

Revista Brasileira de Direito Civil

IBDCivil

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO CIVIL

ISSN 2358-6974

Volume 2

Out / Dez 2014

Doutrina Nacional / Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho / Eroulths Cortiano Júnior / Guilherme Calmon Nogueira da Gama / João Gabriel Madeira Pontes / Pedro Henrique da Costa Teixeira / José Fernando Simão

Doutrina Estrangeira / Neil Andrews

Pareceres / Arnaldo Wald / Gustavo Tepedino

Atualidades / Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior

Resenha / Fabiano Pinto de Magalhães

Vídeos e Áudios / Gustavo Tepedino

SEÇÃO DE DOCTRINA: Doutrina estrangeira

INTERPRETAÇÃO DOS “CONTRATOS ESCRITOS” NA INGLATERRA¹

Interpretation of Written Contracts in England

Neil Andrews

Professor de Direito Processual Civil e de Direito Privado na Universidade de Cambridge e Membro honorário (*bencher*) da associação dos advogados de Middle Temple (nha1000@cam.ac.uk).

Resumo: Este artigo analisa os mais relevantes princípios que balizam a interpretação de contratos escritos no direito inglês. Trata-se de uma análise completa e incisiva que compreende desde a atual legislação até o entendimento contemporâneo da doutrina, incluindo tanto o princípio equitativo da retificação como os poderes dos Tribunais Recursais e da Suprema Corte no caso de recursos sobre decisões arbitrais. O tema da interpretação de contratos escritos é dinâmico e possui grande importância, uma vez que a interpretação é o principal aspecto comercial em litígios e pelo fato de o direito inglês ser recorrentemente aplicado para inúmeros negócios transnacionais.

Palavras-chave: Contratos Escritos; Interpretação; Direito Inglês; Cortes Recursais.

Abstract: This article examines the leading principles governing interpretation of written contracts under English law. This is a comprehensive and incisive analysis of the current law and of the relevant doctrines, including the equitable principles of rectification, as well as the powers of appeal courts or of the High Court when hearing an appeal from an arbitral award. The topic of interpretation of written contracts is fast-moving. It is of fundamental importance because this is the most significant commercial focus for dispute and because of the number of cross-border transactions to which English law is expressly applied by businesses.

Keywords: Written Contracts; Interpretation; English Law; Appeal Courts.

¹ Artigo original *Interpretation of Written Contracts in England*, traduzido por Breno Luiz Guilherme Gaspar, Flávia Costella de Pennafort Caldas, Gustavo Cavaliere da Rocha, Luiz Filipe Esteves Cunha, Maria Beatriz Silva Machado Paschoal e Pedro Moysés Delfino.

Sumário: Introdução – 1. Interpretação – 2. Retificação – 3. Recursos em questão de interpretação ou de retificação – 4. Considerações finais

Introdução²

Neste tema, a abordagem inglesa definitivamente se distingue do entendimento de outros ordenamentos.³ No Direito inglês, o objetivo está em descobrir qual

²Textbooks: Neil Andrews, *Contract Law* (Cambridge University Press, 2011), 14.01- to 14.32 (o autor também analisa o processo civil na obra *Andrews on Civil Processes* (Intersentia, Cambridge, 2013), vol I, *Court Proceedings* at ch 15; sobre recursos a partir de decisões arbitrais envolvendo o Direito inglês, *Andrews on Civil Processes* (Intersentia, Cambridge, 2013), vol II, *Arbitration and Mediation*); K Lewison, *Interpretation of Contracts* (5thedn, London, 2011; e primeira revisão em Dezembro 2013); G McMeel, *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication and Rectification* (Oxford, 2ndedn 2011) (veja também McMeel, 'The Interplay of Contractual Construction and Civil Justice: Procedures for Accelerated Justice' (2011) *European Business L Rev* 437-449); Catherine Mitchell, *Interpretation of Contracts* (London, 2007); (para uma análise da perspectiva australiana) JW Carter *The Construction of Commercial Contracts* (Hart, Oxford, 2013). Outras discussões: Lord Bingham, 'A New Thing Under the Sun: The Interpretation of Contract and the ICS Decision' (2008) 12 *Edinburgh LR* 374; R Buxton, "'Construction" and Rectification After *Chartbrook*' [2010] *CLJ* 253; A Burrows, 'Construction and Rectification', in A Burrows and E Peel (eds), *Contract Terms* (Oxford University Press, 2007), 88 *et seq*; R Buxton, "'Construction" and Rectification After *Chartbrook*' [2010] *CLJ* 253; J Cartwright, 'Interpretation of English Law in Light of the Common Frame of Reference' in H Snijders and S Vogenauer (eds), *Content and Meaning of National Law in the Context of Transnational Law* (Sellier, 2009); Lord Gribner, 'The Iterative Process of Contractual Interpretation' (2012) 128 *LQR* 41; Lord Hoffmann, 'The Intolerable Wrestle with Words and Meanings' (1997) *South Africa LJ* 656; E McKendrick, in S Worthington (ed), *Commercial Law and Commercial Practice* (Hart, Oxford, 2003); D McLauchlan, 'Contract Interpretation: What is it About?' (2009) 31 *Sydney Law Review* 5; Lord Nicholls, 'My Kingdom for a Horse: the Meaning of Words' (2005) 121 *LQR* 577; Lord Phillips, 'The Interpretation of Contracts and Statutes' (2002) 68 *Arbitration* 17; Spigelmann CJ, 'From Text to Contract: Contemporary Contractual Interpretation' (2007) 81 *ALJ* 322; Sir Christopher Staughton, 'How Do The Courts Interpret Commercial Contracts?' [1999] *CLJ* 303; para leitura comparativa, veja a nota n° 3 abaixo.

³ Para leituras comparativas a respeito da interpretação de contratos, MJ Bonell, 'The UNIDROIT Principles and CISG – Sources of Inspiration for English Courts?' [2006] 11 *Uniform Law Review* 305; MJ Bonell (ed), *The UNIDROIT Principles in Practice: Case Law and Bibliography on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (2nd ed, Ardsley, NY, USA, 2006), 144; Eric Clive in H MacQueen and R Zimmermann (eds), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives* (Edinburgh University Press, 2006), ch 7 at 183; E Allan Farnsworth, 'Comparative Contract Law' in M Reimann and R Zimmermann (eds), *The Oxford Handbook of Comparative Law* (Oxford University Press, 2006), ch 28, at 920 *et seq*; C Valke, 'On Comparing French and English Contract Law: Insights from Social Contract Theory' (2009) *Jo of Comparative Law* 69-95 (citado como 'Iluminador' por Lord Hoffmann no caso *Chartbrook* [2009] UKHL 38; [2009] 1 *AC* 1001, at [39]); 'Contractual Interpretation: at Common Law and Civil Law: An Exercise in Comparative Legal Rhetoric' in JW Neyers, R Bronaugh, SGA Pitel (eds), *Exploring Contract Law* (Hart, Oxford, 2009), 77-114; S Vogenauer, 'Interpretation of Contracts: Concluding Comparative Observations', in A Burrows and E Peel (eds), *Contract Terms* (Oxford, 2007), ch 7; S Vogenauer and J Kleinheisterkamp (eds), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (Oxford University Press, 2009), 311; K Zweigert and H Kötz, *An Introduction to*

