recai sobre os esforços

[82] PARK, Rob. Putting the "best" in best efforts, 73 U. *Chi. Law Rev.*, 2006, pp. 705-29.
[83] Como visto, a cláusula de melhores esforços é exatamente uma ferramenta para minimização de custos de negociação. Obviamente, o esforço (e custo) para incluir uma obrigação definitiva detalhada é maior, mas qualquer negociação envolve, em teoria, algum custo de transação.
[84] FORGIONI, P.A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 130, 2003, pp.7-36.
[85] "Le parti non stipulano contratti per il piacere di scambiarsi dichiarazioni di volontà; ma in vista di certe finalità pel conseguimento delle quali entrano reciprocamente in rapporto". CHIOVENDA, G. *Istituzioni di diritto processuale civile.* I, Napoli, art. z33, Jovene, 1933, p. 188.

requeridos, e não sobre a finalidade almejada. A questão então é: qual o critério para apurar o grau de esforço em cada caso?

Importante ressaltar que nos Estados Unidos a própria regra implícita de atuação em boa-fé é pautada por uma análise fática. Ou seja, o escopo e extensão de tal obrigação necessariamente variam de acordo com a natureza do acordo[86].

No mesmo sentido, o escopo detalhado da cláusula de *best efforts*, assim como o da regra geral de boa-fé, não é e não deve ser definido de antemão, uma vez que seu intuito é exatamente ser adaptável às situações concretas.

Apesar de as cortes norte-americanas aplicarem *standards* diferentes quando interpretam a cláusula de *best efforts*, são unânimes em assumir que, se uma cláusula não contém expressamente a definição clara do que se entende por melhores esforços, procurarão as circunstâncias do acordo para determinar o significado da cláusula[87]. Utilizando de elementos subjetivos e objetivos, buscam a interpretação que dê o melhor sentido à cláusula estipulada.

Ou seja, assim como ocorre no caso de interpretação da própria regra implícita de boa-fé, sem prejuízo dos elementos de caráter subjetivo, como a vontade das partes para inclusão da cláusula, a interpretação do *standard* de melhores esforços não pode ser feita sem um exame dos fatos concretos que cercam o contrato[88]. Nesse sentido, ressalvados alguns estados específicos, conforme anteriormente demonstrado, a jurisprudência norte-americana é praticamente uníssona.[89]

Busca-se, assim, verificar se a parte atingiu o nível de diligência esperado da análise das circunstâncias específicas relacionadas ao contrato e ao respectivo mercado[90]. Desta forma

---

[86] FARNSWORTH. *Op. cit.*, 1998.
[87] PERMA Research & Development, Plaintiff-appellee, Appellant, v. the Singer Company, 542 F.2d 111 (2d Cir. 1976)
[88] MARTIN v. Monumental Life Ins. Co., 240 F.3d 223, 233 (3d Cir. 2001).
[89] "While contract interpretation is generally a question of law, a factual determination typically may well be required in determining what constitutes best efforts under the agreement". Trimed, Inc. v. Sherwood Med. Co., 772 F. Supp. 879, 885 (D. Md. 1991), aff'd, 977 F.2d 885 (4th Cir. 1992); comparando T.S.I. Holdings, Inc. v. Jenkins, 924 P.2d at 1250 ("Buyers argue that the question of whether sellers met their best efforts obligation was for the jury to decide. We agree") and In re Gulf Oil/Cities Serv. Tender Offer Litigation, 725 F. Supp. 712, 730 (S.D.N.Y. 1989) ("the meaning of a best efforts clause is 'properly determined by the court as a question of law from the four corners of the contract'").
[90] MARTIN v. Monumental Life Ins. Co., 240 F.3d 223 at 233 (2001).

sentido, em Triple-A Baseball Club Associates v. Northwestern Baseball[91], foi decidido que a cláusula de *best efforts* não pode ser interpretada exclusivamente em parâmetros fixados em julgados anteriores, uma vez que necessariamente variará conforme os fatos específicos do caso. Como então interpretar os fatos?

Como mencionado anteriormente em Bloor v. Falstaff[92], deve-se levar em consideração para a decisão tanto bases subjetivas, como a capacidade das partes em executar as condutas intencionadas, como também elementos objetivos, conforme o "average prudent comparable perfomer", buscando-se claramente informações das práticas de mercado.

Este caso, além de ser um dos principais referenciais sobre o assunto, como dito, e apesar das críticas pela ausência de melhor visão econômica do julgamento, em especial quanto à cláusula de *earn-out*[93], definitivamente teve grande papel nos Estados Unidos em estabelecer um parâmetro de interpretação para casos relacionados a cláusulas de melhores esforços, prevendo um *standard* claro de avaliação, o qual deve considerar tanto elementos subjetivos, como tamanho, capacidade, expectativas e competência das partes e demais circunstâncias que cercam o acordo, bem como elementos objetivos, como *benchmarking* com outras empresas do segmento, aplicação da cláusula para um "prudent comparable party", dentre outros.

A partir desse julgamento, apesar de algumas decisões norte-americanas específicas privilegiar uma perspectiva exclusivamente subjetiva da interpretação[94], a maioria dos casos norte-americanos consolidaram a análise de ambos os elementos, objetivo e subjetivo, para a decisão do grau de conduta esperado.

Conforme decidido em outro caso que seguiu Bloor v. Falstaff, a confrontação com um terceiro "comparável", mais do que recomendável, é instrumento necessário para mensurar e evidenciar os esforços esperados da parte obrigada para tentar atingir o resultado esperado pela cláusula de *best efforts*.[95]

---

[91] TRIPLE-A Baseball Club Assoc. v. Northeastern Baseball, Inc., 655 F. Supp. 513 (D. Me. 1987).
[92] BLOOR v. Falstaff Brewing Corp., 601 F.2d 609, 613 (2d Cir. 1979).
[93] GOLDBERG, V.P. *Framing contract law:* an economic perspective. Harvard: Harvard University Press, 2006.
[94] NCNB National Bank of North Carolina v Bridgewater Steam Power Co. U.S. District Court for the Western District of North Carolina – 740 F. Supp. 1140 (W.D.N.C. 1990)
[95] CARLSON Distributing Co. v Salt Lake Brewing Co. No. 20030017 (Utah Court of Appeals, 2003)

Outro caso importante para definição do melhor modelo interpretativo sobre o assunto é First Union National Bank v. Steele Software Systems Corp[96]. Neste caso, o juiz apresentou prévia e expressamente ao júri tanto os quesitos subjetivos como os objetivos, que deveriam ser considerados pelos jurados quando da análise do grau de conduta esperado pela obrigação de *best efforts* do caso. Dentre os fatores subjetivos, estavam volume de transações, capacidade e expectativa das partes, velocidade normal na entrega dos serviços e riscos assumidos na transação. Por outro lado, a corte expressamente reconheceu elementos objetivos necessários nesta análise, como *reasonable business needs,* em relação às decisões comerciais tomadas, *ordinary business meaning,* sobre o próprio significado da promessa de melhores esforços, e *industry standards*, para verificar a existência e aplicação de tal previsão em contratos similares entre partes "comparáveis" do mercado.

Assim, na jurisprudência norte-americana, pode-se afirmar que o grau de conduta esperado pela obrigação de *best efforts* é muito específico em relação ao caso concreto e que a análise depende da interpretação de elementos subjetivos e objetivos. Dentre os fatores subjetivos que a corte analisará estão a capacidade, competência, intenção, expectativas e recursos das partes. Assim, uma mesma cláusula de *best efforts* em uma multinacional será interpretado de forma distinta caso fixada para uma pequena empresa (ainda que no mesmo ramo)[97].

Por outro lado, de um ponto de vista objetivo, ao interpretar a cláusula, as cortes farão um comparativo com a capacidade de outras empresas do mercado para determinação do parâmetro de mensuração da conduta. Conforme decidido em Carlson Dist. Co. v. Salt Lake Brewing Co., L.C.: "Best efforts is a subjective standard, but evidence of the actions or capabilities of others might be relevant"[98].

Uma análise comparativa objetiva de toda a indústria é comum, como em McKinley Allsopp, Inc v. Jetborne Int'l Inc: "(…) the efforts expended by McKinley were not in conformity with

[96] FIRST Union Nat'l Bank v. Steele Software Sys. Corp., 838A.2d 404, 428 (Md. Ct. Spec. App. 2003)
[97] Bloor v. Falstaff Brewing Corp., 601 F.2d 609, 613 (2d Cir. 1979).
[98] Trad. Livre: "Melhores esforços é uma norma subjetiva, mas as evidências das ações ou recursos de terceiros podem ser relevantes". CARLSON Dist. Co. v. Salt Lake Brewing Co., L.C., 95 P.3d 1171, 1178-79 (Utah App. 2004).

the understandings prevailing in the investment banking community regarding a 'best efforts' undertaking".[99]

Percebe-se, assim, que as cortes norte-americanas têm considerado os padrões e práticas da indústria também em clara análise objetiva do *standard*[100]. Na verdade, a existência de tais padrões no julgamento de um caso pode, até mesmo, afastar argumentos de impossibilidade de *enforcement* da cláusula, uma vez que demonstra parâmetros claros e comparativos a legitimar a interpretação e aplicação da própria cláusula[101].

Doutrinadores norte-americanos também sugerem interpretação ampla da obrigação, em busca de entendimento que traga melhor sentido à cláusula. De acordo com Farnsworth, as cortes geralmente determinam o nível de conduta exigido em uma cláusula de melhores esforços de duas formas: i) tentando unir as partes do acordo como se fossem uma pessoa só e perguntando que tipo de esforço essa "pessoa" esperaria; ii) imaginando o que um "razoável" terceiro comparável esperaria se estivesse no lugar do promitente[102].

Portanto, pode-se concluir que, para as cortes norte-americanas, em maioria, a interpretação sobre se a parte atingiu ou não o nível exigido pelos melhores esforços é tanto subjetiva, analisando, além da intenção e expectativas das partes, a respectiva capacidade, expertises, finanças etc., mas também objetiva, de forma complementar, especialmente como instrumento de *benchmarking* de mercado para mensuração do cumprimento ou não da conduta esperada. Conforme a decisão de uma corte federal situada em Nova York[103]: "The courts will look first to the contract, scouring the language for direction on how to measure the parties conduct"[104]

---

[99] Trad. Livre: "(...) Os esforços despendidos por McKinley não estavam em conformidade com o entendimento vigente na comunidade de bancos de investimento sobre adotar 'melhores esforços'." MCKINLEY Allsopp, Inc. v. Jetborne Int'l, Inc., No. 89 Civ. 1489 (PNL), 1990 WL 138959, at *7 (S.D.N.Y. Sept. 19, 1990).

[100] Zilg v. Prentice-Hall, 717 F.2d 671, 681 (1983), cert denied, 466 U.S. 938 (1983).

[101] Cruz v. FXDirectDealer, LLC (2d Cir. 2013).

[102] "(i) "imagine the promisor and the promise united in a single person and to ask what efforts a reasonable person in that situation would exert on his or her own behalf; (ii) "imagine a third person to be in the promisor's place to ask what efforts a reasonable person in that situation would exert" *(grifo nosso).* FARNSWORTH. *Op. cit.* 1984.

[103] "The meaning of a 'best efforts' clause is 'properly determined by the court as a question of law from the four corners of the contract'." In RE Gulf Oil/Cities Serv. Tender Offer Litig., 725 F. Supp. 712, 730 (S.D.N.Y. 1989).

[104] Trad. Livre: "Os tribunais vão olhar primeiro para o contrato, examinando a linguagem para orientar-se sobre como avaliar a conduta das partes".

5 CLÁUSULA DE MELHORES ESFORÇOS NO DIREITO BRASILEIRO: OBRIGAÇÕES DE MEIO

No Brasil, conforme mencionado, são muito raros textos acadêmicos abordando o tema da cláusula de melhores esforços, apesar de esta já se ter tornado prática corriqueira em grande volume de contratos empresariais nacionais.

