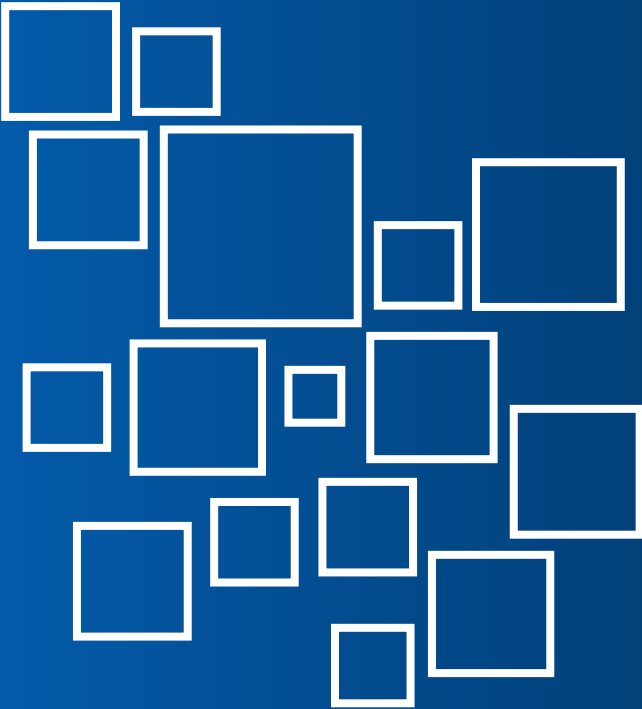


ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro

Bradson Camelo¹

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Marina Lemos Pires²

*Departamento de Direito
Universidade Federal de Pernambuco*

RESUMO

Trata-se de trabalho de direito contratual comparado entre os institutos dos Estados Unidos da América e o do Brasil e sua ampla relação com a Análise Econômica do Direito. Considerando o crescente interesse pela Análise Econômica do Direito e que seu berço é os Estados Unidos, mister se faz destacar a especial importância do parâmetro norte-americano dentro da doutrina da “Análise Econômica do Direito Contratual”, sendo, portanto, útil um prévio conhecimento das peculiaridades de sua ordem jurídica, a fim de se evitar comuns equívocos.

Palavras-chave: Direito Comparado, Direito Contratual, AED, EUA, Brasil.

JEL: K12

ABSTRACT

This is a comparative law study between American and Brazilian contract law institutions within Law & Economics tradition. Considering the growing interest in Law & Economics in Brazil, and since its birthplace is the USA, it's useful to highlight the particularities of the American doctrine of “Economic Analysis of Contract Law” and to call attention of the neophyte to the peculiarities of its legal system in order to avoid common misunderstandings.

Key words: Comparative Law, Contract Law, Law & Economics, USA, Brazil.

R: 30/6/11 **A:** 19/9/11 **P:** 16/11/11

¹ O autor pode ser contactado no e-mail: bradsoncamelo@gmail.com.

² A autora pode ser contactada no e-mail: marinalemosp@gmail.com.

1. Introdução

O presente trabalho é fruto de uma pesquisa de direito comparado que busca descobrir quais são os pontos em comum e os discordantes entre o direito contratual dos Estados Unidos da América (baseado na *Common Law*) e o direito contratual do Brasil (baseado na *Roman Law* – direito continental europeu), ressaltando seus fundamentos econômicos e sua ampla relação com a Análise Econômica do Direito.

Antes de abordar as bases da pesquisa, faz-se necessário demonstrar a relevância da perspectiva do direito comparado no cenário atual da sociedade de mercado globalizada, pois no bojo das transformações das instituições³ contemporâneas, que vêm ampliando suas bases de atuação, os profissionais – inclusive da área jurídica – devem estar aptos a prover soluções cada vez mais diversas diante das novas conjunturas geradas. Neste sentido, o estudo comparativo de normas é essencial para o jurista moderno, ainda mais na seara contratual, na qual, frequentemente, os contratantes possuem nacionalidades distintas.

A análise comparativa se mostra de extrema relevância para que os praticantes do direito discutam os fundamentos de sua própria matriz jurídica e conheçam as bases das outras famílias jurídicas, sempre tomando em atenta consideração as diferentes realidades econômico-sociais. O presente estudo optou por um foco no direito contratual estadunidense, basicamente por sua importância dentro do cenário econômico mundial em que o número das relações negociais oriundas do desenvolvimento do comércio internacional de bens e serviços é cada vez maior.

É perceptível a enorme tendência dos estudos de direito comparado no Brasil somente terem como base o direito europeu continental, sendo raras as referências à *Common Law*, menos ainda ao direito estadunidense. Este enviesamento para o *Civil Law* tem relação com a formação da cultura jurídica de origem colonial portuguesa, merecendo destaque, por esta razão, a maior influência do direito alemão no Brasil, mais do que nos outros países da América Latina.

Quanto à relação entre os direitos em estudo, é notório que há mútuas influências entre a *Common Law* e o *Civil Law* em todas as áreas jurídicas, principalmente na área do direito contratual e societário. Nesta linha, percebe-se uma crescente quantidade de leis escritas nos Estados Unidos, destacando-se, na área contratual, o *Uniform Commercial Code*, ao mesmo tempo em que, no Brasil, assim como nos outros países de influência européia, aumenta-se a importância das decisões dos tribunais em busca de maior eficiência na resolução das lides.

Nesse sentido, considerando o crescente interesse pela Análise Econômica do Direito e que seu berço é os Estados Unidos, mister se faz destacar a especial importância do parâmetro norte-americano dentro da doutrina da “Análise Econômica do Direito Contratual”, sendo, portanto, necessário um prévio conhecimento das peculiaridades de sua ordem jurídica, a fim de se evitar comuns equívocos.

Assim, ressaltada a importância da análise comparativa, vale a pena lembrar que é unânime a compreensão da importância contratual para as trocas, não importando a raiz jurídica a qual se segue. A maioria das trocas livres e voluntárias são socialmente desejadas, pois toda a teoria econômica demonstra que há um aumento de satisfação (eficiência) na sociedade como um todo com a

³ Por instituições, tomemos a definição apresentada por Douglass North (1994:3), segundo a qual “instituições são as regras do jogo em uma sociedade; mais formalmente, representam os limites estabelecidos pelo homem para disciplinar as interações humanas. Em consequência, elas estruturam os incentivos que atuam nas trocas humanas, sejam elas políticas, sociais ou econômicas. As mudanças institucionais dão forma à maneira pela qual as sociedades evoluem através do tempo e, assim, constituem-se na chave para a compreensão da mudança histórica”.

ocorrência destas, sendo desejáveis, portanto, independentemente do conceito adotado de eficiência⁴. Destarte, faz-se necessário facilitar as trocas e não desencorajá-las.

Por outro lado, o contrato tornou-se um objeto e um instrumento essencial das políticas de regulação, que visam a lidar com as falhas de mercado, tais como, o poder de monopólio e os problemas informacionais. O direito contratual, dessa forma, pode constituir uma intervenção positiva e deliberada do legislador, destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, ou pode significar uma plena liberdade negativa, onde não há imposições legais.

Neste diapasão, é importante salientar que o sistema jurídico brasileiro seguiu a linha de publicizar muitas das relações privadas, demonstrando uma valorização do interesse público, o que termina gerando, por consequência, um menor respeito pelos interesses individuais e, logo, uma maior interferência nas relações contratuais. Os Estados Unidos, por sua vez, privilegiam a capacidade de autonomia dos indivíduos, considerando que o conjunto dos interesses individuais levará ao bem estar coletivo.

É de bom alvitre observar que este estudo limita-se geograficamente aos contratos celebrados dentro dos Estados Unidos e que estejam sob a regência do ordenamento jurídico deste país devido à sua relevância no cenário internacional, o que não significa que os elementos e aspectos dos contratos estadunidenses estarão sempre presentes nos contratos celebrados internacionalmente, isso porque estes, dependendo de cada caso, serão regidos por ordenamentos jurídicos diversos.

Devido à importância dada à jurisprudência pelos seguidores da *Common Law*, dar-se-á um enfoque também na análise dos principais casos usados nos Estados Unidos como paradigmas contratuais.