é o sentido linguístico objetivo pretendido pelas partes nos contratos escritos. Assim, as cortes inglesas não permitem que as partes argumentem sob a perspectiva subjetiva e pessoal em torno da interpretação do que foi escrito. Da mesma forma, não é usual que as cortes inglesas considerem válidos argumentos referentes às negociações ocorridas antes da elaboração do contrato como suporte para interpretar as cláusulas do contrato posteriormente redigido. Especificamente sobre este ponto de usar o que foi discutido previamente sobre o contrato para interpretar sua redação, é preciso fazer uma ressalva, uma vez que as cortes tendem a aceitar este comportamento quando as partes fazem uso do instrumento do remédio da retificação, buscando a solução por equidade. Essa exceção será discutida com maiores detalhes no tópico III do presente artigo. Em resumo, o princípio da retificação é um remédio equitativo, permitindo que a corte insira novas palavras para melhor refletir o verdadeiro consenso, objetivamente verificável, que existiu imediatamente antes da formalização do acordo.⁴ Assim, a retificação permite que a corte altere o sentido de cláusulas escritas se houver evidências de que as partes falharam em refletir nas cláusulas do contrato o que foi realmente acordado, desde que o consenso em torno deste acordo seja objetivamente factível e claro.

Finalmente, cabe dizer que o advogado de *civil law* considerará notável o fato de que toda esta área não é regulada por leis. Todas as normas envolvendo a interpretação de contratos, assim como a doutrina equitativa da retificação (*equitable doctrine of rectification*), são criações jurisprudenciais de tribunais recursais ou de decisões arbitrais que usaram o direito contratual inglês.⁵ Este monopólio judicial na área de contratos, até agora, tem funcionado bem, com as cortes tendo o poder de refinar, e, em alguns casos, de

Comparative Law (trans Tony Weir, 3rdedn, Oxford University Press, 1998), ch 30 (cabe fazer a ressalva de que a discussão destes autores sobre o direito inglês está desatualizada, devido a desenvolvimentos explicados mais especificamente na seção II desse artigo).

⁴Neil Andrews, *Contract Law* (Cambridge University Press, 2011), 14.33 to 14.51; *Chitty on Contracts* (31stedn, London, 2012), 5-110 *et seq*; D Hodge, *Rectification: The Modern Law and Practice Governing Claims for Rectification for Mistake* (London, 2010); G McMeel, *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication and Rectification* (Oxford University Press, 2ndedn, 2011), ch 17; *Snell's Principles of Equity* (32ndedn, London, 2010), ch 16; GH Treitel, *The Law of Contract* (13thedn, by E Peel, London, 2011), 8-059 *et seq*; M Smith, 'Rectification of Contracts for Common Mistake' (2007) 123 LQR 116; D McLauchlan, 'The "Drastic" Remedy of Rectification for Unilateral Mistake' (2008) 124 LQR 608; A Burrows, 'Construction and Rectification', in A Burrows and E Peel (eds), *Contract Terms* (Oxford University Press, 2007), 77.

⁵No caso de referências arbitrais que sejam entre a Inglaterra e o país de Gales, a High Court em Londres deve primeiro dar permissão para um recurso baseado no Direito inglês para que o processo siga para a High Court: s 69(2) e s 69(3), Arbitration Act 1996 (Inglaterra e País de Gales).

corajosamente desenvolver, os princípios norteadores na área. Aliás, há de ser ressaltado que este não é apenas o ponto mais importante do direito contratual inglês, como também, a partir de uma perspectiva prática, o tópico mais dinâmico da doutrina contemporânea.

1. Interpretação

Revisão Recursal: Construção dos Contratos Escritos é uma Questão Legal e não Factual: Se o Direito Inglês regulamenta os negócios jurídicos relevantes, a interpretação de (todos) os ‘contratos escritos’ (incluindo os documentos eletrônicos)⁶ é uma questão de direito⁷ enquanto a interpretação de um contrato não totalmente contido em linguagem escrita (seja oral, ou parte escrita e parte oral) é uma ‘questão de fato’. Cortes recursais têm o poder de revisar erros relativos ao direito da primeira instância, porém, em geral, são deferentes às conclusões factuais.⁸

Objetividade: O ‘princípio objetivo dos negócios jurídicos’ impede referências a entendimentos não revelados e pessoais das partes sobre os efeitos e os significados dos termos escritos.⁹ Lord Hoffmann, no caso *Investors Compensation Scheme* (1998), afirma: “Interpretação [dos contratos escritos] é a averiguação do significado que o documento iria transmitir a uma pessoa razoável, tendo esta todo o conhecimento anterior que estaria razoavelmente disponível para as partes na situação em que se encontravam no momento de celebração do contrato.”¹⁰

Contexto: As cortes preferem adotar uma abordagem contextual para a interpretação ao invés de uma reduzida ao ‘significado do dicionário’: veja-se a inspiradora declaração de Lord Hoffmann em *Investors Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society* (1998)¹¹ (na qual ele remete a decisões na década de 1970).¹² As cortes

⁶*Chitty on Contracts*(31stedn, London, 2012), 12-048.

⁷*Ibidem*, 12-046.

⁸*Andrews on Civil Processes* (Intersentia, Cambridge, 2013), vol I, *Court Proceedings*, at para 15.12 and 15.72 *et seq.*

⁹*Reardon Smith Line Limited v. Hansen Tangen* [1976] 1 WLR 989, 996, HL, *per* Lord Wilberforce.

¹⁰ [1998] 1 WLR 896, 912-3, HL.

¹¹ [1998] 1 WLR 896, 912-3, HL; E McKendrick, in S Worthington (ed) *Commercial Law and Commercial Practice* (London, 2003) 139-62.

¹²*Prenn v. Simonds* [1971] 1 WLR 1381, 1384-6, HL and *Reardon Smith Line Limited v. Hansen Tangen* [1976] 1 WLR 989, HL; no caso *Prenn*, at 1384, Lord Wilberforce liga a abordagem ‘anti-literal’ a decisões do século dezanove.

permitem que partes consultem o *contractual setting*, expresso de formas variadas como ‘o propósito comercial’, ‘a genesis’, ‘o *backgorund*’, ‘o contexto’ da transação, a sua localização no ‘mercado’ relevante,¹³ ou seu ‘cenário’.¹⁴ Deve ser enfatizado, entretanto, que *background* não se estende às negociações pré-contratuais (sobre isso, veja abaixo; entretanto, no caso de *applications for rectification*, existe uma exceção à proibição de negociações pré-contratuais como prova: veja mais abaixo).

Necessidade de Disciplina Processual: Lord Hoffmann no caso *BCCI* (2001) afirma que cortes e árbitros deveriam frear as tentativas das partes de fornecerem quantidades excessivas de informações de *background*.¹⁵ Considerando isso, em *Procter and Gamble Co v Svenska Cellulosa Aktiebolaget SCA* (2012)¹⁶ o procedimento de *pre-trial disclosure* de documentos da *Common Law*¹⁷ foi avaliada por Rix LJ como um importante complemento para a construção de documentos.

