

 **HASLAM**
COLLEGE OF BUSINESS
THE UNIVERSITY OF TENNESSEE, KNOXVILLE

 **IACCM**

CIRIO

**Desvendando Contratos
Relacionais**

Desvendando Contratos Relacionais
Guia Profissional Para Compreender
Contratos Relacionais

Um relatório de autoria de: David Frydlinger, Tim
Cummins, Kate Vitasek e Jim Bergman:



DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

BEM-VINDOS AO PARADOXO DA CONTRATAÇÃO

Mais e mais empresas estão enfrentando o paradoxo de contratação. Contratar é sobre planejar o futuro de trocas de bens e serviços por dinheiro, e sobre como lidar com os riscos e oportunidades implicados em tais trocas. No entanto, hoje – mais do que nunca – a busca pelo plano perfeito é dolorosa, senão impossível. O mercado de hoje é mais rápido, mais global e mais complexo do que nunca. A mudança é a nova constante, tornando planejamento e previsão precisos quase uma ilusão.

A pesquisa da psicologia revelou o fato problemático de que a evolução nos tornou mal equipados para fazermos bons planos e, ao mesmo tempo, bem equipados para acreditar que somos bons planejadores. ¹O resultado é uma falácia de planejamento que leva ao paradoxo da contratação.

Então, o que é o paradoxo da contratação? É a ilusão de que escrevemos contratos para fazer planos, mas não podemos realmente planejar com precisão. E, como uma boa reviravolta, enganamos a nós mesmos acreditando que podemos planejar.

O paradoxo da contratação é um fenômeno recente. Durante séculos, grande parte do mundo dos negócios funcionou na base de “acordos de aperto de mão”, especialmente em relacionamentos comprador-fornecedor. Quando pesquisou o uso de contratos em 1963, o professor Stewart Macaulay descobriu que: “Os empresários muitas vezes preferem confiar em uma 'palavra de honra', em uma carta breve, um aperto de mão, ou na 'honestidade e decência' - mesmo quando a transação envolve exposição a sérios riscos.” ² Mais ou menos na mesma época, o jurista Ian Macneil cunhou o termo *contrato relacional*, referindo-se ao contrato social de obrigações morais no comportamento nos negócios, que Macaulay e outros descobriram.

No entanto, foi também nessa época que estudiosos e profissionais do direito começaram o que seria uma tendência significativa para criar contratos “completos” na formalização dos acordos de negócios. Com o passar das décadas, os contratos ficaram mais longos e complexos, incluindo mais e mais planos cada vez mais detalhados que tentam lidar com uma lista interminável de perguntas “e se?”. Como as normas morais informais foram substituídas por obrigações contratuais formais, o antigo contrato relacional foi substituído pelo contrato transaccional, que agora domina como a principal abordagem de contratação. Hoje, não é incomum que um contrato tenha centenas, senão milhares, de páginas. Nós vimos um contrato de fornecimento do governo que tinha, literalmente, dois metros e meio de altura quando impresso!

Infelizmente, muitos desses acordos amplamente negociados não produzem os resultados desejados. De fato, alguns argumentam que seu conteúdo e o processo que sustenta sua formação realmente diminuem as chances de sucesso. Profissionais citam perda de valor de contratos e relacionamentos, e a imprensa especializada relata que bons negócios deram errado. Isso tem levado a questões crescentes sobre a eficácia dos contratos e o processo de contratação. Mas

¹ Daniel Kahneman, *Thinking Fast and Slow* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011)

² Quoted in *Revisiting The Contracts Scholarship of Stewart Macaulay: On the Empirical and The Lyrical* (International Studies in the Theory of Private Law), edited by Jean Braucher, John Kidwell, William C Whitford (2013).

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

então temos de enfrentar o paradoxo da contratação. Para ter sucesso nos negócios, não podemos abrir mão do planejamento. Mas agora sabemos como somos pobres em planejamento. Abandonar os contratos transacionais detalhados e retornar ao agradável e aconchegante mundo dos apertos de mão, não é percebido como uma alternativa atraente em um mundo global, onde os contratos são mais frequentemente feitos entre pessoas que não se conhecem. Isto é, simplesmente, entendido como sendo muito arriscado, e com razão.

Mas há esperança. Um número crescente de organizações encontrou maneiras de sair do paradoxo da contratação, reduzindo a perda de valor e tornando cada vez melhor em lidar com a incerteza e a complexidade da economia moderna. O que vemos é o retorno do contrato relacional mas, em uma nova forma. O contrato relacional de hoje não é o acordo informal de “aperto de mãos” da era passada mas, sim, um contrato relacional formal representado por um relacionamento altamente colaborativo, onde as partes conscientemente optam por tornar as normas sociais contratualmente vinculativas. Contratos relacionais modernos também descrevem explicitamente processos de governança conjunta, dentro dos quais as partes podem trabalhar em conjunto para lidar com o risco e a incerteza.

Há uma quantidade inegável e crescente de pesquisas mostrando como e quando os contratos relacionais superam os contratos transacionais convencionais em termos de vantagens de custo, tempo, qualidade e inovação. Pesquisadores da Universidade do Tennessee e organizações, como o International Association for Contract and Commercial Management, estão por trás desse movimento para ajudar indivíduos e organizações entenderem e fazerem a mudança para usar a forma moderna de contratos relacionais quando for apropriado.

OBJETIVO DESTA TRABALHO

Este trabalho traz insights práticos e compreensão sobre o porquê, o quê, como e quando aplicar a contratação relacional. Este artigo está dividido em cinco seções:

Parte 1: Fornece uma introdução de alto nível à contratação relacional

Parte 2: Procura explicar o porquê as organizações precisam fazer a mudança para a contratação relacional

Parte 3: Visa ajudar a entender o “o que e como” para começar a desenvolver um contrato relacional

Parte 4: Fornece orientação sobre quando usar um contrato relacional

Parte 5: Compartilha uma breve conclusão e um apelo à ação com alguns conselhos sucintos para começar

Este não é um artigo acadêmico, em vez disso, é um guia do profissional para ajudar indivíduos e organizações a entenderem melhor a contratação relacional. Gostaríamos de desafiar as pessoas que desempenham um papel na formação, ou gerenciamento de relacionamentos comerciais e

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

que escrevem contratos, a ter tempo para ler este trabalho, para refletirem sobre como esta abordagem poderia melhorar os resultados que eles alcançam atualmente.

Esperamos que este trabalho coletivo se torne o guia de referência para a contratação relacional. Com esse objetivo em mente, estamos disponibilizando este trabalho como um documento de código aberto, incentivando a que seja compartilhado com os colegas, clientes, fornecedores e parceiros de negócio.

ÍNDICE

<i>BEM-VINDOS AO PARADOXO DA CONTRATAÇÃO</i>	1
<i>OBJETIVO DESTE TRABALHO</i>	2
<i>ÍNDICE</i>	3
<i>PARTE 1: INTRODUÇÃO AOS CONTRATOS RELACIONAIS</i>	4
<i>PARTE 2: POR QUE USAR CONTRATOS RELACIONAIS?</i>	7
<i>A ascensão da nova economia</i>	9
<i>Perda de valor na nova economia</i>	10
<i>As características e fraquezas do contrato transacional</i>	12
<i>Pesquisa de Apoio aos Contratos Relacionais</i>	18
<i>PARTE 3: COMO CRIAR UM CONTRATO RELACIONAL</i>	21
<i>Concentre-se no relacionamento, não no negócio</i>	23
<i>Estabelecendo uma parceria</i>	26
<i>Incorporar Normas Sociais no Relacionamento</i>	28
<i>Evitar e Mitigar Riscos por Alinhamento de Interesses</i>	32
<i>Criando uma estrutura justa e flexível</i>	37
<i>Contratação Relacional como um Processo</i>	42
<i>PARTE 4: QUANDO USAR UM CONTRATO RELACIONAL</i>	43
<i>PARTE 5: CONCLUSÃO E CHAMADA À AÇÃO</i>	46
<i>Anexo 1</i>	48
<i>NOTAS DE RODAPÉ</i>	53

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

PARTE 1: INTRODUÇÃO AOS CONTRATOS RELACIONAIS

O dicionário do Webster define um contrato como:

1. A) acordo vinculativo entre duas ou mais pessoas ou partes; B) especialmente um acordo comercial legalmente executável para o fornecimento de bens ou serviços a um preço fixo <fabricar peças sob contrato
2. Um documento descrevendo os termos de um contrato ³

Em suma, os contratos regulam as regras de negócios entre indivíduos e/ou organizações. Nós escrevemos contratos com fornecedores, clientes, parceiros de negócios, funcionários, etc. quando dependemos de outros para realizar nossos planos de negócios. Mas o planejamento é uma tarefa difícil, especialmente no complexo e ambiente global. E desde que nós, – como humanos –, infelizmente, tendemos a agir de forma oportunista, precisamos concordar com os outros sobre os planos conjuntos para o futuro. O resultado é um contrato que descreve as regras que seguiremos em nosso relacionamento e as partes de nossos acordos que serão legalmente vinculativas e executáveis em tribunal. Usando a terminologia de um dos pioneiros da contratação relacional – Professor de Wigmore na Northwestern University, Ian Macneil – os contratos devem ser vistos como “instrumentos para cooperação social”.⁴

Mas o que é um contrato relacional?

Vamos começar desfazendo um mito. Só porque incorpora a palavra ‘relacional’, não significa que é macio e fofo. Na verdade, o oposto é verdadeiro. Um acordo relacional traz disciplina adicional, porque codifica a estrutura para o relacionamento – os fóruns, comportamentos e mecanismos dentro dos quais as interações ocorrerão. Se reconhece que os relacionamentos não são apenas de pessoa para pessoa, mas também de organização para organização.

Há um volume crescente de escritos e um corpo crescente de jurisprudência sobre contratos relacionais. Ao longo de décadas, as pesquisas em ciências jurídicas, econômicas e sociais forneceram a base de fundamentos que nos encaminham para definir o que é um contrato relacional, – ou pelo menos o que deveria ser. Nós sugerimos que a melhor maneira de entender um contrato relacional, é compará-lo ao modelo dominante de contrato que chamamos de contrato transacional.* O Anexo 1 (página a seguir) fornece uma comparação ao longo cinco dimensões, mostrando as diferenças distintas entre um contrato relacional e um contrato transacional, ao mesmo tempo em que mostra que essas duas formas de contratos existem em um movimento contínuo.

*Ian Macneil usou o termo “contratos discretos” para o contrato que aqui chamamos de contrato transacional

Anexo 1: Comparação de Modelos de Contratação

³ Available at <http://www.merriman-webster.com/dictionary/contract> Definições que não se aplicam aos contratos comerciais foram omitidas da definição

⁴ Macneil, Ian R. , *Contracts: Instruments for Social Cooperation*(Hackensack, NJ: F.B. Rothman. 1968)

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

DIMENSÃO	CONTRATO TRANSACIONAL	CONTRATO RELACIONAL
FOCO	Transações comerciais	Relações comerciais
RELAÇÃO	Relações de curto prazo e Delimitadas (arms-length)	Parceria
NORMAS SOCIAIS	Desconectadas das normas sociais	Normas sociais mutuamente descobertas e acordadas são explicitamente incluídas como obrigação contratual
MECANISMOS PRIMÁRIOS DE MITIGAÇÃO DE RISCOS	Mitigação de riscos pelo uso de poder de mercado e poder estatal	Mitigação e prevenção de riscos através da criação de alinhamento contínuo de interesses
PLANEJAMENTO	Visa a completude: ou seja, tenta ter cláusulas contratuais cobrindo todos os eventos futuros do relacionamento	Aceita que o planeamento completo não é possível e visa criar um quadro justo e flexível para gerir a mudança e a incerteza

Com base nessa comparação, à qual retornaremos várias vezes neste trabalho, fornecemos uma definição formal de um contrato relacional, na extremidade direita do continuum, como:

Um contrato escrito, legalmente exigível, que estabelece uma parceria comercial, dentro de um quadro contratual flexível, baseado em normas sociais e objetivos definidos em conjunto, priorizando um relacionamento com alinhamento contínuo de interesses, antes das transações comerciais.

Conforme mencionado anteriormente, os contratos transacionais dominam o cenário, como sendo o principal veículo de contratação usado nas relações entre empresas. Isso não é surpreendente, visto que, na maioria dos casos, não é tão complexo fazer negócios com terceiros, especialmente quando se trata de contratação de compra ou venda de bens ou serviços comoditizados, onde há muitos fornecedores e baixos custos de troca. No entanto, à medida que a natureza do que estamos trocando (mais bens ou serviços intangíveis) e o ambiente em que operamos (mais global, mais rápido, menos previsível e mais regulamentado) se torna mais complexo, os contratos transacionais são cada vez mais arriscados, devido à extensão da 'incompletude' ou incerteza de sua base. A incompletude cresceu de uma média estimada de cerca de 5%, quando Ian Macneil escrevia em 1960, para cerca de 35 a 40% hoje.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Relacionamentos comerciais bem-sucedidos encontram maneiras de abordar proativamente essa incompletude, de maneira justa e equilibrada. A pesquisa do IACCM mostrou que existem nove “princípios relacionais” que normalmente se repetem em parcerias bem-sucedidas baseadas em contratos relacionais. Esses princípios também são áreas de risco não reconhecidos. Em outras palavras, a pesquisa mostrou que sua ausência aumenta a probabilidade de falha – mas raramente aparecem em qualquer registro de risco. Quais são esses princípios? Eles são comunicação, alocação de riscos, solução de problemas, cultura sem culpa, trabalho conjunto, compartilhamento de perdas e ganhos, objetivos mútuos, medições de desempenho e melhorias contínuas. Uma definição é fornecida no Apêndice 1.

Os contratos tradicionais são formulados em dois fundamentos – preço e poder. Dentro desses parâmetros, há pouco espaço para valores compartilhados ou governança baseada em princípios. Portanto, uma das principais razões pelas quais as organizações não implementam princípios relacionais em seus contratos, movendo-se da esquerda para a direita no continuum, decorre da utilização de processos convencionais de compras e contratação, que não são adequados para estabelecer a confiança e interesses alinhados necessários para o sucesso com a contratação relacional.

Por esse motivo, recomendamos o uso de um processo formal e uma estrutura para criar mutuamente um contrato relacional. O Anexo 2 (página seguinte) descreve um processo baseado em uma combinação das cinco áreas de foco que definem o contrato relacional, estabelecido acima, e os nove princípios relacionais do IACCM. Mais adiante explicaremos a lógica por trás dessa abordagem de passo a passo sugerida neste artigo.

Embora este trabalho promova o uso de um processo estruturado para criar um contrato relacional, reconhecemos que muitas organizações podem se encontrar em um relacionamento existente, sendo impossível voltar e estabelecer as bases desde o início. Se você atua como muitas organizações, pode ter entrado em discussões com a intenção de ter um relacionamento mais estratégico, mas ao longo do caminho descobriu que apenas criou mais um contrato transacional tradicional. Como mencionado anteriormente, os contratos transacionais são construídos em torno de teorias jurídicas clássicas de alocação de risco, o que muitas vezes leva a frustrações e tensões, já que a natureza da estrutura do contrato incentiva comportamentos mais oportunistas e adversariais. Se isso aconteceu em um relacionamento em que você está envolvido, não fique desencantado porque você saiu do portão errado. Nós encorajamos você a não desistir. Em vez disso, considere incorporar o maior número possível de princípios relacionais em seu relacionamento existente, com o objetivo de melhorar o relacionamento, movendo-se da esquerda para a direita no continuum. Por exemplo, tente adotar uma cultura sem culpa e, em vez disso, procure melhorar os processos de gerenciamento de desempenho e solução conjunta de problemas, para chegar à raiz da causa e focar na responsabilidade, em vez de culpa. Ou talvez desenvolver processos para melhorar as comunicações e gerenciar as mudanças de forma proativa.

Quer você comece com o processo formal que recomendamos – ou trabalhe para incorporar os princípios relacionais em um relacionamento existente – o investimento será recompensado.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

À medida que você muda para a contratação relacional, é importante entender porque é essencial adicionar contratos relacionais ao kit de ferramentas de contratação atual. Começamos a Parte 2 deste trabalho analisando o mundo e como foram as mudanças nos últimos trinta anos.

Anexo 2: Processo de Contratação Relacional

Etapas do Processo	Descrição	Princípios Relacionais implementados
1. Foco na relação e não na transação	Para construir a confiança necessária para focar no relacionamento, assegure o alinhamento dentro de sua própria organização e, a partir daí, use um processo de escolha de um parceiro que considere competências relacionais, além de ofertas de serviços, níveis de qualidade etc.	Objetivos mútuos
2. Estabeleça uma parceria	Antes de começar a construir o relacionamento, analisem juntos se há confiança, transparência e compatibilidade suficientes entre as partes para criar uma parceria de sucesso.	Trabalho conjunto, comunicação
3. Incorporar normas sociais no relacionamento	Descobrir conjuntamente e concordar em seguir os seis princípios orientadores ou normas sociais do contrato relacional.	Alocação de risco, comunicação, compartilhamento de perdas e ganhos, cultura sem culpa
4. Evitar e mitigar riscos por meio do alinhamento de interesses	Para estabelecer as bases para interesses continuamente alinhados, concorde com uma visão compartilhada e objetivos estratégicos para a parceria, especificando como será o sucesso e o valor comum. Além disso, assegure-se de que os mecanismos econômicos/de preços acordados posteriormente apoiem a realização da visão e dos objetivos.	Objetivos mútuos, alocação de riscos, compartilhamento de perdas e ganhos
5. Crie uma estrutura justa e flexível	Acordar as cláusulas contratuais escritas necessárias para estabelecer as regras mais específicas do relacionamento, todas elas alinhadas aos seis princípios norteadores. Por fim, estabeleça uma estrutura de governança robusta para o gerenciamento contínuo do relacionamento.	Comunicação, solução de problemas, cultura sem culpa, trabalho conjunto, objetivos mútuos, medições de desempenho e melhorias contínuas

PARTE 2: POR QUE USAR CONTRATOS RELACIONAIS?

Em 1963, Stewart Macaulay relatou que a maioria dos executivos de negócios via pouca necessidade de contratos e, muitas vezes, achava que estabelecer um contrato poderia “atrapalhar

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

um bom relacionamento”. Uma alta proporção de relações comerciais foi estabelecida há muito tempo e a maioria era geográfica ou culturalmente “local”.

