

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
ESCOLA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUILHERME FREIRE DE MELO BARROS

**ANÁLISE ECONÔMICA DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE
CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE
MERCADORIAS - CISG À LUZ DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO**

CURITIBA

2015

GUILHERME FREIRE DE MELO BARROS

**ANÁLISE ECONÔMICA DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE
CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE
MERCADORIAS - CISG À LUZ DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração: Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro

**CURITIBA
2015**

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central

B277a
2015

Barros, Guilherme Freire de Melo
Análise econômica da Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias – CISG à luz do direito contratual brasileiro / Guilherme Freire de Melo Barros ; orientadora, Marcia Carla Pereira Ribeiro. – 2015.
155 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2015
Bibliografia: f. 143-155

1. Direito. 2. Compra e venda. 3. Contratos. 4. Brasil. Código Civil (2002). I. Ribeiro, Marcia Carla Pereira. II. Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Doris 4. ed. – 340

**ANÁLISE ECONÔMICA DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE
CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE
MERCADORIAS - CISG À LUZ DO DIREITO CONTRATUAL BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, Área de concentração: Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dra. Marcia Carla Pereira Ribeiro
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. Luís Alexandre Carta Winter
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa
Universidade de São Paulo

Curitiba, 19 de março de 2015.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha grande companheira de jornada na vida, Marcelle, com quem compartilho todas as minhas *aventuras* acadêmicas, sejam elas em Curitiba, na Itália ou na Suíça. Obrigado, acima de tudo, por nossa Helena.

Agradeço também à Professora Marcia Carla Pereira Ribeiro, por aceitar a orientação deste trabalho e por me introduzir no estudo do direito com base na análise econômica.

Agradeço, por fim, ao Instituto Suíço de Direito Comparado – ISDC, que abriu as portas de sua vasta biblioteca e ofereceu uma infraestrutura excelente para o desenvolvimento de parte significativa desta pesquisa.

RESUMO

O Brasil depositou o instrumento de sua adesão à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e figura hoje como um de seus 83 Estados contratantes. O objetivo da dissertação é estudar a adesão do Brasil à CISG sob o ponto de vista da análise econômica do direito. Busca-se responder à questão se a adesão contribui para a redução de custos de transação e da assimetria informacional, de modo a proporcionar um ambiente institucional mais seguro para o comércio internacional de mercadorias. A dissertação se inicia com a apresentação dos fundamentos teóricos da análise econômica do direito. Em seguida, faz-se o estudo jurídico de alguns institutos do direito contratual disciplinados pela Convenção em cotejo com regras do Código Civil. Assentadas essas bases, a dissertação passa ao exame do grau de eficiência das regras da Convenção para a redução da assimetria informacional e dos custos de transação e para melhoria do ambiente institucional formal. Por meio do estudo, percebe-se que a CISG possui regras são mais eficientes para a realidade do comércio internacional do que as regras respectivas do Código Civil, mas que, ainda assim, a própria Convenção contém dispositivos ineficientes. São apontados obstáculos ao sucesso da incorporação da CISG no Brasil para a promoção de um marco institucional favorável à redução de custos de transação e da assimetria informacional. Conclui-se que o incremento do comércio internacional depende naturalmente de diferentes fatores políticos e econômicos, como acordos internacionais, regulação jurídica e infraestrutura da cadeia produtiva ligada à exportação e que a adesão do Brasil à CISG contribui para o incremento do comércio internacional brasileiro, pois incorpora à ordem jurídica nacional um marco institucional formal elaborado especificamente para a compra e venda internacional de mercadorias e aplicado em diversos outros parceiros comerciais do Brasil. Com isso, a adesão à CISG possibilita a redução da assimetria informacional e de custos de transação.

Palavras-chaves: CISG. Análise econômica do direito. Eficiência. Custos de transação. Assimetria informacional.

ABSTRACT

Brazil accessed the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), being nowadays among the 83 contracting states. The dissertation studies the Brazilian accession under the economic analysis of law. The guiding question is whether the accession contributes to the reduction of transaction cost and of informational asymmetry, by offering a better-suited institutional framework for international trade. The dissertation begins with a presentation of the core theoretical grounds of the economic analysis of law. Afterwards, it assesses the efficiency of the Convention towards the reduction of information asymmetry and transaction costs, as well as the enhancement of the formal institutional framework. The study demonstrates that the CISG is more efficient to the peculiarities of international trade than the Brazilian Civil Code, although the Convention also contains some inefficient rules. Finally, the study sheds light on some obstacles to a successful incorporation of the CISG in the Brazilian institutional framework. The conclusion of the dissertation points out that the increase of the international trade relies on several different aspects, from politics to economics, such as international trade agreements, legal regulation and infrastructure of the exportation chain. Therefore, the accession to the CISG contributes to increase the Brazilian international trade, for it comprises formal institutions tailored for international contracts that are well known and vastly applied by several different commercial partners. Hence, the accession enables a reduction of informational asymmetry and of transaction costs.

Keywords: CISG. Economic analysis of law. Efficiency. Transaction costs. Informational asymmetry.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	14
2.1 HISTÓRICO	15
2.2 RACIONALIDADE LIMITADA.....	18
2.3 ASSIMETRIA INFORMACIONAL	21
2.4 NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL NO PENSAMENTO DE DOUGLASS NORTH.....	25
2.4.1 Instituições.....	27
2.4.2 Mudança institucional.....	30
2.5 ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	33
2.5.1 Bases históricas.....	35
2.5.2 Economia dos custos de transação no pensamento de Oliver Williamson	37
2.5.3 A visão de Douglass North a respeito dos custos de transação	42
2.6 ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO	43
2.6.1 Funções do direito contratual	43
2.6.2 Regulação legal do direito contratual.....	45
2.6.3 Formação do contrato	47
2.6.4 Violação contratual.....	49
3 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS – CISG	52
3.1 HISTÓRICO	54
3.2 ESTRUTURA.....	56
3.3 ESFERA DE APLICAÇÃO	58
3.3.1 Contrato de compra e venda.....	59
3.3.2 Conceito de mercadorias.....	60
3.3.3 Caráter internacional da compra e venda.....	61
3.4 RESERVAS.....	62
3.4.1 Reserva das partes II e III da CISG	63
3.4.2 Reserva parcial.....	63
3.4.3 Reserva de aplicação do artigo 1(1)(b)	64
3.4.4 Reserva de forma escrita.....	65

3.5 MODALIDADES DE COMPRA E VENDA EXCLUÍDAS DA APLICAÇÃO DA CISG.....	66
3.6 ÁREAS DO DIREITO CONTRATUAL NÃO ABRANGIDAS PELA CISG	68
3.7 AUTONOMIA DAS PARTES E EXCLUSÃO DA CISG (<i>OPT-OUT</i>).....	71
3.8 FORMAÇÃO DO CONTRATO	73
3.8.1 Oferta	73
3.8.2 Aceitação	75
3.9 REGIME JURÍDICO DO INADIMPLEMENTO	77
3.9.1 Violação essencial do contrato	78
3.9.2 Preservação do contrato: cura e tempo adicional (<i>Nachfrist</i>)	79
3.9.3 Remédios jurídicos em espécie	81
3.9.3.1 Cumprimento específico da obrigação	82
3.9.3.2 Rescisão contratual.....	84
3.9.3.3 Redução do preço	85
3.9.3.4 Indenização por perdas e danos.....	86
3.9.3.5 Suspensão do cumprimento do contrato.....	86
3.9.4 Indenização por perdas e danos	87
3.9.4.1 Requisitos.....	87
3.9.4.2 Cálculo das perdas e danos	89
3.9.4.3 Mitigação das perdas	90
3.10 FERRAMENTAS DE PESQUISA E ACESSO A INFORMAÇÃO	92
4 ADESÃO DO BRASIL À CISG SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	94
4.1 REDUÇÃO DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL	94
4.2 ADESÃO À CISG SOB O PONTO DE VISTA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL.....	95
4.3 ADESÃO À CISG SOB O PONTO DE VISTA DA ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	98
4.4 ANÁLISE DE REGRAS ESPECÍFICAS DA CISG	100
4.4.1 O sistema de reservas	100
4.4.2 Formação do contrato	102
4.4.2.1 Fixação de preço.....	102
4.4.2.2 Oferta: eficácia e revogabilidade	102

4.4.2.3 Aceitação	103
4.4.2.4 Identidade entre proposta e aceite	104
4.4.3 Ineficiência do regime de comunicações da CISG.....	105
4.4.4 Regime jurídico do inadimplemento.....	107
4.4.4.1 Violação essencial do contrato.....	107
4.4.4.2 A ineficiência da regra do artigo 28 da CISG.....	109
4.4.4.3 Rescisão contratual.....	111
4.4.4.3.1 Necessidade de intervenção judicial.....	112
4.4.4.3.2 Diferença de tratamento entre cláusula resolutiva expressa e tácita	113
4.4.4.4 Redução do preço.....	114
4.4.4.5 Suspensão do cumprimento do contrato.....	115
4.4.4.6 Indenização por perdas e danos.....	119
4.4.4.6.1 Ordem legal de preferência	120
4.4.4.6.2 Requisitos.....	120
4.4.4.6.3 Cálculo.....	122
4.4.4.6.4 Mitigação das perdas	123
4.5 VICISSITUDES.....	124
4.5.1 Incompletude da CISG.....	124
4.5.1.1 Negociar a respeito.....	125
4.5.1.2 Silenciar	126
4.5.2 O <i>opt out</i> da CISG	126
4.5.2.1 Maior poder de barganha de uma das partes.....	127
4.5.2.2 Falta de estudo sobre a CISG.....	128
4.5.2.3 CISG no mercado de <i>commodities</i>	130
4.5.3 CISG e o <i>path dependence</i>	133
4.5.4 Regras informais e a CISG	134
4.5.5 Interpretação e aplicação uniforme da CISG	137
5 CONCLUSÃO.....	140
REFERÊNCIAS.....	143

1 INTRODUÇÃO

O comércio internacional é formado por uma série de transações comerciais individuais, que tem como fonte primária o contrato. A liberdade de contratar permite que as partes regulem seus deveres e obrigações da forma que lhe parecer mais adequado, de acordo com suas necessidades, possibilidades e interesses. Ao direito contratual cabe a função de estabelecer regras-padrão que possam ser aplicadas quando o contrato não disciplinar determinado aspecto do negócio. Nesse ponto, o estudo é de direito privado, internacional privado e de microeconomia.

As regras jurídicas estabelecidas para suplementar o contrato podem ser mais ou menos adequadas para regular o negócio jurídico em questão, que é a compra e venda internacional. Se forem mais adequadas, hão de contribuir para o incremento do comércio internacional e vice-versa.

Nesse contexto, é possível perceber que a viabilização do fluxo internacional de bens e serviços passa pela implementação de medidas jurídicas e econômicas pelos mais diversos atores envolvidos no assunto – desde nações e organizações supranacionais de comércio, até as sociedades empresárias importadoras e exportadoras, que são as que efetivamente celebram os contratos internacionais.

O objeto de estudo da presente dissertação é a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, de 1980, conhecida por sua sigla em inglês, CISG¹.

Trata-se de um exemplo da atuação conjunta e concertada de diferentes atores envolvidos com o comércio internacional, pois foi elaborado no âmbito de uma entidade multilateral, a Organização das Nações Unidas, ao qual aderiram diversas nações – 83 (oitenta e três) estados contratantes atualmente –, cujo escopo é a regulação do contrato de compra e venda, que é celebrado por particulares.

Embora esteja em vigor desde 1988, a adesão do Brasil à Convenção é recente, de 4 de março de 2013, com vigência a partir de 2014. Esse lapso temporal entre

¹ CISG é a sigla de *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Seu uso está consagrado na doutrina internacional e nacional, bem como na jurisprudência arbitral e estatal que trata da matéria. Ao longo deste trabalho, serão utilizadas as expressões CISG e Convenção, de modo a evitar a transcrição inteira do *nomen juris* do diploma jurídico em exame. Dessa forma, acredita-se que a leitura ficará mais escorreita e agradável.

a aprovação da CISG e a adesão brasileira parece refletir a mudança por que passou o País no período.

O Brasil sofreu grandes transformações em seu perfil político-econômico-social nos últimos 30 (trinta) anos. A década de 1980 marcou a transição do regime militar para a redemocratização do país, período que culminou com dois grandes marcos, a promulgação da Constituição da República de 1988 e a realização das primeiras eleições diretas para Presidente da República desde Jânio Quadros em 1960 – a eleição presidencial de 1989 foi disputada por 22 candidatos, da qual saiu vencedor Fernando Collor de Mello.

Superada a luta brasileira pela redemocratização, o desafio da nação era conseguir a estabilização de sua moeda. Até 1990, o mercado brasileiro era extremamente fechado, pouco se importava, a concorrência estava limitada ao empresariado local. Se por um lado o Plano Collor fracassou ao efetuar um radical bloqueio das poupanças no afã de tentar reduzir a quantidade de dinheiro em circulação e, com isso, controlar a inflação, a empreitada iniciou, de outro lado, um processo de abertura dos mercados brasileiros aos produtos importados, dentro da concepção de que era necessário aumentar a concorrência para gerar maior eficiência e menores preços. A consolidação econômica foi alcançada com o Plano Real, no governo Fernando Henrique Cardoso, em meados daquela década, e posteriormente mantida pelos governos subsequentes.

Essa transição político-econômica trouxe consigo o aumento do comércio internacional brasileiro. Em 1991, as exportações brasileiras somaram US\$ 31,620 bilhões, e as importações, US\$ 21,040 bilhões (BANCO CENTRAL, 2013). Em duas décadas, o resultado de abertura econômica se refletiu nos números: em 2011, exportou-se US\$ 256,041 bilhões e importou-se US\$ 226,251 (MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR, 2013) – aproximadamente US\$ 1 bilhão de dólares por dia útil.

Esse fluxo comercial brasileiro está submetido agora a um novo regime jurídico. Ao longo das últimas décadas, muito se tem escrito, discutido e decidido a respeito da CISG ao redor do mundo, mas no Brasil o tema ainda é novo. A utilização da Convenção como o principal instrumento jurídico para reger contratos internacionais no Brasil ainda depende de consolidação na cultura jurídica e empresarial, o que demanda estudo para identificar as mudanças que provoca no ordenamento jurídico nacional.

O tema permite investigações ligadas a diferentes ciências, como filosofia, direito, política, relações internacionais etc. Em razão dos limites deste trabalho, faz-se necessário um corte metodológico, o que, conquanto reduza o espectro de temas analisados, permite a verticalização do estudo.

Assim, o intuito da presente dissertação é analisar os impactos da adesão do Brasil à CISG sob o ponto de vista da análise econômica do direito. O problema formulado para guiar o estudo é se a adesão do Brasil à CISG contribui para a redução de custos de transação e da assimetria informacional, de modo a propiciar um ambiente institucional mais seguro para o comércio internacional de mercadorias.

Além desta introdução, a dissertação conta com outras quatro seções. A segunda seção é dedicada à apresentação das bases teóricas da análise econômica do direito. Após um histórico do tema, são examinados aspectos relativos à racionalidade limitada e à assimetria informacional. Em seguida, o trabalho foca nos estudos de Douglass North a respeito da Nova Economia Institucional e de Oliver Williamson sobre a Economia dos Custos de Transação. Por fim, examinam-se aspectos referentes à análise econômica do direito contratual.

A terceira seção contém um estudo jurídico a respeito da CISG. Inicialmente, faz-se o histórico do processo de criação e aprovação da Convenção em âmbito internacional. O estudo segue com a análise mais detida da Convenção, oportunidade em que se examinam seus institutos jurídicos e principais regras em cotejo com o direito civil brasileiro, de modo a identificar pontos de contato e diferenças.

Por sua vez, a quarta seção se dedica à análise econômica da adesão do Brasil à CISG. Faz-se a verificação se as regras da CISG apresentam soluções mais eficientes do que o Código Civil brasileiro para regular contratos de compra e venda internacional de mercadorias. Por fim, são apontados alguns obstáculos ao sucesso da incorporação da CISG no Brasil como forma de promover um ambiente institucional formal mais adequado ao comércio internacional de mercadorias.

A quinta e final seção da dissertação é dedicada a apresentar conclusões sobre o estudo desenvolvido.

2 ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Direito e economia são ciências sociais que, desde há muito, se cruzam.

O Direito tem sua estrutura formada por um conjunto de regras, formais e informais, que não controlam diretamente o comportamento do indivíduo; apenas preveem consequências para suas ações, de modo que o ser humano continua livre para agir como melhor lhe aprouver, aceitando as consequências de suas escolhas (MACKAAY, 2013). Pelo ângulo econômico, essas regras funcionam como uma estrutura de incentivos – positivos e negativos, eficientes e ineficientes – que leva o indivíduo a adotar comportamentos que elevem seu bem-estar.

Assim, ao tentar explicar como os indivíduos reagem a incentivos em um mundo de escassez, a economia frequentemente cruza com o direito, pois a atividade econômica está inexoravelmente atrelada à estrutura social e jurídica (MARCIANO, 2009).

A análise econômica do direito – também chamada de direito e economia – não se classifica como um ramo do direito, mas sim como um método de estudo do direito, que observa os efeitos sociais e econômicos da norma jurídica (MACKAAY, 2013). Trata-se de um arcabouço teórico trazido da ciência da economia, ramo do conhecimento mais afeito ao estudo das consequências de incentivos, positivos e negativos, no comportamento humano. Como método de estudo, pode ser visto como transversal, pois tem aplicação potencial a qualquer ramo do direito².

A análise econômica do direito permite identificar e descrever os efeitos da aplicação de normas jurídicas no comportamento humano. Não se presta, nem tem a pretensão de servir de instrumento de análise sobre a justiça ou a equidade das normas ou do sistema jurídico (MACKAAY, 2013). Daí surgirem críticas em relação à sua aplicação como ferramenta de estudo de normas jurídicas. Tais críticas, porém, não se sustentam; a questão é identificar corretamente o escopo da análise. O exame quanto à justiça ou equidade da norma jurídica pode ser realizado por outros ramos do conhecimento, como

² De fato, a análise econômica tem sido aplicada como ferramenta para estudo de áreas tão diversas quanto terrorismo e casamento, como demonstra a obra *Uncommon Sense: Economic Insights, from Marriage to Terrorism*, de Becker e Posner (2010).

a sociologia e a filosofia, ao passo que o direito e economia examina o grau de eficiência da norma em sua capacidade de influenciar o comportamento humano. Este método não se propõe a substituir outros, senão a somar-se. E, como ferramenta analítica, e não valorativa, tem “grande valor” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 40).

De acordo com Mackaay (2013), a metodologia do direito e economia possibilita três níveis de análise. Primeiro, permite identificar as principais consequências de uma mudança de normas jurídicas em relação à adaptação do comportamento das pessoas a esse novo regramento. Segundo, por meio da análise econômica, pode-se identificar a racionalidade das normas jurídicas vigentes. Por fim, o terceiro escopo é o conhecido em economia como normativo (NUSDEO, 2010), cujo conteúdo é propositivo, focado em como deveria ser a norma jurídica.

A presente seção está estruturada de forma a examinar as bases teóricas da análise econômica mais diretamente ligadas ao estudo que se pretende desenvolver neste trabalho, qual seja a análise econômica da adesão do Brasil à CISG. Em outras palavras, ao invés de análise horizontalmente mais extensa de diversos institutos do direito e economia, optou-se por examinar aqueles mais ligados ao tema central do estudo. Assim, após apresentar um sucinto histórico acerca da análise econômica do direito, esta seção abordará a racionalidade limitada e a assimetria informacional, que são temas fundamentais para o estudo de transações comerciais, pois influenciam na formação de vontade do indivíduo. Em seguida, serão examinadas as bases da Nova Economia Institucional e da Economia dos Custos de Transação, com base em dois de seus principais teóricos, Douglass North e Oliver Williamson, respectivamente. A seção finaliza com o exame da análise econômica do contrato.

2.1 HISTÓRICO

A utilização de conceitos econômicos na compreensão do direito não é nova, nem está ligada exclusivamente à experiência acadêmica norte-americana, berço dos principais teóricos do tema na atualidade. Há traços de análise econômica em diversos pensadores clássicos, como Adam Smith, Bentham, Marx e Weber (MEDEMA, 2009).

Tais estudos, porém, estavam mais ligados à macroeconomia e à economia política do que propriamente à interação entre agentes econômicos em relações individuais, campo de estudo da microeconomia. Assim, a análise econômica do direito como hoje conhecida é associada aos estudos ocorridos no século XX, notadamente a partir da Universidade de Chicago.

Em meados dos anos 1930, o professor Henry Simons, economista de formação e professor do departamento de economia, passa a ofertar o curso análise econômica da política pública (*Economic Analysis of Public Policy*) na Faculdade de Direito de Chicago (MEDEMA, 2009). Anos mais tarde, em 1949, a Universidade de Chicago lança o Projeto Antitruste (*Antitrust Project*), coordenado pelo economista Aaron Director, com financiamento de empresas privadas, cujo objetivo era estudar o papel da legislação antitruste no funcionamento da economia capitalista (MARCIANO, 2009). Director também foi professor de antitruste e sucedeu Simons na cadeira de análise econômica da política, sendo o responsável pela elaboração do pioneiro programa curricular de direito e economia de uma universidade norte-americana (MEDEMA, 2009).

Em fins de 1950 e início da década 1960, a análise econômica do direito vai assentando bases cada vez mais firmes e se expandindo. Nesse ponto, é significativo o lançamento, em 1958, do *Journal of Law and Economics* da Universidade de Chicago – também por obra de Aaron Director, que esteve entre seus fundadores –, periódico publicado até hoje ininterruptamente (MEDEMA, 2009). Ao historiar sobre esse período, Mackaay (2013) destaca que alguns dos trabalhos mais significativos – exatamente por expandir as fronteiras tradicionais da ciência econômica – foram *An economic theory of democracy*, de Anthony Downs (1957) e *Economics of discrimination*, de Gary Becker (1957).

Nenhum, porém, é mais marcante desse período inicial da análise econômica do que o artigo de Ronald Coase³, *The Problem of the Social Cost*, de 1960, por lançar luzes sobre os problemas relacionados aos custos de transação e à atribuição de direito de propriedade para a estrutura e o funcionamento da economia. O artigo é considerado o marco fundamental da ascensão desse método de análise, sendo até os dias de hoje um dos mais citados (senão o mais) em publicações da área (MARCIANO, 2009). O artigo

³ Ronald Coase recebeu o Nobel de economia em 1991.

de Coase teve o mérito de demonstrar a vasta aplicação das ferramentas da teoria microeconômica e da maximização do bem-estar para análise de regras jurídicas e seus incentivos no comportamento dos indivíduos (MEDEMA, 2009).

A partir de Coase, a análise econômica fica consolidada como mecanismo capaz de auxiliar a compreensão de todas as áreas da vida humana, e não apenas o estudo do sistema econômico em si. A aplicação de ferramentas econômicas ao estudo do direito tem por objetivo elucidar como regras legais afetam o comportamento individual através de suas estruturas de incentivos positivos e negativos. Nas palavras de Medema (2009, p. 22, tradução livre)⁴:

1. Em contraste com a visão tradicional do direito de que indivíduos são agentes sensatos que se comportam de acordo com as normas e costumes da sociedade refletidos nas normas legais, a análise econômica vê o agente como ser racional maximizador de seu bem-estar.
2. Normas legais são vistas como preços dados pelos indivíduos e usados por eles mesmos no processo de cálculo de sua utilidade e resposta maximizadora diante dessas normas. Modificações em normas legais funcionam, pois, como mudanças nas restrições impostas aos indivíduos, com repercussões em seu comportamento individual.

A partir dos anos 1960, começaram a ser realizados seminários para apresentar a juristas, professores e magistrados algumas ferramentas de teoria microeconômica para aplicação ao direito. É nessa época, por exemplo, que é publicado o livro *The Cost of Accidents*, de Guido Calabresi (1961). Uma década mais tarde, em 1972, é publicado o livro *Economic analysis of law*, de Richard Posner, obra que alcançou grande prestígio por conter estudo sistemático das diversas áreas do direito a partir da análise econômica em linguagem acessível aos estudantes de direito (MACKAAY, 2013). O manual do professor da Escola de Direito de Chicago figurou como marco fundamental para disseminar o estudo do direito e economia em inúmeras outras universidades americanas. Ao longo da década de 1970, a análise econômica do direito expandiu-se marcantemente e serviu de ferramenta tanto para trabalhos acadêmicos quanto para elaboração de propostas legislativas e fundamentação de decisões judiciais.

⁴ No original: “1. In contrast to the standard legal view of individuals as reasonable agents behaving according to the norms and customs of society as reflected in legal rules, the economic approach posits agents as rational maximizers of their satisfactions. 2. Legal rules are viewed as prices that are taken as given by individuals and used by them in the process of calculating their utility/profit-maximizing response to these legal rules. Changes in legal rules thus function as changes in the constraints subject to which individuals maximize, with corresponding implications for individual behavior”.

Após tal período de florescimento, os anos 1980 são marcados por uma reação crítica ao movimento, tanto por filósofos e juristas tradicionais, quanto por economistas da escola austríaca e neoclássica (MACKAAY, 2013). A questão posta a debate era se toda norma jurídica que atribuía direitos deveria ter por base o paradigma da eficiência econômica ou se, ao contrário, haveria certos direitos básicos que ficariam imunes a tal exame. Questionava-se também a concepção de Posner de que a justiça estaria ligada exclusivamente ao paradigma da eficiência (MEDEMA, 2009).

A despeito dessas críticas, a análise econômica do direito não deixou de ser estudada e utilizada como método de pesquisa. Ao contrário, as fortes críticas à teoria da eficiência econômica, ligada à Escola de Chicago, abriram caminho para outras escolas de pensamento ligando as duas ciências, tais como a Nova Economia Institucional, a economia comportamental e sua interface com o direito (*Behavioral Economics e Behavioral Law and Economics*) e a Teoria da Organização e da Economia dos Custos de Transação. Essas novas linhas de investigação não se limitam ao estudo do funcionamento dos mercados e podem servir de base para o estudo interdisciplinar em outros ramos da ciência, como sociologia, antropologia e direito (POSNER, 2009).

Diante disso, é possível concluir que a análise econômica está consolidada como ferramenta de estudo do direito.

2.2 RACIONALIDADE LIMITADA

O contrato é tradicionalmente visto como expressão do paradigma da liberdade individual, como o momento em que o indivíduo, plenamente consciente de sua atitude, opta por vincular-se a outro em um mútuo ajuste de vontades (NEGREIROS, 2006). Como indica Ribeiro, M. (2011, p. 63), ao “apreciar as condições de um negócio, o contratante, em princípio escolherá de forma racional a relação que será pactuada, se será pactuada, com quem será realizado o negócio e em que condições”.

Assim, tem-se que o elemento vontade é fundamental para a celebração de contratos e, mais especificamente, de transações comerciais, sendo tal vontade fruto da capacidade de raciocínio do indivíduo.

A economia neoclássica elaborou seus modelos teóricos tendo por base um indivíduo de racionalidade ilimitada, plenamente apto a escolher a melhor forma de maximizar seu bem-estar. Basta-lhe, diante das informações de que dispõe, por meio de um raciocínio perfeito de custo-benefício, decidir contratar ou não. O paradigma neoclássico, porém, não resistiu aos testes da vida. A racionalidade limitada impede que o indivíduo forme uma representação correta da realidade, tanto por sua limitada capacidade cognitiva, quanto pelo seu grau de instrução, o que o leva a erros de julgamento sobre a correta forma de maximizar seu interesse. Segue daí que modelos econômicos teóricos elaborados com a presunção de um indivíduo com racionalidade plena acabam distantes da realidade e, com isso, não conseguem ser validados na prática (JOLLS, 2009).

Na verdade, a extensão da racionalidade humana sofre inúmeras variáveis, intercorrências e vicissitudes, que interferem na decisão final sobre a realização ou não do negócio, tais como grau de escolaridade, origem, crença religiosa, ideais altruístas etc. (RIBEIRO, M., 2011). Além disso, é preciso considerar que a capacidade de processamento de informação pelo ser humano é limitada. Mesmo que haja plena acessibilidade ao plexo de informações que envolve a transação, a decisão final do indivíduo é, em alguma medida, limitada pela sua própria capacidade de internalizar e raciocinar sobre a informação (COOTER; ULEN, 2014).

Em contrapartida à visão neoclássica, os indivíduos examinados nos modelos da Nova Economia Institucional e da Economia dos Custos de Transação são ao mesmo tempo mais e menos calculistas do que os dos modelos neoclássicos (WILLIAMSON, 1985). São menos calculistas em sua capacidade de receber, armazenar e processar informação (racionalidade limitada), mas são mais calculistas em suas oportunidades de adotar um comportamento oportunista. Como destaca Williamson (1985, p. 391)⁵, “ambas somadas, essa parece corresponder mais aproximadamente à natureza humana que conhecemos”. Em suma, as falhas da racionalidade comprometem a eficiência que o modelo neoclássico associa à liberdade de contratar das partes (RIBEIRO, M., 2011).

De modo a aprofundar a análise sobre a racionalidade limitada do indivíduo, é importante analisar algumas lições trazidas pela *behavioral law and economics*, o

⁵ No original: “Taken together that appears to correspond more closely with human nature as we know it”.

direito e economia comportamental. Essa linha de pesquisa se afasta da concepção tradicional de que o ser humano é dotado de racionalidade plena; ao contrário, suas limitações intelectuais existem e, segundo Jolls (2009), são de três ordens, (i) racionalidade limitada, (ii) força de vontade limitada e (iii) interesse pessoal limitado.

A racionalidade foi acima examinada. A segunda faceta da limitação intelectual do ser humano está em sua incapacidade de seguir planos que ele próprio traçou para si (seguir uma dieta, economizar, completar os estudos), ou seja, a força de vontade não é igual em todos os indivíduos, alguns são mais sistemáticos e perseverantes; outros simplesmente não.

Por fim, a economia comportamental trabalha com a limitação do interesse pessoal. Aqui não se trata apenas de limitação da racionalidade, mas sim, de modo mais preciso, da preferência sobre o que lhe traz satisfação pessoal. Na literatura econômica clássica, o comportamento racional leva o ser humano sempre a maximizar seu benefício pessoal, mas tal modelo teórico não explica satisfatoriamente diversas situações da vida social em que o indivíduo adota um comportamento altruísta, nem tampouco o sentimento de justiça.

A esse respeito, North (1990, p. 20, tradução livre)⁶ explica:

Para explorar as deficiências da análise da escolha racional no que toca às instituições, precisamos investigar dois aspectos particulares sobre o comportamento humano: (1) motivação e (2) decifrar o ambiente. O comportamento humano parece ser mais complexo do que aquele consubstanciado nos modelos econômicos de utilidade individual. Muitos casos não se resumem ao comportamento de maximização da riqueza, mas sim de altruísmo e de limitações auto-impostas, que mudam radicalmente os resultados a respeito das escolhas que as pessoas realmente fazem.

Nesse contexto, a economia comportamental dá ênfase ao fato de que muitas pessoas se preocupam em dar e receber um tratamento justo em diversas áreas da interação humana (JOLLS, 2009).

Um dos elementos com que trabalha a economia comportamental é o efeito posse ou efeito dotação (*endowment effect*), que demonstra que o indivíduo atribui mais

⁶ No original: “To explore the deficiencies of the rational choice approach as it relates to institutions, we must delve into two particular aspects of human behavior: (1) motivation and (2) deciphering the environment. Human behavior appears to be more complex than that embodied in the individual utility function of economists’ models. Many cases are ones not simply of wealth-maximizing behavior, but of altruism and of self-imposed constraints, which radically change the outcomes with respect to the choices that people actually make.”

valor ao bem que lhe foi dado (ou ao direito que lhe foi atribuído) do que o que não possui ou que não lhe foi atribuído (JOLLS, 2009). Como destacam Sustain e Thaler (2003, p. 31, tradução livre⁷), “o estudo da relação custo-benefício não pode estar baseado na vontade de pagar, porque esta vontade é uma função da regra original”.

Essas percepções da economia comportamental a respeito da racionalidade limitada têm aplicação direta no tema central deste estudo, a adesão do Brasil à CISG, que traz como consequência a modificação do marco institucional nacional. Alterações legislativas que modifiquem a atribuição original de direitos são afetadas pelo efeito posse, bem como pelo modelo padrão de interação já conhecida e internalizada pelas partes, de modo que nem sempre uma nova lei, ainda que maximizadora de benefícios (ou, simplesmente, eficiente), terá o efeito esperado (JOLLS, 2009).

2.3 ASSIMETRIA INFORMACIONAL

A realização de transações comerciais e celebração de contratos está sujeita a contingências decorrentes, dentre outros fatores, da racionalidade limitada, acima examinada, e da assimetria informacional.

Mais uma vez, opõem-se aqui as percepções dos neoclássicos e das escolas econômicas mais recentes, como a Nova Economia Institucional e a Economia dos Custos de Transação. Para a economia neoclássica, as trocas comerciais seriam realizadas em um ambiente de racionalidade plena e informação ilimitada, ou seja, cada contratante possuiria pleno conhecimento sobre todos os aspectos do negócio (COOTER; ULEN, 2014). Ocorre que transações comerciais não ocorrem em um ambiente etéreo, de concorrência perfeita, racionalidade plena, sem custos de transação e com ampla informação e conhecimento do mercado. Ao contrário, o nível de conhecimento das partes na negociação é invariavelmente distinto, uma delas detendo maior conhecimento sobre o objeto do negócio do que outra, o que pode levar a ineficiências no mercado (RIBEIRO, M.; GALESKI JÚNIOR, 2009).

⁷ No original: “[...]the cost-benefit study cannot be based on willingness to pay (WTP), because WTP will be a function of the default rule”.

Dentro do estudo da análise econômica do direito, o artigo mais citado sobre o tema, por seu pioneirismo, é *The market for 'lemons': quality uncertainty and the market mechanism*, publicado em 1970, de autoria do economista norte-americano George Akerlof, professor da Universidade de Berkley, Califórnia, laureado com o prêmio Nobel de 2001⁸.

Akerlof (1970) procura dar fundamentação econômica à percepção geral de que é difícil fazer negócios em países em desenvolvimento, em virtude do peso econômico da desonestidade, ligada à incerteza quanto à qualidade de bens e serviços. Para comprovar suas conclusões, Akerlof (1970) toma como exemplo o mercado de carros e adota quatro critérios de classificação, novos e usados, bons e ruins, sendo certo que há tanto carros novos e ruins, quanto velhos e bons. Após utilizar o automóvel por certo tempo, o dono decide vendê-lo e, nesse momento, é possível identificar uma diferença de nível de informação significativa, pois o vendedor possui profundo conhecimento sobre as qualidades do bem e o possível comprador não. Ocorre que o mercado de carros usados tem valores de revenda que variam em razão de critérios razoavelmente objetivos, como ano e modelo (no Brasil, tem-se como parâmetro a Tabela Fipe, por exemplo), sendo quase indiferentes os aspectos específicos de cada veículo (manutenção adequada, cuidados do proprietário etc.). Nesse contexto, o potencial comprador não consegue diferenciar claramente se está comprando um carro bom ou ruim.

Diante da maior probabilidade de o carro usado ser ruim do que a de um novo, o valor do carro usado é inferior. No entanto, como alerta Akerlof (1970), o valor do carro não pode ser tão inferior, sob pena de afastar os proprietários de carros usados bons, que deixariam de revender seus carros em razão do baixo valor pago pelo mercado; por consequência, o mercado de usados ficaria tomado por carros ruins e estaria fadado a deixar de existir – os compradores de usados, após o *feedback* da compra ruim, deixariam de recorrer a esse mercado. Como se vê do exemplo, a ignorância quanto a aspectos fundamentais do contrato (ex.: qualidade do bem) pode levar tanto a um mau negócio ou mesmo à sua não celebração. Como destaca Ribeiro, M. (2011, p. 66), a “assimetria informacional impacta na vontade negocial”.

⁸ Naquele ano, o prêmio Nobel foi dividido entre George Akerlof, Michael Spence, da Universidade de Stanford, e Joseph Stiglitz, da Universidade de Columbia, pelos estudos sobre assimetria informacional.

Essa é uma típica situação de seleção adversa, ou seja, uma situação em que variações de qualidade que impactam o preço podem ser facilmente verificadas por um dos lados do mercado, mas não pelo outro (PORTO; GOMES, L., 2012). No exemplo acima, a queda do preço dos usados, ao invés de impulsionar o mercado, tende a destruí-lo, por incentivar o comportamento oportunista. Diante da vontade de maximização plena do bem-estar individual, a parte envolvida em uma transação tenderia sempre a mentir, trapacear e roubar, quando o benefício daí auferido (*payoff*) fosse superior ao da oportunidade alternativa de ser honesto com a outra parte (NORTH, 1990). Esse exemplo serve para demonstrar “o alto custo da desonestidade – uma vez que transações desonestas tendem a tirar do mercado transações honestas” (AKERLOFF, 1970, p. 495, tradução livre)⁹.