Acessibilidade ao Material de 'Background': O ‘background’ relevante deve ter sido acessível às partes presentes: no caso *Sigma* (2009) Lord Collins enfatiza este último ponto.¹⁸ Eles não devem estar enterrados com restos arqueológicos de uma transação originalmente formada por partes ou entidades diferentes — como em um documento inicial

¹³O comentário principal é feito por Lord Wilberforce em *Reardon Smith Line Limited v. Hansen Tangen* [1976] 1 WLR 989, 995-6, HL; veja Sir Christopher Staughton [1999] CLJ 303 sobre o problema da ‘matrix factual’.

¹⁴*Charter Reinsurance Co Ltd v Fagan* [1997] AC 313, 384, HL, per Lord Mustill: “As palavras devem ser colocadas como um todo no cenário do instrumento.”

¹⁵ [2001] 1 AC 251, at [39], HL.

¹⁶ [2012] EWCA Civ 1413, at [38]: No direito inglês, evita-se questionar o que as partes tenham efetivamente pretendido, posto que a própria questão da intenção contratual é que esta seja derivada do contrato, e que, quando surge uma disputa referente à questão da real intenção, esta seja levada à submersão em “*wishful thinking*”. No âmbito da Civil Law, as questões são analisadas de forma diferente, com a corte livre, da forma como vejo estas questões, para a análise de todas estas com o propósito de prover a verdadeira, mesmo que distinta da imputada, intenção das partes. Mesmo assim, por razões distintas, a Lei Inglesa é mais disposta do que a Civil Law, novamente, da forma como vejo estas questões, a criar espaço para a revelação de documentos e para análise cruzada, ainda que isto aumente os custos do litígio. Em questões de interpretação contratual, existe uma ironia nesta combinação de abordagens. Ainda assim, aplicando voluntariamente, como faço, o entendimento corrente sobre a interpretação contratual na Lei Inglesa, que vem se tornando cada vez mais aberta a influências sobre considerações provenientes da matriz factual e construção intencional, sou incapaz de criar um acordo que as partes poderiam ou não ter alcançado, se estas houvessem pensado e discutido sobre o problema que as acometeu.

¹⁷ As regras principais estão codificadas em CPR Part 31: para comentários sobre essas regras procedimentais, *Andrews on Civil Processes* (Intersentia, Cambridge, 2013), vol I, *Court Proceedings*, at ch 11.

¹⁸ Mas no caso *Sigma*, [2009] UKSC 2; [2010] 1 All ER 571; [2010] BCC 40, at [35] to [37], Lord Collins (com o suporte dos Lords Mance e Hope) desaprovou também expandir a procura por antecedentes quando, como no próprio caso *Sigma*, as partes da transação relevante poderiam não estar presentes em seu nascimento, e por sua vez se tornaram usuários de segunda-mão ou recebedores remotos do texto contratual de outros que estivera em circulação no mercado financeiro relevante.

criado pelas partes X e Y, tempos atrás. A disputa atual importa a A e B, que são estranhos ao documento original, mas o adotaram, junto com outras centenas ou até milhares de outras partes contratantes no ‘mercado’ relevante.

Proibição de Negociações Pré-Contratuais: Interpretação: A regra inglesa – sem equivalente na maioria dos ordenamentos ao redor do mundo – é de que, quando procurando interpretar contratos escritos (enquanto distintos dos contratos orais ou parcialmente escritos), uma parte não pode prover, sem a permissão do oponente, provas relativas às negociações anteriores das partes. A justificativa quántupla para essa proibição é (justificativas coletadas por Briggs J,¹⁹ primeiramente, em *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd* (2007), baseando-se na famosa palestra de Lord Nicholls, ‘My Kingdom for a Horse’):²⁰ (i) evitar ‘incertezas e imprevisibilidades’, (ii) o fato de que não se pode garantir o acesso a esse histórico das negociações a terceiros interessados, (iii) esses acordos mudam constantemente, então tais provas não seriam úteis, (iv) impressões unilaterais podem contaminar o exame de forma tal que a abordagem interpretativa objetiva venha a ser minada, e (v) ‘negociadores experientes estariam tentados a deixar uma trilha de documentos úteis para si.’²¹

Negociações de Pré-Formação Relevantes para a fundamentação do Princípio da Retificação: Estas provas devem ser apresentadas para o propósito de retificação, um remédio equitativo independente (ver abaixo). Assim, reivindicações por retificação são, geralmente, feitas em conjunto com um pedido baseado na ‘interpretação’ ordinária.²²

Conduta na Pós-Formação: Um contrato escrito não deve ser interpretado por meio de referências à conduta das partes subsequentes à constituição do contrato.²³ Entretanto, há duas exceções: (1) se puder ser comprovado que as partes especificamente

¹⁹ [2007] EWHC 409 (Ch), at [23].

²⁰ Lord Nicholls, ‘My Kingdom for a Horse: the Meaning of Words’ (2005) 121 LQR 577; nesta nota sobre a decisão da House of Lords no caso *Chartbrook*, D McLaughlan (2010) 126 LQR 8, 9-11 rejeita essas múltiplas justificações sugeridas.

²¹ *Chartbrook v Persimmons* [2008] EWCA Civ 183; [2008] 2 All ER (Comm) 387, at [111], *per* Collins LJ; esse argumento é descrito como não convincente por D McLaughlan (2010) 126 LQR 8, 11.

²² Nessa abordagem em duas frentes, ver G McMeel (2011) *European Business L Rev* 437-449, e R Buxton, ‘Construction’ and Rectification After *Chartbrook*’ [2010] CLJ 253 e A Burrows, ‘Construction and Rectification’, in A Burrows and E Peel (eds), *Contract Terms* (Oxford University Press, 2007), 88 *et seq.*

²³ *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd v. James Miller & Partners Ltd* (1970) [1970] AC 583, 603, HL, *per* Lord Reid.

concordaram em alterar ou dispensar o acordado;²⁴ ou (2) se a teoria do 'estoppel by convention' puder ser estabelecida, ou seja, se for possível provar que, após a formação, as partes concordaram implicitamente em como os termos escritos deveriam ser interpretado ou modificados.²⁵

Senso-Comum Comercial: As cortes devem interpretar instrumentos escritos, inclusive contratos, de uma maneira 'comercial', com sensibilidade ao 'senso comum' dos negócios.²⁶ Há uma série de declarações em favor dessa visão.

(1) Lord Diplock afirma em *Antaios Cia Naviera SA v. Salen Rederierna AB* (1985):²⁷ 'se a análise detida tanto da semântica quanto da sintática das palavras em um contrato comercial leva a uma conclusão que desconsidera o senso comum dos negócios, deve-se abdicar desta em favor do senso comum dos negócios.'

(2) Lord Steyn afirma em *Mannai Investment Co v. Eagle Star Life Assurance* (1997):²⁸ 'Palavras são (...) interpretadas da forma como um comerciante razoável as construiria. E o padrão de um comerciante razoável é hostil às interpretações técnicas e às ênfases indevidas nas sutilezas da linguagem.'