2. Conceito e Importância dos Contratos

Inicialmente, é interessante destacar que nos Estados Unidos há grande pragmatismo do ensino e da prática jurídica (Gorin & Pitts, 2002:20), enquanto que, por outro lado, há maior nível de abstração no ensino jurídico no Brasil, assim como no outros países de formação jurídica da Civil Law. Seguindo esta linha, parte significativa dos livros norte-americanos de Direito contratual preferem não definir contrato, apenas discorrendo sobre seus elementos.

No direito estadunidense, assim como no Brasil, só existe contrato quando uma pessoa realiza uma promessa a outrem. Entretanto, ressalva-se que, nos Estados Unidos, nem todas as promessas são contratos (Frey & Frey, 2001:25-31), sendo necessária, em todos os casos, uma contraprestação da outra parte, seja um fazer ou entregar algo.

Destarte, o direito contratual de modo geral e, em especial, o norte-americano, é o direito das trocas (Commons, 2007:83), regulando e oferecendo proteção do Estado para as negociações e transações econômicas que se ambientam no mercado em um único momento (ajustes simultâneos) ou em período prolongado, de modo a necessitar que uma ou ambas as partes atuem no futuro, o que significa que as partes precisam confiar que as promessas feitas serão cumpridas.

O direito contratual, portanto, ganha mais importância de acordo com a necessidade da sociedade capitalista (Commons, 2007:36), pois, numa sociedade civilizada, os homens precisam ser capazes de confiar que aqueles com quem negociam agirão de boa fé. Numa sociedade onde vigoram fortemente o comércio e a indústria, torna-se, então, de primeira importância o interesse social na estabilidade das promessas como uma própria instituição social e econômica.

⁴ Considerando as diferenças entre os conceitos de Pareto, Kaldor-Hicks e Marshall.
EALR, V. 2, nº 2, p. 321-340, Jul-Dez, 2011

Nesse sentido, o direito contratual é o principal instrumento para assegurar a cooperação no comportamento humano, particularmente, no que concerne à troca, fornecendo o suporte necessário às partes para que tenham confiança nas promessas cujos conteúdos ainda não foram realizados.

É sempre importante destacar, como elemento central da conceituação contratual, que a sociedade estadunidense valoriza bastante a livre e espontânea troca (Friedman & Friedman, 1990:9-38), pois um de seus princípios basilares, desde sua independência, é a defesa da liberdade individual. A interferência nas ações individuais apenas deverá ser feita se extremamente necessária e, ainda assim, aferindo minimamente o custo que isso acarretaria.

2.1. Importância das Trocas

As trocas possuem grande relevância para as sociedades modernas, pois, segundo a teoria econômica, através do câmbio voluntário, os agentes envolvidos são capazes de aumentar suas satisfações ao mesmo tempo: são jogos de soma diferente de zero, ou seja, ambos podem ganhar. Para tornar a idéia mais clara, apresenta-se um exemplo bastante simples, usado em muitos livros de economia (Varian, 1992:3-5; Commons, 2007:66).

José possui um bem X (qualquer bem da vida) em bom estado, esta propriedade gera uma satisfação em José equivalente a ter R\$ 1.000,00 em dinheiro a mais em seu patrimônio. Maria, por sua vez, deseja o bem X de José, sendo que, para ter a propriedade deste bem, Maria está disposta a abrir mão de até R\$ 3.000,00 de seu patrimônio, ou seja, a satisfação que Maria teria sendo proprietária do bem X seria equivalente a R\$ 3.000,00. Assim, é possível que haja uma negociação em que ambas as partes aumentem suas satisfações: Maria está disposta a pagar até R\$ 3.000,00 e José, a vender a partir de R\$ 1.000,00, nesta situação, qualquer valor neste intervalo será vantajoso para ambas as partes (Buckley, 2005:26-27).

De tal modo, nas trocas, verifica-se um excedente total que é o quanto as partes juntas ganharam com a negociação (Veljanovski, 2007:111). Este valor é obtido com a soma da diferença entre o valor que José recebeu e o mínimo por quanto estava disposto a vender com a diferença entre o que Maria estava disposta a pagar e o que efetivamente pagou. Supondo-se que o valor de negociação foi R\$ 1.500,00, o excedente total é de R\$ 500,00 (R\$ 1.500,00 - R\$ 1.000,00, referente a José) acrescido de R\$ 1.500,00 (R\$ 3.000,00 - R\$ 1.500,00, referente a Maria). Ou seja, a troca realizada aumentou a satisfação total em R\$ 2.000,00.

A diferença entre o valor que Maria pagou e o valor que estaria disposta a pagar é chamado "excedente do consumidor". E a diferença entre o valor que José vendeu e o valor que estaria disposto a vender é o "excedente do produtor". A soma de todos os excedentes é o valor que a sociedade alcança nas realizações de trocas. Assim, o excedente total (soma do excedente do consumidor e produtor) é um bom indicador de aumento de bem-estar na sociedade derivada do comércio, pois o conceito de bem-estar da sociedade⁵ é a soma das funções de bem-estar dos indivíduos (Kaplow & Shavell, 2002:16).

⁵ Lembra-se que a teoria econômica tende a medir o bem-estar através do conceito de utilidade que é necessário, para mensurá-lo, da inclusão das preferências individuais. O termo "utilidade" gera controvérsia, mas geralmente é medido pela disposição a pagar (*willing to pay*), porque o dinheiro que uma pessoa oferece por um bem é a medida direta da intensidade do seu desejo pela coisa, portanto, o prazer / utilidade está associado.

Vale destacar que o exemplo acima só se faz possível quando o custo de negociação é zero ou muito baixo. Sendo assim, uma das principais funções do direito contratual é justamente reduzir os custos de transação.

3. Fontes do Direito Contratual

No Brasil, o direito contratual está presente, em sua maior parte, no Código Civil, mas também se faz bastante relevante no Código de Defesa do Consumidor, bem como, em termos de especificidade, em determinadas leis esparsas. Nos últimos anos, porém, com o movimento de publicização de todo o direito, tem estado presente um forte regramento contratual com fundamento constitucional.

O Código Civil Brasileiro de 2002 e Código de Defesa do Consumidor, principais fontes do direito contratual brasileiro, têm claras feições solidaristas, na mesma linha da Constituição Federal de 1988 e, desta forma, criaram várias situações que a lei alberga o inadimplemento contratual – em alguns casos declarando nulas as cláusulas; esta situação claramente rompeu com o modelo anterior que encontrava espeque na ideologia liberal e protegia mais os interesses negociados pelas partes através da regra do *pacta sunt servanda*.

Ou seja, o paradigma liberal (Timm, 2006:85) com base na lei criada pelas partes foi sendo substituído pela permissão ao judiciário para interferir na negociação dos contratantes, fato que ganha maior relevo com o crescente valor atribuído às súmulas, inclusive as vinculantes.

Nos Estados Unidos, o regramento básico do direito está na *Common Law* - na lei criada pelo juízo, entretanto, a Comissão Nacional de Uniformização das Leis Estaduais, entendendo que as relações comerciais necessitavam de maior segurança e previsibilidade jurídica, elaborou regras escritas, conhecidas como o *Uniform Commercial Code* – UCC, que estavam mais próximas da realidade comercial do país. Dos cinquenta estados, apenas a Louisiana não adotou plenamente o UCC, refutando o artigo II que se refere aos contratos para a venda de bens tangíveis.

Este diploma legal é formado por numerosos artigos que regulam diferentes áreas de direito comercial e, assim como no direito brasileiro, um dos princípios que devem reger os contratos, segundo o UCC, é o princípio da boa-fé. No que concerne ao direito contratual, entretanto, o UCC apenas regula a venda de bens (*sale of goods*), sendo todas as outras espécies de transações reguladas unicamente por leis estaduais e pela *Common Law* (Burton & Eisenberg, 2007:2).

Além do UCC, existe o *Restatement of Contracts*⁶, que é uma espécie de interpretação doutrinária feita pela mais renomada doutrina, tendo como base a jurisprudência estadunidense. O *Restatement*, portanto, não é lei e não vincula as decisões dos tribunais, mas, na prática, funciona como tal, pois os tribunais costumam observá-lo, visto que ele representa o teor das próprias decisões judiciais reunidas em formato de lei.