É possível perceber, portanto, que o custo da desonestidade não está representado apenas naquela transação em que o oportunista se locupletou; o custo inclui também a retirada do mercado daqueles que mantêm transações em bases justas. Segundo Akerlof (1970), esse é um dos sérios problemas enfrentados por países em desenvolvimento, em que o nível de desonestidade é mais elevado. Em sentido semelhante, North (1990) destaca que a percepção das pessoas de que a estrutura de regras do sistema é justa e adequada reduz custos; em contrapartida, se a percepção é a de um sistema injusto, os custos de contratação sobem, em razão dos altos custos de mensuração, supervisão e imposição coercitiva dos contratos. Essa falha do mercado pode ser tal que inviabilize a realização de transações lícitas e incentive negócios ilícitos. Afinal, os incentivos que o marco institucional fornece são decisivos na identificação das habilidades e do conhecimento que resultam mais vantajosos. Se o combate ao crime é frouxo e o Estado é leniente, investir em atividades ilícitas torna-se vantajoso (NORTH, 1990).

Ao tratar da assimetria informacional, Mackaay (2013) faz a ponderação de que nem toda assimetria informacional significa necessariamente que a contratação não possa ser eficiente, sendo necessário distinguir a conduta desonesta e oportunista daquela em que o objetivo de uma parte é contratar com quem tenha conhecimento superior. É comum contratar o serviço de um especialista justamente em razão do superior

⁹ No original: “... the major costs of dishonesty – for dishonest dealings tend to drive honest dealings out of the market.”

conhecimento que este detém. A falha de mercado existe quando uma parte utiliza sua superioridade informacional de forma usualmente sub-reptícia para conseguir aumentar significativamente seus ganhos contratuais em detrimento da outra (MACKAAY, 2013). Cabe à pessoa com desvantagem informacional tomar precauções para não ser induzida pela outra parte na direção de um contrato desvantajoso (ou menos favorável). A adoção de salvaguardas e medidas corretivas para evitar abusos decorrentes da assimetria informacional logicamente eleva os custos de transação, o que pode reduzir a atratividade da contratação (MACKAAY, 2013).

Há, entretanto, formas de corrigir o nível de incerteza que gera desonestidade. Uma delas é a marca. A associação de uma marca a um produto dá ao comprador um nível informacional maior sobre a qualidade esperada. Outra forma de combater a incerteza é a concessão de garantias, que permitam ao comprador reaver o dinheiro gasto ou trocar o bem – essa é uma forma de não transmitir o risco do negócio ao proprietário e incentivá-lo a efetuar a transação (AKERLOF, 1970).

Além disso, também o direito desempenha papel importante na tentativa de corrigir a assimetria informacional, o que pode ser alcançado por meio da imposição de deveres de informação – em algumas searas, como o direito do consumidor, isso fica muito claro. A Lei n. 8.078/90 contém dispositivos específicos impondo a produtores e vendedores o dever de informar adequadamente os consumidores sobre potenciais ou atuais perigos, efeitos ou consequência da aquisição e uso dos produtos. No campo do direito societário, também se verifica a preocupação de corrigir falhas informacionais, por meio da previsão de punições ao uso indevido da informação privilegiada (*insider trading*) (NUSDEO, 2010).

Em relação à negociação de contratos internacionais – objeto da presente dissertação –, porém, o tema possui contornos ligeiramente distintos. A assimetria não se situa apenas no conhecimento sobre o objeto que está sendo negociado, senão está presente também no quadro normativo do direito positivo daquele com quem se está negociando. É dizer, nas negociações entre partes situadas em países distintos, há a necessidade de o contratante obter informações sobre os direitos e deveres inerentes àquela negociação no outro país. E para superar essa assimetria é preciso despender tempo e dinheiro para se informar.

Parece claro, portanto, que a superação da assimetria informacional em contratos internacionais é ponto importante para redução de custos de transação elevados.

2.4 NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL NO PENSAMENTO DE DOUGLASS NORTH

O institucionalismo é uma corrente de pensamento econômico que estuda a importância das instituições no desenvolvimento econômico. Os primeiros estudos dessa área datam do início do século XX e, originalmente, o institucionalismo procurava assentar bases teóricas inteiramente novas, opostas aos modelos estáticos da economia neoclássica – dentre seus principais teóricos estavam Thorstein Veblen, John R. Commons e Wesley C. Mitchell (COASE, 1998).

A partir de 1960, começa a se desenvolver o que ficou conhecido como a Nova Economia Institucional, que se opõe ao antigo institucionalismo na medida em que não rejeita por completo a teoria tradicional, senão procura aperfeiçoá-la por meio da incorporação de elementos mais consistentes e dinâmicos (LOPES, 2013), ou seja, a Nova Economia Institucional parte de alguns parâmetros que são efetivamente neoclássicos, como a escassez e a concorrência (MÉNARD; SHRILEY, 2005).

Seu objeto de estudo são as instituições e sua forma de interação com os arranjos organizacionais. Instituições são as regras escritas e não escritas, normas e restrições que os seres humanos delineiam para reduzir o grau de incerteza e controle do ambiente; por sua vez, os arranjos organizacionais são diferentes formas de governança que os agentes criam para produção e trocas, aí incluídos o mercado, as empresas e formas combinadas de organização, muito comumente formatadas por contratos relacionais (MÉNARD; SHRILEY, 2005).

A Nova Economia Institucional foca em como tais instituições surgem, operam, evoluem e como moldam os diferentes arranjos que dão suporte à produção e às trocas comerciais, assim como de que forma tais arranjos e organizações atuam para modificar tais normas (MÉNARD; SHRILEY, 2005).

Um dos seus principais teóricos é o norte-americano Douglass Cecil North, laureado com o prêmio Nobel de economia em 1993¹⁰, por seus estudos sobre história econômica e o desenvolvimento das nações.

Na visão de North (1990), o pensamento neoclássico é inapropriado para analisar o desenvolvimento econômico, porque se foca em como os mercados operam, mas não como se desenvolvem e evoluem; seus modelos teóricos não levam em consideração as instituições e o tempo. Vale dizer, para os neoclássicos, a concorrência elimina os problemas de assimetria informacional que recompensam a não-cooperação, por meio do constante *feedback* informacional e adaptação das partes, de modo a se alcançar uma circunstância próxima à do teorema de Coase de custo zero e trocas eficientes (NORTH, 1990). Por fim, nos modelos neoclássicos, as instituições já são desenhadas para alcançar resultados eficientes e, portanto, não importam para a análise da performance econômica.

Essa visão, porém, não sobrevive a um escrutínio mais rigoroso, segundo North (1990), pois os indivíduos atuam constantemente com informação incompleta e formulam modelos subjetivos errôneos; além disso, o *feedback* informacional é insuficiente para corrigir tal inconsistência. Nesse contexto, o arranjo institucional ganha importância como mecanismo de redução de custos de transação.

Como sintetiza North, ao comentar os estudos de Coase (1990, p. 12, tradução livre)¹¹: “a mensagem mais importante, aquela com profundas implicações para a reestruturação da teoria econômica, é a de que, quando há custos para transacionar, as instituições importam”.

Ciente da insuficiência do modelo neoclássico, os estudos do economista americano se notabilizaram por analisar de que forma as instituições influenciam o desempenho econômico das nações ao longo do tempo.

¹⁰ Naquele ano, o prêmio de economia foi dado a Douglass North e a Robert W. Fogel, também economista norte-americano, vinculado à Universidade de Chicago.

¹¹ No original: “The most importante message, one with profund implications for restructuring economic theory, is that when it is costly to transact, institutions matter.”

2.4.1 Instituições

O ponto de partida para a compreensão do pensamento de North é o conceito de instituições. Segundo o economista (1990), instituições são as *regras do jogo* em uma sociedade, ou seja, são as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação com os demais membros da sociedade. As instituições são a estrutura de incentivos das trocas humanas, sejam tais estruturas de natureza política, social ou econômica. Já a mudança institucional molda a forma como as sociedades evoluem ao longo do tempo e, portanto, é peça fundamental na compreensão das mudanças históricas (NORTH, 2010).

As instituições são fundamentais por reduzirem a incerteza no dia-a-dia das pessoas, pois servem de guia sobre como se comportar em quaisquer situações, desde a forma de cumprimentar alguém na rua até contrair empréstimos, montar uma sociedade empresária ou enterrar um parente (NORTH, 1990). As instituições definem e limitam a gama de escolhas dos indivíduos. Naturalmente, tais instituições podem variar de um lugar para outro – a forma de contrair um empréstimo, por exemplo, é diferente no Brasil e na China. Ainda assim, em ambos os países, as instituições cumprem o mesmo papel, ou seja, guiam a forma de interagir.

O economista norte-americano distingue instituições e organizações, ambas estabelecidas e criadas com o propósito de estruturar a interação humana. As organizações são grupos de indivíduos ligados por algum interesse em comum e podem ter natureza política (partidos políticos, associações de moradores, casas legislativas), econômica (sociedades empresárias, associações comerciais, sindicatos), social (clubes e igrejas) e educacionais (escolas, universidades) (NORTH, 1990). Na analogia traçada pelo autor, instituições estão para as organizações, assim como, em um esporte, as regras estão para os jogadores.

Há uma relação simbiótica entre organizações e instituições, uma interferindo e agindo sobre a outra. As oportunidades em uma sociedade são dadas pelas instituições e por contingências econômicas, sendo que cabe às organizações obter o melhor resultado possível dentro desse quadro num dado momento (NORTH, 1990). No intento de alcançar seus objetivos, as organizações alteram a estrutura institucional, como será examinado logo à frente.

Especificamente no que toca à questão econômica, o estudo das instituições tem grande relevância, pois são estas que determinam o que é permitido ou proibido e de que forma são realizadas interações comerciais; em última análise, o custo de produção e de trocas comerciais é dado, em grande parte, pelo ambiente institucional do país. Portanto, é possível concluir que a performance das organizações é influenciada, positiva ou negativamente, pelas instituições (NORTH, 1990).

Ao aprofundar o estudo das instituições, NORTH (1990) as divide em regras (ou restrições¹²) formais e informais.

Restrições informais advêm do plexo de informações sociais transmitidas de geração em geração, ou seja, é a herança cultural de cada sociedade. Criadas como forma de coordenação de relações interpessoais reiteradas, as restrições informais são de três ordens: (i) extensões, elaborações e modificações de regras formais; (ii) normas de comportamento cuja sanção é social; e (iii) padrões de condutas impostos internamente (pelo próprio sujeito) (NORTH, 1990).

É mais fácil identificar as restrições formais impostas por uma sociedade do que as informais. No entanto, são estas as que têm maior peso no cotidiano do ser humano. As regras formais são apenas uma pequena parte da vastidão de restrições que moldam as escolhas e decisões dos indivíduos, pois, em seu cotidiano, o que move as pessoas em suas ações quase sempre são códigos de conduta, regras de comportamento e convenções sociais (NORTH, 1990).

O estabelecimento das regras informais é um processo lento, pois está ligado à acumulação de conhecimento e à formação da cultura (crenças, mitos, interação social) de um povo. Os traços culturais possuem grande capacidade de sobrevivência e suas modificações não ocorrem por simples ruptura, mas sim por um processo de agregação paulatina (*incremental changes*). Isso significa que restrições informais derivadas de aspectos culturais não são modificadas imediatamente por alterações em regras formais (NORTH, 1990).

¹² North (1990) utiliza indistintamente os termos *constraints* e *rules* para se referir a regras formais; já ao tratar das regras informais, o autor se vale sempre da expressão *informal constraints*, no intuito de dar maior peso ao aspecto psicológico e cultural de tais imposições, em contraponto ao ato normativo editado pelo poder de império do Estado. No presente texto, optou-se pela tradução de *constraint* como “restrição” e, para se referir às *informal constraints*, foram utilizadas as expressões “restrições informais” e “regras informais”, sendo certo que as regras informais não possuem conotação de emanção do Poder Estatal.

Com isso, chega-se a outro conceito-chave nos estudos de North (1990), o de *path dependence*¹³. O economista norte-americano explica que esse longo processo de assimilação de mudanças pela cultura em uma determinada sociedade é responsável pela forma como as instituições evoluem e, portanto, é parte importante do caminho ditado pelo passado em relação ao futuro. É dizer, a apreensão do conhecimento e sua evolução determinam a performance econômica do país não só naquele momento da História, mas molda também o caminho a ser trilhado por aquele agrupamento social ao longo do tempo (NORTH, 1990). Daí se extrai que o caminho estabelecido pelas escolhas feitas no presente é que vai moldando o resultado futuro.

Por sua vez, as restrições formais incluem regras políticas e econômicas, decisões judiciais e contratos. Conforme aumenta o grau de complexidade da sociedade, tornam-se mais vastas as restrições informais, o que leva à necessidade de formalização de parte dessas regras (NORTH, 1990).

A razão de ser das regras formais está na possibilidade de complementação e incremento do grau de efetividade de regras informais, pois podem reduzir os custos de informação, monitoramento e coerção (NORTH, 1990). De igual modo, regras formais podem servir para modificar, revisar ou substituir regras informais, de modo a incorporar novos hábitos e condutas dos membros da sociedade (NORTH, 1990).

Ao tratar da relação entre as regras formais e a formação do conhecimento, o economista norte-americano destaca que as habilidades e técnicas de produção que os membros da sociedade adquirem são reflexo das vantagens (*payoffs*) e incentivos decorrentes das restrições institucionais (NORTH, 1990). Disso resultam duas conclusões extraídas por North (1990): o marco institucional (i) molda a direção da aquisição de conhecimentos e habilidades e (ii) a direção por ele apontada é fator decisivo para o desenvolvimento de longo prazo de uma determinada sociedade.

¹³ Não há uma tradução exata para o conceito de *path dependence* utilizado por North. Isoladas as palavras significam caminho ou trajetória (*path*) e dependência (*dependência*), o que daria algo como “dependência de trajetória” ou “trajetória dependente”. Pela dificuldade de identificação de termo apropriado para tradução, optou-se pela manutenção da expressão no original, com a explicação de seu conteúdo.

2.4.2 Mudança institucional

Examinadas as lições de North sobre instituições e *path dependence*, é possível analisar mais a fundo o processo de mudança institucional.

A evolução humana é guiada pela percepção dos agentes cujas escolhas e decisões são tomadas à luz de sua capacidade cognitiva, de modo a levar a resultados que reduzam a incerteza das organizações – políticas, econômicas e sociais – promotoras dos seus objetivos (NORTH, 1990). O veículo imediato de tal mudança é a modificação do marco institucional (*institutional framework*), que molda a posição competitiva de suas organizações (NORTH, 2005).

O processo de mudança institucional ocorre quando empreendedores em organizações políticas e econômicas identificam que poderiam estar em situação melhor mediante alterações no marco institucional. No entanto, tais mudanças nem sempre são bem sucedidas, pois as informações recebidas pelos empreendedores são incompletas, assim como eles próprios possuem limitações em sua capacidade de absorver e processar as informações (NORTH, 1990). Em outras palavras, com informações incompletas e *feedback* fragmentado, as soluções delineadas pelos agentes são naturalmente imperfeitas.

A partir dessa percepção, é possível identificar que a História econômica, embora vislumbre enorme crescimento do conhecimento humano e da produção, está também repleta de casos trágicos, de decisões que levaram à morte, à fome, perda de bem-estar, declínio econômico, estagnação, até o ponto de desaparecimento de civilizações (NORTH, 2005). Como as instituições são criações humanas, fruto de modelos subjetivos imperfeitos, incapazes de absorver e compreender todas as complexidades humanas, é comum que o resultado seja ora eficiente, ora ineficiente.

O problema é que nem sempre a ineficiência é percebida e corrigida, o que afeta diretamente a performance econômica de longo prazo. Como destaca North (1990, p. 9, tradução livre)¹⁴, as “instituições eram – e são – sempre um balaio que contém as que induzem o aumento da produtividade e aquelas que reduzem a produtividade”. Assim,

¹⁴ No original: “... institutions were – and are – always a mixed bag of those that induce productivity increase and those that reduce productivity”.

como todo marco institucional é composto de regras eficientes e ineficientes, a História de qualquer economia contém exemplos de ambos os resultados. A formulação de marcos institucionais preponderantemente ineficientes resulta na sedimentação de um caminho que no futuro não levará ao desenvolvimento – *path dependence*.

Como frisado anteriormente, embora regras formais possam ser modificadas mais rapidamente em razão de decisão política ou judicial, as restrições informais (costumes, tradições) são muito mais resistentes a tais mudanças deliberadas. Na verdade, a mudança de instituições formais só dá resultado quando as instituições informais que lhe são complementares também são alteradas e os mecanismos de coercibilidade são perfeitos ou, ao menos, consistentes com as expectativas das mudanças promovidas (NORTH, 2005).

Na medida em que as organizações evoluem, surge a percepção de que alterações institucionais podem ser levadas a efeito para beneficiar aquele grupo com maior poder de barganha e influência sobre a criação das regras. Diante desse cenário, North (1990, p. 7, tradução livre)¹⁵ resume:

O resultado da mudança institucional está moldado pela(o) (1) amarra que advém da relação simbiótica entre instituições e organizações que evolui como uma consequência da estrutura de incentivos dada pelas próprias instituições e (2) processo de compreensão (*feedback*) pelo qual os indivíduos percebem e reagem às mudanças das oportunidades que se apresentam.

A mudança e a evolução institucional não se dão de forma abrupta; ao contrário, são resultado de um sistema relativamente estável. É bem verdade que guerras, revoluções, conquistas e desastres naturais podem ser fontes de mudanças institucionais descontínuas, mas são excepcionais; em geral, as mudanças institucionais são paulatinas em um ambiente de estabilidade (NORTH, 1990). Nesse contexto, estabilidade não se confunde com imutabilidade, pois tem apenas o sentido de não-ruptura abrupta do sistema normativo.

¹⁵ No original: “The resultant path of institutional change is shaped by (1) the lock-in that comes from the symbiotic relationship between institutions and the organizations that have evolved as a consequence of the incentive structure provided by those institutions and (2) the feedback process by which human beings perceive and react to changes in the opportunity set.”

Normalmente, a mudança consiste em ajustes marginais no plexo de leis, regras e sua coercibilidade¹⁶ (*enforcement*) que formam o marco institucional (NORTH, 1990). Tais mudanças são realizadas dentro do sistema, ou seja, respeitando-se as regras formais de modificação do marco institucional.

Uma vez delineado o desenvolvimento em um determinado caminho, o processo de aprendizagem das organizações e o modelo subjetivo construído através das experiências históricas reforçam esse mesmo curso. Isso, segundo North (1990), explica por que alguns países têm maior dificuldade em se desenvolver. Os retornos crescentes de um conjunto inicial de instituições que promove desincentivos à atividade produtiva tende a criar organizações e grupos de interesse que se valem exatamente dessas regras institucionais. North (1990) explica que tais grupos e organizações moldam a política em seu próprio interesse. Usualmente um conjunto como esse de regras encoraja dominação militar na política e na economia, ou dominação por grupos religiosos fanáticos. Nesse quadro, típico de países da América Latina e África, há pouco incentivo à acumulação e à disseminação de conhecimento (NORTH, 1990).

A partir de tais lições, North (1990) procura demonstrar que a História é relevante, ou seja, não é possível compreender as escolhas de hoje e enquadrá-las sob o ponto de vista de sua performance econômica sem rastrear a progressiva evolução das instituições. É por isso que, em cada sociedade, mudanças institucionais ou circunstâncias econômicas (mudança de preços relativos, abundância ou escassez de fatores de produção etc.) resultam em adaptações marginais diferentes. Como os grupos de maior poder de barganha não são necessariamente os mesmos em diferentes nações, as respostas às mudanças também não o serão. Além disso, com diferentes passados históricos e *feedback* informacional incompleto sobre as consequências, os agentes formam diferentes modelos subjetivos e, por consequência, fazem escolhas políticas distintas. Daí por que as soluções para uma mesma questão em duas sociedades diferentes não são convergentes (NORTH, 1990).

Diante isso, é possível concluir que um modelo econômico correto e adequado para uma sociedade não o é necessariamente para outra, nem tampouco

¹⁶ NORTH utiliza a expressão *enforcement* para tratar da capacidade de imposição forçada das leis e dos direitos dos indivíduos. Como essa imposição não está restrita à via judicial, optou-se ao longo do texto pelas expressões coercibilidade ou imposição forçada, cuja conotação é mais ampla, ao invés de executabilidade ou exequibilidade ou força executiva, que são expressões mais comumente aplicadas no meio acadêmico brasileiro para se referir à imposição via Judiciário.

significa que tal fórmula seja correta e perene em um espaço de tempo mais longo (NORTH, 1990).

Por fim, o processo de mudança institucional é resumido por North (2005) em cinco pontos fundamentais:

- a) a contínua interação entre instituições e organizações numa realidade de escassez e concorrência no mercado é a chave para a mudança institucional;
- b) a concorrência força as organizações a investir constantemente em novas técnicas, habilidades e conhecimentos. As habilidades desenvolvidas pelos indivíduos moldam a evolução de sua percepção a respeito das oportunidades e, via de consequência, as escolhas que farão para alterar as instituições;
- c) o marco institucional promove uma estrutura de incentivos que dita os tipos de habilidades e conhecimentos que trazem maiores ganhos;
- d) as percepções são resultado das construções mentais dos agentes; e
- e) as economias de escala, complementariedades e a rede de externalidades positivas (ou negativas) de uma matriz institucional fazem da mudança institucional um processo de etapas complementares e, portanto, extremamente dependente da trajetória delineada anteriormente, no passado.

Em suma, os estudos de Douglass North procuram demonstrar de que forma se molda o marco institucional e como tal marco é importante para estabelecer os rumos do desenvolvimento de um país. Marcos institucionais cujas regras sejam preponderantemente eficientes geram incentivos à produção e à geração de riqueza pelos indivíduos e suas organizações e, via de consequência, consolidam bases para ganhos crescentes e produtividade e desenvolvimento de longo prazo.

2.5 ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

A Economia dos Custos de Transação faz parte da Nova Economia Institucional. Seu foco de estudo, porém, é distinto daquele desenvolvido por North, pois

não está relacionado a uma perspectiva histórica da evolução do desenvolvimento das nações.

A análise de fenômenos econômicos e de organizações a partir da Economia dos Custos de Transação é baseada em microeconomia e, como explica Williamson (1985), é um estudo proeminentemente comparativo sobre a organização da atividade econômica, que tem como parâmetro de medida a análise da transação. É interdisciplinar, pois envolve direito, economia e teoria das organizações (WILLIAMSON, 2013a) e, pela amplitude dos instrumentos com que trabalha, pode auxiliar na análise de qualquer relação, seja econômica ou não, que tome a forma ou possa ser descrita como um contrato, ou seja, como um ajuste de vontade entre duas ou mais pessoas.

Como fundamentos, a Economia dos Custos de Transação parte de dois pressupostos importantes. O primeiro se refere à racionalidade limitada do agente, o segundo toca ao comportamento oportunista, ou seja, o indivíduo não é totalmente confiável (WILLIAMSON, 1985). Ter em mente a natureza oportunista do ser humano auxilia na criação de salvaguardas contratuais no momento da negociação, pois ambas as partes têm consciência de que há risco de a outra não adimplir suas obrigações.

Williamson (1985) destaca que a análise das organizações econômicas capitalistas (firma, mercado, contratos relacionais) sob a ótica da Economia dos Custos de Transação apresenta importantes vantagens frente aos tradicionais estudos neoclássicos, a saber: (i) é mais microanalítica; (ii) é mais consciente a respeito das presunções comportamentais (*behavioral assumptions*); (iii) introduz e desenvolve a importância econômica da especificidade do bem (produto); (iv) baseiam-se em análises comparativas entre as instituições; (v) parte do conceito de firma como uma estrutura de governança, e não uma função de produção; (vi) coloca maior peso no momento *ex post* da relação contratual, com especial ênfase na imposição privada (em contraponto à imposição via Poder Judiciário).

Em suma, a Economia dos Custos de Transação fornece ferramentas para a análise da relação contratual em termos mais próximos da realidade do que a economia neoclássica.

2.5.1 Bases históricas

Antes de analisar mais especificamente o pensamento de Williamson, é preciso destacar que a Economia dos Custos de Transação tem raízes ligadas aos estudos de Coase, que em 1937 já lançava luzes sobre os custos de transação em seu artigo *The Nature of the Firm*.

Naquele artigo, Coase (1988b)¹⁷ explica que, no mercado, os preços movimentam e dirigem a produção de bens; essa coordenação é feita por meio das inúmeras e complexas transações comerciais que sinalizam oferta e demanda. Na lógica do mercado, se um produto tem maior demanda, surgirão empresas para produzir e ofertá-lo; e vice-versa. Dentro da firma, as transações de mercado são eliminadas e substituídas por uma estrutura de coordenação, em que cabe ao empreendedor dirigir a produção. Nessa estrutura, é o empresário que indicará quanto um setor deve produzir de determinado insumo para a etapa seguinte do processo de produção do bem. Firma e mercado são, portanto, métodos alternativos de coordenação da produção (COASE, 1988b).

A principal razão pela qual é rentável estabelecer uma firma está ligada ao custo de depender sempre do mecanismo de preços do mercado (COASE, 1988b). E o principal custo é o de descobrir frequentemente quais são os preços daquilo que se precisa adquirir. Além disso, há também o custo de negociar e concluir um contrato para cada transação comercial. Quando se estabelece uma firma, o número de contratos com que se tem de lidar é reduzido drasticamente, embora não eliminados em definitivo (COASE, 1988b). Maior será a firma e o número de bens que produz, quanto mais vantajosa for a organização em coordenação interna quando comparada à dependência do mecanismo de preços do mercado. Em outras palavras, são os custos de transacionar no mercado que definem o que a firma compra, produz e vende (COASE, 1988a).

Em suma, Coase (1988b) demonstra que há custos de se transacionar no mercado e que a firma funciona como método alternativo de organização da atividade

¹⁷ A referência aqui feita é do ano de 1988, pois o artigo *The Nature of the Firm*, de 1937, foi republicado em uma coletânea de artigos escritos por Coase. Os dados desta coletânea constam da referência.

econômica com o objetivo de reduzir tais custos. Nesse sentido, a firma, mais do que uma função de produção, é uma estrutura de governança.

Williamson (2013b) destaca que essa noção de firmas e mercados como duas opções paralelas para escolha da alocação de recursos, tendo como parâmetro para tal alocação os custos de transação, foi um pilar importante que permitiu desenvolver inúmeros e proveitosos estudos econômicos posteriormente.

Na década de 1960, Coase escreveu outro importante artigo, *The Problem of the Social Cost*¹⁸, em que destacava que a realização de transações comerciais sem custos era irrealista, sendo absolutamente necessário levar em consideração diversos fatores para celebração de arranjos comerciais.

Nas palavras de Coase (1988c, p. 114, tradução livre)¹⁹:

Até aqui, desenvolveu-se o argumento sob a suposição [...] de que não haveria custos para a realização das transações no mercado. Essa é, por óbvio, uma suposição bastante irrealista. Para que alguém realize uma transação, é necessário descobrir quem é a outra parte com a qual essa pessoa deseja negociar, informar às pessoas sobre sua disposição para negociar, bem como sobre as condições sob as quais deseja fazê-lo, conduzir as negociações em direção à barganha, formular o contrato, empreender meios de inspeção para se assegurar que os termos do contrato estão sendo cumpridos, e assim por diante. Tais operações são, geralmente, extremamente custosas. Custosas o suficiente para evitar a ocorrência de transações que seriam levadas a cabo em um mundo em que o sistema de preços funcionasse sem custos.

O economista inglês (1988c) demonstra que o sistema jurídico – em sua análise, mais especificamente, o Judiciário – desempenha papel importante na resolução de problemas econômicos. Ao definir adequadamente direitos de propriedade, sendo baixos os custos de transação, as partes podem negociar acordos eficientes.

Depois de Coase, o estudo sobre os custos de transação recebeu outra importante contribuição em Kenneth Arrow, economista norte-americano, professor da

¹⁸ A referência aqui feita é do ano de 1988, pois o artigo *The Problem of the Social Cost*, de 1960, foi republicado em uma coletânea de artigos escritos por Coase. Os dados desta coletânea constam da referência.

¹⁹ No original: “The argument has proceeded up to this point on the assumption [...] that there were no costs involved in carrying out market transactions. This is, of course, a very unrealistic assumption. In order to carry out a market transaction, it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on. These operations are often extremely costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost”.

Universidade de Harvard, vencedor do prêmio Nobel de economia no ano de 1972²⁰, em artigo publicado em 1969, *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation*.

Arrow (1969) destaca que as falhas de mercado não são suficientes para explicar todos os problemas enfrentados pela atividade econômica, razão por que entende mais adequada a análise por meio de uma categoria que considera mais ampla, a dos custos de transação. São estes que, em geral, dificultam ou mesmo impedem a formação de mercados. Em sua concepção, custos de transação são os “custos de manutenção do sistema econômico” (*costs of running the economic system*) (ARROW, 1969, p. 1).

Segundo Arrow (1969), os custos de transação podem ter como origem três fontes, a saber: (i) custos de exclusão, referentes ao direito do proprietário de um bem de cobrar pela sua exploração ou vedar o acesso a ele; (ii) custos de comunicação e informação, aqui incluídos tanto o fornecimento de informações quanto o aprendizado a respeito de como se dão as transações; e (iii) custo de desequilíbrio, que é fator inerente a qualquer sistema econômico complexo, pois, mesmo em mercado de informação perfeita, o agente leva algum tempo para assimilar e compreender a alocação ótima de recursos, de modo que nesse hiato temporal há desequilíbrio.

As lições desses dois estudiosos demonstram a importância do estudo dos custos de transação para a compreensão do funcionamento dos mercados.

2.5.2 Economia dos custos de transação no pensamento de Oliver Williamson

Examinados seus predecessores, é possível explorar algumas das lições de Oliver Williamson – professor da Universidade Berkley e um dos grandes expoentes dessa corrente econômica, cujo estudos sobre o tema lhe valeram o prêmio Nobel de economia de 2009²¹ – a respeito da Economia dos Custos de Transação.

Após tomar como conceito de custos de transação a expressão de Arrow acerca dos custos de manutenção do sistema econômico, Williamson faz um paralelo com

²⁰ Em 1972, a láurea do Nobel de economia foi dividida entre Kenneth Arrow e John Hicks, este de origem inglesa e professor da Universidade de Oxford.

²¹ Naquele ano, o prêmio de economia foi dividido entre Oliver Wliamson e Elinor Ostrom.

outra ciência, a física. O economista norte-americano (1985) afirma que os custos de transação estão para o sistema econômico, assim como o atrito está para a física. Ainda que os físicos desenvolvam suas teorias num ambiente sem atritos, a natureza constantemente os alerta para a realidade, no momento em que as teorias tentam ser comprovadas na prática. Já no campo da economia, os modelos desenvolvidos sem análise de custos de transação carecem desse choque de realidade. E, até a década de 1960, os modelos econômicos partiam sempre da presunção de que os custos de transação eram zero (WILLIAMSON, 2013a).

A quantidade de atrito existente para transacionar é o que define a alocação de recursos entre os diferentes arranjos econômicos das instituições (WILLIAMSON, 2013c). Normalmente prefere-se o mercado à produção interna quando este funciona adequadamente, com bom grau de competitividade, o que dá ao comprador poder de barganha interessante. Ainda assim, a assimetria informacional entre fornecedor e comprador é significativa, não tendo o comprador acesso a diversos dados que poderiam ser relevantes a respeito do insumo adquirido. Por sua vez, a integração vertical, ou seja, a integração da etapa anterior ao processo de produção da firma traz a vantagem do maior controle de produção e qualidade, bem como informações muito mais precisas a respeito da própria performance da produção (WILLIAMSON, 2013c). Além disso, a estrutura de governança dispõe de instrumentos muito mais sofisticados de produção – como a contratação da mão-de-obra especializada, a remuneração, o pagamento de premiações, demissões –, ferramentas estas não disponíveis da relação contratual típica do mercado. Por fim, o processo de resolução de conflitos é mais eficiente quando internalizado pela firma, que detém poder hierárquico sobre seus agentes e controle dos fatores de produção, do que no mercado, em virtude da necessidade de barganhar um acordo ou depender da imposição de solução judicial (WILLIAMSON, 2013c).

É importante destacar o significado da expressão “instituições”, que são usadas por Williamson e North em sentidos distintos. Como visto anteriormente, North conceitua instituições como as regras formais e informais que moldam as interações sociais. Nos trabalhos de Williamson, a expressão instituições designa as formas de

organização das interações econômicas, do sistema de produção de uma economia capitalista – aí englobados o mercado, a firma (empresa) e os contratos relacionais.²²

De acordo com a classificação elaborada por Williamson (1985), os custos de transação podem ser *ex ante* e *ex post*. Os custos *ex ante* são os custos de minutar (*drafting*), negociar (*negotiating*) e proteger (*safeguarding*) um acordo. Já os custos *ex post* incluem: (i) readaptação do contrato quando este toma um rumo errado (*shifting contract curve*); (ii) custos da negociação da correção do contrato (*haggling costs*); (iii) custos de implantação e manutenção da governança administrativa durante um litígio sobre esse tema (*costs associated with the governance structures*); e (iv) custos das garantias dadas no acordo (*bonding costs*).

Os custos *ex ante* e *ex post* são frequentemente interdependentes (WILLIAMSON, 1985), como dois pratos de uma balança: maiores custos *ex ante* podem significar menores custos *ex post*. Nesse contexto, as partes podem buscar um acordo amparado em um contrato o mais completo possível, com toda sorte de proteções contra possíveis problemas, o que logicamente demanda muitas horas de negociação, já que os contratantes estarão preocupados em se proteger ao máximo em cada situação discutida para ser prevista no contrato. A consequência é clara, custos de transação *ex ante* elevados. Nesse caso, porém, os custos *ex post* são mais baixos, já que o contrato contém diversas previsões para correção de rumos.

O caminho alternativo é optar por um acordo mais simples, que preveja apenas o estritamente necessário para as partes fecharem o negócio. Os problemas decorrentes da execução do contrato serão discutidos e resolvidos *a posteriori*. Nesse cenário, os custos de transação *ex ante* são logicamente muito mais baixos, mas é possível e provável que os custos *ex post* se tornem mais elevados quando surgirem os percalços na execução do contrato.

Do ponto de vista da Economia dos Custos de Transação, as regras jurídicas que definem direitos de propriedade *ex ante* são levadas em consideração na formatação da atividade econômica, mas há preocupação ainda maior com os instrumentos privados que garantam eficácia a tais direitos, pois não se considera o mecanismo judicial eficiente (WILLIAMSON, 1985). Daí por que não se pode limitar a barganha (a negociação) à fase

²² A título exemplificativo do conteúdo dado ao termo “instituições” nos estudos de Williamson, cite-se uma de suas principais obras, *The Economic Institutions of Capitalism*, cuja descrição detalhada consta da referência do presente estudo.

contratual *ex ante*; ao contrário, é preciso que a negociação envolva também a discussão sobre aspectos relativos a todo o processo obrigacional, inclusive para que na fase *ex post* possam ser buscadas soluções privadas, sem necessidade de interferência do Judiciário (WILLIAMSON, 1985).

No que toca especificamente ao contrato, Williamson (2013d) aponta três aspectos relevantes para caracterizar as transações, que são (i) incerteza, (ii) frequência de sua ocorrência e (iii) grau de dedicação necessário às peculiaridades e especificidades da contratação. Este último item precisa ser melhor explicado. Bens não-especializados, encontrados facilmente no mercado, representam menores riscos na contratação, porque há alternativas tanto para o fornecedor, que pode vender para terceiros, quanto para o comprador, que pode adquirir o produto com outro fornecedor. A situação é diferente quando o contrato é altamente específico, como *v.g.* a construção de uma refinaria de petróleo²³, pois ambas as partes têm diante de si maiores riscos e seu nível de comprometimento é, por conseguinte, mais elevado. As características das partes e do objeto as colocam em condições de monopólio bilateral (WILLIAMSON, 2013d).

Nesses casos, os custos de transação são altos tanto do ponto de vista do contrato em si, quanto das obrigações relacionadas ao acordo, como a aquisição da matéria-prima específica, o treinamento de pessoal, a aquisição de *know-how* etc., ou seja, os investimentos fundados na confiança (*reliance*) são significativos em capital físico e humano. Em contratos com tal nível de complexidade, o nível de confiança e cooperação entre as partes desempenha papel essencial para adaptação e sucesso do contrato (WILLIAMSON, 2013d). Daí a necessidade de estruturas de governança capazes de combater eventuais comportamentos oportunistas durante as negociações *ex post*, de adaptação do contrato a circunstâncias posteriores (WILLIAMSON, 2013d).

Em contrapartida, para contratações de bem padronizados, encontrados facilmente no mercado, é suficiente e eficaz a estrutura de governança do próprio mercado. Isso significa que qualquer agente pode consultar sua própria experiência anterior e decidir se contrata novamente com aquele fornecedor ou busca outro, pois o custo da busca alternativa é baixo (WILLIAMSON, 2013d).

²³ Williamson denomina contratos com tais objetos altamente especializados e complexos de contratos *idiosincráticos* (2013d).

Por fim, quando se trata de bens não tão padronizados, mas cuja aquisição é frequente, já demandam uma experiência maior para salvaguardar a transação contra o oportunismo. As soluções aqui são a consulta a bancos de dados de pesquisas de satisfação ou a consulta direta a outros compradores do mesmo bem. A existência de bancos de pesquisa de satisfação são grande incentivo para que as partes se comportem adequadamente (WILLIAMSON, 2013d).

Williamson (2013d) explica que, quando a contratação é de itens padronizados, a identidade das partes é de pouca importância, sendo mais relevantes as normas contratuais e legais. A maior proteção contra o comportamento oportunista continua a ser o mercado, e a disputa judicial tem estrita função de resolver o problema contratual, sem maiores esforços em sustentar a relação entre as partes, já que esta não é valiosa per se (WILLIAMSON, 2013d).