(3) Lord Hope endossou essa abordagem na Suprema Corte inglesa em *Multi-Link Leisure v. North Lanarkshire* (2010),²⁹ notando que isso era consistente com os princípios de Lord Hoffmann's principles em *Investors' Compensation Scheme Ltd v. West Bromwich Building Society* (1998).³⁰

(4) A Suprema Corte reiterou essa abordagem no caso *Rainy Sky* (2011),³¹ no qual Lord Clarke afirma:

[20] Não é, a meu ver, necessário concluir que, a não ser que o sentido mais natural das palavras leve a um resultado tão extremo a ponto de indicar que não era o intencionalmente almejado, a corte deva dar eficácia ao referido

²⁴Chitty on Contracts (31stedn, London, 2012), 12-111.

²⁵Para estabelecer tal 'estoppel', um acordo implícito deve ser estabelecido em seus padrões de comportamento e interação: *Amalgamated Investment & Property Co Ltd v. Texas Commerce International Bank Ltd* [1982] QB 84, 120, CA, per Lord Denning MR: 'Então temos aqui (...) provas de condutas subsequentes que vieram à nossa ajuda. É possível – não interpretar o contrato – mas ver como eles próprios agiram. Sob a forma do 'estoppel [by convention]' nós podemos prevenir que as partes neguem a interpretação que elas próprias deram.'

²⁶*Antaios Cia Naviera SA v. Salen Rederierna AB* [1985] AC 191, 201, HL, per Lord Diplock.

²⁷[1985] AC 191, 201, HL.

²⁸[1997] AC 749, HL (uma decisão por maioria sobre aviso de aluguel); PV Baker (1998) 114 LQR 55-62.

²⁹[2010] UKSC 47; [2011] 1 All ER 175, at [21].

³⁰[1998] 1 WLR 896, 913, HL.

³¹*Rainy Sky SA v Kookmin Bank* [2011] UKSC 50; [2011] 1 WLR 2900.

significado (...).[21] (...) Caso existam duas construções possíveis, o tribunal deve preferir aquela que é compatível com o senso comum dos negócios e de rejeitar a outra (...).[40] Uma vez que a linguagem da estipulação contratual relevante é susceptível a dois significados, é apropriado que o tribunal leve em conta o senso comum comercial ao definir o que um homem razoável teria depreendido sobre a intenção das partes.

(5) E a Corte de Apelações, em *Procter and Gamble Co v Svenska Cellulosa Aktiebolaget SCA* (2012), enfatizou que o caso *Rainy Sky* não é um mandado para que se reescreva um contrato a fim de atingir um “resultado mais justo” (ainda que se assuma que isto poderia ser alcançado). No caso *Procter and Gamble Moore-Bick LJ* afirma que, onde não há ambiguidade, o tribunal deve dar cumprimento ao sentido estrito do contrato.³²

*Interpretação pela Reconstrução do Texto:*³³ A House of Lords em *Chartbrook Ltd v. Persimmon Homes Ltd* (2009)³⁴ sustentou que um juiz pode ‘interpretar’ um contrato pela reformulação total de uma frase relevante ou de um pedaço do contrato quando (i) está claro que houve equívocos na elaboração e (ii) também está claro, como uma questão de interpretação objetiva, qual era a verdadeira intenção das partes. Logo, tanto princípios interpretativos ordinários quanto a doutrina de retificação podem ter como efeito a revisão de um documento. O caminho mais seguro para a parte que busca uma decisão judicial favorável em um contrato *sub judice* é pedir tanto a ‘construção’ (no sentido

³² [2012] EWCA Civ 1413, at [22], per Moore-Bick LJ: ‘... o ponto de partida devem ser as palavras que as partes usaram para expressar suas intenções ou, no caso de um contrato cuidadosamente elaborado, como este, o tribunal deve se atentar para não cair na armadilha de reescrever o contrato para produzir o que se acredita ser um sentido melhor. Na minha visão, o contrato, como um todo, não é razoavelmente passível de ser lido com duas significações distintas.’ Rix LJ adicionou em [38]: ‘... aplicando de boa vontade, como faço, o atual entendimento sobre interpretação contratual no Direito inglês, que se tornou cada vez mais aberto a influências de considerações de matriz factual e interpretações teleológicas, não sou capaz de criar um contrato que as partes poderiam, ou não ter chegado, caso tivesse pensado e discutido o problema que os afligiu.’ Nos fatos do caso Procter & Gamble, o tribunal sustentou que as partes haviam concordado que o preço por plantas caras estaria em euros, mas o pagamento de tais valores se daria em libras. Após a formação, a taxa de câmbio euro/libra se moveu desvantajosamente para o comprador. Mas o comprador não pôde mostrar, se por um processo interpretativo, implicação dos termos, ou retificação, que havia um consenso de que os euros deveriam ser convertidos em libras na cotação (favorável ao comprador) da data do contrato, distintamente das datas subsequentes de entrega. Um dos documentos comerciais trocados pelas partes trazia uma anotação dando uma taxa de câmbio aplicável à data. Mas isso não tinha como objetivo impor uma taxa de câmbio fixa. Apenas registrava um processo de cálculo feito quando das negociações entre as partes. Na ausência da provisão de uma cotação fixa, o movimento adverso da moeda deveria estar a cargo do comprador, e não era função do tribunal salvar a parte deste resultado econômico’.

³³ *Investors Compensation Scheme* case [1998] 1 WLR 896, 912-3, HL (propositions (iv) and (v)).

³⁴ [2009] UKHL 38; [2009] 1 AC 1101; noted D McLaughlan (2010) 126 LQR 8-14.

'reconstrutivo' aqui explicado) e a 'retificação' (resumida abaixo).³⁵Há vários exemplos de invocações deste estilo interpretativo pelos tribunais: *Holdings & Barnes plc v. Hill House Hammond Ltd (No 1)* (2001);³⁶*Littman v. Aspen Oil (Broking) Ltd* (2005);³⁷*KPMG LLP v. Network Rail Infrastructure Ltd* (2007);³⁸*Springwell Navigation Corporation v. JP Morgan Chase* (2010);³⁹*Pink Floyd Music Ltd v. EMI Records Ltd* (2011).⁴⁰

Situações nas quais a utilização da teoria da Reconstrução não é possível:

Essa reconstrução não será uma possibilidade se:

(1) A única real reclamação é de que as duas partes entenderam equivocadamente a extensão do objeto: *Bashir v. Ali* (2011);⁴¹ ou

(2) Onde a cláusula é falha, mas não apresenta uma solução interna: a Corte de Apelação em *ING Bank NV v. Ros Roca SA* (2011)⁴² afirmou não ser possível, segundo os fatos, aplicar a técnica da interpretação 'reconstrutiva' para reescrever a cláusula concernente à 'taxa adicional' de bancos de investimento. De forma similar, a tarefa de reconstruir o texto foi declarada impossível em *Fairstate Ltd v. General Enterprise & Management Ltd* (2010),⁴³ caso no qual o juiz afirma:⁴⁴ 'os defeitos no contrato registrados

³⁵Nessa abordagem dupla, G McMeel (2011) *European Business L Rev* 437-449, and R Buxton, "'Construction" and Rectification After *Chartbrook*' [2010] *CLJ* 253 and A Burrows, 'Construction and Rectification', in A Burrows and E Peel (eds), *Contract Terms* (Oxford University Press, 2007), 88 *et seq.*

³⁶ [2001] *EWCA Civ* 1334; [2002] *L & TR* 103.

³⁷ [2005] *EWCA Civ* 1579.