As tecnologias em rede global e o surgimento de novas práticas de negócios, na década de 1980, romperam padrões e comportamentos do comércio. Relacionamentos de longo prazo foram descartados na busca por vantagem competitiva, seja em nome da inovação, ou redução de custos. O crescimento constante da interdependência global veio com crescente tensão e imprevisibilidade. O ambiente de negócios de hoje é frequentemente descrito pelo termo ‘VUCA’ – volatilidade, incerteza, complexidade e ambiguidade.⁵ Essa mudança ofereceu terreno fértil para os advogados buscarem aperfeiçoar o contrato “completo”. O ditado “*nada pessoal, são apenas negócios*”, surgiu como uma desculpa comum na busca por comportamentos oportunistas. Uma consequência, foi uma maior adversariedade em uma batalha por preços mínimos, prazos onerosos e tentativas de passar o máximo de risco e responsabilidade pelo desempenho para o outro lado.

Uma alternativa à essa abordagem teria sido construir relacionamentos mais estruturados, oferecendo uma estrutura por meio da qual os participantes pudessem gerenciar melhor os impactos do VUCA. Infelizmente, não houve avaliação do custo associado à contratação transacional e os comportamentos disruptivos e mal alinhados que resultaram dela.

A Parte 2 deste Trabalho é dedicada à explicar porque as organizações devem considerar contratos relacionais para relacionamentos mais estratégicos. Acreditamos que sem uma compreensão clara do porquê, indivíduos e organizações continuarão resistindo e até rejeitando abertamente a contratação relacional como uma opção viável. Esta seção:

- Destaca **a ascensão da nova economia**, o que explica porque as organizações devem pensar de forma mais estratégica sobre fornecedores e outras relações comerciais.
- Mostra o **real impacto da perda de valor nos contratos**. Compartilhamos dados sobre perda de valor e fornecemos exemplos reais de como a contratação errada pode causar danos duradouros a uma organização.
- Destaca **pontos fracos em contratos transacionais** que apontam para o fato de que, um modelo de contratação transacional, muitas vezes, não é apropriado para muitos dos fornecedores e outros relacionamentos comerciais mais complexos de hoje.
- Compartilha **pesquisas científicas** que apoiam a contratação relacional. Simplificar a contratação relacional não é apenas uma boa ideia; a construção fundamental e a teoria que sustenta os contratos relacionais são baseadas em pesquisas indiscutíveis, incluindo vários conceitos vencedores do Prêmio Nobel.

Depois de ler a Parte 2 do presente trabalho, acreditamos que você entenderá porque a mudança do contrato transacional para o relacional é, muitas vezes, vital para o sucesso dos negócios. Na verdade, você pode concluir que os componentes relacionais devem ser usados de forma muito mais ampla em muitas de suas relações comerciais. Você pode perguntar: “Por que não gostar de comunicações mais eficazes e eficientes, clareza sobre os objetivos, uma cultura de

⁵ Veja na Wikipedia a definição em https://en.wikipedia.org/wiki/Volatility,_uncertainty,_complexity_and_ambiguity

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

responsabilidade e melhoria contínua?” Os acordos relacionais não são absolutos; não há uma linha divisória nítida onde um lado deve ser “adversarial” e o outro “colaborativo”. Em vez disso, é uma questão de grau, e até que ponto um modelo totalmente relacional é justificado pelo impacto estratégico e econômico de um determinado relacionamento.

A ascensão da nova economia

A maior parte do século 20 foi dominado pela empresa verticalmente integrada, incorporando cadeias complexas de fornecimento e distribuição em uma empresa, ou grupo de empresas. Michael Porter, da Harvard Business School, literalmente escreveu os manuais para criar uma estratégia competitiva em uma empresa verticalmente integrada em seus livros best-sellers *Estratégia Competitiva*⁶ e *Vantagem Competitiva*⁷. Para Porter, a empresa era uma unidade de combate em um campo de batalha forjado por cinco forças de mercado, criando uma ameaça de rivalidade entre as empresas existentes, a ameaça de novos entrantes, a ameaça de produtos ou serviços substitutos, o poder de barganha dos compradores e o poder de barganha dos fornecedores.⁸

Ironicamente, Porter escreveu o livro de regras em um momento em que as organizações verticalmente integradas já estavam começando a mudar para estruturas mais descentralizadas e em rede. A mudança foi trazida à tona em 1989, quando o guru da administração, Peter Drucker, argumentou eloquentemente, em seu artigo do *Wall Street Journal*, que as organizações deveriam “vender a sala de correspondência”⁹. Um ano depois, Prahalad e Hamel argumentaram que as corporações deveriam se concentrar em suas competências essenciais, no seu influente artigo da *Harvard Business Review*¹⁰. Os CEOs em todo o mundo começaram a proclamar: “Fazer o que fazemos melhor e terceirizar o resto”.

Na nova economia, a unidade de combate é a rede de uma organização, não a própria entidade discreta da organização. O resultado é que as organizações hoje têm uma rede virtual de fornecedores e parceiros de negócios em todo o mundo que fornecem, não apenas commodities que alimentam o motor industrial do passado, mas também serviços altamente estratégicos e essenciais. As organizações flexíveis e inovadoras de hoje são apoiadas por fornecedores estratégicos e parcerias que gerenciam funções críticas, como manufatura, distribuição, TI, gerenciamento de instalações, finanças, RH e muito mais. Vejamos alguns dos principais atributos do mercado atual.

⁶ Porter, M., *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance* (New York: The Free Press, 1980)

⁷ Porter, M., *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance* (New York: The Free Press, 1985)

⁸ Porter, *Competitive Strategy*, pp.3

⁹ Peter Drucker, “*Sell the Mailroom*”, *Harvard Business Review*, 25 de julho de 1989, Disponível em <http://www.wsj.com/articles/SB113202230063197204>

¹⁰ C.K. Prahalad and Gary Hamel, “The Core Competencies of the Corporation,” *Harvard Business Review* 68.3 (1990): 79-91.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

- O mercado de hoje é mais **global**. No passado, os mercados eram menores e mais confinados por fronteiras nacionais. A globalização derrubou essas fronteiras. Embora ainda existam segmentações de mercado nacionais, os mercados de hoje são geralmente muito mais diversificados geograficamente do que no passado.
- Os mercados de hoje são mais **complexos**. Na economia de mercado de massa, com grandes corporações verticalmente integradas como os principais atores, a demanda era mais fácil de prever. Os pedidos eram gerenciados através de uma carteira de pedidos e a demanda era, em grande parte, impulsionada pelas próprias corporações, ilustrado pela famosa citação de Henry Ford que proclamava: “Meu cliente pode ter um carro pintado da cor que ele quiser, desde que seja preto.”¹¹ Hoje, o cliente não existe mais, em vez disso a economia inclui uma infinidade de clientes com gostos diferentes, que mudam de maneiras imprevisíveis. Empresas inteiras fizeram negócios atendendo à longa fila da demanda dos clientes.¹²
- Os mercados de hoje são mais **rápidos**. A velocidade do mercado e as mudanças do mercado são surpreendentes. Novos produtos e serviços podem se tornar obsoletos em questão de meses. Embora inovação sempre tenha sido importante, inovação é agora um imperativo, exigindo que as organizações sejam flexíveis e responsivas às mudanças.

Para resumir, os mercados são mais globais, mais complexos e mais rápidos; organizações bem-sucedidas contam com redes de relacionamentos comerciais mais estratégicos para navegar na nova economia. Isso exige novos níveis de clareza, comunicação, colaboração e controle, que são mais bem atendidos por meio da contratação relacional.

Perda de valor na nova economia

A empresa em rede pode existir por causa de contratos entre as entidades da rede. Portanto, é problemático que pareça haver uma significativa perda de valor nas relações contratuais no mercado hoje. A pesquisa do IACCM mostrou que a má contratação custa à organização média o equivalente a 9,15% de sua receita anual.¹³ A perda de valor assume a forma de aumento de custos, economia perdida e perda de receita. Os dados do IACCM nem sequer tentam colocar um preço nas oportunidades perdidas, no impacto das não renovações ou nos custos de disputas ou litígios.

O IACCM não é o único a pesquisar este tema. O Corporate Executive Board descobriu que, em um negócio de terceirização típico, a empresa terceirizada pode corroer até 90% do valor previsto, devido à má governança do contrato.¹⁴ Leslie Wilcox, professora da London School of Economics, estudou 1.200 acordos de terceirização e descobriu que “acordos baseados em poder” (aqueles

¹¹ My Life and Work, by Henry Ford, in collaboration with Samuel Crowther, 1922, page 72

¹² Chris Anderson, The Long Tail: Why the Future of Business is Selling Less of More (New York: Hyperion, 2006).

¹³ “The Value of Contract Management: Return on Investment -Survey Results,” International Association for Contract and Commercial Management, (Sept. 2013).

¹⁴ Ibid.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

em que a parte mais poderosa impõe os termos) geram custos até 40% maiores do que os acordos baseados em confiança.¹⁵

As histórias de relacionamentos fracassados e desgastados por causa de más práticas de contratação, são lendárias. Talvez a mais ilustrativa seja a história da General Motors, que já foi considerada uma das empresas mais bem geridas e bem-sucedidas do mundo. Mas entre 1980 e 2009, sua participação de mercado nos Estados Unidos caiu de 62,6% para 19,8% e, em 2009, a empresa faliu.

A pesquisa sugere que muitos dos problemas da GM podiam estar ligados à estratégia de contratação transacional da empresa¹⁶. A GM encontrou problemas no desenvolvimento de relações contratuais essenciais ao projeto e à fabricação modernos. Os pesquisadores apontam várias causas possíveis para essas dificuldades, incluindo a prática histórica da GM de tratar seus fornecedores como entidades homogêneas e intercambiáveis, sua visão de que a expertise pode ser dividida e que decisões holísticas podem ser tomadas usando critérios financeiros. Essencialmente, essa abordagem levou um grande fornecedor a observar: “Quando um contrato não é um contrato? A resposta – quando é com a GM.” A sensação era de que a GM (e de fato todos os principais fabricantes de automóveis dos EUA) exigia total lealdade dos fornecedores, mas não oferecia quase nenhuma em troca.¹⁷

Pesquisadores afirmam que a forte dependência da GM em estratégias de fornecedores baseadas em poder e relacionamentos distantes, levaram a custos de transação significativamente mais altos, graus muito mais baixos de compartilhamento de informações com os fornecedores e baixos níveis de confiança ¹⁸– todos os fatores que contribuíram para a queda da GM do topo. Essas estratégias devem ser comparadas às estratégias de fornecedores da Toyota e de outras montadoras japonesas, que são caracterizadas por relacionamentos de longo prazo, alto grau de compartilhamento de informações e baixos custos de transação – tudo isso cria significativamente mais fidelidade e confiança do fornecedor. É interessante notar que, desde seu quase desaparecimento, as atitudes e comportamentos na GM mudaram drasticamente e muitas das abordagens adversariais ao mercado, baseadas no poder, foram substituídas.

Mas entre todas as histórias de fracassos, há um número cada vez maior de histórias de sucesso individuais. A pesquisa do IACCM confirma que as organizações que investem na viabilização de melhores relacionamentos, reduzem drasticamente o percentual de perda de valor para cerca de

¹⁵ L. Willcocks, S. Cullen, “The Outsourcing Enterprise 2: The Power of Relationships,”(London: LogicaCMG,2005).

¹⁶ Helper & Henderson, “Management Practices, Relational Contracts and the Decline of General Motors,”*The Journal of Economic Perspectives*, Volume 28, Number 1, Winter 2014, pp. 49-72(24)

¹⁷ Ibid

¹⁸ Jeffrey H. Dyer and Wujin Chu, “The Determinants of Trust in Supplier-Automaker Relationships in the U.S., Japan, and Korea,” *Journal of International Business Studies*Vol. 31, No. 2 (2nd Qtr., 2000), pp. 259-285

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

3,5%.¹⁹ Então, por que as histórias de sucesso não são mais comuns? Por que as organizações lutam para replicar esses relacionamentos produtivos? Uma resposta é que o mundo dos negócios em rede não impulsionou o comportamento em rede. Os parceiros comerciais geralmente são vistos com algum nível de suspeita e a suposição de que são movidos por instintos egoístas. Em suma, os parceiros comerciais não são confiáveis.

Para piorar a situação, muitas organizações usam métricas de desempenho que geralmente incentivam o pensamento de curto prazo e promovem comportamentos oportunistas e negativos. Caso em questão: Uma empresa da Fortune 100 que oferece um bônus aos seus profissionais de compras para obter o melhor “negócio”, medindo um comprador apenas na variação do preço de compra de reduzir o preço, ao contrário de estabelecer as bases para um relacionamento bem-sucedido, ou reduzir o custo total de propriedade. Isso se reflete nos esquemas de compensação para muitos do pessoal de vendas, onde a “vitória” está em ganhar o negócio, em vez de garantir que ele forneça valor a longo prazo para qualquer organização. Embora a administração possa falar cada vez mais sobre questões de honestidade e integridade, muitas vezes fazem pouco para mudar a motivação do comportamento oportunista de curto prazo – em parte porque não têm conhecimento dos custos associados aos comportamentos de contratação transacional ou entendimento sobre a alternativa.

As características e fraquezas do contrato transacional

Outra razão importante e intimamente relacionada ao número relativamente pequeno de histórias de sucesso, é a natureza dos próprios contratos transacionais. Na Parte 1, usamos cinco características para descrever o contrato transacional. Vamos dar uma olhada mais de perto nessas características e veremos porque um contrato transacional está cada vez mais inadequado para a economia de hoje. Uma rápida revisão revela que pode haver pouca dúvida de que as características e fraquezas do contrato transacional explicam muito da perda de valor e falhas das relações contratuais no mercado.

FOCO NO “NEGÓCIO”, NÃO NO “RELACIONAMENTO”

O foco da contratação tende a ser “neste negócio”, “desta vez” e sob “este conjunto de condições e termos legais”. Negociadores e advogados pensam: “Pegue uma assinatura e você está pronto”. “É um negócio feito, e um negócio, é um negócio”.

Um contrato transacional definitivamente segue essa lógica. Vejamos um comunicado de imprensa típico para um grande “acordo”. As partes projetam sucesso na assinatura, dizendo que a empresa x contratou com o fornecedor y por um contrato de sete anos, no valor de z milhões de dólares.

¹⁹ “Maximizing ROI from Effective Contract Management,” International Association for Contract & Commercial Management. (published March 2015). Available at <https://www2.iaccm.com/resources/?id=8484>

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Isso pressupõe que as partes conheçam, na data do comunicado, todas as transações que serão realizadas. Um futuro complexo é visto como um grande negócio.

O ambiente de negócios dinâmico de hoje muitas vezes impossibilita a publicação de um comunicado de imprensa com uma afirmação realista de precisão. Nas relações cliente-fornecedor mais complexas, as partes sabem que, em realidade, o “negócio” deve mudar ao longo do tempo devido às mudanças de demandas, circunstâncias de mercado, etc. Contratos transacionais bem elaborados lidam com isso por meio de cláusulas de controle de mudanças, geralmente envolvendo um procedimento de mudança, desde o envio de solicitações de mudança até à assinatura de um aditivo de alteração. Mas, como a maioria dos gerentes de contrato sabe, as negociações pós-assinatura de contratos podem ser exercícios tediosos e custosos, geralmente envolvendo discussões intensas sobre se a solicitação de mudança deve levar a uma compensação adicional, ou não e, se sim, quanto.

Esses exercícios geram custos de transação para os quais só pode haver um nome: desperdício. A causa desse desperdício não é como as cláusulas de controle de mudança são escritas. O problema está, em vez disso, no foco. Simplificando, as partes persistem em se concentrar no negócio no momento da assinatura, mesmo sabendo que “este negócio” se tornará irrelevante. Sem uma mudança de foco, esse desperdício não pode ser evitado.

RELAÇÕES ARMS LENGTH - DE CONCORRÊNCIA PLENA

Um contrato transacional estabelece uma relação de distanciamento, de concorrência. Geralmente, é projetado para limitar o comprometimento e obter o máximo de controle possível sobre as ações da outra parte, perdendo o mínimo de controle possível. Um objetivo fundamental em um relacionamento transacional é não ficar muito “aconchegante” – especialmente se você for o comprador. A lógica convencional é que, tornar-se muito dependente da outra parte, é visto como arriscado, e que as organizações compradoras devem evitar o “lock-in”.

Para prevenir muita dependência, as organizações costumam usar termos comerciais. Por exemplo, cláusulas de rescisão sem justa causa combinadas com obrigações abrangentes de gerenciamento de saída, criam ferramentas poderosas que uma parte pode usar para controlar fornecedores. Outro exemplo são as cláusulas de direitos de propriedade intelectual em que o cliente adquire o direito às ideias e inovações criadas pelo fornecedor. O objetivo é garantir que os vínculos entre as partes permaneçam soltos, desvinculados.

Como regra geral, os compradores têm mais poder do que os fornecedores – pelo menos até o momento da assinatura do contrato. E, normalmente, quanto mais poderosa uma organização, mais unilaterais são as cláusulas. A década de 1980 inaugurou abordagens populares para melhorar o poder de uma organização. Gurus de negócios, como Michael Porter, enfatizaram que as organizações deviam ganhar poder sobre fornecedores e clientes, como forma de criar uma vantagem competitiva. Peter Kraljic defendia que as organizações de compras deveriam ganhar poder com táticas de “alavancagem”. Charles Karrass ensinou milhares de indivíduos a jogar o “jogo das negociações” para inclinar o negócio a seu favor.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Mas hoje as abordagens convencionais para utilizar o poder sobre alguém, causam um dilema. As estratégias baseadas em força e poder não funcionam na economia em rede e hipercompetitiva atual, porque as empresas dependem de sua rede de clientes, fornecedores e parceiros de negócios para ter sucesso. Relações distanciadas e de concorrência simplesmente não são suficientes – especialmente para negócios mais estratégicos e complexos, onde há muita dependência. Organizações bem-sucedidas estão abandonando a mentalidade de distanciamento, optando por criar relacionamentos estratégicos altamente colaborativos, com maior interdependência, construídos para criar uma vantagem competitiva ganha-ganha com seus parceiros de negócios estratégicos. Os professores Jeffrey Dyer e Harbir Singh são pioneiros nas pesquisas nesta área. Eles cunharam o termo “rendimentos relacionais” para se referir aos retornos acima do normal gerados por duas ou mais empresas, usando o conhecimento e os recursos uma da outra de maneira única, que não podem ser copiados por outras.²⁰ Em um relacionamento à distância e de concorrência, nada único pode ser criado. Rendimentos relacionais só podem ser gerados através de investimentos em ativos específicos de relacionamento, troca substancial de conhecimento e combinação de recursos complementares.