Por fim, a situação é diversa em contratos de bens mais especificados, adquiridos de forma recorrente, e contratos *idiossincráticos*, pois há interesse na manutenção da relação duradoura; logo, não é simples (ou é mesmo impossível) a fuga para o mercado, de modo que as partes têm fortes incentivos para atuar de modo a levar o contrato à plena execução (WILLIAMSON, 2013d). Diante dessas circunstâncias, as partes não recorrem imediatamente ao Judiciário para romper a relação contratual; buscam-se métodos alternativos de resolução de disputas, como a mediação, o *expert*, o *dispute board*, como formas de avaliar o adimplemento do contrato pelas partes e resolver a disputa – inclusive com a busca pela solução via cumprimento específico da obrigação, ao invés de perdas e danos (WILLIAMSON, 2013d).

Em suma, os estudos de Williamson focam a análise dos custos de transação em relação a diferentes formas de organização da atividade econômica. Suas conclusões são bastante relevantes para a presente dissertação, pois a CISG regula contratos de compra e venda de mercadorias de diversas naturezas (simples e complexas) em relações comerciais que podem, ou não, ser duradouras.

2.5.3 A visão de Douglass North a respeito dos custos de transação

Os estudos de North, como apontados acima, estão centrados na importância das instituições como mecanismo de desenvolvimento e crescimento econômico. O autor também aborda o tema sob a ótica dos custos de transação.

Segundo North (1990), custos de transação são os custos de mensuração dos atributos do que está sendo transacionado e os custos de proteger os direitos, supervisionar e impor coercitivamente os acordos. Vale dizer, o custo total de produção é composto não apenas pelos custos da soma dos elementos de produção (*inputs*) – como terra, trabalho e capital utilizados na transformação física do bem –, senão também pelos custos de transacionar, que são os custos de definir, proteger e impor direitos de propriedade (NORTH, 1990). Nesse contexto, o valor de um bem é tanto menor, quanto mais fácil for para que terceiros afetem os benefícios extraídos daquele bem sem assumir a plena responsabilização dessa ação (NORTH, 1990).

Durante a negociação, a incerteza quanto ao comportamento da outra parte se reflete no preço, consistente na cobrança de um prêmio de risco, que será tanto maior quanto maior for a probabilidade de desistência da outra parte em adimplir a obrigação. Portanto, a maximização do valor de um bem envolve uma estrutura adequada de delimitação e proteção dos direitos de propriedade, o que ocorre em dois momentos lógicos distintos – a definição dos direitos *ex ante*, e sua imposição coercitiva *ex post* em caso de violação.

Nos contratos, a questão da imposição coercitiva é ainda mais sensível. É preciso que os mecanismos de imposição coercitiva não tenham custos mais elevados do que o benefício a ser auferido com sua utilização. Segundo North (1990), a incapacidade das sociedades para desenvolver mecanismos de coerção contratual eficientes e de baixo custo é a mais importante fonte para estagnação.

Diante disso, criar um ambiente institucional que induza o cumprimento de acordos significa estabelecer um marco institucional de regras formais, informais e de imposição forçada que proporcione custos de transação baixos (NORTH, 1990), de modo a fundar bases para uma atividade econômica mais pujante, que proporcione ao país desenvolvimento duradouro no longo prazo.

2.6 ANÁLISE ECONÔMICA DO CONTRATO

O contrato é o instrumento jurídico que movimenta a troca de bens e serviços entre pessoas; é, pois, o fio condutor da economia. Quanto maior a atividade econômica de um país, maior o número de contratos celebrados para gerar e movimentar a riqueza.

Do ponto de vista econômico, o contrato promove uma transferência de bens ou serviços de uma pessoa para outra que aumenta seu valor, pois o objeto sai das mãos de quem o valoriza menos para as mãos de quem o valoriza mais (POSNER, 1998). Vale dizer, a troca decorrente do contrato não é um jogo de soma zero, em que o ganho de um é a perda do outro; ao contrário, o contrato gera benefícios mútuos para ambas as partes, em uma situação *ganha-ganha* (*win-win situation*) (MACKAAY, 2013).

Esse processo de troca pode ocorrer sem intervenção legal alguma, desde que ambas as partes cumpram sua obrigação de forma simultânea. Quando a simultaneidade não está presente na troca, dois riscos surgem, oportunismo e contingências imprevistas, para as quais o direito contratual precisa oferecer soluções (POSNER, 1998). Segundo Posner (1998), sem a devida segurança jurídica dada pelo direito contratual, reduzem-se os investimentos em atividades econômicas mais complexas, de modo que a atividade econômica estaria mais limitada a atividades de trocas imediatas, de menor valor econômico.

2.6.1 Funções do direito contratual

A doutrina da análise econômica do direito elenca diferentes aspectos acerca da função do direito contratual.

Cooter e Ulen (2010), por exemplo, elencam seis funções para o direito contratual, a saber: (i) possibilitar a cooperação entre indivíduos por meio da conversão de jogos de solução não-cooperativa em jogos com soluções cooperativas; (ii) incentivar a troca de informações na relação contratual; (iii) garantir maior nível possível (*optimal*) de compromisso quanto ao cumprimento da obrigação; (iv) garantir o maior nível possível

de confiança (*reliance*); (v) reduzir custos de transação da negociação por meio de regras básicas e regulações eficientes; (vi) fomentar relações negociais duradouras, o que leva à cooperação e à menor dependência das cortes para imposição coercitiva (*enforcement*) dos contratos.

Já Posner (1998) indica cinco funções do direito contratual: (i) evitar o oportunismo; (ii) preencher lacunas com regras eficientes; (iii) punir erros evitáveis no processo de contratação; (iv) alocar riscos na parte que tem melhores condições de suportá-lo; (v) reduzir custos da resolução de disputas.

Como explica o magistrado norte-americano (POSNER, 1998), quanto mais estendido no tempo for o contrato, no que toca ao diferimento da obrigação ou ao tempo de sua duração, mais difícil é para as partes identificar e prever todas as contingências que podem afetar o cumprimento das obrigações. Além disso, há contingências que, conquanto previsíveis, são de ocorrência improvável, pelo que os custos de redigir cláusulas contratuais para regê-las excederem os benefícios. Nesses casos, é mais barato permitir que o Judiciário dê solução para a questão. Ao suprir as lacunas contratuais, o Judiciário deve ter como bússola a busca daquilo que as partes fariam se tivessem negociado a esse respeito *ex ante* (POSNER, 1998).

Na visão de Posner (1998), o direito contratual não pode ser usado com outra finalidade que não a busca da eficiência, pois uma regra jurídica (legislativa ou fruto de decisão judicial) que não siga tal orientação não conseguirá afetar a conduta futura das partes de forma positiva; pelo contrário, as partes simplesmente contornarão essa medida em seus contratos futuros por meio de cláusulas específicas, o que significa inclusive maiores custos de transação, que poderiam perfeitamente ter sido evitados se a decisão mais eficiente tivesse prevalecido (POSNER, 1998).

Por sua vez, Shavell (2004) traz outra perspectiva a respeito da capacidade coercitiva que o direito atribui às obrigações pactuadas no contrato. O professor de Harvard explica que, sem a possibilidade de imposição coercitiva do contrato, uma parte poderia apropriar-se de valores que tenham sido pagos antecipadamente, conduta que inviabilizaria não somente aquela transação, mas todo o mercado. Qualquer contrato que não tivesse troca imediata de bem ou serviço por pagamento se tornaria inviável sem um contrato dotado de força coercitiva – exemplificativamente, contratos de financiamento não seriam realizados, pela impossibilidade de reaver o dinheiro emprestado; seguros

reteriam os prêmios e não pagariam as perdas do segurado e assim sucessivamente (SHAVELL, 2004).

Além disso, sem coercibilidade, não haveria como se fixar preços no momento da formação de vontades, o que seria deixado para o momento da entrega (*price hold up*), pois cada parte teria a possibilidade de barganhar do modo oportunista até o último instante, o que desencorajaria contratações de execução diferida (SHAVELL, 2004).

Em suma, o direito contratual desempenha papel importante ao garantir coercibilidade aos contratos, como forma de gerar o interesse no desenvolvimento de atividades comerciais e economicamente relevantes.

2.6.2 Regulação legal do direito contratual

O primado da liberdade individual permite ao ser humano formar vínculos jurídicos com quem quer que deseje. O contrato é o exemplo maior da liberdade e do livre arbítrio do indivíduo, que manifesta espontaneamente sua vontade de se associar e de criar direitos e deveres para com outrem.

Economias de mercado avançam por meio da expansão do número de pessoas que contrata, que realiza negócios. Para tanto, é preciso que as pessoas sintam a confiança necessária em contratar com outras que não conhecem, com quem não se relacionaram anteriormente, com quem possivelmente nunca terão sequer contato pessoal. Em outras palavras, é preciso que uma parte aceite levar adiante sua parte do acordo (ex.: pagar o preço) para somente em momento posterior receber a contrapartida (ex: envio do bem por navio da China para o Brasil). O direito, por sua vez, exerce um papel importante na geração dessa confiança que estimula as pessoas a fazer parte do mercado (MACKAAY, 2013).

Disso resulta que leis que regulam o contrato são necessárias, pois os custos de negociação seriam por demais elevados para que fosse elaborado um documento que previsse todas as contingências possíveis daquela relação (POLINSKY, 2011). Como destaca Coase (1988), contratos são comumente insatisfatórios, porque é simplesmente

muito custoso fazê-lo corretamente. Assim, as contingências mais improváveis ou que não afetam os custos e benefícios de cada parte de modo significativo não precisam ser especificadas e pormenorizadas no contrato (POLINSKY, 2011). Quanto menos provável a ocorrência de um evento, menos as partes pensarão a esse respeito – trata-se de uma negligência fruto de resposta racional ao alto custo de informação frente aos benefícios de atuação diversa (POSNER, 1998).

Nesse contexto de insuficiência de regras contratuais, os Poderes Legislativo e Judiciário desempenham o papel de suplementar os contratos a um custo menor em razão do ganho de escala (MACKAAY, 2013). Isso porque, embora o processo legislativo sem dúvida seja custoso, seu alcance amplo e geral a todos os negócios jurídicos se mostra uma solução eficiente. Ainda assim, é preciso observar que também as legislações são incompletas, pois a elaboração de um Código Civil ou de um Código Comercial que regule todas as contingências da vida social e comercial é impossível – em razão da limitação da racionalidade – e também indesejável – em razão dos custos. Toda legislação é, portanto, em alguma medida, incompleta (MACKAAY, 2013).

Ao confrontar a regulação da transação comercial por meio de cláusulas contratuais e de regras emanadas do Legislativo, é possível perceber que o grau de incompletude de um contrato é uma função do preço. Em contratos de menor valor, como é comum em transações amparadas pelo direito do consumidor, a regulação mais específica emanada do Poder Público se mostra mais eficiente, pois o custo de negociações individuais seria mais alto. Há, pois, vantagem comparativa na regulação estatal para esse tipo de contrato (MACKAAY, 2013). O mesmo não é verdadeiro em relação a contratos comerciais mais específicos, cujos valores são maiores, ou áreas do conhecimento ainda muito novas, que utilizam tecnologia muito avançada (MACKAAY, 2013). Daí se percebe a dificuldade na estruturação de um regramento de direito contratual singular, aplicável de forma indistinta a contratações tão distintas quanto uma compra e venda ao consumidor e um contrato de *joint venture*.

Ainda sobre esse ponto, Mackaay (2013) explica que vale a pena prevenir obstáculos quando isso pode ser feito a um baixo custo, ou mais precisamente, a um custo menor do que o custo do prejuízo de deixar essa questão desguarnecida. Caso seja válido regular esse percalço, cabe indagar como isso deve ser feito, se pelas próprias partes e por qual delas exatamente, ou por meio de uma regulação geral e abstrata (norma jurídica)

emanada pelo Estado para todos os agentes. Por fim, cumpre questionar se eventual regulação pela via estatal deve ser por meio de regras mandatórias ou dispositivas (MACKAAY, 2013).

Do ponto de vista da técnica legislativa, as regras jurídicas mandatórias do direito contratual devem atribuir o ônus à parte que tem melhores condições de suportá-lo, ou a ambas, quando não é possível determinar previamente (MACKAAY, 2013). Isso pode ser alcançado também ao não se atribuir à parte o direito que ela desejaria possuir como primeira opção. É o que se verifica, por exemplo, quando uma parte gostaria de se aproveitar do erro da outra, mas o direito não lhe garante a opção de exigir a prestação; ao contrário, dá à outra parte o direito de buscar a anulação do negócio (MACKAAY, 2013). Outro exemplo é o da parte que comete erro ao formular sua oferta, sem que a outra parte pudesse desconfiar desse erro. Nesse caso, o melhor para a primeira parte seria anular o contrato. Ao não lhe garantir tal opção, o direito contratual gera um incentivo para que tome maiores cautelas com as ofertas feitas ao público.

Em suma, boa parte do direito contratual está relacionado com a estruturação de regras que atribuam o ônus à parte que tem o menor custo de evitá-los.

2.6.3 Formação do contrato

Quando se trata da formação do contrato, é preciso que o reconhecimento legal de tal formação esteja amparado por uma regra jurídica clara, cujo conteúdo indique um sinal inequívoco de cada uma das partes quanto à intenção de contratar, pois seguem daí dois benefícios, como explica Shavell (2004).

Primeiro, com a perfeita ciência de qual conduta implica em vinculação contratual e sabendo que o contrato pode ser imposto coercitivamente ao outro contratante, as partes podem promover diversas atividades economicamente relevantes, com a certeza do amparo legal, tais como contratar empregados, adquirir matéria-prima, fechar vendas. Segundo, como as partes sabem o que fazer para não se vincular contratualmente, elas não terão dúvidas ou receio em buscar parceiros, negociar, sondar

o mercado, obter informações sobre possíveis futuros contratantes; afinal, desde que não emitam o sinal claro de vontade, não estarão vinculadas (SHAVELL, 2004).

Quanto à forma, é possível afirmar que transações de baixo nível de complexidade, cujos bens ou serviços podem ser adquiridos ou executados imediatamente (ex.: compra em supermercado, utilização de serviços de salão de beleza), invariavelmente dispensam a forma escrita.

Por outro lado, Shavell (2004) destaca que a utilização de contratos escritos é recomendável em razão de circunstâncias específicas do negócio. É o que ocorre, por exemplo, quando o objeto envolve bens ou serviços personalizados ou que não estão disponíveis para pronta aquisição no mercado. Além do objeto, o contrato escrito também é necessário quando as partes pretendem efetuar a realocação ou o compartilhamento de riscos, que é o que ocorre no contrato de seguro (SHAVELL, 2004). Ainda, o contrato escrito pode ser necessário para refletir a diferença de opiniões entre as partes a respeito de eventos futuros, o que se nota com maior clareza em contratos de mercado de capitais ou de bens duráveis (SHAVELL, 2004). Por fim, o contrato escrito pode estar fundado na alteração do tempo de consumação, hipótese em que os benefícios de cada parte são auferidos em momentos temporais distintos (SHAVELL, 2004).

Do ponto de vista da análise econômica, a regulação jurídica do contrato precisa evitar dois extremos, que são (i) a formação prematura do contrato sem que haja a devida concordância quanto aos seus termos; e (ii) a exigência de tantos requisitos para sua formação a ponto de permitir comportamentos oportunistas de partes que desejam escapar à sua obrigação ao argumento de que não houve formação de contrato por discordância em aspectos mínimos (MACKAAY, 2013).

No que toca à formação do contrato, Mackaay (2013) – utilizando-se da expressão cunhada por Calabresi – afirma que o ofertante é o *cheapest cost avoider*, ou seja, é quem está em melhores condições de suportar os riscos de problemas na oferta.

Posner (1998), por sua vez, destaca que a parte em melhor condição para suportar o risco é aquela que escolhe o método de comunicação, como é o caso do ofertante. Afinal, se ele poderia evitar a falha de comunicação a um custo menor, então tê-lo por responsável aumentará seus incentivos para que tome as devidas precauções, de modo que futuras comunicações falhas sejam menos frequentes.

No que toca a formalidades contratuais, pode-se afirmar que estas reforçam o grau de consentimento, pois sua inobservância é causa de nulidade do negócio jurídico (Cód. Civil, art. 166, IV). O abandono ou a redução do formalismo representa significativa redução de custos de transação e aumenta o espectro de contratos válidos – afinal, mais formalismo, mais contratos viciados. Na opinião de Mackaay (2013), os ganhos decorrentes de contratos sem maiores formalidades superam os eventuais prejuízos advindos de algumas decisões equivocadas de contratar.

Por fim, como o centro da celebração do contrato é o consenso, é preciso que o direito contratual contenha soluções para falhas na manifestação da vontade (erro, dolo, fraude). Tais regramentos dos vícios de vontade reduzem o nível de precaução da imensa maioria dos contratos, ao dar proteção e soluções para casos extremos em que a vontade é viciada. Não existisse tal proteção, haveria necessidade de nível maior de cuidado a cada contratação, o que desaguardaria em menos contratos e redução do mercado (MACKAAY, 2013).

2.6.4 Violação contratual

Parte significativa da literatura de direito e economia a respeito de contratos foca nos aspectos referentes ao inadimplemento contratual e à eficiência de seus remédios jurídicos.

Em regra, a solução do sistema da *common law* para o inadimplemento contratual é o pagamento de valores monetários (*damages*), sendo residuais as hipóteses de execução específica da obrigação (POLINSKY, 2011). Embora o sistema brasileiro privilegie o cumprimento específico da obrigação (CPC, art. 461 e art. 461-A) (TIMM, 2012), há também a previsão do pagamento de valores pecuniários pelo descumprimento contratual. No mesmo sentido, a CISG, objeto central desta dissertação, também prevê como uma de suas soluções para o inadimplemento contratual o pagamento pecuniário.

Diante disso, percebe-se que a análise econômica de violações contratuais no sistema da *common law* – ainda que algo diverso do sistema brasileiro e da CISG –

permite extrair conclusões importantes sobre os incentivos gerados no comportamento das partes contratantes.

No direito contratual da *common law*, os pagamentos por violações contratuais podem ser de quatro espécies²⁴, a saber: (i) *expectation damages*, dá à parte aquilo que ela receberia se o contrato fosse cumprido corretamente – similar no direito brasileiro aos lucros cessantes ou interesses positivos; (ii) *reliance damages*, coloca a parte de volta no *status* anterior à celebração do contrato – o que se aproxima dos danos emergentes ou interesses negativos; (iii) *restitution damages*, dá à parte o valor que esta havia entregue à parte inadimplente (MCKENDRIK, 2011; POLINSKY, 2011; TIMM, 2012).

O direito contratual da *common law* prevê ainda os *liquidated damages*, que são a fixação *ex ante* no contrato de uma indenização em caso de descumprimento, o que em certa medida se aproxima da cláusula penal no direito brasileiro. Como esclarece Timm (2012), não se trata propriamente de uma quarta modalidade indenizatória, mas sim uma pré-liquidação de perdas e danos. Quanto ao valor, os *liquidated damages* devem ser aproximadamente relacionados à mensuração dos *expectation damages*; do contrário, se for muito superior, não serão aplicáveis, pois a jurisprudência norte-americana entende que esse pagamento não pode superar o benefício econômico que seria auferido pelo adimplemento do contrato (COOTER; ULEN, 2014).

É possível cotejar as espécies de pagamentos por inadimplemento contratual com o incentivo que geram na conduta das partes e seu grau de eficiência. Segundo Polinsky (2011), os *expectation damages* criam incentivos eficientes para evitar a quebra do contrato, mas são ineficientes em relação ao comportamento da parte adimplente, que poderá compensar-se plenamente pelos gastos realizados em razão do contrato (*reliance expenditures*). Na certeza de ser reembolsada, a parte não atuará com prudência na realização de tais gastos. Nesse caso, a solução de *restitution remedy* é a mais eficiente, pois a parte será mais comedida em gastos extras em razão do contrato (POLINSKY, 2011). Quando o dever de reparação inclui lucros cessantes (*expectation damages*), é importante controlar o risco moral (*moral hazard*) do credor, vítima do inadimplemento, o que é possível pela aplicação do dever de mitigar as perdas (*duty to mitigate the loss*)

²⁴ Como as espécies aqui examinadas não guardam perfeita identidade com as modalidades indenizatórias no direito brasileiro, optou-se por manter ao longo deste tópico os termos originais em inglês.

(MACKAAY, 2013). No direito brasileiro, o dever de mitigar as perdas pode ser extraído da imposição do princípio da boa-fé objetiva (TIMM, 2012).

Como se vê, nas hipóteses de inadimplemento, qualquer das formas de reparação dá margem ao comportamento oportunista das partes. Essa situação é conhecida como o paradoxo de dever de reparação (*compensation paradox*) (MACKAAY, 2013). Portanto, a decisão sobre que tipo de remédio é o mais adequado para cada contrato depende primordialmente da identificação do que se quer proteger mais, se é a quebra do contrato ou se é a prevenção quanto a gastos extracontratuais excessivos.

Outra questão importante na análise econômica da quebra do contrato é o custo de se obter as informações necessárias para executar cada tipo de remédio contratual. Os *expectation damages* impõem ao Judiciário o dever de calcular o valor do benefício auferido se o contrato tivesse sido corretamente cumprido, o que usualmente é difícil de ser identificado (POLINSKY, 2011). Já em relação às duas outras soluções, *reliance* e *restitution remedies*, a obtenção da informação sobre o valor do contrato pelo Judiciário (ou por arbitragem) não é difícil e está disponível prontamente.

Nesse contexto, a utilização de *liquidated damages* é uma eficiente forma de distribuir os riscos em momento *ex ante*. Essa é uma solução preferível para alocação de risco do que deixar para decisão da Corte, embora importe em maiores custos de transação para a fase de negociação, já que as partes têm de discutir antes da celebração do contrato quanto pagarão em caso de inadimplemento. Mackaay (2013) afirma que a cláusula contratual de *liquidated damages* permite que as partes planejem melhor seus negócios, tendo pleno conhecimento de seus direitos e obrigação se o contrato não for cumprido.

Em suma, as percepções da análise econômica sobre o inadimplemento contratual aqui examinadas permitirão extrair conclusões importantes sobre o nível de eficiência das regras da CISG e seu impacto no ordenamento jurídico brasileiro.

3 A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS – CISG

O comércio internacional se desenvolveu de forma vigorosa nos últimos sessenta anos. Segundo dados da UNCTAD – *United Nations Conference on Trade and Development*²⁵, entre 1950 e 2010, as exportações e importações de mercadoria aumentaram a uma taxa média anual de 10,15% (UNCTAD, 2014a). Em valores monetários, isso significa que as exportações de mercadorias somavam 58 bilhões de dólares em 1950²⁶ e alcançaram 18,8 trilhões de dólares em 2013 (UNCTAD, 2014b).

O contrato celebrado entre partes localizadas em países diferentes contém maiores riscos do que a compra e venda interna, pois as partes estão sujeitas ao distanciamento, variações cambiais e alterações do quadro político (TORRES; RIBEIRO, M., 2014). Diante disso, a promoção do comércio internacional depende de uma série de variáveis, tanto fáticas, quanto jurídicas. São elementos fáticos o estabelecimento de uma adequada rede de infraestrutura para escoamento e fluxo de produção, assim como estrutura bancária e de comunicação (CARR, 2011).

Igualmente, esse enorme aumento do fluxo econômico exige respostas legais em diferentes áreas, como resolução de disputas, uniformização de leis comerciais internacionais e aprendizado legal específico (*legal education*) (SCHWENZER; WHITEBREAD, 2014). A globalização do comércio carrega consigo a globalização da lei, pois leis internas diferentes representam obstáculos que elevam os custos de transação dos participantes do comércio internacional (SCHWENZER; WHITEBREAD, 2014). Algumas das dificuldades para a realização de transações internacionais são justamente descobrir e compreender as regras de direito contratual aplicáveis ao negócio, obter aconselhamento legal, negociar as leis aplicáveis e adaptar os termos contratuais-padrão a diferentes leis nacionais (SCHWENZER; WHITEBREAD, 2014). Diante da pluralidade de sistemas legais, a harmonização jurídica tem sido vista como a melhor opção para alcançar segurança jurídica no comércio internacional (CARR, 2011).

²⁵ Em português, Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento.

²⁶ As estatísticas da UNCTAD apresentam valores atualizados de preços e câmbio.

Nesse contexto, organizações como UNCITRAL, UNCTAD e UNIDROIT assumiram o desafio de examinar diversos sistemas legais nacionais em busca de soluções harmonizadoras e conciliatórias (CARR, 2011).

É nesse contexto que foi aprovada a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG. A expressão convenção é utilizada para denominar o tipo de tratado solene e multilateral cujas manifestações de vontade não são divergentes, senão convergentes com vistas à criação de regras uniformes aplicáveis a todos os seus membros – daí serem chamadas também de tratados-lei ou tratados-normativos (MAZZUOLI, 2013).

Na opinião de Schwenger e Whitebread (2014), trata-se do diploma jurídico de direito internacional que alcançou maior êxito em uniformizar legislações pelo mundo. O argumento dos autores se funda não apenas no elevado número de Estados contratantes da Convenção, senão também na constatação de que a CISG serviu de base para reformas legislativas em diversos países do mundo, como Alemanha, Japão, China, nações africanas componentes da Ohada (*Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires*²⁷) e países nórdicos (SCHWENZER; WHITEBREAD, 2014).

A presente seção tem por objetivo examinar a CISG do ponto de vista jurídico. Para tanto, a seção apresenta o histórico da aprovação da Convenção; em seguida, apontam-se em linhas gerais a estrutura da Convenção e seu âmbito de aplicação. Por fim, examinam-se algumas disposições da Convenção. Dentro dos limites desta dissertação, não seria possível analisar pormenorizadamente cada um dos institutos da CISG, pois se trata de diploma legal com mais de cem artigos. Assim, a escolha dos temas tratados nesta seção tomou por base a identificação de disciplinas distintas entre a CISG e o direito brasileiro, tais como formação do contrato e remédios jurídicos para o inadimplemento.

²⁷ Em português, Organização para a Harmonização na África do Direito dos Negócios.

3.1 HISTÓRICO

A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias foi aprovada em 1980, mas seus antecedentes históricos retrocedem à década de 1920, quando foi fundado o Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado, o UNIDROIT (UNIDROIT, 2013). O professor austríaco Ernest Rabel sugeriu a Vittorio Scialoja, presidente do Instituto, fundado em 1926, que o primeiro trabalho desenvolvido pela entidade fosse relacionado à unificação do direito de compra e venda (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010).

Sugestão aceita e inserida no plano de trabalho do UNIDROIT, coube a Rabel apresentar o primeiro relatório sobre o tema à cúpula da Instituição em 1929 (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009). No ano seguinte, montou-se um comitê de trabalho cujos membros eram representantes do direito francês, escandinavo, alemão e da *common law* (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010).

Em 1935, foi apresentada a primeira versão das leis uniformes, mas a Segunda Guerra Mundial inviabilizou o prosseguimento dos debates na década de 1940. Retomada a diplomacia, em janeiro de 1951, a Conferência de Haia, na Holanda, criou uma comissão para trabalhar em uma legislação de compra e venda internacional e, poucos anos mais tarde, em 1956, o UNIDROIT iniciou estudos para criação de uma lei aplicável à formação dos contratos. Finalmente, em 1964, a Conferência de Haia aprovou dois instrumentos normativos: a Lei Uniforme sobre Formação de Contratos de Compra e Venda Internacional (*Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods – ULFIS*) e a Lei Uniforme sobre Compra e Venda de bens (*Uniform Law on the International Sale of Goods – ULIS*) (HUBER; MULLIS, 2007). Como indicam seus próprios nomes, a primeira tratava de aspectos formais, e a segunda regulava os direitos materiais das partes.

A adesão política aos instrumentos legais foi baixa, apenas nove países²⁸ as ratificaram. Os países do bloco socialista e as nações em desenvolvimento os viram como desfavoráveis a seus interesses econômicos por serem orientados pró-vendedor (*seller-*

²⁸ Os países que ratificaram a ULIS e a ULFIS foram: Bélgica, Gambia, Alemanha, Israel, Itália, Luxemburgo, Holanda, San Marino e Grã-Bretanha (com reservas) (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010).

oriented), ou seja, as leis uniformes traziam vantagens excessivas às nações ocidentais desenvolvidas, produtoras de bens (SCHWENZER; HACHEM, 2009). Na visão de Schlechtriem e Schwenzler (2010), porém, o número de ratificações não é um critério apropriado para avaliar o impacto desses instrumentos no comércio internacional, pois, a despeito da baixa aceitação, forneceram bases importantes que posteriormente garantiriam o sucesso da CISG.

Nos países da Europa continental que ratificaram as Convenções – Alemanha, Itália e Benelux (Bélgica, Holanda e Luxemburgo) –, sua aplicação foi marcante, tanto na prática contratual, quanto na experiência jurisprudencial (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010). Isso possibilitou que as reformas legislativas implementadas nesses países a respeito de seu direito interno tomassem por base, como lei-modelo, as Convenções de Haia.

Com a criação da Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional (*United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL) em 1966, os estudos para alcançar uma lei modelo de compra e venda internacional continuaram (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009). ULIS e ULFIS serviram de base para os trabalhos, pois a UNCITRAL iniciou seus estudos pedindo aos Estados-membros que fizessem comentários às duas convenções (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010).

O passo seguinte foi montar grupos de trabalho bastante plurais, o que deu legitimidade ao processo de elaboração da futura convenção. O objetivo era alcançar um equilíbrio entre os anseios de países de várias partes do mundo, o que foi um desafio ainda maior do que durante os trabalhos da ULIS e ULFIS, já que o número de participantes era maior nos trabalhos da UNCITRAL (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010). Posições antagônicas e conflituosas entre representantes de países industrializados e países subdesenvolvidos e em desenvolvimento precisavam ser superadas.

Alguns dos membros do grupo de trabalho da UNCITRAL foram também participantes dos estudos que desaguaram na aprovação da ULIS e ULFIS em Haia, como os professores Honnold, dos Estados Unidos, Eörsi, da Hungria e Loewe, da Áustria (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010).

Os resultados dos estudos da UNCITRAL foram apresentados em 1978, por ocasião da décima-primeira sessão da Assembleia Geral da UNCITRAL em Nova Iorque (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010). Nos dois anos seguintes, os estados

membros enviaram seus derradeiros comentários. A minuta continha regras de formação de contrato e de direito material em um único instrumento jurídico. Dois anos mais tarde, em 1980, a Conferência das Nações Unidas em Viena aprovou o texto da Convenção. O Brasil participou ativamente das conferências diplomáticas que levaram à aprovação da Convenção (DOLGANOVA; LORENZEN, 2009). Os dois representantes brasileiros foram vice-presidentes das mesas de trabalho e tiveram também atuação no comitê redator. Havia 62 estados presentes e, na votação final, o Brasil foi um dos 42 que se manifestaram favoravelmente à aprovação da Convenção (DOLGANOVA; LORENZEN, 2009). Por fim, o País assinou o ato final de aprovação da Convenção, embora não por seu representante plenipotenciário. Apesar dessa marcada atuação, não se sabe ao certo por que o Brasil levou mais de 30 anos para aderir à Convenção (DOLGANOVA; LORENZEN, 2009).

Nos termos do artigo 99 da CISG, sua entrada em vigor dependia de sua ratificação por 10 países, o que aconteceu em 11 de dezembro de 1986, pelo que a Convenção entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988 (HUBER; MULLIS, 2007). Desde então, o número de estados contratantes aumentou sensivelmente e, atualmente, oitenta e três nações são partes da Convenção e, dentre as nações de maior fluxo comercial internacional, apenas Inglaterra, Índia e Portugal a ela não aderiram.

3.2 ESTRUTURA

A CISG disciplina fundamentalmente três áreas do direito contratual, formação do contrato; obrigações do vendedor com respectivos direitos e ações do comprador em caso de inadimplemento; e obrigações do comprador com respectivos direitos e ações do vendedor em caso de inadimplemento (HUBER; MULLIS, 2007).

A Convenção é dividida em quatro partes, cujos conteúdos são os seguintes:

- a) Parte I: contém regras quanto à esfera de aplicação (capítulo I, artigos 1 a 6) e disposições gerais (capítulo II, artigos 7-13);
- b) Parte II: trata da formação do contrato (artigos 14-24);

- c) Parte III: trata do direito material atinente à compra e venda internacional e é a parte mais extensa da Convenção. O capítulo I traz disposições gerais (artigos 25 a 29); o capítulo II contém as obrigações do vendedor e os direitos e ações do comprador em caso de violação do contrato pelo vendedor (artigos 30 a 52); o capítulo III (artigos 53 a 65) segue a mesma estrutura, ao prever obrigações do comprador (artigos 53 a 60), seguidos de direitos e ações de que pode valer-se o vendedor em caso de violação do contrato pelo comprador (artigos 61 a 65). O capítulo IV compreende os artigos 66 a 70 e disciplina a transferência do risco. Por fim, o capítulo V contém previsões comuns a comprador e vendedor (artigos 71 a 88); e
- d) Parte IV: trata das disposições finais, com regras sobre ratificação, reservas e entrada em vigor. É tema afeto principalmente ao direito internacional público.

Como se vê da descrição acima, a CISG congrega em um mesmo diploma legal regras de formação e regras substantivas acerca do contrato de compra e venda internacional, ao contrário das Convenções de Haia, que se dividiam sobre os dois temas. Nesse ponto, a vantagem da CISG é evitar a existência de regras superpostas e repetidas, além de contribuir para uma interpretação mais sistemática de seu texto (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010).

Também quanto às regras da Parte III, que tratam do direito material dos contratantes, a técnica adota pela CISG é diferente daquela usada na ULIS. Como esclarecem Schlechtriem e Schwenzler (2010), essa parte da CISG possui uma estrutura horizontal, pois são apresentadas todas as obrigações do vendedor (artigos 30 a 44), seguidas pelas medidas à disposição do comprador em caso de violação contratual pelo primeiro (artigos 45 a 52); de igual modo, estão dispostas as obrigações do comprador nos artigos 53 a 60, e as medidas à disposição do vendedor na sequência, artigos 61 a 65. Posteriormente, há regras que são aplicáveis a ambas as partes nos artigos 71 a 88.

Embora o número de países que aderiu à Convenção seja significativo, atualmente são 83 signatários, não se trata de um instrumento jurídico imune a críticas. Pensada como um instrumento para governar o comércio internacional e, com isso, substituir a aplicação da lei interna de diferentes países, na opinião de Sheaffer (2007), a

intenção original dos redatores da Convenção não foi alcançada plenamente, em virtude de desentendimentos insuperáveis de seus membros, o que desaguou em um documento com algumas expressões inconsistentes e contraditórias que dão margem a interpretações jurisprudenciais conflitantes. Essa característica é própria da CISG, pois sua antecessora, a ULIS, não continha termos jurídicos tão abertos.

De fato, o processo de aprovação de convenções internacionais enfrenta diversos obstáculos ligados a tensões diplomáticas, vontade política e questões burocráticas das nações envolvidas (CARR, 2011), o que demanda concessões de parte a parte. A utilização de termos abertos foi a fórmula encontrada pelos redatores da Convenção para contornar ou equacionar algumas divergências que se mostraram insuperáveis entre delegações de sistemas jurídicos distintos (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010).

Não obstante as críticas a respeito dos termos vagos e imprecisos, Schlechtriem e Schwenger (2010) destacam não se tratar de uma fraqueza, senão de uma qualidade, pois a CISG foi elaborada para abarcar contratos de compra e venda internacional cujas mercadorias e circunstâncias do negócio variam sobremaneira. Os conceitos abertos permitem sua adaptação e utilização para diferentes situações e peculiaridades contratuais. É o que justifica, por exemplo, a utilização da expressão “prazo razoável” do artigo 39²⁹, que trata da comunicação pelo comprador ao vendedor da desconformidade do bem. A abertura conceitual é o que permite a aplicação da regra a qualquer contrato, independentemente das características da mercadoria ou de circunstâncias de desembaraço aduaneiro.

3.3 ESFERA DE APLICAÇÃO

O nome da Convenção objeto desta dissertação deixa claro que se trata de instrumento jurídico destinado à regulação da “compra e venda internacional de

²⁹ Artigo 39 (1) O comprador perderá o direito de alegar a desconformidade se não comunicá-la ao vendedor, precisando sua natureza, em prazo razoável a partir do momento em que a constatar, ou em que deveria tê-la constatado.

mercadorias”. Cumpre, portanto, destrinchar essa expressão para delimitar com precisão a esfera de aplicação da CISG.

3.3.1 Contrato de compra e venda

A CISG não apresenta um conceito expresso do que se entende por contrato de compra e venda, mas é possível extrair o conteúdo desse contrato a partir de regras sobre as obrigações das partes.

Nesse sentido, o parâmetro de identificação da uma compra e venda é a obrigação de uma parte, vendedor, de entregar bens (e eventualmente também documentos), enquanto à outra, comprador, cabe pagar o preço combinado (CISG, artigos 30³⁰ e 53³¹) (HUBER; MULLIS, 2007).

O direito brasileiro segue a mesma linha, mas o Código Civil opta por uma descrição conceitual (ARAÚJO; SPITZ, 2013), como se extrai do artigo 481, que estabelece: “Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro”.

Na maior parte das transações, a identificação de que se trata, ou não, de contrato de compra e venda não gera maiores dificuldades. Há, porém, hipóteses em que o contrato prevê outras obrigações além da simples entrega do bem. No artigo 3, a Convenção trata de duas hipóteses de forma expressa para delimitar sua aplicação ou não à relação jurídica entre as partes.