³⁸ [2007] *EWCA Civ* 363; [2007] *Bus LR* 1336.

³⁹ [2010] *EWCA Civ* 1221; [2010] *2 CLC* 705, at [132] to [140].

⁴⁰ [2010] *EWCA Civ* 1429; [2011] *1 WLR* 770 (Lord Neuberger MR and Laws LJ sustentou que um contrato de exploração de gravações do Pink Floyd poderia ser interpretado de forma a abarcar gravações digitais da mesma banda. Decidir de forma contrária seria ir contra o propósito comercial óbvio da transação. Contudo, Carnwath LJ discordou, acreditando não haver erro óbvio).

⁴¹ [2011] *EWCA Civ* 707; [2011] *2 P & CR* 12, at [39], *per* Etherton LJ: '...esse não é o caso...no qual as palavras usadas pelas partes, durante a construção, levam a resultados arbitrários e irracionais.'

⁴² [2011] *EWCA Civ* 353; [2012] *1 WLR* 472 (porém a corte foi capaz de alcançar uma resolução favorável para o banco ao aplicar a doutrina do 'estoppel by convention' para levar em conta acordos posteriores: veja [111] a [112], *per* Rix LJ, especialmente essa passagem em [111] '...estoppel' é uma doutrina flexível que pode levar em conta ... a interação honesta e responsável de partes comerciais ao contratar. Onde há espaço para desacordo quanto ao significado ou efeito de um contrato, mas as partes claramente escolheram (ou pretendiam escolher) seu próprio entendimento e se relacionaram com base nesse entendimento, independentemente se essa mutualidade é encontrada em uma presunção comum, ou em consentimento, ou na confiança das partes nas interpretações recíprocas, a doutrina do 'estoppel' permite à corte dar efetividade no caso específico aos 'acordos objetivamente verificados e mútuos' das partes).

⁴³ [2010] *EWCA Civ* 3072 (QB); [2011] *2 All ER* (Comm) 497; [2011] *133 Con LR* 112 (Richard Salter QC, Deputy).

⁴⁴*Ibidem*, at [94]: "os defeitos no contrato registrados na 'Guarantee Form' são tão fundamentais e extensivos que não podem ser sanados de forma suficiente pela construção intencional, ou por retificação, ou por qualquer combinação dessas abordagens." Garantias requerem clareza, *ibidem* at [93]: 'é particularmente importante que a Corte exija clareza para todos (e não apenas alguns) os termos materiais das transações em casos, como o presente, onde é requisitada a usar seus poderes de construção intencional ou de retificação

na 'Guarantee Form' são tão fundamentais e extensivos que não podem ser curados de forma suficiente pela construção intencional, ou por retificação, ou por qualquer combinação dessas abordagens.' (E a retificação falhou por não existir um consenso anterior claro a respeito dos efeitos e do escopo da garantia).

Cortes não devem exceder em seu Poder de Interpretação: As cortes não devem reescrever contratos ilegítimamente se seu significado é claro e não leva a absurdos comerciais. Lord Mustill em *Charter Reinsurance Co Ltd v. Fagan* (1997) ressalta que é ilegítimo a cortes ou a árbitros 'extrair das palavras um significado que elas não carregam verdadeiramente', já que isso seria 'substituir a barganha real por uma que a corte acredita que seria melhor se tivesse ocorrido'.⁴⁵ No mesmo sentido, Rix LJ diz em *ING Bank NV v. Ros Roca SA* (2011):⁴⁶ 'Juízes não deveriam ver em *Chartbrook Ltd v Persimmon Homes Ltd* [2009] AC 1101 um precedente para reconstruir o contrato das partes, mas a oportunidade de solucionar pela construção um claro erro de linguagem que não poderia ser proposital.'

2. Retificação⁴⁷

As Duas Bases: existem duas bases distintas que possibilitam a retificação de contratos escritos: (1) retificação de intenções comuns baseada em divergência entre a versão inicialmente manifestada da transação a ser realizada e os termos finais acordados entre estas partes; ou (2) erro unilateral, onde a parte B, de modo criticável, falhou em apontar à parte A que os termos escritos da transação iminente não acordariam com o entendimento errôneo desta

para corrigir erros na redação do documento, que é invocado para satisfazer os requisitos do Estatuto de Fraudes de 1677 s 4. Agir de outra forma é se arriscar a colapsar a proteção que o estatuto deveria conferir.' Quanto à alegação do credor de que o pretenso garantidor estava impedido ('estoppel by representation' pela oferta do documento) de negar a validade do documento, o juiz afirmou, *ibidem*, at [97]: 'é difícil enxergar por que qualquer signatário de um acordo de garantia defeituoso não estaria impedido de forma similar. Quanto a isso, a posição aqui me parece ser bastante similar à considerada pela House of Lords em *Actionstrength Limited (t/a Vital Resources) v International Glass Engineering In. Gl. En. Spa* [2003] UKHL 17; [2003] 2 AC 541, no qual o 'plea of estoppel' foi unanimemente rejeitado.'

⁴⁵ [1997] AC 313, 388, HL.

⁴⁶ [2011] EWCA Civ 353; [2012] 1 WLR 472, at [110].

⁴⁷D Hodge, *Rectification: The Modern Law and Practice Governing Claims for Rectification for Mistake* (London, 2010); *Snell's Principles of Equity* (32ndedn, London, 2010), ch 16; veja também Neil Andrews, *Contract Law* (Cambridge University Press, 2011), 14.33 to 14.51; *Chitty on Contracts* (31stedn, London, 2012), 5-110 *et seq*; GH Treitel, *The Law of Contract* (13thedn, by E Peel, London, 2011), 8-059 *et seq*; M Smith, 'Rectification of Contracts for Common Mistake' (2007) 123 LQR 116, especialmente 130 até o final; D McLauchlan, 'The "Drastic" Remedy of Rectification for Unilateral Mistake' (2008) 124 LQR 608, especialmente 608-10, 639-40; A Burrows, 'Construction and Rectification', in A Burrows and E Peel (eds), *Contract Terms* (Oxford University Press, 2007), 77, especialmente 90 até o final.

mesma parte A quanto ao conteúdo daquele contrato escrito. Estas duas vertentes serão, agora, analisadas separadamente.

