



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

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 o questionamento para os juristas brasileiros sobre qual estrutura normativa seria a “melhor”. 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 racionais 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>
ONU	Organização das Nações Unidas
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A EFICIÊNCIA ECONÔMICA	08
2.1 A CIÊNCIA ECONÔMICA E SUA APROXIMAÇÃO DA CIÊNCIA JURÍDICA	09
2.2 INSTRUMENTOS DE EFICIÊNCIA ECONÔMICA	11
3 DA ANÁLISE ECONÔMICA DOS CONTRATOS E A TEORIA DA <i>EFFICIENT BREACH</i>	14
3.1 ENSAIOS SOBRE UMA TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS	15
3.2 <i>EFFICIENT BREACH</i> E MECANISMOS DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL	18
3.3.1 <i>Expectation Damages</i>	19
3.3.2 <i>Specific Performance</i>	24
3.3.3. Uma Outra Perspectiva	27
4 A CISG COMO ALTERNATIVA AOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL DO CÓDIGO CIVIL DIANTE DA <i>EFFICIENT BREACH</i>	31
4.1 BREVE INTRODUÇÃO À CONVENÇÃO DE VIENA SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG)	32
4.2 DAS CONSEQUÊNCIAS DO INADIMPLEMENTO DO VENDEDOR NA CISG, O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A <i>SPECIFIC PERFORMANCE</i>	40
4.2.1 A <i>Specific Performance</i> na CISG Como Remédio do Comprador	42
4.2.2 O Mecanismo de <i>Nachfrist</i> em caso de <i>non-delivery</i>	50
5 CONCLUSÃO	52
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.

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.

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 o questionamento para os juristas brasileiros sobre qual estrutura normativa seria a “melhor”. 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 no ordenamento pátrio. 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 respondermos ao questionamento, iniciamos o trabalho explicando a relação entre a ciência economia e a ciência jurídica, demonstrando como ambas se relacionam. Após, propomos a análise de alguns instrumentos econômicos, especialmente ligados à teoria da eficiência.

O capítulo seguinte se dedicou 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, foi 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 era melhor percebido na CISG ou no Código Civil brasileiro, o que forneceu a resposta final deste trabalho.

2 DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A EFICIÊNCIA ECONÔMICA

A análise econômica do direito consiste em utilizar instrumentos da Ciência Econômica para a 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, será demonstrado 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 sói 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.

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. Em outras palavras, a atividade econômica se traduz na administração da escassez, sendo a Economia o estudo científico dessa atividade³.

A Economia utiliza-se da técnica dos modelos⁴. 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

¹ TIMM, Luciano Benneti. A Matriz da Análise Econômica do Direito para Além do Eficienticismo *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

³ *Ibidem, Loc. Cit.*

⁴ *Ibidem*, p. 69

quais são as relações de causa e efeito existentes entre elas, decorrentes de suas variações, pressupondo-se que todas as outras inúmeras variáveis permanecerão constantes. Neste sentido, a utilização do raciocínio matemático servirá, então, como forma de estabelecer as relações funcionais das variáveis previstas pelo modelo.

Segundo Nicholas Mercuro e Steven Medema⁵, 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”⁶, conceitos que serão melhor explicados nos próximos capítulos.

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 eficientes⁷, já que a eficiência econômica geraria, ao fim, maximização de riqueza em uma sociedade.

Ora, em que pese as decisões institucionais (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”⁸. Ou seja, o Direito não possui uma teoria sobre o comportamento humano, justamente o objeto de estudo da Economia, conforme exposto anteriormente.

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.

⁵ MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 13

⁶ 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

⁷ 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

⁸ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIMM, Luciano Benetti. (Orgs.). **Direito e Economia no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2

Feitas as considerações iniciais sobre a relação entre o Direito e a Economia, 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 maximizado⁹. 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 bem¹⁰. Desta forma, os contratos serão instrumentos de criação de riqueza na sociedade¹¹.

A situação hipotética proposta por Luciano Benetti Timm e João Guarisse¹², 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

⁹ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986

¹⁰ 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.

¹¹ 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

¹² *Ibidem*, p. 161-163

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 eficiente¹³.

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. 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 (entre outros fatores, melhor abordados nas linhas abaixo), que determinará quem ficará com a maior parte do proveito econômico da transação¹⁴.

¹³ 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

¹⁴ *Ibidem*, 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 situação¹⁵.

A eficiência econômica 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. Daí surge o conceito 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 Pareto¹⁶.