No primeiro caso, o artigo 3(1)³² estabelece que é considerada compra e venda o fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, ressalvada a hipótese em que o comprador ficar responsável pelo fornecimento de parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção. O objetivo da regra, segundo Huber

³⁰ Artigo 30 O vendedor estará obrigado, nas condições previstas no contrato e na presente Convenção, a entregar as mercadorias, a transmitir a propriedade sobre elas e, sendo o caso, a remeter os respectivos documentos.

³¹ Artigo 53 O comprador deverá pagar o preço das mercadorias e recebê-las nas condições estabelecidas no contrato e na presente Convenção.

³² Artigo 3(1) Serão considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção.

e Mullis (2007), é deixar claro que a CISG governa tanto contratos de compra e venda de produtos já manufaturados (*end-products*), quanto de produtos primários que servirão para produção ou manufatura. Por meio desse dispositivo, é possível também extrair a conclusão de que a CISG não é aplicável a contratos em que o “vendedor” execute serviços no bem do “comprador”, como o reparo de uma máquina ou a conversão de óleo cru em petróleo (HUBER; MULLIS, 2007).

Por sua vez, o artigo 3(2)³³ trata da hipótese de contratos mais complexos, com múltiplas obrigações – como a entrega de bens e a prestação de serviços ou o fornecimento de mão-de-obra. Nesse caso, a Convenção adota o critério da “parcela preponderante das obrigações”, de modo que a CISG será aplicável se a obrigação mais significativa do contrato for a compra e venda (HUBER; MULLIS, 2007). Em geral, para aferir a parcela preponderante, doutrina e jurisprudência adotam o critério econômico, ou seja, verifica-se qual parte das obrigações do vendedor possui maior valor econômico, se as mercadorias ou os serviços ou mão-de-obra (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009).

3.3.2 Conceito de mercadorias

O segundo elemento para identificação do objeto da Convenção diz respeito ao conceito de mercadorias.

O conceito de compra e venda de “mercadoria” é identificado como bem móvel e tangível. A jurisprudência possui diversos exemplos de aplicação da Convenção para contratos de compra e venda bastante diversos, como máquinas, alimentos, vestuário, carro e até animais (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009).

Como a Convenção é do ano 1980, não se previu especificamente sobre matérias relacionadas ao mundo digital. Por isso, muito já discutiu em doutrina e jurisprudência de cortes arbitrais e estatais sobre a aplicação da CISG à compra e venda de *software*. Como explicam Huber e Mullis (2007), a CISG pode regular a relação jurídica entre as partes desde que se trate efetivamente de compra e venda de *software*,

³³ Artigo 3(2) Não se aplica esta Convenção a contratos em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.

ou seja, efetiva transferência de propriedade do vendedor para o comprador. Via de consequência, contratos típicos da propriedade intelectual, como a licença de patente ou o contrato de know-how, não são regidos pela CISG (HUBER; MULLIS, 2007).

3.3.3 Caráter internacional da compra e venda

O terceiro elemento descrito do âmbito de aplicação da Convenção é o caráter internacional da compra e venda de mercadorias.

Segundo explica Araújo (2011), a internacionalidade de um contrato é determinada pela presença de um elemento que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos. Tal vínculo pode ser de diferentes naturezas, como nacionalidade das partes, ou diferentes locais de formação e execução do contrato.

Para determinar seu âmbito de aplicação, a CISG adotou a fórmula *caráter internacional somado a Estado contratante*, como se verifica do artigo 1(1)³⁴.

O aspecto internacional segue o critério de contratantes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos (artigo 1, *caput*). Não foram adotados critérios como o local de conclusão do contrato ou de execução das obrigações (SCHWENZER; HACHEM, 2010), tampouco se leva em conta a nacionalidade das partes, nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato (artigo 1(3)).

Assim, se as partes forem de países diferentes (ex.: Espanha e China), mesmo que a entrega do bem se dê dentro de um mesmo país (ex.: entrega em Paris de bem fabricado no sul da França), a Convenção será aplicada. Por outro lado, no caso em que duas partes com estabelecimentos na França concluem contrato de compra e venda com envio de mercadorias da China para a Espanha, a CISG não será aplicada (HUBER; MULLIS, 2007).

Em seguida, para que a CISG seja aplicada, é preciso atender a uma das duas alíneas (a) e (b) do artigo 1. A primeira prevê a aplicação da Convenção se os Estados em

³⁴ Artigo 1 (1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos: (a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou (b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.

que as partes têm seus estabelecimentos forem contratantes. A aplicação da Convenção nesse ponto não gera maiores controvérsias. Tendo o Brasil aderido à Convenção, passou a ser um dos Estados contratantes, de modo que contratos de compra e venda de mercadorias celebrados entre empresas com estabelecimento no Brasil e em outro país contratante (Alemanha, China, Argentina etc.) serão regulados pela Convenção³⁵.

Por outro lado, ainda que um dos Estados não seja contratante, é possível que a Convenção venha a regular o negócio jurídico, por força do artigo 1(1)(b), que prevê a aplicação da CISG “quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante”.

É por meio dessa previsão que a CISG era aplicada no Brasil antes da adesão nacional. Diante de um litígio perante o Judiciário brasileiro que envolvesse a aplicação de direito estrangeiro, se as regras de direito internacional privado levassem à aplicação da lei nacional de um Estado contratante, então a Convenção seria aplicada ao litígio.

A previsão do artigo 1(1)(b) da CISG foi objeto de grande controvérsia, em razão do alargamento de sua aplicação mesmo a partes de Estados não contratantes (HUBER; MULLIS, 2007). Para amenizar as críticas, as negociações diplomáticas levaram à inserção do artigo 95, que permite ao Estado que adere à Convenção ressaltar a aplicação do artigo 1(1)(b), como será examinado a seguir no item 3.4.3.

3.4 RESERVAS

As negociações de tratados internacionais demandam, como frisado anteriormente, costuras diplomáticas e concessões para se alcançar o consenso necessário para sua aprovação. Um dos mecanismos jurídicos utilizados para acomodação de interesses e peculiaridades das partes contratantes é permitir a reserva, que significa a declaração pelo Estado contratante que não se vinculará a determinada regra (REZEK, 2014).

³⁵ Ressalvada a hipótese de exclusão expressa da aplicação da Convenção no contrato, como será examinado mais à frente.

O regramento das reservas é tratado na Parte IV da Convenção, nos artigos 92 a 98. Embora o Brasil não tenha feito reservas no momento de sua acessão, aquele que trabalha com a Convenção (advogado, juiz, árbitro, empresário) precisa conhecê-las para analisar contratos de compra e venda com partes de diferentes países.

3.4.1 Reserva das partes II e III da CISG

A regra geral do artigo 92(1)³⁶ é a de que qualquer Estado contratante pode declarar que não adotará a Parte II ou III da Convenção, que tratam, respectivamente, da formação do contrato e das obrigações de comprador e vendedor. Feita a reserva, o Estado é considerado como parte não contratante da Convenção para aquele ponto, como estabelece o artigo 92(2)³⁷.

Se um Estado fez a reserva quanto à Parte II e o litígio se referir à formação do contrato, a solução passará pela verificação da lei aplicável nos termos das regras de direito internacional privado (HUBER; MULLIS, 2007).

3.4.2 Reserva parcial

A reserva também pode ter caráter apenas parcial, de modo a se restringir a negócios entre determinados Estados ou em partes do território.

Como prevê o artigo 94³⁸, Estados contratantes cujas regras a respeito de formação ou do contrato são idênticas ou semelhantes podem declarar que a CISG não se

³⁶ Artigo 92 (1) Qualquer Estado Contratante pode declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que não adotará a Parte II ou a Parte III da presente Convenção.

³⁷ Artigo 92 (2) Qualquer Estado Contratante que tiver feito a declaração prevista no parágrafo anterior com relação à Parte II ou à Parte III da presente Convenção não se considerará Estado Contratante para os efeitos do parágrafo (1) do artigo 1 da presente Convenção, no que concerne às matérias que sejam regidas pela Parte a que se referir a declaração.

³⁸ Artigo 94 (1) Dois ou mais Estados Contratantes que tiverem normas jurídicas idênticas ou similares nas matérias que se regem na presente Convenção podem, a qualquer momento, declarar que a Convenção não se aplicará aos contratos de compra e venda, ou à respectiva formação, quando as partes

aplicará aos contratos entre partes com estabelecimentos em seus territórios (SCHLECTHRIEM; SCHWENZER; HACHEM, 2010). Foi o que fizeram Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia (UNCITRAL, 2013b). Em negócios firmados entre partes com estabelecimentos nesses países, a CISG não será aplicada.

Quanto à restrição territorial, o artigo 93(1)³⁹ permite que estados integrados por duas ou mais unidades territoriais façam reservas quanto ao espaço em que a Convenção será aplicada – foi o que fez o Canadá em relação a alguns de seus territórios (UNCITRAL, 2013b).

3.4.3 Reserva de aplicação do artigo 1(1)(b)

O artigo 95⁴⁰ autoriza os Estados contratantes a se reservar quanto à aplicação do artigo 1(1)(b) da Convenção. Como examinado acima, a alínea (b) prevê a aplicação da CISG quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado contratante. Trata-se de regra que amplia o espaço de aplicação da Convenção e que gerou preocupações das nações que negociavam o texto. Por sugestão da antiga Tchecoslováquia, inseriu-se a regra do artigo 95 (CASELLA; KÜNZLI, 2013).

Os países que fizeram essa reserva de não aplicação do artigo 1(1)(b) foram: Armênia, China, Eslováquia, Estados Unidos, República Checa, São Vicente e Granadinas e Singapura (UNCITRAL, 2013b)⁴¹.

Se as regras de direito internacional privado indicarem a aplicação da lei nacional de país que fez a reserva, o juiz ou árbitro encarregado de julgar o litígio deverá

tiverem seus estabelecimentos comerciais nesses Estados. Tais declarações podem ser feitas conjuntamente ou mediante declarações unilaterais recíprocas.

³⁹ Artigo 93 (1) Qualquer Estado Contratante integrado por duas ou mais unidades territoriais nas quais, de conformidade com sua Constituição, forem aplicáveis sistemas jurídicos diversos relativamente às matérias objeto da presente Convenção poderá declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que a presente Convenção se aplicará a todas suas unidades territoriais ou somente a uma ou a algumas delas, podendo modificar a qualquer momento sua declaração mediante outra declaração.

⁴⁰ Artigo 95 Qualquer Estado poderá declarar, no momento do depósito de seu instrumento de ratificação, aceitação, aprovação ou acessão, que não adotará a disposição da alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1 da presente Convenção.

⁴¹ Lista atualizada até 30 de novembro de 2014.

aplicar as regras de compra e venda do país, excluída a CISG (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009).

Como exemplo para elucidação desse ponto, pense-se em comprador com estabelecimento em Portugal, estado não-membro, e vendedor nos Estados Unidos, país membro da CISG com a reserva do artigo 95. O contrato não continha cláusula de lei aplicável. O negócio resulta inadimplido e a matéria é levada a litígio. Ao buscar a lei aplicável, as regras de direito internacional privado indicam aplicação da lei americana. Nesse caso, em razão da reserva, será aplicado o direito norte-americano sobre compra e venda, excluída a CISG.

Em suma, em países que fizeram a reserva do artigo 95, a CISG não faz parte do ordenamento jurídico nacional para fins do artigo 1(1)(b) (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009).

3.4.4 Reserva de forma escrita

A última reserva a examinar se refere à forma escrita para formação do contrato ou sua modificação.

Como regra, a CISG adota a forma livre para formação do contrato, bem como para sua modificação, como indicam os artigos 11⁴² e 29(1)⁴³. Entretanto, a forma escrita é requisito expresso para formação de contratos em diversos sistemas jurídicos. Por tal razão, durante as negociações, a delegação da antiga União Soviética expressou a necessidade de regra de reserva para o comércio internacional (SCHLECHTRIEM; SCHMIDT-KESSEL, 2010), o que foi atendido com os artigos 12⁴⁴ e 96⁴⁵, que devem ser examinados em conjunto.

⁴² Artigo 11 O contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas.

⁴³ Artigo 29 (1) O contrato poderá ser modificado ou resiliado por simples acordo entre as partes.

⁴⁴ Artigo 12 Não se aplicará qualquer das disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II desta Convenção, que permita a celebração, alteração ou rescisão do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer manifestação de intenção, por outra forma que não a escrita, quando uma das partes tiver seu estabelecimento comercial em Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no artigo 96 desta Convenção. As partes não poderão derrogar nem modificar o efeito do presente artigo.

⁴⁵ Artigo 96 O Estado Contratante cuja legislação exigir que os contratos de compra e venda sejam concluídos ou provados por escrito poderá, a qualquer momento, fazer a declaração prevista no artigo 12,

O objetivo da regra do artigo 12 é evitar burla à reserva de forma escrita. Isso porque a CISG pode ter seu conteúdo afastado pelas partes no exercício de sua liberdade contratual, como prevê o artigo 6⁴⁶, excetuada justamente a regra da forma escrita. É dizer, feita a reserva, as partes não podem escolher em contrato rejeitar a exigência de forma escrita. Trata-se, nesse caso, de regra mandatória, da qual as partes não podem se furtar à aplicação (SCHLECHTRIEM; SCHMIDT-KESSEL, 2010).

Fizeram a reserva quanto à forma escrita os seguintes países: Argentina, Armênia, Bielorrússia, Chile, Hungria, Paraguai, Rússia e Ucrânia (UNCITRAL, 2013b)⁴⁷.

3.5 MODALIDADES DE COMPRA E VENDA EXCLUÍDAS DA APLICAÇÃO DA CISG

Identificadas as características que levam à aplicação da CISG e suas reservas, cumpre destacar as hipóteses de contratos de compra e venda expressamente excluídas do âmbito de aplicação da Convenção.

O artigo 2 da CISG prevê o seguinte:

Artigo 2

Esta Convenção não se aplicará às vendas:

- (a) de mercadorias adquiridas para o uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal uso;
- (b) em hasta pública;
- (c) em execução judicial;
- (d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda;
- (e) de navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves;
- (f) de eletricidade.

no sentido de que, caso qualquer das partes tenha seu estabelecimento comercial nesse Estado, não se aplicarão as disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II da presente Convenção, que permitirem a conclusão, modificação ou resolução do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção por qualquer forma que não a escrita.

⁴⁶ Artigo 6 As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.

⁴⁷ Lista atualizada até 01 de dezembro de 2014.

As hipóteses das alíneas (b) a (f) são de compreensão simples, mas a alínea (a) demanda exame mais aprofundado, porque importa mudança significativa em relação ao ordenamento jurídico brasileiro. O objetivo da regra é afastar da aplicação da CISG os contratos de compra e venda ao consumidor (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009). A utilização da fórmula negativa (“não se aplica”) se deveu à dificuldade de se chegar a um conceito positivo para englobar contratos de consumo (SCHWENZER; HACHEM, 2010).

Essa opção dos redatores da Convenção está associada à percepção de que o direito do consumidor e a extensão de sua proteção variam enormemente entre os diferentes sistemas jurídicos, o que tornaria muito difícil o alcance do consenso para sua aprovação (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010).

A questão central é perceber que o conceito de consumidor para a CISG é menos extenso do que o do Código de Defesa do Consumidor – CDC (Lei n. 8.078/1990). Há três aspectos importantes a considerar, (i) a destinação; (ii) a pessoa que adquire; e (iii) a percepção quanto à destinação.

Quanto ao primeiro ponto, nos termos da Convenção, a CISG não será aplicada em casos de aquisição para uso pessoal, familiar ou doméstico. Isso significa que a aquisição de mercadorias para uso profissional será regida pela CISG, como por exemplo a compra de máquina fotográfica por um fotógrafo profissional (SCHWENZER; HACHEM, 2010).

Quanto ao segundo ponto – comprador –, o artigo 2(a) contém expressões que denotam que o comprador precisa ser pessoa física; afinal, uma pessoa jurídica não adquire produtos para uso pessoal, familiar ou doméstico (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009). Logo, à luz da CISG, sendo o comprador pessoa jurídica, não há que se falar em relação de consumo, pois os negócios realizados entre empresas são *business-to-business* ou *b2b* (HUBER; MULLIS, 2007).

Por fim, o terceiro aspecto a destacar é o da previsibilidade da destinação. Para não aplicação da Convenção, é preciso que o vendedor soubesse ou pudesse saber que a aquisição tinha como finalidade o uso pessoal, familiar ou doméstico. Se das circunstâncias do negócio não for possível ao vendedor saber da finalidade do uso, então a Convenção será aplicada (SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010).

O objetivo da restrita exclusão da aplicação da CISG é evitar sobreposição e conflitos com a legislação interna, mas esse resultado não foi alcançado, porque legislações internas consumeristas adotam critérios distintos para caracterização dessa relação (SCHWENZER; HACHEM, 2010). Há legislações que não adotam o critério da destinação do uso (pessoal, familiar, doméstico) como faz a CISG.

É o que se observa do Código de Defesa do Consumidor, que adota critério mais abrangente, pois considera consumidor tanto a pessoa física, quanto a pessoa jurídica, como se depreende da redação de seu artigo 2º: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Independentemente de divergências sobre o que se entende por destinatário final, é indiscutível que o direito brasileiro permite a aplicação do CDC a contratos de compra e venda entre pessoas jurídicas (GARCIA, 2014). Além disso, não há exigência de que o vendedor tenha de ter conhecimento a respeito do uso que fará o comprador. Daí a conclusão de que o CDC tem campo de aplicação mais amplo.

A adesão brasileira à Convenção importa a incorporação do texto normativo internacional ao direito brasileiro, com status de lei ordinária. Assim, o aparente conflito de normas deve ser resolvido pelo critério da especialidade. Sendo o contrato uma compra e venda internacional de mercadorias, aplicam-se as regras da CISG, inclusive no que tange às hipóteses de sua não incidência. Portanto, a legislação consumerista somente terá aplicação para compra e venda internacional em caso de aquisição de bem para uso pessoal, familiar e doméstico e desde que o vendedor soubesse ou pudesse ter ciência dessa destinação.

3.6 ÁREAS DO DIREITO CONTRATUAL NÃO ABRANGIDAS PELA CISG

A Convenção trata de diversos aspectos do contrato de compra e venda internacional de mercadorias, mas não esgota toda sua disciplina.

Nos termos do que estabelece seu artigo 4⁴⁸, a CISG trata da formação do contrato e dos direitos e obrigações de compradores e vendedores, mas não disciplina questões afetas à validade do contrato e de suas cláusulas, nem da transferência de propriedade.

A regra do artigo 4 traz um comando positivo, que identifica a esfera de aplicação da CISG, e um comando negativo, de exclusão de áreas do direito contratual de sua aplicação (HUBER; MULLIS, 2007). A análise de tais regras deve observar a diretriz dada pela própria Convenção em seu artigo 7⁴⁹, que determina que a interpretação deve levar em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover uniformidade em sua aplicação. Diante dessa previsão, o conceito de “validade” não deve ser extraído do direito doméstico, mas sim interpretado a partir do arcabouço normativo da própria Convenção (SCHWENZER; HACHEM, 2010).

Nesse contexto, extrai-se que os artigos 14 a 24 lidam fundamentalmente com os aspectos extrínsecos da formação do contrato, oferta e aceitação. Já aspectos intrínsecos da manifestação de vontade para formação do contrato não são regulados expressamente pela CISG, como capacidade contratual, fraude e outros vícios do negócio jurídico (HUBER; MULLIS⁵⁰, 2007). A delimitação do conceito de validade se torna mais difícil diante da constatação de que a CISG trata de pontos que ordenamentos domésticos consideram como sendo afetos à validade (SCHWENZER; HACHEM, 2010). É o que ocorre em relação ao erro do comprador em relação à qualidade ou outra característica do bem. Em alguns ordenamentos jurídicos, permite-se ao comprador rescindir o contrato se houve erro essencial quanto a características do bem.

Embora essa questão diga respeito à manifestação de vontade (em sua faceta intrínseca), o fato de ser disciplinada pela CISG impede que a parte busque a solução no

⁴⁸ Artigo 4 Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente: (a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume; (b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.

⁴⁹ Artigo 7 (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. (2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

⁵⁰ A obra de Huber e Mullis se refere a essa dualidade na manifestação de vontade como “*external consensus*” e “*internal consensus*”. Opta-se pelas expressões extrínseco e intrínseco por serem mais usuais na doutrina nacional.

direito nacional (HUBER; MULLIS, 2007). A solução deve advir da Convenção, o que demanda (i) o dever de comunicar em prazo razoável (art. 39) e (ii) a caracterização de violação essencial do contrato (art. 25). Como concluem Huber e Mullis (2007, p. 23, tradução livre)⁵¹, o comprador não pode se socorrer no direito doméstico por erros quanto a qualidade e característica dos bens para deixar de cumprir o contrato, ou seja, “esse aspecto não é uma questão de ‘validade’ para fins do artigo 4(a) da CISG”.

Esse entendimento não se aplica se o erro quanto às características da mercadoria decorreu de fraude praticada pelo vendedor, ou seja, se o vendedor induziu o comprador à contratação por meio de subterfúgio ilícito (fraude) (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009). Nesse caso, entende-se que o vendedor fraudulento não terá a proteção dada pela CISG à manutenção do contrato (HUBER; MULLIS, 2007, p. 23).

No que tange à transferência de propriedade, a CISG se afasta da regulação. Nos países de *civil law*, há duas sistemáticas distintas, o modelo germânico, que prevê a necessidade de entrega da coisa (*traditio*) para transferência de propriedade, e o modelo francês, que adota a conclusão do contrato como marco para transferência de propriedade (SCHWENZER; HACHEM, 2010). O direito civil brasileiro segue a sistemática alemã, ao exigir a efetiva tradição do bem (Código Civil, artigo 1.267: “A propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição”).

Em complemento, o artigo 5⁵² também exclui do escopo da Convenção a matéria referente à responsabilidade do vendedor por morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a qualquer pessoa. O objetivo dessa previsão é evitar conflitos e antinomias entre a CISG e a lei interna que trata da responsabilidade civil (SCHWENZER; FOUNTOULAKIS; DIMSEY, 2012).

Além dos assuntos excluídos expressamente do campo de aplicação da CISG, há ainda matérias que não foram tratadas pela Convenção, ou seja, pontos omissos, como a aplicação de prazos prescricionais (HUBER; MULLIS, 2007). No âmbito do direito internacional, essa matéria está regulada pela Convenção das Nações Unidas sobre Prescrição de 1974, mas cuja adesão é baixa; está em vigor em apenas 29 países. O Brasil participou do ato de sua criação, mas não a ratificou até a presente data (UNCITRAL, 2014). Assim, diante do surgimento de litígio a respeito dessa matéria, será necessário

⁵¹ No original: “... *this issue is not a “validity” issue in the sense of Art. 4 lit. (a) CISG.*”

⁵² Artigo 5 A presente Convenção não se aplica à responsabilidade do vendedor por morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a qualquer pessoa.

buscar o direito nacional aplicável a partir das regras de direito internacional privado (HUBER; MULLIS, 2007).

3.7 AUTONOMIA DAS PARTES E EXCLUSÃO DA CISG (*OPT-OUT*)

O princípio basilar do direito contratual é a autonomia da vontade, ou seja, é a liberdade que se dá às partes para negociar e vincular-se, ou não, contratualmente.

A CISG contém regras-padrão para disciplinar a relação contratual entre comprador e vendedor. Tais regras, porém, não são de aplicação obrigatória. Em respeito à autonomia da vontade negocial, as partes são livres para excluir a aplicação da Convenção como um todo ou de apenas alguns de seus dispositivos (SCHWENZER; FOUNTOULAKIS; DIMSEY, 2012). Não se está, portanto, diante de lei que contenha matérias de ordem pública.

Como estabelece o artigo 6, “As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12”. A ressalva do artigo 12 se refere à necessidade de forma escrita para a formação do contrato, conforme examinado no item 3.4.4 *retro*.

Nesse ponto, a CISG parece dar maior valor à autonomia da vontade do que o direito civil brasileiro. Nos termos do Código Civil, a “liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato” (artigo 421). Trata-se aqui de matéria de ordem pública, como deixa expresso o parágrafo único do artigo 2.035 do Código Civil⁵³.

Da leitura do dispositivo resulta claro que há limitação expressa de direito positivo quanto à autonomia das partes. Além disso, o Código Civil não contém regra semelhante à da CISG que permita às partes afastar da regulação de sua relação contratual algumas regras do Código Civil ou mesmo todo este diploma legal. Inclusive, em relação à função social do contrato, há regra expressa que impede.

⁵³ Art. 2.035. Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.

O meio acadêmico civilista brasileiro tem sido marcado por estudos a respeito da imposição de limites à liberdade contratual, como resultado de uma mudança de paradigma a partir da Constituição da República de 1988, cujo foco se trasmutou do patrimônio para a pessoa (NEGREIROS, 2006). Como explicam Ribeiro, M. e Galeski Júnior (2009, p. 24), a função social do contrato tem exercido papel limitador da autonomia da vontade:

No campo contratual, agora na disciplina geral dos contratos, mais uma vez é retomada pelo legislador a ideia de função social, como elemento de cerceamento da liberdade de contratar derivada da liberdade de atuação econômica. Tal cerceamento pode aparecer já na atenção dada quando da elaboração de contratos típicos e atípicos, mas, igualmente, no momento da eficácia dos contratos, possibilitando a revisão de condições contratadas ou colocando em risco a manutenção do contrato.

Essa posição restritiva do espaço de liberdade e autonomia das partes tem servido de base argumentativa para interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que interferem na vontade emanada do contrato para, invariavelmente, dar suporte à parte que parece mais fragilizada na relação. De igual modo, serviu de base para construção, no âmbito consumerista, da teoria das cláusulas abusivas, que permite ao Judiciário interferir no contrato para afastar disposições contratuais (PORTO; GOMES, L., 2012).

Conquanto desponte como majoritária entre a doutrina nacional, tal posição não é unânime. Em sentido diverso, Timm (2008) dá contornos diferentes ao conteúdo de função social, de modo a demonstrar que sua satisfação à luz da liberdade contratual está justamente no pleno respeito ao que ficou acordado, uma vez que todos os demais membros da sociedade em relação jurídica semelhante dependem do cumprimento individual de cada contrato. Isso porque o inadimplemento e a variação de conteúdo contratual de forma arbitrária e abrupta geram desequilíbrios econômicos que transbordam aquela relação para alcançar todo o sistema. Nas palavras de Timm (2008, p. 79): “Essa perspectiva permite enxergar a coletividade não na parte fraca do contrato, mas na totalidade das pessoas que efetivamente ou potencialmente integram um determinado mercado de bens e serviços, como no caso do crédito”.

Como alertam Ribeiro, M. e Galeski Júnior (2009, p. 165), “a aplicabilidade de um princípio como o da função social do contrato não será homogêneo *vis-a-vis* um contrato empresarial e outro do direito comum”.

Nesse ponto, é importante observar que a CISG foi desenvolvida para regular o comércio internacional de mercadorias, de modo que a interpretação a respeito do contrato deve estar atenta às características próprias do comércio, o que significa atender a aspectos pertinentes à segurança e à previsibilidade necessárias para garantir a fluidez das relações comerciais (RIBEIRO, M.; TORRES, 2014). Assim, a influência de princípios que reduzam o nível de segurança jurídica oriundo da contratação é indesejado no comércio internacional. Não se pode ignorar que há características distintas entre um negócio realizado entre dois empresários em igualdade de condições e outro contrato celebrado entre um empresário e um consumidor (RIBEIRO, M.; TORRES, 2014).

Como se vê, há uma marcada distinção em relação à autonomia da vontade entre a CISG e o Código Civil.

3.8 FORMAÇÃO DO CONTRATO

A Convenção disciplina a formação do contrato em sua Parte II (artigos 14 a 28). No Código Civil, a matéria está tratada nos artigos 427 a 435, bem como nos artigos 485 a 489, no que tange mais especificamente ao preço do contrato.

3.8.1 Oferta

O artigo 14 da CISG estabelece que, para que se tenha uma proposta, “a oferta de contrato feita a pessoa ou pessoas determinadas deve ser suficientemente precisa e indicar a intenção do proponente de obrigar-se em caso de aceitação”.

Portanto, a proposta depende da identificação de três elementos: o ofertante deve querer se vincular; a proposta deve ser suficientemente determinada; e a oferta deve tornar-se eficaz e não ser encerrada ou retirada antes do aceite (HUBER; MULLIS, 2007). Isso significa que os termos essenciais do negócio (*essentialia negotii*) devem estar

contidos na proposta, de modo que, se houver aceitação, um contrato será formado com força coercitiva capaz de obrigar as partes (HUBER; MULLIS, 2007).

O elemento essencial da oferta é a vontade de se vincular em caso de aceitação pela outra parte (SCHROETER, 2010). Para que a oferta seja suficientemente precisa deve designar a mercadoria e fixar quantidade e preço, expressa ou implicitamente, ou meio para determiná-los (art. 14(1))⁵⁴. O artigo 14 da Convenção é complementado pelo artigo 55⁵⁵, que permite a formação de contrato sem preço, que terá como solução sua fixação posterior com base nas práticas do mercado. Essa previsão contraria o sistema típico de *civil law*, mas encontra amparo em contratos de países socialistas e de *common law*, que entendem possível, diante da diversidade de casos práticos, a existência de contratos cuja formação de preço ocorre apenas em momento posterior (FARIA, 2014).

O direito brasileiro trata dessa situação com solução diversa, como se vê do artigo 488, que prevê a venda pelo preço habitual do vendedor.

Ponto que encontra maior restrição no direito brasileiro se refere à regra do artigo 489, que considera nulo o contrato quando se deixa a fixação do preço ao arbítrio exclusivo de uma das partes. A CISG não traz disposição semelhante (FARIA, 2014), pelo que dá maior espaço de liberdade às partes.

Ainda quanto aos requisitos para que se tenha uma proposta eficaz, a Convenção dispõe que a oferta feita a pessoas indeterminadas não é considerada proposta, mas sim convite à apresentação de propostas (*invitatio ad offerendum*), como prevê o artigo 14(2)⁵⁶ (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009). Já no Código Civil brasileiro, o artigo 429 estabelece que a oferta ao público pode equivaler a uma proposta quando contiver os requisitos essenciais do contrato.

⁵⁴ Artigo 14 (1) Para que possa constituir uma proposta, a oferta de contrato feita a pessoa ou pessoas determinadas deve ser suficientemente precisa e indicar a intenção do proponente de obrigar-se em caso de aceitação. A oferta é considerada suficientemente precisa quando designa as mercadorias e, expressa ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço, ou prevê meio para determiná-los.

⁵⁵ Artigo 55 Se o contrato tiver sido validamente concluído sem que, expressa ou implicitamente, tenha sido nele fixado o preço, ou o modo de determiná-lo, entender-se-á, salvo disposição em contrário, que as partes tenham implicitamente se referido ao preço geralmente cobrado por tais mercadorias no momento da conclusão do contrato, vendidas em circunstâncias semelhantes no mesmo ramo de comércio.

⁵⁶ Artigo 14 (2) A oferta dirigida a pessoas indeterminadas será considerada apenas um convite para apresentação de propostas, salvo se o autor da oferta houver indicado claramente o contrário.

A eficácia é alcançada quando a proposta chega ao destinatário (artigo 15(1))⁵⁷. A proposta, mesmo irrevogável, pode ser retirada desde que a retratação chegue antes ou simultaneamente à proposta (artigo 15(2))⁵⁸.

Como regra, a proposta é revogável até o momento da conclusão do contrato; basta que a revogação chegue ao destinatário antes de este expedir a aceitação (artigo 16(1))⁵⁹. Em duas circunstâncias, porém, a proposta não pode ser revogada (artigo 16(2)): “(a) se fixar prazo para aceitação ou indicar de outro modo sua irrevogabilidade; (b) se for razoável que o destinatário a considerasse irrevogável e tenha agido em confiança”. A atuação em confiança está relacionada à preparação para a aceitação do contrato, como, por exemplo, a aquisição de matéria-prima ou a contratação de mais profissionais para atender ao contrato (HUBER; MULLIS, 2007).

Por fim, de acordo com o artigo 17 da CISG⁶⁰, a oferta extingue-se no momento em que chegar ao proponente a recusa.

3.8.2 Aceitação

A aceitação é a manifestação de consentimento do destinatário da oferta. O contrato é considerado formado (ou concluído, na linguagem da CISG) (artigo 23)⁶¹ quando o consentimento chega ao proponente (artigo 18(2))⁶². Considera-se ineficaz a aceitação se não chegar ao proponente no prazo por ele estipulado ou dentro de prazo razoável diante das circunstâncias do negócio (SCHROETER, 2010).

⁵⁷ Artigo 15 (1) A proposta se torna eficaz quando chega ao destinatário.

⁵⁸ Artigo 15 (2) Ainda que seja irrevogável, a proposta pode ser retirada, desde que a retratação chegue ao destinatário antes da própria proposta, ou simultaneamente a ela.

⁵⁹ Artigo 16 (1) A proposta poderá ser revogada até o momento da conclusão do contrato, se a revogação chegar ao destinatário antes de este expedir a aceitação.

⁶⁰ Artigo 17 Mesmo sendo irrevogável, a proposta de contrato extinguir-se-á no momento em que chegar ao proponente a recusa respectiva.

⁶¹ Artigo 23 Considerar-se-á concluído o contrato no momento em que a aceitação da proposta se tornar eficaz, de acordo com as disposições desta Convenção.

⁶² Artigo 18 (2) Tornar-se-á eficaz a aceitação da proposta no momento em que chegar ao proponente a manifestação de consentimento do destinatário. A aceitação não produzirá efeito, entretanto, se a respectiva manifestação não chegar ao proponente dentro do prazo por ele estipulado ou, à falta de tal estipulação, dentro de um prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, especialmente a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação da proposta verbal deve ser imediata, salvo se de outro modo as circunstâncias indicarem.

A CISG adota o critério da recepção (*receipt theory*), que considera o contrato concluído quando a aceitação chega ao proponente (SCHROETER, 2010).

Em sentido diverso, o direito brasileiro adota a regra da expedição (*dispatch theory*), de modo que o contrato é considerado concluído quando o aceitante expede sua aceitação ao proponente (art. 434 do Código Civil).

Não constituem aceitação o silêncio e a inércia (artigo 18(1))⁶³, mas o consentimento pode ser manifestado por meio de atos comerciais típicos do negócio em questão, como a remessa das mercadorias solicitadas ou o pagamento do preço (artigo 18(3))⁶⁴. Por sua vez, o artigo 432 do Código Civil permite que o contrato possa ser considerado concluído, “se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa ou o proponente a tiver dispensado”, assim como o artigo 111 estabelece que “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem”. Na opinião de Faria (2014), as diferenças não são profundas, mas parece que o regramento da CISG dá maior clareza sobre a linha que separa a contratação da negociação. Em suas palavras (2014, p. 330):

Essa diferença entre a Convenção e o direito brasileiro tem perfeito cabimento num contexto internacional, pois não seria apropriado impor a empresas negociando com diversos clientes em países distintos o risco de se verem obrigadas por propostas a elas dirigidas, muitas das quais talvez sequer cogitassem estudar, simplesmente por ter expirado um prazo imposto unilateralmente pelo proponente.

Outro ponto a observar é que, comumente nas negociações comerciais, a resposta do destinatário contém uma manifestação de aceitação, mas com termos diferentes dos apresentados pelo ofertante. O artigo 19(1)⁶⁵ da CISG esclarece que a resposta que contenha aditamentos, limitações ou outras modificações não caracteriza aceitação, mas sim contraproposta. Isso porque, em geral, oferta e aceitação são guiadas

⁶³ Artigo 18 (1) Constituirá aceitação a declaração, ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à proposta. O silêncio ou a inércia deste, por si só, não importa aceitação.

⁶⁴ Artigo 18 (3) Se, todavia, em decorrência da proposta, ou de práticas estabelecidas entre as partes, ou ainda dos usos e costumes, o destinatário da proposta puder manifestar seu consentimento através da prática de ato relacionado, por exemplo, com a remessa das mercadorias ou com o pagamento do preço, ainda que sem comunicação ao proponente, a aceitação produzirá efeitos no momento em que esse ato for praticado, desde que observados os prazos previstos no parágrafo anterior.

⁶⁵ Artigo 19 (1) A resposta que, embora pretendendo constituir aceitação da proposta, contiver aditamentos, limitações ou outras modificações, representará recusa da proposta, constituindo contraproposta.

pela *mirror image rule*, ou seja, o que é ofertado e o que é aceito devem guardar identidade (SCHWENZER; FOUNTOULAKIS; DIMSEY, 2012).

A CISG, porém, ameniza a regra ao estabelecer que, se os elementos complementares da resposta não alterarem substancialmente as condições da proposta, não está estará diante de contraproposta, mas sim de verdadeira aceitação (artigo 19(2))⁶⁶.

O dispositivo gera dúvida imediata a respeito do que se entende por alterações substanciais, o que é sanado pelo parágrafo seguinte (artigo 19(3))⁶⁷, que indica como essenciais alterações em preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento de entrega, extensão da responsabilidade ou meio de resolução de controvérsias (SCHROETER, 2010). A jurisprudência está repleta de casos cujas interpretações são distintas, o que gera certa insegurança jurídica quanto à aplicação desse dispositivo.