Retificação de Intenção Comum: um contrato pode ser retificado para trazê-lo à conformidade com os entendimentos compartilhados e pré-contratuais das partes sobre os termos presentes, sendo necessário (i) que haja alguma manifestação externa daquele entendimento;⁴⁸ e (ii) que este entendimento seja apurado e interpretado pelo recurso ao método objetivo. Não é suficiente que ambas as partes tenham, de modo equivocado, entendido que estavam lidando com o objeto ‘X’ e aplicado este rótulo durante as negociações subsequentes. Se o contrato escrito, então, confirma que o objeto a ser tratado é, de fato, ‘X’, não há espaço para retificação, por não haver divergência entre o consenso anterior exteriorizado e os termos eventualmente escritos.⁴⁹ A corte não tem ‘poderes ilimitados para fazer o que considera justo em relação a um pedido de retificação’.⁵⁰

Necessidade de uma intenção contínua e não interrompida: se no estágio anterior das negociações impuser que as partes concordem com um conjunto de termos ‘A, B e C’, mas a versão final é um conjunto de termos ‘X, Y e Z’, pode estar claro que as partes substituíram os termos A, B e C pelos novos elementos X, Y e Z. Se este for o caso, não deveria haver escopo para retificar o contrato para restaurar os termos A, B e C. A razão simples para a retificação ser negada é que as partes substituíram, livremente, os termos antigos pelos novos e concordaram sobre estes. A retificação será apropriada apenas se houve uma *intenção contínua e não interrompida de entrar em um contrato baseado nos termos A, B e C*. Nos fatos acima apresentados, não houve tal consenso não interrompido e, assim, os termos finais devem permanecer: X, Y e Z. A necessidade de subsistir intenção comum em forma inalterada surgiu de modo dramático no caso *Daventry* (2011),⁵¹ uma decisão majoritária da Corte de Recursos (Toulson LJ e Lord Neuberger MR; Etherton LJ sendo contrário e Vos J anulando). A surpreendente decisão majoritária parece entrar em conflito com o processo elementar de

⁴⁸*Joscelyne v. Nissen* [1970] 2 QB 86, CA.

⁴⁹*Rose (Frederick E) (London) Ltd v. Wm H Pim Junr & Co Ltd* [1953] 2 QB 450, CA.

⁵⁰*Holaw (470) Ltd v Stockton Estates Ltd* (2000) 81 P & CR 404, em [41], por Neuberger J.

⁵¹*Daventry District Council v Daventry & District Housing Ltd* [2011] EWCA Civ 1153, em [210], por Lord Neuberger: “estava sendo esclarecido por DDH ... que eles estavam incluindo um termo que tinha como efeito que DDC deveria pagar o deficit da pensão e, também, que isto seria compatível com a cláusula 14.10.2, que havia sido incluída no rascunho contratual quase que desde o princípio.” Apontou P Davies [2012] LMCLQ.

negociação mencionado.⁵² Será decepcionante se esta decisão problemática sobreviver. Não é certo que a lei inglesa permita que ocorra retificação quando, durante as negociações, houve clara quebra no padrão da linguagem contratual relevante e a versão preferida de uma das partes tenha claramente prevalecido (aplicando princípios comuns que regem negociações sequenciais). Se a outra parte falhou em fazer objeção a esta cláusula ou novo conjunto de termos claramente contraditórios e não há constatação de negociação inconcebível nesta fase, o contrato deve proceder sobre estes termos estabelecidos.

Retificação de Erro Unilateral: a regra geral é de que a corte não deve conceder retificação simplesmente para compensar o entendimento equivocado de uma parte.⁵³ Porém, a exceção é possível se a parte B está ciente de que a parte A está equivocada quanto ao conteúdo ou significado dos termos escritos. Portanto, onde esta exceção for aplicável, a retificação é possível. Para este propósito, B estará “ciente” dos erros de A em qualquer destas três situações: (1) se ele tinha conhecimento do fato; (2) se estava propositalmente cego a um fato óbvio; ou (3) se ele, intencional ou irresponsavelmente, falhou, contrário à noção de razoabilidade e honestidade, em perguntar se havia de fato acontecido um erro.⁵⁴ Mesmo que tenha sido dito que a lei não requer prova de ‘má-fé’,⁵⁵ fica claro que, nas três situações

⁵²No caso *Daventry* o conselho distrital (‘DDC’) obteve, com sucesso, retificação, apesar do fato de que o réu, uma associação de habitação, (‘DDH’), havia claramente introduzido na segunda fase das negociações uma cláusula competitiva que, inequivocadamente, contradizia a versão preferida pelo DDC, e à qual o DDC, por aconselhamento legal, objetivamente pareceu assentir por celebrar o contrato final nos termos preferidos pela DDH. Surpreendentemente, uma maioria da Corte de Apelação (Toulson LJ and Lord Neuberger MR) reverteu Vos J. Na opinião majoritária, a versão original do documento, conforme apontado por Vos J, alocou os encargos financeiros para o déficit de pensões para DDH. Durante os estágios iniciais da negociação, o negociador principal da DDH percebeu que esta formulação escrita não estaria exatamente a favor do DDC, porém não interviu para ter certeza de que as partes focariam especialmente nesta incerteza textual. Toulson LJ, em [178], e Lord Neuberger MR, em [213] a [225], esta última, ‘não sem hesitar’, em [227] apoiou que a alteração subsequente, notável inserção da cláusula 14.10.3, introduzida pela DDH (esta cláusula inequivocadamente colocou o encargo financeiro com o DDC), não tinha sido sinalizada de forma suficientemente clara ao DDC. Desta forma, objetivamente, na opinião majoritária, esta modificação não havia se sobreposto à versão precedente. A maioria chegou a esta conclusão, mesmo que esta redação final claramente contradissesse a versão anterior e mesmo que esta versão final estivesse disponível para ser lida pelos oficiais do DDC e seus advogados. Porém, com respeito, a decisão de Toulson LJ’s e Lord Neuberger MR não é convincente’.

⁵³*Riverlate Properties v. Paul* [1975] Ch 133, CA.

⁵⁴*Commission for New Towns v. Cooper (GB) Limited* [1995] Ch 259, 281 D, 292 F, CA; *George Wimpey UK Ltd v. VI Construction Ltd* [2005] EWCA Civ 77; [2005] 2 P & CR DG5, at [79]; *Traditional Structures Ltd v H W Construction Ltd* [2010] EWHC 1530 (TCC)

⁵⁵*Thomas Bates Ltd v. Wyndham's (Lingerie) Ltd* [1981] 1 WLR 505, 515 H, CA, per Buckley LJ: “Sem dúvidas, eu acredito que, em qualquer caso como este, a conduta do réu deve se dar de tal maneira para que seja desigual que ele deva ser permitido a se opor à retificação do documento. Caso isto, necessariamente, implique

expostas, houve ausência de boa fé ou de probidade por parte de B.⁵⁶ A linha da equidade compreende que, nas situações (1) a (3), se B se mantiver em silêncio, ele não pode tirar vantagem do erro de A, e que, além disso, o contrato pode ser retificado em favor de A.⁵⁷ Isto é justificado com fundamento na má-fé, da conduta pouco escrupulosa ou concordância repreensível de B com o erro de A. Esta é uma forte intervenção equitativa, pois a parte equivocada atinge “vitória completa”: o contrato é reformulado para refletir seu entendimento unilateral, mesmo que não tenha havido entendimento compartilhado que suporte esta nova versão do contrato.⁵⁸

Status Residual da Retificação: a retificação não precisa ser invocada se a corte puder, como uma questão de simples “construção” (conforme explicado na seção II deste artigo), revisar o documento relevante. Isso é possível se (a) estiver claro que a escolha de palavras atual não fizer sentido comercial, e (b) se estiver aparente como o documento deva ser reconstruído.⁵⁹ Porém, a teoria da retificação só deve ser aplicada em último caso nesta hipótese. Esta doutrina é aplicada apenas se outras técnicas, como interpretação por *Common Law*, ou mesmo a implicação⁶⁰ de termos na *Common Law*,⁶¹ falharem em apresentar uma

alguma medida de “ausência de boa-fé”, que seja; mas, por minha parte, acredito que a doutrina seja algo mais dependente da equidade das posições.”