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)¹⁷. Chegou-se a dizer, inclusive, que as condições de pareto-superioridade quase nunca são realmente satisfeitas no mundo real¹⁸.

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*)¹⁹.

De acordo com o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, a mudança de um estado da economia para outro (ocorrida, por exemplo, pela ocorrência de uma transação) que favoreça determinado grupo de indivíduos em detrimento de outros,

¹⁵ 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

¹⁶ MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 30

¹⁷ *Ibidem*, p. 19

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

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

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 sociedade²⁰.

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.

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”²¹⁻²², se faz necessário explicar o conceito e fixar o entendimento de que, modernamente, o conceito de eficiência adotado é a eficiência de Kaldor-Hicks.

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

²⁰ MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 19

²¹ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986, p. 13

²² 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”.

Aproximando-se do ponto cerne do presente trabalho, passaremos a abordar temas específicos de análise econômica dos contratos, abordando especificamente uma teoria econômica dos contratos (3.1), para, então, estudarmos a teoria da *efficient breach* (3.2), que é um desdobramento da teoria da eficiência com aplicação direta às normas de resolução contratual. Ao final deste capítulo, conclusões parciais são alcançadas, 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 ENSAIOS SOBRE UMA TEORIA ECONÔMICA DOS CONTRATOS

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)²³.

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. A exigibilidade dos contratos promove incentivos tanto para que indivíduos entrem em relações negociais, como atuem de forma cooperativa nestas relações²⁴.

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

²³ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 167

²⁴ 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

justamente garantir o cumprimento das promessas realizadas pelas partes, visto que a exigibilidade dos contratos incentiva a redução dos riscos nas relações contratuais²⁵. 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”²⁶⁻²⁷.

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”²⁸.

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).

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 transação²⁹. Destas três, merece maior destaque os custos de transação.

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 transações³⁰. O trabalho de Coase remete ao início do estudo da corrente epistemológica da *Law and Economics*³¹.

²⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 128

²⁶ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 170

²⁷ 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

²⁸ 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

²⁹ *Ibidem*, p. 165

³⁰ *Ibidem*, p. 167

³¹ 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,

Os custos de transação podem ser dos seguintes tipos: custos de procura de outros indivíduos que queiram realizar a transação; custos para obtenção de 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 envolvidos³².

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 contrato³³.

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 ser altos o suficiente a ponto de superar o excedente econômico gerado pela transação, o que impediria a transação de se concretizar³⁴. A conclusão a que se chega é que “num mercado com custos de transação, há menos transações do que o nível eficiente”³⁵.

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.

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

Geoffrey Parsons. Law and Economics versus Economic Analysis of Law. **American Bankruptcy Institute Law Review**. New York: Thomson and Reuters, Vol. 19, 2011

³² 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

³³ 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

³⁴ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 188

³⁵ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. *Op. Cit.*, 2012 , p. 168

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.

3.2 *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 descumpe com suas obrigações contratuais (em hipóteses específicas) e, quando seria mais eficiente para as partes rescindir o contrato ao invés de executá-lo³⁶.

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 possíveis³⁷.

Thomas Ulen e Robert Cooter ainda propuseram que “o segundo propósito do direito contratual é assegurar o comprometimento em nível ótimo com a execução dos contratos”³⁸⁻³⁹.

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 contrato⁴⁰, sem se considerar os

³⁶ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 188

³⁷ *Ibidem*, p. 204

³⁸ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 172

³⁹ Tradução livre. No original: The second purpose of contract law is to secure optimal commitment to performing.

⁴⁰ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 188

aspectos morais da questão⁴¹ (ou os reputacionais, que a ciência econômica também explica⁴², muito embora não seja objeto de nossa análise, que é mais simples).

Nicholas Mercuro e Steven Medema propõem que a teoria da *efficient breach* busca responder 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; ou seja, “de uma perspectiva de eficiência, o objetivo é empregar o remédio jurídico que, ao mesmo tempo, previna inadimplementos ineficientes e induza a inadimplência quando o descumprimento do contrato gerar eficiência econômica”⁴³⁻⁴⁴.

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.

3.2.1 *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 em que sua performance custar menos do que o valor devido à título de indenização para a parte inocente⁴⁵.

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

⁴¹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2005, p. 132

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. 168

⁴³ MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 76

⁴⁴ 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.

⁴⁵ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 172

benefícios gerados para o credor, e a resolução do contrato quando o oposto ocorrer⁴⁶.

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. Assim, Cooter e Ullen 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”⁴⁷⁻⁴⁸.