Mais uma vez, é possível identificar diferença de tratamento entre a CISG e o Código Civil, pois a lei brasileira adota a regra da identidade perfeita entre proposta e aceitação (*strict mirror image rule*), de modo que qualquer alteração transforma a aceitação em contraproposta (Cód. Civil, art. 431) (MUÑHOZ; MOSER, 2012).

Pelo exposto, é possível concluir que no tema formação do contrato, há diferenças marcantes entre a CISG e o Código Civil.

3.9 REGIME JURÍDICO DO INADIMPLEMENTO

A CISG possui um regime próprio, diverso do modelo brasileiro, para lidar com o inadimplemento das obrigações do comprador e do vendedor. Cumpre examinar

⁶⁶ Artigo 19 (2) Se, todavia, a resposta que pretender constituir aceitação contiver elementos complementares ou diferentes mas que não alterem substancialmente as condições da proposta, tal resposta constituirá aceitação, salvo se o proponente, sem demora injustificada, objetar verbalmente às diferenças ou envie uma comunicação a respeito delas. Não o fazendo, as condições do contrato serão as constantes da proposta, com as modificações contidas na aceitação.

⁶⁷ Artigo 19 (3) Serão consideradas alterações substanciais das condições da proposta, entre outras, as adições ou diferenças relacionadas ao preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de uma das partes perante a outra ou o meio de solução de controvérsias.

as medidas de que dispõem as partes em caso de inadimplemento das obrigações da contraparte.

3.9.1 Violação essencial do contrato

A violação essencial do contrato é um conceito-chave para compreender a dinâmica dos direitos e ações das partes em caso de inadimplemento contratual. Seu termo original em inglês, *fundamental breach*, não encontra similar nos sistemas de *civil* ou de *common law* (FRADERA, 2013). Está prevista no artigo 25 da Convenção, nos seguintes termos:

A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado.

A redação do artigo 25 deixa claro que a violação essencial do contrato depende de dois requisitos, (i) prejuízo substancial; e (ii) previsibilidade do resultado (HUBER; MULLIS, 2007). Como já mencionado, a Convenção se utiliza de conceitos bastante vagos propositadamente, de modo a se adaptar a diferentes situações fáticas (HUBER; MULLIS, 2007).

O primeiro requisito, o do prejuízo substancial do resultado que poderia esperar, não está relacionado exclusivamente à ocorrência de uma perda ou o sofrimento de danos pela violação; na verdade, a questão central toca ao que a parte poderia esperar do contrato (SCHROETER, 2010). Nas palavras de Huber e Mullis (2007, p. 214, tradução livre)⁶⁸, “se ficar claro que a parte não teve o que poderia esperar do contrato, então automaticamente haverá prejuízo também”.

É irrelevante que o descumprimento seja culposos ou escusável e que o inadimplemento alcance dever principal ou acessório. Portanto, o importante não é a

⁶⁸ No original: “if it turns out the the promisee was deprived of what he was entitled to expect under the contract, there will automatically be a ‘detriment’, too.”

origem do dever contratual, mas a consequência, a violação essencial de expectativas legítimas do credor. O ponto de vista em exame não é o da parte inadimplente, mas sim o da parte que sofreu com o inadimplemento. É dizer, não importa se a violação contratual foi severa ou singela para quem a praticou, mas sim quão importante era o cumprimento adequado da obrigação para a parte prejudicada (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009).

O segundo requisito diz respeito à previsibilidade do resultado. A análise aqui tem tanto um escopo subjetivo, quanto objetivo. Vale dizer, observa-se tanto se a parte infratora poderia prever o resultado danoso, quanto se uma pessoa razoável nas mesmas condições poderia fazê-lo (HUBER; MULLIS, 2007). O ônus de provar a ocorrência do prejuízo é da parte que o alega (SCHROETER, 2010), ao passo que o ônus de demonstrar que o prejuízo não era previsível é da parte infratora (HUBER; MULLIS, 2007).

O conceito de violação essencial do contrato (*fundamental breach*) do artigo 25 não encontra similar no direito positivo brasileiro (DOLGANOVA; LORENZEN, 2009). Além disso, a interpretação do dispositivo não pode ter como parâmetro conceitos do direito nacional, em atendimento ao artigo 7(1)⁶⁹ da Convenção, que determina a interpretação de caráter autônomo (GRUENBAUM, 2013).

Não se pode, pois, aplicar a dogmática dos artigos 475 e 422 do Código Civil, que tratam da resolução do contrato. A Convenção encerra um sistema próprio de regras específicas para o contrato de compra e venda internacional, pelo que se há de buscar em seus dispositivos parâmetros interpretativos para o conceito de violação essencial do contrato.

3.9.2 Preservação do contrato: cura e tempo adicional (*Nachfrist*)

A CISG adota como diretriz a preservação da relação contratual, ou seja, tanto quanto possível, quer-se evitar a rescisão do negócio (SCHWENZER; FOUNTOLAKIS; DIMSEY, 2012). Forte nessa premissa, a Convenção contém regras que permitem sanar desconformidades na prestação da obrigação contratual.

⁶⁹ Artigo 7 (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.

Nesse ponto, a CISG se alinha com outros instrumentos legais modernos, editados na segunda metade do século XX, como as novas legislações de direito contratual da Alemanha e dos países escandinavos, bem como os Princípios UNIDROIT e os Princípios do Direito Contratual Europeu – em todos, nota-se a clara inclinação pela preservação do contrato, sendo a rescisão a última medida a ser adotada (HUBER; MULLIS, 2007).

A primeira modalidade é o *right to cure* do artigo 37⁷⁰ da Convenção, que dá ao vendedor que tenha entregado mercadorias antes da data prevista o direito de sanar desconformidades, seja por meio da complementação da quantidade, seja pela substituição (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009).

A segunda modalidade está relacionada à concessão de tempo adicional. Trata-se do instituto do *Nachfrist*, de inspiração alemã e suíça (HUBER; MULLIS, 2007), consagrado na CISG no artigo 47⁷¹, que não encontra similar no direito brasileiro. Por meio desse dispositivo, o comprador pode conceder prazo suplementar para que o vendedor cumpra suas obrigações contratuais, a fim de se evitar a resolução do contrato por inadimplemento.

A concessão de prazo adicional serve, ainda, como procedimento alternativo para dar ensejo à rescisão contratual, pois permite que a violação não essencial do contrato que não tenha sido corrigida no prazo suplementar renda o direito à rescisão (HUBER; MULLIS, 2007).

⁷⁰ Artigo 37 Em caso de entrega das mercadorias antes da data prevista para a entrega, o vendedor poderá, até tal data, entregar a parte faltante ou completar a quantidade das mercadorias entregues, ou entregar outras mercadorias em substituição àquelas desconformes ao contrato ou, ainda, sanar qualquer desconformidade das mercadorias entregues, desde que não ocasione ao comprador inconvenientes nem despesas excessivas. Contudo, o comprador mantém o direito de exigir indenização por perdas e danos, de conformidade com a presente Convenção.

⁷¹ Artigo 47 (1) O comprador poderá conceder ao vendedor prazo suplementar razoável para o cumprimento de suas obrigações. (2) Salvo se tiver recebido a comunicação do vendedor de que não cumprirá suas obrigações no prazo fixado conforme o parágrafo anterior, o comprador não poderá exercer qualquer ação por descumprimento do contrato, durante o prazo suplementar. Todavia, o comprador não perderá, por este fato, o direito de exigir indenização das perdas e danos decorrentes do atraso no cumprimento do contrato.

3.9.3 Remédios jurídicos em espécie

A Convenção adotou uma disposição de artigos que apresenta as obrigações do vendedor, seguidas dos direitos e ações do comprador em caso de inadimplemento, e vice-versa; por fim, contém regras gerais aplicáveis a ambas as partes – conforme explicado no item 3.2 *retro*. Dentro dos limites e objetivos desta dissertação, optou-se por examinar em conjunto os remédios das partes, com maior ênfase à rescisão contratual, que será tratada em tópico à parte.

A análise das medidas colocadas à disposição do comprador se inicia pelo artigo 45(1)⁷², que prevê que qualquer descumprimento das obrigações do vendedor permite ao comprador lançar mão das seguintes medidas:

- a) cumprimento específico da obrigação (artigo 46);
- b) rescisão contratual (artigo 49);
- c) redução do preço (artigo 50); e
- d) indenização por perdas e danos (artigos 74 a 77).

De parte do vendedor, os remédios jurídicos que têm à disposição estão previstos no artigo 61(1)⁷³, cujo elenco de medidas a serem adotadas é o seguinte:

- a) cumprimento específico da obrigação (artigo 62);
- b) rescisão contratual (artigo 64); e
- c) indenização por perdas e danos (artigos 74 a 77).

Além disso, em casos específicos, outras providências podem ser adotadas pelas partes, como a suspensão do cumprimento da obrigação em razão da violação antecipada do contrato (artigos 71 a 73).

⁷² Artigo 45 (1) Se o vendedor não cumprir qualquer das obrigações que lhe couberem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o comprador poderá: (a) exercer os direitos previstos nos artigos 46 a 52; (b) exigir a indenização das perdas e danos prevista nos artigos 74 a 77.

⁷³ Artigo 61 (1) Se o comprador não cumprir qualquer das obrigações que lhe incumbirem de acordo com o contrato ou com a presente Convenção, o vendedor poderá: (a) exercer os direitos previstos nos artigos 62 a 65; (b) exigir a indenização das perdas e danos previstos nos artigos 74 a 77.

A utilização dos remédios jurídicos diante do inadimplemento não depende de demonstração de culpa ou dolo na conduta da parte infratora (HUBER; MULLIS, 2007).

Como regra geral, qualquer inadimplemento dá ensejo às mesmas medidas, pelo que fica a critério da parte valer-se da que melhor atende às circunstâncias fáticas do caso concreto (ARAÚJO; SPITZ, 2013). É dizer, a CISG oferece uma solução uniforme para as obrigações inadimplidas, sem distinção quanto ao vício ou à não-conformidade. Inclusive, a parte pode adotar uma ação e, posteriormente, optar por outra, desde que logicamente compatível. É o que se verifica do artigo 45(2)⁷⁴, que esclarece que o comprador não perde a possibilidade de pleitear perdas e danos por exercer seu direito a outras ações – há regra semelhante para o vendedor no artigo 61(2)⁷⁵.

3.9.3.1 Cumprimento específico da obrigação

O direito de exigir da parte inadimplente que cumpra seu dever na relação obrigacional está previsto no artigo 46 da CISG para o comprador e no artigo 62⁷⁶ para o vendedor. O exercício desse direito está condicionado a que a parte não tenha tomado medida diversa incompatível (artigo 46(1))⁷⁷. Isso significa que o comprador não pode, por exemplo, rescindir o contrato e, posteriormente, exigir o cumprimento específico da obrigação. De igual modo, se o vendedor concedeu ao comprador período extra para cumprimento da obrigação (artigo 63(1))⁷⁸, será incompatível que o exija antes do transcurso do prazo suplementar.

⁷⁴ Artigo 45 (2) O comprador não perde o direito à indenização das perdas e danos por exercer seu direito a outras ações.

⁷⁵ Artigo 61 (2) O vendedor não perde o direito à indenização das perdas e danos por exercer o direito a outras ações.

⁷⁶ Artigo 62 O vendedor poderá exigir do comprador o pagamento do preço, o recebimento das mercadorias ou a execução de outras obrigações que a este incumbirem, salvo se o vendedor houver exercido algum direito ou ação incompatível com tal exigência.

⁷⁷ Artigo 46 (1) O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência.

⁷⁸ Artigo 63 (1) O vendedor poderá conceder prazo suplementar razoável para cumprimento das obrigações que incumbirem ao comprador.

Do ponto de vista do vendedor, o cumprimento específico da obrigação significa o direito de impor ao comprador que pague o preço, receba as mercadorias ou cumpra alguma outra obrigação acessória (artigo 62).

Em caso de mercadorias que não atendem ao pactuado no contrato, o comprador pode exigir o reparo pelo vendedor, salvo quando tal exigência não for razoável diante das circunstâncias do caso concreto (artigo 46(3))⁷⁹.

Além disso, ao invés do reparo, é direito do comprador exigir a substituição integral do bem, desde que a desconformidade se caracterize como violação essencial do contrato (artigo 46(2))⁸⁰ c/c artigo 25).

Nesse ponto, a CISG adota tratamento uniforme para qualquer tipo de não-conformidade, o que a diferencia dos sistemas de *civil law*, que em sua maioria distinguem o vício no objeto do contrato entre *peius* e *aliud*, ou seja, entre a coisa defeituosa e a coisa diversa (DESSEMONTET, 2011). Na sistemática da Convenção, tanto o bem defeituoso, quanto o bem diverso dão ensejo aos mesmos direitos e estão sujeitos aos mesmos prazos.

Por fim, cumpre destacar que a utilização dessa medida de exigir o cumprimento específico da obrigação está sujeita ao requisito do artigo 28⁸¹ da CISG, que trata da identidade de medidas no direito nacional. Para que o comprador possa exigir o cumprimento específico da obrigação, é preciso que o juiz estatal ou árbitro responsável por conceder a medida verifique se, à luz de seu ordenamento nacional, tal medida é concedida para contratos de compra e venda similares (SCHWENZER; FOUNTOULAKIS; DIMSEY, 2012). Se não o for, a medida não poderá ser concedida.

Essa previsão procura harmonizar as diferenças entre os sistemas de *common law* e de *civil law*, que partem de premissas distintas em relação ao inadimplemento contratual. Enquanto no sistema da *civil law* o inadimplemento tem, em geral, como

⁷⁹ Artigo 46 (3) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir do vendedor que as repare para sanar a desconformidade, salvo quando não for isto razoável em vista das circunstâncias. A solicitação de reparação das mercadorias deve ser feita no momento da comunicação a que se refere o artigo 39, ou em prazo razoável a contar desse momento.

⁸⁰ Artigo 46 (2) Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, o comprador poderá exigir a entrega de outras mercadorias em substituição, desde que a desconformidade constitua violação essencial do contrato e o pedido de substituição de mercadorias seja formulado no momento da comunicação da desconformidade a que se refere o artigo 39, ou dentro de um prazo razoável a contar desse momento

⁸¹ Artigo 28 Se, de conformidade com as disposições da presente Convenção, uma das partes tiver o direito de exigir da outra o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regidos pela presente Convenção.

primeira medida o direito à performance específica, no sistema da *common law* a violação contratual gera primariamente o direito à indenização – as hipóteses de direito à performance específica são excepcionais neste sistema jurídico (HUBER; MULLIS, 2007).

A performance específica da CISG não é estranha à prática brasileira, pois está consagrada no artigo 475 do Código Civil. Qualquer que seja o inadimplemento da parte, é possível exigir o cumprimento dos deveres obrigacionais (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006).

3.9.3.2 Rescisão contratual

A rescisão contratual está tratada no artigo 49 da CISG para o comprador. É autorizada quando o descumprimento do vendedor caracterizar violação essencial do contrato (artigo 49(1)(a))⁸². Além da hipótese de violação essencial, é possível a rescisão se o vendedor não entregar a mercadoria dentro do prazo suplementar (*Nachfrist*) concedido pelo comprador, conforme artigo 49(1)(b)⁸³ (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009) – como examinado no item 3.9.2 *retro*.

A mesma lógica vale para rescisão do vendedor, ou seja, é preciso que se caracterize a violação essencial do contrato ou o esgotamento do prazo suplementar, como indica o artigo 64(1)⁸⁴.

A rescisão não opera de pleno direito ou *ipso facto*, mas sim em razão de declaração expressa do comprador (HUBER; MULLIS, 2007).

⁸² Artigo 49 (1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido: (a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou

⁸³ Artigo 49 (1) (b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador, conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou se declarar que não efetuará a entrega dentro do prazo assim concedido.

⁸⁴ Artigo 64 (1) O vendedor poderá declarar rescindido o contrato se: (a) o descumprimento pelo comprador de qualquer das obrigações que lhe incumbem segundo o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou (b) o comprador não cumprir a obrigação de pagar o preço, ou não receber as mercadorias no prazo suplementar fixado pelo vendedor, de acordo com o parágrafo (1) do artigo 63, ou, ainda, declarar que não o fará no prazo assim fixado.

O exercício do direito de rescisão está sujeito a um regime de prazo bastante complexo, sob pena de a parte perder o direito de declarar o contrato rescindido, como regulado pelo artigo 49(2)⁸⁵ (em relação ao vendedor, a previsão é a do artigo 64(2))⁸⁶ (HUBER; MULLIS, 2007). Se houver entrega tardia, a declaração de rescisão deve ser exercida em “prazo razoável” (artigo 49(2)(a)). Se o inadimplemento for de outra natureza (que não a entrega tardia), o “prazo razoável” é contado (i) após o momento em que tivesse ou devesse ter tido conhecimento da violação; (ii) após o vencimento do prazo suplementar (*Nachfrist*) ou após o vendedor declarar que não cumprirá suas obrigações no prazo suplementar; (iii) após o vencimento de prazo dado pelo comprador ao vendedor para indicar se aceita a mercadoria (HUBER; MULLIS, 2007).

3.9.3.3 Redução do preço

O direito à redução do preço está previsto no artigo 50⁸⁷ da Convenção e não gera maiores controvérsias. Trata-se de remédio jurídico colocado à disposição do comprador. Em caso de não conformidade da mercadoria, o comprador pode reduzir o preço proporcionalmente à diferença entre o valor dos bens no momento da entrega e aquele fixado no contrato. A redução pode ser realizada ainda que o preço já tenha sido

⁸⁵ Artigo 49 (2) Todavia, se o vendedor tiver entregue as mercadorias, o comprador perderá o direito de declarar o contrato rescindido, se não o fizer: (a) em caso de entrega tardia, em prazo razoável após ter tomado conhecimento de que a entrega foi efetuada; (b) em caso de outro descumprimento que não a entrega tardia, dentro de prazo razoável: (i) após o momento em que tiver ou dever ter tido conhecimento da violação; (ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo comprador conforme o parágrafo (1) do artigo 47, ou após o vendedor declarar que não executará suas obrigações no referido prazo suplementar, ou (iii) após o vencimento de qualquer prazo suplementar indicado pelo vendedor conforme o parágrafo (2) do artigo 48, ou após o comprador declarar que não aceitará o cumprimento.

⁸⁶ Artigo 64 (2) Todavia, caso o comprador tenha pago o preço, o vendedor perderá o direito de declarar resolvido o contrato se não o fizer: (a) antes que o vendedor tome conhecimento do cumprimento da obrigação, caso se trate de cumprimento tardio pelo comprador; (b) caso se trate de descumprimento de outra natureza que não o cumprimento tardio pelo comprador, dentro de prazo razoável: (i) após o momento em que teve ou deveria ter tido conhecimento do descumprimento; ou (ii) após o vencimento do prazo suplementar fixado pelo vendedor de acordo com o parágrafo (1) do artigo 63, ou após o comprador ter declarado que não cumpriria suas obrigações dentro desse prazo.

⁸⁷ Artigo 50 Se as mercadorias não estiverem conformes ao contrato, já tendo ou não sido pago o preço, o comprador poderá reduzir o preço proporcionalmente à diferença existente entre o valor das mercadorias efetivamente entregues, no momento da entrega, e o valor que teriam nesse momento mercadorias conformes ao contrato. Todavia, se o vendedor sanar qualquer descumprimento de suas obrigações, de acordo com o artigo 37 ou com o artigo 48, ou se o comprador negar-se a aceitar o cumprimento pelo vendedor, de acordo com os mencionados artigos, o comprador não poderá reduzir o preço.

pago (SCHWENZER; FOUNTOULAKIS; DIMSEY, 2012). O comprador não pode exercer o direito à redução do preço se o vendedor sanar o descumprimento.

Enquanto a CISG autoriza a redução do preço pelo comprador por qualquer defeito no produto, o Código Civil permite a redução de preços apenas nas hipóteses de defeitos ocultos, como prevê o artigo 442.

3.9.3.4 Indenização por perdas e danos

O pleito de indenização está regulado pelos artigos 74 a 77 da Convenção. Por sua importância para este estudo, será examinado mais à frente em tópico específico.

3.9.3.5 Suspensão do cumprimento do contrato

Os artigos 71 a 73 da Convenção tratam da hipótese de violação antecipada do contrato. De acordo com o artigo 71⁸⁸, formado o contrato, é possível que uma das partes suspenda o cumprimento de sua obrigação se identificar que a outra parte não cumprirá plenamente seus deveres (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009). Já o artigo 72⁸⁹ vai além para permitir que a parte declare a rescisão do contrato. Por fim, o artigo 73⁹⁰ trata de prestações de trato sucessivo.

⁸⁸ Artigo 71 (1) Uma parte poderá suspender o cumprimento de suas obrigações se, após a conclusão do contrato, tornar-se evidente que a outra parte não cumprirá parcela substancial de suas obrigações, devido: (a) a grave insuficiência em sua capacidade de cumpri-las, ou em sua solvência; ou (b) à maneira como se dispõe a cumprir ou como cumpre o contrato.

⁸⁹ Artigo 72 (1) Se antes da data do adimplemento tornar-se evidente que uma das partes incorrerá em violação essencial do contrato, poderá a outra parte declarar a rescisão deste. (2) Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a rescisão do contrato deverá comunicá-la à outra parte com antecedência razoável, para que esta possa oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações. (3) Os requisitos do parágrafo anterior não serão aplicáveis quando a outra parte houver declarado que não cumprirá suas obrigações.

⁹⁰ Artigo 73 (1) Nos contratos que estipulem entregas sucessivas de mercadorias, o descumprimento por uma das partes das obrigações relativas a qualquer das entregas que constituir violação essencial do contrato em relação a esta entrega dará à outra parte o direito de declarar rescindido o contrato quanto a essa mesma entrega. (2) Se o descumprimento, por uma das partes, de suas obrigações relativas a qualquer das entregas der à outra parte fundados motivos para inferir que haverá violação essencial do

Por sua vez, o Código Civil dispõe sobre a matéria nos artigos 476 e 477, que tratam da exceção do contrato não cumprido. O artigo 476 se restringe ao sistema da exceção, defesa contra o pedido de cumprimento. Já o artigo 477 prevê o requisito da diminuição patrimonial da outra parte. Por sua vez, o regramento da CISG permite lançar mão do expediente diante de outros indícios que não o patrimonial. Além disso, o Código Civil não protege aquele que já tenha começado a executar o contrato (ex.: envio das mercadorias), ao passo que a CISG dá tal proteção no artigo 71(2)⁹¹.

3.9.4 Indenização por perdas e danos

O regramento das perdas e danos é mais complexo, pelo que subdivide o estudo nos tópicos abaixo.

3.9.4.1 Requisitos

As perdas e danos estão reguladas nos artigos 74 a 77 da Convenção. Trata-se de remédio jurídico de que se podem valer ambas as partes, comprador (artigo 45(1)(b)) e vendedor (artigo 61(1)(b)).

A disciplina das perdas e danos se inicia pelo artigo 74, cuja redação é a seguinte:

Artigo 74 As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta

contrato com relação a futuras entregas, esta outra parte poderá declarar o contrato rescindido com relação ao futuro, desde que o faça dentro de prazo razoável. (3) O comprador que declarar resolvido o contrato com relação a qualquer entrega poderá simultaneamente declará-lo resolvido com respeito a entregas já efetuadas ou a entregas futuras se, em razão de sua interdependência, tais entregas não puderem se destinar aos fins previstos pelas partes no momento da conclusão do contrato.

⁹¹ Artigo 71 (2) Se o vendedor houver expedido as mercadorias antes de se tornarem evidentes os motivos a que se refere o parágrafo anterior, poderá se opor a que o comprador tome posse das mercadorias, ainda que este seja portador de documento que lhe permita obtê-la. Este parágrafo refere-se somente aos direitos respectivos do comprador e do vendedor sobre as mercadorias.

indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

As perdas e danos podem ser utilizadas cumulativamente com outras medidas intentadas pelas partes. Por exemplo, inadimplente o vendedor, o comprador pode exigir o cumprimento específico da obrigação (substituição ou reparo da mercadoria), bem como perdas e danos. De igual modo, pode-se declarar o contrato rescindido e pleitear perdas e danos da parte infratora (SCHWENZER, 2010).

Quanto ao valor, as perdas e danos não podem superar o prejuízo sofrido pela parte (HUBER; MULLIS, 2007). Do contrário, estar-se-ia diante de hipótese de enriquecimento sem causa. É que as perdas e danos têm natureza de reparação à parte prejudicada, não de punição à parte infratora; diante disso, fica claro que a Convenção não dá amparo ao pleito de *punitive damages* (HUBER; MULLIS, 2007).

A quantificação de perdas e danos não está ligada à análise da conduta da parte infratora, ou seja, não se questiona culpa (*lato sensu*, negligência, prudência ou imperícia), nem dolo. Nesse ponto, a CISG seguiu o modelo da *common law* de responsabilidade por violação contratual (SCHWENZER, 2010). Embora a indenização por perdas e danos não se guie por critérios subjetivos, não é tampouco regime de responsabilidade absoluta. É que os artigos 79 e 80 tratam de hipóteses de exclusão de responsabilidade, assim como é preciso examinar o critério da previsibilidade do dano (artigo 74).

O requisito básico para a indenização por perdas e danos é que a contraparte tenha violado seus deveres, tenham estes previsão contratual ou na própria Convenção (HUBER; MULLIS, 2007). O valor a que tem direito a parte prejudicada pelo inadimplemento é equivalente ao prejuízo sofrido, incluídos lucros cessantes (artigo 74). É preciso que haja uma relação causal entre a violação obrigacional e os prejuízos sofridos.

Além disso, o montante da indenização está limitado pelo requisito da previsibilidade (*foreseeability rule*), ou seja, vincula-se ao que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato como consequência do descumprimento (artigo 74, *segunda parte*) (SCHWENZER, 2010). Trata-se aqui de

regra de limitação de responsabilidade que remete ao regramento do sistema da *common law* (HUBER; MULLIS, 2007).

3.9.4.2 Cálculo das perdas e danos

Além dos critérios de ocorrência efetiva de dano e previsibilidade acima examinados, a Convenção disciplina nos artigos 75 e 76 o cálculo da indenização em caso de realização de negócio substitutivo – o primeiro um método de cálculo em concreto, o segundo, em abstrato.

O artigo 75⁹² trata da hipótese em que, diante do inadimplemento, a parte prejudicada realiza outra compra e venda para minorar seus prejuízos. O dispositivo vale para ambas as partes, ou seja, sendo o vendedor a parte infratora, o comprador pode adquirir as mercadorias de terceiros e vice-versa (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009).

No caso de negócio substituto, a parte tem direito a obter a diferença entre o preço do contrato e o preço estipulado na operação substitutiva, além de outras perdas e danos nos termos da regra geral de indenização (SCHWENZER, 2010).

A realização desse negócio substitutivo está autorizada legalmente, de modo que já atende ao requisito da previsibilidade do dano exigido pelo artigo 74 (HUBER; MULLIS, 2007).

Para que a parte possa valer-se da regra do artigo 75, é preciso atender a três requisitos: (i) o contrato deve ser rescindido, com a devida comunicação à parte contrária; (ii) o negócio substitutivo deve ser realizado em termos razoáveis, quanto à preço, prazo e condições; (iii) a realização do negócio substitutivo deve ser realizada em tempo razoável após a rescisão (HUBER; MULLIS, 2007).

Atendidos a esses requisitos, é possível cobrar da parte infratora a diferença de valores entre os contratos, bem como outras perdas e danos em que a parte incorreu,

⁹² Artigo 75 Se o contrato for rescindido e se, em modo e prazo razoáveis após a rescisão, o comprador proceder a uma compra substitutiva ou o vendedor a uma venda substitutiva, a parte que exigir a indenização poderá obter a diferença entre o preço do contrato e o preço estipulado na operação substitutiva, assim como quaisquer outras perdas e danos exigíveis de acordo com o artigo 74.

tais como custos para identificar novo contratante, custos de inspeção, transporte e armazenamento (HUBER; MULLIS, 2007).

A cobrança de perdas e danos a partir do cálculo do negócio substitutivo é opção da parte, e não regra cogente; logo, ainda que tenha realizado novo contrato, a parte pode optar por cobrar perdas e danos pela regra geral do artigo 74 (SCHWENZER, 2010).

Por sua vez, o artigo 76⁹³ apresenta uma forma de cálculo abstrata, quando não ocorre negócio substitutivo, sendo fixados dois marcos temporais distintos conforme se tenha tomado posse das mercadorias ou não (SCHWENZER, 2010).

Se a parte não tomou posse das mercadorias, o cálculo das perdas e danos toma por parâmetro a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da rescisão – além de outros valores em que tenha incorrido a parte nos termos do artigo 74. De outro lado, se a parte que exigir a indenização tiver tomado posse, o cálculo toma por base o preço corrente no momento da posse.

O Código Civil não possui regramento semelhante ao aqui examinado.

3.9.4.3 Mitigação das perdas

O artigo 77⁹⁴ da CISG impõe à parte que invoca o inadimplemento o dever de tomar medidas para mitigar os prejuízos (*duty to mitigate the loss*).

Não se trata da imposição de um dever cujo não atendimento levaria à violação contratual (HUBER; MULLIS, 2007). Trata-se, mais precisamente, de exortação a um comportamento cooperativo da parte prejudicada pelo inadimplemento, o que

⁹³ Artigo 76 (1) Se o contrato for rescindido e as mercadorias tiverem preço corrente, a parte que exigir a indenização das perdas e danos poderá, se não houver procedido à compra substitutiva ou à venda substitutiva previstas no artigo 75, obter a diferença entre o preço fixado no contrato e o preço corrente no momento da resolução, bem como quaisquer outras perdas e danos exigíveis em razão do artigo 74. Não obstante, se a parte que exigir a indenização houver resolvido o contrato após ter tomado posse das mercadorias, aplicar-se-á o preço corrente no momento de tomada de posse, em lugar do preço corrente no momento da rescisão. (2) Para os fins do parágrafo anterior, o preço corrente será aquele do lugar onde a entrega das mercadorias deveria ter sido efetuada ou, na falta de preço corrente nesse lugar, o preço praticado em outra praça que puder razoavelmente substituí-lo, levando-se em consideração as diferenças no custo de transporte das mercadorias.

⁹⁴ Artigo 77 A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

denota a aplicação do princípio da boa-fé (HUBER; MULLIS, 2007; SCHWENZER, 2010).

Diante dessa regra, cabe à parte infratora o ônus da prova de que a parte que pleiteia a indenização por perdas e danos faltou em seu dever de mitigação (SCHWENZER, 2010).

A aplicação do artigo 77 está restrita ao pleito de indenização por perdas e danos. Não há que se falar em mitigação da perda quando a parte prejudicada lança mão, por exemplo, do pedido de cumprimento específico da obrigação (HUBER; MULLIS, 2007).

Como estabelece a própria redação do dispositivo em análise, o dever de mitigação está limitado a que a parte tome medidas razoáveis de acordo com as circunstâncias. A análise deve ter como parâmetro o homem de negócios prudente em situação semelhante (SCHWENZER, 2010). Devem-se identificar os danos que adviriam se nenhuma medida fosse adotada e qual das partes estaria em melhores condições para adotar medidas para mitigá-los (HUBER; MULLIS, 2007). As medidas que estejam ao alcance da parte que pleiteia os danos e que sejam razoáveis devem, então, ser adotadas.

Logicamente, esse padrão de razoabilidade varia de acordo com o caso concreto. A Convenção, no intuito de regular contratos em circunstâncias tão variadas, não poderia efetivamente elencar medidas concretas nesse ponto.

É importante observar que a adoção de medidas não precisa necessariamente alcançar o objetivo de mitigar as perdas; está-se diante de obrigação de meio, não de resultado. Assim, tomadas as medidas adequadas e razoáveis, ainda que a perda se consume, a parte infratora deverá arcar plenamente com as perdas e danos (HUBER; MULLIS, 2007).

Apenas se tais medidas não forem adotadas, é que a parte infratora poderá pedir a redução da indenização por perdas e danos, nos termos do artigo 77, segunda parte.

O Código Civil não tem regra expressa em sentido semelhante ao da Convenção (FARIA, 2014). Entretanto, na jurisprudência, a matéria tem-se consolidado (MUÑHOZ; MOSER, 2012). Exemplo disso é o Enunciado n. 169 do Conselho da Justiça Federal: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

3.10 FERRAMENTAS DE PESQUISA E ACESSO A INFORMAÇÃO

Por regular contratos celebrados em diferentes países, a Convenção tem como uma de suas diretrizes de interpretação a promoção de sua aplicação de modo uniforme (artigo 7). Isso significa que, tanto quanto possível, os aplicadores da Convenção (juízes, árbitros, advogados e empresários) ao redor do mundo devem buscar interpretações semelhantes acerca de suas regras (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009).

Para alcançar tal desiderato, é possível socorrer-se de bases de dados que congregam importante material acerca da Convenção, como julgados arbitrais e estatais, artigos doutrinários e pareceres sobre pontos polêmicos (HUBER; MULLIS, 2007).

Algumas das mais importantes são as seguintes:

- a) CLOUT (http://www.uncitral.org/uncitral/en/case_law.html): é a base de dados organizada pela própria UNCITRAL. Permite realizar pesquisas com base no dispositivo legal da Convenção ou por país de onde a decisão é oriunda;
- b) Pace database (www.cisg.law.pace.edu): é a base de dados organizada e mantida pela Universidade de Pace, no estado de Nova Iorque, Estados Unidos. Contém julgados e doutrina sobre a Convenção;
- c) CISG-Online (www.cisg-online.ch): essa base de dados foi idealizada pelo professor Peter Schlechtriem, da Universidade de Freiburg, Alemanha; com seu falecimento, a administração do site passou à professora Ingeborg Schwenzer, da Universidade da Basileia, Suíça. Os julgados de suas bases de dados são numerados, o que permite fácil identificação e referência;
- d) CISG Advisory Council (www.cisgac.com): é uma organização criada em Paris, em 2001, composta por estudiosos da Convenção, presidida pela professora Ingeborg Schwenzer. A entidade edita pareceres sobre temas complexos e sobre os quais há divergência doutrinária e jurisprudencial. O objetivo é fornecer diretrizes interpretativas seguras para a aplicação da Convenção. Até o momento, foram publicados 15 (quinze) pareceres

(*opinions*) sobre temas como comunicações eletrônicas, cálculo de indenizações, consequências da rescisão contratual etc.; e

- e) CISG-Brasil.net (www.cisg-brasil.net): é uma organização nacional, que difunde conhecimento a respeito da Convenção no Brasil.

Por meio dessas bases de dados, o aplicador da CISG no Brasil tem a oportunidade de identificar como suas regras são interpretadas em outros países, de modo a buscar parâmetros de uniformidade em sua aplicação, como propugna a própria Convenção.

4 ADESÃO DO BRASIL À CISG SOB O ENFOQUE DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

As seções anteriores assentaram as bases teóricas a respeito do objeto desta dissertação, a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, e da ferramenta de estudo, a análise econômica do direito.

A presente seção se ocupará de uma leitura a respeito da adesão do Brasil à CISG a partir do instrumental da análise econômica.

Do ponto de vista metodológico, inicia-se com o exame dos impactos da adesão à CISG sob o ponto de vista da assimetria informacional, do marco institucional e dos custos de transação. Em seguida, faz-se uma análise de cunho mais micro-analítico, de exame quanto à eficiência das regras da CISG. Por fim, serão apresentados alguns possíveis obstáculos ao alcance da efetiva redução de custos de transação e assimetria informacional que são esperados a partir da adesão do Brasil à CISG.

4.1 REDUÇÃO DA ASSIMETRIA INFORMACIONAL

A adesão do Brasil à CISG pode ser analisada sob o ponto de vista da assimetria informacional. Como visto na segunda seção, o nível de conhecimento das partes na negociação é invariavelmente distinto, o que pode levar a ineficiências no mercado (RIBEIRO, M.; GALESKI JÚNIOR, 2009).

Em relação aos contratos de compra e venda internacional, a assimetria pode ser de duas ordens. A primeira está na diferença de conhecimento sobre os contornos do negócio, do objeto da contratação, no qual o vendedor comumente está em posição mais favorável do que o comprador. A segunda se refere à assimetria quanto ao arcabouço jurídico que envolve a negociação. Escolhida a lei aplicável de uma parte, a outra precisa buscar informações sobre seus direitos e obrigações à luz daquele ordenamento, o que nem sempre é tarefa simples.

Nesse contexto, a adesão do Brasil à CISG tem grande relevância. A partir do momento em que o país adota um modelo legal já bastante conhecido e utilizado em diversos outros países, o custo de se buscar informações sobre o panorama legal (*legal framework*) para aquela negociação se reduz drasticamente.

E isso vale tanto para empresas estrangeiras, quanto para as brasileiras. Por um lado, a parte estrangeira de país signatário da Convenção possuirá naturalmente um conhecimento claro sobre a lei de regência daquela negociação no Brasil – trata-se, afinal, da mesma existente em seu país. Por outro lado, no médio prazo, a empresa brasileira, após se familiarizar com a aplicação da CISG, terá melhor conhecimento sobre seus direitos e deveres à luz do ordenamento estrangeiro.

Ao iniciar suas negociações, as partes começam com grau de assimetria informacional menor e, por isso, tendem a adotar um comportamento mais cooperativo, mais voltado à formação de uma relação negocial duradoura, o que as leva a alcançar acordos mais eficientes (AXELROD, 2010).