Além do texto de Venosa, autores como Luiz Gastão Paes de Barros Leães analisaram a cláusula de melhores esforços essencialmente por uma perspectiva de obrigações de meio e de resultado[105]. Cabe relembrar que as obrigações de meio, conforme se verá a seguir, ao contrário da busca por um resultado certo e determinado em benefício do credor (obrigações de resultado), se baseiam em determinados comportamentos visando à consecução de um resultado, cabendo, em geral, ao credor o ônus da prova de que tal conduta não ocorreu de forma apropriada[106]. Nessas situações, o que se busca é uma atividade diligente em favor do credor.

Embora o resultado almejado seja a causa da existência da obrigação, o conteúdo desse tipo de obrigação não é o resultado em si, mas a atividade desenvolvida pelo devedor para tentar produzir o resultado.

Orlando Gomes[107] ensina que "(...) o direito do credor não pode ter conteúdo diverso da obrigação do devedor, mas, em verdade, enquanto o comportamento deste se há de manifestar por uma comissão ou omissão, a pretensão do credor dirige-se ao resultado dessa ação ou inação, que é, precisamente, o que lhe interessa".

E complementa[108]:

> Para compreender a discrepância, impõe-se a distinção entre as obrigações de meios e as obrigações de resultado. Correspondem as primeiras a uma atividade concreta do devedor, por meio da qual faz o possível para cumpri-las. Nas outras, o cumprimento só se verifica se o resultado é atingido.

[105] LEÃES. *Op. cit.*, página36.
[106] GENEVIEVE, V. *Traité de Droit Civil. Les Obligation*, t. IV, Paris, LGDJ, 1982.
[107] GOMES, Orlando. *Obrigações.* 16ª ed. Rio de Janeiro Paulo: Forense, 2005, p. 24.
[108] Idem.

A primeira grande decisão sobre o tema, inspirada nos então recentes textos de Demogue, foi da Corte de Cassação Francesa, em 1936, em um julgamento envolvendo responsabilidade médica. Conforme acórdão[109]:

> (...) entre o médico e o seu cliente se forma um verdadeiro contrato que, se não comporta para o médico, evidentemente, a obrigação de curar o doente (...) ao menos compreende a de proporcionar-lhe cuidados, não quaisquer (...) mas conscienciosos, atenciosos, conforme os avanços da ciência. (g.n).

Na obrigação de resultado, o devedor promete realizar o resultado desejado pelo credor, enquanto, na obrigação de meios, o devedor se empenha em obter o resultado, sem, todavia, assegurá-lo. Neste último caso, o inadimplemento configura-se apenas ante a prova de culpa do devedor, com a apreciação da conduta do devedor, de acordo com os padrões usuais de diligência esperados para aquela determinada situação.

No campo do direito empresarial, conforme ensina Pablo Rentería[110], alguns exemplos relevantes da distinção entre obrigações de meios e de resultado existem especialmente em virtude da marcante influência do direito norte-americano na prática empresarial. O caso principal é exatamente a cláusula de *best efforts*, em contraponto ao *duty to achieve a specific result*. Um contrato de *underwriting*[111], por exemplo, poderia dar-se tanto na modalidade de meios como na de resultado.

Fábio Konder Comparato[112], inspirado na teoria dualista da relação obrigacional, em importante estudo sobre o tema, afirma que a diferença entre meios e resultado está na própria natureza do objeto da obrigação, que, nas obrigações de meios, consistiria apenas no comportamento devido pelo devedor, enquanto nas obrigações de resultado, além desse elemento subjetivo, existira o elemento objetivo de produção do resultado prometido.

---

[109] RENTERÍA, P. *Obrigações de meios e de resultado:* análise crítica. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2011. p. 25

[110] Idem. p. 33

[111] No mercado financeiro, o *underwriting* ou subscrição ocorre quando uma companhia seleciona e contrata um intermediário financeiro, que será responsável pela colocação de uma subscrição pública de ações ou obrigações no mercado.

[112] COMPARATO, F.K. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 386, 1967. p. 26-35.

Certamente, a cláusula de melhores esforços retrata uma obrigação de meio. Obviamente, se a obrigação determinasse um resultado, as partes optariam logo em fixar uma obrigação certa, com um comando claro para obter algo e não de se esforçar com uma conduta.

Portanto, o ponto realmente relevante nesta discussão está na classificação da obrigação de melhores esforços como uma de meio e, como tal, baseada em uma atividade diligente do devedor. Mas, ainda assim, permanece a questão: sob qual grau de diligência? Novamente, sendo obrigação de meio que exige diligência efetiva e proativa, qual seria então, para a lei brasileira, o padrão de diligência exigido em cada caso?

Em uma análise inicial e genérica, pode-se argumentar que o padrão de diligência esperado seria aquele do tal "homem médio", ou seja, o *bonus paterfamilias*, o homem que cuida equilibradamente dos próprios interesses.

Por outro lado, isso não é suficiente, uma vez que o homem médio não pode ser extirpado de seu contexto. Especialmente por se tratar de uma obrigação de meio, a referida diligência deverá ser apurada conforme o caso concreto, assim como nos Estados Unidos, porque o que se busca é o comportamento diligente especificamente aplicado aos fatos concretos que cercam o conteúdo da obrigação definida, considerando qualidades e atributos do devedor e também a natureza e conteúdo dos atos a ser praticados para tal obrigação[113].

Pela perspectiva funcional da obrigação, o contexto social é parâmetro obrigatório para valoração do comportamento das partes, analisada sob a égide da boa-fé objetiva, conforme afirma a doutrina italiana[114]. Nesse sentido, a obrigação é necessariamente uma relação jurídica cujo conteúdo é variável e complexo, que se vai definir na análise do caso concreto em função dos legítimos interesses a ser tutelados, conforme contexto social e de acordo com os deveres acessórios de conduta que completam o núcleo central da obrigação[115].

Assim, o conteúdo de uma obrigação de meio necessariamente varia conforme o caso, comportando *standards* mais ou menos rigorosos conforme o caso concreto. Em um exemplo

---

[113] LEÃES. *Op. cit.*, página 36.
[114] GIOGIANNI, M. *Obbligazione (diritto privatto).* Novíssimo digesto italiano. Torino: UTET, 1965. Vol. XI, p. 587; e PERLIGIERI, P. *Manuale di diritto civile*. Napole: ESI, 1997, p. 214.
[115] MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado:* sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; e NEGREIROS, T. *Teoria do contrato:* novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

extremo, existem padrões e expectativas totalmente distintas no caso de uma pessoa que entrega, sob uma cláusula de melhores esforços, um caro veículo Ferrari para consertar na fábrica na cidade de Maranello, Itália, ou a bicicleta para consertar na oficina da esquina. Os padrões de diligência certamente serão distintos.

Tal variação, de forma análoga, está também prevista no sistema de *common law*, no princípio estabelecido da *reasonable expectation*[116], cujo grau de diligência deverá ser apurado no caso concreto sob perspectivas subjetivas e objetivas, como visto anteriormente ao analisar o direito norte-americano. Verifica-se, ainda, a existência de autores em outros países civilistas, como Colômbia, que alegam não existir variação do *standard* de diligência em cláusula de melhores esforços, tendo em vista que, por se tratar de uma obrigação de meio, a parte deverá necessariamente "(...) aplicar toda sua energia e diligência para atingir o resultado"[117].

Por mais que respeite o entendimento, em especial considerando as nuances da legislação específica aplicável, tal interpretação viria exatamente em sentido contrário à natureza da obrigação de meio, que exige interpretação do caso concreto para apuração do real comportamento esperado. No caso da cláusula de melhores esforços, a interpretação de que a parte deveria aplicar irrestritamente todos os meios necessários para alcançar o objetivo pretendido, sem uma aprofundada avaliação do grau de conduta esperado conforme a situação específica, poderia levar a um potencial prejuízo extremo e descabido da parte obrigada, o que contrariaria a própria função socioeconômica do contrato.

Assim, pode-se concluir que o fato de a cláusula de melhores esforços ser uma obrigação de meios não retira dela a possibilidade de variação quanto ao *standard* de esforços efetivamente requerido para cada caso. Pelo contrário, exatamente por se tratar de obrigação de meio, tal análise do contexto é instrumento vital para melhor interpretação da cláusula.

---

[116] Princípio legal que determina que as disposições contratuais devem ser interpretadas de acordo com o que um *reasonable person* (não treinada em direito) interpretaria. É particularmente aplicável para disposições que possibilitam mais do que uma interpretação. Privilegia a interpretação objetiva da expectativa razoável criada pela parte, ainda que em detrimento da linguagem da disposição.

[117] REHBEIN, A.A. Los mejores esfuerzos (best efforts) en el derecho contemporáneo de los contratos. *Estud. Socio-jurid.*, Bogotá (Colombia), 2006, página 15.

5.1 Jurisprudência sobre o tema

Foi realizada pesquisa na internet em todos os tribunais superiores do Brasil para verificação de jurisprudência nacional quanto ao tema. Como principal resultado, percebeu-se que a maioria dos acórdãos focaliza em situações de relações de consumo, em contratos com a presença da referida obrigação, apesar de interessantes decisões isoladas no campo empresarial.

Na maioria das vezes, é reconhecida a validade da cláusula e esta percebida, como anteriormente exposto, como obrigação de meio, apesar do baixo aprofundamento sobre os critérios subjetivos ou objetivos considerados na análise do grau de conduta esperado em cada situação.

Em um caso[118], envolvendo serviços de proteção e localização de veículo furtado, o contrato previa o seguinte:

> Fica esclarecido que a contratada envidará seus melhores esforços no sentido de possibilitar que a prestação de seus serviços e o sistema contribuam para que o furto ou roubo do veículo seja evitado, para a localização do mesmo após o eventual furto ou roubo, para que danos ao veículo, a pertences em seu interior, aos condutores e passageiros sejam evitados, sem que, no entanto, garanta o sucesso de suas tentativas *(grifo nosso).*

O acórdão assim estabeleceu:

> A obrigação que emana do contrato celebrado entre as partes, portanto, é de meio, ou seja, a ré comprometeu-se a envidar todos os esforços necessários para localizar o veículo dos autores em caso de sua subtração. Conforme se verifica da documentação juntada aos autos (fls. 185), a ré cumpriu essa obrigação, ou seja, promoveu as medidas necessárias para localizar o veículo dos autores, o que restou frustrado *(grifo nosso).*

Em outro acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo[119], referente a contrato contendo a mesma cláusula, se decidiu:

> Nestes termos, referidas estipulações contratuais não colidem com as disposições da legislação consumerista, posto que a obrigação assumida é de meio, consistente em

[118] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP). *Apelação nº 0007971-47.2010.8.26.0564.* Relator Salles Vieira, j. em 21/11/2013.
[119] _____. Apelação nº 9297134-12.2008.8.26.0000. Relator Júlio Vidal, j. em 13/09/2011.

> propiciar maior segurança e de evitar o perecimento do veículo por furto ou roubo, sem comprometimento com o resultado *(grifo nosso).*

Em poucos acórdãos, percebe-se um esforço maior para analisar o grau de conduta esperado a fim de cumprir com a obrigação de melhores esforços. Nesse sentido[120]:

> Entendo que, pela natureza do serviço prestado, a obrigação da embargada é de meio. Neste tipo de obrigação a atividade deve ser desenvolvida com diligência, zelo, ou mesmo com o emprego da melhor técnica, para se alcançar o resultado pretendido (...) No caso dos autos, conforme atestam os documentos de fls. 182/185 – não impugnados especificamente pelos apelantes, ocorrido o furto do veículo, a central de controle da apelante foi acionada e equipes de busca imediatamente deslocadas para o local *(grifo nosso).*

Ademais[121]:

> Noto ainda que os Apelados não envidaram seus melhores esforços no sentido de concluir o negócio, limitando-se a buscar financiamento com apenas um banco – quando talvez outro pudesse lhe dar condições para adimplir o contrato *(grifo nosso).*

Note-se que, neste último caso, apesar de não mencionar expressamente um parâmetro de mercado, o juiz, ao menos, subentendeu que a conduta esperada para esse tipo de situação era a busca de outros bancos para o financiamento, claramente agregando elementos objetivos na análise da decisão.