3.1. Conflito de direito material nos Estados Unidos

A sociedade estadunidense preza por uma grande autonomia dos particulares. Na seara contratual, tal autonomia é bastante perceptível na possibilidade da *choice of law*, ou escolha do direito (Frey & Frey, 2001:17). A *choice of law* permite a determinação, no bojo do contrato, de quais

⁶ Como houve, nos anos 80, uma grande alteração a tal diploma, atualmente ele é também chamado de *Second Restatement of Contracts*.

normas basearão o cumprimento e consequente litígio em caso de quebra contratual. Ou seja, as partes podem eleger de onde será o direito material a ser adotado.

São três os casos que normalmente suscitam dúvidas quanto à exata determinação das normas aplicáveis: a) quando leis federais e leis estaduais são conflitantes; b) quando há, numa transação interestadual, normas estaduais conflitantes; c) quando normas de um mesmo estado são conflitantes entre si.

No primeiro caso, quando leis federais e leis estaduais são conflitantes, aplica-se em primeiro lugar a lei federal. Apesar do direito contratual estadunidense ser, em geral, um direito bastante regulado pelos estados, o Congresso eventualmente legisla regulando certos tipos de transações contratuais e, nessas ocasiões, a lei federal deverá prevalecer sobre a lei estadual, caso ambas sejam conflitantes entre si.

O segundo caso, relativo à existência de mais de um estado com interesse na transação, suscita, vez por outra, dúvidas quanto à determinação das normas aplicáveis. Todos os cinquenta estados norte-americanos formulam suas próprias leis contratuais e, apesar de muitas dessas leis serem equivalentes entre si, as diferenças existem. O problema surge quando essa diferença pode resultar numa solução variável a depender da legislação aplicada ao caso concreto.

As partes contratantes podem ser de diferentes estados ou, ainda, a execução do contrato pode se iniciar em um estado e terminar noutro. Quando isso ocorre, as partes podem, ao firmar o acordo, determinar qual será o estado cuja legislação governará a transação, essa será justamente a provisão da *choice of law*. Em observância ao princípio da autonomia das partes, os tribunais deferirão a escolha feita pelos contratantes. Apenas não o farão se o estado escolhido não tiver relação substancial com as partes ou com a própria transação ou se o resultado obtido da aplicação das leis do estado escolhido for contrário às políticas públicas daquele onde a ação foi interposta.

Já quando as partes não fazem essa seleção, resta ao estado onde a ação foi interposta fazer sua própria *choice of law* e, nesse caso, não há uma regra uniforme a todos os estados, tendo cada um suas próprias formas de determinação. É comum serem considerados o estado onde o contrato foi firmado, o estado de execução do contrato e o estado que possui maior contato com a transação (Frey & Frey, 2001:17-21).

Uma vez determinado o estado cujas normas se aplicarão ao contrato, o foco recai sobre as leis dentro desse mesmo estado. E, em relação a este último caso, quanto à determinação das normas aplicáveis quando normas de um mesmo estado são conflitantes entre si, é importante salientar que a legislação contratual de um estado deriva de duas fontes primárias: as leis, representadas pelos estatutos e códigos, e a jurisprudência. Quando uma lei é promulgada regulando um assunto específico, os tribunais não são livres para ignorar esse mandado legislativo e criar suas próprias leis, devendo, portanto, cumprir os mandados legislativos tal como na *Civil Law*.

4. Elementos do Contrato Norte-Americano

Na visão do direito estadunidense, contrato é uma promessa perante a qual o ordenamento jurídico prevê um remédio legal pelo seu descumprimento ou a lei, de alguma forma, reconhece o seu cumprimento como um dever a ser adimplido pela parte. Necessário, então, destacar que alguns elementos devem necessariamente estar presentes para que o contrato seja considerado legalmente vinculante, são eles o acordo (oferta e aceite), a *consideration*⁷, a capacidade e a legalidade (Stone, 2009:8).

⁷ Optamos por não traduzir a expressão, em virtude de não haver exato correspondente na doutrina nacional.

Percebe-se, *prima facie*, que há muita semelhança com os contratos regidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo a grande diferença o elemento da *consideration* que, como será visto mais detalhadamente adiante, é a necessidade de uma contraprestação, de modo que, o contrato, nos Estados Unidos, deve ser necessariamente uma troca.

4.1. Acordo

Assim como no Brasil, no direito contratual estadunidense, o acordo pode ser dividido em duas fases, a oferta e o aceite. A oferta é uma expressão de vontade para contratar em termos específicos. Os termos são elaborados pelo ofertante, na intenção de que, caso sejam aceitos, o ofertante e o aceitante, sejam vinculados pelo contrato.

Este elemento é o reflexo do casamento entre as vontades dos contratantes, de um lado o policitante e do outro o policitado. Assim, nada tem maior relevo que a sincera e correta manifestação da vontade pelas partes.

É importante destacar que nos Estados Unidos, assim como no Brasil, adota-se a teoria objetiva da declaração de vontade (Fuller & Eisenberg, 2001:369), isto quer dizer que o que vale para o contrato não é o desejo subjetivo das partes, mas o que foi expresso por elas no contrato em conjugação com suas ações.

Há um caso clássico no direito estadunidense que é o *Hotchkiss vs. National City Bank of New York*, 231 U.S. 50 (1913) (Fuller & Eisenberg, 2001:394), em que o tribunal declarou que o desejo das partes não seria suficiente para determinar nada, sendo necessária a conjugação das palavras no contrato com as ações das partes.

4.1.1. Oferta

Considera-se realizada a oferta, quando esta cria o poder de firmar definitivamente o contrato, não sendo necessárias mais negociações. Para ser considerada oferta, é imprescindível a presença do *animus* do policitante no sentido de se vincular à oferta feita. O *Second Restatement of Contracts* define oferta como a manifestação de plena vontade de entrar numa transação, feita à outra parte para que esta saiba que a sua concordância com a transação é desejada e concluiria esta, firmando o contrato.

A oferta deve ter seu objeto determinado ou determinável (Fuller & Eisenberg, 2001:414-417), assim como no direito brasileiro. Não havendo tal determinação, não há como o simples aceite vincular o ofertante, sem necessidade de maiores negociações, logo, Uma promessa indefinida não pode ser considerada uma promessa. O objeto a ser determinável é a própria promessa, sendo mister também a presença da *consideration* requerida em troca desta promessa, ou o “preço” a ser pago pela promessa. A oferta deve ser feita de modo a induzir a *consideration* recíproca, sendo assim, esta é um elemento tanto da oferta, quanto do aceite.

A comunicação é outro importante elemento da oferta, devendo esta, de fato, chegar ao conhecimento do aceitante em potencial para que possa ser considerada válida. Como aceitar algo de que não se toma conhecimento? Além disso, a oferta deve ser comunicada diretamente à parte com qual o ofertante pretende firmar o acordo, por essa razão, mensagens gerais, como oferecer recompensa a quem encontrar um criminoso, não são consideradas ofertas *stricto sensu*, não vinculando, assim, quem ofereceu.

Algumas observações ainda se fazem necessárias para um melhor entendimento do assunto. Exceções existem, mas a regra geral para a grande maioria de estados norte-americanos é que o anúncio publicitário não representa uma oferta. Os anúncios são feitos a um grande público, enquanto uma oferta deve ser comunicada a partes específicas, eles seriam então considerados como um convite à oferta. É importante distinguir a oferta do convite à oferta, esta última seria um convite para outras pessoas apresentarem suas próprias ofertas.

Por fim, mas não menos importante, há um brocardo no direito contratual estadunidense, segundo o qual “o ofertante é o dono (mestre) da oferta” (Atiyah, 1996:12), desta forma, pode ele revogar a oferta a qualquer momento, desde que antes do aceite ou do início do adimplemento pela outra parte. Inclusive nas ofertas com prazo estabelecido, o ofertante pode retirá-la antes de ocorrer a aceitação, o que não se faz possível no Brasil.