Fazer a mudança significa que os contratos de hoje exigem muito mais reflexão e versatilidade em como o relacionamento é estruturado e gerenciado contratualmente. Também exige um afastamento consciente da mentalidade de que um único modelo cabe para qualquer situação (one-size-fits-all), que permanece predominante em muitas organizações. Simplificando, o contrato estratégico que você estrutura com o Fornecedor Estratégico nº 1, provavelmente será único em relação ao contrato estratégico que você estrutura com o Fornecedor Estratégico nº 2.

E acima de tudo, criar relações estratégicas exige abandonar a ambição de manter todas as relações comerciais em distanciamento. Você não pode gerar rendimentos relacionais por meio do aumento da dependência e do agrupamento de recursos e permanecer completamente desapegado e independente, simultaneamente. O contrato transaccional, com seu caráter de distanciamento e concorrência, não permitirá que seu relacionamento estratégico floresça e crie a vantagem competitiva desejada.

DESCONECTANDO-SE DAS NORMAS SOCIAIS

“Nada pessoal, são apenas negócios.” Esta é a mentalidade do contrato transaccional. Essa mentalidade também significa que é aceitável violar normas sociais fundamentais na busca de um “bom negócio”. De fato, o comportamento oportunista não é apenas permitido, mas esperado como parte do “jogo de negociação”. Milhões de livros foram vendidos sobre como jogar o jogo. Somos ensinados a justificar em ir contra as normas sociais de reciprocidade e equidade, quando você tem poder e pode transferir o risco para a outra parte. Os cursos de negociação nos ensinam que ainda estamos sendo honestos quando retemos informações, se a outra parte não pedir – mesmo que isso possa significar que a outra parte estará em desvantagem, ou pode ser prejudicada

²⁰ Jeffrey H. Dyer and Harbir Singh, “The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage,” *Academy of Management Review*, October 1, 1998 vol. 23 no. 4 660-679

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

financeiramente. Claro, a maneira mais fácil de justificar o comportamento oportunista de alguém é dizer “desculpe, nada pessoal, são apenas negócios”.

Na realidade, violar as normas sociais muitas vezes gera risco, em vez de mitigar riscos. Por que? Porque é seguro assumir que a outra parte tentará criar estratégias para melhorar sua posição. Na verdade, a maioria dos empresários racionais procura maneiras de se proteger, ou de se “vingar”. Infelizmente, proteção muitas vezes significa falta de abertura e transparência, retenção de dados, ou informações e imposição de limites à comunicação. Essa mentalidade não é má, mas sim da natureza humana, baseada no oportunismo. Afinal, se houver conflito de interesses e o risco for significativo – é racional pensar que ambas as partes tentarão agir de acordo com seu próprio interesse, desconsiderando os interesses da outra parte.

A pesquisa psicológica apóia esse comportamento “taco a taco”, ou “olho por olho”, mostrando que, embora os humanos sejam oportunistas, eles têm um forte senso de justiça ou, na terminologia da economia comportamental, interesse próprio limitado²¹. A maioria das pessoas quer tratar os outros de forma justa e também quer ser tratada de forma justa. No entanto, isso também significa que as pessoas estão dispostas a punir comportamentos injustos, ou seja, comportamentos que violem as normas sociais.²²

O simples fato é que, violar normas sociais, piora a situação – não melhora. Isso impede e distorce as conversas necessárias em qualquer relacionamento saudável. Limita as áreas de descoberta e sufoca as ideias próprias, que deveriam estar no centro de qualquer acordo produtivo e de longo prazo. A violação de normas sociais, por uma parte, simplesmente, leva a uma reação (geralmente uma reação negativa e oportunista) da outra parte. E isso resulta em custos de transação desnecessários.

Economistas, como Oliver Williamson, mostraram como as normas contratuais, legais e sociais interagem para orientar o comportamento de indivíduos e empresas em todas as relações comerciais.²³ As descobertas são claras: nas relações comerciais mais complexas, geram-se ineficiências e custos de transação quando as normas contratuais entram em conflito com as normas sociais que sempre existem nas relações comerciais, em maior ou menor grau.

Estamos convencidos de que grande parte da perda de valor nas relações contratuais é causada porque os contratos transacionais têm uma “desconexão” das normas sociais. Quanto mais unilaterais e baseadas no poder são as obrigações contratuais, mais um indivíduo é acionado pela natureza humana com um forte senso de justiça para criar uma contra-reação. Simplificando, os contratos transacionais convencionais criam uma desconexão das normas sociais, gerando consequências em vez de preveni-las.

²¹ Jolls, Christine; Sunstein, Cass R.; and Thaler, Richard, "A Behavioral Approach to Law and Economics" (1998). Faculty Scholarship Series. Paper 1765. P. 16 http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765

²² *Ibid.* p.22

²³ Ver, por exemplo, Williamson, O., "The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead," *Journal of Economic Literature*, Vol. 38, No. 3. (Sept., 2000) 595-613.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

MITIGAÇÃO DE RISCO ATRAVÉS DO PODER DE MERCADO E PODER DO ESTADO

Como diz o ditado, “comprador, cuidado”. Fomos ensinados a fazer negócios por nossa conta e risco e não esperar que os outros cuidem de nós. A culpa é nossa se não tomamos precauções suficientes para evitar sermos explorados. As organizações usam contratos para mitigar qualquer risco potencial que possa surgir. A sabedoria convencional nos ensina utilizar o poder de alguém para transferir o risco para a outra parte. Embora a outra parte possa aceitar os riscos – raramente o faz de bom grado. A realidade é que, quanto mais uma parte procura mudar o risco, mais a outra parte busca estratégias criativas para mitigar ou reverter o risco.

Em um contrato transacional, existem dois mecanismos principais para lidar com os riscos do comportamento oportunista. O primeiro, é o poder do mercado; o segundo, o poder estatal. Em conjunto, ambos dão à impressão de fazer um bom trabalho para a gestão de riscos. Na realidade, nenhum mecanismo baseado em poder faz um bom trabalho. Vamos explorar porquê cada um fica aquém.

Veremos primeiro o poder de mercado. Por poder de mercado, entendemos simplesmente o poder de deixar o relacionamento e contratar outro player do mercado, ou a capacidade de impor termos onerosos à contraparte, com poucas obrigações próprias. O poder de rescisão é mais efetivamente assegurado por uma cláusula de rescisão por conveniência (sem justa causa), que confere o direito de rescindir o contrato, independentemente de haver ou não violação. Termos onerosos podem assumir muitas formas mas, geralmente, se relacionam a questões sobre propriedade de ativos e consequências de falhas. Sob a teoria jurídica clássica, há uma forte crença na condução do desempenho por meio de incentivos puramente negativos e punitivos.

Mitigar o risco por meio do poder de mercado tem sérias desvantagens – a menor delas é que raramente funciona. Em muitas relações comerciais, os custos de trocar de fornecedor, ou perder um cliente, podem ser muito altos. Além disso, manter tais disposições, muitas vezes leva a contraparte a restringir seu investimento no relacionamento. Considere, por exemplo, se um fornecedor encurralado terá vontade de fornecer voluntariamente ativos ou funcionários com conhecimento e experiência inestimáveis sobre o cliente e suas operações.

O poder de mercado tem seu lugar quando há muitos fornecedores com baixa ou nenhuma dependência e os custos de troca são baixos (em essência, você está comprando uma verdadeira mercadoria). Mas em situações de maior dependência, ou onde há potencial de valor diferenciado, o uso do poder de mercado na formação do negócio invariavelmente prejudicará os resultados potenciais.

E o poder do Estado? Por poder estatal, queremos dizer o poder de fazer cumprir legalmente as obrigações contratuais. As obrigações contratuais respaldadas pelo poder estatal parecem ser uma ótima ferramenta para mitigação de riscos. Afinal, toda a ideia de contrato está baseada na suposição de uma possibilidade de execução.

Argumentamos que o mecanismo do poder estatal para mitigar os riscos do oportunismo tem sérias desvantagens. Por que? O sistema judicial não é 100% eficaz e uma violação do contrato não levará automaticamente à execução. Além disso, muitas vezes é muito caro ir ao tribunal. Por esse motivo, a grande maioria das partes opta por fazer um acordo extrajudicial para evitar contas legais astronômicas e os possíveis danos à sua reputação. A pesquisa do IACCM apoia essa suposição

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

mostrando que, enquanto 30% dos contratos negociados encontram um desacordo substancial entre as partes em algum momento de sua execução, apenas 0,007% terminam em litígio ou arbitragem²⁴. Embora a maioria dos contratos dependa de um pressuposto implícito da eficácia do sistema judicial, na realidade, o poder estatal não é usado como uma opção viável.

Em resumo, os mecanismos de mitigação de risco do contrato transacional – poder de mercado e poder estatal – criam uma ilusão de segurança quando, em realidade, podem ser fracos no gerenciamento de riscos conhecidos e amplamente ineficazes para lidar com riscos desconhecidos ou imprevistos.

PLANEJAMENTO COMPLETO

Um contrato antes de tudo, é um instrumento econômico com o objetivo de apoiar a realização de planos de negócios. Construir uma casa ou uma ferrovia, executar uma campanha de marketing, garantir o acesso à tecnologia da informação, tudo isso exige muitas atividades das partes em um contrato. O objetivo do contrato é garantir que os planos sejam realizados. Convencionalmente, isso é feito alocando o controle sobre as atividades por meio de obrigações contratuais. Por exemplo, o comprador cria uma declaração prescritiva de trabalho, ou descrição de serviço das atividades a serem executadas.

O problema é que, mais uma vez, há uma tendência ao oportunismo. E se esquecemos de algo, ao fazer um plano? E se percebermos, após assinatura do contrato, que a construção da ferrovia exige algum trabalho adicional que esquecemos de incluir na especificação? A outra parte não vai tirar vantagem da situação? Provavelmente, sim, especialmente se a negociação anterior foi focada em minimizar o preço e maximizar o risco do fornecedor. Mas, em vez de reconhecer esses sintomas recorrentes e aprender com a experiência, muitos compradores reagem tornando-se ainda mais exigentes em suas negociações. O resultado? A busca incessante de tornar o contrato mais 'completo' para que o fornecedor não possa 'aproveitar' na fase pós-adjucação.

Essas atitudes e comportamentos são motivados pela crença incorreta (historicamente propagada por consultores e consultorias) de que o poder está com o comprador até à assinatura do contrato e passa para o fornecedor assim que o negócio é assinado. Essa filosofia vê as relações comerciais no contexto de campos de batalha e relacionamentos como guerras de poder. Para manter o controle, o plano deve ser completo e anotado no contrato assinado.

O planejamento completo é a atitude do contrato transacional e adversarial. Mas assim como a mitigação de riscos e a desconexão das normas sociais, alcançar um plano completo em um ambiente complexo é baseado em uma ilusão cara. De fato, o vencedor do Prêmio Nobel de 2016, Oliver Hart, mostrou que a maioria dos contratos está incompleta. Como escrevemos, o ambiente de negócios de hoje é complexo, veloz e imprevisível. Oferta e demanda mudam rapidamente. As ameaças de mercado vêm de todos os ângulos, desde novos concorrentes, modismos de clientes, tecnologia disruptiva, regulamentação e eventos imprevisíveis, até flutuações dramáticas nos preços do petróleo. Essencialmente, estamos lidando com um volume crescente do desconhecido ou do incognoscível. Os relacionamentos devem ser projetados, não para eliminar essas

²⁴ IACCM contract management survey, op. cit.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

realidades mas, para lidar com elas. O contrato transacional não possui mecanismos para alcançar a tão necessária flexibilidade e colaboração exigidas pelo ambiente atual.

O fato é que o planejamento completo se torna cada vez mais difícil na nova economia. Uma ironia sobre o planejamento completo é que a pesquisa psicológica revelou que nunca fomos bons planejadores, para começar.²⁵ Tomando emprestado a terminologia da economia comportamental, sofremos de *racionalidade limitada*, porque não temos tempo suficiente para reunir todas as informações relevantes e nossos cérebros não podem lidar com todas as informações. A conclusão? Sempre foi impossível para um contrato transacional corresponder à ambição de um planejamento completo.

Pesquisa de Apoio aos Contratos Relacionais

Enquanto as seções anteriores mostraram suporte científico para as desvantagens dos contratos transacionais, esta parte do trabalho compartilha as vantagens e os benefícios do contrato relacional. Mostramos que a contratação relacional tem o forte apoio da pesquisa vencedora do Prêmio Nobel em teoria psicológica, econômica e social. Como exemplo, em outubro de 2016, o trabalho dos professores Hart e Holmstrom foi reconhecido, quando o Prêmio Nobel de Economia lhes foi concedido. Sua pesquisa destaca a importância de os contratos serem 'adequadamente projetados para garantir que as partes tomem decisões mutuamente benéficas' - uma filosofia que está no cerne dos contratos relacionais.

Uma das principais razões pelas quais os contratos relacionais fazem sentido, é que os contratos são negociados, escritos e celebrados por seres humanos. Isso significa que a lógica da psicologia humana, como foi formada pela evolução, tem forte influência na prática da contratação. Mas não apenas a psicologia desempenha um papel, os seres humanos que celebram um contrato estão agindo dentro de sistemas econômicos e sociais que juntos formam as regras do jogo da contratação, levando a resultados econômicos benéficos ou não benéficos. Portanto, a ciência econômica e social também nos ensina lições importantes sobre contratação.

Embora existam literalmente centenas de estudos de pesquisa apoiando os conceitos e a lógica por trás da contratação relacional, neste trabalho nos limitamos principalmente à pesquisa psicológica.

Como afirmado, a contratação é sobre o planejamento de trocas futuras de bens e serviços por dinheiro, e sobre como lidar com os riscos e oportunidades inerentes a essas trocas. E porque o futuro é desconhecido e porquê nós, seres humanos, temos a tendência de agir de forma oportunista, é que os contratos são necessários, em primeiro lugar. Como dissemos repetidamente, os contratos são escritos para lidar com o futuro.

O problema é que estamos psicologicamente mal equipados para lidar com o futuro. Já em 1957, o vencedor do Prêmio Nobel, Herbert Simon, concluiu que os humanos são racionais, mas apenas

²⁵ Kahneman, op. cit.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

até certo ponto²⁶. Provavelmente não há ninguém que tenha investigado mais profundamente os limites de nossa racionalidade do que o professor Daniel Kahneman, ganhador do Prêmio Nobel de 2002 e autor do best-seller *Thinking, Fast and Slow*.²⁷ Tiramos várias conclusões importantes do trabalho de Kahneman e do trabalho do ramo psicológico da economia – economia comportamental. Nós nos concentramos em três conceitos-chave:

1. Os erros sistemáticos que cometemos são resultado de nossa racionalidade limitada
2. Nossa capacidade limitada de avaliar corretamente os riscos
3. Nosso senso de justiça

1. OS ERROS SISTEMÁTICOS QUE FAZEMOS COMO RESULTADO DE NOSSA RACIONALIDADE LIMITADA

Em vez de ser criaturas onipotentes, oniscientes e totalmente racionais (que é a suposição da teoria econômica tradicional), tendemos a usar regras práticas e modelos simplificados do mundo para nos movermos. Essas regras práticas são chamadas de *heurísticas*. Por serem simplificações, não são necessariamente corretas, o que significa que podem levar a vieses ou falácias sistemáticas. Do ponto de vista da contratação, a mais importante é a *falácia do planejamento*, já mencionada na introdução. Nossa racionalidade limitada restringe severamente nossa capacidade de planejar o futuro, que é um componente-chave em todas as contratações. No entanto, nossa mente também nos leva a pensar que somos de fato bons em planejar o futuro. Simplificando, sofremos de *excesso de confiança*.

A falácia do planejamento e os vieses relacionados significam que, na economia complexa, rápida e global, *com certeza absoluta falharemos se tentarmos lidar com a incerteza do futuro por meio de um contrato transacional*. Em vez disso, contratos relacionais devem ser usados, contendo, entre outras coisas, mecanismos para compartilhar informações de forma transparente e ciclos de feedback, permitindo que as partes ajustem o contrato à medida que o futuro se desenrola, mantendo os interesses alinhados.

2. NOSSA CAPACIDADE LIMITADA DE AVALIAR CORRETAMENTE OS RISCOS

Nossa racionalidade limitada também significa que somos pobres na avaliação de riscos, outra atividade fundamental na contratação. A falácia do planejamento significa que, em primeiro lugar, provavelmente não identificaremos muitos dos riscos comerciais e contratuais mais relevantes. E mesmo que identifiquemos um risco, tendemos a confiar em sentimentos ao avaliá-lo, ao invés de uma análise racional de probabilidade e impacto negativo. Quanto menos gostamos de um possível evento futuro, mais arriscado ele nos parece. O professor Cass Sunstein cunhou o termo *negligência de probabilidade* para a tendência - muito comum entre os advogados - de enfatizar

²⁶ Simon, Herbert A. *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting* (New York: John Wiley and Sons, 1957).

²⁷ Kahneman, op. cit

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

demais os possíveis resultados negativos de um evento, prestando pouca ou nenhuma atenção à probabilidade de esse resultado ocorrer.²⁸

Como o futuro nunca foi tão incerto, também nunca foi tão arriscado. Não estamos psicologicamente preparados para lidar com tais riscos por meio do contrato transacional, no qual todos os riscos devem ser tratados no momento da assinatura. Em vez disso, deve-se utilizar o contrato relacional, incluindo, entre outras coisas, mecanismos de governança para gestão de riscos contínua e colaborativa, permitindo que as partes, ao longo do tempo, mantenham os riscos de sua parceria em níveis aceitáveis.

2. NOSSO SENSO DE JUSTIÇA

Daniel Kahneman e Richard Thaler, um dos fundadores da economia comportamental, também demonstraram nosso forte senso de justiça.²⁹ Esse senso de justiça tem um lado positivo e um lado negativo, ambos relacionados ao nosso sentimento de reciprocidade. Do lado positivo, temos uma tendência natural de agir com justiça. Do lado negativo, significa que estamos dispostos a punir aqueles que nos tratam injustamente, mesmo que seja para nossa desvantagem econômica, ou contra nosso interesse de longo prazo.