Em outros casos, a interpretação do grau de conduta conduziu a um padrão muito superior. Apesar de não aprofundar os critérios que levaram a tais conclusões, o Tribunal de Justiça de São Paulo, para situações de roubo de veículo como os acima mencionados, decidiu também:

> AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Inteligência do art. 330, I do CPC, que contém comendo imperativo. Contratação de serviços de rastreamento, bloqueio e recuperação de veículo. O fato de o negócio jurídico não se afigurar como contrato de seguro não elide a obrigação da prestadora de providenciar todos os meios necessários para garantia de sucesso dos serviços fornecidos. Ocorrência de furto do veículo. Ausência de realização do bloqueio, embora fosse procedimento essencial para assegurar o bom resultado da operação de recuperação do automóvel. Reconhecida a má prestação dos serviços. Lucros cessantes. Ausência de demonstração plena. Indenização que deve ser arbitrada em montante inferior ao pretendido para melhor equacionar a demanda. Danos materiais emergentes. Ausência total de

[120] TJSP. *Apelação com Revisão nº 0005200-96.2011.8.26.0003.* Relator Sá Moreira de Oliveira, j. em 25/08/2014

[121] _____. *Apelação nº 9000026-74.2011.8.26.0577.* Relator Luiz Antonio Costa, j. em 07/08/2013.

> comprovação. Dano moral. Não configuração. Inexistência de elementos caracterizados da lesão anímica. Recurso parcialmente provido.[122] (grifo nosso)

> Prestação de serviços. Proteção de veículo contra furto e roubo. Ação de indenização julgada parcialmente procedente. Apelo da ré. Caso de obrigação de meio. Teor do contrato. Obrigação não apenas de acionar bloqueador-alarme, mas também de fornecer apoio tático aéreo mediante disponibilização de helicóptero. Negligência da ré. Falha na prestação do serviço. Indenização por dano moral devida. R$4.000,00. Valor adequado. Apelo improvido.[123] (grifo nosso)

O tema é também bastante debatido em casos de responsabilidade civil do médico. Conforme ensina Miguel Kfouri Neto[124], ao exigir a utilização de todos os meios indispensáveis[125] para atingimento da obrigação:

> Há obrigações de meios, segundo Demogue, o formulador da teoria, quando a própria prestação nada mais exige do devedor do que pura e simplesmente o emprego de determinado meio sem olhar o resultado. É o caso do médico, que se obriga a envidar seus melhores esforços e usar de todos os meios indispensáveis à obtenção da cura do doente, mas sem jamais assegurar o resultado, qual seja, a própria cura (...) Em outras palavras, na obrigação de meios a finalidade é a própria atividade do devedor e na obrigação de resultado, o resultado dessa atividade.

No mesmo sentido e sobre o mesmo tema, o interessante caráter objetivo de interpretação da obrigação, nas palavras de Jurandir Sebastião[126]:

> Sendo o exercício da atividade profissional um contrato tácito e expresso de meios, cumpre ao médico empenhar-se, quanto necessário e possível, para bom resultado da prática médica, com o objetivo de curar o paciente. Isso importa em obrigação de utilização de todas as técnicas disponíveis, aceitas pelo consenso profissional como adequadas ao fim proposto.

Da mesma forma, seguiu a jurisprudência sobre o tema[127]:

> Como já afirmado, o médico, salvo em casos de cirurgia plástica, não está vinculado a uma obrigação de resultado, mas a uma obrigação de meio, no sentido de que lhe cumpre envidar seus melhores esforços, dentro da técnica conhecida, para obter o resultado almejado, que, na verdade, lamentavelmente, nem sempre pode ser atingido, em virtude das limitações inerentes ao atual estágio do conhecimento científico.

---

[122] _____. *Apelação nº 0141881-18.2007.8.26.0002.* 27ª Câm. Rel. Dimas Rubens Fonseca, j. 14/09/2010

[123] _____. *Apelação º 9121881-10.2008.8.26.0000.* 36ª Cam. Rel. Dyrceu Cintra. j. em 12/03/2009.

[124] KFOURI NETO, M. *Responsabilidade civil do médico*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 168-9.

[125] Este padrão de conduta nas obrigações médicas no Brasil é interpretado como mais rígido do que no direito norte-americano.

[126] SEBASTIÃO, J. *Responsabilidade médica civil.* 3ª ed. São Paulo: Del Rey, 2003, pp. 98-9.

[127] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS (TJMG). *Apelação nº 2.0000.00.332175-5/0001*. Relator Batista Franco, j. em 29/09/2001.

Como mencionado anteriormente, a maioria das decisões judiciais sobre a cláusula foca em relações de consumo. Talvez o caso de litígio empresarial mais interessante seja o processo envolvendo a Space Plan Internacional Ltda. e a Haworth Inc[128].

Neste caso, as partes firmaram contratos de "suporte de vendas" e "rescisão", para formalizar o término de uma relação comercial de distribuição até então existente. Pelo acordo, Haworth pagou a Space Plan uma compensação financeira determinada pelo término do contrato, bem como foi incluída a cláusula abaixo. Apesar de não ser tecnicamente uma cláusula de *earn-out*, verifica-se, neste caso, muita similaridade com o caso Bloor v. Falstaff[129]:

> 8. Oportunidades Comerciais Futuras. A título de contraprestação adicional pela rescisão da relação entre a Haworth, a Haworth dB e a SPI, a Haworth neste ato obriga-se a envidar seus melhores esforços para assessorar a Space Plan em seus esforços para celebrar negócios de serviços para gerar lucros brutos, ou o equivalente de taxas de serviço de distribuidora, no valor de US$ 720.000,00 (setecentos e vinte mil dólares americanos). Esses negócios de serviços poderão compreender: (a) serviços de instalação de produtos Voko segundo um Contrato de Suporte de Vendas celebrado entre a Voko e a SPI na data deste instrumento; (b) administração de estoques locais de produtos da Haworth; (c) serviços de transporte e logística para a Haworth dB; (d) serviços de arquitetura, projeto, treinamento ou administrativos para a Haworth no território, bem como em quaisquer outros países latino-americanos aos quais a Haworth possa vender; (e) comissões pro projetos encaminhados à Haworth dB, PQ ou Voko *(grifo nosso).*

A autora, Space Plan, argumentou, inicialmente, que a cláusula representaria uma verdadeira garantia de rentabilidade mínima, no montante de US$720.000,00. Em sentido contrário, em primeiro grau, foi decidido que a referida cláusula permitiria apenas concluir que envidar melhores esforços não pode ser identificado como obrigação de garantia de lucro certo e negociações concretas futuras. Descreve apenas uma intenção de atuação visando a uma meta estabelecida entre as partes, vinculada, ademais, à assessoria e não à celebração certa de contratos de instalação.

Em apelação, a autora ressaltou que era obrigação clara da ré utilizar todos os meios possíveis para gerar novas oportunidades comerciais, o que não teria ocorrido, bem como que, com isso, estaria a ré infringindo claramente o princípio da boa-fé objetiva.

---

[128] TJSP. *Apelação nº 9226484-71.2007.8.26.0000*. Relator Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. em 31/08/2011.
[129] BLOOR v. Falstaff Brewing Corp., 601 F.2d 609, 613 (2d Cir. 1979).

O acórdão, de forma unânime, rechaçou tais argumentos. Interessante notar a importância das características subjetivas da ré para a decisão. Nas palavras do relator[130]:

> A apelante não é criança e sabe perfeitamente que a indigitada cláusula não tem o sentido que inicialmente lhe quer ela emprestar, vale dizer, a de garantir que ela, apelante, em função da nova parceria estabelecida entre as litigantes a partir da rescisão do contrato de distribuição, teria lucro de US$720.000,00 *(grifo nosso).*

Complementa ressaltando a natureza de obrigação de meio da referida cláusula[131]:

> A cláusula acima reproduzida retrata, sim, obrigação de meios, vale dizer, de envidar as apeladas esforços no sentido de que a nova configuração da parceria renderia bons frutos, estimados pelos contratantes em lucro bruto de US$720.000,00. Assim, o êxito da demanda reclamava a demonstração de que as apeladas descumpriram tal obrigação de meios *(grifo nosso).*

Adentra o tribunal nos elementos objetivos que levaram à conclusão de não infração à referida obrigação, em especial o momento econômico do Brasil que atingiu as atividades da ré[132]:

> O fato encontra explicação no acentuado declínio da atividade das apeladas, no Brasil, a partir de 1999, como se vê no laudo (...) e cessação das atividades no ano de 2004 (...). Desde a celebração dos contratos que deram ensejo à nova parceria, o único que não registrou queda de faturamento das apeladas foi o de 2000...De qualquer modo, o drástico declínio das atividades das apeladas, desde que celebrados os contratos em litígio, obviamente justifica o fato de as mesmas apeladas não terem expandido os respectivos negócios, de sorte a implementar as demais atividades da parceria que se tencionava à apelantes, nos termos da citada cláusula 8ª – sem que se possa reconhecer culpa das apeladas por aquele declínio, que derivava de razões de mercado, fato incontroverso *(grifo nosso).*

Neste ponto, pode-se questionar como o caso seria eventualmente decidido pela corte que julgou Bloor v. Falstaff. Naquela situação, a decisão foi no sentido de que a cláusula não pode ser desconsiderada na estratégia futura individual de vendas da empresa, ainda que economicamente mais benéfica. No caso brasileiro, parece claro que o Judiciário não consideraria que a existência da cláusula chegasse a tal grau de influência na estratégia de vendas da empresa, em especial por existir indiscutível crise geral do mercado, conforme acima ressaltado. Entretanto, interessante imaginar qual teria sido o resultado caso a decisão deliberada da ré em diminuir ou encerrar as operações não tivesse decorrido de crise econômica ou de mercado, mas sim de decisão individual buscando maior lucratividade, em prejuízo ao disposto na obrigação de melhores esforços.

---

[130] TJSP. *Apelação nº 9226484-71.2007.8.26.0000.* Relator Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. em31/08/2011.
[131] TJSP. *Apelação nº 9226484-71.2007.8.26.0000.* Relator Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. em31/08/2011.
[132] _____. *Apelação nº 9226484-71.2007.8.26.0000.* Relator Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. em31/08/2011.

Por fim, importante ressaltar que o tribunal afastou qualquer infração à boa-fé objetiva, que não seria o conteúdo da obrigação de meio, mas sim agiria de forma acessória a sua análise, em especial por ter as apeladas agido sempre de forma transparente, prestando todos os esclarecimentos e permitindo o acesso a seus registros de venda.

Em alguns casos isolados, verifica-se que o Judiciário não deu eficácia à obrigação de melhores esforços prevista contratualmente. Por exemplo, em um caso envolvendo o Banco ABN Amro S/A e a Cooperativa de Cafeicultores e Agropecuaristas de Maringá (Cocamar)[133], as partes previram, em carta, uma obrigação de melhores esforços do banco na busca de solução conjunta que satisfizesse os interesses de ambas as partes, comprometendo-se a não intentar medidas com o objetivo de efetuar a cobrança judicial de seus créditos perante à Cocamar, enquanto perdurassem as negociações com essa finalidade.

Após um período sem nenhum "esforço" efetivo do banco na busca de solução, este executou os títulos existentes. O tribunal confirmou o entendimento de primeira instância, no sentido de que o ajuste se tratava de mera correspondência, demonstrando interesse em renegociar os termos da avença, mas sem força para vincular as partes à obrigação de concretização. Certamente, tal entendimento foi favorecido pela interpretação da corte de tratar-se o documento de negociações meramente preliminares, sem força contratual.

5.2 Cláusula de melhores esforços e teoria da confiança

Como diria Orlando Gomes[134]: "Interpretar é, afinal, esclarecer o sentido dessas declarações e determinar o significado do acordo ou consenso". Interpretar é, assim, um trabalho de reconstrução, a busca de uma verdade, considerando fatores distintos, especialmente vontades e declarações.

[133] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ (TJP). *Apelação nº 1590298PR0159029-8*. Relator Costa Barros, j. em 04/10/2000.
[134] GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 239.