4.1.2 – Aceite

O aceite é uma expressão de absoluto e incondicional acolhimento de todos os termos da oferta, devendo espelhar exatamente a oferta original. Assim, é essencial que esteja presente a séria intenção de anuir e que essa intenção seja devidamente comunicada ao ofertante. A comunicação deve ser feita o mais breve possível, pois a oferta pode ser revogada a qualquer momento, caso ainda não tenha sido aceita.

Via de regra, o aceite deve ser o reflexo idêntico da oferta (*mirror image rule*), caso contrário, havendo algum acréscimo ou mudança, mesmo que de detalhe, não será uma aceitação, mas uma contraproposta. (seguindo as mesmas regras da oferta).

A regra da imagem do espelho é uma norma tradicional (Blackburn et al., 1991:183) da *Common Law* que não mais baseia o modo como as empresas costumam e preferem fazer negócios nos Estados Unidos. Atualmente, tal regra ainda pode ser aplicada a alguns casos, mas não é consagrada pelo UCC. A regra insculpida no Código Comercial Uniforme (UCC Artigo 2 – 207) afirma que se a intenção do documento é aceitar, mesmo que contenha alguns pontos diferentes da oferta, será considerado como um aceite e os novos termos apresentados serão entendidos como uma proposta adicional do contrato.

Entretanto, dentro desta exceção criada pelo UCC, existem dois diferentes casos: 1) Se alguma das partes (ou ambas) não forem comerciantes, os termos adicionados pela aceitação somente se tornarão parte do contrato quando todos os contratantes se manifestarem expressamente; 2) se o contrato é entre comerciantes, os novos termos automaticamente passam a fazer parte do contrato, salvo se incorrer em algumas das três condições a seguir:

- a) A oferta expressamente limitar a aceitação aos seus exatos termos;
- b) o policitante notificar sua objeção quanto aos novos termos ao aceitante;
- c) os novos termos modificarem significativamente o contrato.

Para facilitar a compreensão, lançamos mão de um exemplo (Blackburn et al., 1991:183-184): Um comprador envia a uma fábrica de circuitos elétricos uma oferta de compra para mil microchips por R\$ 1.000,00, com garantia total e que fosse enviado por Sedex. A fábrica responde, por escrito, prometendo enviar os microchips na data solicitada por outra transportadora e limita a garantia à reposição dos produtos danificados. O vendedor envia os chips e o comprador os aceita, entretanto alguns dias depois eles causam um dano de R\$ 15.000,00 aos equipamentos do comprador. A solução é dada pelo quadro abaixo, de acordo com a norma aplicada:

	<i>Common Law</i>	UCC - ao menos 1 não comerciante	UCC – 2 comerciantes
Ordem de compra	Oferta	Oferta	Oferta
Informação o vendedor	Contraproposta, pois tem novos termos.	Aceite. Os novos termos são propostas adicionais ao contrato.	Aceite. Os novos termos são propostas adicionais ao contrato.
Aceite dos bens	Aceite da contraproposta do vendedor.	Irrelevante.	Irrelevante.
Mudança da transportadora	Parte do contrato. Contraproposta aceita.	Comprador não concordou, logo não faz parte do contrato.	Faz parte do contrato, pois o comprador não limitou o aceite aos termos da oferta, não notificou a objeção nem isto altera substancialmente o contrato.
Limitação da garantia	Parte do contrato. Contraproposta aceita.	Comprador não concordou, logo não faz parte do contrato.	Não faz parte do contrato, pois altera substancialmente os termos do contrato.

Quando se trata de transações à distância, no direito estadunidense, será válido o aceite e formado o contrato assim que o aceitante enviar sua anuência: é a *mail box rule*, estando perfeita e acabada a formação do contrato com o envio. À primeira vista, parece com a opção do legislador brasileiro, entretanto, neste direito, existe tamanha exceção que o correto seria dizer que o contrato só está formado quando chegar ao conhecimento do ofertante.

Outro ponto importante no acordo é que, nos Estados Unidos, para evitar que as tratativas da negociação sejam consideradas como um contrato, é comum ser firmado um ‘acordo de cavalheiros’ (*Gentlemen’s agreement*) ou ‘memorando de entendimento’ (*memoranda of understanding*) que é o documento que as partes firmam, no início da negociação, esclarecendo que elas não estão obrigadas a concluir o contrato em negociação. Caso não haja esta declaração, o judiciário daquele país enfrenta o caso dentro da perspectiva tradicional de oferta e aceitação, analisando se os elementos envolvidos foram suficientes para caracterizar o contrato.

4.2. Consideration

A *consideration* é o instituto jurídico da *Common Law* que simboliza a barganha originária da perspectiva do contrato como uma operação de troca ocorrida no mercado, de modo que somente deve ser considerado como contrato quando houver uma contraprestação envolvida. Entretanto, a proteção ao contrato evoluiu e, nos dias atuais, os tribunais passaram a proteger a confiança gerada por promessas em situações em que não há contraprestação, como ocorre na *promissory estoppel*⁸.

⁸ Este instituto também não teve seu nome traduzido por ausência de equivalente no ordenamento jurídico pátrio. Explicar-se-á mais adiante.

De acordo com a doutrina estadunidense (Fuller & Eisenberg, 2001:47-51), a exigência da *consideration* como elemento do contrato vem da visão do contrato como um instrumento do mercado para dispersar poder decisório e atingir níveis mais eficientes de satisfação da sociedade. Esta abordagem funcional-econômica é rechaçada no Brasil, sem a menor análise prévia, enquanto nos Estados Unidos faz parte significativa da cultura jurídica dos contratos.

Este instituto se materializa no benefício ou vantagem para aquele que faz a oferta e, ao mesmo tempo, no custo ou detrimento para aquele que a aceita, e vice-versa. É o que a parte requer em troca de sua promessa. A *consideration* se refere à necessidade de que a promessa seja parte de uma negociação (*bargain*), de uma troca, como consequência do processo de oferta e aceite e, sendo assim, deve haver uma vantagem e um detrimento para ambas as partes (Atiyah, 1995:181).

Quando o benefício ou detrimento é potencial ou acidental, esta situação não se apresenta como uma *consideration* válida (Stone, 2009:109). Este importante elemento deve ser explícito e suficiente para amparar a promessa, sendo absolutamente necessário que o detrimento de uma parte seja diretamente vinculado à vantagem da outra e vice-versa, fruto de uma negociação. Portanto, o benefício que ambos os contratantes adquirem devem ser consequência do custo que ambos também têm de arcar.

O detrimento existe quando o promitente faz ou promete fazer algo que ele não era previamente obrigado a fazer ou se abstém de algo que teria direito. Por exemplo, uma pessoa compra um carro por R\$ 20.000,00.

Promessa	<i>Consideration</i>	Detrimento	Negociado
Pagar R\$ 20.000,00	Promessa do vendedor de entregar o carro.	O vendedor não estava obrigado previamente a transferir o carro.	Promessa do vendedor induziu a promessa do comprador.
Transferir a propriedade do automóvel	Promessa do comprador de pagar R\$ 20.000	O comprador não estava previamente obrigado a pagar	Promessa do comprador induziu a promessa do vendedor.

Cabe às partes determinar se a *consideration* é adequada ou não, pois apenas as partes podem julgar se a troca efetuada é vantajosa para cada qual, requerendo a lei apenas que seja suficiente, que algo de valor esteja sendo cedido em troca da promessa do outro.

Algumas situações que não são aceitas como *consideration* devem ser enfatizadas, elas representam promessas que não são feitas para induzir, de fato, a *consideration*, são elas:

a) A *consideration* não pode ser algo dado ou prometido no passado. Para que ela seja válida e sirva de base para a promessa presente, deve ser atual e ser um benefício direto da negociação que está sendo realizada. Pois se o ofertado já prometeu ou até realizou o que lhe caberia, a promessa do ofertante não estaria sendo feita para, de fato, induzir a *consideration* da outra parte (Frey & Frey, 2001:47).