O lado positivo e negativo de nosso senso de justiça foi comprovado, sem sombra de dúvidas, em experimentos como o Jogo do Ultimato. Neste jogo, o indivíduo A – o proponente – recebe uma quantia em dinheiro e é solicitado a sugerir ao indivíduo B – o respondente – como o dinheiro deve ser dividido entre eles. Se o respondente aceitar, o dinheiro é dividido de acordo com a proposta. Se o respondente rejeitar a oferta, nenhuma das partes recebe nada. Contra o raciocínio econômico estrito, os proponentes normalmente oferecem divisões de 50/50 em vez de oferecer o mínimo possível, mostrando o lado positivo de nosso senso de justiça. Por outro lado, os respondentes normalmente rejeitam ofertas de parcelas de 70/30 ou menos, mesmo que eles estivessem melhor com, digamos, 10% do dinheiro, do que nada. Os respondentes estão, portanto, dispostos a punir o comportamento injusto, contra seu próprio e estrito interesse.

Contratar não é apenas planejar o futuro. Trata-se também de lidar com o comportamento oportunista. Aqui, o contrato transacional sofre de um ponto cego grave – um contrato baseado em poder desconectado das normas sociais. Todavia, como mostra o Jogo do Ultimato, não respondemos bem ao uso ou abuso de poder. Processos e práticas baseados em poder do contrato transacional, geralmente, desencadeiam comportamentos oportunistas. E tentamos lidar com o oportunismo através da ameaça do mercado ou do poder estatal.

²⁸ Sunstein, Cass R., "Probability Neglect: Emotions, Worst Cases, and Law" (November 2001). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 138. Available at

²⁹ Kahneman, op.cit.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Simplificando, respondemos ao poder com poder, à injustiça com injustiça.

A NECESSIDADE: ALINHAMENTO CONTÍNUO DE INTERESSES

A psicologia e a economia comportamental provam que (i) estamos psicologicamente mal equipados para ter sucesso com a ambição de completude do contrato transacional; (ii) nossa capacidade limitada de avaliar corretamente os riscos confere uma ilusão de segurança ao contrato transacional e (iii) os processos de contratação e negociação que normalmente usamos frequentemente geram comportamento oportunista, ao invés de proteção. Embora tenhamos oferecido três motivos claros para deixar de lado os contratos transacionais, esses mesmos três motivos também oferecem um motivo convincente para mudar para os contratos relacionais – especialmente ao operar em um ambiente de negócios complexo, acelerado ou incerto.

Para contratos mais estratégicos com maiores riscos e incertezas, o que é necessário, é um contrato relacional que busque alinhar continuamente os interesses diante da incerteza. O contrato relacional – e, igualmente importante, o processo para celebrá-lo – trará à tona o lado positivo de nosso senso de justiça e nos ajudará a lidar melhor com essas incertezas de uma maneira muito mais construtiva.

Mas de que modo você cria um contrato relacional? Leia a Parte 3.

PARTE 3: COMO CRIAR UM CONTRATO RELACIONAL

Na Parte 2, ilustramos os graves pontos fracos e às vezes até os perigos de usar um contrato transacional ao operar em um ambiente complexo e incerto. Também compartilhamos a lógica para mudar para um contrato relacional. O objetivo da Parte 3 é ajudá-lo a começar a entender como desenvolver um contrato relacional. Como discutiremos abaixo, uma jornada em direção a um contrato relacional pode começar pelas partes implementando um ou mais dos nove princípios relacionais. Embora isso, definitivamente, beneficie ambas as partes, o valor total da contratação relacional não será realizado até que o contrato relacional completo com todos os seus componentes seja implementado. Portanto, esta parte 3 concentra-se principalmente no contrato relacional completo, ao lado direito do continuum do contrato mostrado na página 5.

Um dos principais objetivos de um contrato relacional é criar um alinhamento contínuo de interesses ao longo da vigência do contrato. Como apontamos na introdução, para alcançar melhores resultados, é importante dar igual importância, tanto ao processo de celebração do contrato, quanto ao conteúdo do contrato relacional.

Há duas razões principais pelas quais o processo importa tanto quanto o conteúdo do contrato. A primeira razão está relacionada ao que explicamos no final da Parte 2. A evolução nos deu uma natureza dualista; uma tendência tanto para o oportunismo, quanto para um forte senso de justiça.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

O contrato relacional tenta construir e alavancar nosso senso de justiça, evitando o oportunismo e os altos custos de transação e perda de valor que o acompanham. Embora seja possível adotar princípios de contratação relacional em qualquer ponto de um relacionamento, utilizar um processo para estabelecer uma base sólida no início de um relacionamento, é o caminho mais fácil para o sucesso, porque nos ajuda a evitar o oportunismo desde o início.

A importância disso é bem ilustrada pela pesquisa de Kathleen Vohs, professora da Carlson School of Management, da Universidade de Minnesota. A pesquisa da Vohs mostra como o dinheiro nos torna egoístas.³⁰ Por exemplo, em um experimento, alguns indivíduos foram expostos a palavras e pensamentos sobre dinheiro e outros não. Os indivíduos foram então testados quanto à sua vontade de ajudar os outros. Aqueles indivíduos expostos ao dinheiro, antes de serem solicitados a ajudar os outros, mostraram uma vontade de ajudar significativamente menor do que os indivíduos que não foram expostos ao dinheiro. O trabalho de Vohs sugere que é fundamental não iniciar um processo de contratação relacional negociando o valor do negócio, onde o dinheiro é sempre um componente chave. Em vez disso, as sementes de um relacionamento não oportunista devem primeiro ser cultivadas, pelas quais nossas tendências oportunistas podem mais tarde ser evitadas ou pelo menos minimizadas.

A segunda razão pela qual recomendamos o uso de um processo formal no início do processo de contratação, é garantir que as organizações e os indivíduos sintam que houve um processo justo para estabelecer o contrato. A situação é análoga à legislação em uma democracia. Na legislação, tanto o conteúdo quanto o processo de geração do conteúdo importam. Uma lei adotada por meio de votação democrática que nega direitos fundamentais para um grupo de pessoas, será justa do ponto de vista do processo, mas será injusta do ponto de vista da substância. Da mesma forma, uma lei adotada por um ditador dando direitos de voto iguais a homens e mulheres será justa apenas do ponto de vista da substância, mas será injusta do ponto de vista do processo. Se o processo for percebido como injusto, as leis adotadas não terão legitimidade e a vontade das pessoas de segui-las diminuirá.

Por essas duas razões, acreditamos que o processo de desenvolvimento do contrato relacional é tão importante quanto o conteúdo do contrato. O processo de negociação e a criação conjunta do contrato relacional, não são apenas meios de chegar ao documento escrito, mas parte importante da criação do que está realmente em foco: o relacionamento. Conforme descrito na Parte 1, existem cinco áreas de foco essenciais para o desenvolvimento de um contrato relacional e nove princípios relacionais principais. Usamos essas cinco áreas de foco para delinear cada uma das etapas de alto nível no processo de contratação relacional. Por meio do processo, os nove princípios relacionais também são implementados.

1. Concentrar-se no relacionamento, não no negócio. Esta etapa foi projetada para ajudar a construir a confiança necessária para se concentrar no relacionamento. Inclui garantir o alinhamento dentro de própria organização, usando um processo para escolher um parceiro que considere competências relacionais, além de ofertas de serviços, níveis de qualidade etc.

³⁰ Kathleen D. Vohs, et al., "The Psychological Consequences of Money," Science 17 Nov 2006:Vol. 314, Issue 5802, pp. 1154-1156.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

2. **Estabelecer uma parceria ao invés de uma relação de concorrência.** Esta etapa foi projetada para explorar e estabelecer as bases da confiança, transparência e compatibilidade entre as partes, estabelecendo as bases para uma parceria de sucesso.

3. **Incorporar Normas Sociais no Relacionamento.** Esta etapa foi projetada para ajudar as partes a descobrirem e concordarem formalmente com os seis princípios orientadores (normas sociais) do contrato relacional.

4. **Evitar e Mitigar Riscos através do Alinhamento de Interesses.** Esta etapa foi projetada para estabelecer as bases para interesses continuamente alinhados. Começa com as partes concordando com uma visão compartilhada e objetivos estratégicos comuns para a parceria, especificando o que será o sucesso e o valor conjunto na visão comum. Além disso, garante que o acordo de preços e as cláusulas contratuais acordadas posteriormente apoiem a realização da visão e dos objetivos.

5. **Criar uma estrutura justa e flexível.** Esta etapa foi projetada para estabelecer uma estrutura de governança robusta para o gerenciamento contínuo do relacionamento. As partes acordam as cláusulas contratuais escritas necessárias para estabelecer as regras mais específicas da relação, todas alinhadas aos seis princípios norteadores.

Entramos em cada uma das cinco etapas em detalhes nesta seção do trabalho. No final desta seção, compartilhamos mais pensamentos e insights sobre o processo sugerido e se existem outras maneiras de celebrar contratos relacionais.

Concentre-se no relacionamento, não no negócio

É prática comum para um advogado ou consultor dizer: “*Estou trabalhando para fechar o negócio X*” ou “*Estou trabalhando o negócio Y*”. Como vimos, um contrato transacional coloca o foco no negócio, vendo todas as transações futuras como sendo um grande negócio. Em um contrato relacional, o foco é colocado no relacionamento, com o “negócio” sendo simplesmente componente da abrangência do relacionamento.

O QUE ISSO SIGNIFICA?

Vamos considerar o que significa focar no relacionamento e não no negócio escolhendo um clássico da biblioteca. O líder de pensamento Jim Collins fornece uma excelente analogia do que significa ter uma visão de longo prazo versus uma visão de curto prazo em seu livro *Built to Last*³¹ (coescrito com Jerry Porras). O livro fornece uma comparação reveladora entre empresas bem-sucedidas e aquelas não tão bem-sucedidas, usando os termos “construtores de relógios” e “contadores de tempo”.³² Algumas empresas têm sucesso porque têm produtos e serviços incríveis, no entanto seu sucesso desaparece quando esses produtos e serviços perdem popularidade. Essas empresas são “contadoras de tempo”. Outras empresas têm produtos e serviços bem-sucedidos porque são criados por empresas incríveis, empresas “construtoras de relógios” que gerarão lucros ano após ano sempre produzindo novos produtos e serviços que o

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

mercado deseja. Na corrida do mercado, normalmente, são sempre os construtores de relógios que vencem.

A comparação entre “contadores de tempo” e “construtores de relógios” pode ser usada para comparar contratos transacionais e relacionais. Na contratação transacional, o foco está em dizer a hora, no negócio. Quando as trocas planejadas no negócio forem realizadas, o relacionamento termina e não há mais criação de valor. Na contratação relacional, ao contrário, o foco está na construção de um relógio, ou seja, um relacionamento, que pode continuar gerando valor quando todas as transações do negócio inicial forem realizadas. Isso significa que as partes devem iniciar discussões com um parceiro em potencial que envie sinais sobre a importância da parceria, e não sobre a importância do negócio.

COMO VOCÊ FAZ ISSO?

Concentrar-se no relacionamento em vez do negócio tem consequências importantes, tanto para o processo de contratação, quanto para o conteúdo real do contrato.

Primeiro, uma organização deve procurar criar confiança. Muito tem sido escrito sobre a importância de construir e manter a confiança em um relacionamento³³. A confiança é gerada quando há alinhamento entre palavras e ações, ou seja, quando você pode sentir a confiança de que o que alguém está dizendo também será seguido por suas ações. Você pode confiar em uma pessoa que mostra integridade nesse sentido.

Mas a confiança não é apenas algo demonstrado por e para os indivíduos. Existe algo como confiança organizacional e integridade organizacional. Para construir confiança, uma organização deve falar com uma só voz, ou pelo menos não com vozes inconsistentes. Mas como toda organização é feita de indivíduos, é fundamental identificar, o mais cedo possível, todos os indivíduos relevantes internamente dentro de sua própria organização e que possam afetar o nível de confiança no relacionamento que você está prestes a estabelecer. E também é importante alcançar o alinhamento de metas e objetivos entre esses participantes, estabelecendo as bases para posteriormente implementar o princípio relacional de objetivos mútuos.

Ação: Identificar todas os elementos internos interessados e relevantes no processo, incluindo a alta administração, consultores externos, gerentes de compras e vendas. Garantir o alinhamento antes de abordar potenciais parceiros

Em segundo lugar, as organizações devem procurar encontrar parceiros – não apenas fornecedores para fornecer um bem ou serviço. A Universidade do Tennessee pesquisa relacionamentos bem-sucedidos com fornecedores há mais de uma década. Uma descoberta interessante é que a maioria das organizações muda relacionamentos já existentes para contratos relacionais, convertendo seu contrato transacional em um contrato relacional. Mas e se sua

³³ See Covey, Stephen M., et al., *The Speed of Trust: The One Thing That Changes Everything*, (New York, Free Press, 2006). Also see John Whitney, *The Trust Factor: Liberating Profits & Restoring Corporate Vitality*(New York: McGraw-Hill, 1994) and Dan Ariely, *The Honest Truth About Dishonesty: How We Lie to Everyone--Especially Ourselves*(New York: HarperCollins, 2012).

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

organização não tiver um parceiro de negócios existente para atender a uma necessidade específica? Nesse caso, é necessário primeiro encontrar o parceiro certo.

Na maioria das situações, as negociações contratuais são precedidas por um processo de licitação competitivo usado para escolher o melhor fornecedor. O tipo de método de lance varia, mas quase sempre é focado em obter o melhor “negócio”. A maioria das organizações usa um dos três métodos de licitação competitiva:

- Solicitação de cotação/preço (RFQ – Request for quot/price) – que enfatiza a seleção de fornecedores com base no preço que eles cotam.
- Solicitação de Propostas (Request for Proposal (RFP – Request for Proposal) – utilizado para buscar uma proposta mais formal de potenciais fornecedores, além do simples preço. As RFPs usam uma especificação de requisitos para delinear os bens ou serviços que a organização deseja adquirir, e os fornecedores em potencial enviam propostas sobre como atenderão às especificações.
- Solicitação de Soluções (RSF - Request for Solution) – usado quando uma organização não conhece a melhor forma de atender às necessidades específicas do negócio. Em vez de desenvolver especificações, a organização declara suas necessidades e objetivos, deixando para o fornecedor propor uma solução para atendê-los.

Em todos os casos, o foco geralmente está no negócio, não no relacionamento. Trata-se de escolher um fornecedor para atender uma necessidade – não de escolher um parceiro em potencial. Por exemplo, há pouca ou nenhuma exploração de normas comportamentais e adequação cultural dos potenciais parceiros. Além disso, a ênfase está na gestão do fornecedor com métricas de desempenho e conformidade, em vez de buscar co-criar uma estrutura de governança para manter o alinhamento contínuo de interesses quando “o negócio se desenvolve”.

Relacionamentos mais estratégicos devem utilizar o que é chamado de processo de Solicitação de Parceiro³⁴. Um processo de Solicitação de Parceiro ajuda uma organização a encontrar um parceiro de negócios, não apenas com os recursos certos, mas também o “ajuste” certo para o relacionamento comercial - no qual as partes conjuntamente explorarão as necessidades, objetivos, competências relacionais e soluções ideais que mudam ao longo do tempo à medida que os negócios se desenvolvem.

É claro que isso terá consequências importantes para avaliação do fornecedor. Em situações de compras tradicionais, a avaliação das licitações incide sobre o serviço ou bens oferecidos, sua funcionalidade, qualidade e, claro, preço. Ao focar no relacionamento, tudo isso ainda será relevante, mas o cliente deve adicionar uma dimensão crítica de avaliação das capacidades relacionais dos diferentes fornecedores.³⁵

³⁴ Vitasek et al., “Unpacking Collaborative Bidding: Harnessing the Potential of Supplier Collaboration” (2016). Available at <http://www.vestedway.com/vested-library/>

³⁵ Bonnie Keith et al, Strategic Sourcing in the New Economy(New York:Palgrave Macmillan,2015

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Ação: Ao procurar um relacionamento estratégico com fornecedores, use um processo de Solicitação de Parceiro para avaliar fornecedores em potencial, tanto em recursos técnicos, quanto relacionais.

Estabelecendo uma parceria

O contrato transacional estabelece uma relação com limites claros entre as partes, uma relação de concorrência plena. Um contrato relacional estabelece um tipo diferente de relacionamento, uma parceria *per se*. Hesitamos em usar o termo “parceria” neste trabalho por dois motivos. Primeiro, é um conceito muitas vezes abusado por profissionais de negócios. Um fornecedor disse: “Quando meu cliente me diz que quer que eu seja mais um parceiro, normalmente é seguido com a expectativa de que eu abra meu talão de cheques”. Em segundo lugar, os advogados em algumas jurisdições evitam o termo devido à definição legal de parceria (por exemplo, uma parceria cria uma entidade legal, como uma joint venture).

No entanto, optamos propositadamente por usar a palavra parceria para descrever um contrato relacional porque, simplesmente, não há outro termo que descreva melhor o que caracteriza o relacionamento estabelecido por meio de um contrato relacional. Embora um contrato relacional não crie uma parceria “legal”, ele cria o espírito de relacionamento que incorpora o espírito de uma parceria.

O QUE ISTO SIGNIFICA?

A diferença entre o relacionamento transacional, ou de concorrência, e o relacionamento do tipo parceria, talvez seja melhor descrita pelo jurista Ronald Dworkin. Dworkin estabelece uma distinção clara entre o que ele chama de “comunidade de livro de regras” e uma “sociedade de princípios”³⁶. Embora a distinção seja voltada para as relações sociais e não para as relações contratuais, é, no entanto, muito útil.

De acordo com Dworkin, uma “comunidade de livro de regras” é uma comunidade que

“...aceita um compromisso geral de obedecer às regras estabelecidas de certa forma naquela comunidade. Imagine pessoas egoístas, mas totalmente honestas, que são competidoras em um jogo com regras fixas, ou que são partes de um acordo comercial limitado e transitório. Eles obedecem às regras que aceitaram ou negociaram por obrigação, e não apenas como estratégia, mas supõem que o conteúdo dessas regras esgota suas obrigações.”³⁷

³⁶ Dworkin, R., Law’s Empire (Cambridge, MA: Harvard University Press 1986) p. 209

³⁷ Dworkin, p. 210.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Essa descrição de uma comunidade de livro de regras – além da parte sobre pessoas totalmente honestas – se encaixa claramente no tipo de relacionamento estabelecido por um contrato transacional e tradicional. A atitude é que as partes tenham obrigações claras e escritas, mas não mantenham nenhum compromisso uma com a outra, além do que está no contrato. Quando o contrato é silencioso, ninguém mais fala.