É inegável que o antigo Código Civil adotou a teoria da vontade no artigo 85[135]. Inspirada nos princípios liberais do Código Napoleônico[136], tal teoria prioriza aquilo que se pode chamar de vontade interna ou psicológica dos contratantes de um negócio jurídico. A declaração não seria nada além de um reflexo puro dessa intenção interna. Pela teoria, gera-se a busca pela revelação daquela real vontade íntima do declarante por detrás do ato jurídico, o que, no passado, foi fonte de inúmeras inseguranças, não mais admitidas, especialmente nos negócios jurídicos modernos.

No outro extremo, estaria a teoria da declaração pura, que ignora a real vontade das partes para focar exclusivamente naquilo que foi declarado. Essa desconsideração total da vontade muitas vezes não declarada poderia, por outro lado, conduzir a abusos e contrariar o próprio conceito de boa-fé, ao considerar literalmente o texto declarado, sem levar em conta o contexto subjetivo envolvido na situação concreta[137].

Neste contexto, pode-se dizer que o novo CC resolveu adotar uma teoria intermediária, que é um aprimoramento da teoria da declaração, qual seja, a teoria da confiança, em contraponto à teoria da vontade estampada no artigo 85 do antigo CC. Ao comparar o antigo artigo 85 com o atual artigo 112, nota-se que há uma sutil, porém fundamental, distinção de enunciados. Antes se dizia "(...) atenderá mais à sua intenção"; doravante afirma-se "atenderá mais à intenção nelas consubstanciada".

A teoria da vontade procurava aferir muito mais a vontade real (intenção interna) das partes. Já a teoria da confiança, estampada em no artigo 112 do novo CC[138], também busca a vontade das partes, mas não por uma perspectiva interna e sim prevalentemente na forma exteriorizada. Assim, a atenção do aplicador do direito se volta para a vontade comum das partes, estampada na manifestação e não numa vontade íntima ou psíquica.

Dessa forma, a vontade a que se reporta o novo CC é a vontade objetivada no contrato, a intenção comum que se materializou na declaração, e não aquela intenção que refere a

---

[135] "Art. 85. Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem."
[136] GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil.* 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 562.
[137] FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor*. Porto Alegre, v.18, 2008, p.8-32.
[138] "Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem."

vontade interna. Apenas se mostram vinculantes aqueles deveres que, manifestados pelas partes, suscitam em ambas a compreensão comum quanto ao conteúdo da declaração. Nas palavras de Gustavo Tepedino[139], busca-se uma "(...) vontade contratual consensualmente compreendida". Sacrifica-se a relevância nos motivos internos, individuais e íntimos que levaram à celebração do ajuste para priorizar o interesse do contexto que cerca o conteúdo exteriorizado do negócio jurídico.

Por outro lado, por tal teoria da confiança, apesar de a declaração contextualizada ser o elemento prioritário a ser considerado, também deve ser considerada quando da interpretação a confiança gerada ao destinatário de boa-fé como resultado do comportamento exteriorizado pelo declarante e o significado social de sua conduta[140]. Ou seja, neste modelo, existe um destinatário que confia de boa-fé no significado comum e objetivo da declaração.

Ao falar de análise objetiva contextualizada da declaração e do comportamento, nota-se que a teoria adotada pelo novo CC, sem abandonar totalmente critérios subjetivos, exige claramente o enfoque em questões sociais, econômicas e jurídicas no ambiente que cercam aquele negócio, para obter a melhor interpretação, de forma, inclusive, a observar as regras gerais de boa-fé objetiva e função social do contrato.

A razão para tanto, conforme ensina Natalino Irti[141], é que cada negócio jurídico apresenta múltiplos fatores distintos unidos por uma finalidade comum, dentro de um código próprio de significados para as declarações ali presentes, o que exige do intérprete avaliação de todo contexto da situação em sua complexidade.

Pode-se, assim, concluir não mais seguir o modelo interpretativo individualista do antigo Código Civil. O legislador fez uma opção consciente de abandonar o enfoque subjetivista puramente na vontade interna das partes, para avaliar a declaração produzida não de forma literal, mas por meio de análise do conteúdo e de ambiente de todo o negócio.

Desse modo, pode-se afirmar que na interpretação do negócio e, neste caso, especialmente do conteúdo da cláusula de melhores esforços, o aplicador do direito necessariamente deverá

---

[139] TEPEDINO, G. *Novos princípios contratuais e teoria da confiança.* Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006, p. 248.
[140] FARIAS; ROSENVALD. *Op. cit.*
[141] NATALINO, I. *Texto e contexto*. Pádua: Cedam, 1996, p. 2.

enfrentar o conjunto de circunstâncias exteriormente reconhecíveis que se relacionam ao processo declaratório como um todo, para buscar aquela interpretação que seria a apropriada de acordo com a teoria da confiança ora em vigor. Esta, como vimos, exige avaliação da declaração como exteriorização do real conteúdo da vontade das partes de um ponto de vista comum e objetivo, abarcando necessariamente os elementos econômicos e sociais que a cercam[142].

5.3 Cláusula de melhores esforços e boa-fé objetiva

No Brasil e na maioria dos países ocidentais, que utilizam o sistema de *common law* ou *civil law*, existem deveres implícitos ou expressos de atuação em boa-fé, apesar de algumas distinções conceituais em cada local, como visto no caso dos Estados Unidos, que apresenta um conceito um pouco mais brando dos deveres de boa-fé[143]. Essa cláusula-geral funciona prevenindo comportamentos oportunistas e possibilitando às partes barganhar com maior nível de segurança a lealdade esperada da outra parte durante a negociação e execução do acordo proposto.

Por ser uma obrigação legal implícita, as partes estão vinculadas a esse dever ainda que os níveis esperados não estejam previstos expressamente em contrato de forma detalhada, conforme já explorado anteriormente ao tratar acerca de cláusulas abertas. O nível de conduta esperado será aplicado apenas na avaliação concreta do caso, conforme parâmetros disponíveis e determinados para cada legislação.

Conforme ensina Judith Martins-Costa[144], na boa-fé objetiva também se levam em consideração os fatores concretos do caso, tais como o *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo aplicação mecânica do *standard* de tipo meramente subsuntivo.

Por outro lado, fica bastante clara a função da boa-fé não como conteúdo próprio da prestação, como é claramente o caso da cláusula de melhores esforços, mas sim como norma

---

[142] PEREIRA, C.M.S. *Instituições de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005. p. 502.
[143] Nesse sentido: TEUBNER, G. Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new differences. *Modern Law Review*, vol. 61, 1998, pp. 11-32; ZIMMERMANN, R.; WHITTAKER S. *Good faith in European contract law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; PETTINELLI, C. Good faith in contract law: Two paths, two systems, the need for harmonization, 2005. Disponível em <http://www.diritto.it/archivio/1/20772.pdf>. Acesso em 02 dez. 2015.
[144] MARTINS-COSTA. *Op. cit.*, 2000.

de interpretação e integração do contrato[145], que tem como objetivo, entre outras funções[146], servir de ferramenta para determinar o comportamento adequado na execução de determinado ajuste.

Judith Martins-Costa complementa[147]:

> O que importa bem sublinhar é que, constituindo deveres que incumbem tanto ao devedor quanto ao credor, não estão orientados diretamente ao cumprimento da prestação ou dos deveres principais, como ocorre com os deveres secundários. Estão, antes, referidos ao exato processamento da relação obrigacional, isto é, à satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional, em atenção a uma identidade finalística, constituindo o complexo conteúdo da relação que se unifica funcionalmente *(grifo nosso).*

Tem assim a boa-fé, além da imposição de deveres de cooperação instrumentais, a função de servir como ferramenta de interpretação e integração do contrato, consoante à função socioeconômica que concretamente se verifica em cada situação[148]. Tal utilização do princípio é guia para a definição do *standard* adequado de melhores esforços para cada situação, obrigando o julgador a agir de forma congruente com os fatos concretamente considerados e demais princípios e normas do sistema jurídico.

Conforme ensina Teresa Negreiros[149], o princípio da boa-fé serve como fundamento para considerar a finalidade da relação jurídica e, nesse sentido, condicionar a interpretação às circunstâncias concretas do caso em exame, uma vez que reveladoras dessa finalidade. Ou seja, a própria boa-fé direciona o intérprete a privilegiar uma intepretação alinhada com as finalidades comuns socialmente aceitas que as partes esperam legitimamente realizar.

Ao tentar igualar uma cláusula de melhores esforços com os deveres laterais decorrentes da boa-fé, acabar-se-ia com o próprio motivo de existência da cláusula, contrastando claramente com o princípio contratual de que "(...) a cada palavra, frase ou termo de um contrato deve ser dado efeito sempre que possível"[150]. Assim, a melhor interpretação, certamente, é no sentido de que as cortes devem obrigar a parte a entregar algo além do *standard* exigido pelos deveres

---

[145] SILVA. *Op. cit.*, 1976, p. 32
[146] MARTINS-COSTA. *Op. cit.*; NEGREIROS. *Op. cit.*, 2002.
[147] MARTINS-COSTA. *Op. cit.*, p. 208.
[148] MARTINS-COSTA. *Op. cit.*, 2000
[149] NEGREIROS, T. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 233.
[150] WILLISTON, S.J.; LORD, R.A. *A treatise on the law of contracts*, note 6 §32:5, 1990.

decorrentes da boa-fé objetiva, sem prejuízo da utilização desta como pano de fundo da interpretação da conduta prevista na própria cláusula de melhores esforços (ou de qualquer outra parte do contrato).

Desse modo, apesar de não dever ser entendida como a própria obrigação de melhores esforços, a consideração dos deveres anexos decorrentes de boa-fé na interpretação da conduta de melhores esforços é instrumento fundamental. Ou seja, na execução (ou inexecução) de esforços, agiu a parte com atenção aos deveres decorrentes da boa-fé (analisados de forma objetiva)?

Especialmente no ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista a cláusula geral estampada no art. 422 e a menção no art. 113 ambos do CC, a obrigação de melhores esforços e o dever de boa-fé certamente caminharão juntos, mas não de forma substituta ou como se fossem o mesmo instituto, mas sim de forma complementar, na busca pela efetiva constatação do cumprimento ou não da conduta exigida pela obrigação de melhores esforços em cada caso.

A confusão entre boa-fé e melhores esforços, como visto no texto de Silvio Venosa, não é exclusividade do Brasil. Como mencionado, o tema passou também pela análise da jurisprudência norte-americana em algumas situações e atualmente a distinção é muito clara por lá. Conforme ensina Allan Farnsworth[151]:

> Because courts sometimes confuse the standard of best efforts with that of good faith, it will be well at the outset to make plain the distinction between the two standards. Good faith is a standard that has honesty and fairness at its core and that is imposed on every party to a contract. Best efforts is a standard that has diligence as its essence and is imposed only on those contracting parties that have undertaken such performance. The two standards are distinct and that of best efforts is the more exacting.

Portanto, uma cláusula expressa de melhores esforços, prática comum também nos acordos nacionais atuais, como vimos, devidamente negociada e barganhada entre as partes, não deve ser interpretada meramente como os deveres laterais decorrentes da boa-fé. Assim como as cortes norte-americanas pregam em sua maioria, devemos avaliar esta decisão deliberada das partes como uma vontade explícita de se fixar um padrão superior de diligência.

---

[151] FARNSWORTH. *Op. cit.,* 1984, p. 12.

5.4 Interpretação da cláusula em face de sua função socioeconômica

Mesmo antes da positivação no novo Código Civil, a função social do contrato já há tempo acompanha o sistema jurídico empresarial, como se pode ver nos casos anteriores de dissolução parcial da sociedade limitada e na construção do princípio da preservação da empresa. Pode-se argumentar, ainda, que a função social do contrato é também a própria causa econômica do acordo. É o que a doutrina chama de função econômica do contrato, complementar à noção de função social[152]. As partes necessariamente contratam tendo em vista essa "função socioeconômica", que certamente visa à proteção de interesses de terceiros, externos à relação, mas também para buscar o propósito econômico almejado.