⁵⁶*George Wimpey UK Ltd v. VI Construction Ltd* [2005] EWCA Civ 77; [2005] 2 P & CR DG5, at [79].

⁵⁷*Roberts & Co. Ltd v. Leicestershire CC* [1961] Ch 555, 570, Pennycuik J (noted RE Megarry (1961) 77 LQR 313-6); *The Olympic Pride* [1980] 2 Lloyd's Rep 67, Mustill J; *Thomas Bates Ltd v. Wyndham's (Lingerie) Ltd* [1981] 1 WLR 505, CA; *AgipSpA v. Navigazione Alta Italia SpA, 'The NaiGenova and the NaiSuperba'* [1984] 1 Lloyd's Rep 353, 365, CA; *Commission for New Towns v. Cooper (GB) Limited* [1995] Ch 259, CA (noted D Mossop (1996) 10 JCL 259-63); *George Wimpey UK Ltd v. VI Components Ltd* [2005] EWCA Civ 77; [2005] 2 P & CR DG5; *Traditional Structures Ltd v HW Construction Ltd* [2010] EWHC 1530 (TCC), at [25] to [31]; D McLauchlan, 'The "Drastic" Remedy of Rectification for Unilateral Mistake' (2008) 124 LQR 608-40 (que acredita que esta categoria de retificação tenha sido equivocadamente entendida; apesar de um juiz de primeira instância não deter liberdade para reconsiderar esta categoria de retificação por ser limitado pela autoridade da Corte de Recursos: *Traditional Structures*, caso, *ibidem*, em [32] e [33]; neste ponto, Neil Andrews, *Contract Law* (Cambridge University Press, 2011), 14.47).

⁵⁸*Rowallan Group Ltd v Edgell Portfolio No 1 Ltd* [2007] EWHC 32 (Ch); [2007] NPC 9, at [14], per Lightman J: 'o remédio da retificação para erro unilateral é um remédio drástico, pois este tem o resultado de impor ao réu um contrato que ele não celebrou e não intencionava celebrar.' D Hodge, *Rectification: The Modern Law and Practice Governing Claims of Rectification* (London, 2010), 4-90 to 4-93.

⁵⁹*Holding & Barnes plc v. Hill House Hammond Ltd (No 1)* [2001] EWCA Civ. 1334; [2002] L & TR 103; *Littman v. Aspen Oil (Broking) Ltd* [2005] EWCA Civ 1579; *Nittan (UK) Ltd v. Solent Steel Fabrication Ltd* [1981] 1 Lloyd's Rep 633, CA.

²⁵⁵ Em termos geralmente implícitos, Neil Andrews, *Contract Law* (Cambridge University Press, 2011), ch 13.

⁶¹*Holow (470) Ltd v Stockton Estates Ltd* (2000) 81 P & CR 404, at [41], per Neuberger J, at [44] (se um ponto é tão óbvio que pode ser compreendido sem que seja necessária explicação, o juiz acredita que a doutrina apropriada seja termos implícitos no lugar de retificação equitativa).

solução.⁶²

‘Explosão’ da Retificação em Litígios: Embora, como já foi mencionado, a teoria da retificação somente deva ser adotada em último caso, tem havido uma ‘explosão’ de demandas com fundamento na retificação. Isso pode ser atribuído aos seguintes fatores: primeiramente, ao aumento da complexidade dos contratos comerciais e de outros tipos de contratos escritos; em segundo lugar, à tendência ao uso sucessivo de minutas elaboradas sob o modelo ‘copiar e colar’ de processamento de palavras; ao aumento dos acordos modernos com múltiplas partes e jurisdições; e, finalmente, à riqueza dos registros eletrônicos das negociações.⁶³

Retificação e Prova: A parte que procura a retificação deve conseguir satisfazer padrões elevados de prova, especialmente quando ambas as partes tiveram um aconselhamento profissional.⁶⁴ A retificação permite um esclarecimento melhor de pontos obscuros de um texto escrito do que o processo de interpretação da *Common Law*. Ao considerar um pedido de retificação, a corte pode admitir provas externas, ou seja, admitir discussões ou material documental fora do texto do acordo escrito como prova. Assim, a retificação é uma exceção da ‘*parol evidence rule*’ (regra especial inglesa que domina os contratos escritos – a prova encontrada fora do contrato escrito não pode ser usada pela parte para mudar, suplementar ou contradizer os conteúdos do documento).⁶⁵ Além disso, a ‘*parol evidence rule*’ não restringe o processo de discernimento pré-contratual das intenções e negociações das partes para o propósito de retificação.

Nem uma cláusula ‘*entire agreement*’ é compreendida como prova externa,

⁶²Snell's Principles of Equity (32nd edn, London, 2010), 16-002: ‘Retificação não será decretada se o resultado desejado puder ser atingido de forma conveniente por outros meios: por dependência dos direitos de Common Law, ou por acordo entre as partes’. Snell, em 16-009, também observa que a base para termos implícitos, incluindo no contexto de contratos escritos, continua sendo matéria que demanda ‘necessidade’, conforme observado por Sir Anthony Clarke MR, em *Mediterranean Salvage & Towage Ltd v Seamar Trading & Commerce Inc*, ‘The Reborn’ [2009] EWCA Civ 53; [2009] 2 Lloyd’s Rep 639, at [18]; neste caso e na recepção atraentemente cética da discussão de Lord Hoffmann’s em *Attorney-General for Belize v Belize Telecom Ltd* [2009] UKPC 10; [2009] 2 All ER 1127, at [16] to [27], especialmente [21], Neil Andrews, *Contract Law* (Cambridge University Press, 2011), at 13.15; e ver G McMeel, *The Construction of Contracts: Interpretation, Implication and Rectification* (Oxford University Press, 2nd edn, 2011), ch’s 10 and 11.

⁶³D Hodge, *Rectification: The Modern Law and Practice Governing Claims of Rectification* (London, 2010), prefácio por Lord Neuberger MR, at p (vii).

⁶⁴*James Hay Pension Trustees Ltd v. Hird* [2005] EWHC 1093 (Ch), em [81]; *Surgicraft Ltd v Paradigm Biodevices Inc* [2010] EWHC 1291 (Ch), at [69], per Christopher Pycroft QC (Deputy High Court Judge); *Traditional Structures Ltd v HW Construction Ltd* [2010] EWHC 1530 (TCC), at [34]

⁶⁵De forma geral, nestaregra, Neil Andrews, *Contract Law* (Cambridge University Press, 2011), 14.26 *et seq.*

se a prova é citada durante o requerimento de retificação de um contrato escrito. Uma cláusula ‘*entire agreement*’ é uma estipulação do contrato principal declarando que as partes concordaram em excluir do seu acordo quaisquer garantias ou promessas prévias ou externas. Sugere-se que não seria apropriado para a cláusula ‘*entire agreement*’ excluir tais provas, neste contexto, porque a função dessa cláusula é excluir o recurso a compromissos orais ou garantias escritas adjacentes, independentes do contrato principal escrito (promessas prévias ou colaterais). Em contraste, a retificação é invocada para mostrar que o contrato principal não mostra com precisão o real consenso estabelecido entre as partes.⁶⁶