Isso deve ser contrastado com a descrição de Dworkin de uma sociedade de princípios, que se encaixa no tipo de relacionamento estabelecido por meio de um contrato relacional. As partes de uma sociedade de princípios aceitam

“...que são governados por princípios comuns, não apenas por regras elaboradas em /.../ compromisso. /.../ Os membros de uma sociedade de princípios aceitam que seus /.../ direitos e deveres não se esgotam pelas decisões particulares que suas /.../ instituições tomaram, mas dependem mais, geralmente, do esquema de princípios que essas decisões pressupõem e endossam.”³⁸

Em uma sociedade de princípios existe uma parceria em que “cada parceiro se preocupa, não apenas em manter acordos explícitos elaborados de forma distanciada, mas em abordar cada questão que surge em sua vida comercial conjunta, de uma maneira que reflita uma preocupação especial com seu parceiro, como um parceiro”³⁹.

Em um contrato transacional, os limites corporativos são mantidos estritamente separados com direitos e obrigações e não se ampliam para além das cláusulas escritas, enquanto o contrato relacional cria mais uma “entidade virtual” baseada em certos princípios subjacentes. Uma diferença fundamental é que um contrato relacional estabelece os mecanismos pelos quais os comportamentos baseados em princípios serão habilitados e recompensados.

COMO VOCÊ FAZ ISSO?

O estado normal, para a maioria das organizações, é ter relacionamentos independentes. Faz sentido quando você pensa sobre isso porque uma organização, normalmente, tem centenas, senão milhares de fornecedores. O processo de contratação é bastante simples, normalmente iniciado por uma parte escrevendo um rascunho de contrato e enviando-o para sua contraparte. Depois disso, as partes se reúnem no ringue para as negociações.

Estabelecer uma parceria requer um processo diferente. Você deve começar entendendo se você e seu parceiro em potencial têm uma base forte o suficiente para construir uma parceria.

Como mencionado anteriormente, a confiança é um fator crítico de sucesso em todos os relacionamentos bem-sucedidos. No entanto, a confiança não existe no início de um novo relacionamento. *A confiança* deve ser construída conscientemente – e o contrato relacional é um alicerce fundamental. *A confiança* deve ser combinada com alto grau de *transparência* e

³⁸ Dworkin, p, 210

³⁹ Dworkin, p.211

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

*compatibilidade.*⁴⁰ Por que? Dadas nossas limitadas habilidades de planejamento, um alto grau de transparência de ambas as partes será fundamental. Você precisará do maior número possível de fatos sobre a mesa para poder lidar com o futuro em um mercado em mudança. Mas, mesmo que os níveis de confiança e transparência sejam altos, diferenças nas culturas organizacionais podem levar a atritos e problemas para fazer o relacionamento funcionar. A compatibilidade não é absolutamente necessária, mas ainda é muito importante.

Utilizar o processo que descrevemos permite que os parceiros em potencial se sentem, primeiro sozinhos e, depois, juntos, fazendo algumas perguntas sérias e às vezes também desconfortáveis:

1. Somos confiáveis? Alinhamos nossas ações com o que dizemos?
2. Estamos preparados para trabalhar de forma colaborativa e de boa-fé com nosso parceiro, ou sentimos que devemos usar o poder para induzi-lo a fazer o que queremos?
3. Há evidências de que nosso(s) parceiro(s) em potencial compartilham nossos valores e prontidão para operar sob princípios compartilhados?
4. Estamos ambos preparados para ser transparentes, ou seja, compartilhar informações sobre nossos planos para o futuro, nossos desafios internos, nosso registro de riscos, nossos custos e até margens?
5. Somos compatíveis? Compartilhamos uma base de valor organizacional, interesses e visões de mundo? É provável que este alinhamento continue?
6. Temos evidências para apoiar nossas respostas ou estamos apenas esperançosos?

Ao utilizar esse processo, as partes estabelecem as bases para implementação dos princípios relacionais de uma relação de trabalho e comunicação conjunta, que são fundamentais para o sucesso da governança de qualquer parceria comercial.

Depois de garantir que estabeleceu uma base sólida, você pode criar uma forte “sociedade de princípios”, incorporando normas sociais no relacionamento, conforme explicado a seguir.

Ação: Descubra se você está pronto para se tornar um parceiro, entendendo seus níveis iniciais de confiança, transparência e compatibilidade.

Depois de garantir que estabeleceu uma base sólida, você pode criar uma forte “sociedade de princípios”, incorporando normas sociais no relacionamento, conforme explicado a seguir.

Incorporar Normas Sociais no Relacionamento

O contrato transacional estabelece o que Dworkin chama de comunidade de livro de regras. Quando a tinta secar no contrato, todos os direitos e obrigações das partes podem ser lidos no

⁴⁰ NydenJ., VitasekK., FrydlingerD, Getting to We: Negotiating Agreements for Highly Collaborative Relationships(New York: Palgrave Macmillan 2013).p.42-46.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

documento escrito. Quando o documento escrito é omissivo e nenhuma das partes pode provar que existe algum acordo verbal, não existem direitos ou obrigações. O oportunismo pode florescer.

A sociedade fora de um ambiente comercial é diferente. Na sociedade, as pessoas têm obrigações morais umas com as outras. Essas obrigações morais impactam comportamentos, sentimentos e ações. Tome a norma da honestidade. Se mentirmos para você e você descobrir, nos sentiremos envergonhados – um sintoma da violação de uma norma social. Você pode nos evitar no futuro, criando um padrão de comportamentos e ações passivo-agressivos.

Ou tomemos, por exemplo, a *norma da reciprocidade* que cria a obrigação de devolver na mesma medida. Se o convidarmos para jantar, você se sentirá na obrigação de retribuir e nos convidará para jantar, ou nos fazer algum outro tipo de favor (traga flores e vinho, ou se ofereça para nos levar para navegar em seu barco). Se você não retribuir, provavelmente se sentirá envergonhado. Podemos entender suas ações, inicialmente, como um esquecimento. Mas com o tempo, se você não retribuir, deixaremos de investir no relacionamento e deixaremos de convidá-lo para jantar, porque não sentiremos nossas ações valorizadas.

As normas sociais não são apenas uma coisa agradável de se dizer ou escrever. A ciência social provou uma clara ligação entre as normas sociais e a eficácia de uma sociedade ou de um grupo de indivíduos.⁴¹

Mas as normas sociais básicas podem (ou devem) ser incorporadas aos contratos? A resposta é, sim. De fato, converter normas sociais em normas contratuais é uma das etapas mais críticas do processo de contratação relacional, dissipando qualquer ideia de que a contratação relacional é algo “fofo” e deve ser usado fora do tribunal. Afinal, se a ciência social vinculou inequivocamente o sucesso das sociedades à adesão às normas sociais entre indivíduos e grupos de indivíduos, por que você não gostaria de incorporar as normas sociais contratualmente em um relacionamento comercial?

A incorporação de normas sociais na base do contrato, é onde o contrato relacional informal descoberto e explorado por pesquisadores como Macaulay e Macneil, mencionados na introdução, é transformado em um contrato relacional formal e moderno necessário à nova economia.

O QUE ISSO SIGNIFICA?

⁴¹ Veja por exemplo, AppliedEconomics, (December 2000). 32---3; S. Knack, P. Keefer, “Does Social Capital Have an Economic Payoff? A Cross---Country Investigation,” Quarterly Journal of Economics. 112:4; B. Uzzi, “The Sources and Consequences of Embeddedness for the Economic Performance of Organizations: The Network Effect,” American Sociological Review (1996) v 61(4): 674--698; J. Dyer, Collaborative Advantage, Oxford University Press 2000; J. Dyer, “Effective Interfirm Collaboration: How Firms Minimize Transaction Costs and Maximize Transaction Value,” Strategic Management Journal, Vol. 18:7 (1997) and J. Dyer and H. Singh, “The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage,” The Academy of Management Review 23, No. 4, (1998); L. Willcocks, S. Cullen, The Outsourcing Enterprise 2: The Power of Relationships. LogicaCMG, London (2005)

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Um contrato relacional estabelece uma “sociedade de princípios” quando as partes concordam contratualmente em adotar um conjunto de normas sociais, ou princípios orientadores, para a parceria. A seguir os seis princípios orientadores que devem ser adotados:⁴²

1. **O princípio da reciprocidade** – o princípio obriga as partes a *retribuir na mesma medida*.
2. **Princípio da autonomia** – o princípio obriga as partes a *se absterem de exercer o poder*, permitindo a cada uma das partes tomar decisões autônomas, independentemente da influência uma da outra.
3. **O princípio da honestidade** – o princípio obriga as partes a dizer a verdade sobre os fatos e suas intenções.
4. **O princípio da lealdade** – o princípio obriga as partes a zelar pelos interesses uns dos outros e tratar os interesses uns dos outros com igual valor. Isso significa, entre outras coisas, que riscos e custos devem ser alocados para mantê-los o mais baixo possível na parceria.
5. **O princípio da equidade** – o princípio obriga as partes a manter a proporcionalidade no contrato, por exemplo, entre o risco e as recompensas potenciais.
6. **O princípio da integridade** – o princípio obriga as partes a serem coerentes ao longo do tempo, tratar casos semelhantes da mesma forma e evitar comportamentos oportunistas, mas sempre, em caso de dúvida, agir de acordo com os outros princípios orientadores.

Por que listamos esses princípios orientadores e não outros? Existem várias respostas para esta pergunta. Primeiro, pense no que aconteceria se você tentasse estabelecer uma parceria e retirasse qualquer um desses princípios. Uma parceria sem honestidade e lealdade sobreviveria por muito tempo? Um relacionamento sem alocação equitativa de riscos e custos se deterioraria rapidamente, assim como um relacionamento que, violando o princípio da integridade, não seja consistente ao longo do tempo na aplicação dos outros princípios.

Em segundo lugar, cada um dos seis princípios orientadores é baseado em pesquisas científicas de teorias psicológica, social e econômica. Como dissemos acima, a pesquisa provou claramente que esses princípios não são apenas importantes, mas também que as sociedades e grupos que aderem a essas normas, superam aqueles em que os princípios estão ausentes.

Em terceiro lugar, deve-se notar que os seis princípios orientadores listados não são necessariamente uma lista exaustiva de todas as normas sociais conhecidas. É claro que as partes contratantes podem acrescentar quaisquer outras normas sociais, ou princípios orientadores que considerem relevantes. Por exemplo, uma organização acrescentou um princípio orientador de transparência, criando a obrigação de compartilhar informações, porque era fundamental para o sucesso da parceria compartilhar informações de forma transparente.

⁴² Getting to We, op. cit.(chapter 5).

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

É opinião dos autores, que a maioria dos outros princípios que as organizações apresentam, podem estar relacionados a esses seis princípios, ou a uma combinação deles. Por exemplo, o princípio da transparência decorre dos princípios da autonomia, honestidade e lealdade. Para permitir que ambas as partes tomem decisões autônomas, elas precisam de tantas informações boas e relevantes quanto possível. A honestidade não obriga apenas as partes a garantir que o que dizem é verdade; também obriga a não omitirem informações importantes. Omitir informações também é desonestidade. Por fim, o compartilhamento transparente de informações facilita a comunicação e a solução eficiente e eficaz de problemas, garantindo que os custos totais da parceria sejam mantidos o mais baixo possível, conforme exigido pelo princípio da lealdade.

Os princípios orientadores cumprem pelo menos quatro funções importantes em um contrato relacional:

1. Eles orientarão as partes durante o restante das negociações. Os únicos argumentos válidos nas discussões, são aqueles que podem ser justificados sob um ou mais dos princípios norteadores.
2. Todas as cláusulas do contrato devem estar alinhadas aos princípios. Isso garantirá, ao máximo que o contrato seja justo, equilibrado e facilite a criação de um relacionamento sem atrito.
3. Os princípios orientadores devem, juntamente com a visão compartilhada, constituir a base de interpretação do acordo, tanto quando as cláusulas escritas forem ambíguas, como quando o contrato for omissivo sobre determinado assunto. Trataremos melhor disso na próxima seção.
4. Os princípios orientadores também ajudarão as partes a fazer alterações no contrato.

Os princípios orientadores não apenas garantirão um acordo justo e equilibrado, mas também garantirão que o contrato permaneça mutuamente benéfico ao longo de todo o seu tempo de duração. Usar o poder será uma violação de contrato por causa do princípio acordado de autonomia, então, ao lidar com mudanças, as partes devem encontrar soluções sancionadas pelos princípios de lealdade e equidade. Qualquer solução que prejudique uma parte mais do que seja benéfica para a outra parte, estará em violação ao princípio de lealdade; e o princípio de equidade garantirá a prevenção de transferência de risco oportunista para a outra parte. Como veremos na próxima seção, os princípios orientadores são, portanto, também um instrumento fundamental para prevenção e mitigação de riscos.

Ao incorporar os princípios orientadores no relacionamento, as partes também estabelecem as bases para implementação dos princípios relacionais de alocação de risco, comunicação, perdas e compartilhamento de ganhos, assim como uma cultura sem culpa, a ser formalizada na quarta e quinta etapas do processo de contratação relacional.

Os princípios orientadores criarão um sistema à prova de falhas? Claro que não, mas eles vão criar um sistema que estará em uma posição muito melhor para criar e manter os interesses alinhados do que os contratos transacionais, que lidam apenas com conflitos de interesses como sendo um fato que não pode ser evitado de forma alguma.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

COMO FAZER ISSO?

Em maior ou menor grau, os princípios orientadores existem na maioria dos relacionamentos. No entanto, como raramente são declarados e discutidos abertamente, muitas vezes desconhecemos a presença dos princípios como normas sociais em nossas relações. Em muitos casos, nós, deliberadamente (ou inconscientemente), os ignoramos em busca de vantagens de curto prazo. O primeiro passo ao adotar os princípios orientadores é, portanto, ter uma discussão aberta e franca e definir cada um dos princípios orientadores. Pensamos nisso como um “descobrir” cada princípio. Como normas sociais, existem entre as partes antes do início das discussões, portanto, não são inventadas. Para a maioria, será a primeira vez que as partes (ou mesmo indivíduos) discutirão abertamente como aplicar as normas sociais em um contexto de negócios – sem falar em um contrato.

Os seis princípios orientadores são melhor codificados em um código ou estatuto para o contrato relacional –, de preferência, logo no início. Algumas organizações colocam isso no corpo principal do contrato, enquanto outras criam um Anexo (geralmente o primeiro Anexo) para codificar suas intenções de como as partes vão se comportar ao longo da vida de seu relacionamento. No apêndice 2, incluímos um exemplo de como os princípios orientadores podem ser documentados em um contrato.

Ação: As partes devem “descobrir” e em conjunto definir os princípios orientadores e formalizá-los como parte de seu contrato.

Evitar e Mitigar Riscos por Alinhamento de Interesses

Como vimos na Parte 2, um contrato transacional mitiga o risco por meio do uso de uma combinação de poder de mercado e poder estatal. Os interesses conflitantes são aceitos e seus sintomas são atacados. Mesmo que as partes compartilhem, até certo ponto, metas e objetivos, elas raramente têm qualquer obrigação de cuidar dos interesses umas das outras quando surgem conflitos de objetivos.

No contrato relacional você adota uma abordagem diferente: ataca as causas dos interesses conflitantes e não seus sintomas. A intenção é sempre manter os interesses alinhados.

O QUE ISSO SIGNIFICA?

Interesses desalinhados são a causa mais comum de vazamento de valor e custos de transação desnecessários. É somente quando os interesses das partes estão desalinhados que o oportunismo se torna um problema em um relacionamento comercial. A fonte de interesses desalinhados são metas e objetivos conflitantes. Se as metas e objetivos de um cliente podem ser alcançados apenas ao custo de um fornecedor não atingir suas metas e objetivos, os interesses estarão desalinhados e oportunismo e atrito seguirão sendo consequências necessárias. Por exemplo, uma fonte importante de perda de valor, é quando o objetivo do cliente de reduzir seus custos entra em conflito com o objetivo do fornecedor de aumentar sua receita e margem. Este

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

não é um conflito de objetivos que surge espontaneamente pela natureza mas, sim, o resultado de modelos econômicos convencionais mais frequentemente usados em relacionamentos comerciais atualmente.

Um contrato relacional – por design – busca alinhar interesses evitando conflitos de objetivos entre as partes. Metas e objetivos conjuntos – não separados – devem ser adotados. Fazer isso decorre logicamente da adoção do princípio orientador da lealdade descrito na seção anterior. A lealdade exige que os interesses de cada parte sejam tratados com igual valor. Incorporar interesses conflitantes no relacionamento seria uma quebra de lealdade, pois significaria que os interesses de uma das partes seriam considerados menos valiosos.

Existem três componentes principais em um contrato relacional que visam à mitigação e prevenção de riscos por meio de interesses alinhados:

1. Os seis princípios orientadores
2. Uma visão compartilhada e um conjunto de objetivos estratégicos comuns para a parceria
3. Um processo de governança para gerenciamento contínuo de riscos e mudanças

Já discutimos os seis princípios orientadores e discutiremos a governança mais tarde. Abaixo nos concentramos na visão compartilhada e nos objetivos estratégicos. Também discutiremos, brevemente, a importância de encontrar o modelo econômico certo para a parceria.

COMO FAZER ISSO?

Adotar uma visão e objetivos estratégicos compartilhados é adotar uma visão comum do que tem valor. Os interesses de um indivíduo e de uma organização estão ligados ao que eles percebem como valioso. No mercado, o que é valioso, na maioria das vezes, está atrelado a metas e objetivos que, quando alcançados, geram receitas ou melhoram a produtividade. Para organizações públicas e sem fins lucrativos, o que é valioso geralmente está vinculado à tarefa ou função a ser cumprida, por exemplo, fornecer assistência médica, infraestrutura ou educação.