Assim, por esse princípio, é impossível interpretar uma cláusula sem visualizar os motivos econômicos e o impacto no todo social. Esse fato é de fundamental importância para a análise requerida da cláusula de melhores esforços, uma vez que a análise do grau de esforço esperado da parte obrigada deve ser contraposta à função econômico-social do acordo.

Portanto, a consideração dessa função na interpretação do contrato, e por consequência, na de suas cláusulas, como a de melhores esforços, é fundamental por incentivar uma análise objetiva do comportamento do empresário contratante, ou seja, no ambiente socioeconômico em que o contrato está inserido.

Dessa maneira, ao considerar a função socioeconômica, a interpretação do acordo necessariamente passa pela análise de sua causa (função), considerando, também, fatores externos à mera intenção das partes, para consideração dos efeitos socioeconômicos esperados da conduta contratualmente definida.

Conforme decidido em um caso pioneiro na aplicação da função socioeconômica[153]: "(...) devemos sopesar, na análise do contrato, a satisfação da necessidade, a obtenção do bem que

[152] "A função social que se atribui ao contrato não pode ignorar sua função primária e natural, que é a econômica. Não pode esta ser anulada, a pretexto de cumprir-se, por exemplo, uma atividade assistencial ou caritativa. Ao contrato cabe uma função social, mas não uma função de 'assistência social'. (...) Por mais que o indivíduo mereça assistência social, não será no contrato que se encontrará remédio para tal carência. O instituto é econômico e tem fins econômicos a realizar, que não podem ser ignorados pela lei e muito menos pelo aplicador da lei". THEODORO JR., Humberto. *Contrato e sua função social.* Rio de Janeiro: Forense. 2013.

[153] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJRGS). *Ap. Civ. nº 596230888,* 5ª C. Cív., TJRGS, Rel. Des; Luiz Felipe BRASIL SANTOS, j. em 05.06.97

levou as partes a contratarem, e a função econômica que o pacto exerce na vida da relação". Conclui o acórdão aclarando a melhor interpretação sobre o caso: "(...) a escolha deverá ser feita de modo a assegurar que prevaleça o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custos sociais".

Nas palavras de Teresa Negreiros[154]:

> (...) é esta ideia de finalidade econômico-social do contrato que deve ser considerada pelo intérprete a fim de conformá-la ao princípio da boa-fé. Contraria a boa-fé permitir que, em nome da intangibilidade da vontade negocial, uma dada conjuntura que leve a distorções no que se refere à finalidade econômico-social do contrato ou de dada cláusula contratual deixe de ser considerada pelo julgador.

5.5 Interpretação à luz da prática internacional

Quando se fala em interpretação funcional, que busca elementos subjetivos e objetivos para dar à cláusula a melhor aplicação, não se pode esquecer do contexto internacional em que está inserida.

Conforme visto ao longo deste trabalho, a cláusula de melhores esforços tem clara e expressa inspiração nos *best efforts* do sistema de *common law*. Trata-se de uma importação de obrigação contratual, a qual, como mencionado, exige contextualização e adaptações para aplicação no ordenamento brasileiro. Mas sua inspiração, para fins de interpretação, não deve ser esquecida.

Conforme ensina Giuditta Cordero-Moss[155], existem importantes motivos por detrás dessa utilização de cláusulas padronizadas mundialmente, ainda que em sistemas jurídicos totalmente distintos. Primeiramente, a atividade empresarial inserida em um ambiente globalizado, com práticas comerciais comuns, que exigem contratos e cláusulas padrões para qualquer contratante e produto. O transporte marítimo é um bom exemplo, mas isso se pode aplicar a diversos outros acordos.

---

[154] NEGREIROS. *Op. cit.*, 2002, p. 136.

[155] CORDERO-MOSS, G. Harmonized contract clauses in different business cultures. In WIHELMSOON, T.; PAUNIO, E.; POHJOLAINEN, A. (eds.). *Private Law and the Main Cultures of Europe.* Kluwer International, 2007, pp. 221-239.

Tal importação e padronização de cláusulas trazem significante redução de custos de transação[156], já que minimizam a necessidade de obtenção de informações em ambientes legais totalmente desconhecidos. A discussão sobre a interpretação e definição das regras aplicáveis em transações internacionais pode ser muito custosa e significar perda de competitividade para partes inseridas em um sistema que traz insegurança quanto à interpretação de condições amplamente usadas internacionalmente.

Está claro, assim, que hoje a economia global proporciona expectativas comerciais globais. Ou seja, um empresário inserido neste tipo de economia tem uma séria expectativa de que uma cláusula de melhores esforços seja exequível tanto no Brasil como nos Estados Unidos da América. Os acordos de acionistas referidos anteriormente contêm em maioria partes muito sofisticadas, inclusive estrangeiros, direta ou indiretamente, que realmente confiam na validade da cláusula e na atuação do Judiciário, caso necessário, para melhor interpretação.

Certamente, é preciso adaptações. Por exemplo, os procedimentos nacionais de instrução processual são bem distintos do procedimento de *discovery* norte-americano. Mas isso não significa que não se consiga buscar a efetividade dentro do modelo judicial pátrio, que seria forçado a buscar elementos de fato subjetivos e objetivos em cada caso.

Fugir dessa obrigação por uma ausência de preparação do Judiciário em obter tais informações seria o mesmo que decidir pela não aplicação das cláusulas gerais do CC, por incapacidade do juiz em realizar uma análise fatual e trazer concreção ao caso específico.

Entretanto, certamente, na economia global e, especialmente, nos acordos sofisticados que tais cláusulas de melhores esforços estão inseridas, ter uma perspectiva internacional na interpretação da cláusula, inclusive verificando precedentes de outros países, pode ser um complemento muito importante. O direito não deve furtar-se a essa tarefa.

Neste sentido, tanto o artigo 112 do CC e, especialmente, o artigo 113 não obstam uma contextualização internacional para interpretação. Na realidade, tanto a boa-fé, como os usos mencionados no artigo 113 permitem uma perspectiva ampla do negócio. Se o "lugar" do

---

[156] VETESSE, M.C. Multinational companies and national contracts. In: CORDERO-MOSS, G. (ed.). *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 20-33.

negócio, mencionado no referido artigo, está em um ambiente internacional, com partes habituadas com esse tipo de negociação, com expectativas baseadas na interpretação da cláusula em outros países, a melhor aplicação do referido artigo apenas será alcançada se considerados os usos e costumes quanto a esse tipo de ajuste, pela ótica internacional.

Neste sentido, inclusive, importante mencionar, como exemplo, o disposto no artigo 7º (1) da Convenção de Viena, que será abaixo melhor debatida, a qual prevê expressamente que a interpretação do conteúdo ali previsto deverá levar em conta o caráter internacional dos contratos e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, assegurando o respeito à boa fé no comércio internacional.

5.6 O modelo de interpretação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Convenção de Viena

Um exemplo interessante de direcionamento quanto ao processo interpretativo, que poderia ser aplicado em casos de cláusulas de melhores esforços, é a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral de 1980 ("Convenção de Viena") promulgada no Brasil por meio do Decreto nº 8.327 de 16 de Outubro de 2014.

Apesar de ter seu escopo especificamente em contratos de compra e venda internacional de mercadorias, o modelo de interpretação sugerido no seu artigo 8º pode servir de base, inspiração ou, eventualmente, aplicável por analogia.

Inicia o referido artigo[157] com um aspecto claramente subjetivista, mencionando que as declarações e condutas de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, mas desde que a outra parte tivesse tomado conhecimento desta intenção, ou seja, prezando pela importância da exteriorização objetiva da intenção por meio da declaração.

[157] Artigo 8. (1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la. (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte. (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes

Caso isto não tenha ocorrido de forma inequívoca, deverão então tais declarações e condutas ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte, com uma clara perspectiva objetiva.

Por fim, corrobora a necessidade da análise objetivada na interpretação, mencionando que o tal sentido que seria dado por tal "pessoa razoável" deve levar em consideração as circunstâncias do caso concreto, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes.

Percebe-se, assim, um modelo interpretativo claro, simples, mas completo, que preza pela busca da melhor intepretação possível, não descartando a visão subjetivista, extremamente necessária e ponto de partida, mas também não desprezando importantes elementos de cunho objetivo.

Apesar de nosso atual CC, infelizmente, não prever maiores regras detalhadas sobre interpretação, pode-se, por outro lado, facilmente ser argumentado que, em função da teoria da confiança adotada, consideração dos usos e costumes na interpretação, conforme artigo 113, e a própria boa-fé objetiva, tal direcionamento interpretativo dado expressamente pela Convenção de Viena poderia ser aplicado muito além dos contratos internacionais de compra e venda, servindo de parâmetro quando da intepretação da cláusula de melhores esforços em qualquer tipo de acordo.

5.7 Interpretação do standard de conduta no direito brasileiro

Hart[158] explica que todas as regras legais são mais ou menos "genéricas" (*open textured*) conforme linguagem e natureza. Termos legais como *reasonableness*, por exemplo, são bastante genéricos e abertos, que importam em alto grau de discricionariedade do Judiciário quando de sua aplicação.

Por outro lado, tais termos, assim como é o caso das cláusulas gerais, apresentam a vantagem da flexibilidade e mobilidade, o que a casuística pura, também chamada de "técnica de

[158] HART, H.L.A. *The concept of law*, ch. VII, 1961.

regulamentação por *fattispecie*" não permite. A imprecisão e abertura semântica desses termos e cláusulas não apresentam de antemão respostas para todos os problemas da realidade, mas permitem uma construção jurisprudencial conforme as características das situações analisadas. É o que se denomina de metanorma, que tem a necessidade de ser complementada pelo juiz com aspectos aplicativos determináveis, incluindo variáveis sociais, econômicas e usos e costumes objetivamente vigorantes em determinado contexto social[159].

Assim, em conceitos jurídicos abertos, como uma cláusula de melhores esforços, a jurisprudência no sistema de *common law* vai naturalmente listando fatores a serem considerados quando da interpretação, mas seria impossível tentar definir todos, pois os fatos serão certamente distintos segundo cada nova situação.[160]

Conforme concluído pela *Law Commission* britânica, em caso de dispositivo legal com a expressão *reasonable time,* o termo juridicamente reconhecido *reasonable* necessariamente deve permanecer como questão de análise de fato. Qualquer tentativa de definição ampla, aplicável para todos os casos, certamente traria maior certeza na aplicação do conceito, mas em prejuízo de maior justiça, em função das características concretas distintas de cada caso.[161]

Ao determinar o melhor método interpretativo para casos com cláusulas de melhores esforços, como visto, as cortes norte-americanas buscam analisar a intenção das partes, fazendo uma análise subjetiva, levando em consideração elementos das partes e suas declarações no acordo específico. Mas isso não é suficiente. Apenas com uma análise comparativa objetiva contextualizada, de forma alinhada com a teoria da confiança adotada por nosso novo CC, é que será possível realmente chegar à melhor conclusão, uma vez que, como vimos, a verificação ou não da existência dos esforços é uma questão de fato e, como tal, não pode ignorar elementos específicos da realidade externa em que o contrato e suas cláusulas estão inseridos.

Não se estão menosprezando aqui os elementos subjetivos para a interpretação da cláusula. Muito pelo contrário. A intenção das partes na livre negociação e inclusão da referida cláusula é fator primordial para melhor interpretação e na própria constatação da clara opção

[159] MARTINS-COSTA. *Op. cit.*
[160] Smith V Eric Bush [1990] 1 AC 831 HL
[161] SALE and Supply of Goods, Law Com. N. 160, 1987.

intencional e motivos que levaram as partes a não definir ali maiores detalhes quanto ao objeto da obrigação pretendida. Mas tentar realizar a interpretação de uma situação concreta, especialmente de cunho empresarial, sem tomar em conta elementos de mercado, provavelmente resultará em uma análise incompleta, com potencial julgamento equivocado quanto ao problema.