Por exemplo, uma pessoa promete pagar um prêmio a alguém como recompensa por um salvamento que já aconteceu de modo gratuito e sem negociação. Esta promessa não pode ser entendida como contrato, pois carece justamente da *consideration* atual.

b) Quando há preexistência de dever, ou seja, quando o agente já possui o dever jurídico de fazer algo (Stone, 2009:120-135). A *consideration* em troca da promessa do ofertante deve estar livre de qualquer prévia obrigação já contraída.

Como ilustração, tem-se o caso de uma promessa de pagar um valor extra se os empregados de uma loja não furtarem durante o serviço (dever de conduta de todas as pessoas na sociedade), neste caso, não há que se falar em contrato.

A mesma situação se dá no caso de marinheiros que foram contratados para uma travessia inteira e, quando chegam ao meio da viagem, querem renegociar o contrato para aumentar o valor anteriormente fixado: isso não seria possível, pois o dever de completar a travessia já havia sido firmado, era, portanto, preexistente.

O *Second Restatement of Contracts* prevê que, para contratos de compra e venda de bens a termo, no caso em que nenhuma das partes tenha concluído seus deveres e um evento não previsto ocorre, estando as partes de boa-fé, uma modificação contratual em resposta ao imprevisto é possível mesmo sem *consideration*. Este posicionamento é crescente nos tribunais de vários estados norte-americanos (Murphy et al., 1997:70-79), estando de acordo com a Seção 2-209 do UCC⁹.

4.2.1 – Teoria Econômica da *Consideration*

A área da Teoria Econômica que analisa esta questão é a microeconomia, mais especificamente os estudos sobre o equilíbrio geral (das trocas). Nesta seara do conhecimento, a ferramenta mais apropriada para examinar-se a *consideration* é a Caixa de Edgeworth (Varian, 1992:545-550), pois ela permite representar a distribuição das quantidades disponíveis de dois bens entre dois indivíduos – pode ser expandido o raciocínio para toda a sociedade.

A caixa é desenhada através da inversão das curvas de indiferença¹⁰ de um indivíduo sobre as curvas de indiferença do outro indivíduo. Assim, os lados da caixa representam as quantidades totais disponíveis dos dois bens. A distância entre o eixo horizontal e cada ponto ao longo do eixo vertical indica a quantidade do bem (2) alocada para cada um dos agentes envolvidos (para o agente B, a distância é medida de cima para baixo, por sua vez, para o agente A, a distância é de baixo para cima). De forma análoga, os pontos ao longo do eixo horizontal representam as quantidades do bem (1) alocadas para cada consumidor. Cada ponto na caixa representa, assim, uma alocação diferente dos dois bens entre os consumidores.

⁹ § 2-209. *Modification, Rescission and Waiver.*

(1) *An agreement modifying a contract within this Article needs no consideration to be binding.*

(2) *A signed agreement which excludes modification or rescission except by a signed writing cannot be otherwise modified or rescinded, but except as between merchants such a requirement on a form supplied by the merchant must be separately signed by the other party.*

(3) *The requirements of the statute of frauds section of this Article (Section 2-201) must be satisfied if the contract as modified is within its provisions.*

(4) *Although an attempt at modification or rescission does not satisfy the requirements of subsection (2) or (3) it can operate as a waiver.*

(5) *A party who has made a waiver affecting an executory portion of the contract may retract the waiver by reasonable notification received by the other party that strict performance will be required of any term waived, unless the retraction would be unjust in view of a material change of position in reliance on the waiver.*

¹⁰ É o gráfico em que se expõem as combinações dos bens em que o consumidor é indiferente, ou seja, ele não tem preferência entre uma cesta de bens ou outra, já que todas elas fornecem um mesmo nível de satisfação (utilidade).

Há muitos pontos (situações) em que as curvas de indiferença dos dois agentes econômicos se tangenciam, sendo estes o conjunto de todos os pontos eficientes (conjunto de Pareto), onde não se pode melhorar a situação de alguém sem piorar a do outro (Zylberstajn & Sztajn, 2005:102-136). A ligação entre estes pontos é conhecida como a curva de contrato, pois são as alocações em que a livre negociação das partes chegaria, na situação ideal.

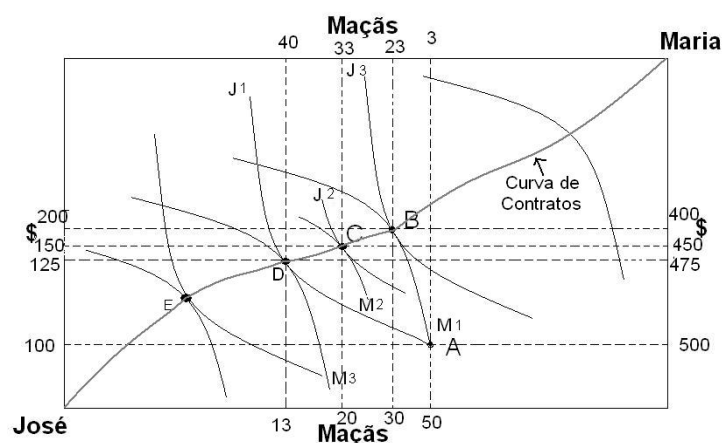
Para exemplificar, imagine-se que a distribuição inicial dos recursos – ponto (A) – ocorre de modo que José tem cinquenta maçãs e R\$ 100,00, enquanto Maria tem apenas três maçãs e R\$ 500,00.

Caso a negociação chegue ao valor de R\$ 100,00 (mínimo preço que José venderia vinte maçãs), passar-se-ia ao ponto (B) onde José aumentou sua satisfação e Maria manteve-se no indiferente (mesmo nível de satisfação, pois para ele é indiferente ter três maçãs e R\$ 500,00 ou ter vinte e três maçãs e R\$ 400,00). Perceba-se que Maria permanece na mesma curva de indiferença (M^1) e José muda para curva de indiferença acima (J^3).

Da mesma forma, dependendo da negociação, José poderia vender 37 maçãs a R\$ 25,00, chegando ao ponto D que lhe é indiferente – mantém a curva de indiferença J^1 – à sua dotação de bens inicial. Nesta mesma negociação, haveria uma melhora do nível de satisfação de Maria, passando para a curva de indiferença M^3 que lhe é melhor.

Por outro lado, caso a negociação chegasse ao ponto (C) onde José vendesse trinta maçãs por R\$ 50,00, ambos ficariam mais satisfeitos, saindo da dotação inicial que deixava José na curva de indiferença J^1 e Maria na curva de indiferença M^1 para uma situação em que ambos estariam em níveis de satisfação mais elevados, respectivamente J^2 e M^2 .

Os pontos (B), (C) e (D) são ótimos de Pareto e fazem parte da curva de contratos, sendo um caminho natural para se chegar após negociações no mercado, com alteração da cesta inicial de bens de ambas as partes.



Assim, os tribunais norte-americanos encontram justificativa na teoria econômica para não valorar a *consideration* (apenas as partes são capazes de avaliar a utilidade – satisfação – que os bens lhes trazem) e para exigir o detrimento (mudança na cesta dos bens para atingir a curva de contratos).

4.2.2 – Exceções à *Consideration*

Existem algumas situações em que, apesar de não haver *consideration* (Atiyah, 1995:219-220), há o importante valor da confiança a ser protegido, pois a promessa pode ser feita de modo a gerar uma expectativa real da outra parte, que, por sua vez, age confiando nessa expectativa. Tais situações fazem com que os tribunais, em determinados casos, protejam a confiança gerada, esta situação é chamada, nos Estados Unidos, de *Promissory Estoppel*.

Para este instituto que seja utilizado, a promessa, mesmo sem *consideration*, deve cumprir as seguintes condições: a) o beneficiário da promessa deve depositar significativa confiança no seu cumprimento; b) deve haver a possibilidade de essa confiança ter sido previsível para o promitente; c) deve a injustiça da situação somente poder ser evitada cumprindo-se o prometido.