3. Recursos em questão de interpretação ou de retificação⁶⁷

Se o Direito inglês é aplicável à transação relevante, a interpretação (da integralidade) de ‘contratos escritos’ (incluindo documentos eletrônicos)⁶⁸ é uma questão de direito.⁶⁹ Isto significa que, se a permissão para interpor recurso é obtida – e permissão é um pré-requisito para a interposição de um recurso em um caso civil no direito inglês⁷⁰ – uma corte de recursos terá oportunidade de reconsiderar a visão da corte inferior no que se refere aos efeitos do contrato⁷¹ (ou o ponto em questão pode ser objeto de recurso à Corte Comercial, por parte de um tribunal arbitral, se a Corte Comercial conceder permissão).⁷²

Em contraste, cortes de recurso são, de modo geral, relutantes quanto a reconsiderar análise de fato feita por cortes de primeira instância, apesar de que a abrangência exata dos recursos contra questões de fato tenha se tornado campo complexo no processo: “... *a abordagem de uma corte de recursos dependerá do peso anexado à decisão do juiz e esse peso dependerá da extensão da vantagem que o juiz, como juiz de primeira*

⁶⁶*Surgicraft Ltd v Paradigm Biodevices Inc* [2010] EWHC 1291 (Ch), at [73], per Christopher Pycroft QC (Deputy High Court Judge); *Snell's Principles of Equity* (32nd edn, London, 2010), 16-008; *Chitty on Contracts* (31st edn, London, 2012), 5-112.

⁶⁷Nos procedimentos do sistema de apelações na corte Inglesa, *Andrews on Civil Processes* (Intersentia, Cambridge, 2013), vol I, *Court Proceedings* at ch 15; sobre apelações em sentenças arbitrais em pontos de direito inglês, *Andrews on Civil Processes* (Intersentia, Cambridge, 2013), vol II, *Arbitration and Mediation*, para 18.67 *et seq.*

⁶⁸*Chitty on Contracts* (31st edn, London, 2012), 12-048.

⁶⁹*Ibidem*, 12-046.

⁷⁰CPR 52.3(1); CPR 52.4(2).

⁷¹eg, *AXA Reinsurance (UK) v. Field* [1996] 1 WLR 1026, HL.

⁷²s 69, Arbitration Act 1996 (England); possibilidade de concessão de autorização para apelar de uma decisão de árbitro é restrita: *ibidem*, s 69(3).

instância, tem sobre a corte de recursos; quanto maior a vantagem, mais relutantes estarão as cortes de recursos em interferir.”⁷³ A ‘vantagem’ seria o monopólio da corte inferior (na prática moderna) quanto à colheita da prova oral.

As decisões da *High Court* ou da Corte de Recursos sobre a interpretação de contratos escritos fornecem importantes precedentes quanto a palavras ou frases consideradas como padronizadas em documentos comerciais. Estas decisões serão vinculantes para todas as cortes inferiores, bem como em relação aos árbitros que aplicarem o direito inglês.

Quanto ao remédio equitativo da retificação (ver sessão III acima), uma obra⁷⁴ expõe que:

apesar de os princípios aplicáveis que baseiam a retificação serem uma questão de direito, se um instrumento particular deva ou não ser retificado é uma questão de fato; considerando que a construção correta de um contrato escrito particular é uma questão também de direito. Assim, recursos referentes à interpretação são bem mais comuns do que recursos com fundamento na teoria da retificação.

4. Considerações finais

Cortes inglesas modernas, bem como árbitros aplicando a lei inglesa, não estão mais amarrados à redação literal do contrato escrito, podendo considerar a intenção comum das partes. Em face de mais de um significado possível, é legítimo que as cortes prefiram um determinado significado que reflita melhor as realidades comerciais do contrato relevante, ou mesmo da cláusula contratual específica.

As mesmas cortes e árbitros especificados acima, que aplicam princípios substantivos ingleses, possuem um poder liberal de interpretar um contrato escrito com a intenção de criar novo sentido a partir daquele, dado que é objetivamente claro que o contrato foi escrito defeituosamente e, também, dado que seu real significado seja óbvio. Esta última condição deve se manter estrita. A corte não deve envolver-se com especulações ou reescrita

⁷³*Assicurazioni Generali SpA v. Arab Insurance Group* [2002] EWCA Civ 1642; [2003] 1 WLR 577, CA, at [15], *per* Clarke LJ.

⁷⁴*Snell's Principles of Equity* (32nd edn, London, 2010), 16.11.

criativa, situação desprovida de suporte por parte da seguinte implicação: ‘é isto que nós, verdadeiramente, intencionávamos e tínhamos acordado, apesar de o documento final não ter, precisamente ou inteligivelmente, refletido isto.’

O direito contratual inglês não permite referência a negociações pré-contratuais quando da interpretação de contrato escrito. A esta última proposição, há uma grande exceção quando uma parte busca o remédio equitativo da retificação.

Cortes de recursos podem revisar uma decisão de corte de primeira instância (ou de tribunal arbitral em que a lei inglesa tenha sido aplicada)⁷⁵ em um ponto de interpretação se o contrato relevante for integralmente contido em linguagem escrita. Isto se dá pelo fato de a interpretação de tal documento ser classificado como uma questão de direito, diferentemente de uma questão de fato (questões de fato, se se estiverem relacionadas a provas orais produzidas em primeira instância, não costumam ser discutidas em grau de recurso). Não obstante, recursos cíveis, mesmo que referentes a questões de direito, não estão automaticamente autorizados. O recorrente deve, primeiramente, ingressar na corte de primeira instância ou na corte de recursos para obter permissão para recorrer. Se tal permissão for concedida, a corte de recursos poderá apreciar a questão referente à interpretação.⁷⁶ A declaração da corte de recursos quanto à metodologia relevante do significado conflitante será, então, vinculante para todas as cortes inferiores e tribunais arbitrais que aplicam o direito inglês. O significado dos termos escritos relevantes, ao menos naquele contexto imediato, será também vinculante. Desta forma, cortes inglesas construíram um rico histórico de precedentes quanto a frases padronizadas no uso comercial. Estas decisões auxiliam na promoção de previsibilidade.⁷⁷

Recebido em 15/09/2014

1º parecer em 19/09/2014

2º parecer em 04/12/2014

⁷⁵No caso de referências arbitrais onde a essência inclui a Inglaterra e Gales, a Suprema Corte em Londres deve primeiramente conceder permissão para apelação em um ponto de direito Inglês para proceder à Suprema Corte: s 69(2) e s 69(3), Arbitration Act 1996 (England and Wales)

⁷⁶No sistema de ‘permissão’ para recursos de acordo com o procedimento nas cortes inglesas, *Andrews on Civil Processes* (Intersentia, Cambridge, 2013), vol I, *Court Proceedings* at 15.25 *et seq.*

⁷⁷G McMeel, ‘The Interplay of Contractual Construction and Civil Justice: Procedures for Accelerated Justice’ (2011) *European Business L Rev* 437, 438, no n 6, coleta declarações judiciais em favor da segurança comercial, especialmente Lord Bingham em ‘*The Starsin*’ [2003] UKHL 12; [2004] 1 AC 715, at [13]; e Lord Steyn em ‘*The Jordan II*’ [2004] UKHL 49; [2005] 1 WLR 1363, 1370.