Assevera Pablo Rentería[162], ao apreciar o método de interpretação de obrigações de meios em geral:

> De tudo isto resulta que, no direito brasileiro, o ponto de referência para a interpretação do regulamento contratual encontra-se no exame das legítimas expectativas das partes quanto às finalidades a serem alcançadas pela relação contratual. Tais expectativas devem ser determinadas à luz das declarações de vontade, das demais circunstâncias do caso concreto e, notadamente, com base nas práticas sociais recorrentes no tipo de relação contratual em questão, tendo em vista que cada tipo contratual contém mínima unidade de efeitos decorrentes de práticas e ideias preconcebidas difusamente disseminadas no tecido social, que, salvo as particularidades do contrato concreto, encontram-se presentes no regulamento contratual (g.n).

Apesar da opinião de alguns autores de que o novo CC foi ineficiente quanto às normas de interpretação trazidas, especialmente para contratos empresariais[163], verifica-se que a adoção da teoria da confiança permite clara adoção de critérios objetivos, especialmente ao considerar, no artigo 113, a boa-fé e usos e costumes para a interpretação de negócios jurídicos. Nesse sentido, verifica-se que o novo CC incorporou claramente alguns princípios comerciais já existentes há muito tempo no direito empresarial.

---

[162] RENTERÍA. *Op. cit.*, 2011. p. 45.

[163] Paula Forgioni explica: "Seguindo o Código Civil de 1916, o novo diploma ignorou uma das principais "redescobertas" da ciência jurídica do século XX: a importância da interpretação, inclusive daquela contratual. No Código Civil de 2002 as regras gerais declaradamente ligadas à interpretação dos negócios e dos contratos gravitam em torno de apenas quatro arts.: 112, 113, 114 e 423. Para efeitos comparativos, note-se que o Codice Civile dedica ao tema da interpretação as regras positivadas nos arts. 1.362 a 1.371, tratando da intenção dos contratantes, com expressa alusão ao comportamento concludente (art. 1.362); interpretação unitária (complessiva) das cláusulas contratuais, impondo que se tome uma por meio das outras e levando em conta o contrato como um todo (art. 1.363); expressões gerais, que não devem ser interpretadas de forma a incluir elementos sobre os quais as partes não pretenderam contratar (art. 1.364); indicações exemplificativas, para não excluir os casos não expressos que se podem considerar abarcados pelo pacto (art. 1.365); interpretação segundo a boa-fé (art. 1.366); conservação do contrato, ou seja, supremacia da interpretação que não reduza o contrato ou a cláusula à inutilidade (art. 1.367); interpretação de cláusulas ambíguas, com especial referência aos contratos empresariais, (art. 1.368); interpretação de cláusulas com mais de um sentido conforme a natureza e o objeto do contrato (art. 1.369); interpretação contra o autor da cláusula (art. 1.370); interpretação de forma menos gravosa para o obrigado e, em casos de contratos onerosos, realizando-se "l'equo contemperamento degli interessi delle parti, se è a titolo oneroso" (art. 1.371)." FORGIONI. *Op. cit.*

Junqueira de Azevedo[164], analisando o art. 85 do antigo CC e seu sistema "subjetivista", baseado especialmente na busca pela vontade das partes, afirmava que, apesar do ali disposto, o processo interpretativo surgia pela parte da declaração (objetiva) para encontrar a vontade real dos declarantes (subjetiva). O autor, como contraponto, afirmava que o Código Comercial, por seu lado, assumia claramente uma posição objetivista, fundada nos usos e costumes e na boa-fé.

Muito interessante, ainda, lembrar algumas lições de Pothier, explicadas por Cordeiro de Menezes[165], para quem a interpretação do negócio jurídico, ao contrário do disposto expressamente no art. 112 do antigo CC, deve buscar a "intenção comum das partes" e não apenas a "intenção das partes". Ao inserir a palavra "comum", Pothier buscava a causa objetivada da intenção, relacionada também a usos e costumes comerciais. Assim, a intenção comum dever ser reflexo da intenção em práticas de mercado socialmente reconhecidas.

Dessa forma, importante ressaltar que a cláusula de melhores esforços, tanto na aplicação como na interpretação (conforme art. 113 do CC, dentro do contexto da teoria da confiança, em especial), está necessariamente conectada a usos e costumes como fonte de direito. Caso as partes empresárias não quisessem aplicar subsidiariamente os costumes do mercado nos contratos, como, por exemplo, dar outro significado a um termo ou condição amplamente reconhecido pelo mercado, teriam de definir elas mesmas tais condições, o que, conforme anteriormente demonstrado, geraria maior (apesar de não inviável) custo de negociação, em comparação a uma pequena probabilidade de custo de litígio. Ou seja, considerar tais parâmetros objetivos como pano de fundo na interpretação contratual é algo plenamente justificável e recomendado, inclusive dentro de uma perspectiva econômica do contrato.

Paula A. Forgioni[166], comparando as disposições do antigo Código Comercial com aquelas do novo CC, fixa os seguintes princípios cardeais na interpretação dos negócios comerciais:

> a) Respeito à autonomia privada;
> b) Boa-fé;
> c) Força normativa dos usos e costumes;
> d) Vontade objetiva e desprezo pela intenção individual de cada um dos contratantes;

[164] AZEVEDO, J. *Negócios jurídicos: existência, validade e eficácia.* 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986, pp. 116 e 118.
[165] MENEZES, C. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra. Coimbra, 1997, p. 242 e s.
[166] FORGIONI. *Op. cit.*, p. 32.

e) Comportamento das partes como forma de chegar à vontade comum.

Sem prejuízo das regras gerais de interpretação estabelecidas no novo CC, esse entendimento sobre critérios específicos na análise de contratos comerciais é algo razoável e se deve, especialmente, em função de o direito empresarial ter nuances e características próprias[167], assim como a própria boa-fé deve ter contornos distintos em situações de prevalência de direito consumerista, civil ou empresarial, conforme ensina Judith Martins-Costa[168]. Assim, os textos normativos, especialmente as regras legais de interpretação, quando aplicados nesse contexto comercial, devem ser vistos de forma adequada à realidade que disciplinam[169].

Betti[170], por sua vez, critica o denominado "preconceito individualista", baseado no dogma da busca pela vontade das partes, como se esta pudesse ser reduzida a um dado isolado de natureza psicológica sem relação com um "fato social da sua objetiva reconhecibilidade". Ou seja, para o autor, seria impossível ter uma intepretação puramente subjetiva, uma vez que a própria vontade das partes se origina de um contexto social cuja verificação é necessariamente objetiva.

Complementa o autor afirmando que a questão interpretativa não está na busca das coincidências incidentais entre os estados de ânimos concebidos no íntimo das partes, mas na

[167] "Nessa linha, o novo Código Civil brasileiro corporificou vários princípios de correção de dogmas liberais, positivando em textos normativos tendências já esboçadas pela doutrina e pela jurisprudência comerciais. Por exemplo, a boa-fé objetiva como fundamento do sistema, sedimentada há séculos pela tradição mercantil. Mas essa "nova" ordem de preocupações impacta de forma diversa as relações jurídicas estabelecidas entre empresários ou sociedades empresárias e aquelas nas quais são envolvidas pessoas não ligadas diretamente à produção de bens ou serviços. Justamente porque o direito empresarial possui uma lógica peculiar, os textos normativos requerem uma interpretação/aplicação diversa, adequada à realidade que disciplinam. Nas últimas décadas, os estudos empreendidos pela doutrina fizeram-nos ver como essa lógica própria do direito comercial impulsiona e é indispensável ao fluxo de relações econômicas. Por essa razão, um idealismo ingênuo e exagerado em torno de "novos" dogmas não pode cegar o intérprete a ponto de fazê-lo aplicar açodadamente textos normativos de abrangência geral (ou mesmo de inspiração consumerista) a contratos empresariais, desconsiderando sua especificidade em relação aos contratos de natureza diversa. Enfim, uma eventual orientação distorcida (ou seja, dando guarida a princípios conflitantes com a lógica comercialista) influenciará a interpretação dos contratos celebrados entre empresários ou sociedades empresárias e, consequentemente, poderá dificultar a concretização da função econômica deles esperada. O sistema jurídico, em um contínuo processo de adaptação, busca neutralizar os fatores de instabilidade que comprometeriam a preservação do mercado. Em outras palavras, a eliminação de distorções conjunturais (decorrentes do mercado ou do modo de produção) visa à preservação do mesmo mercado, no qual os agentes econômicos podem atuar, conquistar novos consumidores – e, portanto, competir. Repise-se, entretanto: isso não significa que, para o funcionamento do sistema comercial, deva ser admitido um liberalismo sem fronteiras (quer inspirado no movimento do século XIX, quer em uma exacerbada aplicação de teorias ligadas à Escola de Chicago), muito ao contrário. A correção do sistema é imprescindível. De toda sorte, como diz o adágio popular brasileiro: "nem tanto ao mar, nem tanto à terra (...)." Há pressupostos teóricos e fáticos do direito empresarial que devem ser observados quando tratamos da interpretação dos negócios comerciais." FORGIONI. *Op. cit.*, p. 31.

[168] MARTINS-COSTA. *Op. cit.*, 2000.

[169] FORGIONI. *Op. cit.*

[170] BETTI, E. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Ed. A. Giuffre, 1971, pp. 389 ss.

recíproca congruência de comportamentos socialmente reconhecidos, sendo que estes não podem ser atingidos sem uma análise objetiva em busca de seus significados. No mesmo sentido, ensina Paula A. Forgioni[171] que a interpretação dos acordos empresariais sem levar em consideração a lógica comercialista acabará por retirar deles a própria função social deles esperada. Como visto, tal função social necessariamente abarca, especialmente nos contratos empresariais, também a função econômica, ou seja, a própria razão de existir.

Continua a autora (2003, p. 21) [172] explicando que, quando o CC determina a interpretação dos negócios de acordo com a boa-fé objetiva, ele está ali retratando uma tradicional e antiga norma de direito mercantil, extremamente útil aos empresários, qual seja, a roupagem de forma não íntima, mas objetiva, segundo padrões de comportamento normalmente aceitos em determinados mercados, baseados em usos e costumes comerciais.

Nas palavras de Judith Martins-Costa[173], na aplicação da cláusula geral ao caso concreto, de forma objetivada, assim como acontece na análise da própria cláusula geral de boa-fé objetiva, deve o intérprete desprender-se exclusivamente da pesquisa da intencionalidade da parte. E o que importaria é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.

Como visto, ao contrário do subjetivismo pregado por Silvio Venosa, nosso CC adotou a teoria da confiança como regra de interpretação, exigindo análise também exteriorizada da vontade, corroborada pela consagração da boa-fé objetiva como princípio basilar para interpretação dos negócios jurídicos, juntamente com usos e costumes. Essa solução é essencial para a efetiva interpretação dos negócios empresariais. Trata-se de esforço hermenêutico para dotar o sistema de adequado grau de segurança/previsibilidade e evitar o retrocesso[174].

Assim, a interpretação de um negócio empresarial não pode ter perspectiva meramente subjetivista, em busca da vontade das partes, mas, conforme expostos nas novas regras

---

[171] "Enfim, uma eventual orientação distorcida (ou seja, dando guarida a princípios conflitantes com à lógica comercialista) influenciará a interpretação dos contratos celebrados entre empresários ou sociedades empresárias e, consequentemente, poderá dificultar a concretização da <u>função social deles esperada</u>." *(grifo nosso).* FORGIONI. *Op. cit.*, p. 21.
[172] FORGIONI. *Op. cit.*
[173] MARTINS-COSTA. *Op. cit.*, 2000.
[174] FORGIONI. *Op. cit.*

interpretativas do CC, retrato de amplo entendimento de nossa jurisprudência[175], deve utilizar também usos e costumes, refletidos nas práticas de mercado de cada caso concreto, como fonte para atingir o melhor resultado para o caso.

A racionalidade econômica do acordo sob tal ponto de vista objetivo, refletida na função socioeconômica, não pode ser simplesmente desconsiderada. Assim, utilizando elementos subjetivos, mas também elementos objetivos, o aplicador do direito deve buscar no fato concreto a interpretação funcional que dê o melhor sentido à existência e aplicação da cláusula de melhores esforços.

[175] REsp 260.561; STJ, Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 04/02/2000.