Uma visão compartilhada para a parceria pode ser criada com base no que as partes percebem como valioso. Este é um exercício poderoso e deve ser feito sempre em conjunto. Um método eficaz é deixar que todos na sala pensem em algumas palavras que desejam incluir, palavras como “juntos”, “satisfação do cliente”, “empoderar” e “qualidade de classe mundial”. Todos no grupo podem então atribuir três votos às palavras que o grupo criou, indicando assim uma direção para o trabalho contínuo. Depois disso, as partes podem criar rascunhos de declarações que, passo a passo são mescladas em uma visão de um futuro brilhante – a visão compartilhada. Uma boa visão compartilhada não deve ser muito longa, deve pintar um futuro comum de sucesso e estar alinhada às estratégias de negócios de ambas as partes. Você sabe quando tem uma boa visão compartilhada quando todos na sala sorriem e se sentem engajados e querem arregaçar as

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

mangas imediatamente para alcançar a visão. Por exemplo, a Vancouver Coastal Health e seu parceiro estratégico para serviços ambientais criaram a visão compartilhada abaixo.⁴³

Pacientes e Residentes focados em Serviços Ambientais que são da mais alta qualidade e confiabilidade. Nosso compromisso com a colaboração, inovação e governança compartilhada, vai gerar valor e criar um ambiente de saúde excepcional para todos.

O processo para chegar em um primeiro rascunho geralmente pode ser rápido, mas aconselhamos que as partes façam uma pausa por um dia ou dois, permitindo que as organizações socializem o rascunho e tenham tempo para que os indivíduos reflitam. Isso permitirá novos insights e pensamentos sobre mudanças ou ajustes. Também evitará o desejo de passar horas escrevendo palavras.

Ação: Crie uma visão compartilhada por escrito para sua parceria.

Quando você cria uma visão compartilhada, geralmente é uma boa ideia dividi-la em vários objetivos compartilhados, que especificam com mais detalhes o que a visão compartilhada significa. Os objetivos variam com base na intenção do relacionamento. Os objetivos geralmente se enquadram em uma das três categorias.⁴⁴

- Objetivos baseado em resultados (outcome-based) – que são resultados de transformação dos negócios que ultrapassam limites que, normalmente, podem ser alcançados apenas com um alto grau de colaboração (por exemplo, o alpinista não pode chegar ao topo do Monte Everest sem o Sherpa - guia).
- Objetivos baseado em tarefas ou atividades (output-based) - que normalmente se vinculam a um escopo específico de uma, ou ambas as partes (por exemplo, Acordos de Nível de Serviço vinculados ao escopo de trabalho de um fornecedor)
- Objetivo Transacional – que normalmente está ligado à eficácia de uma tarefa ou atividade específica.

Em um contrato relacional, os objetivos normalmente devem ser baseados em resultados ou tarefas ou atividades. Objetivos comuns podem ser aumentar a satisfação do cliente, diminuir o custo total de propriedade, ganhar participação de mercado, evitar interrupções nos negócios, etc. Aconselhamos usar, no máximo, 4-6 objetivos – caso contrário, as partes perderão o foco em governar o relacionamento.

Ação: Divida a visão compartilhada em objetivos estratégicos.

⁴³ Vitasek et al., “Transforming Healthcare Outsourcing: How Vancouver Coastal Health Used Vested to Drive Innovation in Outsourcing” (2016). Available at <http://www.vestedway.com/vested-library/>

⁴⁴ Keith et. al., Strategic Sourcing, op. cit.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Tendo adotado uma visão e objetivos estratégicos compartilhados, o princípio relacional de objetivos mútuos terá sido implementado. Devemos, no entanto, enfatizar, que estes, por si só, podem não ser suficientes para alinhar interesses. Normalmente, também é necessário que as partes analisem atentamente de que maneira os riscos serão alocados, assim como a economia do negócio, pois ambos podem criar incentivos perversos devido a interesses conflitantes. Cada um deles será discutido com mais detalhes.

Veremos primeiro a alocação de risco. O risco deve ser alocado seguindo os princípios orientadores, que já teriam sido acordados e adotados. É importante compreender o papel dos princípios orientadores na prevenção e mitigação de riscos na parceria. Como dito anteriormente, os princípios norteadores não apenas vão orientar o processo e a negociação do contrato relacional, mas também terão consequências significativas para o conteúdo do contrato.

É importante reconhecer – mais uma vez – que não importa quão perfeitos sejam seus objetivos e planejamento no início do contrato, todos os contratos estão incompletos. Conflitos de interesses inevitavelmente surgirão de qualquer maneira - à medida que os negócios se desenvolvem, ocorrem mudanças no mercado e as prioridades mudam. Seu contrato estará cheio de rachaduras e buracos com riscos e eventos não tratados nas cláusulas contratuais. Quando isso acontece, é importante voltar à sua visão compartilhada e princípios orientadores. Por que? A visão compartilhada e os princípios orientadores cumprem um papel importante ao lidar com a combinação complicada de conflitos de interesse decorrentes de um contrato incompleto. Isso pode ser feito, ajustando uma cláusula de interpretação do contrato, que servirá para quando surgir algo ambíguo ou caso o contrato seja omissivo.

Como interpretar os contratos é uma parte importante do direito contractual, na maioria das jurisdições. Mas as regras e princípios legais para interpretar contratos variam significativamente. Em países da Common Law, o princípio dos quatro cantos do documento é um componente-chave, embora o princípio hoje tenha tantas exceções que pode ser discutido até que ponto ainda se aplica. Em outras tradições legais, por exemplo, em países de direito civil, mais atenção é dada às intenções das partes no momento da assinatura do contrato

Em um contrato relacional, as partes devem acordar contratualmente que as cláusulas contratuais devem ser interpretadas à luz da visão compartilhada e dos princípios norteadores. Devem concordar claramente que a visão e os princípios compartilhados devem, por assim dizer, preencher as lacunas, quando o contrato é omissivo sobre quais direitos e obrigações as partes têm em uma situação particular. Para alguns, isso pode parecer um movimento controverso a ser feito. Dizer que a visão compartilhada e os princípios orientadores se aplicam quando o contrato é omissivo, significa adicionar obrigações onde a linguagem contratual do contrato é omissiva ou incerta. Para um advogado acostumado a cláusulas de “Contrato Completo”, onde o objetivo é garantir que as obrigações contratuais sejam esgotadas pela palavra escrita, isso parecerá arriscado. Essa percepção é, no entanto, baseada nas suposições incorretas do contrato transacional de que os contratos podem e devem ser completos. Como vimos, isso é uma ilusão. Todos os contratos complexos são incompletos e, a menos que as rachaduras e os buracos sejam tratados por meio da visão compartilhada e dos princípios orientadores, o oportunismo entrará e o valor será corroído. Garantir que o contrato seja interpretado à luz da visão compartilhada e princípios orientadores,

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

portanto, diminui significativamente o risco do relacionamento. Lembre-se também da descrição de Dworkin de uma sociedade de princípios que foi compartilhada acima; por definição, uma parceria contém direitos e obrigações mais amplos do que a palavra escrita.

Ação: Ajustar cláusulas relativas à interpretação do contrato, dizendo que, quando ambíguo ou omissivo, o contrato deverá ser interpretado à luz da visão compartilhada e dos princípios norteadores.

A segunda consideração chave vem na estruturação da economia do relacionamento. Seria ingênuo pensar que o dinheiro não importa. Como tal, é importante entender o contexto de um modelo econômico no que se refere a um contrato relacional. Para ser claro, o modelo econômico do relacionamento – como as partes geram e alocam valor entre si – não é parte integral e principal do contrato relacional. Diferentes modelos econômicos podem ser usados em um contrato relacional. Em vez disso, o modelo econômico é um *componente* do contrato relacional. Pense no contrato relacional como estabelecendo as *regras do jogo* para o relacionamento, e o modelo econômico como estabelecendo as apostas desse jogo.

O modelo econômico pode, em muitos negócios, criar interesses alinhados ou conflitantes. Quando são conflitantes, isso prejudicará o propósito do contrato relacional de criar um alinhamento contínuo de interesses. O próprio processo de criação do contrato relacional permite que as partes resolvam a parte muitas vezes mais difícil de qualquer negociação comercial – a negociação preço/valor. Com a adoção dos princípios norteadores, as partes serão obrigadas e incentivadas a encontrar um modelo que, sem o uso do poder, respeite a lealdade e a equidade, ou seja, trate os interesses de ambas as partes com igual valor e aplique proporção entre risco e recompensas. O importante princípio relacional do compartilhamento de perdas e ganhos deve ser implementado aqui. Os diversos modelos econômicos que podem e devem ser utilizados em diferentes circunstâncias nas relações cliente-fornecedor são minuciosamente examinados no livro *Strategic Sourcing in the New Economy*.⁴⁵

⁴⁵ Keith et al, Strategic Sourcing, op. cit. See also the University of Tennessee's white paper, "Unpacking Pricing Models – Make 'you get what you pay for' Real for Business Relationships." Available at <http://www.vestedway.com/vested-library/>

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Ação: Como parte da criação de um relacionamento com interesses alinhados e criação de valor maximizada, elaborar em conjunto o modelo econômico que melhor incentive as partes a alcançar a visão compartilhada e os objetivos estratégicos, respeitando os princípios norteadores e princípios relacionais,

Criando uma estrutura justa e flexível

Como discutimos, um contrato transacional tenta ser completo, no sentido de que não deve haver eventos futuros com os quais o contrato não possa lidar. A teoria e a prática é que os contratos transacionais nunca devem ser silenciosos, não importa o que aconteça.

Essa ambição pode realmente ter sucesso em alguns casos. Muitas vezes uma transação é uma simples troca de um produto por dinheiro e todos os riscos prováveis podem ser tratados por meio de um contrato. Mas como vimos, cada vez mais organizações estão firmando contratos que não são simples. Muitos contratos estão enraizados em um ambiente complexo, incerto e que exige flexibilidade e velocidade. Tentar escrever um contrato completo tratando de tudo no futuro, é ingênuo. Lembre-se do paradoxo da contratação discutido na introdução deste trabalho. Isso, porém, não significa que esses contratos com fórmulas prontas devem ser deixados de lado, sucumbindo à sua capacidade limitada de prever e planejar o futuro. Em vez disso, significa que os profissionais de contratação de hoje precisam se adaptar a novas maneiras de criar contratos, que sejam justos e flexíveis.

O QUE ISSO SIGNIFICA?

Um contrato relacional abre mão da ambição de completude e aceita que o planejamento completo é impossível. As partes contratantes tentam estabelecer uma estrutura justa e flexível para seu negócio e seu relacionamento. O contrato relacional funciona como uma estrutura, estabelecendo direitos e obrigações claros, à medida que as partes perseguem sua visão e objetivos compartilhados que foram mutuamente definidos. Mas em um nível mais geral, um contrato relacional é projetado para a *flexibilidade*, permitindo que as partes lidem com a mudança – não apenas com o controle da mudança. Isso significa criar uma estrutura e mecanismos de governança sólidos para ajudar as partes a gerenciar o negócio em um ambiente dinâmico, não apenas permitindo que o cliente gerencie o fornecedor. O princípio orientador e os princípios relacionais garantem que os direitos e obrigações explicitamente estabelecidos e os processos para gerenciar o relacionamento sejam mantidos justos durante a vigência do contrato.

Afirmamos anteriormente que a base de um contrato relacional é a confiança. Às vezes nos perguntam se o contrato relacional deve conter cláusulas comuns, tais como escopo de serviço, níveis de serviço, confidencialidade, cláusulas de rescisão, limitação de responsabilidade, resolução de disputas, etc. A questão subjacente é se é compatível com a confiança querer implementar direitos legalmente exigíveis e obrigações no relacionamento. Não seria um sinal de desconfiança pedir tais direitos e obrigações?

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Isso requer alguma reflexão. A confiança é um fenômeno complexo. Mas, confiança não deve ser confundida com ingenuidade. Observamos que como seres humanos, tendemos ao oportunismo, cuidando de nossos próprios interesses, em detrimento dos outros. A evolução nos fez assim e seria ingênuo ignorar esse fato. E um tanto paradoxalmente, a confiança existe por causa do oportunismo. Confiar em alguém é ter confiança de que a pessoa fará o que diz, apesar de seu DNA oportunista. Sem oportunismo, a confiança não serviria para nada.

Mas a confiança também existe porque a evolução, simultaneamente, nos transformou em criaturas morais, com um forte senso de justiça, mostrado, por exemplo, no Jogo do Ultimato mencionado anteriormente. Se fôssemos apenas oportunistas, a confiança – novamente – não serviria para nada. Confiar em alguém é ter fé de que o senso de justiça de uma pessoa será mais forte do que sua tendência ao oportunismo.

Assim, a confiança repousa em nossas tendências combinadas e opostas de oportunismo e senso de justiça que nos foram dadas por milhões de anos de evolução. O contrato relacional visa criar circunstâncias favoráveis para que nosso senso de justiça domine nossa natureza oportunista. Mas isso não significa que essa natureza oportunista seja ignorada.

Portanto, não é necessariamente um sinal de desconfiança pedir direitos e obrigações claros e juridicamente exigíveis no contrato relacional. Em vez disso, seria ingênuo, e muitas vezes comercialmente muito arriscado para o relacionamento, não incluir direitos e obrigações claros. A chave é: não é pessoal quando pedimos direitos e obrigações claros e legalmente exigíveis, é apenas aceitar como a evolução nos fez. Mas, à medida em que também devemos aceitar nosso forte senso de justiça, esses direitos e obrigações não devem ser listados em excesso, o que seria de fato um forte sinal de desconfiança. E também – e isso é fundamental – todos esses direitos e obrigações devem estar alinhados e justificáveis sob os princípios orientadores descritos anteriormente.

COMO FAZER ISSO?

Nesta fase do processo foram colocados três pilares da estrutura. Esses pilares são a visão compartilhada, os objetivos estratégicos e os princípios orientadores. Aqui está como trabalham juntos.

- A visão compartilhada e os objetivos são definidos no início do relacionamento. É claro que podem ser alterados ao longo do tempo mas, normalmente, devem estabelecer as bases para a duração previsível do contrato.
- Os princípios orientadores devem ser considerados fixos e devem ser seguidos rigorosamente, não apenas durante o processo de contratação mas também após a assinatura do contrato.
- As partes devem ser flexíveis nos meios que utilizam para alcançar a visão e os objetivos compartilhados, desde que sempre atuem de acordo com os princípios norteadores.

Criar uma estrutura justa e flexível com base nos três pilares exige que as partes concordem com direitos e obrigações claros em relação ao “negócio” e aos riscos relacionados ao mesmo e ao relacionamento. Além disso, as partes devem concordar com um processo de governança robusto para gerenciar o relacionamento.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Conforme estabelecido acima, as partes devem concordar com direitos e obrigações claros em relação aos bens ou serviços do negócio, sua qualidade e entrega pontual. As partes terão também de concordar com a duração do contrato, condições de pagamento, confidencialidade, regras para rescindir o contrato, como compensar uma à outra em caso de violação, quais limites devem ser estabelecidos para as responsabilidades das partes, a quem pertence a propriedade intelectual, etc.

O truque é encontrar um nível adequado de detalhes para garantir que seja uma estrutura, e não um manual completo. As cláusulas que você adotar no contrato desempenharão um papel na interpretação do contrato. Mas a linguagem de contato que você não escreve desempenhará um papel importante ao fornecer a flexibilidade necessária para gerenciar mudanças em um ambiente de negócios dinâmico. A chave é encontrar o equilíbrio certo.

Os princípios orientadores desempenham um papel vital no desenvolvimento e interpretação das cláusulas contratuais e da linguagem. Primeiro, as partes devem garantir que todas as cláusulas escritas estejam alinhadas aos princípios orientadores desde o início. Em segundo lugar, os princípios orientadores fornecem uma maneira de interpretar as cláusulas (e a falta de linguagem contratual).

Uma rápida olhada em um contrato transacional típico mostra que muitas das cláusulas típicas violam os princípios orientadores. Alguns exemplos são:

- Direitos de auditoria não recíprocos e não equitativos, direitos de indenização ou limitações de responsabilidade.
- Cláusulas que obrigam o fornecedor a prestar serviços sem direito a indenização, de acordo com o princípio da equidade.
- Cláusula de rescisão sem justa causa, que conferem poder discricionário a uma das partes na relação, em violação ao princípio da autonomia.
- Limitação de cláusulas de responsabilidade que não mantenham baixos os riscos para o relacionamento, violando o princípio da lealdade.

Para ser claro, cláusulas sobre direitos de auditoria, indenização, limitação de responsabilidade, rescisão sem justa causa, etc. não violam os princípios orientadores. Mas em contratos transacionais, normalmente, são condições escritas em violação a esses princípios. Em um contrato relacional, os princípios podem e, muitas vezes, devem ser usados. Mas a intenção e a redação devem ser justas e equilibradas, alinhadas aos princípios orientadores.

Pense nisso: o que significaria alinhar todas as cláusulas do contrato aos princípios norteadores? Tomemos como exemplo a cláusula de limitação de responsabilidade. Alinhar esta cláusula aos princípios orientadores significaria encontrar alocação de riscos que mantenha os riscos tão baixos quanto possível para a parceria. Parte da solução é, de acordo com o princípio da fidelização, alocar os riscos à parte que tiver apólice de seguro mais barata e que cubra a responsabilidade potencial. Mas, é impossível comprar seguro para todos os riscos e para esses riscos as partes devem, de acordo com o princípio da equidade, certificar-se de que a parte que assume esses riscos também seja compensada com recompensas potenciais proporcionais.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

E quanto à alocação de riscos para imprevistos relativos a um conjunto de serviços terceirizados que, potencialmente, poderiam ter sido, mas não foram, descobertos durante a fase de due diligence das negociações do contrato? Um cliente poderoso normalmente transferiria esses riscos para o fornecedor, usando uma cláusula de declaração de escopo. Claro, isso é algo que o fornecedor resistiria, querendo ser compensado por custos adicionais imprevistos. Os princípios orientadores aqui ajudarão as partes a encontrar o equilíbrio certo entre a obrigação do cliente de informar de forma transparente o fornecedor sobre os serviços, e as obrigações do fornecedor de usar seu conhecimento e experiência para investigar e fazer perguntas antes de oferecer preços.

E quanto à rescisão sem justa causa? Poderia tal cláusula ser compatível com os princípios orientadores? Isso parece um desafio, especialmente porque esse tipo de cláusula é um instrumento de poder clássico usado pelo lado do cliente. Mas, e se for utilizado o princípio da reciprocidade, tornando mútuo o direito de rescisão? Isso criaria mais equilíbrio de poder entre as partes. E se as partes também negociassem cláusulas de compensação equitativa, garantindo que nenhuma das partes perdesse dinheiro, além de receitas futuras como resultado da cláusula de rescisão sem justa causa.

É importante entender que raramente há uma resposta ou solução “certa” quando se trata de cláusulas, tais como as que foram discutidas acima. O que seria uma cláusula de indenização abusiva em um contrato, pode ser compatível com os princípios norteadores de outro. Isso ocorre, em parte, porque é necessário sempre observar a alocação total de risco no contrato ao avaliar sua justiça geral. É também porque o processo de concordar com uma determinada cláusula – com honestidade, reciprocidade e autonomia – é tão importante para a justiça desta cláusula quanto seu conteúdo real ou o resultado do processo.

A última pedra angular restante de um contrato relacional é criar uma estrutura e mecanismos para gerenciar o relacionamento após a assinatura do contrato. Isso é muitas vezes chamado de governança e é crucial para sustentar o relacionamento, garantir o alinhamento contínuo de interesses e ajudar as partes a permanecerem focadas na visão e nos objetivos. A boa governança inclui a incorporação desses sete mecanismos em como você gerenciará em conjunto o relacionamento, após a assinatura do contrato⁴⁶:

1. Criar uma estrutura de gerenciamento em camadas. O número de camadas pode variar de acordo com a escala e a complexidade do seu relacionamento. A mais comum é uma estrutura de três níveis que permite que as partes se concentrem nos níveis operacional, gerencial e estratégico ou executivo.

2. Estabelecer papéis claros. A boa governança garante que as partes se concentrem em gerenciar para hoje (entrega de serviços/produtos), gerenciar para amanhã (transformação e gestão de mudanças), gerenciar a economia (gestão comercial) e gerenciar o relacionamento geral. Recomendamos que contratos maiores, não apenas definam claramente as funções, mas também estabeleçam funções separadas para as áreas, para permitir o foco adequado. Uma função de transformação separada é essencial

⁴⁶ Veja white paper escrito em colaboração entre University of Tennessee, IACCM e Corporate Executive Board, Unpacking Outsourcing Governance-How to Build a Sound Governance Structure to Drive Insight Versus Oversight(2011). Available for download at <http://www.vestedway.com/vested-library/>

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

para negócios de terceirização em grande escala, onde a transformação e a inovação são essenciais.

3. Estabelecer protocolos de comunicação em pares. Para permitir uma comunicação eficiente e eficaz, as partes devem encurtar as linhas de comunicação e permitir que as pessoas certas em cada lado se conectem e se comuniquem diretamente e não por meio de um gerente de conta, ou gerente de contrato.

4. Desenvolver um ritmo de comunicação. Para manter o ritmo do relacionamento, as partes devem ajustar uma frequência para suas reuniões nos níveis operacional, tático e estratégico.

5. Desenvolver um processo para manter a continuidade. Um relacionamento é criado por pessoas e, se as pessoas da estrutura de governança mudarem, é fundamental ter processos que assegurem que novos indivíduos sejam educados e aceitos no relacionamento de uma forma que garanta a continuidade. Recomendamos que contratos maiores estabeleçam cláusulas de “homem-chave” para ambas as partes.

6. Estabelecer um programa de gestão de desempenho. As partes devem concordar com relatórios conjuntos para acompanhar continuamente seu desempenho, ou seja, sua jornada em direção à visão compartilhada e aos objetivos estratégicos.

7. Estabelecer processos para gerenciamento de riscos e mudanças contratuais. As partes devem concordar com um processo para revisar se o contrato precisa de mudanças, para garantir que a visão compartilhada seja atendida e os princípios orientadores sejam seguidos. Como parte disso, as partes devem concordar com um processo para identificar, avaliar e lidar continuamente com os riscos futuros. Se surgir uma necessidade de mudança (ou seja, identificação de novos riscos ou outros fatores), as partes devem ter um processo simples para formalizar tais mudanças e torná-las juridicamente vinculativas. Desnecessário dizer que todas as mudanças devem estar alinhadas aos princípios orientadores adotados.

Ao incorporar os sete mecanismos acima em sua estrutura de governança, as partes terão implementado os princípios relacionais de comunicação, solução de problemas, cultura sem culpa, trabalho conjunto, objetivos mútuos e medidas de desempenho. Se o acordo comercial é sobre a prestação de serviço, as partes também devem incorporar o princípio relacional de melhoria contínua e criar mecanismos para impulsionar o desenvolvimento, medição e monitoramento de oportunidades de melhoria.

Ação: Acordar conjuntamente a melhor estrutura e mecanismos de governança para permitir que as partes, respeitando os princípios orientadores, alcancem sua visão compartilhada e objetivos estratégicos, ao mesmo tempo em que lidam com mudanças e imprevistos.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Contratação Relacional como um Processo

As pessoas às vezes nos perguntam se é necessário utilizar o processo formal que descrevemos neste trabalho ao arquitetar um contrato relacional. Argumentam que a criação de um relacionamento sólido deve vir naturalmente e não deve ser “forçada” com o processo.

Queremos ser claros: definitivamente vimos muitas organizações que criaram contratos relacionais muito bem-sucedidos e não usaram esse ou nenhum processo formal. Em vez disso, eles descobriram a jornada por si mesmos, muitas vezes implementando intuitivamente os vários componentes que sugerimos – por exemplo, os princípios relacionais. Embora saibamos que um bom contrato relacional pode ser feito sem utilizar um processo formal, queremos enfatizar que acreditamos que usar o processo simples de cinco etapas que descrevemos definitivamente ajudará você a facilitar a base para um contrato relacional sólido.

Claramente, o processo que recomendamos neste trabalho não é o único que pode ser usado. No entanto, recomendamos o processo por três motivos.

Primeiro, vimos em primeira mão que o processo descrito neste trabalho funciona e tem sido usado por muitas organizações com sucesso.

Em segundo lugar, sugerimos seguir o processo formal porque ajuda a garantir que as partes não comecem da posição errada. Por exemplo, é muito fácil começar discutindo o negócio e o dinheiro a ele relacionado. Mas como visto anteriormente, isso trará à tona nossa natureza oportunista, desde o início. Sair do portão errado pode tornar muito difícil, senão impossível, construir uma base sólida de confiança necessária, se as partes não seguirem intuitivamente os princípios orientadores que descrevemos.

Por último, seguir o processo formal que descrevemos, garante que seu contrato relacional terá os elementos essenciais do sucesso – ou seja, a visão compartilhada, princípios orientadores, nove princípios relacionais e assim por diante.

É necessário que um contrato relacional inclua todos os nove princípios ou componentes relacionais – por exemplo, objetivos mútuos? A resposta é, provavelmente, não. Você deve documentar formalmente os princípios orientadores, como sugerimos, ou você pode simplesmente “praticá-los”? A resposta é, depende. Em algumas organizações, a cultura é tal que vivem consistentemente de acordo com os princípios orientadores. Em outras, os indivíduos podem ser tentados a violar essas normas sociais essenciais, o que provavelmente irá corroer a confiança. Nessas organizações, é fundamental documentar e institucionalizar os princípios norteadores. O ponto crítico é garantir que os princípios orientadores sejam adotados na prática. Por exemplo, é só então que os princípios relacionais entregarão seu valor total.

Na Parte 4 mostramos que a importância de um contrato relacional cresce à medida que cresce a interdependência, o risco, os custos e a complexidade. Na extremidade superior do espectro desses fatores (os relacionamentos mais valiosos e estrategicamente importantes), será muito difícil ter sucesso, sem incluir todos os componentes que recomendamos. Ao mesmo tempo, isso

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

significa que nem todos os componentes devem necessariamente ser usados para relacionamentos que podem ser de menor interdependência, risco, custos e complexidade. Por exemplo, uma organização típica tem centenas, senão milhares de fornecedores. Simplificando, os contratos relacionais não devem ser usados para todos os seus relacionamentos com fornecedores. Você realmente precisa de um contrato relacional para trabalhar com um fornecedor de canetas? No entanto, à medida que seus relacionamentos mudam ao longo do continuum de fornecimento, você provavelmente encontrará valor em usar um processo mais formal para criar um contrato relacional.

Queremos enfatizar que, utilizar uma abordagem de contrato relacional sob uma determinada perspectiva, é uma escolha de tudo ou nada. Se quiser ter sucesso, você não pode jogar um jogo oportunista e um jogo colaborativo simultaneamente. O jogador oportunista vai tirar vantagem do jogador colaborativo e o relacionamento vai falhar. Portanto, você deve escolher em conjunto qual jogo jogar e manter essa escolha. Com isso em mente, você pode determinar a formalidade do processo que deseja utilizar, para incorporar os conceitos que descrevemos em seu relacionamento. Recomendamos fortemente que, independentemente do processo utilizado ou do grau de formalidade ou informalidade do processo, é essencial tornar os seis princípios orientadores um ponto focal fundamental de qualquer contrato relacional. Uma relação onde não existam reciprocidade, autonomia, honestidade, lealdade, equidade e integridade nunca estabelecerá o nível de confiança e transparência necessários para sair do paradoxo contratual discutido na introdução.

PARTE 4: QUANDO USAR UM CONTRATO RELACIONAL

Embora os contratos transacionais possam ser aceitáveis em muitas situações, este artigo argumenta que não são adequados para acordos comerciais mais estratégicos e complexos. Simplificando, o mundo dos negócios evoluiu e as organizações também devem fazer evoluir seus veículos de contrato. A nova economia exige que as organizações tenham uma visão mais ampla da contratação, adotando contratos relacionais como um facilitador crítico para fazer negócios.

As razões para a escolha do contrato relacional variam, dependendo de quem está fazendo a escolha e da situação em questão. Uma boa maneira de pensar sobre isso é perguntar: “A carne bovina é uma commodity?” Pode ser para o varejista local, mas para o McDonald's, a carne bovina é uma arma estratégica e comanda um relacionamento altamente estratégico com os fornecedores⁴⁷. Um cliente que pensa em terceirizar terá uma perspectiva diferente de um fornecedor tentando obter uma vantagem competitiva. Um governo que planeja construir um hospital terá uma perspectiva diferente de uma empresa de tecnologia que quer se unir para criar uma aliança estratégica para unir forças com empresas de outros mercados. E assim por diante.

No entanto, dado o que todos estão tentando alcançar com qualquer contrato – planejar o futuro enquanto lidamos com nossas capacidades limitadas de planejamento e a tendência ao oportunismo –, alguns fatores sempre apontarão para um contrato relacional como a escolha ideal.

⁴⁷ Vitasek and Manrodt, Vested, chapter 6

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

O IACCM sugere que as organizações usem mais veículos de contratação relacional, como interdependência, risco, complexidade e custos crescentes. A pesquisa da Universidade do Tennessee oferece insights, com base no trabalho do vencedor do Prêmio Nobel Oliver Williamson. Os pesquisadores da Universidade do Tennessee sugerem que as relações de negócios caem ao longo de um continuum separado em três classificações: 1) transacional, relações de plena concorrência, 2) contratos relacionais e 3) relacionamentos baseados em investimentos onde as transações comerciais são gerenciadas e controladas por meio de propriedade em joint ventures, centros de serviços compartilhados, etc.⁴⁸ Qual modelo de relacionamento é melhor usar varia de acordo com as características do ambiente e do negócio, e o que as partes desejam alcançar. Os pesquisadores descrevem 12 atributos que indicam para os profissionais qual a classificação mais apropriada para sua situação. Esses atributos se enquadram em três categorias:

- Qual é o nível geral de dependência associado ao produto ou serviço?
- Qual é o impacto estratégico da categoria de produto ou serviço? Este produto ou serviço fornece à sua organização uma competência central ou vantagem competitiva?
- Qual é o grau de risco associado a esse produto ou categoria de serviço?

Para encontrar o modelo de relacionamento mais adequado, os profissionais podem usar uma ferramenta de mapeamento de modelo de relacionamento (um exemplo é mostrado na próxima página).

Vejamos um exemplo de como a ferramenta de mapeamento funciona na página seguinte, quando uma empresa farmacêutica mapeou a dependência do fornecedor para a terceirização de pesquisa clínica com um fornecedor estratégico. *

⁴⁸ Keith, Strategic Sourcing, p 67. Also chapter 4.

* A ferramenta completa também permite que as partes encontrem o modelo econômico mais adequado para o relacionamento. A ferramenta pode ser baixado em <http://www.vestedway.com/self-assessment/>

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Anexo 3 - Exemplo de Exercício de Mapeamento para Determinar o Modelo de Relacionamento Adequado

ATRIBUTOS DE COMO DETERMINAR O MELHOR MODELO DE RELACIONAMENTO	Contrato Transacional		Contrato Relacional			Investimento
	A	B	C	D	E	F
Dependência						
Custo total para mudar de fornecedor	Baixo	Baixo	Médio	Médio a Alto	Médio a Alto	Alto
Especificidade do ativo físico (localização, maquinário, processos)	Baixo	Baixo	Médio	Médio a Alto	Médio a Alto	Alto
Nível de habilidade necessário para o pessoal predominante	Não qualificado	Semi qualificado	Qualificado	Profissional	Profissional	Expert
Nível de integração do fornecedor/interface necessária (sistemas, processos de suporte)	Nenhum	Baixo	Médio	Alto	Muito Alto	Crítico

O uso da ferramenta não é um exercício matemático, mas sim uma forma de obter um entendimento comum do negócio, permitindo que as partes tomem uma decisão sábia sobre qual tipo de contrato utilizar.

Embora a ferramenta de mapeamento envolva muitos atributos, a lógica subjacente é simples. A pergunta básica a ser feita é *até que ponto o alinhamento de interesses entre as partes é importante*. Em uma situação caracterizada por alta dependência, risco e complexidade, os custos de interesses desalinhados muitas vezes destruirão qualquer valor potencial no negócio. Sob tais circunstâncias, não será possível usar a energia sem enfrentar os custos de retaliação. Portanto, é fundamental utilizar um contrato relacional que permita que as partes alinhem continuamente seus interesses.

Quando a dependência, o risco e a complexidade são baixos, pode-se usar um contrato transacional em condições normais de mercado, pois os riscos de interesses desalinhados podem ser mitigados por meio do poder de mercado.

Ao utilizar a ferramenta de mapeamento, é fácil entender porque um contrato relacional é a abordagem recomendada para negócios mais estratégicos que estão sendo feitos na nova economia. Contratos relacionados à terceirização de gerenciamento integrado de instalações, processos financeiros, serviços integrados de TI, projetos de construção complexos ou serviços de gerenciamento da cadeia de suprimentos, são alguns bons candidatos para um contrato relacional. Os contratos relacionais são bons para esses tipos de relacionamento, porque normalmente uma vantagem competitiva não pode ser obtida em um relacionamento de concorrência, e o desalinhamento de interesses cria atrito e altos custos de transação.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

PARTE 5: CONCLUSÃO E CHAMADA À AÇÃO

Pense nessa analogia. A física newtoniana - amplamente descoberta e desenvolvida por Sir Isaac Newton e muitos de seus contemporâneos do século XVII, foi o esteio da mecânica clássica durante grande parte do século XX. Quando Albert Einstein veio com sua teoria da relatividade, a física newtoniana não foi abandonada, mas incorporada em um sistema mais amplo de pensamento.

A mesma ação intelectual é necessária na contratação. O contrato relacional não substituirá e não deve substituir o contrato transacional. Em vez disso, é necessário incorporar contratos transacionais e relacionais em um sistema mais abrangente, que explique as características de ambos, inclusive explicando quando cada modelo de contrato é necessário.

Neste trabalho, estabelecemos o objetivo de nos tornarmos o guia do profissional para ajudar indivíduos e organizações entenderem melhor a contratação relacional. Finalizamos com o desafio para aqueles indivíduos que desempenham algum papel na formação ou gestão de relacionamentos comerciais e na redação de contratos, dediquem um tempo para refletir sobre como a contratação relacional pode melhorar os resultados de sua organização.

A conclusão é que a contratação relacional trata de permitir que as organizações se adaptem e apoiem as novas regras de negócios da nova economia. É hora de deixar de lado dogmas, políticas e modelos de contrato do passado e adotar a contratação da nova economia. Isso não significa que os contratos transacionais devam ser abandonados mas, sim, que devem ser usados apenas quando se encaixam bem, deixando espaço para o contrato relacional, quando esse modelo de contrato for o mais adequado.

Aqui estão quatro coisas que você pode começar a fazer hoje em sua jornada em direção à contratação relacional:

1. Arme-se com fatos sobre contratos transacionais e relacionais. Investigue se você sofre de problemas em seus contratos transacionais e analise se os problemas podem ser entendidos como resultado dos pontos fracos que discutimos neste trabalho. Investigue seus relacionamentos comerciais mais bem-sucedidos e analise se o sucesso pode resultar da utilização de elementos de contratação relacional. Os fatos devem ser sua arma ao confrontar crenças supersticiosas e o ceticismo sobre contratos relacionais.
2. Envolver as partes interessadas certas. A alta administração deve estar ciente das potenciais vantagens e vantagens econômicas associadas à contratação relacional. Faça deles seus aliados e patrocinadores.
3. Comece com contratos de menor risco e chame-o de piloto. Elimine os riscos e construa uma história de sucesso, a partir da qual você pode continuar usando a contratação relacional para contratos maiores e mais críticos para os negócios.
4. Seja muito tolerante e paciente com opositores e céticos. A contratação relacional encontrará resistências, independentemente da evidência inegável de suas vantagens em muitas situações. Somos todos humanos e, normalmente, não gostamos de mudanças. A hesitação não deve ser

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

confundida com más intenções. Em vez disso, tente a educação como sendo o agente da mudança. *Por favor, lembre-se de que esse trabalho está disponível como um documento gratuito e de código aberto e incentivamos você a compartilhá-lo com seus colegas, clientes, fornecedores e parceiros de negócios.*

Se você está hesitante e ainda quer tentar, comece implementando um ou alguns dos princípios relacionais e veja o que acontece. Comece a jornada da esquerda para a direita no continuum mostrado na página 5! Deve então ficar claro para você que isso não significa que você está criando um contrato relacional – isso só acontecerá quando você fizer dos princípios norteadores o verdadeiro norte do relacionamento. Mas, talvez você tenha iniciado uma jornada de relacionamento que, esperançosamente, o levará a adotar a abordagem de contratação relacional integralmente nas relações comerciais em que esse modelo de contrato é o mais adequado e produzirá mais valor para sua organização.

Boa sorte com sua contratação relacional!

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Anexo 1

Definições dos Nove Princípios da Contratação Relacional

Princípio relacional	Descrição
Comunicação	Uma estrutura definida para planejamento de comunicação – o quê, quando e como – e um fórum estabelecido para monitorar a eficácia das comunicações e impulsionar melhorias futuras.
Alocação de risco	Garantir que alocação de risco no âmbito do contrato não desincentive a colaboração e que existam métodos estabelecidos para lidar com o desconhecido ou inesperado.
Solução de problemas	Acordar a base de princípios de como os problemas ou desalinhamentos futuros e os requisitos de mudança serão identificados e resolvidos, incluindo clareza sobre os procedimentos e caminhos de revisão e escalação.
Cultura sem culpa	Estabelecer princípios operacionais que se concentrem primeiro na resolução e no princípio “estamos juntos nisso” mas com clareza sobre os papéis individuais, responsabilidades e prestação de contas pelo desempenho.
Trabalho conjunto	Definir os benefícios e a lógica do trabalho conjunto e estabelecer critérios para determinar quando e por quanto tempo é necessário.
Compartilhamento de perdas e ganhos	Garantir que alocação de risco e recompensa forneçam a cada parte os incentivos certos para o sucesso e para a introdução de valor agregado, por meio de melhoria e inovação contínuas.
Objetivos mútuos	Alinhar metas e objetivos entre as partes para garantir consistência ou entender diferentes interesses; estabelecer onde existem áreas de incerteza e a probabilidade de mudanças nos objetivos ao longo do tempo.
Medição de desempenho	Determine as medidas e indicadores de desempenho que são críticos para o sucesso de cada parte e certifique-se de que existem métodos para coleta e revisão de dados compartilhados.
Melhoria contínua	Desenvolver uma estrutura para entrega de melhoria contínua e verificar se os mecanismos necessários existem, por exemplo, através das abordagens estabelecidas para comunicação, ganho compartilhado, medição de desempenho.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

ANEXO 2

Exemplo de linguagem de contrato para incluir os seis princípios orientadores

Os Princípios Orientadores abaixo definem a base para uma relação comercial colaborativa, em substituição a uma relação competitiva tradicional, caracterizada por normas sociais conflitantes, negativas ou não produtivas, muitas vezes levando à deterioração da confiança entre as partes e à criação de uma relação de trabalho disfuncional.

1. Princípios Orientadores

As partes se comprometem a aderir aos Princípios Orientadores, durante o estabelecimento de seu relacionamento, e a manter esse compromisso durante toda a vigência do contrato, para atingir o escopo dos Serviços neste contrato. Este compromisso destina-se à ajudar as partes estabelecer um ambiente positivo, projetado para construir propositalmente a confiança no relacionamento.

1.1. Reciprocidade

Nós nos esforçaremos a fazer trocas justas e equilibradas, que sejam mutuamente benéficas para as partes. Não colocaremos, no outro, nenhuma expectativa que nós mesmos não estejamos dispostos a retribuir da mesma forma. Reconhecemos que a reciprocidade está no centro da capacidade de nossa parceria de atingir seus objetivos e garantiremos que as solicitações de curto e longo prazo sejam para o benefício do relacionamento.

1.2. Autonomia

Nenhuma das partes utilizará seu poder contra os melhores interesses de qualquer uma das partes, ou os interesses do relacionamento. Nós nos esforçaremos para disponibilizar o máximo de informações de forma transparente, para permitir que nosso parceiro tome boas decisões para si e para o relacionamento. Reconhecemos que trabalhar em conjunto e estar livre de coerção garante nossa capacidade de alcançar nossos próprios objetivos e os da parceria.

1.3. Honestidade

Teremos conversas precisas e genuínas em todos os níveis do relacionamento. Falaremos a verdade sobre os fatos e sobre nossa intenção, não omitindo informações relevantes para o sucesso de nossa parceria. Também separaremos os fatos das observações, percepções e experiências das pessoas, e falaremos com nossa própria percepção. Buscaremos então o bem maior, que pode advir de aceitar todos os pontos de vista como relevantes para buscar maior valor para todos os parceiros e colaboradores.

1.4. Lealdade

Defenderemos e protegeremos o valor dos interesses da outra parte, na mesma medida em que valorizamos nossos próprios interesses individuais. A parceria cria mais valor para ambas as partes do que agir separadamente. Seremos, portanto, leais à nossa parceria, procurando alocar custos e riscos à parte que estiver em melhor posição para carregá-los e mitigá-los.

1.5. Equidade

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

Reconhecemos que algumas situações exigirão uma distribuição desigual de risco ou investimento. Nessas situações, nos esforçaremos para compensar cada parte proporcionalmente ao valor, risco, custos incorridos ou investimento feito na parceria.

1.6. Integridade

Evitaremos comportamentos oportunistas e nos esforçaremos continuamente para tomar decisões consistentes com os Princípios Orientadores, no melhor interesse da parceria. Para alcançar resultados, alinharemos nossas ações com nossas palavras. Faremos o que dissermos.

SOBRE OS AUTORES



David Frydinger é advogado do escritório de advocacia Cirio, na Suécia, membro do corpo docente da Universidade do Tennessee e atuante no IACCM na Suécia. Ele é um Vested Certified Deal Architect e tem mais de quinze anos de experiência em elaboração e negociação de terceirização e outros contratos comerciais complexos. David, que ensina contratos relacionais na Universidade do Tennessee, também é autor e coautor de vários livros, incluindo *Getting to We – Negotiating Agreements for Highly Collaborative Relationships*. Ele também é mestre em Sociologia.



Tim Cummins é o CEO da IACCM. Tim trabalha com as principais corporações, órgãos públicos e acadêmicos, apoiando a conscientização dos executivos e a compreensão do papel que a gestão de compras, contratação e relacionamento desempenham cada vez mais no desempenho empresarial e nas políticas públicas do século XXI. Antes do IACCM, a carreira de negócios de Tim incluiu cargos executivos na IBM e um período na equipe do presidente, liderando estudos sobre os impactos da globalização e a reengenharia dos processos de contratação global da IBM. Sua carreira anterior envolveu os setores bancário, automotivo e aeroespacial, inicialmente em Finanças Corporativas e mais tarde em desenvolvimento comercial e de negócios.



Kate Vitasek é uma autoridade internacional por sua pesquisa premiada e modelo de negócios Vested® para relacionamentos altamente colaborativos. Vitasek, membro do corpo docente da Universidade do Tennessee, foi elogiada pela *World Trade Magazine* como uma das “Fabulous 50+1” pessoas mais influentes que afetam o comércio global. Seu trabalho levou a 7 livros, incluindo: *Vested Outsourcing: Five Rules That Will Transform Outsourcing*, *Vested: How P&G, McDonald's and Microsoft Are Redefining Winning in Business Relationships* and *Getting to We: Negotiating Agreements for Highly Collaborative Relationships*. Vitasek também foi destaque na CNN International, Bloomberg, NPR e na Fox Business News.



Jim Bergman é o VP – Ásia, África e Oriente Médio do IACCM. Possui mais de vinte anos de experiência em contratações comerciais, inicialmente como advogado de contratos. Durante sua carreira, o Sr. Bergman treinou e liderou equipes de desenvolvimento e negociação de contratos e gerenciou portfólios de relacionamento comercial no valor de mais de US\$ 1 bilhão. Ele também desenvolveu processos de contratação para várias empresas da Fortune 500. Seus esforços levaram à geração de valor de mais de US\$ 500 milhões e inúmeras melhorias de processo para seus públicos e clientes.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

A International Association for Contract & Commercial Management (IACCM) fornece um fórum global para inovação nas relações e práticas comerciais. O IACCM permite que organizações e profissionais do setor público e privado alcancem padrões de classe mundial em seus processos e habilidades de gerenciamento de contratos e relacionamentos. Com mais de 35.000 membros representando mais de 14.000 corporações em 159 países, o IACCM está liderando o caminho para responder às demandas dos mercados globais em rede. Os membros do IACCM são provenientes de muitas indústrias e são formados por gerentes comerciais e de contratos, negociadores, advogados e profissionais da cadeia de suprimentos.

Para mais informação, visite <https://www.iaccm.com>

Cirio escritório de advocacia é um dos maiores escritórios de advocacia empresarial na Suécia, com foco particular em TIC, energia, ciências da vida e imobiliário. A empresa também oferece consultoria a clientes suecos e internacionais em contratos relacionais e negócios Vested em terceirização, cadeia de suprimentos e parcerias estratégicas.

Para mais informação: www.cirio.se

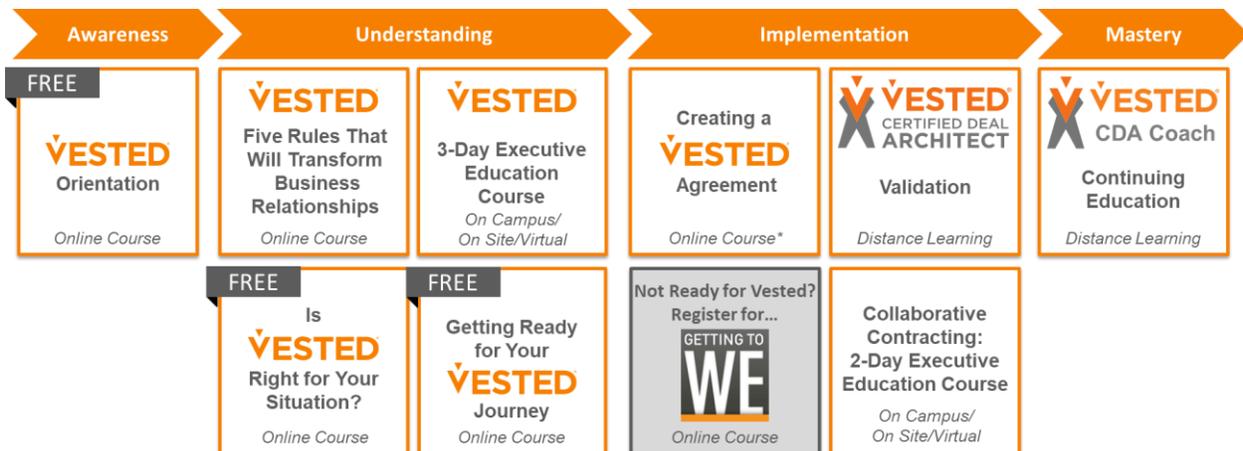
DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

PARA MAIS INFORMAÇÃO

A **Universidade do Tennessee** é altamente considerada por seus programas de pós-graduação e educação executiva. Classificada como a número 1 do mundo em pesquisa de gerenciamento de cadeia de suprimentos, os pesquisadores são autores de sete livros sobre o modelo de negócios Vested e sua aplicação em sourcing estratégico.



Incentivamos você a ler os livros sobre Vested, que podem ser encontrados na maioria das livrarias online (por exemplo, Amazon, Barnes and Noble) ou em www.vestedway.com/books. Para aqueles que desejam se aprofundar, a UT oferece uma combinação de cursos presenciais e on-line, incluindo um curso fundamental, onde os indivíduos têm a chance de colocar a teoria Vested em prática. O conteúdo do curso foi projetado para se alinhar com o ponto em que você está em sua jornada, desde a conscientização até o domínio. Para obter informações adicionais, visite o site da Universidade do Tennessee dedicado ao modelo de negócios Vested em <http://www.vestedway.com/>, você pode aprender mais sobre nossos cursos de Educação Executiva no programa Certified Deal Architect. Você também pode visitar nossa biblioteca de pesquisa e baixar estudos de caso, white papers e recursos. Para obter mais informações, entre em contato com kvitasek@utk.edu.



* Prerequisites for **Creating a Vested Agreement** class are:

Five Rules, Is Vested Right?, Getting Ready, and the Vested 3-Day Executive Education Course



Be working with a Vested Center of Excellence

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

NOTAS DE RODAPÉ

1 Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2011).

2 Quoted in *Revisiting the Contracts Scholarship of Stewart Macaulay: On the Empirical and the Lyrical* (International Studies in the Theory of Private Law), edited by Jean Braucher, John Kidwell, William C Whitford (2013).

3 Available at <http://www.merriam-webster.com/dictionary/contract>. Definitions that do not apply to business contracts are omitted from the definition

4 Macneil, Ian R., *Contracts: Instruments for Social Cooperation* (Hackensack, NJ: F. B. Rothman, 1968).

5 See the Wikipedia definition at https://en.wikipedia.org/wiki/Volatility,_uncertainty,_complexity_and_ambiguity

6 Porter, M., *Competitive Strategy: Techniques for Analyzing Industries and Competitors* (New York: The Free Press, 1980).

7 Porter, M., *Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance* (New York: The Free Press, 1985).

8 Porter, *Competitive Strategy*, pp. 3.

9 Peter Drucker, "Sell The Mailroom," *Harvard Business Review*, July 25, 1989. Available at <http://www.wsj.com/articles/SB113202230063197204>

10 C.K. Prahalad and Gary Hamel, "The Core Competencies of the Corporation," *Harvard Business Review* 68.3 (1990): 79-91.

11 *My Life and Work*, by Henry Ford, in collaboration with Samuel Crowther, 1922, page 72.

12 Chris Anderson, *The Long Tail: Why the Future of Business is Selling Less of More* (New York: Hyperion, 2006).

13 "The Value of Contract Management: Return on Investment - Survey Results," International Association for Contract and Commercial Management, (Sept. 2013).

14 Ibid.

15 L. Willcocks, S. Cullen, "The Outsourcing Enterprise 2: The Power of Relationships," (London: LogicaCMG, 2005).

16 Helper & Henderson, "Management Practices, Relational Contracts and the Decline of General Motors," *The Journal of Economic Perspectives*, Volume 28, Number 1, Winter 2014, pp. 49-72(24)

17 Ibid.

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

18 Jeffrey H. Dyer and Wujin Chu, "The Determinants of Trust in Supplier-Automaker Relationships in the U.S., Japan, and Korea," *Journal of International Business Studies* Vol. 31, No. 2 (2nd Qtr., 2000), pp. 259-285

19 "Maximizing ROI from Effective Contract Management," International Association for Contract & Commercial Management. (published March 2015). Available at <https://www2.iaccm.com/resources/?id=8484>

20 Jeffrey H. Dyer and Harbir Singh, "The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage," *Academy of Management Review*, October 1, 1998 vol.23 no. 4 660-679.

21 Jolls, Christine; Sunstein, Cass R.; and Thaler, Richard, "A Behavioral Approach to Law and Economics" (1998). Faculty Scholarship Series. Paper 1765. P.16 http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1765

22 Ibid. p. 22.

23 See for example Williamson, O., "The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead," *Journal of Economic Literature*, Vol. 38, No. 3. (Sept., 2000) 595-613.

24 IACCM contract management survey, op. cit.

25 Kahneman, op. cit.

26 Simon, Herbert A. *Models of Man, Social and Rational: Mathematical Essays on Rational Human Behavior in a Social Setting* (New York: John Wiley and Sons, 1957).

27Kahneman, op. cit

28 Sunstein, Cass R., "Probability Neglect: Emotions, Worst Cases, and Law" (November 2001). U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper No. 138. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=292149> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.292149>

29 Kahneman, op. cit.

30 Kathleen D. Vohs, et al., "The Psychological Consequences of Money," *Science* 17 Nov 2006:Vol. 314, Issue 5802, pp. 1154-1156.

31 Jim Collins and Jerry I. Porras, *Built to Last: Successful Habits of Visionary Companies* (New York: HarperCollins, 1994)

32 Ibid. p.22.

33 See Covey, Stephen M., et al., *The Speed of Trust: The One Thing That Changes Everything*, (New York, Free Press, 2006). Also see John Whitney, *The Trust Factor: Liberating Profits & Restoring Corporate Vitality* (New York: McGraw-Hill, 1994) and Dan Ariely, *The Honest Truth About Dishonesty: How We Lie to Everyone--Especially Ourselves* (New York: HarperCollins, 2012).

34 Vitasek et al., "Unpacking Collaborative Bidding: Harnessing the Potential of Supplier Collaboration" (2016). Available at <http://www.vestedway.com/vested-library/>

35 Bonnie Keith et al, *Strategic Sourcing in the New Economy* (New York: Palgrave Macmillan, 2015).

DESVENDANDO OS CONTRATOS RELACIONAIS

36 Dworkin, R., *Law's Empire* (Cambridge, MA: Harvard University Press 1986) p. 209.

37 Dworkin, p. 210.

38 Dworkin, p. 211.

39 Dworkin, p. 200.

40 Nyden J., Vitasek K., Frydinger D, *Getting to We: Negotiating Agreements for Highly Collaborative Relationships* (New York: Palgrave Macmillan 2013). p. 42-46.

41 See for example *Applied Economics*, (December 2000). 32---3; S. Knack, P. Keefer, "Does Social Capital Have an Economic Payoff? A Cross---Country Investigation," *Quarterly Journal of Economics*. 112:4; B. Uzzi, "The Sources and Consequences of Embeddedness for the Economic Performance of Organizations: The Network Effect," *American Sociological Review* (1996) v 61(4): 674- -698; J. Dyer, *Collaborative Advantage*, Oxford University Press 2000; J. Dyer, "Effective Interfirm Collaboration: How Firms Minimize Transaction Costs and Maximize Transaction Value," *Strategic Management Journal*, Vol. 18:7 (1997) and J. Dyer and H. Singh, "The Relational View: Cooperative Strategy and Sources of Interorganizational Competitive Advantage," *The Academy of Management Review* 23, No. 4, (1998); L. Willcocks, S. Cullen, *The Outsourcing Enterprise 2: The Power of Relationships*. LogicaCMG, London (2005).

42 *Getting to We*, op. cit. (chapter 5).

43 Vitasek et al., "Transforming Healthcare Outsourcing: How Vancouver Coastal Health Used Vested to Drive Innovation in Outsourcing" (2016). Available at <http://www.vestedway.com/vested-library/>

44 Keith et. al., *Strategic Sourcing*, op. cit.

45 Keith et al, *Strategic Sourcing*, op. cit. See also the University of Tennessee's white paper, "Unpacking Pricing Models – Make 'you get what you pay for' Real for Business Relationships." Available at <http://www.vestedway.com/vested-library/>

46 See white paper written in collaboration between University of Tennessee, IACCM and Corporate Executive Board, *Unpacking Outsourcing Governance - How to Build a Sound Governance Structure to Drive Insight Versus Oversight* (2011). Available for download at <http://www.vestedway.com/vestedlibrary/>

47 Vitasek and Manrodt, *Vested*, chapter 6.

48 Keith, *Strategic Sourcing*, p 67. Also chapter 4.