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. Pela teoria econômica dos contratos clássica, um sistema indenizatório que funcionasse desta forma (*expectation damages*) atuaria como remédio jurídico perfeito, criando incentivos para execução e inadimplemento eficientes⁴⁹.

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 autoria⁵⁰. O exemplo proposto por Posner para explicar a teoria, entretanto, se apresenta de uma clareza singular⁵¹.

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 àquelas 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

⁴⁶ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 172

⁴⁷ *Ibidem*, p. 173

⁴⁸ 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.

⁴⁹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 173

⁵⁰ 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

⁵¹ POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986, p. 107

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, consequentemente, Kaldor-Hicks eficiente também, como explicado anteriormente).

O exemplo trazido por Posner ficou conhecido como *Overbidder Paradigm*⁵². De fato, a racionalidade econômico-financeira do exemplo suscitado por Posner se repete na doutrina, mudando-se apenas os elementos do contrato em questão, pelo que percebemos do texto de Nicholas Mercuro e Steven Medema⁵³, Alexandre Cateb e Silvia Veloso⁵⁴, Armando Pinheiro e Jairo Saddi⁵⁵ e Luciano Benetti Timm e João Guarisse⁵⁶, apesar de que o exemplo trazido por estes autores utiliza da cláusula penal como remédio jurídico aplicável.

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 execução do contrato e a quebra do contrato com o respectivo pagamento da indenização⁵⁷. Neste sentido, *expectation damages* é o remédio jurídico para casos de inadimplemento contratual mais utilizado pelas cortes norte-americanas⁵⁸.

⁵² 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

⁵³ MERCUCRO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, pp. 76-79

⁵⁴ 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.

⁵⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, pp. 133-134

⁵⁶ 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

⁵⁷ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 204

⁵⁸ *Ibidem*, p. 175

Entretanto, a teoria sofre diversas críticas. *Expectation damages* geralmente concedidos pelas cortes são imperfeitos⁵⁹, 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 prática⁶⁰.

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) ou, ainda, transformar determinado mercado em ambiente propício à condutas oportunistas⁶¹, já que as partes terão incentivos voltados à apropriação.

Boas práticas de mensuração das indenizações criam um nível eficiente de comprometimento de execução contratual, ao passo em que más práticas de mensuração das indenizações levam a um nível ineficiente de comprometimento⁶².

Tal teoria contratual é totalmente aplicável no direito nacional. 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”⁶³⁻⁶⁴, caso o contrato tivesse sido executado, se referindo especificamente a *expectation damages*. Autores brasileiros parecem concordar com a afirmação proposta pelos autores americanos.

⁵⁹ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 175

⁶⁰ 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.

⁶¹ *Ibidem*, p. 25

⁶² ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 175

⁶³ *Ibidem*, p. 204

⁶⁴ 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.

Ao proporem uma análise econômica sobre a resolução do contrato em caso de inadimplemento, Luciano Benetti Timm e João Guarisse fazem remissão aos artigos 474⁶⁵ e 475⁶⁶ do Código Civil, afirmando que tal previsão legal da parte inadimplente em responder pelas perdas e danos incorridos pela parte lesada, significa que a parte faltante deve recolocar a parte lesada “na situação em que se encontraria caso o contrato fosse cumprido”⁶⁷.

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”⁶⁸. Ou seja, estimular a execução e o inadimplemento eficientes, como propõe a teoria da *efficient breach*.

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 Civil⁶⁹. 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 negativos⁷⁰. 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, o que equivale aos *expectation damages*.

Isso não significa, todavia, que todos os autores brasileiros citados concordam ou defendem a aplicação da teoria da *efficient breach*. Não obstante, parece haver concordância entre os autores brasileiros que escrevem sobre análise econômica dos

⁶⁵ 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)

⁶⁶ 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)

⁶⁷ 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

⁶⁸ *Ibidem, Loc. Cit.*

⁶⁹ 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, p. 25, 2013, Disponível em: <<http://www.revista.amde.org.br/index.php/ramde/article/view/197/pdf>> Acesso em: 24 nov. de 2018.

⁷⁰ JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos Contratos Por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 266

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.

A teoria da *efficient breach*, entretanto, sofreu diversas críticas, que não só questionam se os *expectations damages* seriam efetivamente o remédio jurídico que promoveria tanto a execução quanto o inadimplemento eficiente.

3.2.2 Specific Performance

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 do contrato⁷¹, que é exercido através da ação de adimplemento (cobrança ou execução), como preleciona Ruy Rosado de Aguiar Junior⁷².

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 lesada⁷³. A lógica é especialmente (e como alguns defendem, unicamente⁷⁴) válida para contratos de compra e venda de mercadorias (ou, mais genericamente, contratos que envolvem a transferência de propriedade).

⁷¹ 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.

⁷² JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos Contratos Por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 267

⁷³ MERCURIO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 78

⁷⁴ 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

Defende-se a aplicação da *specific performance* especialmente em contratos que envolvam prestações obrigacionais insubstituíveis ou que não tenham substitutos próximos⁷⁵, pois 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 conceder-lhe em valores insuficientes⁷⁶ (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-interessadas dificilmente irão valorar os bens a um preço muito maior do que o preço dos seus substitutos disponíveis no mercado⁷⁷.

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 litigância⁷⁸ (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 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 indenizações⁷⁹.

⁷⁵ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. **Law and Economics**. New York: Addison-Wesley, 1996, p. 212

⁷⁶ MERCUCIO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 78

⁷⁷ ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Op. Cit.*, 1996, p. 212

⁷⁸ SHAVELL, Steven. Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. **Texas Law Review**. Vol. 84, n. 04, p. 851. Disponível em:

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

⁷⁹ 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

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, já que o 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 pretensão⁸⁰. A solução da questão, destarte, é meramente aparente.

Severas críticas foram feitas à teoria da *efficient breach*, como Geoffrey Miller e Theodore Eisenberg esclareceram em artigo publicado⁸¹. Melvin Eisenberg, em artigo próprio, questiona a própria validade do *Overbidder Paradigm*⁸². 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 artigos⁸³⁻⁸⁴.

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”⁸⁵.

⁸⁰ JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos Contratos Por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 192-194

⁸¹ 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

⁸² 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

⁸³ 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

⁸⁴ Em que pese Posner permaneça defendendo a regra tradicional do *expectation damages*

⁸⁵ 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

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 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 Mercuro e Steven Medema ao explicarem a teoria da *efficient breach*, analisando o exemplo do *Overbidder Paradigm* que os autores propõem para explicar a teoria⁸⁶, principalmente pelo fato de o exemplo se valer de um contrato de compra e venda de mercadoria.

Reproduziremos o exemplo trazido pelos professores respectivamente, utilizando os mesmos nomes fictícios das partes do caso hipotético, sem generalizar para símbolos matemáticos, como víñhamos 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.

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.

⁸⁶ MERCUCRO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 76-79

Após a assinatura do contrato, Fred se dirige a uma revendedora de auto-peças, 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).

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 flutuem 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 valoração 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 Mercuro 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”⁸⁷ (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 contrato⁸⁸.

⁸⁷ MERCUCIO, Nicholas; MEDEMA, Steven. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1999, p. 76-79

⁸⁸ 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.

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.

Desta forma, 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 alcançada encerra os estudos deste trabalho sobre a análise econômica do direito.

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

Os capítulos antecedentes nos serviram para alicercear 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 internacional⁸⁹, 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-germânicas⁹⁰ e, ainda, islâmicas, como Iraque e Israel⁹¹. Em 2010 (antes da adesão do Brasil à Convenção), a CISG já (potencialmente) regulava em torno de 80% de todo o comércio mundial de mercadorias⁹², tendo este número sido

⁸⁹ 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

⁹⁰ 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

⁹¹ 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

⁹² SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 1

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 significante 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 mundo⁹³.

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 aplicável⁹⁴.

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 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 estrangeiro⁹⁵.

⁹³ 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

⁹⁴ WALD, Arnoldo; 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

⁹⁵ 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

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 1994⁹⁶, fundamentou em um de seus votos, ainda que como *obter 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 1980⁹⁷. 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 Paulo⁹⁸⁻⁹⁹.

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 Convenção¹⁰⁰, 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 colidir¹⁰¹.

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

⁹⁶ 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

⁹⁷ 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

⁹⁸ 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

⁹⁹ 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

¹⁰⁰ 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

¹⁰¹ 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

acórdãos com base nas provisões da Convenção, a utilizando como “marco jurídico” (*rectius, norma material*) para decidir o mérito da lide¹⁰².

Cumpre esclarecer, inicialmente, que o regime jurídico brasileiro reproduz, estruturalmente, o mesmo sistema jurídico previsto pela Convenção¹⁰³, salvo as óbvias exceções relacionadas a interpretação da Convenção de acordo com seu caráter internacional e uniformizador, conforme previsto pelo artigo 7 (1) da CISG¹⁰⁴, 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 (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 interno¹⁰⁵.

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 brasileiro¹⁰⁶.

Reserva-se especial atenção, entretanto, as diferenças existentes entre o sistema de resolução contratual que a CISG dispõe e aquele previsto no Código Civil.

¹⁰² 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

¹⁰³ 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

¹⁰⁴ 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)

¹⁰⁵ WALD, Arnoldo; 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

¹⁰⁶ *Ibidem*

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 brasileiro¹⁰⁷.

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 Convenção¹⁰⁸, que trata sobre a matéria¹⁰⁹.

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 cumulativos¹¹⁰.

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

¹⁰⁷ 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

¹⁰⁸ 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)

¹⁰⁹ 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

¹¹⁰ 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

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 alternativos¹¹¹.

Estão expressamente excluídos do âmbito de aplicação da CISG, de acordo com o que dispõe o artigo 2º da Convenção¹¹²: 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 mobiliários e moeda; d) compra e venda de navios, embarcações e aeronaves; e e) compra e venda de eletricidade¹¹³.

Não obstante, a CISG tem como característica essencial o princípio da autonomia da vontade¹¹⁴, 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 Convenção¹¹⁵.

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)¹¹⁶.

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

¹¹¹ BASÍLIO, Ana Tereza. *Op. Cit.*, Vol. 37, pp. 33-45

¹¹² 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)

¹¹³ 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

¹¹⁴ 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

¹¹⁵ 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)

¹¹⁶ 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

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)¹¹⁷. Peter Schlechtriem e Ingeborg Schwenzer listam, pelo menos, vinte decisões judiciais e outras dez sentenças arbitrais que seguiram este entendimento¹¹⁸.

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 neste sentido, seguido de cláusula designando a lei de um determinado país para reger a relação contratual¹¹⁹.

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*)¹²⁰, 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)¹²¹.

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.

¹¹⁷ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 108

¹¹⁸ *Ibidem*, pp. 109-110

¹¹⁹ KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena: Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 100-101

¹²⁰ *Ibidem*, p. 100

¹²¹ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 116

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.

A questão se torna especialmente sensível, como vimos anteriormente, para quando os *playes* 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 repentina 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*¹²². 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.

¹²² 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.

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 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 danos¹²³, 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 substancial¹²⁴.

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 pretensão¹²⁵, 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

¹²³ 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.

¹²⁴ 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

¹²⁵ JUNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos Contratos Por Incumprimento do Devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004, p. 192-194

contrato, tendo a resolução contratual como a *ultima ratio*, garantido à parte lesada buscar, através de diversos mecanismos, a execução específica das obrigações contratuais¹²⁶

De fato, a CISG possui um sistema de resolução contratual muito mais orientado à execução específica do contrato do que o previsto no Código Civil brasileiro, sendo essa uma das diferenças perceptíveis entre o sistema contratual brasileiro interno e a Convenção¹²⁷.

A CISG, neste sentido, adota uma “política de preservação do contrato” que reflete nos mecanismos de resolução contratual para adotar “a execução específica do contrato como medida prioritária em hipóteses de descumprimento do contrato”¹²⁸. 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 desfaze-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 contrato¹²⁹.

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

¹²⁶ TIBURCIO, Carmen. *Op. Cit.*, Vol. 37, pp. 167-183.

¹²⁷ VIEIRA, Iacyr de Aguilar. 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

¹²⁸ KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena: Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 393

¹²⁹ 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

Em caso de inadimplemento do vendedor, o artigo 45 (1) da Convenção¹³⁰ 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 preço¹³¹.

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 obrigações¹³².

Especificamente quanto ao direito do comprador à *specific performance*, a sua previsão na Convenção se percebe do artigo 46¹³³. Em verdade, o artigo 46, como dispõe Schwenzer 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 contrato¹³⁴.

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*¹³⁵

¹³⁰ 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)

¹³¹ 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.

¹³² 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

¹³³ 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)

¹³⁴ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 706

¹³⁵ 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

(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”¹³⁶. 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 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 descumpre sua obrigação de instruir o comprador quanto ao uso dos bens comercializados¹³⁷.

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 contrato¹³⁸.

Steven Walt propõe que o direito do comprador à *specific performance* na CISG é amplo, sob diversos aspectos¹³⁹. 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

¹³⁶ Tradução livre. No original: The buyer may require performance by the seller

¹³⁷ 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

¹³⁸ 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

¹³⁹ 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

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 aplicado¹⁴⁰.

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 de o comprador ter voluntariamente concedido um período adicional de tempo para que o vendedor cumprisse com sua obrigação contratual¹⁴¹.

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 tolhido¹⁴².

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)¹⁴³. Não tendo o vendedor criado legítima expectativa passível de proteção, deve-se permitir o *jus*

¹⁴⁰ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 695

¹⁴¹ *Ibidem, loc. Cit.*

¹⁴² 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

¹⁴³ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. *Op. Cit.*, 2010, p. 695

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 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 contrato¹⁴⁴.

Neste sentido, interessante caso (*ICC Arbitration Case 12173 – Frame Contract Case*¹⁴⁵) 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.

¹⁴⁴ 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

¹⁴⁵ ZÜRICH. International Chamber of Commerce. ICC Arbitration Case 12173. Disponível em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/0412173i1.html> Acesso em: 30 nov. 2018

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 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 Convenção¹⁴⁶, 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.

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*¹⁴⁷, 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 doméstica¹⁴⁸. 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)¹⁴⁹.

Todavia, novamente, tal limitação à *specific performance* no âmbito da CISG, embora esteja expressa nas provisões da Convenção, é meramente aparente

¹⁴⁶ 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)

¹⁴⁷ 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

¹⁴⁸ 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

¹⁴⁹ BJÖRKLUND, Andrea. *Op. Cit.*, 2011, p. 377

na prática. Neste sentido, apenas um caso abordou a questão diretamente, que foi o *Magellan International v. Salzgitter Handel*¹⁵⁰⁻¹⁵¹.

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 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 domestica 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

¹⁵⁰ 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

¹⁵¹ 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

podem muito bem ser as hipóteses que até mesmo os países de *common law* garantem a aplicação de tal remédio¹⁵².

Neste sentido, reitere-se que, pelo entendimento dos comentários nos *travaux préparatoires* da CISG¹⁵³, 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.

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 contrato¹⁵⁴.

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*¹⁵⁵, ratificando o princípio da prioridade do direito de requerer a performance do contrato proposto por Schwenzer 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 Código Civil brasileiro.

¹⁵² 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

¹⁵³ 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

¹⁵⁴ SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Commentary on The UN Convention on The International Sale of Goods (CISG)**. New York: Oxford University Press, 2010, p. 706

¹⁵⁵ 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

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 CISG¹⁵⁶.

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 obrigação¹⁵⁷.

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 inadimplida¹⁵⁸.

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*)¹⁵⁹.

O procedimento de *nachfrist*, portanto, permite ao comprador fazer um “upgrade”, tornando um descumprimento do contrato que não seria uma violação

¹⁵⁶ 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

¹⁵⁷ *Ibidem, Loc. Cit.*

¹⁵⁸ *Ibidem, Loc. Cit.*

¹⁵⁹ 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

essencial, em um descumprimento do contrato que se configura como violação essencial do contrato¹⁶⁰, nos termos do artigo 25 da CISG¹⁶¹.

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)¹⁶², que dispõe sobre a obrigatoriedade de fixação de um prazo adicional para o vendedor, caso este venha a não entregar as mercadorias comercializadas.

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 contrato¹⁶³.

¹⁶⁰ 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

¹⁶¹ 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)

¹⁶² 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)

¹⁶³ HUBER, Peter. *Op. Cit.*, 2011, p. 737

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 não¹⁶⁴.

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 procedimento¹⁶⁵.

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 interno¹⁶⁶, como sustentamos anteriormente.

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*.

¹⁶⁴ 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

¹⁶⁵ 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.

¹⁶⁶ *Ibidem, Loc. Cit.*

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 Mercuro e Steven Medema sobre o Paradigma do *Overbidder*, que em um contrato de compra e venda de mercadorias, 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 contrato e as implicações da assimetria de informações nas relações contratuais.

Os critérios de eficiência, *per si*, 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, o conceito de ótima 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

- 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
- 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
- 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>](http://cisgbrasil.dominiotemporario.com/doc/stj2.pdf) Acesso em: 29 nov. 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>](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
- 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>](https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1291&context=californialawreview) Acesso em: 26 nov. 2018
- 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
- 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.Bech, 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.Bech, 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.Bech, 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.Bech, 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

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.Bech, 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

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=journals_articles> Acesso em: 26 nov. 2018

_____. **Economic Analysis of Law**. Chicago: Little, Brown and Company, 1986

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

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 Eficienticismo 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 COMISSION 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 Aguilar. 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, 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

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