6 A CLÁUSULA NA PRÁTICA

Em linha com o levantamento feito no portal da internet da BM&FBovespa, que trata especificamente de acordos de acionistas de companhias abertas, está claro que a utilização da cláusula é ampla na prática nacional em diversos outros tipos de contratos.

Na realidade, tendo em vista a sua adaptabilidade inerente, a cláusula de melhores esforços está presente desde um contrato de adesão em uma relação de consumo, até um complexo contrato de compra e venda de ações entre grandes grupos econômicos. Sua presença é ainda mais certa em contratos de cunho internacional, seja pela presença de partes estrangeiras, seja pela importação da cláusula em função da prática global. Contratos de transporte e de compra e venda internacionais são exemplos claros neste sentido.

Como vimos, serve a cláusula como importante instrumento de negociação, por razões distintas. Primeiro, como aqui amplamente demonstrado, por questões econômicas relacionadas aos custos de transação, assimetria de informações e racionalidade limitada das partes. Entretanto, existem outros possíveis fatores de ordem prática, como, por exemplo, a ausência de tempo para se continuar a negociação ou a clara indefinição quanto a um tema específico.

Em vista desta ampla potencialidade de utilização, algumas recomendações práticas podem ser interessantes:

a) Primeiro, verifique a própria necessidade de utilização da cláusula. Veja se realmente não é possível detalhar o objeto da obrigação e o resultado esperado. Caso negativo, verifique se efetivamente é relevante a presença uma cláusula de melhores esforços, especialmente se a parte quer significar apenas atuação em boa-fé;

b) Se possível, tente esclarecer o que se entende por “melhores esforços” nas definições do contrato ou na própria cláusula a que eles se referem, dando assim um melhor

entendimento da conduta esperada pelas partes e um direcionamento ao juiz ou árbitro, em caso de eventual litígio[176].

c) Tente redigir uma cláusula de melhores esforços o mais completa possível, com as informações que detém no momento da negociação. Ou seja, por exemplo, ao invés de dizer "envidar seus melhores esforços para publicar o artigo", diga "envidar seus melhores esforços para publicar o artigo completo, incluindo em websites, publicações impressas e revistas especializadas, no prazo de 90 dias".

d) Evite utilizar termos distintos para significar melhores esforços, a não ser que claramente queira escolher padrões de condutas diferentes. Ou seja, por exemplo, explicite o que significa "melhores esforços" e o que seria considerado como "esforços comercialmente razoáveis", caso eles venham a ser utilizados no mesmo documento;

e) Evite utilizar a cláusula como mera representação do dever de boa-fé, previsto legalmente. Como vimos, o que se espera é um padrão de conduta superior, aplicável conforme contexto socioeconômico;

f) Especialmente em contrato internacionais, avalie previamente o entendimento jurisprudencial predominante sobre o tema no foro competente, inclusive, eventualmente, sugerindo a alteração do local, caso esta mudança seja relevante para o reconhecimento de uma cláusula crítica de melhores esforços.

Obviamente, existem riscos práticos no caso de escolha por uma cláusula de melhores esforços. Primeiro, deixar vago aquilo que poderia ser facilmente descrito pelo entendimento comum das partes pode gerar um risco em interpretações futuras. Ou seja, de forma oportunista, apesar da conduta esperada ser clara para o senso comum dentro daquele mercado, uma das partes poderá se valer da cláusula para argumentar por um padrão distinto

[176] Exemplo: *"Reasonable Efforts" means, among other things, that the Company shall submit to the SEC, within two business days after the Company learns that no review of a particular Registration Statement will be made by the staff of the SEC or that the staff has no further comments on the Registration Statement, a request for acceleration of effectiveness of that Registration Statement to a time and date not later than 48 hours after submission of that request*.". Ou ainda, de forma mais genérica: "*The obligation to use best efforts is satisfied if the effort is comparable to efforts made in earlier dealings or in accordance with industry standards."*

daquele percebido inicialmente pelas partes, negando ou, ao menos, postergando o cumprimento contratual.

Segundo, sempre existirá um risco na fixação de um standard de conduta por um terceiro, seja um juiz ou um árbitro. Por mais que os critérios interpretativos aqui mencionados sejam utilizados pelo julgador, ainda assim, existirá a possibilidade de uma percepção equivocada ou um processo mal instruído.

Terceiro, como vimos, existe uma questão de custo de transação. Se mal calculado, os custos de litígio e *enforcement* da cláusula poderão ser superiores aos seus custos de negociação e inserção no acordo. Neste cenário, a opção pela inclusão da cláusula será economicamente equivocada.

Assim, percebe-se que tal decisão sobre a utilização da cláusula de melhores esforços é complexa e exige algumas considerações conforme cada caso concreto. É responsabilidade do advogado contratual não ver o tema de forma superficial. Como vimos, é uma obrigação de meio válida que exige, portanto, um aprofundamento jurídico e fático quanto à sua necessidade e características para cada situação antes de sua inclusão.

7 CONCLUSÃO

Por todo o exposto neste trabalho, pretende-se buscar uma nova perspectiva para a análise da cláusula de melhores esforços no ordenamento jurídico brasileiro, hoje amplamente aceita e utilizada no mundo empresarial nacional – e internacional –, conforme aqui demonstrado. O levantamento realizado com os acordos de acionistas de companhias abertas brasileiras comprova a alta presença há anos deste tipo de ajuste e representa importante indício de uma prática consolidada já percebida de utilização da referida cláusula em diversos outros tipos de contratos nacionais.

Neste sentido, a impossibilidade de acessar as bases de decisões arbitrais nacionais quanto ao tema, em função de sua confidencialidade, é certamente um importante limitador ao presente trabalho. Seria muito interessante complementar o presente estudo com a verificação de formas de utilização da cláusula e, especialmente, com situações de litígios reais e constatação de modelos interpretativos de nossos árbitros. Tem-se, assim, uma interessante oportunidade de pesquisa futura, caso o acesso a tais bases seja concedido.

O nosso ambiente nacional quanto ao tema ainda é inseguro. Para termo de exemplificação, cabe trazer aqui uma situação com considerável probabilidade de ocorrência, muito similar àquilo que se passou no caso Bloor vs Falstaff. Imagine-se um contrato entre duas empresas sofisticadas, com cláusula de melhores esforços para obtenção de uma licença em determinado período e uma cláusula resolutiva expressa em caso de inadimplemento.

Após certo tempo, a parte à qual a obrigação se refere, por qualquer motivo, apesar de, em boa-fé, procurar o Poder Público para obtenção da licença, o faz de forma incompleta e lenta, talvez por desconhecimento técnico, em desacordo com aquilo que seria esperado de outro empresário naquela posição e mercado. A outra parte, inconformada, notifica alegando clara violação à cláusula de melhores esforços, exigindo ações concretas para a obtenção da referida licença, sob pena de resolução contratual e responsabilização por perdas e danos.

Nesse contexto, não obtida a licença, expõe-se aqui o questionamento. Deveria o advogado da empresa prejudicada recomendar a aplicação da cláusula resolutiva em função de violação à cláusula de melhores esforços, obviamente, considerando eventuais outras nuances do caso

concreto? No caso de comprovação de ausência das condutas esperadas para uma pessoa nesse mercado e na mesma posição, seria essa resolução validada pelo Judiciário com a respectiva apuração de perdas e danos? Ou deveria o Judiciário se abster de tal debate alegando se tratar de cláusula geradora de obrigação meramente moral? Ou, reconhecendo a eficácia própria da cláusula, concluir tratar-se de mera exteriorização dos deveres anexos decorrentes da cláusula geral de boa-fé objetiva? Não parece o caso. Por fim, reconhecida e validada a cláusula, como o grau de conduta esperado deveria ser interpretado e definido?

Como visto, existe uma justificativa econômica clara para a utilização da cláusula, por meio de decisão deliberada das partes em alocação de custos. Assim, tal intenção não pode ser simplesmente desconsiderada. A cláusula, ao contrário do que argumentou Silvio Venosa, não é inócua, ou de caráter meramente moral. Pelo contrário, por conter uma obrigação de meio, ela está necessariamente sujeita a uma avaliação fática pelo Judiciário para verificação do correto padrão de diligência aplicável a cada caso concreto.

Não se pode permitir insegurança jurídica quanto ao tema em oposição à expectativa comercial dos empresários que a negociam. Tal cláusula, negociada e reconhecida globalmente, deve ter no Brasil o *enforcement* garantido, com a intervenção do Judiciário ou árbitros na busca pela melhor interpretação quando de sua análise e aplicação, valendo-se para tanto de todas as informações que se dispuser, de cunho subjetivo ou objetivo. Como visto, existe escassa mas interessante jurisprudência nesse sentido.

Ademais, a cláusula de melhores esforços não é apenas um retrato dos deveres anexos decorrentes da boa-fé objetiva. Conforme visto, se as partes barganham pela expressa inclusão no contrato, é porque provavelmente pretendem um padrão de conduta diferente daquele que a lei lhes dá implícita e "gratuitamente".

Nesse sentido, apesar das diferenças no conceito de boa-fé dos direitos norte-americanos e brasileiros, a jurisprudência majoritária norte-americana, que considera a cláusula de melhores esforços como algo distinto e superior aos deveres decorrentes de boa-fé, apresenta a melhor interpretação, que pode e deve ser adotada por nossos juristas por melhor refletir o intuito das partes que a negociam e a inserem nos acordos, ainda que em um ambiente legal de existência da cláusula geral da boa-fé. Não obstante, conforme anteriormente exposto, a

boa-fé objetiva será instrumento fundamental na análise do cumprimento da própria obrigação de melhores esforços, como pano de fundo da conduta a ser avaliada e interpretada.

Por fim, a interpretação da cláusula não deve ser feita por meio de análise puramente subjetiva. A mesma está inserida, na maioria das vezes, em um contrato empresarial, cujas regras interpretativas devem necessariamente ser flexibilizadas para incluir elementos objetivos. Esse é, certamente, o melhor entendimento do próprio artigo 113 do novo Código Civil, bem como da teoria da confiança adotada no seu artigo 112.

É papel da doutrina, em linha com a recente jurisprudência brasileira sobre o tema, analisar a cláusula de melhores esforços de forma atualizada, conforme a realidade empresarial brasileira, reconhecendo-a e dando-lhe eficácia, dispondo-se a interpretá-la de forma ampla, com base em princípios largamente aceitos de direito privado retratados na legislação vigente, incluindo a verificação de parâmetros de mercado, usos e costumes, para encontrar então a melhor visão para definição da conduta esperada, buscando, assim, atingir a própria função socioeconômica do ajuste. Os empresários nacionais, certamente, agradecerão.

REFERÊNCIAS

ADAMS, K.A. Understanding 'best efforts' and its variants (including drafting recommendations), 50 *Prac. Law.* 11, 14, 2004.

AZEVEDO, J. Negócios jurídicos: existência, validade e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

BATTERMAN, D.A. "But I'll try really, really hard!": using "best efforts" clauses, 2007. Disponível em <http://www.battermanlaw.com/articles/besteffortsclauses.html#fn11>. Acesso em 02 dez. 2015.

BETTI, E. *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*. Ed. A. Giuffre, 1971, pp. 389 ss.

BLOOR v. Falstaff Brewing Corp., 601 F.2d 609, 613 (2d Cir. 1979).

BOUVIER, J. *A Law Dictionary.* Adapted to the Constitution and laws of the United States of America and of the several States of the American Union. Revised Sixth Edition, 1856. Disponível em <http://www.constitution.org/bouv/bouvier.htm>. Acesso em 12 jan. 2015.

BROUSSEAU, E.; GLACHANT, J. M. The economics of contracts: theories and applications. *Revue d'Economie Industrielle,* no. 92, 2000, pp. 67-80.

CARLSON Distributing Co. v Salt Lake Brewing Co. No. 20030017 (Utah Court of Appeals, 2003)

CHIOVENDA, G. *Istituzioni di diritto processuale civile.* I, Napoli, art. z33, Jovene, 1933, p. 188.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS (CVM). Instrução 358/2002. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/inst/anexos/300/inst358consolid.pdf>. Acesso em 12 jan. 2016.

COMPARATO, F.K. *Obrigações de meios, de resultado e de garantia.* São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 386, 1967. p. 26-35.