Há um importante caso (Fuller & Eisenberg, 2001:454) [*Allen M. Campbell Co., General Contractors, Inc., vs Virginia Metal Industries, Inc., 708 F.2d 930 (4th Cir. 1983) - 36 UCC Rep.Serv. 384*] em que a empresa autora (Allen Campbell Co.) estava licitando para construir casas em Camp LeJeune – Carolina do Norte, para a Marinha norte-americana e, poucas horas antes da oferta, a empresa Virginia Metal cotou o preço de portas e esquadrias para a autora que se baseou para lançar sua oferta na licitação. A Allen Campbell foi a vencedora da licitação, mas a Virginia Metal se recusou a fornecer as portas, pois não havia contrato. A autora perdeu em primeira instância, mas a Corte de Apelação reverteu o julgamento, entendendo que apesar de não ter contrato, a cotação da Virginia Metal foi uma espécie de promessa de fornecimento.

Não significa que houve, de fato, a formação de um contrato, mas o direito protege os agentes de boa-fé, desestimulando os comportamentos oportunistas.

4.3 – Capacidade

A “parte” de um contrato pode ser um indivíduo, um grupo de pessoas, ou até uma pessoa jurídica. Entretanto, para se tornar parte em um contrato, é necessário possuir a capacidade de manifestar legalmente sua vontade. A capacidade legal é fundamental para o direito à autodeterminação de uma pessoa, ela traduz a capacidade de exercer plenamente os atos da vida civil.

Segundo o professor norte-americano Edward Conry e outros (1993:225), em se tratando de capacidade válida para contratar, o *Common Law* analisa o desenvolvimento mental ou psicológico adequado para assumir uma obrigação ou realizar um negócio jurídico. Neste caminho, as duas questões básicas que se opõem à capacidade plena de firmar contratos seriam a incapacidade e a emissão de vontade sob a influência de entorpecentes, tudo de modo muito similar ao direito brasileiro.

No caso das pessoas sem desenvolvimento mental pleno, como portadores de certas doenças mentais ou menores de idade, não estão aptas a compreender a natureza e conseqüências de suas ações, sendo incapazes de contratar. A lei da maioria dos estados norte-americanos estabelece, assim como no Brasil, que as pessoas se tornam mentalmente capazes aos 18 anos, podendo esta regra variar, sendo, em alguns estados, a maioridade atingida apenas aos 21 anos de idade. Além disso, nos Estados Unidos, a regra geral é que os pais não respondam pelas obrigações contraídas por seus filhos menores, essa situação apenas ocorreria no caso de serem co-assinantes no contrato firmado, respondendo diretamente e não pelo filho.

Uma grande diferença entre o direito norte-americano e o brasileiro é que aquele ordenamento prevê a possibilidade de o menor ‘desafirmar’ o contrato (alegando a própria torpeza),

em qualquer momento antes que atinja a maioridade (Murphy et al., 1997:430-438). Ao atingi-la, o contratante deve, então, ratificar o contrato ou desafiá-lo. A ratificação pode ser implícita da conduta da parte ou pelo decurso de tempo razoável.

Ocorrendo a desafiamento de um contrato por um menor, a lei da maioria dos estados norte-americanos apenas exige que seja retornado ao outro contratante o restante da *consideration*, ou seja, devem apenas devolver os bens no exato estado em que se encontram, não sendo necessário que o menor restitua a outra parte à situação anterior à transação.

Um exemplo extremo desta situação seria o caso de um menor comprar um carro em dez prestações e, após pagar apenas uma parcela, se envolver em um acidente que destrói o carro. Se este menor desafiava o contrato, pela lei da maioria dos estados norte-americanos, ele deveria apenas retornar o restante do carro (ferro velho) para o vendedor, sem precisar restituir o valor do dano causado no carro ou o valor do contrato.

Salienta-se, entretanto, uma importante limitação ao regramento tradicional, é o caso dos contratos envolvendo bens necessários para a sobrevivência do menor, como comida, moradia, tratamento médico, entre outros. Nesses casos, ainda perdura o direito de desafiamento do menor, mas este deve restituir à outra parte o valor total da contraprestação realizada.

Os tribunais também podem considerar o mesmo dever de restituição total na situação em que um menor mente sobre sua idade. Ressalta-se que o direito de desafiar ainda existe, a diferença é o dever de restituição.

Interessante exemplo que destaca a diferença do tratamento legal em relação a bens necessários é o aluguel de um apartamento por um menor, tendo este realizado um depósito adiantado, mas após alguns dias, desistido do negócio e desafiado o contrato. Neste caso, duas serão as soluções. Se o menor não tinha onde morar no momento do contrato, o apartamento apresenta-se como um bem necessário e o menor não tem direito à restituição do valor pago por meio do depósito adiantado. Já no caso de o menor anteriormente morar com os pais, tendo, assim, moradia fixa, o apartamento alugado apresenta-se como um bem não necessário, sendo aplicável a norma geral, qual seja, o dever do locador restituir o valor total do depósito ao menor.

Este tratamento, concedido pelo direito estadunidense, gera um forte desestímulo para que haja qualquer contrato firmado com menores, pois o outro contratante ficaria em situação insegura.

Por outro lado, o efeito de álcool ou drogas não influi, via de regra, na validade dos contratos estadunidenses. Deve, entretanto, ser levado em consideração se, em decorrência do efeito de entorpecentes, a parte perdeu completamente a habilidade de compreensão ou o controle emocional da situação.

Tendo-se em conta que, em geral, a tendência dos tribunais é zelar pela manutenção dos negócios jurídicos, possuindo pouca simpatia por aqueles que alegam intoxicação para se verem livres de uma obrigação contratual, os contratos são plenamente válidos, não importando se as partes encontravam-se sob o efeito de alegados entorpecentes. Eles somente poderiam ser anulados caso a parte contrária tivesse conhecimento ou razões para conhecer o fato da outra estar emitindo vontade sob a influência de drogas e tenha se beneficiado desta situação.

4.4 – Legalidade

A lei não protege todos os contratos. Para que um contrato seja vinculante, faz-se necessário que o seu objeto seja considerado legal ou não contrário às diretrizes governamentais (políticas públicas). Assim, aqueles contratos absolutamente ilegais (defeito com relação à cláusula essencial do contrato) são nulos, independentemente de as partes terem conhecimento da ilegalidade.

É importante conjugar este requisito com o princípio da *choice of law*, pois se as partes podem escolher de onde será a lei que regerá o contrato, este deve ser legal de acordo com o ordenamento elegido. Em determinados estados norte-americanos, por exemplo, contratos relativos a jogos de azar como loterias, corridas de cavalos, cassinos, etc. são considerados ilegais, enquanto em outros estados, contratos assim são considerados plenamente válidos. Leis federais ou estaduais podem regular a legalidade de certas matérias, fazendo com que os contratos que as regulem sejam ilegais e, portanto, não vinculantes.

O exemplo da situação acima é o caso *Connecticut National Bank of Hartford vs. Richard Kommit*, em que o autor da ação utilizou o cartão de crédito para jogar em um cassino em Atlantic City, mas, como o contrato de cartão de crédito previa o uso da lei de Massachusetts, onde o jogo é proibido, o tribunal afirmou que a contratação (crédito) para o jogo foi um contrato nulo, desincumbindo-o de pagar a dívida.

Também são nulos os contratos que, sua formação ou o seu cumprimento, contrarie o interesse público. O caso clássico (Blackburn et al., 1991:197-199), *Wiley v. Royal Cup, Inc.* 258 Ga. 357, 358, 370 S.E.2d 744, 745 (1988) se trata da ação ajuizada pela Royal Cup em face de Wiley que era seu gerente de vendas, pois o contrato de trabalho continha cláusula de sigilo durante um ano e uma de não concorrência proibindo-o, por dois anos, de trabalhar em qualquer empresa que tivesse negócios com a Royal Cup, em 18 cidades do Estado da Geórgia. Em primeira instância houve o provimento do pleito, mas em grau de recurso na suprema corte Estadual, foi revertida em parte, devido ao fato de o réu não ter área de atuação em algumas cidades, sendo, portanto, desarrazoada (contra a ordem pública) a proibição nestas cidades.