A redução dos custos com a busca de informações proporcionada pela adesão à CISG é ponto relevante para o incremento do fluxo internacional e, por consequência, para o desenvolvimento econômico do Brasil.

4.2 ADESÃO À CISG SOB O PONTO DE VISTA DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL

Como examinado na seção 2, os estudos da Nova Economia Institucional representam um distanciamento do pensamento dos neoclássicos, que analisavam o mercado em um ambiente de concorrência perfeita e sem assimetria de informações, ou seja, um ambiente em que os custos de transação eram sempre zero. Como os novos institucionalistas consideram sempre haver falhas de mercado e custos de transação, as instituições (*regras do jogo*) desempenham papel importante nas relações comerciais (NORTH, 1990) e, por consequência, no desenvolvimento econômico de uma nação.

A adesão do Brasil à CISG está inserida dentro desse contexto de aprimoramento das instituições nacionais, pois significa a adoção pelo direito interno

nacional de um modelo legal testado e aprovado em diversas outras nações do mundo. Como destacam Ribeiro, M. e Barros (2014, p. 17): “Os esforços da comunidade internacional para uniformizar legislações têm como objetivo facilitar o tráfego jurídico e econômico”. Essa atitude pode ser identificada com o esforço de proporcionar instituições mais sólidas ao País, tema intimamente ligado à Nova Economia Institucional.

Ao analisar o processo legislativo para adesão à Convenção, é possível perceber a preocupação com a fixação de um marco jurídico claro e seguro, reconhecido internacionalmente, como elemento importante para o desenvolvimento do País – o que, sob a ótica de North (1990), pode ser lido como um aprimoramento das instituições formais. Veja-se, por exemplo, o parecer da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional do Senado, de autoria do Senador Francisco Dornelles sobre o (à época) Projeto de Decreto Legislativo n. 73/2012, relativo à aprovação da CISG (DORNELLES, 2013, p. 272):

No que se refere ao mérito, chega com bastante atraso a adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, em face de sua importância à unificação das normas do direito comercial internacional.

[...]

A Convenção tem, assim, natureza jurídica complementar ao ordenamento jurídico nacional e contribui para a melhoria do ambiente internacional de negócios no Brasil.

No mesmo sentido, vejam-se alguns trechos da Nota Técnica elaborada por Gabriel e Favero (2013, p. 291-292), do corpo técnico da Secretaria de Comércio Exterior, à época comandada por Welber Barral:

A garantia de que os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, necessários para dar segurança jurídica às trocas, sejam estáveis e de resultados previsíveis, sem significar custos jurídicos adicionais pela discussão de suas cláusulas, poderia contribuir para estimular o aumento do comércio exterior brasileiro.

[...]

Tão fundamental quanto ter a garantia de acesso a mercados, desburocratização dos meios operacionais para a entrada e saída da mercadoria, é ter a segurança de conhecer, de antemão, qual o direito será aplicado caso haja algum litígio entre as partes. Além disso, o profissional brasileiro de comércio internacional poderá elaborar seus contratos sob a égide da legislação uniformizada da CISG, cujas melhores práticas – e resoluções de eventuais conflitos – vêm sendo sedimentadas ao longo dos últimos anos.

Essa visão sobre a força das instituições no desenvolvimento econômico não está adstrita aos representantes do Poder Público. No âmbito privado, as entidades representativas do empresariado brasileiro também se identificam com essa linha de raciocínio e manifestam sua crença na importância de se ter um instrumento jurídico seguro para o incremento do comércio internacional brasileiro. A Federação das Indústrias de São Paulo – Fiesp solicitou parecer a seu Departamento de Relações Internacionais e Comércio Exterior acerca da importância da adesão do Brasil à CISG. Da lavra de Ribeiro, E. (2013, p. 264; 267), o parecer encaminhado pela Fiesp ao Senador Francisco Dornelles afirma:

A uniformização de normas promovida pela Convenção entre seus países signatários contribui para incrementar a segurança e a previsibilidade nas transações comerciais internacionais, na medida em que permite aos interessados, como comerciantes e advogados, conhecer com maior precisão as regras que serão aplicáveis ao caso concreto.

[...]

Ante o exposto, conclui-se que a adesão do Brasil à Convenção resultará em benefício inequívocos, como a uniformização das normas brasileiras em relação à parcela substancial da comunidade internacional, o aumento da confiança de parceiros comerciais no Brasil e a harmonização jurídica e o fortalecimento do Mercosul e da América Latina, dentre outros.

Em suma, parece claro que os atores públicos e privados envolvidos na formulação da política econômica brasileira acreditam na importância da norma jurídica como propulsora do desenvolvimento do país. Afinal, os países que utilizam esse modelo legal somam juntos aproximadamente 90% do comércio internacional (RIBEIRO, E., 2013). Esse modelo inegavelmente está alicerçado sobre as bases teóricas da Nova Economia Institucional. Como concluem Ribeiro, M. e Barros (2014, p. 17), “a uniformização de leis contribui para a melhoria do ambiente de negócios e estimula as trocas comerciais”.

Nesse contexto, a adesão à CISG, ao criar um marco institucional conhecido e aprovado por diversos parceiros comerciais, desponta como importante instrumento jurídico para o desenvolvimento econômico do Brasil.

4.3 ADESÃO À CISG SOB O PONTO DE VISTA DA ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Os estudos da Economia dos Custos de Transação apresentam importante arcabouço de microeconomia para identificar arranjos organizacionais eficientes. Como examinado na seção 2 deste trabalho, Williamson (1985) classifica os custos de transação em *ex ante* e *ex post* e aponta para sua interdependência, ou seja, maiores custos *ex ante*, na fase de negociação e elaboração do contrato, protegem as partes de custos *ex post*, quando há necessidade de ajustes na relação contratual.

A partir desses conceitos, é possível examinar de que forma a adesão do Brasil à CISG gera impactos nos custos de transação.

Como já amplamente esclarecido, o Brasil passa a contar com um instrumento legal já aplicado em outros 82 (oitenta e dois) Estados contratantes, responsáveis por aproximadamente 90% do comércio mundial. Um dos custos de transação *ex ante* mais presentes na celebração de contratos internacionais é a negociação sobre os direitos das partes, desde pagamento, a inadimplemento, inexecução e ressarcimento, bem como a elaboração das minutas contratuais.

Quando ambas as partes possuem o mesmo diploma normativo para reger sua relação de direito material, reduz-se o tempo dispendido para alcançar consenso. As partes de Estados contratantes já têm a CISG como lei aplicável a seu contrato de compra e venda internacional e, com isso, contam com um quadro normativo (*legal framework*) bastante conhecido por ambos. Com isso, a partir das lições de Williamson (1985), é possível afirmar que a CISG reduz a quantidade de *atrito* nas negociações contratuais.

Como destacam Timm e Moser (2013, p. 248): “Aplicando esses conceitos ao comércio internacional, fácil perceber o quanto a CISG reduz o custo de descoberta das normas jurídicas oriundas do direito local, fornecendo um arcabouço institucional que tende a diminuir a barganha sobre as regras aplicáveis ao contrato.” Em complemento, Gomes, R. e Glitz (2013) destacam que a aplicação da CISG permite que as partes firmem um contrato com menor custo de transação em razão da previsibilidade do comportamento esperado e assegurado.

Nesse caso, a negociação mais rápida, com custo de transação *ex ante* menor, não significa um contrato menos completo, com mais lacunas, o que elevaria custos de transação *ex post*. A imagem ilustrativa dos pratos de uma balança aqui não seria aplicável, pois a CISG reduz custos de transação nos dois lados.

Em suma, pode-se concluir que a adesão à CISG tem o mérito de possibilitar a redução dos custos de transação *ex ante*, sem sacrificar o contrato com possíveis aumentos de custos de transação *ex post*.

Além disso, como explica Williamson (2013d), quando o contrato se refere a itens padronizados, mais importante do que a identidade das partes é o conjunto de normas legais e contratuais. Parte significativa das trocas comerciais ao redor do mundo não é de bens específicos, produzidos de forma personalizada para atender a um comprador em particular; pelo contrário, bens manufaturados são produzidos em larga escala em um determinado país (China, por exemplo) para atender a mercados do mundo todo. Daí a relevância da adesão à CISG; afinal, para grande parte das trocas comerciais internacionais envolvendo partes brasileiras, o quadro normativo já é conhecido e utilizado em diversos outros parceiros comerciais.

Por fim, a partir das lições de North (1990), também é possível identificar como a adesão do Brasil à CISG contribui para a redução dos custos de transação. Conforme examinado na segunda seção desta dissertação, North (1990) conceitua os custos de transação como aqueles relativos à mensuração de atributos do objeto e os custos de proteger direitos, supervisionar e impor coercitivamente acordos. Assim, quanto mais fraca for a proteção dos benefícios extraídos do bem, menor o seu valor (NORTH, 1990).

Nesse contexto, a criação de um ambiente institucional de regras claras, que garanta direitos às partes negociantes, proporciona arcabouço adequado para o desenvolvimento econômico (NORTH, 1990). Como a CISG já é bastante aplicada ao redor do mundo, a adesão do Brasil a esse instrumento normativo sinaliza a contratantes de outras nacionalidades a fixação de um marco institucional seguro e conhecido, o que proporciona potencial redução de custos de transação.

4.4 ANÁLISE DE REGRAS ESPECÍFICAS DA CISG

Como resultado de um trabalho conjunto de países com tradições jurídicas diferentes, a CISG apresenta um plexo de regras de inspiração de *civil* e de *common law*. Como explicam DiMatteo e Ostas (2011), quando regras de ambos os sistemas coincidiam, a CISG adotou posição convergente (*common core approach*); quando se diferenciavam, a Convenção adotou ora solução de um sistema, ora de outro e, alternativamente, desenvolveu regras próprias para alcançar posições conciliadoras (*better rule approach*). Por fim, onde não foi possível alcançar consenso, a matéria deixou de ser tratada na Convenção.

No entanto, é preciso observar que a adoção da regra convergente entre os dois sistemas não significa necessariamente a adoção da regra mais eficiente; sua vantagem está em garantir estabilidade e evitar erros de interpretação entre as partes já que seu conteúdo é amplamente conhecido (DIMATTEO; OSTAS, 2011).

O presente tópico analisa a eficiência de regras da CISG para regular transações comerciais internacionais.

4.4.1 O sistema de reservas

A CISG permite que as partes façam reservas quanto à aplicação de alguns de seus dispositivos. Trata-se de uma forma de conciliar interesses e regimes jurídicos conflitantes entre as diversas nações que participaram da elaboração da Convenção.

Essa possibilidade não é imune a críticas. Dentre os 83 Estados contratantes, 21 apresentaram algum tipo de reserva à aplicação da Convenção (UNCITRAL, 2013b) – aproximadamente 25% do total –, o que cria, na verdade, diferentes regras ao invés de uma única lei uniforme (SHEAFFER, 2007).

Na opinião de DiMatteo e Ostas (2011), qualquer documento internacional que permite reservas é inerentemente ineficiente, pois regras alternativas e conflitantes aumentam o grau de incerteza e os custos de transação. Os ganhos de um regramento

uniforme como a CISG são parcialmente anulados quando se permite a um Estado contratante deixar de aplicar determinadas partes de seu texto.

A despeito da crítica, o regime de reservas é visto como uma das ferramentas para a maciça adesão de Estados à Convenção (CASELLA; KÜNZLI, 2013).

Uma dessas reservas é quanto à forma escrita para formação ou modificação do contrato, como examinado na seção anterior (item 3.4.4).

Alguns países de *common law* e países de origem socialista exigem a forma escrita para certos tipos de contratos, inclusive o de compra e venda de mercadorias, ao passo que países de *civil law* possuem maior tendência a aceitar a forma oral para celebração de contratos (DIMATTEO; OSTAS, 2011). A CISG adotou a regra do sistema de *civil law*, mas com a opção de países fazerem reserva a esse respeito no momento da ratificação (artigos 12 e 96), que foi o que fizeram Argentina, Armênia, Bielorrússia, Chile, Hungria, Paraguai, Rússia e Ucrânia (UNCITRAL, 2013b).

Aqui a questão pode ser observada por duas perspectivas.

De um lado, argumenta-se que o requisito formal aumenta o grau de certeza da transação e reduz custos da resolução de disputas, pois permitir testemunho oral gera o risco moral de criação pelas partes de cláusulas contratuais (orais) não firmadas originalmente (DIMATTEO; OSTAS, 2011). Por outro lado, quando as partes acreditam que a escrita não é necessária, um regime legal que a imponha aumenta os custos de transação, que podem até se elevar a ponto de não ser mais vantajoso celebrar o negócio (DIMATTEO; OSTAS, 2011).

Em resumo, a discussão sobre a eficiência do requisito escrito depende da verificação se os benefícios (redução de fraude em alegações de contratos orais) são superiores aos custos (aumento de despesa de redação).

Na visão de DiMatteo e Ostas (2011), a regra-padrão de forma livre estabelecida na CISG é eficiente. No mesmo sentido, embora não tratando especificamente da Convenção, Mackaay (2013) entende que os ganhos decorrentes de contratos sem maiores formalidades superam os eventuais prejuízos que seriam evitados pela exigência de maiores formalidades.

4.4.2 Formação do contrato

Em contratos internacionais, usualmente as partes não estão fisicamente próximas, o que significa que oferta e aceitação ocorrem em momentos distintos. Daí por que o estudo das regras pertinentes à formação do contrato é importante. O objetivo é identificar se as regras da Convenção são adequadas à realidade de contratos internacionais.

4.4.2.1 Fixação de preço

Uma das diferenças apontadas na seção anterior entre o sistema de formação do contrato previsto no Código Civil e aquele estabelecido pela CISG é a que se refere aos contratos cuja fixação de preço não é feita imediatamente. A solução do direito brasileiro é a de fixar a venda pelo preço habitual do vendedor (Código Civil, artigo 488). Já a solução da CISG é a identificação do preço com base nas vendas habituais do mercado (artigo 55).

Na opinião de Faria (2014), a regra da CISG é mais eficiente, pois proporciona solução mais simples do ponto de vista do litígio; afinal, é mais rápido identificar o preço habitual de mercado do que efetuar o exame de livros comerciais do vendedor na busca de seu preço médio.

4.4.2.2 Oferta: eficácia e revogabilidade

No que toca à eficácia da oferta, CISG e Código Civil brasileiro também contêm regras distintas. Pelos termos da Convenção (art. 14(2)), a oferta a pessoas indeterminadas é convite à apresentação de propostas, ao passo que o direito brasileiro

prevê a possibilidade de a oferta ao público ter a força vinculante de uma proposta, quando contenha os requisitos essenciais do contrato (Código Civil, art. 429).

Na opinião de Grebler (2005), a regra da Convenção é mais adequada à realidade do comércio internacional, em que as partes são geralmente comerciantes acostumados a negociar no mercado, de modo que não esperam que a oferta geral tenha a força vinculante de uma proposta.

Outro ponto relevante se refere à revogabilidade da oferta. Nos termos do que estabelece a Convenção, mesmo a proposta irrevogável pode ser revogada, desde que a retratação chegue antes ou simultaneamente à proposta (artigo 15(2)).

Do ponto de vista comercial, a regra é eficiente, pois a retirada que alcança o destinatário simultaneamente à proposta impede que este aja em confiança (*reliance*), ou seja, que pratique atos baseados na proposta recebida.

4.4.2.3 Aceitação

A CISG prevê que a aceitação se torna eficaz quando alcança o ofertante (artigo 18(2)) – regra do recebimento (*receipt rule*).

A regra alternativa para a formação do contrato seria a de considerá-lo formado no momento em que a aceitação é expedida (*dispatch rule*), opção do direito brasileiro (Código Civil, art. 434), como examinado na seção anterior. As características da regra da expedição são (i) dar maior tempo para o aceitante se decidir, pois, se a proposta é válida até o dia X, a postagem nesse dia forma o contrato, ainda que alcance o ofertante em momento posterior; (ii) sinalizar incentivos para que o aceitante confie no cumprimento do contrato (*reliance*) desde o momento em que posta sua aceitação, ou seja, antes mesmo do conhecimento do ofertante (CENINI; PARISI, 2009). Para DiMatteo e Ostar (2011), a regra da expedição é ineficiente, porque aloca o risco de problemas na transmissão do aceite no ofertante, quando a parte com menor custo para tomar precauções é o aceitante, que envia o aceite.

Já pela regra da recepção (*receipt rule*), a parte ofertante tem mais tempo para procurar outros parceiros comerciais, revogar a oferta e realizar outros contratos

(CENINI; PARISI, 2009). Além disso, como o contrato não está formado enquanto o ofertante não receber o aceite, o aceitante tomará providências a respeito do contrato (ex.: aluguel de galpão para estocagem do produto) por sua conta e risco.

Do ponto da análise de eficiência, Cenini e Parisi (2009) entendem que a preferência por uma das duas regras depende da identificação do que se quer privilegiar, a confiança (*reliance*) do aceitante ou a liberdade do ofertante para realizar contratos alternativos. A escolha da CISG foi por dar um incentivo ao ofertante de seguir barganhando com outras partes. Tendo em vista o aspecto internacional dos contratos em que se baseia a Convenção, Cenini e Parisi (2009) entendem que essa é mesmo a regra preferível, por permitir maior precisão quanto ao momento de formação do contrato.

Também no entender de Muñhoz e Moser (2012), a regra da recepção adotada pela CISG é mais adequada ao contrato internacional, pois dá maior segurança quanto ao momento da celebração do contrato e, com isso, evita gastos desnecessários do aceitante que age em confiança (*reliance*), sem que o contrato esteja devidamente formado.

Por fim, DiMatteo e Ostay (2011) entendem que a CISG adotou a solução mais eficiente ao prever a regra da recepção, pois esta atribui o risco de falhas na comunicação a quem está em melhores condições de suportá-lo, o aceitante.

4.4.2.4 Identidade entre proposta e aceite

Como descrito na seção anterior, a regra geral para formação do contrato determina que o encontro de vontades deve guardar perfeita identidade, ou seja, o que é aceito deve ser precisamente igual ao que é ofertado, ao que a doutrina estrangeira dá o nome de *mirror image rule* (SCHWENZER; FOUNTOULAKIS; DIMSEY, 2012).

A CISG, porém, adota a regra com certo temperamento, pois admite a formação do contrato quando os elementos da aceitação não alterem substancialmente os termos da proposta (artigo 19(2)). O Código Civil não possui previsão semelhante, pelo que vale a regra geral do artigo 431 de identidade entre oferta e proposta.

Na opinião de Faria (2014), a solução da CISG é mais adequada em negociações internacionais em que as partes trocam termos gerais de contratação

constantemente. De fato, no plano internacional, os modelos contratuais ou contratos-padrão assumem papel relevante na dinâmica contratual (GLITZ, 2010). Com isso, a aplicação rigorosa e estrita do artigo 431 do Código Civil invalidaria grande número de contratações, o que ocasionaria o reenvio de mercadorias para os portos de origem, o que gera custos e transtornos indesejados no fluxo comercial.

A regra da CISG combate o comportamento oportunista daquele que pretende descumprir o contrato ao argumento de que o ajuste não fora sequer formado (MUÑHOZ; MOSER, 2012). Dentro dessa linha de raciocínio, vê-se que a Convenção atende ao quanto propugnado por Mackaay ao trata da teoria econômica do contrato (2013), no sentido de que a regulação jurídica da formação do contrato deve evitar dois extremos: o primeiro quanto à formação prematura do acordo sem a devida união de vontades; e o segundo, exigir tantos requisitos para sua formação a ponto de dar ensejo ao comportamento oportunista de tentar escapar ao dever contratual.

Ao prever a formação do contrato diante da declaração de aceite com modificações secundárias da proposta, a Convenção se enquadra na noção de combate ao comportamento oportunista.

4.4.3 Ineficiência do regime de comunicações da CISG

Formado o contrato, os direitos e deveres das partes contratantes estão definidos na Parte III da Convenção, que estabelece uma regra geral para comunicações nos seguintes termos:

Artigo 27

Salvo disposição expressa em contrário nesta Parte da Convenção, se qualquer notificação, pedido ou outra comunicação for feita por uma das partes de conformidade com esta Parte da Convenção, por meios adequados às circunstâncias, o atraso ou erro na transmissão de ou o fato de não ter chegado a seu destino não prejudicará o direito desta parte de valer-se da referida comunicação.

Como se vê da redação do dispositivo em questão, feita a comunicação em circunstâncias adequadas, “o destinatário suporta o risco de sua perda, atraso ou alteração no curso da transmissão”⁹⁵ (SCHROETER, 2010, p. 447, tradução livre).

Do ponto de vista da análise econômica, a regra é ineficiente, pois não distribui adequadamente os ônus às condutas das partes. Como ensina Mackaay (2013), o direito contratual deve ter como premissa a estruturação de regras que atribuam os ônus à parte que estiver em melhores de suportá-los (*cheapest cost avoider*).

A partir dessa premissa, a solução mais eficiente seria a de que aquele que efetua a comunicação deve arcar com as consequências do ato até que a outra parte seja efetivamente notificada. Afinal, quem procede à comunicação tem menores custos para tomar medidas e precauções que garantam o envio correto do comunicado e também o seu recebimento pela outra parte. É o que defende Posner (1998), quando afirma que a parte que escolhe o método de comunicação é que está em melhor condição de suportar o risco; além disso, a ciência de que lhe será imputável o prejuízo da não comunicação adequada aumenta seus incentivos para tomar as devidas precauções (POSNER, 1998).

Por tais razões, conclui-se que a opção da Convenção no artigo 27 não é a mais eficiente. Diante dessa constatação, vale examinar como as partes podem contornar tal ineficiência. É possível identificar dois caminhos.

O primeiro seria simplesmente declarar a não aplicação do artigo 27 àquela relação jurídica, solução possível à luz da CISG, que dá às partes liberdade para afastar a incidência de suas regras (artigo 6). Essa solução não é tão eficiente, porque deixa um estado de insegurança quanto à regra jurídica aplicável em caso de litígio a respeito do assunto.

O segundo caminho é a elaboração de cláusula contratual específica, que regule a matéria e imponha expressamente o ônus à parte que efetua a comunicação. Dessa forma, adota-se a solução que parece ser mais eficiente sob o ponto de vista da distribuição de ônus às partes, bem como se evita o estado de insegurança decorrente da simples declaração de não aplicação do artigo 27.

⁹⁵ No original: “[...], the recipient bears the risk of its loss, delay, or alteration in the course of transmission.”

4.4.4 Regime jurídico do inadimplemento

A CISG possui regime jurídico próprio a respeito do inadimplemento contratual e das medidas colocadas à disposição das partes, tema examinado em seus contornos jurídicos no item 3.9 *retro*. Há aspectos importantes a analisar a respeito da eficiência.

4.4.4.1 Violação essencial do contrato

O princípio que norteia a Convenção no que toca ao inadimplemento é o da preservação do contrato tanto quanto possível. É dizer, suas regras são voltadas a evitar a rescisão contratual e garantir formas de que a relação jurídica alcance seu objetivo final, que é o fluxo internacional de mercadorias.

Diante das características do comércio internacional, o encerramento do contrato com o retorno ao *status quo ante* pode ser bastante dispendioso para ambas as partes, como explicitam Huber e Mullis (2007, p. 182, tradução livre)⁹⁶:

A rescisão do contrato por entrega defeituosa leva à restituição dos bens originalmente entregues e possivelmente à restituição do dinheiro pago pelo comprador. A restituição dos bens em particular pode levar a custos e riscos consideráveis, que poderiam ser evitados se o contrato não fosse resiliado e se o interesse do comprador em receber mercadorias conformes ao contrato fosse remediado pelo pagamento de perdas e danos. Do ponto de vista econômico, portanto, a rescisão pode provar-se uma medida bastante custosa.

É nesse contexto do comércio internacional que a Convenção estrutura seu sistema de inadimplemento, cujo pilar é o conceito de violação essencial do contrato, que estabelece que a violação contratual por uma parte deve acarretar à outra “prejuízo de tal

⁹⁶ No original: “Termination of the contract for defective delivery leads to a restitution of the goods originally delivered and possibly to a restitution of money paid by the buyer. Restitution of the goods in particular may lead to considerable costs and risks which could be avoided if the contract were not terminated and if the buyer’s interest in getting conforming goods were remedied by either repair or a claim for damages. From an economic perspective, therefore, termination may prove to be a very expensive remedy.”

monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato” (artigo 25).

Além da necessidade de caracterização da violação essencial para rescisão contratual, há outros dispositivos que permitem sanar desconformidades para dar continuidade ao contrato, como o *right to cure* (artigo 37) e o *Nachfrist* (artigo 47).

As soluções dadas pela CISG para corrigir os rumos do contrato são elogiadas por Dolganova e Lorenzen (2009), ao argumento de que preservam a relação comercial e evitam a quebra contratual abrupta. Os autores (2009) destacam que a compra e venda internacional envolve o envio de mercadorias para diversos pontos do planeta, de modo que a devolução das mercadorias à origem não é tarefa simples.

Por sua vez, para Dimatteo e Ostas (2011), a regra do artigo 25 protege principalmente o vendedor, o que é adequado às peculiaridades de uma transação internacional. A sistemática do *Uniforme Commercial Code dos Estados Unidos* – semelhante ao modelo inglês – é o de que qualquer falha na prestação do vendedor dá ao comprador o direito de rescisão. Essa regra se justifica no mercado doméstico, em que o vendedor possui como saída a revenda do bem em mercado secundário com relativa facilidade – o mesmo vale para o mercado de *commodities* (DIMATTEO; OSTAS, 2011). Já em relação à compra e venda internacional, é mais difícil para o vendedor realizar tal revenda e o reenvio da mercadoria estando em país distante do local para onde os bens foram originalmente enviados. Atenta a esse contexto, a CISG limita o direito de rescisão do comprador (DIMATTEO; OSTAS, 2011).

Essa foi uma escolha mais eficiente, pois é o comprador quem está em melhores condições de usar ou revender os bens que não atendem às conformidades contratuais (DIMATTEO; OSTAS, 2011). De modo a contrabalancear a relação, a Convenção garante ao comprador o direito de reduzir unilateralmente o preço (artigo 50), solução não encontrada no sistema da *common law* (DIMATTEO; OSTAS, 2011). Em suma, o vendedor não arca com os custos de redirecionamento dos bens, e o comprador é ressarcido pela redução do preço.

Pelo exposto, pode-se concluir que a ênfase dada pela CISG à preservação do contrato de compra e venda internacional é eficiente do ponto de vista econômico.

4.4.4.2 A ineficiência da regra do artigo 28 da CISG

Um dos remédios jurídicos previstos na Convenção para o caso de inadimplemento é o cumprimento específico da obrigação, previsto no artigo 46 para o comprador e no artigo 62 para o vendedor. É a hipótese em que a parte que sofreu o inadimplemento pode exigir da outra o efetivo cumprimento de suas obrigações contratuais.

A utilização dessa medida depende do atendimento do requisito estabelecido no artigo 28 da Convenção:

Se, de conformidade com as disposições da presente Convenção, uma das partes tiver o direito de exigir da outra o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regidos pela presente Convenção.

Nos termos do artigo 28, o cumprimento específico da obrigação somente pode ser exigido se, à luz do ordenamento jurídico da parte inadimplente, houver amparo jurídico para tal exigência. Nesse ponto, a aplicação de dispositivo da Convenção fica subordinada à autorização do direito positivo da parte inadimplente.

Enquanto nos países de *civil law* o cumprimento específico da obrigação é medida adotada em larga escala, nos países de *common law*, por exemplo, as hipóteses de execução específica são mais restritas (POLINSKY, 2011).

A regra é claramente ineficiente, pois vai contra o cerne da ratificação de tratados internacionais, que é a uniformização de regimes jurídicos. Os Estados contratantes da CISG nivelam seu tratamento jurídico sobre a compra e venda internacional de mercadorias, o que reduz a assimetria informacional e os custos de transação (WALD; COSTA; VIEIRA, 2013).

Todo esse raciocínio é anulado no caso do cumprimento específico da obrigação, pois a parte que negocia o contrato não tem acesso fácil e direto à informação sobre o exercício desse direito. Haverá necessidade de perscrutar o ordenamento de outro país, o que gera custo de descoberta do direito aplicável (TIMM; MOSER, 2013).

Pense-se, por exemplo, num contrato de compra e venda internacional em que o comprador é uma empresa chinesa e o vendedor é brasileiro. Embora ambos os países

sejam contratantes da CISG, o empresário chinês precisará buscar aconselhamento jurídico sobre o regime jurídico brasileiro de cumprimento específico de obrigações. A existência de maiores obstáculos no curso do negócio pode acarretar (i) a sua não realização se o contratante for avesso ao risco (COOTER; ULEN, 2010) ou (ii) o aumento do preço da contratação, a desaguar em contratações ineficientes (RIBEIRO, M.; GALESKI JÚNIOR, 2009).

Diante disso, é possível divisar duas soluções mais eficientes para a questão.

A primeira seria a CISG garantir o direito ao cumprimento específico, independentemente do regime jurídico do país da parte inadimplente. Todas as regras da Convenção adotam essa metodologia, ou seja, afora eventuais reservas, suas regras aplicam-se à compra e venda internacional de mercadorias em detrimento de eventuais regras conflitantes nos ordenamentos jurídicos dos Estados contratantes em razão do princípio da especialidade (*lex specialis*) (WALD; COSTA; VIEIRA, 2013). Nesse caso, não haveria assimetria informacional, nem custos de busca de informações sobre o direito positivo da outra parte. Essa opção possui a desvantagem de potencialmente representar maior dificuldade para adesão de países, que podem não concordar com o sistema de cumprimento específico.

A segunda solução seria silenciar a esse respeito, ou seja, não prever no corpo da Convenção o remédio jurídico do cumprimento específico da obrigação. Nesse cenário, tal possibilidade teria de ser negociada pelas partes em seu contrato, o que também evita custos de superação da assimetria informacional por decorrer diretamente da autonomia da vontade manifestada pelas partes. Essa solução tem o inconveniente de aumentar custos de transação *ex ante* pela negociação a respeito durante a elaboração da minuta contratual (WILLIAMSON, 1985).

Em suma, há soluções mais eficientes a respeito do cumprimento específico da obrigação do que a fórmula adotada pela Convenção em seu artigo 28.

4.4.4.3 Rescisão contratual

De acordo com o regramento da CISG, caracterizada uma violação essencial do contrato, a parte prejudicada pode declarar a rescisão contratual; também é possível a rescisão se a parte não cumpre sua obrigação no prazo suplementar concedido – tudo conforme artigos 49 (comprador) e 64 (vendedor) já examinados do ponto de vista jurídico na seção anterior.

A questão a analisar neste tópico é quanto à eficiência deste regramento frente ao direito positivo brasileiro. No Código Civil, a matéria está regulada pelo artigo 474, que prevê: “A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial”.

Da leitura da regra acima, é possível perceber que, se não houver cláusula contratual expressa que preveja a possibilidade de rescisão da relação jurídica em caso de inadimplemento, a parte prejudicada precisará recorrer ao Judiciário para se desvincular da parte inadimplente.

A opção do Código Civil é de inspiração francesa e tem como base o intuito de proporcionar maior estabilidade aos negócios por evitar o comportamento precipitado de encerrar a relação jurídica (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006). Em contraposição a essa sistemática, o direito alemão autoriza que a parte prejudicada pelo inadimplemento da outra declare a resolução do contrato, sem necessidade de intervenção judicial (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006). A sistemática vige no Brasil desde o Código Civil de 1916. À luz desse regramento, indicava Pontes de Miranda (1962, p. 349-350):

Os contratantes podem preestabelecer que, infringida alguma cláusula explícita, se opere de pleno direito a resolução ou a rescisão. Então, não se precisa de propositura de ação. A manifestação de vontade, a esse respeito, há de ser expressa e sem qualquer dúvida. Na dúvida, só se há de entender que a resolução ou a rescisão só se dá por sentença do juiz.

Por sua vez, a CISG não faz distinção entre cláusula expressa ou tácita. À semelhança do regramento alemão, diante do inadimplemento essencial, autoriza-se a rescisão contratual por simples declaração da parte prejudicada.

O sistema da Convenção é mais eficiente do que o adotado pelo Código Civil por gerar menores custos de transação. Isso pode ser demonstrado (i) tanto pelo aspecto da necessidade de intervenção do Judiciário, (ii) quanto pela diferença de tratamento entre cláusula resolutiva expressa ou tácita. Vale examinar cada ponto separadamente.

4.4.4.3.1 Necessidade de intervenção judicial

A necessidade de se recorrer ao Judiciário, prevista no Código Civil, aumenta consideravelmente os custos de contratação, pois na compra e venda internacional regulada pela CISG as partes possuem estabelecimentos em países distintos (artigo 1(1)(a)). Se a parte prejudicada propuser a demanda em seu país de origem, terá possivelmente menores custos com a contratação de advogados locais, mas maiores custos com a comunicação de atos processuais no país da parte inadimplente (citação internacional e tradução de documentos, por exemplo). Além disso, a efetividade da decisão judicial fica sujeita ao reconhecimento daquela decisão no país estrangeiro, o que depende de acordos de cooperação ou do procedimento local para tal reconhecimento (ARAÚJO, 2011). Por outro lado, se a parte prejudicada optar pela propositura da ação no país da parte inadimplente, incorrerá em maiores custos com a contratação de profissionais estrangeiros, bem como terá maiores custos para acompanhar o processamento do litígio.

Todos esses custos desaparecem no sistema da CISG. Desnecessária a intervenção judicial, a rescisão tem apenas o custo da comunicação à outra parte, que pode ser feita por qualquer meio (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009), como por um email ou por correspondência escrita ou, ainda, telefonema (se o Estado contratante da parte inadimplente não tiver feito a reserva de forma escrita).

Outro ponto a considerar é que a intervenção judicial deixa a relação jurídica em um estado de suspensão enquanto durar a demanda, ou seja, paira dúvida e insegurança sobre o destino do contrato durante todo o litígio, que pode durar anos para ser resolvido. O comércio internacional de mercadorias se dá em velocidade e escala bastante elevados; contratos são firmados, executados e encerrados aos milhares

diariamente. Daí a necessidade de um modelo jurídico mais célere que permita a pronta rescisão contratual. No modelo da CISG, a parte prejudicada pelo inadimplemento pode buscar imediatamente outras oportunidades contratuais (MULLER-CHEN, 2010).

Como destaca Faria (2014), as características do comércio internacional deixam patentes que a dependência de ordem judicial para resolver um contrato não é solução viável, pois as partes estão distantes, há custos significativos com o litígio e o grau de ineficácia da via judicial é alta. Na Convenção, basta a declaração da parte lesada.

Além disso, a intervenção judicial (ou arbitral) não fica completamente afastada pela sistemática da CISG, não há negativa de acesso à intervenção de um terceiro imparcial para analisar o caso. Declarada a rescisão contratual pela parte que se disse prejudicada pela violação essencial do contrato, a outra supostamente inadimplente pode buscar a via judicial ou arbitral para demonstrar o erro na conduta da primeira e pleitear o cumprimento do contrato ou perdas e danos.

A diferença é que, no sistema do Código Civil, a rescisão de contrato sem cláusula resolutiva expressa demanda atuação judicial *ex ante*, ou seja, é requisito prévio e essencial ao encerramento da relação jurídica contratual. Já no modelo da Convenção, a intervenção judicial é *ex post*, posterior à rescisão contratual e apenas eventual, caso a parte inadimplente não concorde.

Em suma, a dependência da intervenção judicial é menos eficiente, razão por que o sistema da CISG atende melhor às características do comércio internacional de mercadorias.

4.4.4.3.2 Diferença de tratamento entre cláusula resolutiva expressa e tácita

Também a análise da distinção entre cláusula resolutiva expressa e tácita leva à conclusão pela superioridade da Convenção sobre o Código Civil.

Pelo regramento da lei brasileira, a parte que não deseja depender *ex ante* da intervenção judicial pode evitar tais custos por meio da inserção de cláusula contratual específica que autorize a rescisão em caso de inadimplemento. Ausente a cláusula contratual, será necessária a intervenção do Judiciário.

Aqui se está diante da correlação que faz Williamson (1985) entre os custos de transação *ex ante* e *ex post*. Para evitar o custo *ex post* de depender do Judiciário, a parte precisa incorrer em maiores custos *ex ante* para negociar e redigir um contrato mais completo, de modo a prever a possibilidade de rescisão por simples declaração. Dentro dessa lógica, se não enfrentar tais custos *ex ante*, poderá ter maiores custos *ex post* para rescindir o contrato.

Ao observar o regramento da CISG, é possível perceber que ela reduz tanto custos *ex ante*, quanto custos *ex post*. As partes não precisam negociar cláusulas de rescisão em seu contrato (*ex ante*), nem precisam recorrer ao Judiciário (*ex post*) para encerrar a relação jurídica.

Além disso, as partes podem contar com essa sistemática mais eficiente tanto em contratos escritos, quanto em contratos orais. É dizer, todo contrato de compra e venda internacional de mercadorias pode valer-se da rescisão mediante simples declaração à outra parte sem intervenção judicial. Já no Código Civil, esse custo somente pode ser evitado em contratos escritos, em que a parte insere cláusula resolutiva expressa. Ausente o contrato formalizado por escrito, a necessidade de intervenção do Judiciário é inexorável (GOMES, O., 2007).

Diante dos argumentos examinados nos tópicos anteriores, é possível concluir que a CISG contém um regime jurídico mais eficiente do que o Código Civil a respeito da rescisão contratual.

4.4.4.4 Redução do preço

Outro remédio jurídico de que pode lançar mão a parte prejudicada pelo inadimplemento é a redução do preço; no caso, trata-se de direito que cabe somente ao comprador (artigo 50). O exercício desse direito na CISG não depende do tipo de desconformidade da mercadoria entregue pelo vendedor, nem de intervenção judicial, sendo suficiente a comunicação à parte inadimplente do exercício desse direito (MULLER-CHEN, 2010).

O Código Civil também autoriza o comprador a reduzir o preço pago por mercadorias defeituosas, como prevê o artigo 442: “Em vez de rejeitar a coisa, redibindo o contrato (art. 441), pode o adquirente reclamar abatimento no preço”.

O direito à redução de preço no Código Civil é restrito a vícios ocultos e não permite o seu exercício por simples ato da parte prejudicada. Como deixam claro Tepedino, Barboza e Moraes (2006, p. 66): “Este abatimento da prestação não pode ser imposto pelo adquirente ao alienante, antes devem fazê-lo por consenso. Caso não o alcancem, pode o adquirente propor a respectiva ação”.

Ao comparar ambos os regimes jurídicos, é possível afirmar que a solução da Convenção é mais eficiente do que a do Código Civil por reduzir custos de transação.

As razões apresentadas no tópico anterior sobre a rescisão contratual valem também para a questão aqui examinada. A dependência do Judiciário ou da via arbitral como requisito *ex ante* para o exercício do direito eleva custos de transação, ao passo que a postergação da intervenção judicial (ou arbitral) para momento *ex post* e eventual os reduz.

Além disso, o Código Civil garante o direito à redução do preço apenas em relação a vícios ocultos, enquanto a CISG permite o exercício de tal direito para qualquer desconformidade. Com isso, a Convenção evita maiores discussões sobre a natureza do vício, se oculto ou aparente, distinção esta que nem sempre é de fácil detecção, além de importar em diferentes prazos de notificação e de prescrição (SCHWENZER; HACHEM, 2009).

Por tais razões, conclui-se que a disciplina para redução do preço na CISG é mais eficiente no objetivo de reduzir custos de transação do que a previsão do Código Civil.

4.4.4.5 Suspensão do cumprimento do contrato

Nos termos do que estabelecem os artigos 71 a 73, a CISG autoriza que uma das partes deixe de cumprir seu dever contratual ou, ainda, que rescinda o contrato ao identificar que a outra parte não terá condições de satisfazer a contraprestação.

Os três dispositivos tratam de intercorrências no curso do contrato e devem ser examinados em conjunto. O artigo 71 autoriza a suspensão do contrato quando a prestação da outra parte é incerta; o artigo 72 trata da hipótese em que a parte pode rescindir antecipadamente o contrato; e o artigo 73 disciplina a situação em que as partes possuem prestações sucessivas a adimplir (FONTOULAKIS, 2010).

Trata-se de solução eficiente para o comércio internacional de mercadorias, pois evita custos que adviriam do cumprimento e posterior busca de reparação de perdas e danos pelo inadimplemento da outra parte. Em outras palavras, ao suspender o cumprimento da obrigação ou mesmo declarar a rescisão antecipada do contrato, a parte deixa de incorrer nos custos de cumprimento e também nos custos da satisfação litigiosa de perdas e danos. Além disso, declarada a rescisão contratual antecipada (artigo 72), a parte já pode dispor dos bens para celebração de outros negócios jurídicos. A agilidade proporcionada por tal direito atende às características do comércio internacional, cujo fluxo contratual é sempre bastante célere e intenso.

O paralelo do Código Civil é a exceção do contrato não cumprido, prevista nos artigos 476 e 477, mas com conteúdo mais restritivo e menos completo (FARIA, 2014). É possível fazer o comparativo de ambos os dispositivos com o regramento da Convenção.

Confira-se o quadro da redação comparativa entre os artigos 476 e 477 do Código Civil e o artigo 71 da CISG:

CISG	CÓDIGO CIVIL
<p>Artigo 71</p> <p>(1) Uma parte poderá suspender o cumprimento de suas obrigações se, após a conclusão do contrato, tornar-se evidente que a outra parte não cumprirá parcela substancial de suas obrigações, devido:</p> <p>(a) a grave insuficiência em sua capacidade de cumpri-las, ou em sua solvência; ou</p> <p>(b) à maneira como se dispõe a cumprir ou como cumpre o contrato.</p> <p>(2) Se o vendedor houver expedido as mercadorias antes de se tornarem evidentes os motivos a que se refere o parágrafo anterior, poderá se opor a que o comprador tome posse das mercadorias, ainda que este seja portador de documento que lhe permita obtê-la. Este parágrafo refere-se somente aos direitos respectivos do comprador e do vendedor sobre as mercadorias.</p>	<p>Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.</p> <p>Art. 477. Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la.</p>

(3) A parte que suspender o cumprimento de suas obrigações, antes ou depois da expedição das mercadorias, deverá comunicá-lo imediatamente à outra parte, mas deverá prosseguir no cumprimento se esta oferecer garantias suficientes do cumprimento de suas obrigações.	
--	--

O regramento do Código Civil apresenta uma causa impeditiva da exigibilidade da prestação, como explicam Tepedino, Barboza e Moraes (2006, p. 124): “[...] se uma das partes exigir da outra o cumprimento da prestação sem ter cumprido a sua, pode esta opor em sua defesa o não cumprimento pelo reclamante, deixando de prestar a sua enquanto o outro o não fizer”. Sua aplicação está restrita a contratos cujas prestações sejam simultâneas.

Por sua vez, o artigo 477 do Código Civil trata da suspensão do cumprimento da prestação diante da percepção da diminuição do patrimônio da outra parte. Sua aplicação tem lugar quando as prestações são sucessivas, tendo a natureza de exceção, pelo que não dá o direito à resolução do contrato (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006).

É possível perceber que o artigo 71 da Convenção tem aplicação mais abrangente, pois permite à parte suspender sua performance não apenas em caso de insuficiência patrimonial, mas também diante de outros indícios que ponham em dúvida a capacidade de cumprimento ou o seu modo (artigo 71(1)(a)(b)).

Schlechtriem e Butler (2009, p. 188, tradução livre)⁹⁷ fornecem exemplo de aplicação da suspensão do contrato em caso que não trata de insuficiência patrimonial:

O comprador, com estabelecimento na Suíça, havia comprado 10 fotocopiadoras de uma companhia que trabalhava como distribuidora de uma fabricante X. A entrega estava acertada para 1º de dezembro de 2007. No início de novembro de 2007, o comprador suíço recebe a informação de que a fabricante X fora à falência. O comprador notifica a companhia distribuidora de que iria suspender o pagamento do preço que seria devido em 25 de novembro de 2007. A vendedora fornece ao comprador prova de que já adquiriu fotocopiadoras de outro fornecedor para que possa cumprir

⁹⁷ No original: “The buyer, with seat in Switzerland, had bought 10 photocopiers from the company which worked as the selling agente for the manufacturer X. Delivery was agreed for 1 December 2007. At the beginning of November 2007 the Swiss buyer receives information that the manufacturer was bankrupt. The bhuyer gave notice that it would stip tis payment of the purchase price wich was due on 25 November 2007. The seller provided the buyer with evidence that it had purchased photocopiers from another supplier to be able to fulfil its contractual obligations. Such “evidence” of the ability to deliver despite the bankruptcy of the delivery source has to be adequate assurance under Article 71(3) CISG.”

plenamente suas obrigações contratuais. Tais evidências da capacidade de efetuar a entrega da mercadoria apesar da falência da fabricante atende ao requisito de garantias de que trata o artigo 71(3) da CISG.

No exemplo em questão, a CISG dá à parte proteção que não encontra paralelo no direito brasileiro, pois o artigo 477 do Código Civil permite a retenção da prestação apenas em caso de diminuição patrimonial da parte contratante.

Como as circunstâncias que podem levar ao não cumprimento do contrato vão muito além da insuficiência patrimonial, é possível identificar que as partes contam, na CISG, com uma regra eficiente para evitar possíveis custos decorrentes do inadimplemento futuro.

Além disso, a Convenção também oferta à parte que antevê o descumprimento da outra a possibilidade de rescindir o contrato antecipadamente, nos termos do artigo 72:

Artigo 72

(1) Se antes da data do adimplemento tornar-se evidente que uma das partes incorrerá em violação essencial do contrato, poderá a outra parte declarar a rescisão deste.

(2) Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a rescisão do contrato deverá comunicá-la à outra parte com antecedência razoável, para que esta possa oferecer garantias suficientes de que cumprirá suas obrigações.

(3) Os requisitos do parágrafo anterior não serão aplicáveis quando a outra parte houver declarado que não cumprirá suas obrigações.

Faria (2014) destaca que esse regramento tem vantagens práticas, pois evita custos e permite à parte se precaver de riscos. Por sua vez, Fountoulakis (2010, p. 969-970, tradução livre)⁹⁸ pontua que o dispositivo denota um imperativo de eficiência no curso da relação contratual:

O artigo 72 se refere a distúrbios no curso do cumprimento do contrato. Se, antes da data devida, ficar claro que a outra parte cometerá uma violação essencial do contrato, a parte inocente não precisa aguardar a efetiva ocorrência da quebra, senão pode declarar a rescisão antes da data do

⁹⁸ No original: “Article 72 relates to disturbances in the run-up to the performance of a contract. If, before the due date, it becomes clear that the other party will commit a fundamental breach of contract, the innocent party need not await the occurrence of the actual breach but may declare avoidance prior to the date for performance. On the one hand, the possibility of anticipatory avoidance of contract reflects the idea of efficiency by allowing an early reaction to impending impediments to performance. On the other hand, it arranges for a balanced protection of both parties’ interests: it respects the creditor’s need to regain its freedom of disposition swiftly, though not without giving the debtor a chance to demonstrate its readiness to perform.”

cumprimento de sua obrigação. De um lado, a possibilidade de rescisão antecipada reflete a ideia de eficiência ao permitir uma pronta reação ao iminente obstáculo ao cumprimento. Por outro lado, garante-se uma proteção equilibrada aos interesses de ambas as partes: respeita-se a necessidade do credor de ficar liberado para dispor do bem rapidamente, mas não descarta a possibilidade de o devedor demonstrar sua capacidade de adimplir sua obrigação.

O Código Civil não possui solução semelhante, embora haja debate doutrinário acerca de sua aplicação, a partir dos deveres da boa-fé objetiva ou a partir de uma interpretação extensiva do artigo 476 (ANDRADE, 2011). Tampouco é possível afirmar que há construção jurisprudencial consolidada a respeito do assunto. Em consulta ao banco de dados da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, tendo como parâmetros de pesquisa os termos “violação antecipada”; “quebra antecipada”; “resolução antecipada”; “inadimplemento anterior ao termo”, foi possível identificar apenas um caso de aplicação do instituto, em julgado do ano de 2001^{99, 100}.

Daí a conclusão de que a solução legal contida da CISG é eficiente para o comércio internacional de mercadorias e não encontra paralelo no direito de compra e venda nacional.

4.4.4.6 Indenização por perdas e danos

A reparação por perdas e danos está regulada na Convenção nos artigos 74 a 77. No Código Civil, o tema é tratado nos artigos 389 a 393, e também nos artigos 402 a 405. Há diversos aspectos a examinar, que estão divididos em subtópicos para melhor compreensão.

⁹⁹ Pesquisa realizada em 8 de janeiro de 2015.

¹⁰⁰ PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Resolução. Quebra antecipada do contrato.

- Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissário comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou.

- Recurso não conhecido.

(REsp 309.626/RJ, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2001, DJ 20/08/2001, p. 479)

4.4.4.6.1 Ordem legal de preferência

O primeiro ponto a destacar é que esse remédio jurídico pode ser utilizado a exclusivo critério da parte prejudicada pelo inadimplemento. É dizer, ainda que seja possível a prestação tardia da obrigação pela parte inadimplente, a parte prejudicada não é obrigada a buscar o cumprimento específico da obrigação. Desde que se trate de violação essencial ao contrato, a parte pode pleitear de imediato as perdas e danos (SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009). Já à luz do sistema jurídico brasileiro, dá-se preferência ao cumprimento específico da obrigação (TIMM, 2012; TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007).

Nesse ponto, a CISG dá maior espaço de liberdade às partes e evita discussões litigiosas sobre a possibilidade ou não de cumprimento específico da obrigação. Tendo a parte optado pelas perdas e danos diante de violação essencial do contrato, fica superada a alegação da parte contrária de que ainda poderia cumprir a obrigação.

4.4.4.6.2 Requisitos

No que toca ao requisito para apuração de perdas e danos, há pontos de identidade e de diferenças entre ambos os regimes.

O artigo 74 da CISG prevê o seguinte:

Artigo 74

As perdas e danos decorrentes de violação do contrato por uma das partes consistirão no valor equivalente ao prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes, sofrido pela outra parte em consequência do descumprimento. Esta indenização não pode exceder à perda que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento do contrato.

Em sua primeira parte, o dispositivo garante à parte prejudicada pelo inadimplemento o ressarcimento do prejuízo sofrido, inclusive lucros cessantes. É o que o *common law* identifica como *expectation damages* (TIMM, 2012).

Por sua vez, o Código Civil prevê, de forma semelhante, que “as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar” (art. 402).

A parte final do artigo 74, porém, se afasta do regramento do direito contratual brasileiro atual. A Convenção exige o requisito da previsibilidade do dano para a parte inadimplente, ou seja, a indenização está limitada pelo que a parte inadimplente previu ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato.

O Código Civil atual não possui requisito semelhante, embora o tivesse o Código Civil de 1916, que estabelecia no parágrafo único do artigo 1.059 a previsibilidade do dano como requisito da indenização: “O devedor, porém, que não pagou no tempo e forma devidos, só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação”.

O princípio adotado pelo Código Civil atual é o da *restitutio in integrum*, de modo que o “devedor responderá por todos os prejuízos causados ao credor, sejam eles previsíveis ou não, desde que razoáveis, em se tratando de lucro cessante” (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2007, p. 734). Ainda assim, na opinião de Faria (2014), como o artigo 403 limita os lucros cessantes ao que for decorrência “direta e imediata” da inexecução, o resultado prático é semelhante ao da CISG, pois, com base no critério da Convenção, tem-se afastado o dano cuja relação de causalidade com o inadimplemento seja remota.

No entender de Huber e Mullis (2007), ao limitar a responsabilidade ao que seria previsível no momento da conclusão do contrato, permite-se que as partes tenham melhores condições de avaliar os riscos do negócio durante as negociações, inclusive para se abster de contratar diante das circunstâncias. Nesse contexto, a regra da CISG parece dar maior certeza quanto ao que poderá ser pago a título de perdas e danos do que o regime do Código Civil.

Cientes as partes de que somente será indenizado o que possa ser previsto no momento da conclusão do contrato, o comprador, por exemplo, pode indicar em suas correspondências ao vendedor em que lhe será útil a mercadoria comprada, bem como pode inserir aspectos fáticos a esse respeito nos “considerandos” no início do contrato escrito. Se tal revelação não contrariar interesses comerciais do comprador, a prática de

indicar a utilidade da mercadoria ao vendedor pode servir para salvaguardar os interesses do primeiro em caso de inadimplemento contratual do segundo.

Do ponto de vista dos incentivos gerados às partes, todo regramento de direito contratual sobre inadimplemento procura superar o paradoxo do dever de reparação de que trata Mackaay (2013), segundo o qual qualquer das formas de reparação dá margem ao comportamento oportunista das partes.

A regra da CISG parece equacionar de forma eficiente a questão. Ao garantir a reparação de perdas, inclusive lucros cessantes (*expectation damages*), criam-se incentivos eficientes para evitar a quebra do contrato (POLINSKY, 2011) – é o que garante a CISG na primeira parte do artigo 74. Por outro lado, a reparação integral de perdas traz consigo o risco moral de o credor se exceder nos gastos em confiança (*reliance expenditures*) (POLINSKY, 2011). Esse risco é, por sua vez, minimizado pela segunda parte do artigo 74, que limita a reparação ao que a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato. O requisito da previsibilidade dos prejuízos para reparação gera na outra parte o cuidado na realização de gastos decorrentes do contrato.

Por fim, destaca-se que, em ambos os regramentos, não se admite o pleito de *punitive damages* (HUBER; MULLIS, 2007; TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006).

4.4.4.6.3 Cálculo

Conforme examinado no item 3.9.4.2 *retro*, a CISG contém previsões sobre o cálculo da indenização em caso de realização de negócio substitutivo em concreto e em abstrato (artigos 75 e 76). O Código Civil não possui disposição semelhante.

A vantagem da existência de tal previsão na Convenção é reduzir potencialmente o tempo de litígio, judicial ou arbitral. Se a parte prejudicada pelo inadimplemento realizou efetivamente negócio substitutivo (artigo 75), poderá juntar a documentação pertinente, o que permitirá à corte julgadora identificar de forma relativamente simples o prejuízo auferido. “O artigo 75, assim, facilita o cálculo e a prova

dos prejuízos do promissário pelo inadimplemento”¹⁰¹ (SCHWENZER, 2010, p. 1.027, tradução livre).

O custo de obtenção de informações necessárias para execução litigiosa da reparação é ponto relevante para a análise de eficiência do direito contratual (POLINSKY, 2011). Nesse contexto, a reparação com base no cálculo em concreto se baseia em documentos de uma transação comercial que realmente se efetivou, o que facilita a identificação pela corte (judicial ou arbitral) do *quantum* indenizatório.

De outro lado, se o pedido de indenização se ampara no cálculo em abstrato, a corte julgadora tomará por base preços de mercado, que precisarão ser identificados no mercado. A vantagem do cálculo abstrato com base em preço de mercado é que a parte prejudicada não precisa revelar as condições de seus acordos comerciais (HUBER; MULLIS, 2007).

4.4.4.6.4 Mitigação das perdas

O artigo 77 impõe à parte prejudicada pelo inadimplemento o dever de tomar medidas para mitigar os prejuízos. Como prescreve sua parte final, “caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada”.

O Código Civil não possui regra expressa a esse respeito, embora já haja sinalização jurisprudencial para sua aplicação, como se extrai do Enunciado n. 168 do Conselho da Justiça Federal. Ainda que o direito brasileiro venha consolidando esse dever a partir da interpretação do conteúdo da boa-fé objetiva, a existência de regra expressa na Convenção é mais eficiente, pois dá maior clareza às partes contratantes sobre a conduta que devem adotar.

A regra da CISG tem a clara função de combater o comportamento oportunista decorrente do risco moral do credor vítima do inadimplemento. Como sua reparação inclui perdas e lucros cessantes (artigo 74), há sempre o risco moral de que não

¹⁰¹ No original: “Article 75 thereby facilitates the promisee’s calculation and proof of loss due to non-performance.”

tome providência alguma para evitar perdas à outra parte – com alerta Mackaay (2013) a respeito de contratos em geral. O artigo 77 serve de contraponto à reparação integral, ao prever que a parte inadimplente pode requerer a redução do valor do prejuízo que poderia ter sido evitado.

4.5 VICISSITUDES

Como visto ao longo do presente estudo, a adesão à CISG tem potencial para contribuir para o aumento do fluxo de comércio internacional brasileiro.

Entretanto, é preciso atentar para alguns pontos que se contrapõem a uma visão mais entusiasmada quanto aos efeitos da adesão por serem obstáculos à efetiva redução dos custos de transação e da assimetria informacional.

4.5.1 Incompletude da CISG

De modo geral, a principal função do direito contratual é oferecer às partes um conjunto de regras-padrão que evite o desgaste de negociações a seu respeito (MACKAAY, 2013). Quanto menos completo for o conjunto de regras-padrão, mais ineficiente será em evitar o custo da negociação (DIMATTEO; OSTAS, 2011).

Como se extrai de seu próprio texto, a Convenção não é um instrumento legal completo, ou seja, não trata de todas as questões referentes a uma contratação internacional:

Artigo 4

Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente:

- (a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume;
- (b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.

Artigo 5

A presente Convenção não se aplica à responsabilidade do vendedor por morte ou lesões corporais causadas pelas mercadorias a qualquer pessoa.

A CISG não cuida da validade do contrato, da transferência de propriedade, nem da responsabilidade civil por danos causados pela mercadoria vendida. Diante desse vácuo legal, abrem-se duas alternativas às partes, (i) negociar a esse respeito ou (ii) silenciar. As consequências do ponto de vista da análise econômica são examinadas a seguir.

4.5.1.1 Negociar a respeito

Se as partes negociarem sobre esses aspectos do contrato, os custos de transação *ex ante* se elevam (WILLIAMSON, 1985), o que significa que a CISG tem um potencial de redução do tempo de negociações delimitado. Em outras palavras, além de questões centrais do contrato – como preço, condições de pagamento, qualidade e quantidade do produto –, as partes não estão livres de enfrentar a negociação quanto a alguns aspectos jurídicos do negócio.

Como a racionalidade é limitada, o contrato, ainda que exaustivamente disciplinado pelas partes – com alto custo de transação *ex ante* –, não deixará de ter eventuais falhas ou pontos omissos (COOTER; ULEN, 2010). Assim, durante tais negociações, a parte com maior poder de barganha pode impor à outra cláusula de lei aplicável, notadamente a de seu país de origem¹⁰². Assim, para todos os demais pontos não disciplinados pela CISG, será aplicável a lei do país de uma das partes contratantes. Subsiste, nesse caso, alto nível de assimetria informacional para a outra parte, que precisará incorrer em alto custo de busca de aconselhamento jurídico sobre o direito estrangeiro.

¹⁰² Faz-se aqui a ressalva de que, no Brasil, o litígio teria de ser levado à arbitragem, pois a LINDB não permite a escolha de lei aplicável para litígios solucionados pelo Judiciário.

4.5.1.2 Silenciar

Por outro lado, as partes podem adotar como solução não negociar a respeito. Tal solução mantém os custos de transação *ex ante* mais baixos (WILLIAMSON, 1985), com a vantagem de haver diversos pontos da relação contratual já disciplinados pela CISG. No entanto, advindo litígio que trate de aspecto não disciplinado no contrato, nem na CISG, as partes estarão sujeitas a alto grau de insegurança jurídica, pois será preciso buscar o direito aplicável pelas regras de direito internacional privado.

Nesse contexto, a adesão à CISG não contribui para a melhoria do ambiente de negócios brasileiro. O marco institucional brasileiro sobre direito internacional privado adota a regra de que a obrigação se reputa constituída no local em que residir o proponente (LINDB, art. 9º, § 2º). Tal identificação não é tão simples quando as partes trocam diversas minutas contratuais, e também gera dificuldade quando o litígio envolve mais de um contrato entre as partes, pois o proponente de cada um pode ser diferente (FARIA, 2014).

Em resumo, os custos de transação *ex post* serão altos. Segurança e previsibilidade são extremamente importantes para o trânsito do comércio internacional, razão por que as partes contratantes precisam estar alertas para a aplicação da CISG, tanto em relação aos assuntos tratados pela Convenção, quanto por aqueles nela não disciplinados (DIMATTEO; OSTAS, 2011). Ao não tratar de diversos assuntos do direito contratual, a CISG deixou de prover de modo mais eficiente segurança e estabilidade às relações comerciais internacionais (DIMATTEO; OSTAS, 2011).

4.5.2 O *opt out* da CISG

A Convenção é um instrumento formal de regulação de contratos internacionais e, tendo sido incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, passa a regular a compra e venda internacional de mercadorias.

No entanto, forte na premissa da liberdade contratual, a CISG permite às partes afastar sua aplicação, como se vê do artigo 6: “As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no artigo 12”.

A aplicação desse dispositivo é o que a doutrina estrangeira chama de *opt out*. É preciso observar, porém, que a CISG não pode alcançar seu objetivo de reduzir custos de transação e facilitar o comércio se não é usada com frequência pelas partes (SPAGNOLO, 2009a). Em outras palavras, quanto maior o número de exclusões (*opt-out*) da CISG, menores as chances de tais objetivos serem alcançados.

É possível identificar ao menos três razões mais frequentes para o *opt out*, que são (i) o maior poder de barganha de uma das partes; (ii) falta de estudo sobre a CISG; e (iii) a peculiaridade do mercado da contratação internacional.

4.5.2.1 Maior poder de barganha de uma das partes

A CISG foi elaborada por um grupo de especialistas de diversas nacionalidades, no contexto de uma instituição internacional que congrega diversos países, a Organização das Nações Unidas. Bem por isso, a Convenção é considerada um modelo legal neutro, que equilibra os direitos de ambas as partes, comprador e vendedor, e que pode ser aplicada tanto pelo sistema de *civil law*, quanto de *common law* (SCHWENZER; HACHEM, 2009).

É preciso perceber, porém, que nem sempre as partes desejam a aplicação de um diploma legal neutro e equilibrado para reger suas obrigações comerciais. Quando uma das partes tem um poder de barganha muito forte na negociação, esta tende a impor a sua legislação local e faz a opção pela não aplicação da Convenção. A parte com maior poder de barganha impõe sua escolha de lei como um exercício para reafirmação desse poder, ainda que a escolha não esteja racionalmente fundamentada para as peculiaridades do caso concreto (SPAGNOLO, 2009a). Essa conduta é verificada com frequência, por exemplo, nos Estados Unidos, em que os advogados responsáveis pela elaboração dos contratos de grandes sociedades empresárias preferem aplicar exclusivamente o direito

com que tem contato mais frequentemente, seja o *Uniform Commercial Code* ou uma lei estadual (como Nova Iorque ou Delaware).

Em situações como essa, a adesão do Brasil à CISG não contribui para a redução dos custos de transação, nem tampouco para a redução da assimetria informacional. Afinal, a parte brasileira com menor poder de barganha, a quem for imposta a cláusula de lei aplicável, seguirá tendo alto custo para superar a sua falta de informação sobre o regime jurídico aplicável àquela contratação.

4.5.2.2 Falta de estudo sobre a CISG

A opção pela lei de um determinado país em detrimento da CISG não está sempre associada a uma escolha racional de um regramento mais favorável à parte (por exemplo, uma lei que possua regras mais favoráveis ao vendedor, *seller-oriented*). Com frequência, tal escolha está relacionada simplesmente à falta de conhecimento sobre a própria Convenção.

Segundo pesquisa realizada em 2009 por Spagnolo (2009a), entre 55% e 71% dos advogados nos Estados Unidos excluem a aplicação da CISG em seus contratos “geralmente” ou “tipicamente”. Na Alemanha, esse número é de 45%, na Suíça de 41%, na Áustria de 55% e na China de menos de 37%.

Uma das razões para a exclusão é a falta de familiaridade dos advogados com a Convenção. Esses números variam de 44% de advogados que não têm familiaridade com a Convenção nos Estados Unidos a menos de 2% na Suíça (SPAGNOLO, 2009a). Como se vê, a assimetria informacional quanto ao marco institucional da CISG é muito maior nos Estados Unidos do que na Suíça.

A baixa familiaridade e o conhecimento superficial impedem que se examine se a CISG é a melhor escolha de lei aplicável ao caso concreto. Superar a falta de familiaridade demanda esforço de tempo e dinheiro pelos que lidam com a Convenção, o que serve de argumento para sua simples exclusão (SPAGNOLO, 2009a).

O custo da aquisição desse conhecimento está relacionado também com o tipo de formação adquirida no período da faculdade. Em países cujo currículo inclui

obrigatoriamente o estudo da CISG, como China, Dinamarca e Alemanha, os advogados detêm maior familiaridade com as regras da Convenção (SPAGNOLO, 2009a). Na China, a CISG faz, inclusive, parte do conteúdo da prova para habilitação à advocacia (o exame da Ordem, no Brasil) (HAN, 2008). Em contrapartida, a CISG é pouco estudada em Canadá, Itália, Austrália, Nova Zelândia e Estados Unidos (SPAGNOLO, 2009a).

Quanto menos exposição à CISG nos cursos de graduação, maior sua exclusão na prática advocatícia; via de consequência, menor utilização prática, menor o interesse das faculdades em ensinar o assunto, o que resulta em um ciclo vicioso negativo (SPAGNOLO, 2009a). Para contornar essa situação, seria preciso tornar compulsório o estudo na CISG no currículo das faculdades de Direito.

De igual modo, quanto mais casos julgados pelo Judiciário ou por arbitragem envolvendo a CISG, maior será o interesse-necessidade pelo seu estudo.

Outro ponto importante a respeito dos custos de aprendizado está relacionado ao grau de similitude entre a CISG e a legislação nacional. Há diversas legislações nacionais que, ao serem reformadas, foram influenciadas pela Convenção, como se verifica na China, Holanda e Alemanha (SPAGNOLO, 2009a). Essa proximidade entre legislação nacional e CISG aumenta o interesse de advogados pelo estudo da Convenção.

A familiaridade e o conhecimento sobre a CISG são determinantes para sua aplicação aos contratos. Se o maior poder de barganha aliado à falta de conhecimento leva à exclusão da CISG em contratos com empresas norte-americanas, na China a situação é oposta. Com o crescimento de seu poder econômico, aumenta também o poder de barganha das empresas chinesas, cujos advogados têm maior familiaridade com a CISG, o que resulta na imposição da aplicação da Convenção a seus contratos (SPAGNOLO, 2009a).

Nesse contexto, parece claro que o potencial de redução de custos de transação pela adesão à CISG está ligado ao seu aprendizado no Brasil. É preciso que o advogado brasileiro se familiarize com a Convenção para que o empresário brasileiro possa realizar contratações eficientes, seja por meio da aplicação da CISG, seja, ainda, por sua exclusão racional para aquela hipótese concreta.

4.5.2.3 CISG no mercado de *commodities*

Para analisar de que forma a adesão do Brasil CISG tem impacto no mercado de *commodities*, é preciso pontuar, inicialmente, as peculiaridades desse mercado que fogem à lógica da compra e venda de mercadorias manufaturadas.

A expressão *commodities* engloba uma considerável gama de produtos primários, com baixo grau de industrialização, de qualidade quase uniforme, produzidos em grandes quantidades e por diferentes produtores (WINSOR, 2010). Esses produtos "in natura", cultivados ou de extração mineral, podem ser estocados por determinado período sem perda significativa de qualidade. Possuem cotação e negociabilidade globais, utilizando bolsas de mercadorias (MDIC, 2015). São exemplo de *commodities* grãos, trigo, petróleo, soja, arroz, algodão, minério de ferro, produtos químicos etc. Bens manufaturados, por serem mais específicos, são negociados de forma mais detalhada, ao passo que *commodities* são negociados em um mercado de preços flutuantes, baseado em oferta e demanda, o que coloca sobre as partes pressão para negociações rápidas (WINSOR, 2010). O nível de impessoalidade nos contratos de *commodities* é maior. A prática desse mercado é excluir expressamente a CISG e os INCOTERMS, sendo escolhidos contratos-padrão como os da GAFTA (*Grain and Feed Trade Association*) (WINSOR, 2010).

Nesse mercado, há décadas predomina a escolha da lei inglesa para reger o contrato, assim como para reger a resolução de litígio, tanto pela via arbitral quanto judicial. A Inglaterra possui vasta jurisprudência (arbitral e judicial) sobre tais contratos, pelo que desponta como um dos principais centros de negócios ligados a *commodities* no mundo (WINSOR, 2010).

Em contratos de *commodities*, o valor pago de indenização costuma ser bem superior ao de contratos de produtos manufaturados, o que se justifica em razão do grau de incerteza dessa negociação (WINSOR, 2010). Essa incerteza quanto ao preço negociado no mercado, por sua vez, exige um grau de segurança jurídica elevado a respeito das hipóteses em que o contrato pode ser legalmente rescindido (WINSOR, 2010). Além disso, a cadeia de negociantes de um contrato de *commodities* é usualmente extensa. No período em que o navio sai da origem (ex.: cargueiro de minério de ferro do

Brasil) até o momento em que chega ao porto de destino (ex.: Roterdã, Holanda), o comprador pode ter mudado algumas dúzias de vezes. Os negócios não são realizados com o bem à vista ou sob sua posse, mas por meio da troca de documentos. A doutrina inglesa chega a afirmar que a compra e venda de *commodities* mais se assemelha a uma compra e venda de documentos (CARR, 2009). Daí a necessidade de um regramento jurídico seguro que não prejudique a cadeia de comercialização do produto (WINSOR, 2010).

Nesse contexto, a rescisão contratual desempenha papel importante e o direito inglês fornece amparo jurídico adequado para as peculiaridades desse mercado, pois cláusulas contratuais importantes têm caráter vinculante absoluto (*condition*), ou seja, demandam cumprimento estrito (*strict compliance*), de modo que sua inobservância, por menor que seja, gera imediato direito de rescisão da outra parte (WINSOR, 2010). É o que se verifica com relação ao tempo do cumprimento da obrigação e a entrega de documentos nos estritos termos do contrato. A clareza e a certeza quanto aos deveres dão a ambas as partes a segurança quanto à sua posição contratual (adimplente ou inadimplente), o que evita longas e dispendiosas disputas judiciais (WINSOR, 2010). Essa metodologia do direito inglês não é mais favorável ao comprador ou ao vendedor, mesmo porque no mercado de *commodities* as partes usualmente praticam ambas as operações com grande frequência (WINSOR, 2010).

Aqueles que operam e estudam esse mercado – principalmente autores britânicos – consideram a CISG um modelo legal insatisfatório, por conter muitos conceitos jurídicos indeterminados, como a violação essencial do contrato, prevista no artigo 25 (*fundamental breach*), bem como dá excessiva ênfase à possibilidade de sanar desconformidades na documentação, regras estas que geram insegurança e contrariam a lógica do mercado de *commodities*, sujeito a grandes variações de preços e negociação em bolsas (CARR, 2009).

Feita essa breve introdução aos contornos do mercado de *commodities*, é possível observar o fluxo de comércio internacional brasileiro.

Segundo dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2011), as exportações de *commodities* representaram 51% do total de produtos vendidos pelo Brasil em 2011. Isso poderia dar a impressão de que potencialmente metade das exportações brasileiras não era e continua a não ser regida pela CISG. No entanto, a

adesão à Convenção pode significar redução de custos de transação mesmo no mercado de *commodities*.

É que, a despeito do prestígio e da tradição do direito inglês para reger contratos de *commodities*, diversos estudiosos entendem que a Convenção possui condições de regular tais negócios (SCHWENZER; HACHEM, 2009; WINSOR, 2010; ZELLER, 2008). A Convenção pode ser aplicada na medida da vontade contratual, de modo que as partes podem estabelecer regras contratuais que derogam tácita ou expressamente dispositivos da Convenção (SCHWENZER; HACHEM, 2009). Assim, por exemplo, se a questão temporal é importante para a compra e venda de *commodities*, as partes podem prever a inaplicabilidade do *Nachfrist*, regra do artigo 47 da CISG que permite a concessão de prazo suplementar para sanar desconformidades. De igual modo, no que toca à caracterização da violação contratual para fins do artigo 25, as partes podem prever contratualmente que qualquer desconformidade na documentação entregue pelo comprador ao vendedor será considerada como violação essencial e que dará ensejo à rescisão contratual.

Em suma, diante da liberdade contratual garantida pelo artigo 6 da Convenção, Schwenger e Hachem (2009) entendem que a CISG pode ser aplicada a contratos de *commodities*. Por sua vez, Winsor (2010) acredita que paulatinamente a Convenção venha a ser mais usada também em contratos de *commodities* quando se tratar de partes que não têm qualquer ligação com o direito inglês.

Além disso, é possível identificar casos julgados em que a CISG foi aplicada ao contrato de compra e venda de *commodities*, notadamente em operações de compra e venda direta, em que figuram apenas um comprador e um vendedor (ZELLER, 2008). Em pesquisa nos bancos de dados jurisprudenciais, é possível identificar julgados em que as partes não haviam estipulado cláusula de escolha de lei, e a Convenção foi aplicada para solucionar o litígio (exemplos: CISG-ONLINE, n. 1300 e 2521; PACE DATABASE, *Frozen beef case*).

Portanto, é possível concluir que a adesão do Brasil à CISG pode significar redução da assimetria informacional, na medida em que empresários e advogados terão maior conhecimento sobre esse diploma jurídico, que também é aplicado, ainda que em menor medida, ao mercado de *commodities*.

4.5.3 CISG e o *path dependence*

Usualmente, empresários não fazem análises pormenorizadas sobre escolha de lei aplicável a seus contratos, tarefa esta deixada a cargo dos advogados, que muitas vezes elaboram formulários-padrão com cláusulas já estabelecidas para aquele mercado. A reanálise dessas cláusulas-padrão não ocorre necessariamente com grande frequência, pois traz consigo custos de informação que podem ser significativos para o empresário (SPAGNOLO, 2009b).

No passado, o alto poder de barganha de empresas norte-americanas deu oportunidade a que os advogados que redigiam os contratos fizessem a opção pela lei aplicável nos Estados Unidos (lei do estado de Nova Iorque, por exemplo). Dentro do cenário descrito por North (1990), pode-se dizer que esses jogadores conseguiram moldar parâmetros contratuais que lhes eram favoráveis. Essa opção do passado possibilitou o desenvolvimento econômico norte-americano, mas também apontou para um caminho em que não era necessário atentar para inovações legislativas ou jurisprudenciais que poderiam levar a contratações mais eficientes.

Essa circunstância pode ser caracterizada como um caso de *path dependence*, pois a parte contratante está presa em uma opção legal potencialmente sub-ótima por conta de opções tomadas no passado (SPAGNOLO, 2009b). Ao ficar atrelado a seus modelos contratuais regidos anteriormente, o empresário deixa de fazer escolhas racionais que podem ser mais vantajosas (SPAGNOLO, 2009b). Também o advogado pode colocar-se nessa situação ao optar por ignorar novas alternativas legais como a CISG (SPAGNOLO, 2009b).

É possível visualizar aqui também um problema de agência, pois o advogado (agente), ao deixar de estudar e conhecer benefícios da CISG, deixa de atender adequadamente os interesses do cliente (principal) (SPAGNOLO, 2009b). O agente faz o que lhe parece melhor e mais eficiente para si, que é evitar o custo (financeiro e temporal) de estudar a CISG. O raciocínio maximizador de sua conduta é o de que, se não haverá redução de seus honorários, não há vantagem imediata em se envolver em tal custo de aprendizado.

Escolhas de leis feitas anteriormente em modelos contratuais levam a escolhas irracionais em razão do comportamento cognitivo de se manter com o que já é conhecido (*status quo bias*) (SPAGNOLO, 2009b). Há tendência de se permanecer ligado àquele modelo legal que já fazia parte no plexo jurídico do advogado, o que pode ser visto como o efeito-posse (*endowment effect*) (JOLLS, 2009). As perdas potenciais da troca são superestimadas, ao passo que os ganhos potenciais são subestimados (SPAGNOLO, 2009b). É dizer, a lei usualmente aplicada e conhecida tem, *a priori*, mais valor do que o instrumento legislativo com que não se trabalha, que é desconhecido (JOLLS, 2009).

Na visão de Spagnolo (2009b), com o tempo, mais pessoas com alto poder de barganha (chineses, por exemplo) vão impor a aplicação da CISG em países que hoje não a aplicam tanto, como Estados Unidos, Canadá e Austrália, o que levará advogados a enfrentar os custos de tempo e dinheiro para conhecê-la.

As organizações tentam obter o melhor resultado possível com as instituições existentes e, ao alcançar maior capacidade político-econômica, passam a influir no processo de elaboração de instituições, de modo a favorecer seus interesses (NORTH, 1990). Nas palavras do próprio North sobre o assunto (1990, p. 7, tradução livre)¹⁰³: “Instituições, juntamente com contingências ordinárias da teoria econômica, determinam as oportunidades em uma sociedade. Organizações são criadas para tirar vantagem dessas oportunidades e, conforme evoluem, passam elas a alterar as instituições”.

No caso, como a CISG é muito estudada e aplicada na China, o crescimento de seu poder de barganha tem levado à sua maior aplicação. Em suma, as organizações chinesas estão exercendo influência em favor da maior utilização do marco institucional da CISG em contratos internacionais.

4.5.4 Regras informais e a CISG

A CISG promove a uniformização do marco institucional do Brasil e de outros 82 Estados contratantes. Tal uniformização, porém, se dá em relação às regras formais.

¹⁰³ No original: “Institutions, together with the standard constraints of economic theory, determine the opportunities in a society. Organizations are created to take advantage of those opportunities, and, as the organizations evolve, they alter the institutions.”

North (1990) divide as instituições em regras formais e informais. Embora seja possível identificar com clareza o impacto da CISG sob o ponto de vista de uniformização de regras formais, é preciso atentar que são as regras informais que têm maior peso na regulação da interação humana (NORTH, 1990), pois essas (informais) levam a extensões, elaborações e modificações daquelas (formais).

Assim, não é possível afirmar que a só edição de um ato normativo seja suficiente para proporcionar uma mudança institucional significativa no Brasil. É preciso que a mudança no marco normativo formal seja incorporada ao contexto de regras informais, o que é um processo lento e nem sempre ocorre (NORTH, 1990).

Duas passagens de North ilustram bem a questão (1990, p. 36¹⁰⁴ e 44-45¹⁰⁵, tradução livre):

No mundo ocidental moderno, pensamos na vida e na economia como sendo dirigidas por regras formais e direitos de propriedade. Entretanto, regras formais, mesmo na mais desenvolvida das economias, compõem apenas uma pequena (embora muito importante) parte da soma de restrições que moldam as escolhas [...]. Porém, o que é mais impressionante (embora raramente observado, particularmente por aqueles que defendem revoluções) é a persistência de tantos aspectos de uma sociedade a despeito da total mudanças de suas regras.

[...] sabemos que traços culturais possuem persistente capacidade de sobrevivência e que muitas mudanças culturais são incrementais. Igualmente importante é o fato de que restrições informais derivadas da cultura não são modificadas imediatamente em razão de mudanças em regras formais.

Nesse contexto, é possível identificar dois possíveis cenários a respeito da interação entre a regra formal, a CISG, e as restrições informais, a cultura na nação.

Em um primeiro cenário, é possível que a CISG leve a modificações do contexto sociocultural e seja internalizada não só formal, mas também informalmente, o que pode levar à sua aplicação em larga escala como marco jurídico para a compra e venda. Essa sintonia entre a CISG e cultura local parece ser o caso da China, em que a Convenção vigora desde 1988, pois os advogados chineses se habituaram a elaborar

¹⁰⁴ No original: “In the modern Western world, we think of life and economy as being ordered by formal laws and property rights. Yet formal rules, in even the most developed economy, make up a small (although very important) part of the sum of constraints that shape choices; [...]. But what is most striking (although seldom observed, particularly by advocates of revolution) is the persistence of so many aspects of a society in spite of a total change in the rules.”

¹⁰⁵ No original: “[...] we do know that cultural traits have tenacious survival ability and that most cultural changes are incremental. Equally important is the fact that the informal constraints that are culturally derived will not change immediately in reaction to changes in the formal rules.”

contratos com a utilização da Convenção e não a excluem com frequência (HAN, 2008; SPAGNOLO, 2009a). Pelo contrário, como indicado em tópico anterior, a China tem levado a CISG para mercados em que sua aplicação não era comum, como é o caso das *commodities*. Por fim, a CISG influenciou mudanças na legislação interna do direito contratual chinês em 1999 (HAN, 2008; SPAGNOLO, 2009a).

Assim, é possível identificar que, no caso da China, o novo marco institucional formal encontrou espaço nas instituições informais chinesas para que a utilização da CISG fizesse parte de sua cultura jurídico-econômica.

Em um outro extremo, é possível identificar o caso em que as restrições informais afastaram em grande medida a mudança implementada pela CISG como regra formal. É o caso dos Estados Unidos, em que a Convenção também está em vigor desde 1988, mas advogados americanos – que usualmente representam a parte com maior poder de barganha nas negociações –, optam pela exclusão da aplicação da CISG em seus contratos (SPAGNOLO, 2009a). Essa baixa utilização da CISG nos Estados Unidos leva também a uma baixa taxa de casos julgados pelas cortes com base na Convenção (LEVASSEUR, 2008).

No contexto norte-americano, as regras informais afastaram em larga medida – ainda que não completamente – a aplicação da CISG.

A observação desses dois cenários permite concluir que os possíveis ganhos de redução de custos de transação e assimetria informacional pela uniformização de diplomas legislativos dependem da interação entre as regras formais e informais da nação.

Também sob o ponto de vista da economia comportamental, a aplicação da CISG em larga escala depende da superação do efeito-posse (*endowment effect*) em relação às legislações já usualmente utilizadas por empresários e advogados. Como explica Jolls (2009), mesmo uma nova lei mais eficiente e maximizadora de benefícios pode não alcançar o efeito esperado se não for conhecida e internalizada pelas partes.

No caso do Brasil, como a entrada em vigor ainda é muito recente (2014), ainda não é possível identificar se a CISG será capaz de promover mudanças na cultura econômico-jurídica nacional.

4.5.5 Interpretação e aplicação uniforme da CISG

A adesão de diversos Estados contratantes à CISG leva à inclusão de seu texto normativo em seus respectivos ordenamentos jurídicos. A norma, porém, é mais do que o simples texto, pois é preciso extrair das palavras um sentido próprio (COSTA, 2000). Isso significa dizer que a só inclusão da CISG no ordenamento jurídico nacional não é suficiente para garantir a unificação ou a harmonização do direito brasileiro com os diferentes ordenamentos jurídicos dos demais Estados contratantes.

Como alertam Ribeiro, M. e Barros (2014, p. 17):

Existe uma diferença clara entre texto legal e norma jurídica: o primeiro corresponde à lei uniforme que é ratificada (no caso, a CISG); a segunda constitui o comando que se extrai a partir da interpretação do texto. Assim, a harmonização de textos legais é apenas o primeiro passo em direção a um ambiente jurídico que facilite a realização de negócios, pois o processo só se completa com a interpretação da norma jurídica. É preciso, ainda, que esta seja dotada de uniformidade.

A aplicação uniforme da Convenção depende da construção de interpretações harmônicas entre os diversos órgãos judicantes (judiciais e arbitrais) encarregados de sua aplicação. Atenta a essa questão, a própria CISG estabelece em seu artigo 7(1): “Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional”.

Dois pontos chamam a atenção no dispositivo, o caráter internacional e a aplicação uniforme.

Por meio do primeiro, a Convenção propugna que “o significado dos termos usados pela Convenção deve ser determinado independentemente de qualquer concepção prévia de direito doméstico” (SCHWENZER; HACHEM, 2010, p. 123, tradução livre)¹⁰⁶. A solução de problemas interpretativos na CISG não deve passar pela busca do sentido de conceitos no direito interno, pois isso levaria a maiores divergências entre os estados contratantes da Convenção, tendo por consequência o incentivo ao *forum shopping* – *i.e.*

¹⁰⁶ No original: “[...] meaning of the terms used by the Convention must be determined independently from any domestic preconception.”

a busca por cortes que dão interpretação mais favorável ao interesse da parte – algo que a CISG objetiva combater (FERRARI, 2009).

Segundo observa Ferrari (2009, p. 177-178, tradução livre)¹⁰⁷, a orientação da CISG quanto a seu caráter internacional por vezes deixa de ser observada, o que anula todo o sentido da elaboração de um tratado internacional:

Na verdade, uma análise mais atenta de algumas decisões permite afirmar que a interpretação com orientação local [*homeward trend*] é perceptível, ao menos por algumas cortes. Tal orientação, porém, é lastimável, pois promove o provincianismo e, por isso, derruba o exato propósito por trás da elaboração da CISG, que a criação de uma lei *uniforme* de compra e venda, destinada à criação de certeza legal e à ‘remoção de barreiras legais ao comércio internacional’.

Quanto à aplicação uniforme, esta proposição não difere da intenção contida, ainda que implicitamente, em qualquer ato normativo. É imperativo de segurança jurídica e de construção de qualquer sistema jurídico que a lei seja aplicada de forma semelhante a todos a quem é dirigida, a todos que estão nas mesmas condições fáticas.

Essa questão é particularmente sensível em relação a tratados internacionais, pois não há uma corte supranacional responsável pela interpretação final em âmbito mundial com efeito vinculante (HUBER; MULLIS, 2007). Em outras palavras, não há um tribunal responsável por uniformizar interpretações divergentes sobre a CISG em dois países distintos.

A existência de tribunal internacional a quem competisse a interpretação final da CISG com caráter vinculante a todos os demais tribunais nacionais atenderia ao imperativo de sua aplicação uniforme, mas sua implementação não é simples (COSTA, 2000).

Para atender ao comando da CISG, é preciso que juízes e árbitros responsáveis pela aplicação da Convenção no Brasil “tenham levar em consideração jurisprudência (e trabalhos acadêmicos) estrangeiros como autoridade persuasiva na interpretação da CISG” (HUBER; MULLIS, 2007, p. 8, tradução livre)¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Grifos do original. No original: “In effect, a closer look at some decisions allows one to state that a ‘homeward trend’ is discernible, at least by some courts. This trend is deplorable, however, as it promotes parochialism and thus defeat the very purpose behind the drafting of the CISG, namely the creation of *uniform* sale law, aimed at the creation of legal certainty, and at ‘the removal of legal barriers in international trade’.

¹⁰⁸ No original: “[...] try to take into account foreign case law (and academic writing) as persuasive authority when interpreting the CISG.”

A atuação dos tribunais (estatais e arbitrais) traz sinalização importante para o ambiente de negócios do país, como explicam Ribeiro, M. e Galeski Júnior (2009, p. 180):

Um empresário que identifique na posição jurisprudencial uma postura de respeito a contrato, sentir-se-á estimulado a realizar novos negócios semelhantes, movimentando a economia. Situação exatamente inversa poderá ocorrer caso a jurisprudência esteja se firmando em sentido contrário, gerando uma tendência de rarefação na oferta, normalmente associada a acréscimo de preço e diminuição da qualidade.

No âmbito acadêmico, os esforços em prol da aplicação uniforme da CISG levaram à criação de bases dados, com doutrina e jurisprudência traduzidas para diferentes idiomas, como indicado no item 3.10 *retro*.

Os efetivos ganhos de redução de custos de transação e de assimetria informacional pela adesão do Brasil à CISG estão fortemente ligados à capacidade de se conseguir aplicá-la de modo mais uniforme possível ao de outras nações (RIBEIRO, M; BARROS, 2014). Esse é um ponto de dúvida significativo, pois o Brasil não possui tradição no trato diuturno de convenções internacionais, como destacam Wald, Costa e Vieira (2013, p. 29) ao analisar a aplicação da CISG no Brasil:

Sua aplicação no Brasil, assim como nos demais países, deverá observar o art. 7º da Convenção, que impõe que se deve aplicá-la levando em consideração o caráter internacional do contrato. Mas, em país com pouca tradição em diferenciar os contratos internos dos internacionais e em referir-se expressamente, nas decisões judiciais, a textos convencionais, ainda há de se ver qual a aplicação que será dada ao novo texto pelos agentes brasileiros, e se esta estará de acordo com a prática internacional.

Se a interpretação nacional for extremamente particularizada e distante da interpretação dada por outros parceiros comerciais, após litígios resolvidos no Brasil, o *feedback* informacional do empresário estrangeiro será negativo, o que pode desaguar em (i) não negociação posterior por desconfiança quanto ao marco institucional, ou (ii) aumento do custo de contratação.

5 CONCLUSÃO

O comércio internacional é um elemento importante para o desenvolvimento econômico do Brasil, que sofreu grandes transformações políticas, econômicas e sociais nos últimos trinta anos.

O aumento do fluxo internacional de mercadorias depende de diferentes fatores econômicos, jurídicos e políticos. Um elemento importante é o se refere ao arcabouço jurídico que rege o contrato de compra e venda.

Embora a fonte primária de deveres e obrigações seja o contrato, fundado na autonomia da vontade e na liberdade contratual, este não estabelece sempre todas as contingências do negócio jurídico. Daí a necessidade de um instrumento legal que contenha regras-padrão que possam dar solução para a incompletude contratual.

Com o intuito de preencher esse espaço, foi elaborada e aprovada a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980. Trata-se de um dos tratados internacionais com maior número de membros, 83 (oitenta e três) até o momento, um conjunto de nações que respondem por aproximadamente 90% do comércio internacional no mundo.

O Brasil aderiu à Convenção em 2013, tendo entrado em vigor em 2014, pelo que o estudo de seus impactos sob o ponto de vista da análise econômica do direito é tema bastante atual.

O estudo de direito e economia permite examinar o grau de eficiência da norma em sua capacidade de influenciar o comportamento humano. Dentre os diversos institutos da análise econômica do direito, o estudo da racionalidade limitada e da assimetria informacional são temas fundamentais a análise da CISG, pois influenciam a formação da vontade do indivíduo. Além disso, as bases teóricas assentadas pela Nova Economia Institucional e pela Economia dos Custos de Transação permitem extrair conclusões importantes sobre os impactos da Convenção no ordenamento jurídico brasileiro.

A assimetria informacional em contratos internacionais pode ser de duas ordens, a que toca ao objeto da contratação e aquela que se refere ao arcabouço jurídico que envolve a negociação. O estudo permite concluir que a adesão do Brasil à CISG

proporciona redução da assimetria informacional nesse segundo ponto – a assimetria quanto ao objeto permanece inalterada. A partir do momento em que o Brasil adota um modelo legal já conhecido e utilizado por outros parceiros comerciais, reduz-se a assimetria informacional sobre o marco jurídico da contratação. A ciência sobre a segurança do marco jurídico é ponto importante para o incremento do fluxo comercial internacional no Brasil.

A adesão à CISG significa, portanto, a harmonização da legislação nacional com a de outros parceiros comerciais, o que é importante para a redução da assimetria informacional. Além de igualar regimes jurídicos, pontua-se que a CISG foi elaborada para atender especificamente o comércio internacional, razão por que apresenta soluções eficientes para as contingências que podem sobrevir à compra e venda internacional de mercadorias. Do cotejo entre regras da Convenção e do Código Civil, verifica-se que, conquanto contenha algumas regras ineficientes, a Convenção é preponderantemente mais eficiente para a regulação do comércio internacional, como se destacou, por exemplo, a respeito da formação do contrato, da possibilidade de correção de imperfeições na prestação e do regime de remédios à disposição em caso de inadimplemento. Nesse contexto, a adesão do Brasil à CISG pode ser vista como o aperfeiçoamento do marco institucional formal brasileiro.

Sob o ponto de vista dos custos de transação, a adesão à CISG permite que as partes reduzam seus custos *ex ante*, pois o consenso é alcançado mais rapidamente. Além disso, cientes do marco jurídico que lhes é comum, as partes tendem a economizar custos de redação de cláusulas contratuais, já que diversas possíveis contingências dos negócios possuem solução legal adequada ao comércio internacional. Nesse contexto, a redução de custos *ex ante* é alcançada sem que isso importe maiores custos *ex post* de correções posteriores à formação do acordo.

Por outro lado, é possível identificar possíveis obstáculos para o sucesso da incorporação da CISG ao ordenamento jurídico brasileiro. Um deles é a necessidade de estudar a Convenção para que sua aplicação se torne corrente por empresários e advogados brasileiros. Sem tal dispêndio de tempo e dinheiro, a Convenção corre o risco de ser deixada de lado, dando-se preferência à legislação brasileira que já é conhecida, estudada e aplicada em larga escala no país. Como explica a economia comportamental, esse efeito-posses leva à supervalorização do que se tem em contraponto à subvalorização

do que é novo e não se tem. Nesse contexto, a falta de investimento no estudo e aplicação da CISG no presente pode significar a perda da oportunidade de mudança rumo à aplicação de um instrumento jurídico mais eficiente, conquanto ainda novo e pouco conhecido (*path dependence*).

Por fim, a efetiva redução de custos de transação e de assimetria informacional não depende apenas da inclusão do texto legal uniforme no ordenamento jurídico brasileiro. É indispensável que a interpretação feita por cortes judiciais e arbitrais tenha em conta o caráter internacional da Convenção, a fim de que se construam interpretações uniformes acerca de suas regras. O possível distanciamento interpretativo da Convenção apenas advoga em favor da insegurança jurídica.

Em suma, superados esses obstáculos, a conclusão é a de que a adesão à CISG contribui para o incremento do comércio internacional brasileiro, pois incorpora à ordem jurídica nacional um marco institucional formal elaborado especificamente para a compra e venda internacional de mercadorias e aplicado em diversos outros parceiros comerciais do Brasil. Com isso, a adesão à CISG possibilita a redução da assimetria informacional e de custos de transação.

REFERÊNCIAS

AKERLOF, George. *The market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism.* *The Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, vol. 84, n. 3, p. 488-500, agosto, 1970. Disponível em: <<http://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>>. Acessado em 04/08/2014.

ANDRADE, Luis Tomás Alves de. O inadimplemento antecipado do contrato do direito brasileiro. **Revista da Emerj**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 145-172, out-dez 2011.

ARAÚJO, Nádia de. **Direito internacional privado: teoria e prática brasileira.** 5ª ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

_____. SPITZ, Lidia. As principais obrigações do comprador. **Revista de arbitragem e mediação**, São Paulo, ano 10, n. 37, p. 107-123, abril-jun, 2013.

ARROW, Kenneth. *The Organization of Economic Activity: Issues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Allocation.* *Joint Economic Committee of Congress in 1969, 91st Congress, first session.* Disponível em: <<http://msuweb.montclair.edu/~lebelp/psc643intpolecon/arrownonmktactivity1969.pdf>>. Acessado em 12 de agosto de 2014.

AXELROD, Robert. **A evolução da cooperação.** São Paulo: Leopardo, 2010.

BANCO MUNDIAL. *Brazil*, publicado em World Bank [<http://data.worldbank.org/country/brazil>]. Disponibilidade: 29 de agosto de 2013.

BECKER, Gary; POSNER, Richard. *Uncommon Sense: Economic Insights, from Marriage to Terrorism.* Chicago: University of Chicago Press, 2010.

BRASIL. Banco Central. **Série histórica do balanço de pagamentos**, publicado em Bacen [<http://www.bcb.gov.br/?SERIEBALPAG>]. Disponibilidade: 29 de agosto de 2013.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (2013). **Balança comercial brasileira: dados consolidados 2013, janeiro-junho**, publicado

em Desenvolvimento.org

[http://www.desenvolvimento.gov.br/arquivos/dwnl_1380110216.pdf]. Disponibilidade: 27 de agosto de 2013.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (2014).

Estatísticas de comércio exterior – DEAEX, balança comercial brasileira: mensal 2014. Disponível em

[<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=4839&ref=1161>]. Acessado em 20 de janeiro de 2015.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior (2015).

Exportação de *commodities*. Disponível em

[<http://www.mdic.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=1955>]. Acessado em 15 de janeiro de 2015.

BRASIL. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2011). **Exportações – o avanço das *commodities*.** Disponível em:

[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2513:catid=28&Itemid=23] Acessado em 15 de janeiro de 2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. CR 8279 AgR, Relator Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/1998, DJ 10-08-2000 PP-00006 EMENT VOL-01999-01 PP-00042.

_____. RE 80004, Relator Min. Xavier de Albuquerque, Tribunal Pleno, julgado em 01/06/1977, DJ 29-12-1977 PP-09433 EMENT VOL-01083-04 PP-00915 RTJ VOL-00083-03 PP-00809.

BASILIO, Ana Tereza. Aplicação e interpretação da Convenção de Viena sob a perspectiva do direito brasileiro. **Revista de arbitragem e mediação**, ano 10, n. 37, p. 33-45, abril-jun, 2013.

CARR, Indira. ***International trade law***. 4ª ed. Londres: Routledge, 2009.

CASELLA, Paulo Borba; KÜNZLI, Willi Sebastian. Disposições finais da Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional (CISG). **Revista de arbitragem e mediação**, ano 10, n. 37, p. 223-238, abril-jun, 2013.

CENINI, Marta; PARISI, Francesco. *An economic analysis of the CISG*. In: JANSSEN, André; MEYER, Olaf. ***CISG Methodology***. Munique: Sellier, 2009, p. 151-170.

CISG-ONLINE. **Case n. 1300**. Disponível em
[<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=1300>]. Acessado em
19 de janeiro de 2015.

_____. **Case n. 2521**. Disponível em
[<http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/display.cfm?test=2521>] Acessado em
19 de janeiro de 2015.

COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988.

_____. *The nature of the firm*. In: COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 33-56.

_____. *The problem of the social cost*. In: COASE, Ronald. *The firm, the market and the law*. Chicago: University of Chicago Press, 1988, p. 95-156.

_____. *The new institutional economics*. *The American Economic Review*, New Haven, vol. 88, n. 2, p. 72-74, maio 1998. Disponível em: <
<http://links.jstor.org/sici?sici=0002-8282%28199805%2988%3A2%3C72%3ATNIE%3E2.0.CO%3B2-M>>. Acessado em
08 de setembro de 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Law and economics*. 6ª ed. Londres: Pearson New International Edition, 2014.

_____; _____. **Direito e economia**. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

COSTA, José Augusto Fontoura. **Normas de direito internacional: aplicação uniforme do direito uniforme**. São Paulo: Atlas, 2000.

CUNIBERTI, Gilles. *Is the CISG Benefiting Anybody?*. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Nashville, vol. 39, p. 1511-1550, 2006.

DESSEMONTET, Raphael. *The non-conformities, limitation periods and duties of the buyer in the international sales of goods: a comparison of the CISG, the Unidroit*

principles, the UCC, and the Swiss, French and German laws. International Business Law Journal, Londres, v. 6, p. 603-614, 2011.

DIMATTEO, Larry A; OSTAS, Daniel T. *Comparative Efficiency in International Sales Law. American University International Law Review*, Washington, v. 26, n. 2, 2011, p. 371-349.

DOLGANOVA, Iulia; LORENZEN, Marcelo Boff. *A Case for Brazil's Adhesion to the 1980 UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Viena, vol. 13,n. 2, p. 351-372, 2009.

DORNELLES, Francisco (2013). Parecer de 2012 da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional sobre o Projeto de decreto Legislativo 73/2012 (222/2011, na origem), o qual aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11.04.1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. **Revista de arbitragem e mediação**, ano 10, n. 37, p. 269-279, abril-jun, 2013.

FARIA, José Ângelo Estrella. **O contrato de compra e venda internacional no Mercosul: da disparidade de leis a um regime uniforme?** Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rlp_o_contrato_de_compra_e_venda_internacional_no_mercosul.pdf>, acessado em 22 de outubro de 2014.

FERRARI, Franco. *Homeward trend: What, Why and Why Not*. In: JANSSEN, André. MEYER, Olaf. *CISG Methodology*. Munique: Sellier, 2009, p. 171-206.

FOUNTOULAKIS, Christiana. *Section I. Anticipatory breach and instalment contracts*. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 948-998.

FRADERA, Vera Jacob de. O conceito de *fundamental breach* constante do art. 25 da CISG. **Revista de arbitragem e mediação**, ano 10, n. 37, p. 67-82, abril-jun, 2013.

GABRIEL, Amélia R. Mussi. FAVERO, André Marcos (2013). Nota Técnica n. 01/2009/Camex-Secex. **Revista de arbitragem e mediação**, ano 10, n. 37, p. 291-292, abril-jun, 2013.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**: Código comentado e jurisprudência. 10ª edição. Salvador: Juspodivm, 2014.

GLITS, Frederico Eduardo Zenedin. Padronização internacional do contrato: notas a partir dos *creative commons*. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 271-283, jul-dez 2010.

GOMES, Eduardo; WINTER, Luís Alexandre Carta. Contratos internacionais e arbitragem: o direito fundamental à liberdade das partes na escolha da lei a ser aplicável nas relações privadas. **Revista Jurídica (FIC)**, v. 2, p. 152-167, 2014.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Rhodrigo Deda; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Transferência de risco, Convenção de Viena (CISG) e análise econômica do direito contratual – breves ponderações. **Revista de direito empresarial**, ano 10, n. 1, p. 13-27, jan-abril 2013.

GREBLER, Eduardo. *The Convention on International Sale of Goods and Brazilian law: Are Differences Irreconcilable?*. **Journal of Law and Commerce**, Pittsburgh, p. 467-476, 2005-2006.

GRUENBAUM, Daniel. Resolução do contrato: *avoidance* na CISG, **Revista de arbitragem e mediação**, ano 10, n. 37, p. 83-105, abril-jun, 2013.

HAN, Shiyuan. *China*. In: FERRARI, Franco. **The CISG and its impact on national legal system**. Munique: Sellier, 2008, p. 71-92.

HASTREITER, Michele Alessandra; WINTER, Luís Alexandre Carta. Mercosul e Acordos entre blocos: Perspectivas e novas cláusulas em acordos de comércio. In: WINTER, Luís Alexandre Carta; MENEZES, Wagner; MONSCHEN, Valesca. (Org.). **Direito Internacional**. Florianópolis: Funjab, 2013, p. 420-437.

HUBER, Peter. MULLIS, Alastair. **The CISG: a new textbook for students and practitioners**. Munique: Sellier, 2007.

JOLLS, Christine. *Behavioral law and economics*. In: MARCIANO, Alain. **Law and economics: a reader**. Londres: Routledge, 2009, p. 71-97.

LEVASSEUR, Alain. *United States of America*. In: FERRARI, Franco. *The CISG and its impact on national legal system*. Munnique: Sellier, 2008, p. 313-332.

LOPES, Herton Castiglioni (2013). Instituições e crescimento econômico: os modelos teóricos de Thorstein Veblen e Douglass North. **Revista de Economia Política**, vol. 33, n. 4, p. 619-637, outubro-dezembro/2013.

MACKAAY, Ejan. *Law and economics for civil law systems*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.

MARCIANO, Alain (2009). *Law and economics: a reader*. Londres: Routledge, 2009.

MATTEI, Ugo (2014). *Efficiency in legal transplants: an essay in comparative law and economics*. In: ZERBE, Richard (ed.) *Efficiency in law and economics*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 74-90.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira (2013). **Curso de direito internacional público**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MCKENDRIK, Ewan. *Contract law*. 9ª edição. Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011.

MEDEMA, Steven G (2009). *Wandering the road from pluralism to Posner: the transformation of law and economics in the twentieth century*. In: MARCIANO, Alain (2009). *Law and economics: a reader*. Londres: Routledge, 2009, p. 16-32.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. O direito internacional público no direito brasileiro. In: CASELLA, Paulo Borda (coord.). **Dimensão internacional do direito: estudos em homenagem a G.E. do Nascimento e Silva**. São Paulo: LTr, 2000, p. 297-310.

MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. *Handbook of New Institutional Economics*. Munique: Springer, 2005. 884 p.

MERCOSUL. **Tratado de Assunção**. Disponível em [http://www.mercosul.gov.br/normativa-privada/copy2_of_normativa/tratados-e-protocolos/tratado-de-assuncao-1/]. Acessado em 29 de novembro de 2014.

MULLER-CHEN, Markus. *Section III. Remedies for breach of contract by the seller*. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 689-792.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

_____. *Economic performance through time*, publicado Nobel Prize.org Disponível em: <http://www.nobelprize.org/nobel_prizes/economic-sciences/laureates/1993/north-lecture.html>. Acessado em 07 de setembro de 2014.

_____. *Institutions and the performance of economies over Time*. In: MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. *Handbook of New Institutional Economics*. Munique: Springer, 2005, p. 21-30.

_____. *Understanding the Process of Economic Change*. Princeton: Princeton University Press, 2010.

NUSDEO, Fabio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 6ª ed. São Paulo: RT, 2010.

PACE DATABASE. *Frozen beef case*. Disponível em [<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/931026c1.html>] Acessado em 19 de janeiro de 2015.

POLINSKY, A. Mitchell. *An introduction to law and economics*. 4ª ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2011.

PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado: parte especial**, tomo XXXIX, 2ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

PORTO, Antonio José Maristrello; GOMES, Lucas Thevenard. Economia comportamental e contrato de adesão. **Revista de direito empresarial**, ano 9, n. 1, p. 51-73, jan-abril 2012.

POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 5ª ed. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1998.

_____. *The law and economics movement*. In: MARCIANO, Alain (2009). *Law and economics: a reader*. Londres: Routledge, 2009, p. 40-55.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público: curso elementar**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

RIBEIRO, Eduardo de Paula. Parecer sobre a adesão do Brasil à Convenção. **Revista de arbitragem e mediação**, ano 10, n. 37, p. 261-267, abril-jun, 2013.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JÚNIOR, Irineu. **Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. 241 p.

_____. Racionalidade limitada. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinícius (coord.). **O que é análise econômica do direito? Uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 63-69.

_____; TORRES, Dennis José Almanza. *La Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías y la función social del contrato en el derecho brasileiro*. **Revista de Derecho Privado**, Colômbia, n. 26, p. 267-293, enero-junio, 2014.

_____. BARROS, Guilherme Freire de Melo. A adesão do Brasil à CISG: eficácia, uniformização de contratos e facilitação do comércio. **Pontes, informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável**, vol. 10, n. 3, p. 17-19, maio 2014.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. *UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods*. Munique: Springer, 2009.

_____ ; SCHWENZER, Ingeborg. *Introduction*. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1-12.

_____ ; _____ ; HACHEM, Pascal. *Final Provisions*. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 1170-1198.

_____ ; SCHMIDT-KESSEL, Martin. *Articles 11-13*. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 203-220.

SCHROETER, Ulrich. *Part II: Formation of the contract*. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 221-397.

_____. *Part III: Sale of Goods. Chapter I. General Provisions, Article 25*. In: SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 398-437.

SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

_____. *Section II – Damages, article 74-77*. In: _____. *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 999-1049.

_____ ; HACHEM, Pascal. *The CISG – Successes and Pitfalls, American Journal of Comparative Law*, An Arbor, p.457-478, primavera, 2009.

_____ ; _____. *Preamble and Chapter I: Sphere of Application, articles 1-6*. In: _____. *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, p. 13-119.

_____; FOUNTOULAKIS, Christiana. DIMSEY, Mariel. *International Sales law: a guide to the CISG*. Londres: Hart Publishing, 2012.

_____; WHITEBREAD, Claudio Marti. *Legal Answers to Globalization*. In: _____. ATAMER, Yesim; BUTLER, Petra (ed.). *International Commerce and Arbitration, vol. 15: Current Issues in the CISG and Arbitration*. Haia: Eleven International Publishing, 2014, p. 1-14.

SHAVELL, Steven. *Foundations of economic analysis of law*. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SHEAFFER, Christopher. *The Failure of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and a Proposal for a New Uniform Global Code in International Sales Law*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Nova Iorque, p. 461-495, outono 2007.

SPAGNOLO, Lisa. *A Glimpse through the Kaleidoscope: Choice of Law and the CISG (Kaleidoscope Part I)*. *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Viena, v. 13, n. 1, p. 135-156, 2009.

_____. *Rats in the Kaleidoscope: Rationality, Irrationality and the Economics and Psychology of Opting In and Out of the CISG*. *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, Viena, v. 13, n. 1, p. 157-178, 2009.

SUSTEIN, Cass R.; THALER, Richard H (2003). *Libertarian paternalism is not an oxymoron*. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, Chicago, n. 43, 2003.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. 1, Parte Geral e Obrigações. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. _____. _____. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**, vol. 2, Teoria Geral dos Contratos. Contratos em Espécie. Atos unilaterais. Títulos de crédito. Responsabilidade civil. Preferências e Privilégios Creditórios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TIMM, Luciano Benetti. **O novo direito civil**: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. *Common law e contract law*: introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n.1, 2012. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/RIDB_001_0525_0572.pdf>. Acessado em 05 de setembro de 2014.

_____; MOSER, Luiz Gustavo Meira. A convenção de Viena sobre a compra e venda internacional de mercadorias (CISG) em perspectiva de uma análise econômica. **Revista de arbitragem e mediação**, ano 10, n. 37, p. 239-257, abril-jun, 2013.

UNCITRAL. *About UNCITRAL*, publicado em UNCITRAL [http://www.uncitral.org/uncitral/en/about_us.html]. Disponibilidade: 19 de dezembro de 2013.

_____. *Status United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980)*, publicado em UNCITRAL [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html]. Disponibilidade: 19 de dezembro de 2013.

_____. *Status Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods (New York, 1974)*, publicado em UNCITRAL [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1974Convention_status.html]. Disponibilidade: 22 de novembro de 2014.

UNCTAD. *Value growth rates of merchandise exports and imports, annual, 1950-2013*. Disponível em: [<http://unctadstat.unctad.org/wds/TableView/tableView.aspx?ReportId=102>]. Acessado em 29 de novembro de 2014.

_____. *Values and shares of merchandise exports and imports, annual, 1948-2013*. Disponível em: [<http://unctadstat.unctad.org/wds/TableView/tableView.aspx?ReportId=101>]. Acessado em 29 de novembro de 2014.

UNIDROIT. **History and overview**, publicado em Unidroit.org [<http://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>]. Disponibilidade: 12 de dezembro de 2013.

UNITED NATIONS. **Treaty collection**. Disponível em [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-10&chapter=10&lang=en]. Acessado em 29 de novembro de 2014.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. *Brazil*. In: FERRARI, Franco (ed.) *The CISG and its impact on national legal systems*, Munique: Sellier, 2008, p. 7-32.

WALD, Arnaldo. COSTA, José Augusto Fontoura. VIEIRA, Máira de Melo. O impacto da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias no direito brasileiro: visão geral, **Revista de arbitragem e mediação**, ano 10, n. 37, abril-jun, 2013, p. 17-32.

WILLIAMSON, Oliver. *Economic Institutions of Capitalism*. Nova York: The Free Press, 1985.

_____. *The Transaction Cost Economics project: the theory and practice of the governance of contractual relations*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013.

_____. *Hierarchies and Markets*. In: WILLIAMSON, Oliver. *The Transaction Cost Economics project: the theory and practice of the governance of contractual relations*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 3-6.

_____. *The vertical integration of production: market failure considerations*. In: WILLIAMSON, Oliver. *The Transaction Cost Economics project: the theory and practice of the governance of contractual relations*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 7-18.

_____. *Transaction-cost Economics: the Governance of Contractual Relations*. In: WILLIAMSON, Oliver. *The Transaction Cost Economics project: the theory and practice of the governance of contractual relations*. Cheltenham: Edward Elgar, 2013, p. 19-61.

WINSOR, Katrina. *The Applicability of the CISG to Govern Sales of Commodity Type Goods*, *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*, Viena, vol. 27, n. 1, p. 83-116, 2010.

WINTER, Luís Alexandre Carta. A Integração Econômica, o Mercosul, a Comissão Europeia e o Presidencialismo. In: GOMES, Eduardo Biacchi; REIS, Tarcísio Hardman (Org.). **Globalização e o Comércio Internacional no Direito da Integração**. São Paulo: Aduaneiras, 2005, p. 53-70.

ZELLER, Bruno. *Commodity sales and the CISG*. In: ANDERSEN, Camilla. SCHROETER, Ulrich. *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p. 627-639.