COOTER, R.; ULEN, T. *Direito & economia.* 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORBIN, A.L. *Corbin on contracts.* [Perillo], rev. ed. 1993-present. [15 vol.; updated by supplements and pocket parts] XXKF801.C65 1993, D'Angelo Law Library, Bookstacks & Reserve Room, p. 246

CORDERO-MOSS, G. Harmonized contract clauses in different business cultures. In: WIHELMSOON, T.; PAUNIO, E.; POHJOLAINEN, A. (eds.). *Private law and the main cultures of Europe.* Kluwer International, 2007, pp. 221-239.

CORPORATE Lodging Consultants, Inc. v. Bombardier Aero. Corp, CASE NO. 03-1467-WEB (2005).

CRUZ v. FX Direct Dealer, LLC (2d Cir. 2013).

FARIAS, C.C.; ROSENVALD, N. Lineamentos acerca da interpretação do negócio jurídico: perspectivas para a utilização da boa-fé objetiva como método hermenêutico. *Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor.* Porto Alegre, v.18, 2008, p. 8-32.

FARNSWORTH, E. A. *Farnsworth on contracts,* 2ª ed., 1998.

_____. On trying to keep one's promise: the duty of best efforts in contract law, 46, U. *Pitt. Law Rev.* 1, 8, 1984, p.7-13.

FERNANDES, W. *Cláusulas de exoneração e de limitação de responsabilidade. São* Paulo: Saraiva, 2013, p. 275-93.

FIRST Union Nat'l Bank v. Steele Software Sys. Corp., 838A.2d 404, 428 (Md. Ct. Spec. App. 2003)

FORGIONI, P.A. A interpretação dos negócios empresariais no novo código civil Brasileiro. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro,* nº 130, 2003, pp. 7-36.

GENEVIEVE, V. *Traité de droit civil.* Les Obligation, t. IV, Paris, LGDJ, 1982.

GILLIAN, K.H. Judicial competence and the interpretation of incomplete contracts. *Journal of Legal Studies,* vol. 23: n. 1, Article 6. 1994, p. 159-84.

_____. Weighing the value of vagueness: an economic perspective on precision in the law, 82 *Cal. Law Rev. 541*, 1994, p. 541-4.

GIOGIANNI, M. *Obbligazione (diritto privatto).* Novíssimo digesto italiano. Torino: UTET, 1965. Vol. XI, p. 587.

GOETZ, C.J.; SCOTT, R.E. Principles of relational contracts, 67 *Virginia Law. Rev.* 1089, 1981, p. 1089-150.

GOLDBERG, V. P. *Framing contract law:* an economic perspective. Harvard: Harvard University Press, 2006.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

_____. *Introdução ao direito civil.* 14ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 562.

_____. *Obrigações.* 16ª ed. Rio de Janeiro Paulo: Forense, 2005, p. 24.

GREAT W. Producers Coop. v. Great W. United Corp., 613 P.2d 873, 878 (Colo. 1980).

HAMLIN, C.W. Be clear when using best efforts. *The St. Louis Bar Journal,* 2011, p. 10-16

HART, H.L.A. *The concept of law,* ch. VII, 1961.

HERMALIN, B.E. Vague terms: contracting when precision in terms is infeasible. *Journal of Institutional and Theoretical Economics,* 2008, p. 76-94.

HINC v. Lime-O-Sol Co., 382 F.3d 716, 721 (7th Cir. 2004).

JILLCY Film Enterprises, Inc. v. Home Box Office, Inc., 593 F.Supp N.Y.S.2d 45 [1st Dept.2004]

KFOURI NETO, M. *Reponsabilidade civil do médico.* 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 168-9.

KLEIN, B. *The role of incomplete contracts in self-enforcing relationships.* Cambridge University Press, 2002. SCOTT, R.E.; TRIANTIS, G.G. *Anticipating litigation in contract design.* 115 Yale L.J. 814, 2006, p. 101-70

LEÃES, L.G.P. de B. A obrigação de melhores esforços (Best Efforts). *Rev. De Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro,* ano XLIII, n 134, 2004, pp 7-11.

LTV Aerospace and Defense Co. v. Thomson-CSF, S.A. & VT Missile Co. 198 B.R. 848, 858 (S.D.N.Y. 1996).

MARTIN v. Monumental Life Ins. Co., 240 F.3d 223, 233 (3d Cir. 2001).

MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé no direito privado*: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

_____. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Brasília. *Revista de Informação Legislativa,* 1998, p. 5-22.

MCKINLEY Allsopp, Inc. v. Jetborne Int'l, Inc., No. 89 Civ. 1489 (PNL), 1990 WL 138959, at *7 (S.D.N.Y. Sept. 19, 1990).

MENDES, M.C.V.; RODRIGUEZ, C.F. Notas sobre alocação de riscos e garantias contratuais. In: FERNANDES, W. (coord.). *Fundamentos e princípios dos contratos empresariais.* São Paulo: Saraiva, 2007.

MENEZES, C. *Da boa-fé no direito civil.* Coimbra: Coimbra, 1997.

MIDLAND Land Reclamation Ltd. v. Warren Energy Ltd. (1995) ORB No. 254.

MILLER, Z. Best efforts? Differing judicial interpretations of a familiar term, 48 *Ariz. Law. Rev.* 2006, pp. 615-38.

NATALINO, I. *Texto e contexto.* Pádua: Cedam, 1996, p. 2.

NATIONAL Data Payment Sys., Inc. v. Meridian Bank, 212 F.3d 849, 854 (3d Cir. 2000).

NCNB National Bank of North Carolina v Bridgewater Steam Power Co. U.S. District Court for the Western District of North Carolina - 740 F. Supp. 1140 (W.D.N.C. 1990)

NEGREIROS, T. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé.* Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 233.

NEGREIROS, T. *Teoria do contrato:* novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NON-LINEAR Trading Co. v. Braddis Assocs (NY App. Div. 1998)

PARGENDLER, M. Modes of gap filling: good faith and fiduciary duties reconsidered. *Tulane Law Review,* vol. 82, 2008.

PARK, Rob. Putting the "best" in best efforts, 73 U. *Chi. Law Rev.*, 2006, pp. 705-29.

PEREIRA, C.M.S. *Instituições de direito civil.* Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2005. p. 502.

PERLIGIERI, P. *Manuale di diritto civile*. Napole: ESI, 1997, p. 214.

PERMA Research & Development, Plaintiff-appellee, Appellant, v. the Singer Company, 542 F.2d 111 (2d Cir. 1976)

PETTINELLI, C. Good faith in contract law: two paths, two systems, the need for harmonization, 2005. Disponível em <http://www.diritto.it/archivio/1/20772.pdf>. Acesso em 02 dez. 2015.

PINNACLE Books, Inc. v. Harlequin Enterprises, Ltd., 519 F. Supp.118, 121–22 (S.D.N.Y. 1981)

PINTO JR., M.E. Importação de modelos contratuais, 2013. Disponível em <http://www.valor.com.br/legislacao/3285322/importacao-de-modelos-contratuais#ixzz2g67jLpLb>. Acesso em 02 dez. 2015.

PIPS (Leisure Prods.) Ltd. v. Walton (1981) EGD 100.

POSNER, R.A. Rational choice, behavioral economics, and the law. *Stanford Law Review,* 50(5), 1998. p. 1551-75.

POSNER, R.A. The law and economics of contract interpretation. *Chicago Law & Economics,* Olin Working Paper nº 229, 2004.

RACKAM v Peek Foods Limited (1990) BCLC 895

RE Gulf Oil/Cities Serv. Tender Offer Litig., 725 F. Supp. 712, 730 (S.D.N.Y. 1989).

REHBEIN, A.A. Los mejores esfuerzos (best efforts) en el derecho contemporáneo de los contratos. *Estud. Socio-jurid.*, Bogotá (Colombia), 2006, página 16.

RENTERÍA, P. *Obrigações de meios e de resultado:* análise crítica. Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2011. p. 33

RESTATEMENT (Second) of Contracts. 1981. American Law Institute. Disponível em <http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm>. Acesso em 12 jan. 2015.

RHODIA Int'l Holdings Ltd. & Rhodia UK Ltd. v. Huntsman Int'l LLC (2007) EWHC 292 (Comm).

SALE and Supply of Goods, Law Com. N. 160, 1987.

SCOTT, R.E.; TRIANTIS G.G. Principles of contract design. *Yale Law Journal*, Vol. 115, 2005.

SEBASTIÃO, J, Responsabilidade Médica Civil, 3ª ed. Ed. Del Rey, 2003, pp. 98-99

SILVA, C.V. C. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SMITH V ERIC BUSH [1990] 1 AC 831 HL

SOROOF Trading Dev. Co., Ltd. v. GE Fuel Cell Sys., LLC (S.D.N.Y. 2012).

SPIER, K.E. Incomplete contracts and signaling, 23(3). *The Rand J. Econ.* 432, 1992.

STANLEY v. Richmond (1995). 35 Cal. App. 4th 1070.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Resp 260.561. Rel. Min. Ari Pargendler, j. em 04/02/2000.

TEPEDINO, G. *Novos princípios contratuais e teoria da confiança.* Temas de direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, tomo II, 2006, p. 248.

TERREL v Mabie Todd & Co Limited (1952) 69 RPC 234.

TEUBNER, G. Legal irritants: good faith in British law or how unifying law ends up in new differences. *Modern Law Review,* Vol. 61, 1998, pp. 11-32.

THEODORO JR., Humberto. *Contrato e sua função social.* Rio de Janeiro: Forense. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. *Apelação nº 2.0000.00.332175-5/0001*. Relator Batista Franco, j. em 29/09/2001

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO (TJSP). *Apelação nº 0007971-47.2010.8.26.0564.* Relator Salles Vieira, j. em 21/11/2013.

_____. *Apelação com Revisão nº 0005200-96.2011.8.26.0003*. Relator Sá Moreira de Oliveira, j. em 25/08/2014

_____. *Apelação nº 0141881-18.2007.8.26.0002.* 27ª Câm. Rel. Dimas Rubens Fonseca, j. 14/09/2010

_____. *Apelação nº 9000026-74.2011.8.26.0577*. Relator Luiz Antonio Costa, j. em 07/08/2013.

_____. *Apelação nº 9121881-10.2008.8.26.0000.* 36ª Cam. Rel. Dyrceu Cintra. j. em 12/03/2009.

_____. *Apelação nº 9226484-71.2007.8.26.0000*. Relator Ricardo Pessoa de Mello Belli, j. em31/08/2011

_____. Apelação nº 9297134-12.2008.8.26.0000, TJ-SP. Relator Júlio Vidal, j. em 13/09/2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ (TJP). *Apelação nº 1590298PR0159029-8.* Relator Costa Barros, j. em 04/10/2000

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL (TJRGS). *Ap. Civ. nº 596230888,* 5ª C. Cív., TJRGS, Rel. Des; Luiz Felipe Brasil Santos, j. em 05.06.97

TRIPLE-A Baseball Club Assoc. v. Northeastern Baseball, Inc., 655 F. Supp. 513 (D. Me. 1987).

UNITED Telecommunications, Inc. v. American Television & Communications Corp. (536 F.2d 1310 (1976)

VENOSA, S.S. A cláusula de melhores esforços nos contratos. 2003. Disponível em <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/7870-7869-1-PB.htm>. Acesso em 02 dez. 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil:* teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. Vol. II. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

VETESSE, M.C. Multinational companies and national contracts. In CORDERO-MOSS, G. (ed.). *Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, pp. 20-33.

VLIET JR., J.M.V. "Best efforts" promises under Illinois Law, 88, *Ill. Bar* 698, 698-99, 2000.

WESTERN Geophysical Co. of America, Inc v. Bolt Assocs., Inc.

WILLISTON, S.J.; LORD, R.A. *A treatise on the law of contracts*, note 6 §32:5, 1990.

ZILG v. Prentice-Hall, 717 F.2d 671, 681 (1983), cert denied, 466 U.S. 938 (1983).

ZIMMERMANN, R.; WHITTAKER S. *Good faith in European contract law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2000.