Quando os contratos são ilegais, geralmente o judiciário tentará deixar as partes onde elas se encontram, havendo poucas exceções a esta regra geral. Os juízos só farão valer os contratos ilegais se isto for consistente com o propósito legal. Por exemplo, se alguém faz negócio sem uma licença que é requerida, e o propósito da exigência desta licença for arrecadar ao invés de proteger consumidores, o judiciário dará efeito ao contrato firmado pela parte que não tinha a licença; se a licença for necessária para proteção, o juízo só dará exigibilidade ao contrato a requerimento dos consumidores, mas não a requerimento da parte sem licença.

5. Quebra Contratual e seus Remédios

Segundo o autor norte-americano Murphy e outros (1997:814), ocorre a quebra contratual quando uma das partes prometeu determinada ação e não cumpre a promessa. Qualquer não cumprimento integral do que foi acordado é considerado inadimplemento ou quebra contratual (*breach*), oferecendo, em tese, a possibilidade de autodefesa ou questionamento judicial, tanto para o direito norte-americano como para o brasileiro. Ocorre que, para evitar excessos, o poder judiciário estadunidense passou a considerar quebra apenas quando o inadimplemento alcança parcela significativa da *consideration*, ou seja, a *performance* não foi substancial¹¹.

O professor britânico Stone (2009:529-531) lembra que a parte não tem dever de agir se houver alguma condição não tiver sido preenchida. Existem dois tipos de condições: expressas (*express conditions*) e Construtivas (*constructive conditions*).

¹¹ A doutrina da '*substantial performance*' vem sendo adotada pelos tribunais brasileiros. EALR, V. 2, n° 2, p. 321-340, Jul-Dez, 2011

As condições expressas são aquelas estabelecidas pelas próprias partes, por exemplo, em um seguro de vida as partes põem como condição o falecimento de uma das partes. Estas condições devem ser cumpridas integralmente antes de surgir o dever de cumprir de uma das partes.

Por sua vez, as condições construtivas são implícitas da sequência de cumprimento das promessas pelas partes. Se uma parte deve cumprir sua promessa antes da outra, esta é uma condição construtiva precedente ao dever da outra parte cumprir sua promessa. Se ambos contratantes devem cumprir ao mesmo tempo, o cumprimento do outro é condição para o adimplemento. No Brasil, este instituto chama-se de *exceptio non adimplendi*.

Para aclarar a situação como um todo, analisa-se um caso hipotético em que o dono de uma casa contrata um construtor para reformar a casa de acordo com certas especificações, devendo o pagamento ser realizado no final. O construtor usou marca diferente da especificada, não cumprindo adequadamente sua parte. Não obstante, como a condição foi substancialmente adimplida o proprietário deve pagar o construtor.

Também é salutar lembrar que ambos os ordenamentos jurídicos (o brasileiro e o norte-americano) prevêm a possibilidade de ocorrência de algum evento imprevisto que impeça o cumprimento da promessa, não havendo sanção para a parte inadimplente. São as desculpas para não adimplemento (*Excuses for nonperformance*).

De acordo com o jurista Edward Murphy e outros (1997: 632-700), as partes, nos seus contratos, devem alocar os riscos expressa ou implicitamente, entretanto, muitas vezes elas falham em fazê-lo adequadamente, assim, se eventos imprevisíveis tornam o cumprimento da promessa impossível, o dever do cumprimento é dispensado. Por exemplo, se o objeto do contrato for destruído, o dever de cumprimento é dispensado.

O artigo 2-615 do UCC¹² estende a doutrina da impossibilidade às situações de imprevista impraticabilidade, ou seja, situações imprevistas que tornem impraticáveis, dentro de situações normais, o cumprimento da promessa. É interessante ressaltar que em alguns Estados, os tribunais têm aplicado esta flexibilização para todos os contratos, mesmo os não regrados pelo código uniforme (Burton & Eisenberg, 2007:88-90).

Uma linha doutrinária próxima à situação acima é a regra do propósito frustrado que analisa a possibilidade de atingir o propósito pretendido, tendo como caso clássico o ocorrido na Inglaterra¹³ (*Krell vs. Henry*, 2 K.B. 740 – 1903) quando uma pessoa alugou uma casa por dois dias apenas para ver a coroação do rei Edward VII, entretanto, esta foi adiada devido a uma doença do Rei. O dono da casa queria manter o contrato, mesmo com a frustração do objetivo do locatário, tendo o judiciário admitido a impossibilidade do cumprimento do contrato por frustração do propósito.

¹² § 2-615. *Excuse by Failure of Presupposed Conditions.*

Except so far as a seller may have assumed a greater obligation and subject to the preceding section on substituted performance: (a) Delay in delivery or non-delivery in whole or in part by a seller who complies with paragraphs (b) and (c) is not a breach of his duty under a contract for sale if performance as agreed has been made impracticable by the occurrence of a contingency the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made or by compliance in good faith with any applicable foreign or domestic governmental regulation or order whether or not it later proves to be invalid.

(b) Where the causes mentioned in paragraph (a) affect only a part of the seller's capacity to perform, he must allocate production and deliveries among his customers but may at his option include regular customers not then under contract as well as his own requirements for further manufacture. He may so allocate in any manner which is fair and reasonable.

(c) The seller must notify the buyer seasonably that there will be delay or non-delivery and, when allocation is required under paragraph (b), of the estimated quota thus made available for the buyer.

¹³ Murphy et al (1997: 749).

Convém ainda analisar a situação da quebra por repúdio antecipatório ou quebra antecipada (*Breach by Anticipatory Repudiation*) em que uma parte deixa claro seu intuito de não cumprir a sua promessa mesmo antes de ter o dever. Nestes casos, tanto os tribunais norte-americanos como os brasileiros admitem esta situação excepcional como quebra contratual. Um exemplo simples seria um comprador que contrata com o vendedor a entrega de cem sapatos por mês, durante um ano, e após alguns meses o vendedor informa ao comprador que não entregará mais os produtos. Mesmo a quebra ainda não tendo ocorrido, o comprador pode agir como se houvesse quebra de contrato.

5.1 – Remédios (Tutela/Ação)

No ordenamento jurídico brasileiro, a regra geral em caso de quebra contratual é a tutela específica, sendo a conversão da obrigação em perdas e danos apenas permitida no caso de haver pedido expresso do autor da demanda neste sentido ou de impossibilidade material da execução específica¹⁴.

Diferentemente do Brasil, os Estados Unidos têm como tutela tradicional para a quebra contratual o pagamento de perdas e danos (*money damages*), que tem algumas formas de mensuração (Blackburn et al., 1991:202-203): a mais tradicional é a perda da expectativa (*expectation damages*) que é calculada colocando a vítima na situação financeira que ele estaria se o contrato fosse cumprido; dano de confiança (*reliance damages*) que é calculado ao posicionar a vítima da quebra na mesma posição que eles ficaria se o contrato nunca tivesse sido feito; e o dano de restituição (*restitution damages*) que objetivam colocar a parte que quebrou o contrato na posição que ele estaria se o contrato nunca tivesse sido acordado.

Para exemplificar as situações, imaginemos um investidor contrata uma construtora para construir dois prédios a um valor total de R\$ 1,5 milhão pelo total da mão de obra e material. O construtor tem o custo de R\$ 450 mil para construir o primeiro prédio que tem um valor de mercado de R\$ 900 mil. Antes que o construtor inicie o segundo prédio que custaria R\$ 400 mil, o investidor rescinde o contrato:

- Se o contrato fosse cumprido completamente, o construtor teria um lucro de R\$ 650 mil. Assim, será necessário R\$ 1,1 milhão (o lucro que teria do total mais o custo de construção do primeiro prédio) para colocar o construtor na posição que ele ficaria se fosse cumprido completamente, ou seja, seria este o valor do *expectation damages*;
- O construtor gastou R\$ 450 mil para construir o primeiro prédio, logo seria necessário o pagamento deste valor para colocá-lo na situação que estaria se o contrato nunca tivesse sido feito, é o *reliance damages*;
- O investidor recebeu o prédio que tem valor de mercado de R\$ 900 mil que não teria se não tivesse firmado o contrato, assim, este seria o *restitution damages*.

