

FACULDADE
**BAIANA DE
DIREITO**

FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

GABRIEL LUCAS SANTOS BONFIM

**ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CONCEITO DE
INADIMPLEMENTO E MECANISMOS DE RESOLUÇÃO
CONTRATUAL NA CONVENÇÃO DE VIENA E NO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA**

Salvador
2018

GABRIEL LUCAS SANTOS BONFIM

**ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CONCEITO DE
INADIMPLEMENTO E MECANISMOS DE RESOLUÇÃO
CONTRATUAL NA CONVENÇÃO DE VIENA E NO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Mr. Thiago Carvalho Borges

Salvador
2018

GABRIEL LUCAS SANTOS BONFIM

**ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE O CONCEITO DE
INADIMPLEMENTO E MECANISMOS DE RESOLUÇÃO
CONTRATUAL NA CONVENÇÃO DE VIENA E NO CÓDIGO CIVIL
BRASILEIRO À LUZ DA TEORIA DA EFICIÊNCIA ECONÔMICA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ / ____ / 2018

A
Meu pai e minha mãe, minhas eternas
estrelas-guia.

RESUMO

Trabalho monográfico destinado à análise comparativa entre o Código Civil Brasileiro e a Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, à luz da teoria da eficiência. A recente adesão do Brasil à Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias – *Convention for the International Sale of Goods* (CISG), fez surgir para os juristas brasileiros a comparação entre as estruturas normativas e soluções jurídicas adotadas por cada um dos diplomas. A Análise Econômica do Direito, neste sentido, fornece o instrumental teórico apropriado para analisar a questão, em especial os conceitos de eficiência econômica. Os conceitos de eficiência de Pareto e eficiência fornecem o primeiro ferramental econômico para a resposta da questão. Igualmente, o estudo da teoria da *efficient breach* proporcionará alcançar raciais econômicos que ajudarão a definir uma resposta afirmativa sobre a aplicação da Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias – *Convention for the International Sale of Goods* (CISG) em derrogação ao Código Civil brasileiro, dadas algumas condições. Breve introdução sobre a Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias – *Convention for the International Sale of Goods* (CISG) será feita, para, então, passarmos efetivamente à análise de seus mecanismos de resolução contratual, que ao final, demonstrará como a Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias – *Convention for the International Sale of Goods* (CISG), norteada pelo princípio da prioridade do direito de requerer a performance do contrato, fornece o arcabouço normativo necessário para satisfazer os anseios econômicos de determinados *players* brasileiros atuantes no comércio internacional. As provisões de *specific performance* e do mecanismo de *Nachfrist*, previstos na Convenção, serão os instrumentais normativos estudados para sustentar a tese proposta, que sugerirá a aplicação da Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias – *Convention for the International Sale of Goods* (CISG) em determinadas circunstâncias.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Eficiência de Kaldor-Hicks; Teoria da *Efficient Breach*; CISG; *specific performance*

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED	Análise Econômica do Direito
art.	artigo
CC	Código Civil
CF/88	Constituição Federal da República
CISG	<i>Convention for the International Sale of Goods</i>
Convenção	<i>Convention for the International Sale of Goods</i>
ICC	<i>International Chamber of Commerce</i>
MRS	<i>Marginal Rate of Substitution</i>
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

LISTA DE FIGURAS, GRÁFICOS E TABELAS

Tabela 01	Distribuição do excedente total entre as partes	17
Gráfico 01	Representação gráfica das curvas de indiferença	19
Gráfico 02	Movimento na curva de indiferença	20
Gráfico 03	Edgeworth Box	21

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A EFICIÊNCIA ECONÔMICA	11
2.1 A CIÊNCIA ECONÔMICA E SUA APROXIMAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA	11
2.2 INSTRUMENTOS DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA	24
2.2.1 Eficiência de Kaldor-Hicks	33
2.3 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA TEORIA DA EFICIÊNCIA	35
3 DA ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS E A TEORIA DA <i>EFFICIENT BREACH</i>	45
3.1 DA DIFERENÇA ENTRE A ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	45
3.2 ENSAIOS SOBRE UMA TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS	47
3.3 <i>EFFICIENT BREACH</i> E MECANISMOS DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL	59
3.3.1 <i>Expectation Damages</i>	61
3.3.1.1 Primeiras críticas ao <i>expectation damages</i>	66
3.3.1.2. <i>Expectation damages</i> e o direito contratual brasileiro	68
3.3.2 <i>Specific Performance</i>	71
3.3.3. Uma Outra Perspectiva	75
4 A CISG COMO ALTERNATIVA AOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL DO CÓDIGO CIVIL DIANTE DA <i>EFFICIENT BREACH</i>	81
4.1 BREVE INTRODUÇÃO À CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG)	81
4.2 DAS CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DO VENDEDOR NA CISG, O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A <i>SPECIFIC PERFORMANCE</i>	89
4.2.1 A <i>Specific Performance</i> na CISG Como Remédio do Comprador	91
4.2.2 O Mecanismo de <i>Nachfrist</i> em caso de <i>non-delivery</i>	99
5 CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

A interligação entre o direito e a economia na sociedade atual é latente. O franco debate, que propicia a troca de conhecimento entre ambas as ciências, tem crescido. A cada dia mais a sociedade tem se dado conta da eminente relação entre as matérias, se percebendo, até mesmo no senso comum, o aumento de discursos tratando sobre a relação entre estas ciências sociais. De fato, a relação entre ambas não é estanque.

A dogmática jurídica também tem percebido que pode encontrar forte racional teórico na economia para responder a questões que lhe são sensíveis, de forma que as ferramentas da Ciência Econômica têm, a cada dia mais, encontrado espaço no direito brasileiro. A corrente da *Law and Economics* que se iniciou no Estados Unidos, destarte, já é realidade no Brasil. A nova perspectiva, dada pela mudança de paradigma com o qual se enxerga o Direito, tem rendido bons frutos. Alguns exemplos serão citados ao decorrer do texto monográfico.

Efetivamente, diante deste novo panorama, buscar respostas para problemas jurídicos tradicionais (ou não tão tradicionais assim) através de novos ferramentais teóricos, que propõem uma visão analítica em substituição da dogmática (ou seja, de descrição do ser, ao invés da prescrição do dever-ser), parece promover respostas adequadas diante de temas complexos. É o que propomos com o presente trabalho.

Neste sentido, a recente adesão do Brasil à Convenção de Viena para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias – *Convention for the International Sale of Goods* (CISG), faz surgir para os juristas brasileiros a comparação entre as estruturas normativas da Convenção e a do Código Civil. A CISG, ao privilegiar a autonomia da vontade, garantiu autonomia suficiente às partes que teriam contratos potencialmente regulados pelas suas provisões, para livremente excluir a aplicação da Convenção, por mera manifestação de vontade. Daí que surge o questionamento.

Efetivamente, o estudo da Convenção no Brasil não é recente, apesar da adesão do Estado brasileiro ser. Diante das regras de direito internacional privado, a CISG potencialmente se aplicava a contratos internacionais mercantis firmados por partes brasileiras. Desta forma, já existia vasta doutrina sobre a Convenção escrita por juristas brasileiros. Entretanto, salvo raras exceções, o estudo da Convenção no Brasil é predominantemente dogmático.

Para responder à pergunta “é melhor adotar como norma aplicável ao contrato o Código Civil brasileiro ou a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, nos contratos mercantis internacionais?”, todavia, propomos o estudo de uma teoria econômica dos contratos, balizada especialmente sob o auspício da teoria da eficiência econômica.

A pergunta, então, passa a ter a seguinte formulação: em termos de eficiência econômica, é melhor adotar como norma aplicável ao contrato o Código Civil brasileiro ou a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, nos contratos mercantis internacionais? Como veremos, o ponto de partida para alcançar a resposta da pergunta proposta partirá da realidade, para só então alcançar (*rectius*, explicar) a retórica do direito contratual.

Para responder ao questionamento, o trabalho inicia explicando a relação entre a ciência economia e a ciência jurídica, demonstrando como ambas se relacionam. Após, propõe-se a análise de alguns instrumentos econômicos, especialmente ligados à teoria da eficiência. Em seguida, demonstra-se como tais conceitos foram recepcionados pela ciência jurídica e como as diferenças ideológicas entre dois dos maiores nomes da História do Direito determinou o papel dos critérios de eficiência na interpretação e construção da normatividade jurídica.

O capítulo seguinte se dedica a propor um breve ensaio sobre uma teoria econômica dos contratos, explicando algumas instituições econômicas que influenciam o direito contratual, notadamente aquelas ligadas aos mecanismos de resolução do contrato e os remédios jurídicos aplicáveis para as hipóteses de inadimplemento contratual. Entretanto, foi a partir de uma perspectiva diferente sobre a teoria da *efficient breach* que se fixou a racionalidade econômica contratual que permite responder à questão central deste trabalho.

No terceiro capítulo, fixada a racionalidade econômica contratual que responde à questão central, é objeto de análise os mecanismos de resolução do contrato e os remédios jurídicos aplicáveis para as hipóteses de inadimplemento contratual da CISG, a fim de se verificar, com a análise, se o racional econômico é melhor percebido na CISG ou no Código Civil brasileiro, o que fornece a resposta final deste trabalho. Neste sentido, o trabalho utilizou, preponderantemente, o estudo bibliográfico na formulação da resposta.

2 DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A EFICIÊNCIA ECONÔMICA

A análise econômica do direito consiste em utilizar instrumentos da Ciência Econômica para compreender o funcionamento de determinadas doutrinas legais e como forma de buscar soluções para determinados problemas jurídicos, através da compreensão de uma teoria econômica baseada na escassez de recursos e na necessidade de alocação destes recursos na sociedade de maneira eficiente, visualizando regras jurídicas como mecanismos de preço que criam incentivos para os indivíduos agirem de determinada forma ou de outra¹.

Neste capítulo, buscaremos demonstrar como a Ciência Econômica se aproxima da Ciência Jurídica (2.1), a aplicação de algumas das ferramentas da Ciência Econômica às relações contratuais, que ilustram a formação da teoria da eficiência (2.2), bem como o desenvolvimento histórico da própria teoria da eficiência, ressaltando os debates travados entre as correntes radical e moderada quanto a sua aplicação como valor jurídico (2.3).

2.1 A CIÊNCIA ECONÔMICA E SUA APROXIMAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA

O conceito de Economia, tanto como atividade humana, tanto como ciência, decorre de duas observações, antinômicas entre si, mas que, como natural no conhecimento científico, sugerem uma relação de causa e efeito evidente: a) as necessidades humanas, sejam elas analisadas em face de toda uma sociedade ou em face de grupos sociais de recorte definidos, são vastas e tendem, invariavelmente, ao infinito; b) os recursos destinados ao atendimento destas necessidades são, em maior ou menor grau, limitados, ou, como comumente é adjetivado o problema, escassos².

Não é demais afirmar que as necessidades humanas sempre estiveram e ainda permanecem em clara tendência à multiplicação, se apresentando infinitas. Constatam-se, em grande escala, através de fenômenos sociais como, *exempli gratia*, o consumismo, nos tempos hodiernos, e as revoluções industriais e tecnológicas, em

¹ TIMM, Luciano Benneti. A Matriz da Análise Econômica do Direito para Além do Eficientismo *in* ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix. **Estudos de Direito Empresarial: Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100

² NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30

um passado recente. Tais fenômenos sociais são exemplos, ao fim e ao cabo, do ímpeto humano de criar e consumir, que decorre inexoravelmente das diversas necessidades experimentadas ao longo dos séculos. Diga-se, inclusive, que apesar de a exacerbação de necessidades na sociedade (consumismo) ser algo recente, o homem sempre passou pelo processo de percepção de novas necessidades. A grande diferença entre os tempos remotos para os tempos hodiernos é que os processos de criação e consolidação de tais fenômenos, como forma de atendimento às necessidades humanas, possuem ritmo e intensidade com que ocorrem distintas³. Porém, tais processos sempre existiram, sendo a infinidade das necessidades humanas constatação essencial para o estudo da Economia.

Já os recursos destinados ao atendimento das necessidades humanas, em sentido diametralmente oposto, se apresentam limitados, causando o problema da escassez. A limitação dos recursos é insuperável, em que pese os esforços tecnológicos para ultrapassá-la, tendo acompanhado a humanidade desde sempre.

As sociedades primitivas, apesar de muitas vezes rodeadas de recursos naturais abundantes, não superaram a lei da escassez, ao passo em que viviam de maneira altamente frugal e insustentável⁴. As sociedades consumistas modernas, por sua vez, não obstante obterem êxito no uso da tecnologia para utilizar uma vasta quantidade de recursos, de forma a atender em maior grau as suas necessidades latentes e muitas vezes imprimir o sentimento de superação da escassez (face, inclusive a quantidade de produtos lançados no mercado e posteriormente desperdiçados), já lidam com problemas como o esgotamento dos recursos naturais, que já se mostram incapazes de responder a todas as necessidades da civilização atual. Além do que, o próprio consumismo refere-se apenas a uma parcela ínfima da população, tanto nos países de menor como de maior poderio econômico, já que a maior parcela da população não possui padrões aquisitivos para sequer passar a impressão de superação da escassez.

A Economia trata, neste sentido, de estudar as relações e instituições estabelecidas na sociedade para enfrentar o problema da escassez, como forma de analisar a adequação do padrão decisório utilizado para lidar com a limitação dos recursos frente as múltiplas necessidades humanas.

³ NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 26

⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

Assim, a atividade econômica se traduz em investigar qual o resultado da escolha da aplicação de determinado recurso para o atendimento de certa necessidade humana e, se tal decisão seria coerente em face das múltiplas necessidades existentes, para, caso não sendo a decisão adequada, indicar qual seria o padrão decisório a ser utilizado, conforme será analisado nos capítulos subsequentes.

Em outras palavras, a atividade econômica se traduz na administração da escassez, sendo a Economia o estudo científico dessa atividade⁵.

O objeto de estudo da Ciência Econômica, então, é a conduta humana voltada a administrar a utilização dos recursos escassos para o atendimento das necessidades ilimitadas⁶. Em se tratando de ciência, a Economia não estuda o indivíduo, já que este não é suscetível de análise científica, face a impossibilidade de se construir relações (de causa e efeito), muito embora se possa perceber os efeitos da escassez na dimensão individual.

O estudo econômico encontra-se inserido dentro de um espectro social, isto é, o campo de estudo da Economia refere-se à sociedade, seja esta sociedade uma pequena comunidade, a sociedade nacional de um país qualquer ou a sociedade global.

Como ciência, a Economia se apresenta como ciência social, malgrado seja a distinção entre ciências sociais e ciências exatas de conotação infeliz, por passar a impressão que aquelas – as ciências sociais – seriam inexatas, o que não é verdadeiro⁷. A diferença reside, essencialmente, na quantidade de variáveis sob a qual o objeto de estudo de determinada ciência é influenciado e a complexidade com que essas variáveis se relacionam. Nas ciências sociais, diversas variáveis influenciam o objeto estudado (o que colabora com a impressão de que as ciências sociais seriam inexatas), enquanto que nas ciências exatas apenas algumas exercem influência. E assim ocorre com a Economia, já que o comportamento humano da administração dos recursos escassos apresenta diversos fatores, que reagem sob forma de processos de ação e reação, muitas vezes em cadeia, i.e., que estão sempre em interação e que se modificam constantemente.

⁵ NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 30

⁶ BORGES, Thiago. **Direito e Economia**. Salvador: não publicado, p. 2

⁷ NUSDEO, Fabio. *Op. Cit.*, 2005, p. 67

O mesmo ocorre com outros ramos das ciências sociais, como o Direito e a Sociologia, por exemplo.

Em verdade, as fronteiras entre os diversos ramos das ciências sociais são turbulentas, tendo em vista que as variáveis estudadas em um ramo podem vir a influenciar, inexoravelmente, noutro⁸. É o caso, por exemplo, de uma crise política que faz cair por terra uma determinada política econômica, ainda que bem implementada. Ou, em outro sentido, é o caso de uma norma jurídica que, após sua edição e entrada em vigor, modifica os padrões de consumo de determinada sociedade, por importar em incentivos ou desestímulos para produção de determinado bem ou influenciar diretamente na renda da sociedade (alterando, assim, os padrões de consumo).

Em que pese seja clara a conexão entre os ramos das ciências sociais, pela eminente inter-relação que as variáveis estudadas nos diversos ramos impõem umas nas outras, sugerindo uma ideia de transtorno científico, na realidade, tal transtorno não se verifica.

Isto porque, as ciências sociais, em especial a Economia (apesar da constatação valer para todas as ciências sociais, como o Direito), têm logrado êxito em desenvolver métodos de análise aptos não apenas a explicar o objeto sobre a qual debruçam seus estudos, como também para apresentar previsões razoáveis sobre os eventos futuros, mediante a utilização da técnica dos modelos⁹.

O modelo trata-se de uma simplificação drástica da realidade, de onde se extrai ou se escolhe poucas variáveis, que sejam notáveis na explicação de um determinado fenômeno, para se estabelecer quais são as relações de causa e efeito existentes entre elas, decorrentes de suas variações¹⁰, pressupondo-se que todas as outras inúmeras variáveis permanecerão constantes. Desta forma, explica-se a realidade e ainda se torna possível atuar sobre ela, ao se entender qual será o efeito causado pela atuação em determinada variável.

Assim, o conceito de modelo pressupõe que um determinado fenômeno pode ser explicado, de maneira razoável, por um número reduzido de variáveis, dentre todas aquelas perceptíveis como influenciadoras do fenômeno. A tarefa essencial,

⁸ NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68

⁹ *Ibidem*, p. 69

¹⁰ BORGES, Thiago. **Direito e Economia**. Salvador: não publicado, p. 3

então, seria separar quais são as variáveis aptas a explicar o comportamento do fenômeno estudado de maneira razoável.

Deste modo, as variáveis explicitamente consideradas pelo modelo e cuja alteração explicam diretamente o comportamento do fenômeno estudado são chamadas de variáveis endógenas, ao passo em que as variáveis exógenas seriam aquelas de menor relevância, cuja variação possui remota influência para explicar o comportamento do fenômeno estudado, sendo, pois, assimiladas a constantes¹¹.

Neste sentido, a utilização do raciocínio matemático servirá, então, como forma de estabelecer as relações funcionais das variáveis endógenas previstas pelo modelo, isto é, explicar a forma como elas se comportam, se inter-relacionam e qual o resultado gerado por essa relação de causa e efeito. Aplicam-se, então, métodos quantitativos, que demonstram de maneira mais clara e funcional quais efeitos das oscilações das variáveis. Tal característica dos modelos – utilização do raciocínio matemático – será abordado nas linhas que seguem de maneira mais aprofundada.

A teoria econômica, assim, vem a ser um conjunto de modelos, que individualmente são destinados a explicar um determinado fenômeno da realidade, mas que em conjunto definem o que é a teoria econômica. Todavia, a teoria econômica não é constituída por um corpo acabado de proposições, não formulando leis imutáveis ou naturais (daí a crítica feita ao que vem a ser leis econômicas, que nada mais são do que modelos de aplicação mais universal), mas sim de técnica utilizada para criar, desenvolver, aprimorar ou rejeitar modelos, sempre com o fito de prover melhor explicação para determinado fenômeno¹².

Reaproximando a Ciência Econômica da Ciência Jurídica (sem esquecer o caráter turbulento da divisão das ciências sociais, conforme exposto anteriormente), juristas e economistas consentiram que conceitos econômicos podem suplantar e enriquecer o entendimento sobre o Direito, principalmente a partir dos critérios de eficiência econômica¹³. Todavia, ressalte-se desde já que o papel e a importância da eficiência econômica para o Direito são objeto de ferrenho debate, cindindo a Análise Econômica do Direito em duas correntes, conforme será analisado adiante.

¹¹ NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70

¹² *Ibidem*, p. 78-79

¹³ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 13

Assim, segundo Nicholas Mercurio e Steven Medema¹⁴, a Economia se apresenta para o Direito “como um corpo de literatura compreendido essencialmente (mas, como será exposto nos capítulos que seguem, de nenhuma maneira excludente) por conceitos de microeconomia neoclássica e economia do bem-estar social, onde os conceitos operacionais são Pareto-Eficiência na transação, Pareto-Eficiência na produção e Eficiência de Kaldor-Hicks”¹⁵.

O primeiro conceito de eficiência trazido pela Ciência Econômica é aquele explicado pela ideia da Ótima de Pareto. Pela ideia de Ótima de Pareto, se todos os fatores de produção, bens e serviços forem alocados como mercado perfeitamente competitivo, o resultado gerado se mostrará eficiente em termos econômicos, tendo em vista que os direitos referentes aos recursos de produção, bens e serviços (trabalho, terra e capital) estarão alocados nos métodos de produção de uma forma tal que, o resultado da produção será o rendimento individual ótimo de cada um dos recursos¹⁶.

Assim, se verifica a Ótima de Pareto quando os recursos não podem ser realocados para que um indivíduo melhore sua posição sem fazer com que outro indivíduo piore sua posição¹⁷.

Pelo conceito de Ótima de Pareto, um contrato mercantil será economicamente eficiente (ou Pareto-Superior) quando a troca recursos nele acordada gerar uma alocação destes recursos em que ambos os contratantes, ou até mesmo apenas um dos contratantes, aprimorem suas condições econômicas sem prejudicar a posição econômica do outro ou de terceiros.

Todavia, o conceito de Ótima de Pareto tem muito pouca aplicação no mundo real¹⁸, tendo em vista a dificuldade em se verificar situações que se revelem Pareto-Superior.

¹⁴ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 13

¹⁵ Tradução livre. No original: The Economics in Law and Economics is a body of literature that is comprised primarily (but, as will become clear in subsequent chapters, by no means exclusively), of concepts within neoclassical microeconomics and welfare economics, where the operating organizing concepts are Pareto efficiency in exchange, Pareto efficiency in production, and Kaldor-Hicks efficiency

¹⁶ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Op. Cit.*, 1999, p. 13

¹⁷ *Ibidem, loc.cit*

¹⁸ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986, p. 12-13

Inclusive, trata-se de um conceito estritamente ligado à Ciência Econômica, não se constituindo necessariamente como um modelo que possa ser relacionado a Ciência Jurídica.

A corrente epistemológica do Direito e Economia inicia-se, entretanto, quando a Ciência Econômica revisita o conceito de Pareto de eficiência, tendo seus primórdios normalmente atribuídos aos textos de Ronald Coase *The Nature of the Firm* e *The Problem of Social Cost*. O economista britânico propõe que os custos de transação (negociação, operação e execução dos contratos, riscos de dano, etc., citando alguns que interessam a este trabalho) são relevantes o suficiente para determinar ou alterar a eficiência econômica do mercado, o que não era considerado pelo conceito de Pareto de eficiência, que apenas tratava dos custos de produção e custos de transporte¹⁹.

Por conseguinte, em termos de eficiência econômica, os custos de transação devem ser levados em consideração e minimizar tais despesas, por meio da criação de regras voltadas para tanto (sejam regramentos internos das companhias, sejam regramentos jurídicos), sempre seria indicado, já que tenderia a aumentar os ganhos de determinada relação, fazendo com que a compensação do mercado seja possível, tornando a relação eficiente.

Outra contribuição importante de Coase foram os estudos sobre os efeitos externos da propriedade, em que discorreu sobre os paradigmas da Responsabilidade e concluiu que existem situações em que um dano não compensado não necessariamente será indesejável.

O que importaria, em termos de eficiência econômica, é que os custos externos da transação deveriam ser iguais ou inferiores ao dano causado à parte lesada, mesmo que parte dos danos experimentados fiquem sem ressarcimento²⁰. Assim, as normas jurídicas deveriam ser instituídas em prol de propiciar tal equalização, a fim de garantir a eficiência econômica da relação obrigacional.

Surge, a partir destes conceitos, o chamado Teorema de Coase: definidos os direitos de propriedade, a negociação entre as partes será economicamente mais eficiente em relação aos custos externos relativos aos exercícios destes direitos, se os custos de transação forem iguais a zero²¹, já que não existirá necessidade de

¹⁹ BORGES, Thiago. **Direito e Economia**. Salvador: não publicado, p. 8

²⁰ *Ibidem*, p. 9

²¹ *Ibidem*, *loc.cit.*

compensação destes custos com os ganhos provenientes da transação. A conclusão a que se chega, neste sentido, é que os esforços do Estado devem ser no sentido de produzir normas jurídicas que auxiliem na redução dos custos de transação, conforme será melhor destrinchado nos capítulos subsequentes.

O reconhecimento dos custos de transação como fator relevante para se determinar a eficiência da relação econômica, ao lado dos estudos sobre os efeitos externos da propriedade e o conseqüente reconhecimento do Teorema de Coase faz surgir, então, a corrente epistemológica do Direito e Economia, revista e difundida por outros importantes autores, como Richard Posner, com *Economic Analysis of Law* e Guido Calabresi, com *The Cost of Accidents*, dentre outros.

Entretanto, conceitos como a Ótima de Pareto ou o Teorema de Coase são formulações essencialmente relacionadas à Ciência Econômica. Inclusive, Ronald Coase ganhou o prêmio Nobel em Economia com seus trabalhos acerca dos custos de transação²². Todavia, mereceram sucinta explicação neste momento para ilustrar, de modo ainda perfunctório, como os modelos econômicos se relacionam com a Ciência Jurídica.

A doutrina do *Law and Economics*, então, se funda na importância de se recorrer a análises econômicas na formulação das normas jurídicas, com intuito de torná-las cada vez mais eficientes²³, já que a eficiência econômica geraria, ao fim, maximização de riqueza em uma sociedade.

Todavia, é necessário se questionar onde a imbricação entre Direito e Economia se enquadra na produção de conhecimento da Ciência Jurídica, especialmente para se delimitar sua epistemologia e metodologia e, assim, se definir a função e quais perguntas a corrente epistemológica da Análise Econômica do Direito pretende responder.

Como dito anteriormente, a Análise Econômica do Direito se predispõe a empregar os variados conceitos e ferramentais teóricos providos pela Ciência Econômica como forma de enriquecer o entendimento sobre o Direito, de maneira a atuar na análise da eficiência das normas jurídicas e pregar sobre as conseqüências

²² NOBELPRIZE.ORG. **Ronald H. Coase - Facts.** Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-facts.html> Acesso em 04 de jun. 2018

²³ SZTAJN, Rachel. Law and Economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações.** Rio Janeiro: Elsevier, 2005, p. 55

econômicas do ordenamento posto (tal como age a Ciência Econômica quando posta para análise de qualquer fenômeno, conforme exposto anteriormente e que será melhor destrinchado nos capítulos subsequentes).

Não obstante, o instrumental teórico-científico provido pela Análise Econômica do Direito nem sempre foi método reconhecido pelos juristas. Ao revés, a formulação desta corrente epistemológica é recente e ainda vem se solidificando como método de racionalidade jurídica.

Do ponto de vista histórico, a reação dos juristas ao positivismo jurídico, em especial no contexto dos países de tradição europeia-continental (inclusive o Brasil) e após a Segunda Guerra Mundial, foi um retorno ao Direito como valor, fixando a racionalidade jurídica através de princípios constitucionais dotados de forte carga filosófica. A solução para os problemas da racionalidade jurídica existentes no período da Segunda Guerra Mundial, então, passaria pela filosofia, que começou a atuar intensamente sobre a metodologia jurídica, deixando de lado as demais ciências sociais, na medida em que teriam falhado em fornecer uma explicação valorativa da realidade que pudesse racionalizar as decisões jurídicas²⁴.

Comumente denominada de neoconstitucionalismo, a reação dos juristas ao juspositivismo, então, passaria por denunciar a incapacidade do raciocínio lógico-formal para lidar com questões de valores ético e morais controvertidos, estabelecendo a posição de que não seria possível uma referência ao Direito sem conotação valorativa. Tal reação decorreu, essencialmente, da constatação de que a Segunda Guerra Mundial e o Holocausto não estariam “impedidos” pelo Direito, uma vez que, supostamente, os nazistas não teriam cometido crime algum, por terem atuado rigorosamente de acordo com o ordenamento alemão posto à época, conforme a linha de defesa adotada pelos oficiais alemães no Julgamento de Nuremberg.

Da eminente preocupação causada por tal formulação, o neoconstitucionalismo busca reaproximar o Direito da Filosofia, admitindo uma flexibilização do direito escrito quando, no caso concreto, a norma posta não se apresentar razoável ou justa. As valorações éticas e morais sobre o razoável ou o justo, no neoconstitucionalismo, é inserida no ordenamento através de princípios jurídicos, dispostos expressa ou implicitamente nas Constituições nacionais, que permitiriam, pelo seu caráter

²⁴ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-7

constitucional, a relativização do direito para se alcançar a resposta justa ou razoável²⁵.

O Direito no paradigma neoconstitucionalista, então, não se preocuparia essencialmente com a subsunção da norma aos fatos, mas sim com a compatibilidade entre as normas-regra e as normas-princípio e sua respectiva função na ponderação de interesses contrapostos, como forma de operacionalizar os conceitos de justiça e de maneira a criar critérios de como se tomar uma decisão jurídica racional.

Assim, a comunidade jurídica moderna busca apoio teórico em filósofos que vêm tentando criar métodos de se chegar a uma decisão jurídica que seja, ao mesmo tempo, justa e racional, como proposto, *exempli gratia*, nas formulações de Robert Alexy, com os mandados de otimização e de Ronald Dworkin, com a teoria do romance em cadeia, do juiz hercúleo e a decisão “correta”.

Porém, apesar da clara e louvável preocupação com valores, o neoconstitucionalismo não se debruça sobre as reais consequências de determinada lei ou decisão judicial sobre uma sociedade e seu sistema de incentivos.

Apesar de o neoconstitucionalismo considerar a realidade social em suas formulações (até porque, como dito, se vale de alta carga valorativa ética e moral para propor um ideal de racionalidade jurídica), não propõe uma análise sobre o comportamento humano que se desencadeará em face da tomada de determinada decisão jurídica ou produção normativa.

Assim, não é demais afirmar que a Ciência Jurídica moderna negligenciou o desenvolvimento de instrumentos analíticos capazes de identificar, prever e mensurar as consequências das decisões jurídicas ou institucionais (leia-se, edição das normas postas) no mundo real, deixando a atividade para outros ramos das ciências sociais, com as quais o Direito tradicionalmente não dialogava. A crítica que se deflagra, neste sentido, é que para que se possa alcançar critérios de justiça operacionalizáveis, é necessário que o Direito seja capaz de responder, com razoável precisão, se determinada norma é capaz de alcançar um determinado resultado social almejado, não abarcando apenas justificativas teóricas sobre a racionalidade jurídica, mas também compreendendo instrumentos que auxiliem em juízos de diagnóstico e prognóstico²⁶.

²⁵ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 8

²⁶ *Ibidem*, p. 10-11

Tal raciocínio foi recentemente cotejado pelo ordenamento nacional com a edição da Lei nº 13.655/18, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (Decreto-Lei Nº 4.657/42) adicionando o art. 20 ao diploma, que dispõe expressamente que as decisões judiciais não poderão ser fundamentadas com base em “valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”²⁷.

O racional decisório proposto pela alteração legislativa é, por um lado, positivo, já que impõe maior responsabilidade dos julgadores, que terão de suscitar os efeitos práticos e o resultado social da decisão ao julgarem. Por outro lado, o racional decisório, se não realizado com a devida cautela, pode ser negativo, já que poderá levar a utilitarismos grosseiros²⁸.

Entretanto, a alteração legislativa não incorpora, nem positiva, a Análise Econômica do Direito. A Análise Econômica do Direito não é, como propõe a alteração legislativa, utilitarista, mas sim consequencialista, “que significa avaliar, de forma neutra, todas as consequências possíveis advindas das escolhas dos decisores”²⁹. A Análise Econômica do Direito se apresentará, então, como instrumento importante para que os julgadores saibam quais serão as externalidades positivas e negativas de suas decisões e como os agentes racionais reagirão às decisões. Em síntese, a alteração na LINDB não é Análise Econômica do Direito, mas a Análise Econômica do Direito se mostrará como um importante instrumento para a aplicação desta lei.

Ora, em que pese as decisões institucionais (leia-se, edição das normas postas) e as decisões judiciais atuarem diretamente sobre a sociedade, o Direito não possui “qualquer instrumental analítico robusto para descrever a realidade sobre a qual exerce juízos de valor ou para prever as prováveis consequências de decisões jurídico-políticas que são seu objeto de análise tradicional”³⁰. Ou seja, o Direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano, justamente o objeto de estudo da Economia, conforme exposto anteriormente.

²⁷ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (BRASIL. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - Decreto-Lei n. 4657/42. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De14657compilado.htm>. Acesso em: 11 jul. de 2018)

²⁸ CARVALHO, Cristiano. **A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito?** JOTA. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/introducao-analise-economica-direito-06062018>>. Acesso em: 11 jul. 2018

²⁹ *Ibidem*

³⁰ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2

A Análise Econômica do Direito se propõe, assim, a fornecer um instrumental teórico que auxilie na compreensão dos fatos sociais e como os agentes sociais responderão em modificações nas suas estruturas de incentivos, de forma a assistir na tomada de decisões jurídicas racionais.

Este instrumental teórico, por sua vez, refere-se justamente a toda formulação da Ciência Econômica acerca dos modelos econômicos, utilizados pela Economia, como dito, para explicar determinado fenômeno social.

Para auxiliar na tomada de decisões jurídicas racionais, a Ciência Econômica propõe a compreensão dos fatos sociais e como os agentes sociais responderão em modificações nas suas estruturas de incentivos, na grande maioria das vezes (e daí decorre boa parte da cientificidade da análise econômica), através da utilização do raciocínio matemático. Como dito, a utilização do raciocínio matemático servirá como forma de estabelecer as relações funcionais das variáveis endógenas previstas pelo modelo, isto é, explicar a forma como elas se comportam, se inter-relacionam e qual o resultado gerado por essa relação de causa e efeito. Aplicam-se, então, métodos quantitativos, que demonstram de maneira mais clara e funcional quais efeitos das oscilações das variáveis.

A predição sobre determinados fenômenos sociais fornecida pelos modelos econômicos auxilia os juristas na tomada de decisões jurídicas racionais, já que se saberá, ao fim, qual a consequência da aplicação ou edição de determinada norma jurídica sobre a sociedade, possibilitando aferir se o resultado social almejado será ou não concretizado.

Todavia, a utilização do raciocínio matemático para a explicação de fenômenos sociais pressupõe algumas constatações e precauções, que devem ser adotadas para se garantir uma análise funcional.

A primeira constatação é, como visto acima, a redução do número de variáveis utilizadas para explicar o fenômeno posto em questão, que torna matematizável a sua explicação.

A segunda constatação é a utilização da Lei dos Grandes Números, segundo a qual “a dispersão e a diversidade dos comportamentos, atos e fatos relativos a indivíduos isoladamente considerados ou a pequenos grupos tendem a se reduzir drasticamente quando vistos em seu contexto global”³¹. Fenômenos como os

³¹ NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 70-71

nascimentos, as mortes, a abertura e o fechamento de empresas, as importações e exportações, movimentos da bolsa de valores, dentre outros, tendem a apresentar suas variações com uniformidade ao longo do tempo e quando analisados em face um de um largo espectro da sociedade. Assim, mesmo que se possa perceber uma ou outra reação imprevisível ou discrepante da tendência de movimento destes fenômenos, tais situações não irão representar a regra do comportamento humano.

Portanto, a análise matemática terá validade científica quando as variações nos fenômenos objetos de estudo dos modelos apresentarem relevância estatística, no sentido que o seu movimento na sociedade como um todo, ou em parte dela, se altera de forma constante ou significativa. Daí que Fábio Nusdeo conclui uma máxima que diz ser aplicável a qualquer ciência social: “não é possível raciocinar com exemplos, mas apenas com estatísticas”³².

Neste sentido, é a partir da Lei dos Grandes Números que é possível detectar tendências e estabelecer probabilidades, de forma a isolar os casos fortuitos ou os simplesmente irrelevantes da análise científica, garantindo o caráter preditivo e sugestivo da aplicação da metodologia dos modelos econômicos.

A terceira constatação sobre o uso do raciocínio matemático para a explicação de fenômenos sociais decorre da vantagem garantida pelo tratamento estatístico de permitir o teste da realidade, como forma de conceder autoexplicação e autoafirmação ao modelo, i.e., o poder de explicar e afirmar a ele mesmo. Exemplo ilustrativo de tal assunção é de uma terapia médica, que mesmo perfeita na teoria, somente poderá ser comprovada como eficaz a partir do gráfico estatístico da cura obtida pelo seu emprego.

No campo do Direito, em especial nos países anglo-saxões, onde prevalece o sistema de *common law*, estuda-se muito os *leading cases* (ou, na formulação adotada pelo ordenamento pátrio, os precedentes vinculantes), casos de notória relevância jurídica e que servirão de paradigma para decisões futuras. O estudo dos *leading cases* fornece, no campo da Ciência Jurídica, probabilidade estatística de que milhares de decisões proferidas posteriormente serão decididas de igual forma, firmando a jurisprudência sobre a matéria, de forma que tais casos ganham grande importância para a formulação de modelos na Ciência Jurídica³³.

³² NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 71

³³ *Ibidem*, p. 72

Por fim, a quarta constatação sobre o uso do tratamento matemático na metodologia dos modelos é a concessão de maior rigor científico para o raciocínio, dado o maior destaque que recebem as relações de causa e efeito através do raciocínio matemático, que muitas vezes não é alcançada através da pura e simples retórica verbal. Ressalte-se todavia, que a Matemática não torna constatações em verdades absolutas, mas torna evidente as falhas ou inconsistências do raciocínio³⁴.

Conforme explicado anteriormente, no presente trabalho se buscará utilizar da Análise Econômica do Direito para se aferir qual norma, se a nacional – o Código Civil Brasileiro – ou a internacional – Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – possui maior eficiência econômica.

Demonstrada, então, a evidente imbricação do Direito e a Economia, com a fundamentação sobre o arcabouço científico da Ciência Econômica e sua racionalidade primordial, passaremos a análise das normas de eficiência econômica, a fim de elucidar como se desenvolvem os instrumentos de eficiência econômica e como se aplicam aos fenômenos sociais, em especial aos contratos de compra e venda (internacionais) de mercadorias, objetos de estudo final deste trabalho.

2.2 INSTRUMENTOS DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA

Em termos gerais, a eficiência econômica é entendida como uma situação em que recursos são alocados de forma que seu valor é maximizado³⁵. Para os fins deste trabalho consideraremos eficiência econômica, portanto, como uma situação em que uma transação permitiu que um bem fosse transferido de uma pessoa que o valorizasse menos, para uma pessoa que o valorizasse mais, como forma de gerar riqueza na sociedade, pelo acréscimo de valor subjetivo dado àquele bem³⁶. Desta forma, os contratos serão instrumentos de criação de riqueza na sociedade³⁷.

Ora, nada mais lógico do que imaginar que os indivíduos trocaram os bens que possuem (dentre eles, dinheiro) pelos bens que desejam, à medida em que mais valorizem os bens que desejam. Quando a transação ocorrer, haverá aumento no

³⁴ NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 72

³⁵ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986

³⁶ Neste sentido, desconsideraremos, assim, a eficiência produtiva, já que o objeto de estudo deste trabalho são os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

³⁷ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 161

valor agregado da sociedade, pois após a transação o valor subjetivo dado ao bem aumentará, de forma a produzir um acréscimo de riqueza na sociedade (e para o indivíduo também).

A situação hipotética proposta por Luciano Benetti Timm e João Guarisse³⁸, em artigo dedicado ao tema, ilustra com precisão o pano de fundo por trás da ideia de eficiência econômica.

Imaginemos que uma pessoa B possui um produto (P), que avalia como tendo o valor de 100 unidades (com base no nível de utilidade que P tem para B). A pessoa A, por sua vez, avalia este produto P em 200 unidades (com base no nível de utilidade que P tem para A). Numa situação ideal, a transação ocorrerá por um valor entre 100 unidades (mínimo que B se dispõe a receber pelo bem) e 200 unidades (máximo que A se dispõe a pagar pelo bem).

Digamos, neste sentido, que a venda tenha ocorrido por 150 unidades. Antes da venda, A possuía 150 unidades em dinheiro e B possuía 100 unidades (o valor que estimava para P). Após a venda, A possui 200 unidades (o valor que P possui para ele), enquanto B possui 150 unidades em dinheiro. Para avaliarmos a variação de riqueza gerada pela transação, precisamos comparar os cenários de antes e depois de a transação ter ocorrido. A riqueza total que existia na sociedade antes da transação (se considerarmos apenas A e B) era de 250 unidades (100 unidades de B e 150 unidades de A). Após a transação, a riqueza total da sociedade é de 350 unidades (150 unidades de B e 200 unidades de A), demonstrando um aumento de riqueza de 100 unidades (não por acaso a diferença entre as avaliações das partes a respeito do bem, como veremos a seguir).

O aumento de riqueza gerado na sociedade é chamado também de excedente econômico. Toda vez que uma transação tiver excedente econômico maior que zero, se dirá que a transação foi eficiente³⁹.

Do exemplo trazido acima, percebe-se que toda vez que a transação ocorrer, independentemente do valor da venda (desde que ocorra entre 100 unidades e 200 unidades), o contrato será eficiente e o excedente econômico será igual a 100 unidades.

³⁸ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 161-163

³⁹ *Ibidem*, p. 161

A tabela abaixo demonstra o ganho de cada parte de acordo com diferentes preços do produto, bem como a constatação de que o excedente econômico sempre será igual a 100 unidades, caso a transação ocorra por um valor entre 100 e 200 unidades.

Valor do Bem	Ganho de A	Ganho de B	Excedente Total
120 unidades	$200 - 120 = 80u$	$120 - 100 = 20u$	$80 + 20 = 100u$
145 unidades	$200 - 145 = 55u$	$145 - 100 = 45u$	$55 + 45 = 100u$
180 unidades	$200 - 180 = 20u$	$180 - 100 = 80u$	$20 + 80 = 100u$

Tabela 01 – Distribuição do excedente total entre as partes⁴⁰

Entretanto, se a transação não ocorrer, o excedente econômico será igual a zero e não ocorrerá geração de riqueza na sociedade. Nesta situação, o resultado não será eficiente.

Duas conclusões extraem-se das constatações anteriores. A primeira, é que as condições institucionais devem criar um ambiente favorável para que as transações ocorram dentro do valor estimado pelas partes para determinado bem (no exemplo citado, por um valor de P entre 100 unidades e 200 unidades), a fim de que seja gerado riqueza na sociedade. Como veremos a seguir, alguns fatores interferem para que a transação não ocorra dentro do valor que as partes avaliam para o bem, o que poderá tornar a transação ineficiente.

A segunda, é que o excedente econômico é o valor que será dividido entre as partes, como o proveito tirado pela transação realizada. Assim, o comprador tentará adquirir o produto por um preço menor, para que obtenha uma maior porção do excedente econômico, da mesma forma que o vendedor tentará repassar o produto por um preço maior. No final, se tornará uma distribuição equitativa do excedente econômico, possibilitado pelo poder de barganha exercido por cada parte (dentro outros fatores, melhor abordados nas linhas abaixo), que determinará quem ficará com a maior parte do proveito econômico da transação⁴¹.

⁴⁰ Na tabela, o ganho de A é representado pelo valor que ele avalia o bem, subtraído do valor pago para aquisição do produto, representando o acréscimo de valor percebido por A na transação. O ganho de B, por sua vez, é representado pelo valor recebido pelo bem, subtraído do valor que ele avalia o bem, também demonstrando o acréscimo de valor percebido por B na transação.

⁴¹ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 162

A situação ilustrada acima é denominada de melhoria de Pareto, na medida em que levam os bens para aqueles que mais os valorizam. Uma transação será dita pareto-eficiente quando a troca de recurso por ela operada: i) deixar pelo menos um indivíduo em melhor situação; e ii) não deixar nenhum indivíduo em pior situação⁴².

A eficiência econômica nas transações pode ganhar contornos mais complexos, à medida em que desenvolvemos análises para observar as variações nas alocações dos bens na sociedade, na curva para encontrar o ponto ótimo da alocação dos recursos e o equilíbrio geral da economia.

Vejamos a hipótese proposta por Nicholas Mercurio e Steven Medema⁴³ para elucidar a questão.

Novamente, imaginemos as partes A e B, bem como dois bens, que desta vez chamaremos de X e Y, os quais as partes entendem ser substitutos imperfeitos um em relação ao outro (em que pese a análise possa se repetir para qualquer número de partes e bens).

Quatro axiomas determinam o comportamento das partes nas suas relações comerciais: a) completude: ou uma parte prefere um conjunto de X e Y – conjunto R – a um diferente conjunto de X e Y – conjunto S –, ou prefere o conjunto S ao conjunto R ou é indiferente em possuir o conjunto S ou conjunto R; b) transitividade: uma pessoa que prefere o conjunto R ao conjunto S, e o conjunto S ao conjunto T, irá preferir o conjunto R ao conjunto T; c) dominância: considerando o conjunto S com uma quantidade específica de X e Y, se o conjunto R possuir maior quantidade de X sem perder uma unidade sequer de Y (ou possuir maior quantidade de Y sem perder uma unidade sequer de X), então uma parte irá preferir possuir o conjunto R ao conjunto S; d) solipsismo: o ranking da preferência de uma parte acerca dos conjuntos que prefere é definido pelo conjunto de bens que esta parte consome, não sendo influenciada pela forma como os bens estão alocados nos outros indivíduos.

Considerando estes quatro axiomas, a relação entre a quantidade de bens X e Y consumidos e o nível de utilidade destes bens para uma parte pode ser descrito por uma família de curvas de indiferença. Uma curva de indiferença é definida como um conjunto de pontos (lugar geométrico) que demonstra as combinações de X e Y

⁴² TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 164

⁴³ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 25-31

(conjuntos R, S, T e assim por diante) que proporcionam o mesmo nível de utilidade para uma parte⁴⁴.

A família de curvas de indiferença de determinado indivíduo, descreve maiores níveis de utilidade à medida que se move à curva para o nordeste do gráfico (axioma da dominância). Assim, no gráfico abaixo, I₃ é associado a um maior nível de utilidade do que I₂, que por sua vez é associado a um maior nível de utilidade do que I₁.

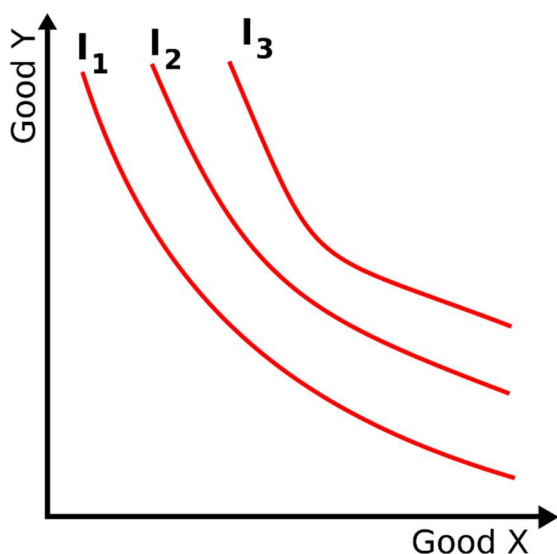


Gráfico 01 – representação gráfica das curvas de indiferença

Todas as curvas de indiferença têm inclinação negativa, não se intersectam, são matematicamente densas e são convexas ao eixo. A propriedade da convexidade da curva de indiferença é um corolário direto do princípio diminuição da taxa marginal de substituição. A taxa marginal de substituição do bem X pelo bem Y (no original, *marginal rate of substitution – MRS_{of X for Y}*) mensura o número de unidades de Y que um indivíduo está, subjetivamente, disposto a abrir mão para adquirir outra unidade de X, a fim de manter um nível constante de satisfação ou utilidade.

A curva de indiferença de um indivíduo sobre dois bens que são substitutos imperfeitos entre si é convexa em relação ao eixo porque, ao passo em que o indivíduo adquire mais unidades de X (iniciando em um ponto como M no gráfico 02, descendo ao longo da curva de indiferença), o indivíduo estará disposto a abrir mão de cada vez menos unidades de Y para obter uma unidade adicional de X, mantendo o mesmo

⁴⁴ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 26

nível de utilidade. Isto é, ao passo em que a parte move em direção a N, estará cada vez mais relutante ceder uma unidade de Y para adquirir uma unidade adicional de X.

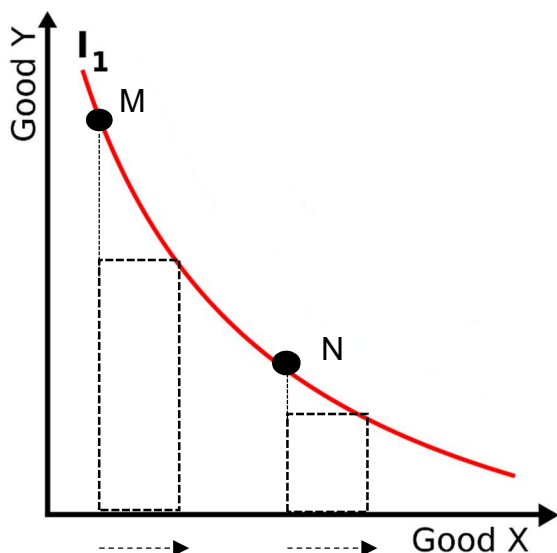


Gráfico 02 – movimento na curva de indiferença

A taxa marginal de substituição do indivíduo sobre o bem X pelo bem Y ($MRS_{of X for Y}$), então, será dada pela inclinação de uma linha tangente a qualquer ponto na curva de indiferença. A medida em que se move na curva de indiferença em direção a N, a inclinação da linha tangente se torna cada vez menor (em termos absolutos), de forma que a convexidade da curva de indiferença é a manifestação gráfica do princípio da diminuição da taxa marginal de substituição.

Considerando que existem quantidades específicas dos bens X e Y na economia, podemos analisar as operações de permuta dos bens na economia. As quantidades existentes dos bens X e Y irão determinar as dimensões do gráfico 03, e os pontos dentro do gráfico ilustram todas as possíveis alocações de X e Y entre as pessoas A e B. A este gráfico é dado nome de Edgeworth Box⁴⁵.

A família de curvas de indiferença de B é rotacionada de forma que seu eixo fique posicionado no canto noroeste da caixa (0b). Consequentemente, para B, haverá incremento de utilidade toda vez que mover em direção ao sudoeste. O eixo da família das curvas de indiferença de A é mantido no sentido original, no canto sudoeste, de

⁴⁵ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 27

forma que, para A, haverá incremento de utilidade a medida em que se passa para uma curva de indiferença que esteja mais a nordeste do eixo.

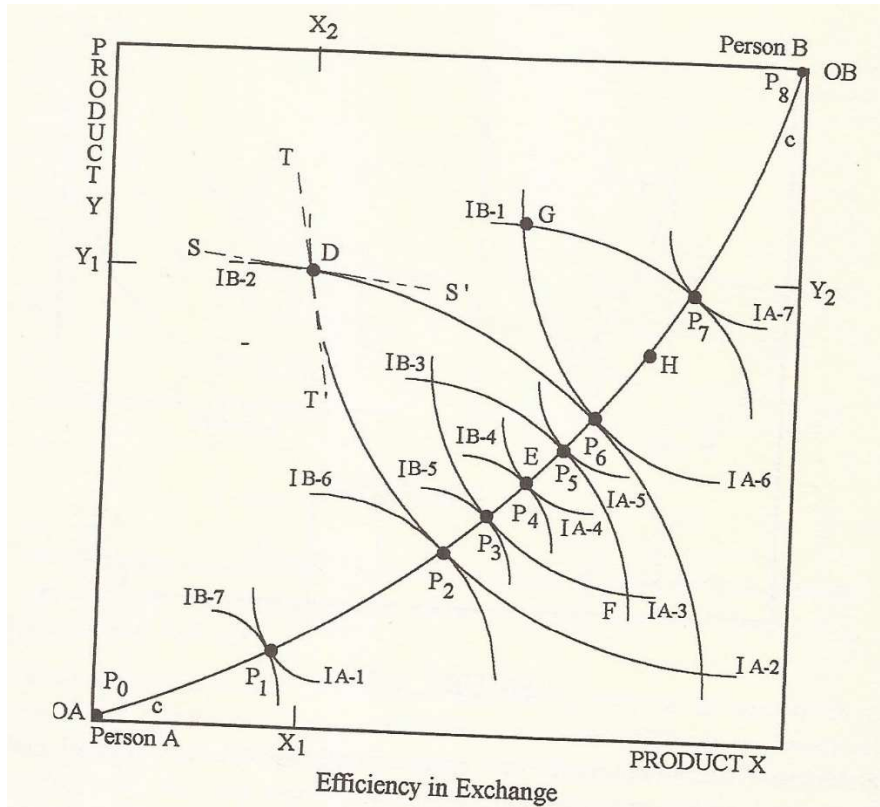


Gráfico 03 – Edgeworth Box⁴⁶

Os indivíduos A e B possuem, cada um, determinada quantidade inicial dos bens X e Y, conforme demonstrado no ponto D. Logo, A inicia com X1 e Y1 (com muita quantidade de Y em comparação com X), o que coloca A na curva de indiferença IA-2. Igualmente, B inicia com X2 e Y2 (muita quantidade de X em comparação com Y), o que coloca B na curva de indiferença IB-2. Considerando estas alocações iniciais, podemos perceber que A irá preferir todos os pontos à nordeste de IA-2 (já que ficam em maiores curvas de indiferença e, portanto, deixam A em melhor situação) e, por razões similares, B prefere todos os pontos à sudoeste de IB-2. É cristalino, então, que do ponto D, ganhos potenciais com as transações existem. Graficamente, a região onde existe este potencial de ganho é chamada de lentes de transação (no original, *trading lens*) – a região em formato de lente demarcada pelas duas curvas de indiferença IA-2 e IB-2, que passam por D.

⁴⁶ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 28

Qualquer ponto na área dentro da lente torna ambos A e B em melhor situação do que estavam no ponto D. Logo, em um modelo de transações puro, os indivíduos iram achar vantajoso trocar X por Y e Y por X para aumentar os seus respectivos níveis de utilidade. Os indivíduos A e B poderão contratar e recontratar - transacionando X por Y e Y por X, respectivamente e, no processo, continuamente se posicionando em melhores níveis de utilidade – movendo-se de D para F e, finalmente, alcançando E, ponto em que não existirá nenhum ganho se futuras transações ocorrerem.

O motivo para a constante e espontânea recontratação entre as partes, no sentido de exaurir os possíveis ganhos das transações comerciais, decorrem das diferentes e subjetivas taxas marginais de substituição do bem X pelo bem Y ($MRS_{of X for Y}$) de A e B no ponto D; i.e., no ponto D, a $MRS_{of X for Y}$ de A é alta (graficamente representado pela linha TT'), indicando que A está disposto a ceder muitas unidades de Y para adquirir uma unidade adicional de X. Alternativamente, em D, a $MRS_{of X for Y}$ de B é baixa, indicando que B está simultaneamente disposto a ceder uma grande quantidade de X para adquirir uma unidade adicional de Y. Dessa situação decorrem os ganhos potenciais das transações. Os indivíduos contratam e recontratam, somente exaurindo os ganhos das transações quando atingem um ponto em que as suas respectivas taxas marginais de substituição se igualam – no gráfico acima, o ponto E.

Comparado a D e considerando a mesma quantidade de X e Y na economia, no ponto E ambos os indivíduos aumentaram seu nível de utilidade consumindo (possuindo, melhor dizendo) diferentes quantidades de X e Y, quando comparado com suas posições iniciais. O indivíduo A está agora no nível de utilidade IA-4 e o indivíduo B no nível de utilidade IB-4. Genericamente, diz-se que no ponto E a economia alcançou o *equilíbrio geral nas transações*, onde não há nenhum incentivo para que outra transação ocorra.

Note-se que neste ponto, a curva de indiferença de A é tangente à curva de indiferença de B, indicando que $MRS_{of X for Y}$ de A = $MRS_{of X for Y}$ de B. Ademais, qualquer movimento que saia do ponto E irá colocar A ou B (ou ambos) em uma curva de indiferença inferior – i.e., irá reduzir o nível de utilidade de um ou de ambos. Neste sentido, é dito que o ponto E é *pareto-ótimo*: não existe nenhum movimento deste ponto que possa tornar um indivíduo melhor sem deixar o outro em uma situação pior.

Todos estes fatores são postos conjuntamente como condições para eficiência nas transações, dispendo que o equilíbrio nas transações será pareto-eficiente se a $MRS_{of X for Y}$ de A = $MRS_{of X for Y}$ de B. Logo, se no ponto E, a taxa marginal de substituição entre cada par dos bens é a mesma para todas as partes consumindo ambos os bens X e Y, a eficiência nas transações é obtida.

Enquanto as alocações iniciais dos bens X e Y refletidas no ponto D levam a um equilíbrio eficiente no ponto E, diferentes alocações dos bens X e Y irão igualmente gerar diferentes lentes de transação e, conseqüentemente, diferentes pontos de equilíbrio negociados pelas partes (como demonstrado graficamente no movimento do ponto G para o ponto H no gráfico acima – gráfico 03).

O conjunto de todos os pontos de tangência entre as curvas de indiferença de A e B (pontos como P0, P1, P2, P3, P4, P5, P6, P7, P8) é demonstrado pela curva cc, denominada de curva de contratação. O ponto de equilíbrio (da transação) na curva de contratação que é por último alcançado, é um produto tanto da forma como os bens estão inicialmente alocados entre A e B, como das respectivas habilidades de barganha das partes.

A curva de contratação é um conjunto *ótimo* no sentido de que, se os indivíduos se localizam em algum ponto que não está na curva de contratação, um ou ambos os indivíduos podem vir a ficar em uma situação melhor, sem que nenhum deles sofra qualquer perda, meramente transacionando os bens entre si e se movendo para um ponto na curva de contratação.

Logo, conceitualmente, um movimento de fora da curva de contratação para um ponto que está na curva de contratação promove aumento de eficiência. Conseqüentemente, uma vez localizados em um ponto na curva de contratação, qualquer movimento a partir daquele ponto irá diminuir a utilidade das partes somada. Se o movimento for ao longo da curva de contratação, irá resultar em um benefício para uma parte em detrimento da outra; alternativamente, se o movimento for para fora da curva de contratação, o nível de utilidade de ambas as partes irá diminuir.

Estar em um ponto localizado na curva de contratação – alcançando o equilíbrio nas transações – constitui o que é denominado de *ótima de Pareto*.

Formalmente, a *ótima de Pareto* é um estado onde qualquer mudança tornará pelo menos um indivíduo em pior situação, independentemente se outros indivíduos ficarão em melhor situação em face da transação. Alternativamente, uma economia não estará em um estado de *ótima de Pareto* se existir uma transação em potencial

que deixará um indivíduo em melhor situação, sem deixar nenhum outro em pior situação. Consequentemente, todo resultado que é representado por um ponto na curva de contratação é dito ser pareto-ótimo, sendo a curva de contratação um conjunto de pontos que demonstram a ótima de Pareto⁴⁷.

A partir da ideia de ótima de Pareto, pode-se concluir que um mercado livre, povoado por indivíduos livres, racionais e autointeressados irá levar a um ponto de ótimo social⁴⁸, pois tenderá a aumentar o excedente econômico existente na sociedade, à medida em que os indivíduos transacionam para alcançar um ponto de equilíbrio, onde os níveis de utilidade para os indivíduos foi maximizado, o que somente poderá ser alcançado a partir da livre consciência e racionalidade das partes ao transacionar (o que nem sempre poderá, ou deverá, ser atingido, por razões a serem melhor exploradas nos capítulos que seguem).

2.2.1 Eficiência de Kaldor-Hicks

Não obstante, é amplamente reconhecido que são poucas as situações em que se verifica, na prática, que um indivíduo passou para uma posição melhor, sem que nenhuma outro indivíduo tenha piorado sua posição (como requerem os conceitos de Pareto eficiência), principalmente quando elevamos a análise para um nível macro (verificando os efeitos das transações em terceiros) e aplicamos as formulações para testar a promulgação de uma nova política pública ou uma mudança no sistema legal⁴⁹. Chegou-se a dizer, inclusive, que as condições de pareto-superioridade quase nunca são realmente satisfeitas no mundo real⁵⁰.

Como consequência, propôs-se outra formulação para o conceito de eficiência, denominada de eficiência de Kaldor-Hicks, ou princípio da compensação, ou, ainda, como formulado e popularizado por Richard Posner, maximização da riqueza (no original, *wealth maximization*)⁵¹.

De acordo com o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, a mudança de um estado da economia para outro (ocorrida, por exemplo, pela implementação de uma

⁴⁷ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 30

⁴⁸ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 165

⁴⁹ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Op. Cit.*, 1999, p. 19

⁵⁰ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986, p. 13

⁵¹ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Op. Cit.*, 1999, p. 19

política pública, ou, simplesmente, pela ocorrência de uma transação) que favoreça determinado grupo de indivíduos em detrimento de outros, pode resultar em uma melhoria indiscutível para a sociedade se os favorecidos potencialmente puderem compensar os lesados por esta mudança no estado da economia, de forma que aqueles que foram lesados aceitariam a mudança e os favorecidos ainda assim estariam em uma posição melhor que a anterior, gerando indiscutível aumento de riqueza na sociedade⁵².

Em outras palavras, uma mudança no estado da economia será eficiente se resultar em uma melhoria para os favorecidos maior do que os prejuízos experimentados pelos lesados.

O exercício suscitado por Posner⁵³ (adaptado para as hipóteses anteriormente suscitadas, por meros fins didáticos), é suficiente para compreendermos o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks.

Novamente, digamos que uma pessoa B possui um produto (P), que avalia como tendo o valor de 100 unidades (com base no nível de utilidade que P tem para B). A pessoa A, por sua vez, avalia este produto P em 200 unidades (com base no nível de utilidade que P tem para A). Neste sentido, digamos que a venda tenha ocorrido por 150 unidades (como visto, numa situação ideal, a transação ocorrerá por um valor entre 100 unidades e 200 unidades). Com a transação, se gerou um aumento de riqueza na sociedade de 100 unidades (um aumento de 50 unidades para A e um aumento de 50 unidades para B). Pelo conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, a transação será considerada eficiente se o dano experimentado por um terceiro em face da transação (mudança no estado da economia) for menor do que 100 unidades.

Para explicarmos o conceito de pareto-superioridade, havíamos ignorado os possíveis efeitos econômicos da transação perante terceiros. Entretanto, para que a transação fosse efetivamente pareto-superior, seria necessário que, se houvesse algum dano a uma terceira parte alheia a transação, os contratantes efetivamente compensassem este terceiro pelos danos experimentados⁵⁴.

Para o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, para que a transação seja eficiente em termos econômicos, não é necessário que efetivamente se compense os

⁵² MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 19

⁵³ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986, p. 12

⁵⁴ *Ibidem*, loc. cit.

terceiros lesados pela mudança no estado da economia, mas sim que os favorecidos com a mudança possam, potencialmente, compensá-los⁵⁵ (o que só fará sentido em termos econômicos se os prejuízos experimentados pelos terceiros forem menores que os ganhos dos favorecidos com a mudança no estado da economia).

Sem dúvida, a eficiência de Kaldor-Hicks tem aplicação muito mais clara e direta para se avaliar os efeitos na sociedade (como um todo) decorrentes de uma determinada mudança no sistema legal ou implementação de uma política pública, não tendo aplicação imediata na percepção da eficiência dos contratos; como os conceitos de eficiência de Pareto se baseiam em um modelo de transações puro, moldados a partir da ideia de excedente econômico (que muito se assemelha da ideia de lucro), sua aplicação no campo dos contratos é muito mais clara.

Inclusive, avaliar a eficiência dos remédios aplicáveis para as situações de inadimplemento contratual (tal como propõe o presente estudo, conforme se verá nas linhas a seguir), possui ligação muito maior com um modelo puro de transações, já que se aproximará muito mais dos efeitos econômicos *interpartes* produzidos pelo fato social do inadimplemento, do que os efeitos deste perante terceiros. Não obstante, os conceitos não são excludentes, mas apenas complementares.

E considerando que “quando um economista diz que o livre comércio, ou a concorrência, ou o controle da poluição, ou qualquer outra política pública ou Estado no mundo é eficiente, nove em dez vezes ele quer dizer Kaldor-Hicks eficiente”⁵⁶⁻⁵⁷, se faz necessário explicar o conceito e fixar o entendimento de que, modernamente, o conceito de eficiência adotado é a eficiência de Kaldor-Hicks.

2.3 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DA TEORIA DA EFICIÊNCIA

Não obstante, muito se discutiu acerca da aplicação da teoria da eficiência no Direito, sobre como os conceitos de eficiência poderiam repercutir nas decisões judiciais e se efetivamente os conceitos de eficiência são teorias que serviria como parâmetro para o critério de justiça.

⁵⁵ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986, p. 13

⁵⁶ *Ibidem*, loc. cit.

⁵⁷ Tradução livre. No original: “When an economist says that free trade or competition or the control of pollution or some other policy or state of the world is efficient, nine times out of ten he means Kaldor-Hicks efficient”.

Com o nobre objetivo de reduzir o subjetivismo do que seria “justo” dentro de uma sociedade e que por fim serviria como guisa para que juízes decidissem, Richard Posner propôs a adoção dos critérios de eficiência como baliza e norte nos julgamentos judiciais. A proposta de Posner, de utilizar os critérios de eficiência de Kaldor-Hicks (o qual denominou de maximização da riqueza social, como explicado anteriormente), visava garantir que as decisões judiciais levassem sempre à sociedade a um ponto melhor do que estava anteriormente, sob o critério de eficiência econômica.

Em seu livro base, *Economic Analysis of Law*⁵⁸, Posner formula a sua proposta de adoção dos conceitos de eficiência como critério válido na aplicação do Direito. Posner propõe em seu livro que, embora a teoria da eficiência aplicada ao Direito não proponha que toda doutrina legal (teorias e regras adotadas pelas legislações) ou decisão tem que ser eficiente, “o Direito é melhor (mas não perfeitamente) explicado como um sistema para a maximização da riqueza da sociedade”⁵⁹, de forma que os conceitos de eficiência deveriam ser aplicados às decisões judiciais e para a formulação das doutrinas legais.

Ora, reconhecendo-se as decisões judiciais, e a própria lei, como uma estrutura de incentivos para que os indivíduos ajam de determinada forma ou de outra, e que as diferentes formas de agir dos indivíduos representarão impactos econômicos na sociedade (com as diferentes formas de agir representando diferentes custos sociais, como já explicado anteriormente), não seria possível ignorar as consequências futuras de determinada decisão judicial ou promulgação de doutrina legal.

Segundo Posner, partir do momento em que se amplia o marco referencial de uma decisão judicial, os significados de justiça e equidade assumiriam sentidos maiores, do que simplesmente o que seria justo para a resolução de um conflito bilateral. A resolução do conflito passaria a assumir contornos sobre o que seria um resultado justo para uma determinada classe de atividades, desvinculadas dos sujeitos que deram causa ao litígio, não podendo serem resolvidas sem se avaliar abordagens alternativas e os respectivos custos que delas decorrem (ou incentivos que são reforçados), para então se chegar efetivamente à decisão final⁶⁰.

⁵⁸ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986, p. 21

⁵⁹ Tradução livre. No original: “the common law is best (not perfectly) explained as a system for maximizing the wealth of society”

⁶⁰ POSNER, Richard. *Op. Cit.*, 1986, p. 22

Já no artigo *The Ethical and Political Basis of The Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, Posner sustenta os argumentos sobre a ética da aplicação da teoria da eficiência ao Direito, especialmente quanto a maximização de riqueza da sociedade como baliza para as decisões judiciais.

O principal argumento ético lançado por Posner é de que a maximização da riqueza da sociedade encontra suporte no princípio do consentimento⁶¹. A defesa de Posner sobre a abordagem da maximização da riqueza da sociedade como um valor aplicável à teoria jurídica não tem como referência, alegadamente, uma premissa utilitarista, mas sim pela noção de consentimento denominada de compensação *ex ante*, que autorizaria a tomada de decisões jurídicas de forma a maximizar a riqueza da sociedade, incorporando este valor ao sentido de justo.

A ideia proposta por Posner, para sustentar eticamente a eficiência de Kaldor-Hicks, é de que as perdas sofridas pelas partes afetadas por uma decisão jurídica que visa a maximização da riqueza da sociedade, já foram compensados *ex ante* pelos próprios benefícios que tal decisão jurídica propicia ao indivíduo captar na sociedade (mesmo que o indivíduo não venha efetivamente a obtê-los). Posner sustenta, então, que as instituições sociais que têm por finalidade maximizar a riqueza da sociedade (o que implicará, em determinado momento, que alguns indivíduos sofram perdas mas não sejam efetivamente compensados, segundo o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, já explicado), não seriam inconsistentes com um sistema ético que se baseia em premissas de consentimento, mesmo sem concederem compensação *ex post* em contrapartida⁶².

Posner argumentou, ainda, que a indisponibilidade de um método prático para se verificar o consentimento expresso (não tanto para transações de mercados individuais – em que pese até mesmo nas transações de mercado individuais o consentimento dos terceiros afetados pela transação não podem efetivamente ser verificados – mas especialmente para as instituições em geral, como a adoção de uma doutrina jurídica baseada em um sistema de negligências ou até mesmo a adoção de um sistema de livre mercado), não invalidam o argumento do consentimento como fundamento ético para a teoria da eficiência⁶³.

⁶¹ POSNER, Richard. *The Ethical and Political Basis of The Efficiency Norm in Common Law Adjudication* in: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles. **Law, Economics and Philosophy: A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts**. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983, p. 82

⁶² *Ibidem*, p. 85-88

⁶³ *Ibidem*, p. 88

Se não existe um mecanismo apto a verificar o consentimento expresso dos terceiros afetados, dever-se-ia procurar pela existência de um consentimento implícito, ao se tentar responder à pergunta hipotética de que, se os custos de transação fossem zero, os terceiros afetados teriam concordado com a implantação de determinado instituto, reafirmando que o consentimento implícito é uma forma relevante de consentimento⁶⁴.

Posner afirma, então, que “o sistema de maximização de riqueza da sociedade consiste em instituições que facilitam as operações em um livre mercado, de forma a maximizar comportamentos que buscam aumentar de forma autônoma suas utilidades individuais”⁶⁵⁻⁶⁶. Como esse tipo de comportamento requer induzir outros indivíduos a entrarem em transações voluntárias, a riqueza é automaticamente transferida para aqueles que possuem ativos produtivos, sejam esses ativos tempo ou bens. Desta forma, aqueles que não possuem ativos produtivos, não teriam nenhuma objeção ética sobre os ativos dos outros. Estas proposições seriam consistentes com os princípios da autonomia e do consentimento, principalmente sobre o aspecto de diminuição da coercitividade⁶⁷.

Concluiu-se o raciocínio, então, afirmando que “embora exista a possibilidade teórica de a teoria da eficiência implicar em monstruosas alocações de direitos em uma sociedade, é difícil dar exemplos de como tal situação efetivamente viria a ocorrer, de forma que é possível deduzir uma estrutura de direitos congruente com as instituições éticas da sociedade a partir de uma premissa de maximização da riqueza”⁶⁸⁻⁶⁹.

Entretanto, as proposições de Posner encontraram sérias objeções no meio jurídico. A principal delas foi formulada por Ronald Dworkin, em um celebre artigo chamado *Why Efficiency?*

⁶⁴ POSNER, Richard. The Ethical and Political Basis of The Efficiency Norm in Common Law Adjudication *in*: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles. **Law, Economics and Philosophy: A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts**. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983, p. 88

⁶⁵ *Ibidem*, p. 91

⁶⁶ Tradução livre. No original: The system of wealth maximization consists of institutions that facilitate, or where there is infeasible approximate, the operations of a free market and thus maximize autonomous, utility-seeking behavior.

⁶⁷ POSNER, Richard. *Op. Cit.*, 1983, p. 91

⁶⁸ *Ibidem*, p. 96

⁶⁹ Tradução livre. No original: Thus, while the theoretical possibility exists that efficiency might dictate slavery or some other monstrous right assignments, it is difficult to give examples where this would actually happen. I conclude that is possible to deduce a structure of rights congruent with our ethical institutions from the wealth-maximization premise

A crítica formulada por Dworkin se inicia avaliando o argumento do consentimento proposto por Posner. Dworkin propõe, então, que consentimento seria diferente de interesse próprio, afirmando que “o fato de ser do próprio interesse do indivíduo em ter consentido com algo, algumas vezes evidencia o próprio consentimento dele, se a questão do consentimento por alguma razão está em cheque, mas apenas evidencia: o fato de ser do próprio interesse do indivíduo de nenhuma forma constitui um consentimento real”⁷⁰⁻⁷¹, claramente contrapondo-se ao argumento de Posner sobre o consentimento implícito dos indivíduos sobre a maximização da riqueza da sociedade como uma norma ética.

Dworkin sugeriu, ainda, que “Posner pode ter misturado interesse e consentimento porque confundiu consentimento mais genericamente com o significado de equidade”⁷²⁻⁷³. De fato, Dworkin rechaça os argumentos de consentimento apresentados por Posner, reafirmando que a teoria proposta pelo professor da *University of Chicago* se funda em ideais meramente utilitaristas⁷⁴.

Não obstante, nas críticas formuladas acerca da teoria da eficiência e a maximização da riqueza na sociedade, Dworkin vai além, formulando que as normas jurídicas deveriam apresentar, intrinsecamente, critérios de justiça, independentemente da existência de consentimento prévio. Se, por acaso, a norma que apresente maiores critérios de justiça é aquela que propicia a maximização da riqueza da sociedade (é eficiente), então a teoria da eficiência estaria moralmente justificada⁷⁵.

A proposta de Dworkin, efetivamente, é que a adoção de novas normas jurídicas (ou instituições em geral) deve seguir critérios de justiça, ao invés de apenas tomar como guia uma *forward-looking legislation*, que se baseia em um princípio de

⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *Why Efficiency?* in: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles. **Law, Economics and Philosophy: A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts**. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983, p. 124

⁷¹ Tradução livre. No original: the fact that it would have been in my self-interest to have consented to something is sometimes evidence that I did in fact consent, if the question of whether I did actually consent is for some reason in doubt. But only evidence: the fact of self-interest, of course, in no way constitutes an actual consent.

⁷² DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, 1983, p. 127

⁷³ Tradução livre. No original: Posner may have conflated interest and consent because he has conflated consent more generally with the grounds of fairness.

⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *Op. Cit.*, 1983, p. 133-134

⁷⁵ *Ibidem*, p. 140

prévio e implícito consentimento seriamente contestável⁷⁶. Para Dworkin, “o argumento da justiça deve se sustentar por si mesmo”⁷⁷⁻⁷⁸.

Com efeito, as críticas do falecido professor da *New York University* e da *University College London* nos parecem necessárias, de forma que as comentaremos melhor na conclusão deste tópico.

Diante da controvérsia surgida entre dois grandes nomes do direito norte-americano, acerca de temas tão caros como os relatados acima, Guido Calabresi, outro nome expoente da análise econômica do direito, publicou o artigo *An Exchange About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin*.

Em seu artigo, Calabresi parece concordar com as críticas de Dworkin acerca do papel da teoria da eficiência para a construção de uma sociedade “justa”⁷⁹. Calabresi aponta dois argumentos suscitados por Dworkin que, para ele, seriam dificilmente contestáveis⁸⁰.

O primeiro deles seria de que, sem marcos de referência iniciais, seria difícil dar qualquer significado do que seria o significado do termo “aumento de riqueza”, reconhecendo que o que é visto como riqueza depende dos desejos individuais de cada um, desejos estes que dependerão, por sua vez, da riqueza que cada um possui inicialmente⁸¹.

De acordo com Calabresi, “já que riqueza inclui necessariamente, neste sentido, se um indivíduo se inicia em ponto de vantagem ou de desvantagem por possuir determinada característica na sociedade, é difícil saber o significado de

⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *Why Efficiency?* in: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles. **Law, Economics and Philosophy: A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts**. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983, p. 139

⁷⁷ *Ibidem*, p. 127

⁷⁸ Tradução livre. No original: The argument of fairness must stand on its own

⁷⁹ CALABRESI, Guido. **An Exchange About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin**. Yale Law School Legal Scholarship Repository: Faculty Scholarship Series. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1994&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 07 de nov. 2018.

⁸⁰ Os argumentos citados por Calabresi não necessariamente estão no artigo publicado por Dworkin *Why Efficiency?*, abordado diretamente neste trabalho, mas também em outros artigos do professor da New York University, como o artigo *Is Wealth a Value?*, não abordado diretamente no texto. Calabresi busca argumentos suscitados por Dworkin e por Posner em diversas de suas obras, de forma a manifestar sua própria opinião sobre a matéria, fundamentando-se nos argumentos que julgou mais relevantes.

⁸¹ CALABRESI, Guido. *Op. Cit.*. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1994&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 07 de nov. 2018.

maximização da riqueza na sociedade é uma coisa boa”⁸²⁻⁸³. Calabresi conclui o argumento afirmando que um desejo por um aumento na riqueza não seria um marco de referência inicial relevante, pois o sentido de riqueza (e, portanto, o sentido de desejo por um aumento na riqueza) continua extremamente abstrato⁸⁴.

O segundo argumento apresentado por Calabresi, também segundo ponto de convergência entre o seu pensamento e o de Dworkin (e o que nos parece mais relevante), é de que mesmo que se tenham marcos de referência iniciais, seria difícil perceber como um incremento de riqueza constitui uma melhora na sociedade sem estar atrelada a outro objetivo, como utilidade ou igualdade⁸⁵⁻⁸⁶.

Efetivamente, Calabresi entende que uma mudança eficiente seria meramente instrumental, de forma que precisaria estar atrelada a alguma conta do que sobre para que serviria essa instrumentalidade, antes de poder ser efetivamente avaliada⁸⁷.

Para Calabresi, o instrumentário proposto pela teoria da eficiência (e o conceito de maximização da riqueza da sociedade) serviria unicamente ao valor da utilidade, deixando à deriva muitos outros valores que devem ser considerados em uma sociedade. Desta forma, para Calabresi, outros instrumentários devem ser utilizados na análise econômica do direito, que chegassem a outras conclusões e refletissem melhor outros valores sociais, como a igualdade⁸⁸.

Calabresi, então, conclui o raciocínio que uma linguagem de justiça é uma linguagem diferente de eficiência e de distribuição de riqueza, que apenas seriam

⁸² CALABRESI, Guido. **An Exchange About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin**. Yale Law School Legal Scholarship Repository: Faculty Scholarship Series. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1994&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 07 de nov. 2018

⁸³ Tradução livre. No original: Since wealth necessarily, in this sense, includes whether one starts off advantaged or disadvantaged by having a specific characteristic (like brains, kidneys, or batting skill) in that society, it is hard to know what to make of a statement that maximizing wealth is a good thing

⁸⁴ CALABRESI, Guido. *Op. Cit.* Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1994&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 07 de nov. 2018.

⁸⁵ *Ibidem*

⁸⁶ Tradução livre. No original: even with a starting point it is hard to see how an increase in wealth constitutes an improvement in a society unless it furthers some other goal, like utility or equality.

⁸⁷ CALABRESI, Guido. *Op. Cit.* Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1994&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 07 de nov. 2018.

⁸⁸ *Ibidem*

componentes do sentido de justiça, de forma que somente se gera confusão no momento em que se propõe trocar justiça por eficiência⁸⁹.

Os pontos e contrapontos que acima tentamos demonstrar pela análise dos textos de grandes autores do direito norte-americano representam o que se convencionou chamar de correntes radical e moderada da análise econômica do direito.

De um lado, as ideias iniciais de Posner acerca do papel da teoria da eficiência, formam a chamada corrente radical da análise econômica do direito. Do outro lado, não diametralmente oposto, mas apenas com maior parcimônia quanto ao papel da teoria da eficiência na análise econômica do direito, tem-se a corrente moderada, decorrentes das críticas de Dworkin ao trabalho de Posner, as quais Calabresi ratificou, ainda que em seus próprios termos.

Uma passagem muito interessante do texto de Calabresi representa bem a posição da corrente moderada: “Um *blend* apropriado de eficiência e distribuição de riqueza é altamente instrumental para, e estreitamente correlacionado com, alcançar o que muitos diriam ser uma sociedade justa”⁹⁰⁻⁹¹.

Sem dúvida, o debate acerca da teoria da eficiência rendeu muitas (devidas) linhas de artigos jurídicos, travado por grandes autores da Ciência do Direito, como Posner, Calabresi e Dworkin, retratados acima, bem como por outros da comunidade jurídica, não tão emblemáticos como os nomes citados anteriormente, mas que sem dúvida igualmente contribuíram para o debate.

Ao nosso ver, a proposta da corrente moderada efetivamente possui contornos que melhor se adequam aos efeitos da aplicação da teoria da eficiência à realidade social subjacente à discussão.

O argumento de que a maximização da riqueza da sociedade deve sempre estar atrelada a algum outro valor ético, para que a teoria da eficiência possa se sustentar, como introduzido por Calabresi, nos parece apontar para garantias de que

⁸⁹ CALABRESI, Guido. **An Exchange About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin.** Yale Law School Legal Scholarship Repository: Faculty Scholarship Series. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1994&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 07 de nov. 2018

⁹⁰ *Ibidem*

⁹¹ Tradução livre. No original: an appropriate blend of efficiency and distribution is highly instrumental toward, and closely correlated with, achieving what many would view as a just society

o valor “maximização da riqueza da sociedade” não será utilizado como um fim para justificar os meios.

Muito pelo contrário, a teoria da eficiência (leia-se, a maximização da riqueza da sociedade), conforme mesmo proposto por Calabresi, deve servir como condição de meio para se alcançar a justiça, ao passo em que aliada de outros valores, como a equidade (distribuição de riqueza)⁹².

Nos tempos hodiernos, principalmente no momento em que este trabalho foi escrito, em que a conjuntura política do país, com a recente mudança na situação do Poder Executivo, aponta para um discurso econômico radical como justificativa para a supressão de direitos fundamentais (que nos são tão caros, dada a trajetória histórica do país, muito diferente da história dos conterrâneos ao norte que debateram sobre a matéria), a ressalva acima proposta nos pareceu extremamente necessária. Para além da constatação de que a matéria já foi debatida e resolvida há mais de décadas.

O debate acerca do princípio do consentimento, ainda que admitamos a sua existência em sua forma implícita, também não parece apresentar bases sólidas o suficiente, seja do ponto de vista da lógica formal, seja do ponto de vista ético, que justifique a aplicação da teoria da eficiência como norte e guisa principal na tomada de decisões acerca de normas jurídicas (seja o processo decisório legislativo ou judicial).

Entretanto, as discussões formuladas sobre o papel da maximização da riqueza da sociedade não fazem a teoria da eficiência perder seu valor, mas apenas ressalta a “importância do estudo sobre a relação entre os instrumentos (eficiência, distribuição de riqueza) e o objetivo final da aplicação destes instrumentos”, como proposto por Calabresi⁹³⁻⁹⁴.

Principalmente para os fins que este estudo se propõe, que busca analisar a aplicação dos mecanismos de resolução contratual no âmbito estritamente privado,

⁹² BORGES, Thiago. **Direito e Economia**. Salvador: não publicado, p. 15

⁹³ CALABRESI, Guido. **An Exchange About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin**. Yale Law School Legal Scholarship Repository: Faculty Scholarship Series. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1994&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 07 de nov. 2018.

⁹⁴ Tradução livre. No original: The relationship between the instruments (efficiency, distribution) and the goal (justice) needs to be studied.

em relações bilaterais, a teoria da eficiência se apresenta como instrumental importante para a análise das normas, como será visto no próximo capítulo.

Não obstante, a análise econômica do direito também não se restringe apenas a aplicação dos instrumentais da eficiência, podendo se perceber a aplicação de outros instrumentos da Ciência Econômica para a teoria jurídica, a exemplo: da Teoria dos Custos de Transação e do Custo Social, de Ronald Coase, sucintamente já explicadas no capítulo anterior dada a sua importância para a análise econômica do direito; a Teoria das Instituições, de Douglas North; e a Teoria da Assimetria de Informações, de Stigler e Akerlof, como Luciano Benetti Timm propôs em um debate para além do estudo da eficiência⁹⁵.

Em conclusão, a teoria da eficiência é o ponto de partida para o estudo de outra teoria difundida nos trabalhos sobre análise econômica do direito, a teoria da *efficient breach*, a qual estudaremos no próximo capítulo para caminharmos em direção da resposta à questão que este trabalho procura responder: em termos de eficiência econômica, é melhor adotar como norma aplicável ao contrato o Código Civil pátrio ou a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, nos contratos mercantis internacionais?

⁹⁵ TIMM, Luciano Benetti. A Matriz da Análise Econômica do Direito para Além do Eficientismo *in* ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix. **Estudos de Direito Empresarial: Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100

3 DA ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS E A TEORIA DA *EFFICIENT BREACH*

Aproximando-se do ponto cerne do presente trabalho, necessário abordar temas específicos de análise econômica dos contratos, primeiramente distinguindo porque o presente trabalho mais se aproxima da análise econômica dos contratos do que da análise econômica do direito internacional privado (3.1), já que o recorte relativo à análise de normas específicas aos contratos de compra e venda internacional de mercadoria pode confundir alguns leitores, acerca do seu mapeamento doutrinário.

Após, passaremos a abordar especificamente uma teoria econômica dos contratos (3.2), para, então, estudarmos a teoria da *efficient breach* (3.3), que é um desdobramento da teoria da eficiência com aplicação direta às normas de resolução contratual. Ao final deste capítulo, conclusões parciais são alcançadas (3.4), fixando as deduções que obtivemos através da utilização da teoria da *efficient breach* e as normas de resolução contratual, encerrando a parte do trabalho que se dedica ao estudo da análise econômica do direito.

3.1 DA DIFERENÇA ENTRE A ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Para melhor situar o leitor acerca da controvérsia debatida neste trabalho, necessário distinguir, antes de adentrarmos ao mérito do debate, qual o campo de estudo da análise econômica dos contratos e qual a finalidade da análise econômica do direito internacional privado. Ao passo em que o presente trabalho propõe uma análise econômica dos contratos internacionais mercantis, as linhas divisórias entre os dois campos de estudo podem se tornar tênues, motivando assentar a distinção.

O Direito Internacional Privado pode ser entendido como ramo do direito que estuda as normas aplicáveis a casos jusprivatistas que contenham elemento estrangeiro, buscando soluções para as relações jurídicas de direito privado que gerem efeitos em duas ou mais ordens jurídicas ao mesmo tempo⁹⁶. O Direito Internacional Privado, portanto, compreenderá sobre os conflitos de lei no espaço em

⁹⁶ BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 6

casos envolvendo o direito privado, de forma a estudar as normas que buscam solucionar estes conflitos de leis.

O Direito Internacional Privado distingue-se dos demais ramos do Direito Privado muito por conta das normas que são seu objeto de estudo. Ao passo em que a maioria das normas da ordem jurídica interna são diretas, i.e., preveem fatos (hipóteses de incidência) e apontam soluções ou consequências jurídicas, o Direito Internacional Privado debruça seu estudo sobre as normas indiretas, que determinam a lei aplicável consoante a matéria jurídica do caso jusprivatista que envolva elemento estrangeiro⁹⁷.

Outro conceito importante para o Direito Internacional Privado está na definição de elementos de conexão. O elemento de conexão é justamente o que indica qual o fato ou conceito jurídico que está em conexão com determinada ordem jurídica, de forma a demonstrar qual a maneira mais habilitada de se abordar o caso com elemento estrangeiro⁹⁸.

Desta forma, a análise econômica do direito internacional privado buscará estudar quais seriam os melhores elementos de conexão do ponto de vista econômico, ou seja, quais são aqueles que propiciam um ambiente institucional mais favorável à eficiência econômica⁹⁹.

A análise econômica do direito internacional privado, então, debruçará seus estudos sobre quais são as normas indiretas que favorecem um ambiente institucional econômico propício a gerar relações econômicas eficientes. No caso específico dos contratos internacionais, a questão gira em torno do elemento de conexão mais eficiente para determinar a lei aplicável ao contrato, se seria a *lex fori* (*fórum law*), a *lex loci contractus* ou a *lex voluntatis* (autonomia da vontade)¹⁰⁰.

A análise econômica dos contratos, por sua vez, busca avaliar o significado do contrato na sociedade atual e explicar a racionalidade econômica por trás de cada regra contratual, de forma a defender a ideia de que o direito contratual é essencial para o bom funcionamento da economia¹⁰¹.

⁹⁷ BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 7

⁹⁸ CALIENDO, Paulo. Direito Internacional Privado e Análise Econômica do Direito. In: TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thompson, 2005, p. 207

⁹⁹ *Ibidem*, p. 208

¹⁰⁰ *Ibidem*, pp. 209-213

¹⁰¹ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 160

Partindo do pressuposto que “as regras jurídicas que disciplinam o contrato, de fato, têm o condão de facilitar ou dificultar transações no mercado, beneficiando (ou não) a criação de riqueza na sociedade”¹⁰², a análise econômica dos contratos estudará, então, quais são as regras jurídicas que melhor propiciam a eficiência econômica nas transações, como forma de auxiliar o estudo do direito contratual tanto em um sentido positivo, quanto em um sentido normativo.

Em que pese se reconheça a importância da análise econômica do direito internacional privado, este não é o objeto de estudo deste trabalho.

Como será visto nas linhas que seguem, com a ratificação da CISG pelo Brasil e com a *opt-out clause* prevista no art. 6 da Convenção, os *players* brasileiros passaram a ter opção de efetivamente escolher qual será a lei aplicável aos contratos internacionais para a compra e venda de mercadoria. Tal situação motiva o estudo não sobre qual a forma de determinar a lei aplicável ao contrato, mas sim sobre qual a norma (nacional ou estrangeira) que proverá maior eficiência ao contrato, tendo em vista que a possibilidade de escolha é assente, como será melhor explorado nas linhas abaixo.

Assim, este estudo, por tudo quanto exposto anteriormente, se aproxima muito mais da análise econômica dos contratos, pois se propõe a analisar as normas diretas que estão aptas a regular a relação contratual (tanto as normas previstas pelo Código Civil, quanto as normas previstas na CISG), especificamente quanto as hipóteses de resolução do contrato, a fim de determinar qual a legislação que provê maior eficiência econômica.

Dito isto, necessário trazer à baila alguns pressupostos da teoria econômica dos contratos, para então passarmos a uma análise efetiva sobre a eficiência das regras contratuais, especificamente no que concerne às normas de resolução dos contratos.

3.2 ENSAIOS SOBRE UMA TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS

Nos séculos XIX e XX, essencialmente no direito norte-americano, o direito contratual encontrava fortes fundamentos na chamada teoria da barganha¹⁰³.

¹⁰² TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 160

¹⁰³ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 162

A teoria da barganha dispunha que o Direito deve garantir cumprimento a promessas feitas em uma barganha (negociação). Desta forma, apenas as promessas feitas como parte de um processo de negociação (barganha) seriam exigíveis, aptas a formar um contrato. As promessas seriam classificadas, então, como “barganhas” e “não-barganhas”¹⁰⁴.

Segundo esta teoria, três requisitos devem estar presentes para que um contrato seja validamente formado: oferta, aceite (que possuem na teoria o mesmo sentido que têm ordinariamente) e *consideration*, i.e., aquilo que o promissário usa para induzir o promitente a fazer a promessa¹⁰⁵, sendo este último requisito o que torna o contrato exigível¹⁰⁶.

Pela teoria da barganha, os tribunais deveriam verificar unicamente se uma negociação (com os requisitos acima apontados) se concretizou, sem perquirir se aquela negociação efetivamente foi justa/equânime. Em outras palavras, para que o contrato seja exigível, seria necessário apenas que a *consideration* foi adequada o suficiente para induzir o promitente a fazer a promessa, não sendo cabível a avaliação do tribunal se a barganha feita entre as partes foi justa ou injusta¹⁰⁷.

A teoria da barganha ainda propõe discutir qual o remédio contratual para o descumprimento de uma promessa exigível. Pela teoria, o promissário faz jus ao benefício que lhe foi gerado pela barganha (o benefício que efetivamente esperava receber caso a promessa tivesse sido executada pelo promitente), de forma que a medida dos danos que lhe foram infligidos pelo descumprimento da promessa é chamado de *expectation damages*¹⁰⁸. O remédio contratual previsto pela teoria da barganha é, então, uma recompensa concedida com base no valor que o promissário esperava receber em face do cumprimento da barganha.

A antiga teoria do direito contratual norte-americano, entretanto, não respondia a questões sensíveis e rudimentares do direito contratual, como a convergência de vontade das partes em dar eficácia a determinadas ofertas, quando feitas sem o oferecimento de qualquer contraprestação imediata ou mediata (mesmo quando se

¹⁰⁴ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 162, p. 162

¹⁰⁵ Ideia semelhante encontrada na teoria dos contratos tradicional seria o conceito de contraprestação

¹⁰⁶ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 163

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 164

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 166

percebe convergência de vontade das partes, ou seja, tanto o promissário quanto o promitente desejam que a promessa seja exigível). Por esta razão, a teoria da barganha era taxada como puramente dogmática, de forma a não satisfazer os desejos dos indivíduos afetados pela norma (as partes negociantes, em situações diversas), de maneira que foi superada pelas cortes norte-americanas e, atualmente, é vista como uma teoria “incorreta”¹⁰⁹.

Como forma de superação da teoria da barganha, escritores norte-americanos propuseram a formulação de uma teoria econômica dos contratos, com o intento de que, partindo de fundamentos econômicos, as normas do direito contratual satisfariam melhor os desejos das partes envolvidas.

Em termos gerais, uma teoria econômica dos contratos propõe que a eficiência econômica determina que uma promessa seja exigível se ambos promitente e promissário queriam que a promessa fosse exigível no momento em que foi feita (partindo-se de um referencial de Pareto-eficiência, pois supõe-se que ambas estariam melhor, já que desejam a exigibilidade da promessa após o processo de negociação, sem deixar ninguém em pior situação)¹¹⁰.

A exigibilidade dos contratos (o que consideramos ser o núcleo duro de uma teoria dos contratos, à exemplo da importância do clássico princípio da *pacta sunt servanda*), então, passa a ser explicada através de aspectos econômicos.

O primeiro aspecto econômico percebido pela exigibilidade dos contratos, é a eficiência econômica gerada pela cooperação entre as partes, ao passo em que cumprem as promessas realizadas.

Considerar promessas como exigíveis, efetivamente, ganha importância nos contratos de execução diferida, em que há uma passagem de tempo entre o momento em que a promessa é feita e quando é executada – se a promessa feita por uma das partes (promessa) é cumprida imediatamente, não há importância prática em verificar se a promessa é exigível ou não, já que a promessa já foi cumprida. Esta passagem do tempo gera incertezas e riscos para as partes (principalmente de descumprimento posterior da promessa, de qualquer forma que seja, parcial ou total), que representam efetivos obstáculos para a realização de transações e cooperação entre as partes, que diante de riscos altos não estarão dispostas a entrar no contrato cumprindo com

¹⁰⁹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 167

¹¹⁰ *Ibidem, loc. cit.*

sua parte da barganha. Até mesmo para aquele que cumpre com sua parte do negócio de forma mediata a exigibilidade dos contratos apresenta relevância, pois incentiva a contraparte a finalizar o negócio e cumprir com sua parte da barganha de forma imediata¹¹¹.

O Jogo de Agência¹¹²⁻¹¹³ descreve como as ponderações acima formuladas geram eficiência econômica (no sentido de pareto-eficiência, em que a transação eficiente melhora a situação de pelo menos uma pessoa, sem piorar a de nenhuma outra¹¹⁴). Neste jogo, o primeiro jogador deve decidir se transfere ou não um ativo valioso para o controle do segundo do jogador, a fim de que se desenvolva determinado negócio. O primeiro jogador pode ser um investidor de uma companhia, um consumidor realizando um pagamento adiantado para adquirir um produto (ou qualquer outra transação de compra e venda), o depositário de um banco, o adquirente de uma apólice de seguro, ou uma transportadora de mercadorias, para citar alguns exemplos. Se o primeiro jogador transfere o ativo para o controle do segundo jogador, o segundo jogador deve decidir se irá apropriar ou cooperar. A cooperação gera produtividade, que pode ser o lucro de determinado investimento, o excedente econômico de uma transação ou os juros remuneratórios de um empréstimo. As partes dividem o produto do negócio entre si, de forma que ambas se beneficiam. A apropriação, por outro lado, será redistributiva: significa que o segundo jogador irá ficar para si com o ativo que lhe foi confiado, se beneficiando às custas do primeiro jogador¹¹⁵.

O produto do negócio que será gerado será o mesmo em ambas as situações, apropriar ou cooperar. Para o segundo jogador, das jogadas que lhe são possíveis (cooperar ou apropriar), a melhor jogada seria apropriar, pois ficará com todo o produto do negócio para si. Para o primeiro jogador, entretanto, das jogadas que lhes são possíveis, a melhor seria não investir, pois o risco do segundo jogador se apropriar

¹¹¹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 168

¹¹² Que não é exatamente o mesmo que o clássico problema de agência do direito societário. O Jogo de Agência é mais amplo, sendo o problema de agência uma situação específica que pode ser vista através do Jogo de Agência

¹¹³ Jogo parecido com Jogo de Agência é o explicado por Luciano Benetti Timm e João Guarisse, denominado de Dilema do Prisioneiro, no texto TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 170

¹¹⁴ MILTONS, Michelle Merética. **Microeconomia**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 30

¹¹⁵ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 168

do ativo (já que essa é sua melhor jogada) é alta. Logo, o primeiro jogador não faria a transferência do ativo para o controle do segundo jogador. O excedente econômico resultante, nesse caso, seria zero, que como vimos anteriormente, não é um resultado eficiente.

Imaginemos, noutra giro, o mesmo jogo, agora com o primeiro jogador tendo a garantia de que o negócio será exigível, no sentido de que se o segundo jogador descumprir com sua promessa, ou o tribunal ordenará a execução do contrato (o que implicará no mesmo resultado de o segundo jogador ter cooperado) ou, no mínimo, ordenará que o segundo jogador indenize o primeiro jogador pelo descumprimento do contrato (que assumiremos ser em quantia suficiente para colocar o primeiro jogador na mesma situação econômica que resultaria da cooperação do segundo jogador¹¹⁶). Nesta situação, a melhor jogada para o primeiro jogador será transferir o ativo, pois qualquer que seja a jogada do segundo jogador (cooperar ou apropriar), lhe será garantido o produto da transação, seja através de uma intervenção judicial caso o segundo jogador tente se apropriar do ativo que lhe foi confiado, seja através da cooperação do segundo jogador. De qualquer forma, transferir o ativo será a melhor jogada do primeiro jogador, pois ao investir tem a garantia que receberá o produto da transação (diminuição dos riscos do negócio) e não investir terá apenas a garantia de que não receberá nada¹¹⁷.

O segundo jogador, por sua vez, também recebe incentivos econômicos para adotar uma conduta cooperativa. A partir do momento em que existe a possibilidade de se executar o contrato, a melhor jogada para o segundo jogador é cooperar. Se o segundo jogador se apropriar, ou será ordenado a cumprir o contrato (que terá o mesmo resultado da cooperação), ou terá de arcar com a indenização devida ao primeiro jogador, que como dito anteriormente, deverá ser em quantia suficiente para colocar o primeiro jogador na mesma situação econômica que resultaria da cooperação do segundo jogador, abrangendo, portanto, a restituição do ativo transferido, mais o produto que o primeiro jogador esperava pelo negócio. Na opção de ser obrigado a indenizar, além de o segundo jogador perder aquilo que percebeu

¹¹⁶ A indenização ser em quantia suficiente para suprir as expectativas da parte ao ter entrado no negócio é problema que trataremos mais adiante

¹¹⁷ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 169

da apropriação (o ativo transferido), ainda decrescerá seu patrimônio do valor equivalente à indenização¹¹⁸.

Logo, a exigibilidade dos contratos promove incentivos tanto para que indivíduos entrem em relações negociais, como atuem de forma cooperativa nestas relações¹¹⁹.

Uma primeira conclusão a que se chega, então, é que o direito contratual serve como instrumento de diminuição dos riscos do negócio, servindo de incentivo para que as partes adotem condutas cooperativas. Chegou-se a afirmar, inclusive, que o papel de qualquer tribunal (no que tange à matéria contratual, obviamente) seria justamente garantir o cumprimento das promessas realizadas pelas partes, visto que a exigibilidade dos contratos incentiva a redução dos riscos nas relações contratuais¹²⁰.

Outra conclusão possível, também, é que o incentivo a condutas cooperativas, com a diminuição dos riscos do contrato, enseja eficiência econômica. Ao passo em que se incentiva as partes a entrarem em relações contratuais e atuarem de forma cooperativa, se incentiva a produção de relações negociais eficientes (com excedente econômico positivo), pois qualquer outra combinação no jogo acima descrito que não seja a transferência do ativo e cooperação (que envolva as jogadas “não transferência do ativo” ou “apropriação”), não gerará um excedente econômico positivo.

Thomas Ulen e Robert Cooter chegaram a afirmar que “o primeiro propósito do direito contratual é possibilitar que os indivíduos convertam jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes”¹²¹⁻¹²².

Efetivamente, os contratos, quando livres de falhas de mercado, constituem instrumentos para a realização de transações eficientes, quando analisados a partir

¹¹⁸ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 169

¹¹⁹ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 170/171

¹²⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 128

¹²¹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 170

¹²² Tradução livre. No original: The first purpose of contract law is to enable people to convert games with inefficient solutions into games with efficient solutions

de uma perspectiva econômica¹²³. A posição do direito contratual, então, seria garantir esta característica das relações contratuais sob a perspectiva econômica.

Thomas Ulen e Robert Cooter propuseram, ainda, que uma barreira à exigibilidade dos contratos tal como acordado pelas partes (e, portanto, uma barreira à uma teoria do contratos eficiente), poderia ser tribunais corruptos, que garantiram decisões favoráveis às partes que adotassem condutas oportunistas, ou teoria jurídicas dogmáticas, fazendo remissão à teoria da barganha explicada anteriormente, que não explica de maneira eficaz a realidade social subjacente aos contratos¹²⁴ (podendo o entendimento ser estendido a qualquer teoria jurídica dogmática que implique na execução dos contratos ignorando sua realidade subjacente).

A crítica formulada é justamente a crítica da própria análise econômica dos contratos: as tradicionais teorias jurídicas dogmáticas nada dizem sobre a “realidade das partes e do fenômeno social subjacente ao contrato”¹²⁵, cujos efeitos nocivos já foram explicados anteriormente.

Tomemos como exemplo o que foi discutido neste tópico até o momento. A exigibilidade dos contratos encontra correspondente, no direito nacional, no princípio da força obrigatória dos contratos – no latim, princípio da *pacta sunt servanda* – tendo sido largamente abordado pela doutrina.

A doutrina clássica explica a força obrigatória dos contratos como decorrente do princípio da autonomia privada, prevendo que pelo princípio da *pacta sunt servanda* o contrato tem força de lei entre as partes, constringendo o promitente e o promissário ao cumprimento completo daquilo que tenha sido prometido, ou melhor dizendo, acordado¹²⁶.

A força obrigatória dos contratos decorreria, assim, da liberdade de contratar dos indivíduos, que podem livremente definir os termos de sua avença, ficando obrigados, em contrapartida, a cumprir tais termos¹²⁷.

¹²³ PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Economia Comportamental e Contratos de Adesão. **Revista de Direito Empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, ano 8, n. 2, jul./dez. 2011

¹²⁴ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 169

¹²⁵ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 158

¹²⁶ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 88

¹²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 48

Observados os requisitos e pressupostos de validade, celebrado o contrato pela estipulação válida de seu conteúdo, deve ser executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais¹²⁸.

Neste sentido, o direito brasileiro, em tese, adotaria uma visão equilibrada quanto a aplicação da teoria da vontade ou teoria da declaração, pois em determinadas questões aceitaria perquirir a vontade interna dos contratantes para se aferir a formação válida do contrato, sendo que, via de regra, o que efetivamente deve ser objeto de análise é o que foi efetivamente declarado pelas partes¹²⁹.

Se percebe que as posições doutrinárias clássicas, neste sentido, esboçam uma teoria dos contratos que é muito pouco baseada na realidade social subjacente ao contrato, mais se valendo de outras teorias jurídicas dogmáticas (no caso, o princípio da autonomia da vontade) para explicar o instituto, do que efetivamente a realidade daquilo que a norma irá regular.

Mesmo em uma doutrina que nos parece ser mais atual e moderna, como a de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald, poucas palavras são distas para explicar o princípio da força obrigatória dos contratos com base na realidade social subjacente ao contrato, focando-se precipuamente em explicar o princípio da *pacta sunt servanda* como decorrente da autonomia da vontade dos indivíduos¹³⁰, ao invés de se explicar o papel que o princípio desempenha nas relações contratuais (como minimamente se tentou explicar através da análise econômica acima proposta).

As teorias jurídicas dogmáticas, portanto, pouco acrescentam para uma teoria do direito responsiva, que efetivamente busca solucionar problemas reais. Daí a importância de se formular uma teoria econômica dos contratos, para se validar as normas jurídicas através de análises que partem efetivamente do fenômeno social que se pretende normatizar.

Não é que a conclusão alcançada pela análise econômica seja diferente daquela proposta pela teoria jurídica dogmática (nem poderia ser, já que o sistema posto é um só). A resposta de Thomas Ulen e Robert Cooter para a pergunta “quais promessas devem ser exigíveis?”, qual seja “a promessa que ambas as partes

¹²⁸ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 36

¹²⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 116

¹³⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. Salvador: JusPodivm, 2017, pp. 163-165

queriam que fosse exigível no momento em que a promessa foi feita”¹³¹, não é diferente da resposta proposta pela doutrina dogmática, de que a força obrigatória dos contratos decorre da autonomia da vontade das partes. Entretanto, um método de construção da resposta nos parece ser mais sofisticado que o outro, sendo menos suscetível a causar situações anômalas, por justamente construir a resposta através de uma análise da realidade fática.

Outro ponto interessante de uma teoria econômica dos contratos, é como as falhas de mercados podem ocasionar que as partes finalizem contratos que são ineficientes, ou seja, que possuem excedente econômico negativo ou igual a zero (não deixam ninguém em situação melhor do que estavam antes).

O tema tangência como diversas questões jurídicas podem influenciar no funcionamento do mercado, especialmente sobre a afirmativa de que um sistema de livre mercado, onde as partes podem livremente transacionar, gera eficiência econômica.

A suposição de que os indivíduos sempre agem em seu melhor interesse, de forma que os contratos se portam como instrumentos pelos quais se possibilita a alocação dos bens na sociedade na mão de quem mais os valoriza, servindo como instrumentos de maximização da riqueza da sociedade (como vimos anteriormente), por muitas vezes acaba minada por falhas de mercado.

Luciano Benetti Timm e João Guarisse separam três falhas de mercado que podem dar causas a contratos ineficientes: (a) externalidades; (b) assimetrias de informação; e (c) custos de transação¹³², as quais julgamos também serem as mais próximas aos propósitos deste trabalho.

As externalidades são os efeitos que o contrato gera em terceiros. Estes efeitos podem influenciar os terceiros de maneira positiva ou negativa, ou seja, lhes causar um incremento ou uma redução de bem-estar social, respectivamente¹³³. Como vimos anteriormente, pelo critério de eficiência de Kaldor-Hicks, os efeitos da transação sobre terceiros devem ser levadas em conta para se aferir se a transação foi eficiente ou não, bastando, apenas, que se os efeitos sobre terceiros forem negativos, o excedente econômico gerado para as partes envolvidas na transação supere os

¹³¹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 171

¹³² TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 165

¹³³ *Ibidem*, p. 166

efeitos causados em terceiros, de forma que as partes poderiam compensar o terceiro, embora não necessariamente tenham que vir a fazê-lo para que a transação seja eficiente.

O que ocorre nas externalidades positivas, é que as partes não levam em conta os benefícios gerados pela transação perante terceiros, que poderia ter o condão de transformar uma troca ineficiente (que considerando apenas o *pay-offs* das partes teria excedente econômico negativo) em uma eficiente (quando os *pay-offs* das partes acrescido do benefício gerado no terceiro tem excedente econômico positivo)¹³⁴.

Já nas externalidades negativas, as partes não consideram os malefícios causados à terceiros diante da transação, de forma que vêm a realizar transações ineficientes (cujo excedente econômico é negativo) pois ao contabilizarem seus *pay-offs* com a transação, ignoram ou desconhecem o valor dos malefícios gerados à terceiros (para as partes, haveria um resultado cujo excedente econômico seria positivo, mas os malefícios causados aos terceiros superam o valor deste virtual excedente econômico, de forma que a transação, em verdade, é ineficiente)¹³⁵.

Neste sentido, as instituições jurídicas exerceriam um papel importante de fazer com que as partes internalizem em suas relações contratuais as externalidades: sejam elas positivas, fazendo com as partes absorvam os benefícios gerados sobre terceiros, para incentivar a produção de contratos com alto excedente econômico; sejam elas negativas, fazendo com que as partes arquem com o custo social da transação, como forma de desincentivo à transações ineficientes¹³⁶.

Outra falha de mercado que pode gerar contratos ineficientes é a assimetria de informações, que ocorre quando uma das partes da transação possui mais informações que a outra. Quando existem falhas nas estruturas de mercado, a circulação de informações não é perfeita, sendo inclusive custosas para as partes envolvidas em uma transação, de sorte que um indivíduo pode acabar por receber mais informações do que o outro¹³⁷. Um problema específico causado pela assimetria de informações nos interessa: a seleção adversa.

¹³⁴ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 166

¹³⁵ *Ibidem*, loc. cit.

¹³⁶ *Ibidem*, loc. cit.

¹³⁷ TIMM, Luciano Benetti. A Matriz da Análise Econômica do Direito para Além do Eficientismo in ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix. **Estudos de Direito Empresarial: Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 113

A seleção adversa (primeiro identificada por George Akerlof em 1970¹³⁸) ocorre quando as partes possuem apenas informações sobre a qualidade média dos produtos de determinado mercado, o que possibilita a comercialização de bens baixa qualidade como se fossem bens de qualidade igual a daqueles comercializados no mesmo mercado. Nesta situação, haverá uma tendência de que a qualidade média dos produtos daquele determinado mercado diminua, pois há incentivos para que os vendedores comercializem itens de pior de qualidade sob o mesmo preço dos itens de qualidade média, sem que os compradores efetivamente saibam se aquele item específico é de boa qualidade ou não¹³⁹.

A parte mal informada, considerando sua incerteza sobre a qualidade do bem, exigirá um prêmio (que pode ser um desconto) para participar da transação, de forma que os produtos de boa qualidade não conseguirão serem vendidos por um bom preço, forçando a saída destes produtos do mercado, até que restem apenas bens de baixa qualidade. A seleção adversa, portanto, impedirá que as transações ocorram, de forma que o número de transações jamais atingirá um valor ótimo¹⁴⁰ (o que, como visto, é ineficiente).

Os custos de transação, por sua vez, também podem levar a contratos ineficientes. Já abordamos, mesmo que *en passant*, a teoria dos custos de transação, no início deste trabalho. Como vimos, os custos de transação foram inicialmente identificados por Ronald Coase, em seu celebre artigo *The Problem of Social Cost*, quando Coase estudou os custos incorridos pelas partes para participarem de transações¹⁴¹. O trabalho de Coase remete ao início do estudo da corrente epistemológica da *Law and Economics*¹⁴², como vimos anteriormente.

Os custos de transação podem ser dos seguintes tipos: custos de procura de outros indivíduos que queiram realizar a transação; custos para obtenção de

¹³⁸ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Op. Cit.*, 2012, p. 167

¹³⁹ AKERLOF, George Arthur. The Market For "Lemons": Quality Uncertainty and The Market Mechanism. **Quarterly Journal of Economics**. Massachusetts: The MIT Press, Vol. 84, No. 3, pp. 488-500, 1970

¹⁴⁰ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 167

¹⁴¹ *Ibidem, loc. Cit.*

¹⁴² Utilizamos neste trabalho as expressões *Law and Economics* (Direito e Economia) e *Economic Analysis of Law* (Análise Econômica do Direito) como sinônimas, pelo que verificamos de toda a bibliografia estudada a utilização das expressões efetivamente como sinônimas. Para uma proposta de distinção entre as expressões *Law and Economics* e *Economic Analysis of Law*, ver: MILLER, Geoffrey Parsons. *Law and Economics versus Economic Analysis of Law*. **American Bankruptcy Institute Law Review**. New York: Thomson and Reuters, Vol. 19, 2011

informações relativas as partes; custos de negociação, aqui envolvendo custos para negociar os termos do contrato e se chegar a uma minuta final da redação do contrato; além dos custos para garantir que os contratos estão sendo executados da maneira em fora acordada, ou seja, se os termos do contrato estão sendo seguidos. As atividades acima citadas podem se mostrar extremamente custosas, de modo a serem custosas o suficiente para impedirem diversas transações que teriam outrora ocorrido, não fossem os custos de transação envolvidos¹⁴³.

Luciano Benneti Timm e João Guarisse classificam os custos de transação como de três tipos: i) custos de procura e obtenção de informação; ii) custos de negociação; iii) custos para garantir a execução do contrato¹⁴⁴.

De fato, em determinados contratos os custos de transação são baixos, quando comparados com o excedente econômico gerado pela transação. Por outro lado, em determinados contratos (principalmente os contratos complexos, relativos a transações sofisticadas), os custos de transação podem altos o suficiente a ponto de superar o excedente econômico gerado pela transação, o que impediria a transação de se concretizar¹⁴⁵.

A conclusão a que se chega é que “num mercado com custos de transação, há menos transações do que o nível eficiente”¹⁴⁶.

Outra conclusão a que se chega é que os custos de transação impedem que as partes formalizem contratos perfeitos, isto é, contratos totalmente completos, redigidos após a troca de todas as informações possíveis relacionadas a transação, que prevê todos os riscos relacionados à operação e suas respectivas alocações entre as partes e que dispõe sobre todas as contingências que podem ocorrer durante a relação contratual. Os custos de transação também impedem a redação de contratos que maximizem totalmente a eficiência da transação, i.e., alocando cada recurso transacionado com a parte que mais o valoriza e cada risco decorrente da transação com a parte que poderá arca-lo da maneira menos custosa. As partes apenas poderiam alcançar a redação de tais contratos caso os custos de transação da

¹⁴³ COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *in*: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles. **Law, Economics and Philosophy: A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts**. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983, p. 27

¹⁴⁴ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Op. Cit.*, 2012, p. 167

¹⁴⁵ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 188

¹⁴⁶ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 168

operação fossem iguais a zero¹⁴⁷. Desta forma uma teoria econômica dos contratos dispõe que os instrumentos contratuais nunca serão cem por cento completos, perfeitos.

Noutro giro, os instrumentos contratuais conterão as cláusulas cujo benefício esperado de sua redação exceda aos custos esperados da cláusula¹⁴⁸.

As questões acima suscitadas abordam alguns aspectos de uma teoria econômica dos contratos, mas não há pretensão, de forma alguma, de se esgotar ou reduzir uma teoria econômica dos contratos aos temas então propostos. Muito pelo contrário, os temas acima abordados foram propostos apenas para exemplificar como funciona uma teoria econômica dos contratos.

A racionalidade de alguns dos pontos explicados anteriormente, entretanto, serão essenciais para o entendimento do próximo tópico.

3.3 *EFFICIENT BREACH* E MECANISMOS DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL

Outra questão inerente à teoria econômica dos contratos é, justamente, qual remédio jurídico seria mais adequado para a criação de resultados eficientes quando uma das partes descumpre com suas obrigações contratuais (em hipóteses específicas) e, quando seria mais eficiente para as partes rescindir o contrato ao invés de executá-lo¹⁴⁹.

É possível, perfeitamente, que os contratos desenhem remédios jurídicos (prescrevam o que deve ser feito ou o quanto é devido) para todas as hipóteses de inadimplência contratual ou, apenas, indiquem a penalidade a ser paga pela parte faltante em caso de inadimplência. Entretanto, como dito acima, os custos de transação impedem que as partes redijam contratos completos, perfeitos, que irão cobrir todas as possíveis contingências que podem surgir no decorrer da relação contratual, de forma que contratos eficientes, efetivamente, não irão cobrir todas as contingências possíveis¹⁵⁰. Isso pode significar que as partes não previram qualquer tipo de remédio jurídico aplicável para o caso de inadimplemento ou que o remédio

¹⁴⁷ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 186

¹⁴⁸ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 168

¹⁴⁹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 188

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 204

jurídico escolhido no contrato é insuficiente e não cobre todas as contingências possíveis para aquela relação contratual.

Assim como Thomas Ulen e Robert Cooter propuseram que “o primeiro propósito do direito contratual é possibilitar que os indivíduos convertam jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes”¹⁵¹⁻¹⁵², através da aplicação do princípio da força obrigatória dos contratos, como explicado anteriormente, os mesmos autores propõem que “o segundo propósito do direito contratual é assegurar o comprometimento em nível ótimo com a execução dos contratos”¹⁵³⁻¹⁵⁴.

A questão proposta em uma teoria econômica dos contratos seria, justamente, avaliar as regras postas no ordenamento para o caso de inadimplência contratual por uma das partes, e a possibilidade de que a parte descumpra o prometido por conta de comportamentos oportunistas¹⁵⁵, ou que a parte descumpra o contrato simplesmente porque o descumprimento gerará maior eficiência econômica.

A teoria econômica dos contratos propõe visualizar os mecanismos de resolução contratual e os remédios jurídicos aplicáveis para o caso de inadimplemento como preço que as partes pagam por romper o contrato¹⁵⁶, sem se considerar os aspectos morais da questão¹⁵⁷ (ou os reputacionais, que a ciência econômica também explica¹⁵⁸, muito embora não seja objeto de nossa análise, que é mais simples).

Nicholas Mercurio e Steven Medema propõem que a teoria da *efficient breach* busca responder, basicamente, quando, e sob quais circunstâncias, os remédios jurídicos de *expectation damages*, *restitution*, *specific performance* e *liquidated damages* são soluções eficientes para o caso de inadimplemento contratual realizado por uma das partes; ou seja, “de uma perspectiva de eficiência, o objetivo é empregar o remédio jurídico que, ao mesmo tempo, previna inadimplementos ineficientes e

¹⁵¹ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 170

¹⁵² Tradução livre. No original: The first purpose of contract law is to enable people to convert games with inefficient solutions into games with efficient solutions

¹⁵³ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 172

¹⁵⁴ Tradução livre. No original: The second purpose of contract law is to secure optimal commitment to performing.

¹⁵⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 132

¹⁵⁶ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 188

¹⁵⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. Cit.*, 2005, p. 132

¹⁵⁸ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 168

induza a inadimplência quando o descumprimento do contrato gerar eficiência econômica”¹⁵⁹⁻¹⁶⁰.

Em outras palavras, se o inadimplemento contratual deixar a parte faltante em situação mais vantajosa do que estava anteriormente, em valor superior do que a perda da parte prejudicada, a quebra do contrato seria Kaldor-Hicks eficiente, considerando que existe a possibilidade de a parte que resolveu o contrato ressarcir a parte que sofreu com o inadimplemento¹⁶¹.

Cada um dos remédios jurídicos (*expectation damages*, *restitution*, *specific performance* e *liquidated damages*) possui suas próprias peculiaridades na produção do resultado almejado pela teoria da *efficient breach* e atua de forma autônoma a produzir o resultado, de sorte que há discussão na doutrina sobre qual seria o remédio adequado para que existisse, de fato, incentivos para quebras contratuais eficientes e desincentivos à quebras contratuais ineficientes.

Como veremos a seguir, cada um desses remédios possui correspondente direto no direito brasileiro, de forma que apesar de terem sido estudados inicialmente sob a perspectiva do direito americano, a lógica econômica por trás de cada um destes remédios jurídicos é a mesma dos seus correspondentes no direito brasileiro, sendo a análise, por conseguinte, válida, mesmo que partamos da doutrina estrangeira.

A análise individualizada de cada um dos remédios jurídicos analisados pela teoria da *efficient breach* trará conclusões específicas sobre a lógica econômica por trás dos institutos, de forma que tais conclusões ajudaram a responder à pergunta a qual este trabalho se propõe a analisar.

3.3.1 *Expectation Damages*

Efetivamente, se a responsabilidade contratual pelo inadimplemento for a única preocupação de uma das partes, esta parte apenas executará o contrato na medida

¹⁵⁹ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 76

¹⁶⁰ Tradução livre. No original: The goal, from an efficiency perspective, is to employ the legal remedy that at once prevents inefficient breach and at the same time induces breach when breach is efficient.

¹⁶¹ CATEB, Alexandre Bueno; VELOSO, Silvia Mechelany. Análise Econômica Do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**. Vol. 10, pp. 18-44, 2013, Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/197/pdf>> Acesso em: 24 nov. de 2018.

em que sua performance custar menos do que o valor devido à título de indenização para a parte inocente¹⁶².

Cooter e Ulen propõem¹⁶³, então, a seguinte fórmula:

[Custo de execução do contrato > valor da indenização → resolução do contrato

[Custo de execução do contrato < valor da indenização → execução do contrato

A situação acima descrita demonstra o (provável) comportamento de uma parte auto interessada, mesmo que realmente comprometida com a execução do contrato. Entretanto, o critério de eficiência de Kaldor-Hicks requer que o resultado da relação contratual tenha sempre o maior excedente econômico positivo possível. Em outras palavras, o critério de eficiência de Kaldor-Hicks determina a execução do contrato quando os custos da execução para o devedor forem menores do que os benefícios gerados para o credor, e a resolução do contrato quando o oposto ocorrer¹⁶⁴. A seguinte fórmula, então, é proposta:

[Custo do devedor em executar > benefício do credor com a execução → resolução do contrato é a solução eficiente

[Custo do devedor em executar < benefício do credor com a execução → execução do contrato é a solução eficiente

Raciocínio idêntico (inclusive com mesmas formulas) é desenvolvido por Armando Casterlar Pinheiro e Jairo Saddi para explicar a teoria da *efficient breach*¹⁶⁵.

Estas formulas demonstram qual seria (supostamente), o remédio jurídico que incentiva tanto o adimplemento quanto o inadimplemento eficiente. Comparando as formulas sugeridas anteriormente, haverá equivalência quando os benefícios gerados ao credor pela execução do contrato forem iguais ao valor da indenização devida pelo devedor em caso de inadimplemento contratual. Assim, Thomas Ulen e Robert Cooter concluem que “o devedor terá incentivos eficientes para execução ou quebra do contrato quando o valor da indenização pela quebra do contrato for igual aos benefícios a serem gerados ao credor”¹⁶⁶⁻¹⁶⁷.

¹⁶² ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 172

¹⁶³ *Ibidem, loc. Cit.*

¹⁶⁴ *Ibidem, loc. Cit.*

¹⁶⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 132-133

¹⁶⁶ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 173

¹⁶⁷ Tradução livre. No original: The promisor has efficient incentives for performance and breach when the liability for breach equals the benefit foregone by the promisee.

Em termos de eficiência, a penalidade a ser imposta a uma parte em face de seu inadimplemento contratual deve, portanto, ser igual ao prejuízo sofrido pela outra parte em virtude desse descumprimento contratual¹⁶⁸. No momento em que a responsabilidade pelo inadimplemento passa a equivaler os benefícios que seriam gerados ao credor pela execução do contrato, o devedor está internalizando os custos de sua inadimplência contratual, de forma que o devedor terá incentivos eficientes para executar o contrato quando a responsabilidade contratual internalizar os custos da inadimplência¹⁶⁹.

Decorrência da internalização dos custos da inadimplência é que “cada parte passa a orientar as próprias decisões com base no seu impacto líquido sobre o bem-estar total, restando às partes incentivos eficientes para desempenhar o contrato”¹⁷⁰.

A indenização pelo inadimplemento contratual, por sua vez, deveria ser aquela que restaura as partes para a posição que estariam caso o contrato tivesse sido cumprido; o que significa dizer, em outras palavras, que o valor indenizatório deve ser aquele igual aos benefícios que o credor deixou de receber em face do inadimplemento contratual do devedor (que é justamente o que o credor deveria perceber à título de indenização), fazendo com o que devedor internalize os custos da inadimplência. Um sistema indenizatório que funcionasse desta forma atuaria como remédio jurídico perfeito, criando incentivos para execução e inadimplemento eficientes¹⁷¹.

A proposição de Posner sobre a teoria da *efficient breach* é, provavelmente, a mais conhecida exposição sobre a teoria, apesar de não ser de sua autoria¹⁷².

Posner propõe que se o proveito gerado a uma das partes for superior com o inadimplemento de sua obrigações contratuais e o proveito que será gerado para essa parte for superior ao proveito que será gerado à outra parte com a execução do

¹⁶⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 134

¹⁶⁹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 173

¹⁷⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 134

¹⁷¹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 173

¹⁷² EISENBERG, Melvin. Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law. **California Law Review**. Vol. 93, n. 04, pp. 975-1050.

Disponível em:

<<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=californialawreview>>

Acesso em: 26 nov. 18

contrato, considerando que a indenização estará limitada ao que o credor esperava perceber da transação, haverá um incentivo para o descumprimento do contrato¹⁷³.

A exposição de Posner sobre a teoria não nos parece tão sofisticada quanto aquela proposta por Coote e Ulen, que é efetivamente mais arrojada do que a proposição de Posner. A teoria da *efficient breach* evoluiu até que se chegasse as proposições expostas acima.

O exemplo proposto por Posner para explicar a teoria, entretanto, se apresenta de uma clareza singular¹⁷⁴.

Um fabricante de determinado tipo de peça (V) firmou o contrato com uma fábrica (C₁) para o fornecimento de 100.000 peças, ao preço de R\$0,10 (dez centavos) por peça, a serem utilizados em um dos equipamentos da fábrica de C₁. Após a primeira remessa de 10.000 peças, outra fábrica (C₂), que é de outro ramo, se apresenta à V, explicando que necessita desesperadamente de 25.000 peças iguais às aquelas fornecidas à C₁, para pronta-entrega e em uma única remessa, ou então será forçado a encerrar as atividades de sua fábrica. Para tanto, oferece pagar o preço de R\$0,15 (quinze centavos) por peça.

A parte V, que é auto-interessada, firma o contrato para o fornecimento das 25.000 peças para C₂. Como consequência, V não consegue cumprir com o prazo de entrega da segunda remessa de peças de C₁, lhe fazendo deixar de lucrar de R\$1.000,00 (mil reais).

Considerando que V percebeu R\$1.250,00 (mil duzentos e cinquenta reais) com a venda para C₂, mesmo depois de reembolsar C₁, V ainda assim estará em uma situação melhor do que a que estava antes, sem que nem C₁, nem C₂, estejam em situação pior do que a que estavam antes da inadimplência contratual de V (considerando que C₁ foi totalmente compensado pelo inadimplemento). Neste caso, o inadimplemento contratual é pareto-eficiente (e, conseqüentemente, Kaldor-Hicks eficiente também, como explicado anteriormente).

O exemplo trazido por Posner ficou conhecido como *Overbidder Paradigm*¹⁷⁵. De fato, a racionalidade econômico-financeira do exemplo suscitado por Posner se

¹⁷³ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986, p. 107

¹⁷⁴ *Ibidem, loc. Cit.*

¹⁷⁵ EISENBERG, Melvin. Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law. **California Law Review**. Vol. 93, n. 04, pp. 975-1050. Disponível em:

repete na doutrina, mudando-se apenas os elementos do contrato em questão, pelo que percebemos do texto de Nicholas Mercurio e Steven Medema¹⁷⁶, Alexandre Cateb e Silvia Veloso¹⁷⁷ e Armando Pinheiro e Jairo Saddi¹⁷⁸.

De igual forma, se percebe a racionalidade econômico-financeira do *Overbidder Paradigm* no texto de Luciano Benetti Timm e João Guarisse¹⁷⁹, apesar de que o exemplo trazido por estes autores utiliza da cláusula penal como remédio jurídico aplicável.

O remédio jurídico aconselhável para se alcançar o resultado almejado pela teoria da *efficient breach* (fornecer, ao mesmo tempo, incentivos para execução e inadimplemento contratual eficientes, como explicado acima), seria, pela teoria econômica dos contratos clássica, *expectation damages*.

Tal remédio jurídico seria a indenização que coloca a parte lesada pelo inadimplemento do contrato na situação em que ela estaria caso o contrato tivesse sido cumprido, de forma que a tradição do *common law* se refere a indenização baseada no valor esperado pela performance do contrato como *expectation damages*¹⁸⁰.

Os *expectations damages* incluem, efetivamente, além de conceder à parte lesada à título de indenização aquilo esperava perceber pela execução do contrato, a restituição do que a parte efetivamente já cumpriu de suas prestações dentro do processo obrigacional¹⁸¹.

Se os *expectations damages* atingirem seu objetivo, a parte lesada pelo inadimplemento virá a ficar na mesma situação que estaria caso o contrato tivesse sido executado, de forma que *perfect expectation damages* fazem com que potenciais vítimas de um inadimplemento contratual, supostamente, sejam indiferentes entre a

<<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=californialawreview>>
Acesso em: 26 nov. 2018

¹⁷⁶ MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 76-79

¹⁷⁷ CATEB, Alexandre Bueno; VELOSO, Silvia Mechelany. Análise Econômica Do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**. Vol. 10, pp. 18-44, 2013, Disponível em:

<<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/197/pdf>> Acesso em: 24 nov. de 2018.

¹⁷⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 133-134

¹⁷⁹ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 176

¹⁸⁰ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 204

¹⁸¹ MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Op. Cit.*, 1999, p. 76

execução do contrato e a quebra do contrato com o respectivo pagamento da indenização¹⁸².

3.3.1.1 Primeiras críticas ao *expectation damages*

Expectation damages é o remédio jurídico para casos de inadimplemento contratual mais utilizado pelas cortes norte-americanas¹⁸³.

Entretanto, *expectation damages* geralmente concedidos pelas cortes são imperfeitos¹⁸⁴, i.e., não refletem efetivamente o valor indenizatório necessário para que a parte lesada pelo inadimplemento do contrato venha a ficar na situação em que ela estaria caso o contrato tivesse sido cumprido.

A imperfeição na quantificação dos *expectation damages* ocorrem, principalmente, por questões práticas.

A assimetria de informações entre a corte e as partes contratantes (que possuem vasta informação sobre o mercado em que atuam e puderam negociar e compartilhar informações para firmarem o contrato), dificulta a quantificação do dano, a não ser que o tribunal possua informações sobre o mercado em questão (e possa, de forma segura e precisa, avaliar o nível de expectativa e cooperação das partes), o que evidentemente se mostra como uma larga barreira prática¹⁸⁵.

Se mostra como especialmente difícil de quantificar, por exemplo, aos benefícios que o credor deixou de receber em face do inadimplemento contratual (os lucros perdidos em face da conduta da parte faltante), justamente em face da assimetria de informações existente entre o tribunal e as partes¹⁸⁶.

A questão é justamente a dificuldade de a corte avaliar o valor subjetivo da performance do contrato para a parte e, ao final, a corte acabar por conceder

¹⁸² ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 175

¹⁸³ *Ibidem, loc. Cit.*

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 204

¹⁸⁵ CATEB, Alexandre Bueno; VELOSO, Silvia Mechelany. Análise Econômica Do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**. Vol. 10, pp. 18-44, 2013, Disponível em:

<<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/197/pdf>> Acesso em: 24 nov. de 2018.

¹⁸⁶ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 175

indenização em valor insuficiente¹⁸⁷, o que poderia alterar a eficiência econômica da relação contratual, a tornando, ao final, uma transação ineficiente.

Daí é que a questão se torna tortuosa: diante da assimetria de informações, a intervenção judicial pode vir a se tornar um jogo de soma-zero (o que é ineficiente, como vimos anteriormente) ou, ainda, transformar determinado mercado em ambiente propício a condutas oportunistas¹⁸⁸, já que as partes terão incentivos para adotarem condutas de apropriação.

Em geral, boas práticas de mensuração do valor das indenizações criam um nível eficiente de comprometimento de execução contratual, ao passo em que más práticas de mensuração do valor das indenizações levam a um nível ineficiente de comprometimento¹⁸⁹.

Quando indenizações são concedidas abaixo de seu valor ideal, o promitente terá incentivos para inadimplir com suas obrigações contratuais mais rotineiramente, quando lhe for pessoalmente favorável (adotará condutas oportunistas), o que fará com que o promissário fique relutante em firmar o contrato (o que, como vimos, gera um resultado ineficiente). Por outro lado, quando indenizações são concedidas acima do de seu valor ideal, o promitente terá incentivos para executar o contrato mesmo quando a sua obrigação se tornar muito custosa (quando por motivos supervenientes o custo da execução do contrato se tornar maior que o proveito gerado para a parte) considerando que a indenização pelo inadimplemento será mais custosa do que o valor para cumprir a execução, o que fará com que o promitente fique relutante em firmar contratos¹⁹⁰.

De fato, se a primeira crítica sobre a teoria da *efficient breach* é relativa à dificuldade de quantificação dos *expectations damages*, que é reflexo de uma barreira prática tão forte quanto a assimetria de informações entre as partes e os tribunais, outro remédio jurídico a ser aplicado em caso de inadimplemento contratual talvez seja a solução mais eficiente, como veremos nos próximos tópicos.

Entretanto, passaremos a analisar como a teoria da *efficient breach* se ampara no direito brasileiro e se os *expectation damages* encontram equivalência no direito

¹⁸⁷ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 78

¹⁸⁸ CATEB, Alexandre Bueno; VELOSO, Sílvia Mechelany. *Op. Cit.* p. 25

¹⁸⁹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 175

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 176

contratual pátrio, a fim de verificar qual o panorama atual dos mecanismos de resolução do contrato previstos no ordenamento brasileiro.

3.3.1.2. *Expectation damages* e o direito contratual brasileiro

De acordo com Cooter e Ulen, “a tradição de *civil law* se refere a este tipo de indenização como ‘danos positivos’ (lucros cessantes), porque a indenização repõe a receita que teria sido auferida no futuro”¹⁹¹⁻¹⁹², caso o contrato tivesse sido executado, se referindo especificamente a *expectation damages*.

Autores brasileiros parecem concordar com a afirmação proposta pelos autores americanos.

Ao proporem uma análise econômica das regras de resolução do contrato em caso de inadimplemento, Luciano Benetti Timm e João Guarisse fazem remissão aos mecanismos de resolução contratual previstos nos artigos 474¹⁹³ e 475¹⁹⁴ do Código Civil, afirmando que tal previsão legal da parte inadimplente em responder pelas perdas e danos incorridos pela parte lesada, incluindo os custos dispendidos pela parte prejudicada (que seriam os *reliance damages*, como veremos a seguir) e os lucros razoavelmente esperados do negócio, significa que a parte faltante deve recolocar a parte lesada “na situação em que se encontraria caso o contrato fosse cumprido”¹⁹⁵.

Pela formulação proposta pelos autores citados, então, as perdas e danos previstas nos artigos 474 e 475 do Código Civil como um dos mecanismos de resolução contratual seria o equivalente brasileiro aos *expectation damages* combinados aos *reliance damages*, justamente por terem função de recolocar a parte lesada pelo inadimplemento na situação em que se encontraria caso o contrato tivesse

¹⁹¹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 204

¹⁹² Tradução livre. No original: The civil law tradition refers to these damages as “positive damages” (*lucrum cessans*), because the damages replace income that would have accrued in the future.

¹⁹³ Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial. (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html. Acesso em: 27 nov. 2018)

¹⁹⁴ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html. Acesso em: 27 nov. 2018)

¹⁹⁵ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 175

sido cumprido. Os autores ainda complementam afirmando que o incentivo da regra jurídica prevista nos artigos supramencionados é claro: “estimular o cumprimento do contrato quando isso for viável economicamente”¹⁹⁶. Ou seja, estimular a execução e o inadimplemento eficientes, como propõe a teoria da *efficient breach*.

Já Armando Pinheiro e Jairo Saddi abordam diretamente o conceito de lucro cessante, como sendo o remédio jurídico recomendável para o caso de responsabilidade por inadimplência contratual. Os lucros cessantes seriam o remédio jurídico aplicável para a restituir a parte lesada daquilo que se deixou de ganhar como resultado da inadimplência do contrato¹⁹⁷. Os autores fazem remissão ao artigo 389 do Código Civil¹⁹⁸, explicitando que a previsão dos lucros cessantes estaria abarcada pela expressão perdas e danos¹⁹⁹.

Alexandre Cateb e Silvia Veloso, por sua vez, propõem que haveria uma prevalência da indenização à execução específica do contrato no artigo 475 do Código Civil, já citado acima²⁰⁰.

A mesma conclusão pode ser alcançada ao analisarmos também teorias jurídicas dogmáticas sobre a responsabilidade por inadimplemento contratual.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior, também fazendo remissão ao art. 475 do Código Civil, dispõe que a parte lesada pelo inadimplemento contratual tem direito, além de liberar-se de sua obrigação e de ser restituída por qualquer prestação que já tenha cumprido, a ser indenizada por perdas e danos, que compreendem os interesses positivos e os interesses negativos²⁰¹.

O interesse negativo seria o dano derivado da confiança da parte lesada de que a parte faltante iria executar o contrato, referindo-se àqueles danos decorrentes de obrigações assumidas perante terceiros ou despesas realizadas pela parte não-

¹⁹⁶ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Análise Econômica dos Contratos*. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 175

¹⁹⁷ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 134

¹⁹⁸ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html. Acesso em: 27 nov. 2018)

¹⁹⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Op. Cit.*, 2005, p. 134

²⁰⁰ CATEB, Alexandre Bueno; VELOSO, Silvia Mechelany. Análise Econômica Do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**. Vol. 10, pp. 18-44, 2013, Disponível em:

<<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/197/pdf>> Acesso em: 24 nov. de 2018.

²⁰¹ JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos Contratos Por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 266

inadimplente, que estejam relacionadas ao contrato inadimplido²⁰². No direito contratual norte-americano, o remédio jurídico voltado a indenizar tais danos é o *reliance damages*²⁰³.

O interesse positivo, por sua vez, “é o acréscimo que o contratante, em caso de cumprimento da avença, auferiria com o valor da prestação, descontado o valor da contraprestação, e mais a vantagem decorrente da disponibilidade desse acréscimo”²⁰⁴.

Em outras palavras, é a indenização que coloca a parte lesada pelo inadimplemento do contrato na situação em que ela estaria caso o contrato tivesse sido cumprido (acréscimo que o contratante auferiria com o cumprimento da avença mais a vantagem decorrente da disponibilidade desse acréscimo – o que a parte lesada efetivamente deixou de ganhar –, descontado o valor da prestação, que equivale ao excedente econômico da transação, ou seja, a situação que a parte estaria caso o contrato tivesse sido cumprido).

Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald seguem a mesma linha proposta por Ruy Rosado de Aguiar Júnior, afirmando que a responsabilidade por inadimplemento contratual compreende tantos os interesses positivos como os interesses negativos, esclarecendo que os interesses positivos tendem a colocar a parte lesada “na situação que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido”²⁰⁵, ou seja, “corresponde ao acréscimo patrimonial que o credor teria se o contrato fosse objeto de adimplemento”²⁰⁶.

Para justificarem a assertiva, contudo, remetem ao artigo 402 do Código Civil²⁰⁷, expondo que a expressão “perdas e danos” abrange além do que parte lesada efetivamente perdeu em face do inadimplemento contratual, o que razoavelmente

²⁰² JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos Contratos Por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 267

²⁰³ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 206

²⁰⁴ JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. *Op. Cit.*, 2004, p. 267

²⁰⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 602

²⁰⁶ *Ibidem, loc. Cit.*

²⁰⁷ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html. Acesso em: 27 nov. 2018)

deixou de lucrar, nesta parcela também compreendido o ganho que a parte não obteve em razão do descumprimento do contrato²⁰⁸.

Isso não significa, todavia, que todos os autores brasileiros citados concordam ou defendem a aplicação da teoria da *efficient breach*, especialmente em sua formulação tradicional de que os *expectation damages* trata-se do remédio jurídico mais indicado para promover a eficiência econômica nas relações contratuais. Como veremos a seguir, alguns dos autores citados defendem, justamente, a adoção da teoria da *efficient breach* com cautela no direito brasileiro.

Não obstante, parece haver concordância entre os autores brasileiros que escrevem sobre análise econômica dos contratos, que no direito contratual nacional o equivalente aos *expectation damages* seriam as perdas e danos (que inclui os *reliance damages*, também), notadamente os lucros cessantes, pelo que se percebe da previsão dos artigos do Código Civil, com interpretação dada pela doutrina clássica.

Tratam-se, claramente, de argumentações distintas.

A teoria da *efficient breach*, entretanto, não transitou pelas gerações sem sofrer críticas, muitas delas extremamente severas, que não só questionavam se os *expectations damages* seriam efetivamente o remédio jurídico que promoveria tanto a execução quanto o inadimplemento eficiente, quanto questionam a própria validade da teoria.

3.3.2 Specific Performance

Entretanto, ao invés de preferir pela indenização, o tribunal pode determinar (caso a parte lesada tenha pedido) que a parte inadimplente execute a obrigação que havia prometido no contrato. No direito contratual norte-americano, onde se desenvolveu a teoria da *efficient breach*, este remédio jurídico é chamado de *specific performance*. No direito contratual brasileiro, o equivalente seria execução específica

²⁰⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 602

do contrato²⁰⁹, que é exercido através da ação de adimplemento (cobrança ou execução), como preleciona Ruy Rosado de Aguiar Junior²¹⁰.

Os principais argumentos a favor da *specific performance* como remédio jurídico aplicável para os casos de inadimplemento contratual referem-se, justamente, à assimetria de informações existente entre as partes contratantes e a dificuldade dos tribunais em ter real discernimento sobre o valor subjetivo da execução do contrato para a parte lesada²¹¹.

A lógica é especialmente (e como alguns defendem, unicamente²¹²) válida para contratos de compra e venda de mercadorias (ou, mais genericamente, contratos que envolvem a transferência de propriedade).

Defende-se a aplicação da *specific performance* especialmente em contratos que envolvam prestações obrigacionais insubstituíveis ou que não tenham substitutos próximos²¹³. Exemplos de bens que não possuem substitutos próximos são obras de arte, trabalhos de contrato especializados, produtos feitos sob medida ou personalizados, dentre outros.

Isto porque, se o bem não possui substituto próximo, é possível que a parte lesada possua um alto valor subjetivo em relação àquele bem, de forma que o tribunal, se concedesse indenização à parte não-inadimplente, poderia facilmente concedê-la em valores insuficientes²¹⁴ (o que leva a resultados ineficientes, como vimos anteriormente).

Em geral, o erro dos tribunais em quantificar o valor ideal devido à título de indenização, diminui à medida em que existe facilidade para encontrar substitutos no mercado para a prestação da obrigação não cumprida, já que partes auto-

²⁰⁹ CATEB, Alexandre Bueno; VELOSO, Silvia Mechelany. Análise Econômica Do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**. Vol. 10, pp. 18-44, 2013, Disponível em:

<<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/197/pdf>> Acesso em: 24 nov. de 2018.

²¹⁰ JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos Contratos Por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 267

²¹¹ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 78

²¹² SHAVELL, Steven. Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. **Texas Law Review**. Vol. 84, n. 04, pp. 831-876. Disponível em:

<<http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/Shavell-SpecPerf-06.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2018

²¹³ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p.

212

²¹⁴ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. *Op. Cit.*, 1999, p. 78

interessadas dificilmente irão valorar os bens a um preço muito maior do que o preço dos seus substitutos disponíveis no mercado²¹⁵.

Diz-se, mais genericamente, que se os custos de transação forem permissivos (não forem altos a ponto de impedir que negociações contratuais aconteçam), como as valorações para o cumprimento das obrigações podem ser melhor refletidas através do processo de barganha do que pela quantificação da indenização pelos tribunais, a *specific performance* teria maior potencial para oferecer soluções eficientes em caso de inadimplemento contratual por uma das partes; ao revés, indenização monetária seria o remédio jurídico para a hipótese de inadimplemento preferível quando os custos de transação fossem altos²¹⁶.

De fato, dentro de um sistema que mais aplica a *specific performance* como remédio jurídico, o número de transações tenderá a ser maior do que dentro de um sistema jurídico que aplica os *expectation damages*²¹⁷. Como consequência, haverá um aumento no total dos custos de transação gerados pelas relações contratuais (que, como vimos, tratam-se de “puras ineficiências das relações contratuais, mero atrito na relação comercial entre dois agentes, indisponível para uso útil”²¹⁸).

Entretanto, os autores que defendem a aplicação da *specific performance*, sustentam ainda que a vantagem do *expectation damages* de evitar o aumento nos custos de transação totais é compensado pelo aumento de outro tipo de custo: os custos de litigância²¹⁹ (já que os *expectation damages* incentivariam, como vimos, o inadimplemento eficiente, que provavelmente levará o promissário a ingressar judicialmente pleiteando indenização pelo descumprimento do contrato).

Alan Schwartz propõe que, os ganhos de eficiência com um sistema jurídico que permite a parte lesada requerer que o tribunal ordene a execução específica do contrato em caso de inadimplemento, são os seguintes: i) minimização das ineficiências geradas pela quantificação inadequada das indenizações sob um regime

²¹⁵ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 212

²¹⁶ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 79

²¹⁷ SHAVELL, Steven. Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. **Texas Law Review**. Vol. 84, n. 04, pp. 831-876. Disponível em:

<<http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/Shavell-SpecPerf-06.pdf>> Acesso em: 28 nov. 2018

²¹⁸ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. In: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 168

²¹⁹ SHAVELL, Steven. *Op. Cit.*, p. 851

de *expectation damages*; ii) reduzem a necessidade de cláusulas de *liquidated damages*; iii) minimizam comportamentos oportunistas; e iv) economiza os custos de litigância envolvendo questões complexas de quantificação de indenizações²²⁰.

Entretanto, a proposta do autor norte-americano não é por um sistema jurídico que favoreça a aplicação da *specific performance* como remédio jurídico aplicável para as hipóteses de inadimplemento contratual, mas apenas que a *specific performance* deve ser um remédio jurídico disponível para o promissário caso o promitente não cumpra com a promessa feita no contrato. Parece-nos ser a hipótese do direito contratual brasileiro.

Neste sentido, a previsão do artigo 475 do Código Civil traz ao credor, genérica e amplamente, a possibilidade de escolha pela execução específica do contrato, deixando à disposição do credor a escolha por optar por este remédio e lhe conferindo os instrumentos processuais para que exerça sua pretensão²²¹.

A solução da questão, destarte, é meramente aparente.

Severas críticas foram feitas à teoria da *efficient breach*, de forma que uma regra preferindo a aplicação dos *expectation damages* ao invés da *specific performance*, ou vice-versa, ainda é objeto de vigoroso debate acadêmico entre contratualistas, inclusive quanto aos próprios alicerces racionais que fundam a matéria, como Geoffrey Miller e Theodore Eisenberg esclareceram em recente artigo publicado²²².

Perfeito exemplo dessa afirmativa pode ser encontrado no artigo de Melvin Eisenberg²²³. O autor questiona a própria validade do *Overbidder Paradigm*, que como vimos anteriormente, é um dos principais argumentos levantados pela teoria

²²⁰ SCHWARTZ, Alan. **The Case for Specific Performance**. Yale Law School Legal Scholarship Repository: Faculty Scholarship Series Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1118/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1118&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages> Acesso em: 28 nov. 2018

²²¹ JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos Contratos Por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 192-194

²²² MILLER, Geoffrey Parsons; EISENBERG, Theodore. Damages versus Specific Performance: Lessons for Commercial Contracts. **New York University Law and Economics Working Papers**. Paper 334. Disponível em: <https://lsr.nellco.org/nyu_lewp/334/?utm_source=lsr.nellco.org%2Fnyu_lewp%2F334&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages> Acesso em: 28 nov. 2018

²²³ EISENBERG, Melvin. Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law. **California Law Review**. Vol. 93, n. 04, pp. 975-1050. Disponível em: <<https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=californialawreview>> Acesso em: 26 nov. 2018

econômica dos contratos clássica para explicar a teoria da *efficient breach*, mas sustenta a aplicação de um princípio derivado da *specific performance* com base em argumentos econômicos, ligados aos conceitos de eficiência econômica.

A crítica proposta por Alexandre Cateb e Silvia Veloso nos parece especialmente singular. Propõem os autores que, em verdade, “o que seria realmente uma resposta do direito contratual seria o fomento ao adimplemento, através de mecanismos que fortalecem a segurança nas trocas econômicas”²²⁴.

De fato, diversos autores, inclusive os aqui citados, têm questionado, se não a validade da teoria da *efficient breach*, como propôs o professor da UC Berkeley, pelo menos a racionalidade econômica que a alicerça. Entretanto, como este não é o objeto central deste trabalho, não passaremos a expor *numerus clausus* todas as críticas ou formulações de flanco que permeiam a matéria, bastando o que apresentamos até o momento para os fins que este trabalho se destina.

Destarte, o debate doutrinário acerca da aplicação da teoria da *efficient breach*, mesmo com diversos argumentos contra e a favor, ainda não alcançou uma conclusão final, como até mesmo Posner admitiu em um de seus artigos²²⁵⁻²²⁶.

Desta forma, nos propomos a uma outra perspectiva acerca da teoria da *efficient breach*, que também é uma conclusão alcançada em face da racionalidade econômica acima elaborada e que nos ajuda a responder a questão central deste trabalho: em termos de eficiência econômica, é melhor adotar como norma aplicável ao contrato o Código Civil pátrio ou a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, nos contratos mercantis internacionais?

3.3.3 Uma Outra Perspectiva

A perspectiva que propomos acerca da teoria da *efficient breach* é mais simples e não pretende adentrar nos profundos debates acerca dos argumentos a favor ou

²²⁴ CATEB, Alexandre Bueno; VELOSO, Silvia Mechelany. Análise Econômica Do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**. Vol. 10, pp. 18-44, 2013, Disponível em:

<<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/197/pdf>> Acesso em: 24 nov. de 2018

²²⁵ POSNER, Richard. Let Us Never Blame a Contract Breaker. **Michigan Law Review**. Vol. 107, pp. 1349-1364. Disponível em:

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5199&context=journal_articles>

Acesso em: 26 nov. 2018

²²⁶ Em que pese Posner permaneça defendendo a regra tradicional do *expectation damages*

contra da adoção de determinado remédio jurídico (*specific performance* ou *expectation damages*).

A questão central deste trabalho, efetivamente, nos parece ser melhor respondida através de uma conclusão alcançada por Nicholas Mercurio e Steven Medema ao explicarem a teoria da *efficient breach*.

Para tanto, analisaremos o exemplo do *Overbidder Paradigm* que os autores propõem para explicar a teoria²²⁷, principalmente pelo fato de o exemplo se valer de um contrato de compra e venda de mercadoria, se aproximando muito do contexto deste trabalho. Reproduziremos o exemplo trazido pelos professores da Michigan State University e da University of Colorado, respectivamente, utilizando os mesmos nomes fictícios das partes do caso hipotético, sem generalizar para símbolos matemáticos, como vínhamos fazendo anteriormente.

Adicionamos, ainda, comentários ao decorrer da explicação do exemplo e retiramos algumas informações constantes do caso fictício, que servem apenas para explicar institutos do direito contratual norte-americano, que não encontram equivalência no direito brasileiro e são indiferentes para a conclusão final que iremos alcançar.

O exemplo se apresenta, também, como forma de fixarmos todos os argumentos econômicos vistos anteriormente, a favor de cada um dos remédios jurídicos abordados.

Suponhamos que a Concessionária Acme esteja vendendo um carro X ao preço de R\$12.000,00. Fred está disposto a pagar até R\$15.000,00 pelo carro (valor subjetivo que Fred dá ao carro – prestação da obrigação firmada pela Acme), firmando um contrato de compra e venda com Acme para compra do carro pelo preço ofertado de R\$12.000,00, onde fica estipulado o prazo de três dias para que Fred retorne à Acme para efetuar o pagamento e efetuar a tradição.

Após a assinatura do contrato, Fred se dirige a uma revendedora de autopeças, onde compra novos aros e novos pneus para colocar em seu carro recém-adquirido, gastando R\$800,00 não-reembolsáveis para tanto.

Todavia, logo após Fred deixar a Concessionária Acme, Jim vai até à concessionária e oferece R\$13.000,00 à Acme para comprar o carro X (que é o mesmo valor subjetivo que Jim dá ao carro).

²²⁷ MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 76-79

A Concessionária Acme, caso desavisada da possível indenização que terá que pagar à Fred, irá querer resolver o contrato que firmou com Fred para que possa vender o carro X à Jim, já que a Acme irá lucrar R\$1.000,00 a mais caso efetivamente venda o carro para Jim (supondo que a Acme seja uma parte auto-interessada). Entretanto, como Fred valoriza o carro X à R\$15.000,00 (por qualquer motivo que seja, como por exemplo utilizar o veículo para uso profissional), enquanto Jim valoriza o carro X em R\$13.000,00, o rompimento do contrato firmado vai se suceder em um resultado ineficiente (leia-se, não será pareto-eficiente).

Na hipótese de Acme efetivamente vir a resolver o contrato com Fred e vender o carro X para Jim, se Fred buscar indenização perante os tribunais pelos prejuízos que percebeu diante da conduta faltosa da Concessionária Acme, o valor da indenização à título de perdas e danos será de R\$3.800,00 (proveito que Fred efetivamente deixou de auferir por não ter recebido o bem que lhe foi prometido – R\$3.000,00 –, mais o valor gasto por Fred por ter confiado que Acme cumpriria com sua promessa contratual – R\$800,00), supondo que o tribunal tenha informações o suficiente sobre quanto Fred valorava o carro no momento da assinatura do contrato, de forma a colocar Fred na situação que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido pela Acme.

Se Acme tiver consciência do valor que terá de pagar à Fred à título de indenização por perdas e danos, sendo parte auto-interessada, Acme decidirá por não resolver o contrato e cumprir com sua promessa contratual (não adotará conduta oportunista, apropriatória), já que o aumento de lucro que terá por vender o carro à Jim (R\$1.000,00) será inferior ao valor da indenização por perdas e danos que Acme terá de pagar à Fred (R\$3.800,00).

Todavia, caso a proposta de Jim fosse pagar pelo carro o valor de R\$20.000,00, mesmo Acme sabendo do valor que iria pagar à Jim à título de indenização por perdas e danos, a conduta de Acme seria resolver o contrato e vender o carro à Jim (já que lucrará com a venda para Jim o valor de R\$8.000,00, devendo indenizar Fred o valor de R\$3.800,00). A conduta de Acme, agora, sucede um resultado de eficiência econômica, pois mesmo após Fred ser indenizado pelas suas perdas e danos, o excedente econômico da operação será maior que zero. A razão deste resultado é, justamente, o fato de nesta segunda hipótese Jim valorizar o carro mais do que Fred, por qualquer motivo que seja.

Daí a racionalidade econômica de que a teoria da *efficient breach* faz com que os bens fluam das mãos das pessoas que valorizam menos os bens, para aquelas que mais os valorizam, de forma a gerar eficiência econômica, que poderá ser tanto pareto-eficiente, caso a parte lesada seja efetivamente compensada, ou apenas Kaldor-Hicks eficiente, caso a parte lesada possa ser potencialmente compensada.

Em geral, caso o remédio jurídico aplicado pelos tribunais seja a aplicação das perdas e danos como remédio jurídico para a hipótese de resolução do contrato por inadimplemento, Acme terá incentivos para não resolver o contrato com Fred por qualquer valor abaixo de R\$15.800,00 e terá incentivos para resolver o contrato por qualquer valor acima. Abstraindo para uma situação genérica, existem incentivos para execução e inadimplemento eficientes.

Vejamos que, neste exemplo hipotético, não verificamos o problema de assimetria de informações entre o tribunal e as partes contratantes, que como vimos anteriormente, é um problema real e deve ser levado em consideração.

Todavia, caso o remédio jurídico aplicado para a hipótese de inadimplemento contratual suscitada acima fosse a *specific performance*, Acme seria obrigada a vender o carro X para Fred por R\$12.000,00. O único óbice a tal situação é que o carro X ainda exista no momento em que o tribunal conceda à Fred o direito de exigir a execução específica do contrato.

Se estivermos diante da primeira hipótese do caso fictício relatado (com Jim valorizando o bem à R\$13.000,00), a aplicação da *specific performance* sucederá um resultado eficiente, alocando o bem com quem mais o valoriza.

Se, entretanto, estivermos diante da segunda hipótese do caso fictício relatado (com Jim valorizando o bem à R\$20.000,00), o que ocorrerá é que será necessária uma transação a mais para que o resultado eficiente se suceda. Neste caso, Jim oferecerá à Fred (que será o então proprietário do veículo) para comprar o carro X pelo preço de R\$20.000,00, de forma que Fred, valorizando o bem em apenas R\$15.000,00, o venderá para Jim.

Assim, a menos que os custos de transação sejam altos o suficiente a ponto de inviabilizar uma segunda transação, a *specific performance* também resultará em um desfecho eficiente para a transação.

Outra alternativa possível, ainda, é que a Acme, sabendo da possibilidade de Fred pleitear judicialmente a execução específica do contrato, irá entrar em negociações com Fred para transacionar sobre a resolução do contrato, de maneira a

pagar à Fred o valor que ele esperava receber diante da execução do contrato e de forma a perceber os lucros decorrentes da maior valorização de Jim sobre o carro X.

O que ocorrerá, é que o tribunal, ao conceder a *specific performance* para Fred, lhe estará dando o direito de auferir os ganhos decorrentes da maior valorização de Jim sobre o bem, ou seja, sua maior capacidade e vontade de pagar um valor mais alto pelo bem. Ao revés, sobre um sistema de *expectation damages*, seria a Concessionária Acme quem iria auferir estes ganhos. Em uma hipótese, o excedente econômico da transação ficará com Fred (*specific performance*), enquanto que na outra o excedente econômico da transação ficará com a Acme (perdas e danos).

Daí a conclusão que Nicholas Mercurio e Steven Medema alcançam: “a diferença entre um sistema que concede perdas e danos para as hipóteses de resolução contratual por inadimplemento e um que aplica mais indiscriminadamente a *specific performance* é puramente distributiva”²²⁸ (lembrando-se dos efeitos das externalidades sobre ambos os remédios jurídicos citados, como já vimos).

Ou seja, para o vendedor, é mais favorável um sistema que lhe garanta perceber o excedente econômico das transações, que seria o sistema das perdas e danos. Já para o comprador, um sistema que garanta que irá perceber o excedente econômico das transações diante do *Overbidder Paradigm*, ou, pelo menos, efetivamente perceber aquilo que esperava com a execução do contrato, que seria um sistema que favorece a *specific performance*.

Como vimos anteriormente, os mecanismos de resolução contratual dos artigos 474 e 475 do Código Civil têm prevalência pelas perdas danos ao invés da execução específica do contrato²²⁹.

Como passaremos a demonstrar, a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacionais de Mercadoria possui um sistema que privilegia à *specific performance* nas hipóteses de inadimplemento contratual, principalmente em relação aos remédios jurídicos disponíveis à disposição do comprador. Ou, pelo menos, privilegia a *specific performance* de maneira mais assídua do que o Código Civil brasileiro.

²²⁸ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 76-79

²²⁹ CATEB, Alexandre Bueno; VELOSO, Sílvia Mechelany. Análise Econômica Do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**. Vol. 10, pp. 18-44, 2013, Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/197/pdf>> Acesso em: 24 nov. de 2018.

Desta forma, a resposta à pergunta “em termos de eficiência econômica, é melhor adotar como norma aplicável ao contrato o Código Civil brasileiro ou a Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, nos contratos mercantis internacionais?” nos parece ser clara.

Se ambos grandes grupos de remédios jurídicos (*specific performance* e perdas danos) podem alcançar resultados eficientes em caso de inadimplemento contratual, não havendo concordância na doutrina acerca da preferência de um remédio jurídico sobre outro, caberá ao *player* brasileiro: quando atuar como vendedor, escolher a norma que adota um sistema de perdas e danos (Código Civil – que, no mínimo, não privilegia tanto à *specific performance* quando comparado com o diploma internacional); e, quando atuar como comprador, a norma que melhor favorece a *specific performance* (a CISG), considerando, principalmente o Paradigma do *Overbidder*.

A conclusão acima alcançada encerra os estudos deste trabalho sobre a análise econômica do direito.

Passaremos, agora, a demonstrar como a CISG possui um sistema que fortemente possibilita a execução específica do contrato em caso de inadimplemento contratual por parte do vendedor, de forma que ao comprador lhe seria mais favorável sua aplicação.

4 A CISG COMO ALTERNATIVA AOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL DO CÓDIGO CIVIL DIANTE DA *EFFICIENT BREACH*

Os capítulos antecedentes nos serviram para alicerçar os estudos sobre a Análise Econômica do Direito, notadamente a aplicação da teoria da eficiência ao direito contratual, de forma que alcançamos no último tópico, pelo viés econômico, a resposta à pergunta que é objeto central deste trabalho, que busca promover uma análise comparativa entre o Código Civil brasileiro e a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional De Mercadorias – *Convention for the International Sale of Goods* (CISG).

Como vimos, a resposta é puramente lógica, de forma que para determinar a escolha pela CISG, devemos avaliar o quanto a norma internacional favorece a *specific performance*, quando comparada com as provisões do direito contratual interno (pois, se favorece a execução específica do contrato, não poderá favorecer um sistema de resolução contratual).

Se a norma que lhe é mais favorável, diante do Paradigma do *Overbidder*, é aquela que garante incentivos à resolução do contrato, com a respectiva indenização por perdas e danos, terá o vendedor motivos para preferir o Código Civil ao invés da CISG (pois menos protetivo que a CISG). Ao revés, se para o comprador a norma mais favorável for aquela que reforce a execução específica do contrato, então é na CISG que o comprador encontrará abrigo, como demonstraremos a seguir.

Para tanto, passaremos a uma breve introdução da CISG, para, então, verificarmos como se comportam os mecanismos de resolução contratual diante de inadimplemento do vendedor.

4.1 BREVE INTRODUÇÃO À CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG)

Ratificada pelo Brasil no ano de 2014, com vigência iniciada especificamente em 16 de outubro de 2014, a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (*Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG*) trouxe um novo panorama para o comércio internacional brasileiro. A adesão do Brasil ao tratado colocou o país dentro do grupo

das 87 nações que já aderiram ao diploma internacional²³⁰, que visa unificar as normas acerca dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

A CISG é o mais importante tratado para uniformização do direito comercial, contando com a assinatura de países de todas as tradições jurídicas: anglo-saxões, romano-germânicas²³¹ e, ainda, islâmicas, como Iraque e Israel²³². Em 2010 (antes da adesão do Brasil à Convenção), a CISG já (potencialmente) regulava em torno de 80% de todo o comércio mundial de mercadorias²³³, tendo este número sido potencialmente elevado pela adesão do Brasil, Turquia, Costa Rica e outros dez países à Convenção, apenas nesta década.

Com uma visão moderna sobre os principais institutos dos contratos de compra e venda, o principal objetivo da CISG, que tem sido alcançado com significativo sucesso desde a sua criação, é uniformizar o arcabouço normativo que irá regular as relações contratuais do comércio internacional de mercadorias, fornecendo um entendimento comum acerca das normas que regulam tais relações para as partes espalhadas ao redor do mundo²³⁴.

A entrada em vigor da CISG no Brasil representa muitas vantagens. A uniformização do direito internacional em matéria de compra e venda de mercadorias promove segurança jurídica aos *players* que atuam no cenário internacional, face a previsibilidade quanto ao direito aplicável²³⁵.

De fato, aliar um arcabouço normativo moderno, capaz de satisfazer com sucesso os anseios de países com tradições jurídicas distintas, de forma a promover a uniformização do direito comercial internacional, de maneira a aumentar o nível de

²³⁰ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Status of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> Acesso em: 29 de nov. 2018

²³¹ WALD, Arnoldo; COSTA, José Augusto Fontoura; VIEIRA, Máira de Melo. O Impacto da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias no Direito Brasileiro: Visão Geral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 17-31

²³² UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Status of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> Acesso em: 29 de nov. 2018

²³³ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 1

²³⁴ KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales *in* KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)**. Munique: C.H.Beck, 2011, p.2

²³⁵ WALD, Arnoldo; COSTA, José Augusto Fontoura; VIEIRA, Máira de Melo. *Op. Cit.*, pp. 17-31

segurança jurídica para as partes no comércio internacional, parece que tem sido o principal motivo de sucesso da CISG.

A razão do sucesso da CISG também pode ser fundamentada através da análise econômica do direito. A uniformização das normas de comércio internacional propicia a redução dos custos de transação, pois haverá menos necessidade de barganha para definir a lei que regerá o contrato, reduzindo o tempo de negociação, bem como haverá redução dos custos para obtenção de informações acerca da lei contratual do outro país contratante (já que o tratado já será conhecido no ordenamento nacional), traduções, consultoria jurídica especializada em direito estrangeiro para a elaboração do contrato e os custos de se litigar perante um ordenamento jurídico estrangeiro²³⁶.

No Brasil, apesar da recente adesão do país à Convenção, já podia se ver a influência da CISG no direito contratual brasileiro há tempos, pelo menos desde 2001, quando o Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que já escrevia sobre a CISG desde 1994²³⁷, fundamentou em um de seus votos, ainda que como *obiter dictum* (já que a CISG sequer se aplicava à espécie de contrato que estava em julgamento), que o princípio do adimplemento substancial estava consagrado, também, pela Convenção de Viena de 1980²³⁸. A mesma situação (referência à CISG como *dicta* em julgados referentes ao direito contratual interno) ocorreu em pelo menos outros dois julgados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo²³⁹⁻²⁴⁰.

²³⁶ TIMM, Luciano Benetti; MOSER, Luiz Gustavo Meira. A Convenção de Viena Sobre a Compra e Venda de Mercadorias (CISG) em Perspectiva de uma Análise Econômica. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 239-257

²³⁷ JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento do devedor. **Revista de Informação Legislativa**. Vol. 121, pp. 211-226, 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496853>> Acesso em: 29 de nov. 2018

²³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 272.739/MG. Recorrente: Excel Credito Financiamento e Investimento S/A. Recorrido: Ailton de Souza Rocha. Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília. Disponível em: <<http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/stj2.pdf>> Acesso em: 29 nov. 2018

²³⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1.170.013-1. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Enio Santarelli Zuliani. Julgado em 24 de abr. 2008. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/080424portuguese.pdf> Acesso em: 29 nov. 2018

²⁴⁰ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 379.981-40. Décima Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Candido Alem. Julgado em 03 de jul. 2007. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/070703portuguese.pdf> Acesso em: 29 nov. 2018

Oficialmente, a vigência da Convenção no Brasil iniciou-se em dezesseis de outubro de 2014, quando foi publicado o decreto presidencial n. 8.327/14 que promulgou a Convenção²⁴¹, ratificando a adesão do Brasil à CISG.

Após a ratificação, a Convenção passou a incorporar o ordenamento jurídico nacional, estando situada, no sistema jurídico, nos mesmos planos de validade, de eficácia e de autoridade das leis ordinárias, em paridade normativa com as normas de direito interno, prevalecendo em relação à tais normas contratuais pela aplicação do critério cronológico, pelo qual a regra posterior revoga a anterior, se com ela colidir²⁴².

Com a adesão oficial do Brasil à CISG, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul adotou posição de vanguarda e foi primeiro a fundamentar um de seus acórdãos com base nas provisões da Convenção, a utilizando como “marco jurídico” (*rectius*, norma material) para decidir o mérito da lide²⁴³.

Cumprido esclarecer, inicialmente, que o regime jurídico brasileiro reproduz, estruturalmente, o mesmo sistema jurídico previsto pela Convenção²⁴⁴, salvo as óbvias exceções relacionadas a interpretação da Convenção de acordo com seu caráter internacional e uniformizador, conforme previsto pelo artigo 7 (1) da CISG²⁴⁵, que irá alterar a forma de abordagem de alguns institutos, para além outras exceções relacionadas as regras materiais da Convenção, que já não são tão óbvias assim.

Neste sentido, percebe-se equivalência entre os princípios informadores do direito brasileiro e os da CISG, tais como a autonomia da vontade, a boa-fé objetiva

²⁴¹ BRASIL. **Decreto nº. 8.327**, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Brasília, DF, 16 out. 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2014/decreto-8327-16-outubro-2014-779444-publicacaooriginal-145184-pe.html> Acesso em: 29 nov. 2018

²⁴² BASÍLIO, Ana Tereza. Aplicação e Interpretação da Convenção de Viena Sob a Perspectiva do Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 33-45

²⁴³ RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70072362940 (n. CNJ 0000409-73.2017.8.21.7000). Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 14 de fev. 2017. Disponível em: www.cisg-brasil.net/downloads/Acordao-CISG-TJRS.pdf. Acesso em 29 nov. 2018

²⁴⁴ JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento do devedor. **Revista de Informação Legislativa**. Vol. 121, pp. 211-226, 1994. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496853> > Acesso em: 29 de nov. 2018

²⁴⁵ Article 7 (1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade. (UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Vienna: United Nations, 2010)

(incluindo seus deveres anexos e figuras parcelares) e o consensualismo na formação do contrato, tendo em vista que a Convenção foi primordialmente inspirada no *Uniform Commercial Code* americano e o *Bürgerliches Gesetzbuch* alemão (Código Civil da Alemanha), que já influenciavam fortemente o direito brasileiro para o desenvolvimento de alguns institutos no ordenamento interno²⁴⁶.

Por exemplo, as figuras da violação positiva do contrato, do inadimplemento antecipado, do inadimplemento substancial como requisito para o credor poder exercer o direito à resolução do contrato e o dever do credor de mitigação dos danos, presente no ordenamento brasileiro como figura parcelar da boa-fé objetiva, são hipóteses em que se encontra equivalência dos institutos previstos na Convenção e no direito interno brasileiro²⁴⁷.

Reserva-se especial atenção, entretanto, as diferenças existentes entre o sistema de resolução contratual que a CISG dispõe e aquele previsto no Código Civil. A CISG dispõe, como iremos explicar nas linhas abaixo, de um mecanismo de resolução contratual que garante à parte lesada buscar, através de diversos mecanismos, a execução específica das obrigações contratuais. Não se encontra, neste grau, equivalência no direito brasileiro²⁴⁸.

No que concerne à esfera de aplicação da Convenção, Ana Tereza Basílio propõe didática classificação do âmbito de aplicação da CISG, a partir da análise das disposições do art. 1º da Convenção²⁴⁹, que trata sobre a matéria²⁵⁰.

²⁴⁶ WALD, Arnaldo; COSTA, José Augusto Fontoura; VIEIRA, Maíra de Melo. O Impacto da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias no Direito Brasileiro: Visão Geral. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 17-31

²⁴⁷ *Ibidem*, loc. cit.

²⁴⁸ TIBURCIO, Carmen. Consequências do Inadimplemento Contratual na Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias (CISG). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 167-183

²⁴⁹ Article 1 (1) This Convention applies to contracts of sale of goods between parties whose places of business are in different States: (a) when the States are Contracting States; or (b) when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State. (2) The fact that the parties have their places of business in different States is to be disregarded whenever this fact does not appear either from the contract or from any dealings between, or from information disclosed by, the parties at any time before or at the conclusion of the contract. (3) Neither the nationality of the parties nor the civil or commercial character of the parties or of the contract is to be taken into consideration in determining the application of this Convention. (UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Vienna: United Nations, 2010)

²⁵⁰ BASÍLIO, Ana Tereza. Aplicação e Interpretação da Convenção de Viena Sob a Perspectiva do Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 33-45

A Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias, celebrados entre partes residentes em estados distintos. Veja-se que o contrato tem de ser de: a) compra e venda (aceitando-se que no instrumento contratual existam outros arranjos contratuais – como por exemplo, provisões de financiamento – desde que a parte preponderante do contrato seja uma obrigação de entrega de um bem em troca do pagamento do preço, não ficando as cláusulas estranhas à relação de compra e venda dentro do âmbito de aplicação da CISG), b) de mercadoria (excluídos alguns tipos de bens móveis e especialmente a compra e venda de participação societária) e c) entre partes que tenham seu *place of business* em países diferentes (internacionalidade, elemento estrangeiro do contrato, não sendo necessário que sejam de nacionalidades diferentes – artigo 1 (3) – ou que a sede principal das companhias sejam em países diferentes, podendo ser o *place of business* a sede da subsidiária que firmou o contrato, a depender do caso concreto), sendo estes critérios cumulativos²⁵¹.

Estando as partes domiciliadas em países diferentes, a Convenção irá se aplicar de duas formas: i) no caso de ambas as partes contratantes terem domicílio em países que ratificaram a CISG ou ii) caso as regras de direito internacional privado determinem a aplicação da lei de um estado signatário da Convenção, o que implicará indiretamente na adoção da CISG, sendo estes critérios alternativos²⁵².

Estão expressamente excluídos do âmbito de aplicação da CISG, de acordo com o que dispõe o artigo 2º da Convenção²⁵³: a) a compra e venda de mercadorias para uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor não sabia ou não deveria saber que os bens foram comprados para estas finalidades; b) bens adquiridos em hasta pública ou por execução judicial; c) compra e venda de valores

²⁵¹ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 31-39

²⁵² BASÍLIO, Ana Tereza. Aplicação e Interpretação da Convenção de Viena Sob a Perspectiva do Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 33-45

²⁵³ Article 2 This Convention does not apply to sales: (a) of goods bought for personal, family or household use, unless the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use; (b) by auction; (c) on execution or otherwise by authority of law; (d) of stocks, shares, investment securities, negotiable instruments or money; (e) of ships, vessels, hovercraft or aircraft; (f) of electricity. (UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Vienna: United Nations, 2010)

mobiliários e moeda; d) compra e venda de navios, embarcações e aeronaves; e e) compra e venda de eletricidade²⁵⁴.

Não obstante, a CISG tem como característica essencial o princípio da autonomia da vontade²⁵⁵, motivo pelo qual é amplamente lícito às partes contratantes excluir a aplicação da CISG em determinado contrato de compra e venda internacional de mercadorias (*opt-out*), ao teor do artigo 6 da Convenção²⁵⁶.

A derrogação da aplicação da CISG pode se dar por meio de cláusulas de *choice of law*, que podem ser positivas (onde as partes contratantes designam a lei de determinado país como aplicável ao contrato) ou negativas (onde as partes excluem a aplicação da lei de determinado país que seria outrora aplicável pelas regras de direito internacional privado)²⁵⁷.

Deve-se deixar claro, entretanto, que é praticamente unânime na doutrina e na jurisprudência da Convenção, que as cláusulas de *choice of law* positivas, que indiquem como lei aplicável ao contrato a lei de um país signatário da Convenção, não são suficientes para implicar na derrogação da aplicação da CISG, já que não haveria clara manifestação da vontade em excluir a aplicação da Convenção, que foi incorporada à lei do Estado signatário que é indicado na cláusula (ainda que se trate de indicação de uma lei “neutra” ao contrato, i.e., que não seja a lei de nenhuma das partes contratantes)²⁵⁸. Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer listam, pelo menos, vinte decisões judiciais e outras dez sentenças arbitrais que seguiram este entendimento²⁵⁹.

Neste sentido, o método de exclusão de aplicação da CISG que provém maior segurança jurídica (e que é normalmente utilizado no comércio internacional) é a exclusão expressa de sua aplicação, por meio da adoção de cláusula contratual

²⁵⁴ BASÍLIO, Ana Tereza. Aplicação e Interpretação da Convenção de Viena Sob a Perspectiva do Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 33-45

²⁵⁵ MISTELIS, Loukas. Article 6. *In*: KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Munique: C.H.Beck, 2011, p.99

²⁵⁶ Article 6 The parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions. (UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Vienna: United Nations, 2010)

²⁵⁷ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 108-112

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 108

²⁵⁹ *Ibidem*, pp. 109-110

neste sentido, seguido de cláusula designando a lei de um determinado país para reger a relação contratual²⁶⁰.

A maioria dos sistemas jurídicos ao redor do mundo reconhecem a validade da cláusula contratual que indica a lei que regerá a relação contratual (*choice of law clauses*)²⁶¹, de sorte que a adoção de tal cláusula implicará em praticamente infirmar os problemas de *conflict of laws* que podem decorrer da exclusão da aplicação da CISG (desde que a redação da cláusula esteja clara, como proposto no parágrafo antecedente).

É possível, ainda, que as partes contratantes, mesmo residentes em países não-signatários, apontem como lei aplicável ao contrato a lei de um país signatário da Convenção, incluindo a CISG, de forma que de acordo com o artigo 1 (1) (b) da Convenção, a CISG seria aplicável àquele contrato (considerando que o Estado indicado na *choice of law clause* não tenha declarado uma reserva ao artigo 1 (1) (b) quando da sua adesão à Convenção)²⁶².

Estes apontamentos, ainda que sucintos (pois a aplicabilidade material da CISG e as disposições do artigo 6 da Convenção ensejam maiores desdobramentos), nos são muito importantes para respondermos à questão central deste trabalho. Diante da possibilidade de derrogação da aplicação da CISG, surge o questionamento os *players* brasileiros se efetivamente tornar a sua aplicação rotineira valeria à pena.

Em termos gerais, como vimos, a aplicação da CISG é sempre recomendável. O seu sucesso como uma norma internacional que provêm um arcabouço normativo moderno, capaz de satisfazer com sucesso os anseios de países com tradições jurídicas distintas, de forma a promover a uniformização do direito comercial internacional e a segurança jurídica entre as partes são argumentos que não deixam dúvidas para uma forte adesão dos *players* brasileiros à CISG. Estes argumentos, aliados com os argumentos da *Law and Economics* de que a adesão do Brasil à CISG promove a redução dos custos de transação nos contratos mercantis internacionais, de fato colocam a CISG em papel de extrema relevância para o comércio internacional, inclusive para todos os *players* brasileiros.

²⁶⁰ KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena: Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100-101

²⁶¹ *Ibidem*, p. 100

²⁶² SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 116

A questão se torna especialmente sensível, como vimos anteriormente, para quando os *players* brasileiros estejam atuando como compradores no comércio internacional, principalmente diante do Paradigma do *Overbidder*, que indica que a parte compradora deve preferir normas garantam a execução específica das obrigações do contrato, ao invés da resolução do contrato com o pagamento de indenização por perdas e danos.

Ora, é possível, diante do Paradigma do *Overbidder* (que pode ocorrer, por exemplo, com um repentino aumento na movimentação do mercado), que parte compradora tenha que se proteger de condutas oportunistas por parte dos vendedores, valendo-se da CISG como instrumento normativo para garantir tal proteção. Não só para se proteger de condutas oportunistas, mas também para garantir que, diante de um cenário de aquecimento de seu respectivo mercado (onde poderá ocorrer uma valorização das mercadorias), terá instrumentos contratuais para lhe garantir perceber o excedente econômico das transações.

Como veremos a seguir, a CISG possui um sistema de resolução contratual que tem a resolução contratual como a *ultima ratio*²⁶³. Este sistema, mais protetivo que o previsto no direito brasileiro, seria mais favorável ao comprador, como confirmamos anteriormente através dos estudos de análise econômica dos contratos.

Nos cabe demonstrar, agora, como funcionam os mecanismos de resolução contratual no âmbito de aplicação da CISG, especificamente quanto as hipóteses de inadimplemento por parte do vendedor e as alternativas que apresentam ao comprador, na Convenção, para garantir a execução específica das obrigações do contrato.

4.2 DAS CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DO VENDEDOR NA CISG, O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A *SPECIFIC PERFORMANCE*

Um conjunto de fatores pode ser considerado para alcançarmos a conclusão de que a CISG possui um sistema que melhor privilegia a execução

²⁶³ TIBURCIO, Carmen. Consequências do Inadimplemento Contratual na Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias (CISG). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 167-183.

específica do contrato do que o Código Civil brasileiro, especialmente diante do Paradigma do *Overbidder*.

Como visto, as previsões do art. 475 do Código Civil possuem prevalência por um sistema de indenização por perdas e danos²⁶⁴, já que concede livremente à escolha do credor a opção por exigir o cumprimento específico da obrigação ou resolver o contrato, cabendo em ambas as hipóteses indenização por perdas e danos, ressalvado algumas exceções, como a hipótese de adimplemento substancial²⁶⁵.

Neste sentido, como explicamos anteriormente, a previsão do artigo 475 do Código Civil traz ao credor, genérica e amplamente, a possibilidade de escolha pela execução específica do contrato, deixando à disposição do credor a escolha por optar por este remédio e lhe conferindo os instrumentos processuais para que exerça sua pretensão²⁶⁶, inexistindo, todavia, qualquer estrutura formal de incentivo à aplicação deste remédio jurídico ou instrumento normativo que garanta ao credor a execução específica do contrato, tal como ocorre na CISG.

Diferentemente do direito civil brasileiro, que é menos exigente, a CISG possui um sistema de resolução contratual que propõe, ao máximo, a preservação do contrato, tendo a resolução contratual como a *ultima ratio*, garantido à parte lesada buscar, através de diversos mecanismos, a execução específica das obrigações contratuais²⁶⁷

De fato, a CISG possui um sistema de resolução contratual muito mais orientado à execução específica do contrato do que o previsto no o Código Civil brasileiro, sendo essa uma das diferenças perceptíveis entre o sistema contratual brasileiro interno e a Convenção²⁶⁸.

A CISG, neste sentido, adota uma “política de preservação do contrato” que reflete nos mecanismos de resolução contratual para adotar “a execução específica

²⁶⁴ CATEB, Alexandre Bueno; VELOSO, Silvia Mechelany. Análise Econômica Do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**. Vol. 10, pp. 18-44, 2013, Disponível em:

<<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/197/pdf>> Acesso em: 24 nov. de 2018.

²⁶⁵ TIBURCIO, Carmen. Consequências do Inadimplemento Contratual na Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias (CISG). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 167-183

²⁶⁶ JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos Contratos Por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 192-194

²⁶⁷ TIBURCIO, Carmen. *Op. Cit.*, Vol. 37, pp. 167-183.

²⁶⁸ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Direito Uniforme Sobre a Compra e Venda de Internacional de Mercadorias *in*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). **Direito Comercial Internacional: Teoria Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 471-497

do contrato como medida prioritária em hipóteses de descumprimento do contrato”²⁶⁹. Efetivamente, não se percebe tal provisão no Código Civil.

Em verdade, Peter Huber explica que o recurso mais característico dos mecanismos de resolução contratual (*system of remedies*) da CISG, é o espírito da Convenção de preservar os contratos e evitar ao máximo desfazer-los, até quando for possível. Principal consequência disso é que a resolução do contrato somente estará disponível como um remédio de último recurso, de forma a ensejar a execução específica do contrato²⁷⁰.

Para os fins deste trabalho, que busca analisar a hipótese de *non-delivery* (diante do Paradigma do *Overbidder*, onde há o risco de o vendedor não entregar os bens para iniciar relações contratuais com um terceiro), dois instrumentos normativos sustentam a afirmação de que a CISG mais favorece a execução específica do contrato ao invés da legislação contratual interna: i) as provisões da CISG sobre a *specific performance* e ii) o mecanismo de *Nachfrist* previsto para a hipótese de *non-delivery*. Veremos, senão, como estes instrumentos normativos se desenvolvem, a fim de sustentar a tese de que a CISG mais favorece a execução específica do contrato.

4.2.1 A *Specific Performance* na CISG Como Remédio do Comprador

Em caso de inadimplemento do vendedor, o artigo 45 (1) da Convenção²⁷¹ é a fonte dos direitos que o comprador pode exercer. Carmen Tiburcio aponta que o artigo 45 (1) indica para o comprador a possibilidade de escolher entre três grandes remédios que lhe estão disponíveis: a) o direito de exigir o cumprimento do contrato; b) o direito de pedir a resolução do contrato, com a respectiva indenização por perdas e danos; e c) o direito de reclamar a redução do preço²⁷².

²⁶⁹ KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena: Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 393

²⁷⁰ HUBER, Peter. **CISG – The Structure of Remedies**. Albert. H. Kritzer CISG Database. Disponível em: https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/huber1.html#* Acesso em: 30 nov. 2018

²⁷¹ Article 45 (1) If the seller fails to perform any of his obligations under the contract or this Convention, the buyer may: (a) exercise the rights provided in articles 46 to 52; (b) claim damages as provided in articles 74 to 77. (UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Vienna: United Nations, 2010)

²⁷² TIBURCIO, Carmen. Consequências do Inadimplemento Contratual na Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias (CISG). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 167-183.

Peter Huber ainda aponta a presença de um outro remédio disponível ao comprador, qual seja, o direito de suspender a performance de suas obrigações contratuais ainda pendentes, até que o vendedor venha a adimplir com as suas respectivas obrigações²⁷³.

Especificamente quanto ao direito do comprador à *specific performance*, a sua previsão na Convenção se percebe do artigo 46²⁷⁴. Em verdade, o artigo 46, como dispõe Schwenzler e Schlechtriem, quando interpretado conjuntamente com os artigos 48 e 49 da Convenção, expressa o princípio da prioridade do direito de requerer a performance do contrato²⁷⁵.

De fato, o artigo 46 da CISG prevê um amplo direito ao comprador de pleitear a execução específica do contrato, de forma que retira dos tribunais o poder de discricionariedade para recusar um pedido de *specific performance*²⁷⁶ (ressalvadas, obviamente, as hipóteses em que o pedido não preenche os requisitos para a concessão da medida).

O artigo 46 (1) da CISG dispõe expressamente que “o comprador poderá exigir a execução do contrato do vendedor”²⁷⁷. Didaticamente, aponta-se que o artigo 46 (1) aplica-se às hipóteses: de não entrega dos bens, surgindo ao comprador o direito de exigir o cumprimento do contrato, forçando o vendedor a entregar os bens prometidos (hipótese esta que seria a aplicável para situações de Paradigma do *Overbidder*); de quando o vendedor entregar a mercadoria em local distinto do previsto contratualmente, com o comprador rejeitando receber os bens em lugar diverso e

²⁷³ HUBER, Peter. Article 45 in KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Munique: C.H.Beck, 2011, p. 683

²⁷⁴ Article 46 (1) The buyer may require performance by the seller of his obligations unless the buyer has resorted to a remedy which is inconsistent with this requirement. (2) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require delivery of substitute goods only if the lack of conformity constitutes a fundamental breach of contract and a request for substitute goods is made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter. (3) If the goods do not conform with the contract, the buyer may require the seller to remedy the lack of conformity by repair, unless this is unreasonable having regard to all the circumstances. A request for repair must be made either in conjunction with notice given under article 39 or within a reasonable time thereafter. (UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Vienna: United Nations, 2010)

²⁷⁵ SCHWENZLER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 706

²⁷⁶ WALT, Steven. **For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention**. Albert. H. Kritzer CISG Database. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/walt.html#b10>
Acesso em: 30 nov. 2018

²⁷⁷ Tradução livre. No original: The buyer may require performance by the seller

requerendo a entrega no local correto; de o vendedor ter por algum motivo falhado em transferir a propriedade dos bens para o comprador; de o vendedor não ter entregue corretamente os documentos relativos aos bens transacionados; e de quando o vendedor descumpra sua obrigação de instruir o comprador quanto ao uso dos bens comercializados²⁷⁸.

Já a provisão do artigo 46 (2) garante ao comprador o direito de requerer a entrega de mercadoria substituta, em caso de não-conformidade dos bens com a qualidade acordada no contrato, enquanto que a disposição do artigo 46 (3), prevê a possibilidade de o comprador requerer do vendedor o reparo dos bens que estejam em desconformidade com o contrato²⁷⁹.

Steven Walt propõe que o direito do comprador à *specific performance* na CISG é amplo, sob diversos aspectos²⁸⁰. Um primeiro aspecto seria a possibilidade de escolher, em face do incumprimento do contrato por parte do vendedor, entre a performance do contrato ou a indenização por perdas e danos.

Isto é, preenchidos, ao mesmo tempo, os requisitos necessários para que o comprador possa requerer tanto a performance específica do contrato (prevista no artigo 46 da Convenção), quanto a resolução do contrato com a respectiva indenização por perdas e danos (prevista no artigo 49 da Convenção) ou a redução no preço das mercadorias (previsto no artigo 50 da CISG), o comprador terá o direito de livremente escolher qual remédio jurídico será aplicado²⁸¹.

Poderá o comprador, inclusive, caso se arrependa da opção que fez, exercer o *ius variandi* e pleitear a aplicação de outro remédio jurídico desfavor do vendedor (como a resolução do contrato, com a respectiva indenização por perdas e danos, por exemplo), que apenas poderá ser temporariamente restringido, na hipótese

²⁷⁸ HUBER, Peter. Article 46 in KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Munique: C.H.Beck, 2011, p. 688

²⁷⁹ FITZGERALD, John. **CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec**. Albert. H. Kritzer CISG Database. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/1fitz.html> Acesso em 30 nov. 2018

²⁸⁰ WALT, Steven. **For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention**. Albert. H. Kritzer CISG Database. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/walt.html#b10> Acesso em: 30 nov. 2018

²⁸¹ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 695

de o comprador ter voluntariamente concedido um período adicional de tempo para que o vendedor cumprisse com sua obrigação contratual²⁸².

Um segundo aspecto proposto por Steven Walt, para caracterizar a amplitude do direito do comprador de pleitear a execução específica do contrato, é que existe apenas uma hipótese em que o comprador não poderá pleitear a *specific performance*.

Caso o comprador tenha pleiteado a aplicação de um remédio, que torne inconsistente, em um segundo momento, pleitear a aplicação de outro remédio previsto na Convenção, o direito do comprador a requerer *specific performance* pode ser tolhido²⁸³.

Na hipótese de ter pleiteado a efetiva resolução do contrato, com a respectiva indenização por perdas e danos, querendo pleitear, posteriormente, a performance do contrato ao invés de sua resolução, questiona-se se haveria incompatibilidade entre o pleito posterior de execução específica do contrato, e o primeiro remédio jurídico de resolução do contrato pleiteado anteriormente.

Neste sentido, para determinar a inconsistência entre os remédios ou não, o fator decisivo será se o vendedor criou uma legítima expectativa de que o contrato fosse efetivamente rescindido, de forma a gerar um interesse no vendedor passível de proteção (pode ocorrer de o vendedor, efetivamente confiando na resolução do contrato, tomar medidas para se adequar a sua nova posição)²⁸⁴. Não tendo o vendedor criado legítima expectativa passível de proteção, deve-se permitir o *jus variandi*, de forma a garantir a possibilidade de o comprador exigir a execução específica do contrato.

Entretanto, caso o comprador tenha proposto demanda indenizatória em desfavor do vendedor, sem ter pleiteado a resolução do contrato, deve-se distinguir duas hipóteses para definir se a demanda é inconsistente com um posterior pedido de execução específica do contrato. Se o objeto da demanda for a indenização do comprador por ter sido diminuída sua "*performance interest*" (e.g., caso os bens valham menos do que o acordado contratualmente ou o comprador ter tido gastos

²⁸² SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 695.

²⁸³ WALT, Steven. **For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention**. Albert. H. Kritzer CISG Database. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/walt.html#b10>
Acesso em: 30 nov. 2018

²⁸⁴ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. *Op. Cit.*, 2010, p. 695

para reparar os bens), haverá clara inconsistência com um pedido posterior de *specific performance*, já que ambos os remédios estarão tutelando o mesmo interesse do comprador: retornar o comprador à posição que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido fidedignamente. Se, por outro lado, o objeto da demanda for a indenização por danos causados à integridade do comprador (e.g., danos causados à sua propriedade por bens defeituosos), não será incompatível um pedido posterior de execução específica do contrato²⁸⁵.

Neste sentido, interessante caso (*ICC Arbitration Case 12173 – Frame Contract Case*²⁸⁶) demonstra como a CISG prevê um amplo direito ao comprador de pleitear a execução específica do contrato, com clara prioridade ao direito de requerer a performance do contrato.

Um Tribunal Arbitral foi constituído junto a Câmara de Comércio Internacional (*International Chamber of Commerce – ICC*) para conduzir uma arbitragem em Zurique, na Suíça, cujo objeto era a interpretação de um contrato de compra e venda de determinado produto (a sentença arbitral não foi totalmente publicado, tendo sido algumas informações omitidas quando da divulgação da decisão, tal como o bem que era objeto da transação), firmado entre partes residentes em países distintos.

O instrumento contratual continha uma *choice of law clause* determinando a aplicação da lei suíça ao contrato e, como não havia discordância das partes quanto a aplicação da CISG, o Tribunal Arbitral entendeu que a interpretação do contrato deveria ser feita com base nas provisões da Convenção.

As partes acordaram que, em um primeiro momento, os árbitros iriam proferir uma sentença parcial, que abordaria, dentre outras questões, a relação da cláusula de *specific performance* constante do instrumento contratual em face da cláusula de *liquidated damages*, constante do mesmo instrumento.

O contrato firmado entre as partes continha, ao mesmo tempo: i) uma cláusula que regulava as possibilidades de o comprador requerer *specific performance* e como esta iria se operar em determinadas hipóteses, principalmente para o caso de vício de qualidade nos bens comercializados; ii) uma cláusula determinando que, em

²⁸⁵ HUBER, Peter. Article 46 in KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales.

Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods. Munique: C.H.Beck, 2011, p. 688

²⁸⁶ ZÜRICH. International Chamber of Commerce. ICC Arbitration Case 12173. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/0412173i1.html> Acesso em: 30 nov. 2018

caso de descumprimento de alguma de suas obrigações contratuais relacionadas à qualidade do produto, o vendedor se obrigava a adotar medidas para remediar a falta dentro do prazo de 90 dias; e iii) uma cláusula estipulando *liquidated damages* em favor do comprador caso a falta não fosse sanada em 90 dias; e iv) outra cláusula de *liquidated damages*, aplicável à hipóteses mais genéricas que a do ponto anterior, como danos em geral causados ao comprador.

O comprador pleiteou que o Tribunal Arbitral, ao interpretar as cláusulas acima mencionadas, alcançasse a conclusão de que as cláusulas de *liquidated damages* não limitam o seu direito de requerer a *specific performance* do contrato. O vendedor, por sua vez, apresentou resistência a tal pretensão, afirmando que as cláusulas de *liquidated damages* excluem do comprador a possibilidade de requerer a execução específica do contrato.

O Tribunal Arbitral, levando em consideração o amplo direito do comprador de pleitear a execução específica do contrato na Convenção (remetendo ao artigo 46 da Convenção), afirmou que as cláusulas de *liquidated damages* não excluiriam a possibilidade de o comprador requerer a execução específica do contrato, mesmo diante daquele quadro contratual, pois de acordo com as regras materiais da CISG, o remédio dos *damages* não são inconsistentes com a *specific performance*.

O caso citado serve para demonstrar que, mesmo onde haveria uma aparente limitação à possibilidade de o comprador requerer a execução específica do contrato, lhe é garantido o direito à *specific performance*. Nos parece que, onde haveria inconsistência entre os remédios jurídicos pleiteados pelo comprador, que levasse à impossibilidade de se requerer *specific performance*, é porque de fato não existe interesse em executar o contrato.

Entretanto, a CISG prevê uma única limitação ao direito do comprador de pleitear *specific performance*. De acordo com o artigo 28 da Convenção²⁸⁷, se uma das partes tem direito a requerer *specific performance*, um tribunal poderá se recusar a julgar uma demanda cujo objeto seja a execução específica do contrato, caso não tenha competência para julgar tal demanda de acordo com sua própria lei aplicável à contratos de compra e venda não governados pela Convenção.

²⁸⁷ Article 28 If, in accordance with the provisions of this Convention, one party is entitled to require performance of any obligation by the other party, a court is not bound to enter a judgement for specific performance unless the court would do so under its own law in respect of similar contracts of sale not governed by this Convention. (UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Vienna: United Nations, 2010)

A despeito da Convenção refletir a preferência dos sistemas jurídicos de *civil law*, da execução específica do contrato ao invés de um sistema de indenização por perdas e danos (relembrando, sempre, as singularidades do direito brasileiro sobre a matéria, que difere neste aspecto das leis contratuais francesas e alemãs), o artigo 28 da CISG se apresenta como um compromisso em resguardar as preferências jurídicas dos sistemas de *common law*²⁸⁸, revelando o caráter uniformizador da Convenção.

Desta forma, mesmo que uma parte tenha direito à execução específica do contrato, uma corte não estará obrigada a determinar a *specific performance* a menos que este remédio esteja disponível em seu próprio ordenamento interno.

O termo “*its own law*” refere-se, apenas, às normas de direito material internas do *forum*, excluídas as normas de conflict of laws (normas de direito internacional privado), de forma que a corte poderá evitar a aplicação da *specific performance* quando tal não estiver disponível em sua lei doméstica²⁸⁹. O termo corte abrange, ainda, Tribunais Arbitrais, cujo o termo “*its own law*”, na hipótese, se referirá as normas estipuladas no acordo das partes, as regras procedimentais da arbitragem, a CISG e a *lex arbitri* (lei do local em que a arbitragem está ocorrendo)²⁹⁰.

Todavia, novamente, tal limitação à *specific performance* no âmbito da CISG, embora esteja expressa nas provisões da Convenção, é meramente aparente na prática. Neste sentido, apenas um caso abordou a questão diretamente, que foi o *Magellan International v. Salzgitter Hande*²⁹¹⁻²⁹².

A empresa americana é uma distribuidora de produtos de aço, tendo firmado o contrato com a empresa alemã para o fornecimento de matéria prima (aço). Entretanto, não contentes com os termos acordados contratualmente (que foram assinados sob pressão de ambas as partes), as empresas continuaram a negociar os termos do contrato, sem, todavia, alcançar um acordo. Neste sentido, a empresa

²⁸⁸ BJÖRKLUND, Andrea. Article 28 *in*: KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Munique: C.H.Beck, 2011, p. 370

²⁸⁹ WALT, Steven. **For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention**. Albert H. Kritzer CISG Database. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/walt.html#b10> Acesso em: 30 nov. 2018

²⁹⁰ BJÖRKLUND, Andrea. *Op. Cit.*, 2011, p. 377

²⁹¹ UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division. No. 99 C 5153. *Magellan International, Plaintiff v. Salzgitter Handel GmbH, Defendant*. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/991207u1.html> Acesso em: 30 nov. 2018

²⁹² BJÖRKLUND, Andrea. *Op. Cit.*, 2011, p. 371

alemã afirmou que, sem a realização de aditivos contratuais, não se sentia obrigado a executar o contrato e iria proceder com a venda do aço para terceiros.

A empresa americana propôs ação judicial intentando, dentre outros pedidos, obter uma ordem do tribunal para que a empresa alemã entregasse os bens prometidos contratualmente. As partes acordaram quanto à aplicação da Convenção como norma de direito material.

A decisão citada foi proferida sobre uma *motion to dismiss* (indeferimento preliminar) proposta pela empresa alemã (empresa requerida - vendedora), em desfavor da ação intentada pela empresa americana (empresa requerente – compradora), onde a requerida sustentava “*failure to state legally sufficient claims*”.

Ao julgar a demanda, o tribunal americano entendeu que o requerente apresentou fatos suficientes à ensejar uma ordem de *specific performance*, de acordo com o artigo 46 (1) da CISG, “que se encontra rotineiramente disponível” no âmbito da CISG, sendo que tal pedido encontrava equivalência, também, no *Uniform Commercial Code*, lei doméstica americana que seria aplicável, caso o contrato não fosse governado pela CISG.

A única decisão sobre a matéria, que reconheceu a possibilidade das cortes americanas determinarem a execução específica do contrato, nos fala muita coisa sobre a aparente limitação sobre a aplicação da *specific performance* na CISG: as circunstâncias em que as partes naturalmente preferem a performance do contrato podem muito bem ser as hipóteses que até mesmo os países de *common law* garantem a aplicação de tal remédio²⁹³.

Neste sentido, reitere-se que, pelo entendimento dos comentários nos *travaux préparatoires* da CISG²⁹⁴, se um tribunal tiver competência para, em pelo menos uma única circunstância, conceder alguma forma de *specific performance* (como, por exemplo, uma provisão específica na lei doméstica que determine a possibilidade de pleitear a entrega da mercadoria, em caso de incumprimento do contrato pelo vendedor), o artigo 28 da CISG não será uma limitação ao artigo 46 (1) da Convenção.

²⁹³ BJÖRKLUND, Andrea. Article 28 *in*: KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Munique: C.H.Beck, 2011, p. 371

²⁹⁴ UNITED NATIONS. United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods: Official Records. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf> Acesso em: 30 nov. 2018

O entendimento exposto nos *travaux préparatoires* da CISG dispõe, claramente, que o artigo 28 da Convenção, somente será uma limitação à aplicabilidade da *specific performance* no escopo da Convenção, quando um tribunal não tiver competência, em nenhuma circunstância, para aplicar a qualquer forma de *specific performance*.

Resta claro, portanto, que a CISG prevê um amplo direito ao comprador de pleitear a execução específica do contrato, de forma que um dos princípios informadores da Convenção é o princípio da prioridade do direito de requerer a performance do contrato²⁹⁵.

A Suprema Corte da Áustria (*Oberster Gerichtshof*) chegou a afirmar, em um de seus julgados (*Tombstones Case*), que o direito à resolução do contrato, no âmbito de aplicação da CISG, deve ser visto como *ultima ratio*²⁹⁶, ratificando o princípio da prioridade do direito de requerer a performance do contrato proposto por Schwenger e Schlechtriem.

Por todos os argumentos expostos, reitera-se o nosso entendimento de que a Convenção possui um sistema de resolução contratual muito mais orientado à execução específica do contrato do que o regime previsto no o Código Civil brasileiro.

4.2.2 O Mecanismo de *Nachfrist* em caso de *non-delivery*

Como bem expõe Peter Huber, o mecanismo de *Nachfrist* é outro instrumento que, por si só ou combinado com outras provisões da Convenção, serve como forma de restringir o escopo de aplicação da resolução do contrato como remédio na CISG²⁹⁷.

Genericamente, o mecanismo de *nachfrist* é o princípio que requer que o comprador fixe um período adicional de tempo para que o vendedor execute sua obrigação. Nas hipóteses em que se aplica o procedimento de *nachfrist*, a resolução contratual somente estará disponível como remédio para as partes, se e somente se o *nachfrist* tiver expirado sem que o vendedor execute sua obrigação²⁹⁸.

²⁹⁵ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 706

²⁹⁶ AUSTRIA. Supreme Court of Austria (Oberster Gerichtshof). 8 Ob 22/00v. Presidente da Corte: Dr. Petrag. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000907a3.html> Acesso em 30 nov. 2018

²⁹⁷ HUBER, Peter. **CISG – The Structure of Remedies**. Albert. H. Kritzer CISG Database. Disponível em: https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/huber1.html#* Acesso em: 30 nov. 2018

²⁹⁸ *Ibidem*, Loc. Cit.

O procedimento de *nachfrist*, portanto, além de garantir a manutenção do contrato em caso de descumprimento por parte do vendedor, lhe conferindo uma segunda chance de executar a obrigação descumprida antes que o comprador resolva o contrato. Por outro lado, concede ao comprador a chance de resolver o contrato em face de qualquer hipótese de descumprimento por parte do vendedor, após ultrapassado o *nachfrist* sem o cumprimento da obrigação inadimplida²⁹⁹.

Sem o procedimento de *nachfrist*, não seria possível ao comprador pleitear a resolução do contrato para qualquer caso de incumprimento por parte do vendedor, pois de acordo com o artigo 49 (1) (a) da CISG, só poderá haver a resolução do contrato em face de inadimplemento do vendedor, caso o descumprimento se trate de inadimplemento do contrato (*fundamental breach*)³⁰⁰.

O procedimento de *nachfrist*, portanto, permite ao comprador fazer um “upgrade”, tornando um descumprimento do contrato que não seria uma violação essencial, em um descumprimento do contrato que se configura como violação essencial do contrato³⁰¹, nos termos do artigo 25 da CISG³⁰².

Não obstante, o mecanismo de *nachfrist* favorece a execução específica do contrato, pois torna obrigatório para o comprador conceder um prazo para que o vendedor execute suas obrigações, garantindo ao vendedor, inclusive, o direito a uma segunda chance de executar o contrato corretamente.

O procedimento de *nachfrist*, em sua acepção estrita, está previsto na Convenção apenas no artigo 49 (1) (b)³⁰³, que dispõe sobre a obrigatoriedade de fixação de um prazo adicional para o vendedor, caso este venha a não entregar as mercadorias comercializadas.

²⁹⁹ HUBER, Peter. **CISG – The Structure of Remedies**. Albert. H. Kritzer CISG Database. Disponível em: https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/huber1.html#* Acesso em: 30 nov. 2018

³⁰⁰ FRADERA, Vera Jacob de. O Conceito de *Fundamental Breach* Constante do Art. 25 da CISG. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 67-81

³⁰¹ HUBER, Peter. Article 49 in KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales.

Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods. Munique: C.H.Beck, 2011, p. 736

³⁰² Article 25 A breach of contract committed by one of the parties is fundamental if it results in such detriment to the other party as substantially to deprive him of what he is entitled to expect under the contract, unless the party in breach did not foresee and a reasonable person of the same kind in the same circumstances would not have foreseen such a result. (UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Vienna: United Nations, 2010)

³⁰³ Article 49(1) The buyer may declare the contract avoided: (a) if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a fundamental breach of contract; or (b) in case of non-delivery, if the seller does not deliver the goods within the additional period of time fixed by the buyer in accordance with paragraph (1) of article 47 or declares that he will not deliver within the period so fixed. (UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Vienna: United Nations, 2010)

Ou seja, é apenas para a hipótese de não-entrega das mercadorias que existe a obrigação do comprador de fixar um período adicional de tempo em favor do vendedor. Será, também, apenas na hipótese de não-entrega da mercadoria que o comprador poderá, a seu único critério, resolver o contrato caso o *nachfrist* se expire, não havendo necessidade de que o descumprimento do contrato preencha os requisitos do artigo 25 da CISG para o comprador resolver a relação contratual (pois a não-entrega das mercadorias, diante do mecanismo de *nachfrist*, já é considerada como uma violação essencial do contrato).

Todavia, mesmo em hipóteses de não-entrega da mercadoria pelo vendedor, o comprador não estará, necessariamente, obrigado a fixar um período adicional para que o comprador execute sua obrigação. Isto porque, caso a obrigação descumprida seja considerada como inadimplemento fundamental, o comprador poderá se valer das previsões do art. 49 (1) (a) para pleitear a resolução do contrato³⁰⁴.

Neste sentido, de acordo com o artigo 31 da Convenção, para um descumprimento contratual por parte do vendedor ser considerado “não-entrega”, o vendedor tem que falhar, especificamente, com alguma de suas obrigações de entrega, de acordo com o contrato ou com a Convenção, independentemente de os bens entregues estarem em conformidade ou não³⁰⁵.

O mecanismo de *nachfrist*, de fato, não encontra equivalência no direito brasileiro, que não exige de quaisquer das partes contratantes qualquer tipo de conduta contratual que se aproxime ao procedimento³⁰⁶.

Daí a afirmação de que o procedimento de *nachfrist* é um dos elementos de divergência entre as previsões do Código Civil e da CISG, que ratificam que a Convenção possui sistema que mais favorece a execução do contrato do que a norma de direito contratual interno³⁰⁷, como sustentamos anteriormente.

³⁰⁴ HUBER, Peter. Article 49 in KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Munique: C.H.Beck, 2011, p. 736

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 737

³⁰⁶ TIBURCIO, Carmen. Consequências do Inadimplemento Contratual na Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias (CISG). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 167-183.

³⁰⁷ *Ibidem*, Loc. Cit..

5 CONCLUSÃO

A CISG, em comparação com o Código Civil brasileiro, provê um sistema que mais privilegia a execução específica do contrato, diante de diversos institutos normativos incorporados às suas provisões, tais como o princípio da prioridade do direito de requerer a performance do contrato.

Esta conclusão sustenta, então, a tese de que se ambos grandes grupos de remédios jurídicos disponíveis às partes de uma relação contratual (*specific performance* e perdas danos) podem alcançar resultados eficientes em caso de inadimplemento contratual, não havendo concordância na doutrina acerca da preferência de um remédio jurídico sobre outro, caberá ao *player* brasileiro: quando atuar como vendedor, escolher a norma que adota um sistema de perdas e danos (Código Civil – que, no mínimo, não privilegia tanto à *specific performance* quando comparado com o diploma internacional); e, quando atuar como comprador, a norma que melhor favorece a *specific performance* (a CISG), considerando, principalmente o Paradigma do *Overbidder*.

Adotar esta postura contratual indica que haverá uma estrutura de incentivos jurídicos que, diante do Paradigma do *Overbidder*, implicará para os *players* brasileiros uma provável garantia da percepção do excedente econômico das transações.

Ficou demonstrado, através da proposta de Nicholas Mercurio e Steven Medema sobre o Paradigma do *Overbidder*, que em um contrato de compra e venda, para o vendedor, é mais favorável um sistema que lhe garanta perceber o excedente econômico das transações, que seria o sistema das perdas e danos. Já para o comprador, lhe é mais favorável um sistema que garanta que irá perceber o excedente econômico das transações, ou, pelo menos, efetivamente perceber aquilo que esperava com a execução do contrato, que seria um sistema que favorece a *specific performance*.

Alcançamos, neste sentido, uma outra perspectiva acerca do Paradigma do *Overbidder* e a teoria da *efficient breach*, constatando que a diferença entre um sistema que concede perdas e danos para as hipóteses de resolução contratual por inadimplemento e um que aplica mais indiscriminadamente a *specific performance* é puramente distributiva.

A necessidade de uma outra perspectiva acerca da teoria da *efficient breach*, de fato, decorreu da falta de consenso na doutrina sobre qual seria, efetivamente, o remédio jurídico que mais proporciona eficiência econômica. Destarte, o debate doutrinário acerca da aplicação da teoria da *efficient breach*, mesmo com diversos argumentos contra e a favor, ainda não alcançou uma conclusão final, como até mesmo Posner admitiu em um de seus artigos.

Para explicar a teoria da *efficient breach*, propomos, em primeira análise, um ensaio sobre uma teoria econômica dos contratos, onde identificamos temas cuja racionalidade econômica ajudaram a compreender a teoria da *efficient breach*. Em linhas rasas, identificamos os papéis dos custos de transação na formação dos contratos, as implicações da assimetria de informações nas relações contratuais e, mais genericamente, como as externalidades podem influenciar na eficiência econômica dos contratos.

A explicação do papel da força obrigatória dos contratos, ilustrada através do Jogo de Agência, também desempenha importante papel em uma teoria econômica dos contratos.

Todas estas explicações foram precedidas, ademais, pela explicação da teoria da eficiência, em especial os debates acalorados entre Posner, Dworkin e Calabresi sobre o papel dos critérios de eficiência econômica para a construção e interpretação do direito, demonstrado as antinomias existentes entre as correntes radical e moderada. A conclusão alcançada não poderia ser outra: a teoria da eficiência (leia-se, a maximização da riqueza da sociedade), conforme mesmo proposto por Calabresi, deve servir como condição de meio para se alcançar a justiça, ao passo em que aliada de outros valores, como a equidade (distribuição de riqueza).

Os critérios de eficiência, *per se*, foram explicados logo no começo do trabalho monográfico, como institutos basilares para que se entendesse toda a discussão que estaria por vir. Neste sentido, foram explicados os critérios de eficiência de Pareto, com a utilização da *Edgeworth Box Analysis* para explicar o conceito de ótimo de Pareto e, ao final, o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks.

O primeiro tópico do trabalho monográfico, contudo, buscou explicar a relação existente entre a ciência jurídica e a ciência econômica, o ferramental teórico da economia e como as ciências se aproximam.

Todos os pontos acima mencionados foram essenciais para a construção lógica da resposta à questão central deste trabalho, qual seja, que uma análise

comparativa dos mecanismos de resolução contratual do Código Civil e da *Convention for the International Sale of Goods*, à luz da teoria da eficiência, determina que caberá ao *player* brasileiro: quando atuar como vendedor, escolher a norma que adota um sistema de perdas e danos (Código Civil – que, no mínimo, não privilegia tanto à *specific performance* quando comparado com o diploma internacional); e, quando atuar como comprador, a norma que melhor favorece a *specific performance* (a CISG).

Busca-se, com isso, fornecer instrumental teórico e analítico para que os *players* brasileiros tomem decisões informadas acerca da escolha da aplicação da CISG aos contratos internacionais mercantis, servindo de estímulo para que advogados, ao redigirem contratos que potencialmente são regulados pela Convenção, cientes da racionalidade econômica aqui exposta, adotem a postura que lhes garantirá melhor posição negocial.

REFERÊNCIAS

- AKERLOF, George Arthur. The Market For "Lemons": Quality Uncertainty and The Market Mechanism. **Quarterly Journal of Economics**. Massachusetts: The MIT Press, Vol. 84, No. 3, pp. 488-500, 1970
- AUSTRIA. Supreme Court of Austria (Oberster Gerichtshof). 8 Ob 22/00v. Presidente da Corte: Dr. Petrag. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000907a3.html> Acesso em 30 nov. 2018
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico. Existência, Validade e Eficácia**. São Paulo: Saraiva, 2002
- BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado**. São Paulo: Atlas, 2011
- BASÍLIO, Ana Tereza. Aplicação e Interpretação da Convenção de Viena Sob a Perspectiva do Direito Brasileiro. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 33-45
- BORGES, Thiago. **Direito e Economia**. Salvador: não publicado
- BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.html. Acesso em: 27 nov. 2018
- BRASIL. **Decreto nº. 8.327**, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Brasília, DF, 16 out. 2014. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/2014/decreto-8327-16-outubro-2014-779444-publicacaooriginal-145184-pe.html> Acesso em: 29 nov. 2018
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 272.739/MG. Recorrente: Excel Credito Financiamento e Investimento S/A. Recorrido: Ailton de Souza Rocha. Rel.: Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Brasília. Disponível em: <http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/stj2.pdf> > Acesso em: 29 nov. 2018
- CALABRESI, Guido. **An Exchange About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin**. Yale Law School Legal Scholarship Repository: Faculty Scholarship Series. Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1994/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1994&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages. Acesso em: 07 de nov. 2018.
- CALIENDO, Paulo. Direito Internacional Privado e Análise Econômica do Direito. *In*: TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direito e Economia**. São Paulo: IOB Thompson, 2005
- CARVALHO, Cristiano. **A nova Lei de Introdução é Análise Econômica do Direito?** JOTA. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/introducao-analise-economica-direito-06062018>>. Acesso em: 11 jul. 2018
- CATEB, Alexandre Bueno; VELOSO, Silvia Mechelany. Análise Econômica Do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**. Vol. 10, pp. 18-44, 2013, Disponível em:

<<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/197/pdf>> Acesso em: 24 nov. de 2018.

COASE, Ronald. The Problem of Social Cost. *in*: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles. **Law, Economics and Philosophy: A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts**. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983

DWORKIN, Ronald. Why Efficiency? *in*: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles. **Law, Economics and Philosophy: A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts**. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983

EISENBERG, Melvin. Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law. **California Law Review**. Vol. 93, n. 04, pp. 975-1050. Disponível em: <https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=california_law_review> Acesso em: 26 nov. 2018

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Contratos**. Salvador: JusPodivm, 2017

FITZGERALD, John. **CISG, Specific Performance, and the Civil Law of Louisiana and Quebec**. Albert. H. Kritzer CISG Database. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/1fitz.html> Acesso em 30 nov. 2018

FRADERA, Vera Jacob de. O Conceito de *Fundamental Breach* Constante do Art. 25 da CISG. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 67-81

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *In*: TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 1996

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2017

HUBER, Peter. **CISG – The Structure of Remedies**. Albert. H. Kritzer CISG Database. Disponível em: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/huber1.html#> Acesso em: 30 nov. 2018

_____. Article 45 *in* KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Munique: C.H.Beck, 2011

_____. Article 46 *in* KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Munique: C.H.Beck, 2011

_____. Article 49 *in* KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Munique: C.H.Beck, 2011

JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos Contratos Por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004

_____. A Convenção de Viena e a resolução do contrato por incumprimento do devedor. **Revista de Informação Legislativa**. Vol. 121, pp. 211-226, 1994. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496853>> Acesso em: 29 de nov. 2018

KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales *in* KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods (CISG)**. Munique: C.H.Beck, 2011, pp. 1-18

KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena: Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Saraiva, 2015

MILLER, Geoffrey Parsons. Law and Economics versus Economic Analysis of Law. **American Bankruptcy Institute Law Review**. New York: Thomson and Reuters, Vol. 19, 2011

_____; EISENBERG, Theodore. Damages versus Specific Performance: Lessons for Commercial Contracts. **New York University Law and Economics Working Papers**. Paper 334. Disponível em: <https://lsr.nellco.org/nyu_lewp/334/?utm_source=lsr.nellco.org%2Fnyu_lewp%2F334&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages> Acesso em: 28 nov. 2018

MILTONS, Michelle Merética. **Microeconomia**. São Paulo: Saraiva, 2016

MISTELIS, Loukas. Article 6. *In*: KROLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales. **Commentary to the UN Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Munique: C.H.Beck, 2011, pp.99-109

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999

NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005

NOBELPRIZE.ORG. Ronald H. Coase - Facts. Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1991/coase-facts.html> Acesso em 04 jun. de 2018

PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Economia Comportamental e Contratos de Adesão. **Revista de Direito Empresarial**. Belo Horizonte: Fórum, ano 8, n. 2, jul./dez. 2011

POSNER, Richard. Let Us Never Blame a Contract Breaker. **Michigan Law Review**. Vol. 107, pp. 1349-1364. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5199&context=journal_articles> Acesso em: 26 nov. 2018

_____. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986

_____. The Ethical and Political Basis of The Efficiency Norm in Common Law Adjudication *in*: KUPERBERG, Mark; BEITZ, Charles. **Law, Economics and Philosophy: A Critical Introduction with Applications to the Law of Torts**. New Jersey: Rowman & Allanheld, 1983

RIO GRANDE SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70072362940 (n. CNJ 0000409-73.2017.8.21.7000). Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em 14 de fev. 2017. Disponível em: www.cisg-brasil.net/downloads/Acordao-CISG-TJRS.pdf. Acesso em 29 nov. 2018

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 1.170.013-1. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Enio Santarelli Zuliani. Julgado em 24 de abr. 2008. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/080424portuguese.pdf> Acesso em: 29 nov. 2018

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 379.981-40. Décima Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Candido Alem. Julgado em 03 de jul. 2007. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/070703portuguese.pdf> Acesso em: 29 nov. 2018

SCHWARTZ, Alan. **The Case for Specific Performance**. Yale Law School Legal Scholarship Repository: Faculty Scholarship Series Disponível em: https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1118/?utm_source=digitalcommons.law.yale.edu%2Ffss_papers%2F1118&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages Acesso em: 28 nov. 2018

SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010

SHAVELL, Steven. Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. **Texas Law Review**. Vol. 84, n. 04, pp. 831-876. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/Shavell-SpecPerf-06.pdf> Acesso em: 28 nov. 2018

SZTAJN, Rachel. Law and Economics. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). **Direito e Economia: Análise Econômica do Direito e das Organizações**. Rio Janeiro: Elsevier, 2005

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. Rio de Janeiro: Forense, 2017

TIBURCIO, Carmen. Consequências do Inadimplemento Contratual na Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias (CISG). **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 167-183

TIMM, Luciano Benetti. A Matriz da Análise Econômica do Direito para Além do Eficientismo *in* ESTEVEZ, André Fernandes; JOBIM, Marcio Felix (Orgs.). **Estudos de Direito Empresarial: Homenagem aos 50 anos de docência do Professor Peter Walter Ashton**. São Paulo: Saraiva, 2012

_____; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos. *In*: TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012

_____; MOSER, Luiz Gustavo Meira. A Convenção de Viena Sobre a Compra e Venda de Mercadorias (CISG) em Perspectiva de uma Análise Econômica. **Revista de Arbitragem e Mediação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 239-257

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996

UNITED NATIONS. **United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods**. Vienna: United Nations, 2010

_____. United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods: Official Records. Disponível em:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/sales/cisg/a-conf-97-19-ocred-e.pdf> Acesso em: 30 nov. 2018

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **Status of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.**

Disponível

em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html> Acesso em: 17 abr. de 2018

UNITED STATES OF AMERICA. United States District Court for the Northern District of Illinois, Eastern Division. No. 99 C 5153. Magellan International, Plaintiff v. Salzgitter Handel, Defendant.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. Direito Uniforme Sobre a Compra e Venda de Internacional de Mercadorias *in*: BAPTISTA, Luiz Olavo; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (orgs.). **Direito Comercial Internacional: Teoria Geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 471-497

WALD, Arnoldo; COSTA, José Augusto Fontoura; VIEIRA, Máira de Melo. O Impacto da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias no Direito Brasileiro: Visão Geral. **Revista de Arbitragem e Mediação.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. 37, pp. 17-31

WALT, Steven. **For Specific Performance Under the United Nations Sales Convention.** Albert. H. Kritzer CISG Database. Disponível em:

<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/walt.html#b10> Acesso em: 30 nov. 2018

ZÜRICH. International Chamber of Commerce. ICC Arbitration Case 12173.

Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/0412173i1.html> Acesso em: 30 nov. 2018