Entretanto é importante ressaltar que os danos devem:

- a) ser calculáveis com certeza razoável, sendo a incerteza um problema freqüente quanto aos danos de lucro cessante;

¹⁴ Código de Processo Civil brasileiro, art. 461 e 461-A.
EALR, V. 2, nº 2, p. 321-340, Jul-Dez, 2011

b) razoavelmente previsíveis, possuindo como caso clássico (Murphy et al., 1997:915) *Hadley v. Baxendale*, 156 Eng. Rep. 145 (1854), a situação onde o um dono de um moinho tinha uma haste quebrada, assim ele contratou a entrega de uma nova. A empresa vendedora quebrou o contrato por excessiva demora de envio, prolongando o tempo que o moinho permaneceu fechado. O dono do moinho demandou o contratante inadimplente para receber o lucro cessante devido ao tempo excessivo que ficou fechado o negócio, mas o Poder Judiciário não julgou procedente o pedido porque o réu não tinha como saber que o moinho estava fechado;

c) A vítima da quebra deve tomar os cuidados razoáveis para mitigar os danos (*duty to mitigate*), por exemplo, se uma fábrica encomenda couro e percebe que o fornecedor não vai entregar tudo, ela deve agir para obter um fornecedor alternativo.

Algumas vezes as partes especificam os danos no contrato que são chamados de danos liquidados (*liquidated damages*). Estes danos são executáveis se forem considerados como tutelas ajustada e não penalidade e os danos reais forem difíceis de mensurar.

Como forma excepcional, o direito norte-americano prevê no artigo 2-716 do UCC a possibilidade de a parte lesada pleitear ao juízo a determinação à parte que quebrou o contrato que ela cumpra a promessa ao invés de pagar. Tutelas específicas (*specific performance*) estão disponíveis se o valor do dano não for satisfatório ou razoável, mas os juízos não determinarão a tutela específica se o pedido for difícil de executar ou trazer dano excessivo à parte.

A tutela específica, nos Estados Unidos, só costuma ser concedida quando os bens são infungíveis (Fuller & Eisenberg, 2001:324-327). Além disso, podem incluir pagamento do valor contratual acrescido de danos ou outras medidas que o tribunal considere devido.

Os motivos, de ordem prática, que levam os tribunais norte-americanos a não usar a tutela específica é que ela ofende a noção de livre arbítrio para forçar as pessoas a executar contratos. Além disso, contraria o interesse e eficiência do judiciário, aumentando o trabalho de monitorar o cumprimento das obrigações nos casos em que a tutela específica se prolonga no tempo.

No emblemático caso (*Copylease Corporation of America v. Memorex Corporation*), o tribunal foi muito claro ao afirmar que só seria possível se o bem em questão fosse único e insubstituível, para evitar a necessidade de supervisão do tribunal que terminaria sobrecarregando-o ou gerando uma decisão com pouca efetividade.

Neste sentido, os tribunais americanos só costumam conceder a tutela específica quando o contrato for para transferência de propriedade imóvel, para bens raros (infungíveis) e quase nunca para contratos de serviços específicos, pois entraria na seara da liberdade individual.

6. Conclusão

A presente análise pluridisciplinar sobre semelhanças e diferenças entre o direito contratual brasileiro e o direito contratual norte-americano, como todo estudo comparativo, gera inúmeros frutos que podem ser colhidos por operadores e por estudiosos de vários ordenamentos jurídicos, transcendendo os dois ordenamentos em foco.

O contrato, e a relação obrigacional dele derivada, devem ser entendidos hoje com base em novos parâmetros, que levem em conta a sua eminente função social. Diante disso, os benefícios do presente estudo comparado poderiam ser considerados mais atrativos para os operadores do direito

brasileiro, tendo em vista que o modelo contratual estadunidense apresenta uma maior preponderância de valores e ideias sobre a função sócio-econômica dos contratos e das trocas.

A tutela específica presente no direito contratual brasileiro tem enorme importância na proteção aos direitos em si, antes que a lesão aos mesmos se transmude em dano. No entanto, é necessário lembrar que o juiz, ao escolher a tutela a ser utilizada, deve sopesar detidamente a necessidade e a adequação daquele meio frente ao prejuízo que pode vir a causar ao demandado¹⁵. Deve atender aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, optando pelo meio mais idôneo, visando alcançar o resultado desejável em sua máxima efetividade, de modo a provocar o menor sacrifício possível ao réu. Nesse sentido é que devem ser levadas em consideração as hábeis alternativas norte-americanas das *Expectation Damages*, *Reliance Damages* e *Restitution Damages*.

Institutos peculiares norte-americanos, como os remédios para quebra contratual supracitados, a *consideration* e a *choice of law*, são inexistentes no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante, seu estudo pode gerar bons frutos no nosso direito. A partir do momento em que se analisa os resultados práticos da aplicação de tais institutos dentro da sociedade norte-americana, considerando suas vantagens e pontos fracos, novos caminhos podem ser abertos dentro do direito brasileiro, em busca de uma maior eficiência jurídica, que tanto nos aproxima da justiça.

Sem dúvidas, o estudo de ordenamentos jurídicos diversos impulsiona o saudável questionamento a respeito dos nossos próprios institutos jurídicos. E, ante o constante desenvolvimento do sistema de trocas, que impele reordenamentos periódicos das normas e suas aplicações na seara contratual, o direito comparado, decisivamente, pode se apresentar de uma enorme utilidade. É certo que o estudo comparado pode possibilitar uma melhor e mais rica aplicação dos institutos jurídicos brasileiros e, até mesmo provocar desejáveis evoluções dentro de nosso ordenamento jurídico, engrandecendo-o como um todo.

7. Referências

- Atiyah, P.S. (1996). *An Introduction to the Law of Contract*. New York: Oxford University Press Inc.
- _____. (1995). *Essays on Contract*. New York: Oxford University Press.
- Blackburn, J.D., Klayman, E. I., & Malin, M. H. (1991). *The Legal Environment of Business*. 4 ed. Boston: Irwin.
- Buckley, F.H. (2005). *Just Exchange: A Theory of Contracts*. London: Routledge.
- Burton, S.J., & Eisenber, M.A. (2007). *Contract Law: Selected Source Materials*. St. Paul: Thomson/West.
- Commons, J.R. (2007). *Legal Foundations of Capitalism*. New Brunswick: Transaction Publishers.
- Conry, E.J., Ferrera, G. R., & Fox, K. H. (1993). *The Legal Environment of Business*. 3 Ed. Needham Heights: Allyn and Bacon.
- Frey, M.A., & Frey, P.H. (2001). *Essentials of contract law*. *West Legal Studies series*. New York: West Thomson Learning.
- Friedman, M., & Friedman, R. (1990). *Free to Choose: A personal Statement*. San Diego: HBJ Book.
- Fuller, L.P., & Eisenberg, M. (2001). *Basic contract law*. 8. ed. St. Paul: Thomson-West.
- Gorin, S., & Pitts, D. (2002). *A educação em direito nos Estados Unidos*. *Questões de Democracia*, V. 7, n. 2, ago.
- Kaplow, L., & Shavell, S. (2002). *Fairness versus Welfare*. Cambridge: Harvard University Press.

¹⁵ Talamini (2001:265).

- Mann, R.A., & Roberts, B.S. (2005). *Business Law and the Regulation of Business*. 8 ed. Mason: Thomson-South-Western.
- Murphy, E.J., Speidel, R.E., & Ayres, I. (1997). *Studies in Contract Law*. 5 Ed. Westbury: Foudation Press.
- North, D.C. (1994). *Custos de transação, instituições e desempenho econômico*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal.
- Stone, R. (2009). *The Modern Law of Contract*. 8 Ed. Abingdon: Routledge Cavendish.
- Talamini, E. (2001). *Tutela relativa aos deveres de fazer e não fazer*. São Paulo: RT.
- Timm, L. B. (2006). As origens do contrato no Novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 844, fevereiro.
- Varian, H. R. (1992). *Microeconomic Analysis*, Third Edition, New York: W.W. Norton.
- Veljanovski, C. (2007). *Economic Principles of Law*. Cambridge: Cambridge University Press,.
- Zylbersztajn, D. & Sztajn, R. (2005). (Org.). *Direito & Economia. Análise Econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier.