

DIREITO CONTRATUAL COMPARADO E DESENVOLVIMENTO: RUMOS E OBSTÁCULOS*

MARIANA PARGENDLER†

UM DOSSIÊ SOBRE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

RESUMO: Por muito tempo, o direito contratual foi a área de estudo favorita entre pesquisadores de direito comparado. Economistas têm assumido que instituições contratuais desempenham um papel central no desenvolvimento econômico. Ainda assim, em um afiado contraste com o estado-da-arte de outros campos (tais como direito empresarial e direito falimentar), o papel que leis contratuais podem exercer na modulação de resultados econômicos permanece amplamente negligenciado. Este ensaio explora as principais razões que podem explicar esse *status quo*. Elas são: (i) a falta de variação significativa nas leis contratuais ao redor do mundo; (ii) a trivialidade do direito contratual; (iii) a larga disponibilidade de escolha do direito; (iv) o viés centrado nos Estados Unidos da literatura da análise econômica do Direito; (v) a falta de dados públicos acerca de práticas contratuais, (vi) os limites do direito contratual. Conclui-se que, apesar de importantes, esses fatores são, em última análise, insuficientes

* Originalmente produzido em língua inglesa e submetido à *George Washington Law Review*.

† Professora Associada da FGV Direito SP e Professora Global de Direito da New York University School of Law. Agradeço a João Vítor Pellegatti e Gabriela Góes pelo auxílio com a tradução para o português. Agradeço também os comentários de Kevin Davis, George Georgiev, Henry Hansmann, Holger Spamann e Michael Trebilcock, bem como dos participantes do simpósio realizado em 2016 pela *George Washington Law Review*.

para justificar a escassez de trabalhos sobre as consequências econômicas do direito contratual, o que poderia ser uma proveitosa área para pesquisas futuras.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito; Direito Contratual; Desenvolvimento Econômico; Direito Comparado.

ABSTRACT: Contract law has long been a favorite area of study among comparative law scholars. Economists have posited that contract institutions play a central role in economic development. Yet, in sharp contrast to the state-of-the-art in other fields (such as corporate law and bankruptcy law), the possible role of contract laws in shaping economic outcomes remains largely neglected. This essay explores the main reasons that might explain this status quo. These are: (i) the lack of meaningful variation in contract laws around the world, (ii) the triviality of contract law, (iii) the ample availability of choice of law, (iv) the U.S.-centric bias of the law-and-economics literature, (v) the lack of public data on contracting practices, and (vi) the boundaries of contract law. It concludes that, while important, these factors are ultimately insufficient to justify the scarcity of works on the economic consequences of contract law, which could be a fruitful area for future research.

KEYWORDS: Economic Analysis of Law; Contract Law; Economic Development; Comparative Law.

SUMÁRIO:

| | |
|--|-------------|
| I. INTRODUÇÃO..... | 985 |
| II. O DIREITO CONTRATUAL IMPORTA?..... | 990 |
| 1. Inexistência de diferenças reais | 990 |
| 2. A trivialidade do direito contratual..... | 993 |
| 3. A escolha da lei aplicável..... | 996 |
| 4. A abordagem dominante no Direito dos Estados Unidos | 1001 |
| 5. Acesso às informações..... | 1005 |
| 6. As fronteiras do direito contratual..... | 1007 |
| III. COMO O DIREITO CONTRATUAL PODE FAZER DIFERENÇA: EVIDÊNCIAS | |
| PRELIMINARES DO BRASIL | 1008 |
| IV. CONCLUSÃO | 1011 |
| V. REFERÊNCIAS..... | 1011 |

TABLE OF CONTENTS:

| | |
|--|-------------|
| I. INTRODUCTION | 985 |
| II. DOES THE CONTRACT LAW MATTER? | 990 |
| 1. Inexistence of real differences..... | 990 |
| 2. Triviality of contract law..... | 993 |
| 3. Choice of law | 996 |
| 4. A the dominant approach in U.S. Law and scholarship..... | 1001 |
| 5. Access to data | 1005 |
| 6. The boundaries of contract law | 1007 |
| III. HOW CONTRACT LAWS MIGHT MATTER: | |
| PRELIMINARY EVIDENCE FROM BRAZIL | 1008 |
| IV. CONCLUSION | 1011 |
| V. REFERENCES | 1011 |

I. INTRODUÇÃO

O direito contratual importa sob perspectiva econômica? Em caso positivo, diferenças entre o direito contratual nos diferentes países podem produzir resultados econômicos distintos. Dada a centralidade dos arranjos contratuais no funcionamento do capitalismo moderno¹, seria de esperar que essa fosse uma questão central para os pesquisadores interessados na relação entre direito e desenvolvimento econômico. Entretanto, não é o que vemos. Ao contrário, a investigação das consequências dos diferentes regimes de direito contratual ao redor do mundo tem recebido pouca atenção do meio acadêmico.²

Esse aparente descaso com relação às implicações econômicas de diferentes regimes contratuais é ainda mais surpreendente tendo em vista a abundância de estudos verificada em dois campos correlatos: o do direito contratual comparado e o da nova economia institucional. O direito contratual comparado tem atraído, há muito tempo, grande atenção de juristas e operadores do direito, fazendo dele o mais tradicional campo de estudo comparatista.³ Há uma literatura volumosa mapeando as

¹ Para Weber, “[a] legal order can indeed be characterized by the agreements which it does or does not enforce”. WEBER, Max. **Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology**. Ed. Guenther Roth; Claus Wittich; Trad. Ephraim Fischhoff, *et. al.*. New York, NY: Bedminster Press, 1968, p. 668.

² “[T]he literature on economic growth and development has placed emphasis on the importance of property rights and their enforcement, but contract law has received disproportionately less attention”. BOUKOURAS, Aristotelis. Contract Law and Development. **Courant Research Centre Poverty, Equity and Growth**, No. 61, 2011, p. 2. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2297450>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018. Para exceções representativas a essa tendência mais ampla, ver PISTOR, Katharina. Legal Ground Rules in Coordinated and Liberal Market Economics. In: Klaus Hopt, *et. al.* (eds.). **Corporate Governance in Context: Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the U.S.** Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 249; REITZ, John. Political Economy and Contract Law. In: Reiner Schulze (ed.). **New Features in Contract Law**. München: Sellier European Law Publishers, 2007, p. 247; e BAGCHI, Aditi. The Political Economy of Regulating Contract. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 62, 3, 2014, p. 687-738.

³ “Of all areas of law, perhaps none has been subjected to comparative study as consistently, frequently, and intensely as contract law (...) [I]f there is a classical subject-matter of comparative law, that title should be awarded to the law of contract”. FARNSWORTH, Allan. Comparative Contract Law. In: Mathias Reimann; Reinhard

distinções entre regras de direito contratual em vários países e tradições jurídicas, bem como sua evolução ao longo do tempo.⁴ Há também numerosos esforços voltados a superar essas diferenças pela unificação ou harmonização do direito contratual.⁵ No entanto, as análises existentes têm, em sua maioria, natureza estritamente dogmática, deixando, assim, de examinar as consequências econômicas dos diferentes regimes jurídicos.

Ao mesmo tempo, o badalado campo da nova economia institucional tem se dedicado amplamente às implicações econômicas das diferentes instituições jurídicas, dentre as quais as denominadas *instituições contratuais* têm um papel central. O celebrado economista Douglass North, agraciado com o prêmio Nobel, chegou ao ponto de afirmar categoricamente: “the inability of societies to develop effective, low-cost enforcement of contracts is the most important source of both historical

Zimmernann (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 899-900.

⁴ Ver, por exemplo, DiMATTEO, Larry; HOGG, Martin (eds.). **Comparative Contract Law: British and American Perspectives**. Oxford: Oxford University Press, 2016; MEHREN, Arthur von (Coord.); TURPIN, Collin (ed.). **International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 7: Contracts in General**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1982; e ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (eds.). **Good Faith in European Contract Law: the Common Core of European Private Law**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2000.

⁵ O mais notável esforço de harmonização é a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (*Convention for the International Sale of Goods – CISG*), que está agora em vigor em 80 países. Cf. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980). Disponível em:

<http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html>.

Outras iniciativas relevantes são os Princípios UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, as várias diretivas da União Europeia sobre contratos que regulam relações de consumo, e os esforços acadêmicos que resultaram nos Princípios do Direito Contratual Europeu. Cf. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**. Rome: UNIDROIT, 2010; LANDO, Ole; BEALE, Hugh (eds.). **Principles of European Contract Law, Part 1**. The Hague: Kluwer Law International, 1995; LANDO, Ole; BEALE, Hugh (eds.). **Principles of European Contract Law, Part 2**. The Hague: Kluwer Law International, 2000; e LANDO, Ole; BEALE, Hugh (eds.). **Principles of European Contract Law, Part 3**. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

stagnation and contemporary underdevelopment in the Third World”.⁶ O Banco Mundial inclui um indicador especial para a *efetivação dos contratos* (*contract enforcement*) em sua influente e controversa *Doing Business Report*.⁷ Economistas têm produzido um grande número de estudos empíricos para averiguar as consequências econômicas das instituições contratuais.⁸

Contudo, esse grande volume de trabalhos sobre *instituições contratuais* é surpreendentemente destituído de qualquer consideração sobre o direito contratual, tal como o campo é entendido por juristas e operadores do direito. Instituições contratuais são equiparadas à existência e bom funcionamento de mecanismos de efetivação de terceiros destinados a fazer cumprir o acordo das partes. Os trabalhos existentes avaliam a qualidade das instituições contratuais com base exclusivamente em questões de natureza processual, como a duração e o custo dos processos de efetivação (*enforcement process*) e a quantidade de recursos envolvida.⁹

⁶ Cf. NORTH, Douglass. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1990, p. 54; e LANDO, Ole; BEALE, Hugh (eds.). **Principles of European Contract Law, Part 3**. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

⁷ Cf. THE WORLD BANK GROUP. **Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency**. Washington, DC: The World Bank, 2016, p. 91. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018. Para uma crítica ao projeto *Doing Business*, ver FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; KERHUEL, Anne-Julie. Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 57, 4, 2009, p. 811-830.

⁸ Ver, por exemplo, ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon. Unbundling Institutions. **Journal of Political Economy**, Vol. 113, 5, 2005, p. 949-995; SPAMANN, Holger. Legal Origins, Civil Procedure, and the Quality of Contract Enforcement. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, Vol. 166, 1, 2010, p. 149-165. Para uma excelente revisão dessa literatura, ver TREBILCOCK, Michael; LENG, Jing. The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development. **Virginia Law Review**, Vol. 92, 7, 2006, p. 1517-1580.

⁹ Ver THE WORLD BANK GROUP. **Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency**. Washington, DC: The World Bank, 2016, p. 20. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018, mensurando a efetivação contratual em termos de “[t]ime and cost to resolve a commercial dispute and the quality of judicial processes”; ver também ACEMOGLU,

Não há, porém, nenhuma atenção sobre o conteúdo do que é exigido judicialmente. Essa abordagem, portanto, negligencia questões fundamentais do direito contratual, quais sejam: (1) como determinar o conteúdo do acordo das partes, o qual, muitas vezes, é controvertido e (2) quais acordos devem ser passíveis de cumprimento forçado pelos tribunais, visto que nenhum sistema jurídico no mundo oferece chancela estatal para todo e qualquer acordo firmado entre as partes, não raro por boas razões econômicas.¹⁰

Por certo, a literatura da nova economia institucional tem produzido resultados ambíguos até mesmo quanto à importância econômica das instituições contratuais de modo geral.¹¹ Vários desses trabalhos sugerem

Daron; JOHNSON, Simon. Unbundling Institutions. **Journal of Political Economy**, Vol. 113, 5, 2005, p. 949-995. Utilizando três variáveis procedimentais para mensurar as instituições contratuais: (i) o número de procedimentos necessários para exigir um cheque não pago; (ii) um índice de complexidade procedimental e (iii) o número de procedimentos necessários para o término de uma ação judicial sobre débito comercial; aplicando majoritariamente medidas processuais civis para comparar a efetivação dos contratos em países de common law e civil law). De acordo com Acemoglu e Johnson, mesmo uma variável ideal (*ideal proxy*) para instituições contratuais iria simplesmente medir os custos de efetivação de contratos, como se o aspecto material do que é realmente efetivado não importasse ou variasse entre os países. Cf. ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon. Unbundling Institutions. **Journal of Political Economy**, Vol. 113, 5, 2005, p. 949-995; e SPAMANN, Holger. Legal Origins, Civil Procedure, and the Quality of Contract Enforcement. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, Vol. 166, 1, 2010, p. 149-165.

¹⁰ Ver TREBILCOCK, Michael. **The Limits of Freedom of Contract**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993. O conceito de liberdade contratual também não é autoexplicativo. Ao contrário, apresenta grande variação entre as economias capitalistas. "The actual legal systems of developed capitalist societies may: (a) refuse to enforce many contracts by (i) categorically excluding some, (ii) excluding others on grounds of defects in formation, and (iii) excusing performance for one reason or another based on subsequent events; (b) provide very different levels of support for people trying to enforce contracts, with consequences for how meaningful or valuable the promise will turn out to be; (c) require contracts in many situations; and (d) impose terms in many kinds of contracts regardless of the agreement of the parties".

KENNEDY, Duncan. Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies. In: Peter Newman (ed.). **The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law**, Vol. 2: E-O. London: Macmillan, 1998, p. 465-467.

¹¹ Ver TREBILCOCK, Michael; LENG, Jing. The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development. **Virginia Law Review**, Vol. 92, 7, 2006, p. 1573.

que mecanismos extrajurídicos – como confiança em relações de parentesco, normas sociais e reputação – podem servir como substitutos eficazes da efetivação judicial formal dos contratos pelo Estado.¹² No entanto, outros estudos concluem que a necessidade de efetivação formal aumenta com o crescimento econômico e com a maior complexidade das trocas econômicas.¹³ A existência de divergência acadêmica quanto à importância das instituições contratuais é, contudo, insuficiente para explicar a falta de interesse em averiguar a possível influência do direito contratual na modelagem das práticas contratuais e nas escolhas das formas de organização econômica.¹⁴ Um certo ceticismo generalizado sobre a efetiva contribuição do direito para o desenvolvimento econômico tem coexistido com a expansão desse campo.¹⁵

Não há dúvida de que mensurar as diferenças entre os regimes jurídicos e avaliar seus efeitos concretos não são tarefas simples.¹⁶ Porém, esses desafios não impediram o surgimento de uma literatura empírica robusta que busca determinar as consequências econômicas de diferentes

¹² Ver TREBILCOCK, Michael; LENG, Jing. The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development. *Virginia Law Review*, Vol. 92, 7, 2006, p. 1537-1554.

¹³ Ver, por exemplo TREBILCOCK, Michael; LENG, Jing. The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development. *Virginia Law Review*, Vol. 92, 7, 2006, p. 1543.

¹⁴ Como Ménard e Shirley observaram, essa agenda futura permitiria que a Nova Economia Institucional integrasse as contribuições de Douglass North e Oliver Williamson. Ao esboçar essa linha de investigação, assim anotam os autores: “A foremost issue will be: How do the (Northeastern) rules that determine the security and functioning of property rights or the laws that affect contractual credibility and enforcement shape the choice of (Williamsonian) modes of governance and of the ways to organize transactions? A related question is: What are the comparative costs of different institutional schemes, such as different judicial systems for implementing contractual laws?” MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary. The Contribution of Douglass North to New Institutional Economics. In: Sebastian Galiani; Itai Sened (eds.). *Institutions, Property Rights, and Economic Growth: the Legacy of Douglass North*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2014, p. 11-28.

¹⁵ Ver, em geral, DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael. The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics. *American Journal of Comparative Law*, Vol. 56, 4, 2008, p. 895-946.

¹⁶ Para uma discussão das promessas e limitações no uso de métodos quantitativos nessa área, ver SPAMANN, Holger. Empirical Comparative Law. *Annual Review of Law & Social Science*, Vol. 11, 2015, p. 131-153.

regimes de direito societário e do direito das empresas em crise.¹⁷ A escassez de estudos sobre a relação entre direito contratual e desenvolvimento é ainda mais surpreendente tendo em vista que alguns dos mais notáveis estudiosos contemporâneos no campo do *direito e desenvolvimento* são também estudiosos do direito contratual.¹⁸

O presente artigo examina esse aparente mistério, analisando diversas razões que podem explicar o descaso reinante com o possível papel do direito contratual na conformação de resultados econômicos. As razões aqui examinadas são (1) a ausência de diferenças significativas nas regras de direito contratual ao redor do mundo, (2) a trivialidade do direito contratual, (3) a ampla disponibilidade de escolha quanto à lei aplicável, (4) o viés norte-americano da literatura de direito e economia, (5) a falta de informações públicas sobre as práticas contratuais e (6) a dificuldade de definir as fronteiras do direito contratual. O artigo conclui que, embora importantes esses fatores são, em última análise, insuficientes para justificar a escassez de trabalhos sobre as consequências econômicas do direito contratual. Assim, tais consequências econômicas subsistem como uma área especialmente fértil para pesquisas futuras.

II. O DIREITO CONTRATUAL IMPORTA?

1. Inexistência de diferenças reais

O direito comparado não importaria sob perspectiva econômica, caso não existissem diferenças reais nos resultados produzidos pelo direito de diferentes países. Um tema central dos estudos comparatistas é o de que, não obstante as diferenças aparentes nas formulações dogmáticas, o direito de diferentes países frequentemente conduz aos mesmos resultados práticos. Por mais que tais diferenças doutrinárias possam interessar aos juristas, elas não devem causar grande impressão em empresários estruturando suas operações se os resultados concretos forem idênticos. Os proeminentes comparatistas Konrad Zweigert e Hein Kötz

¹⁷ Para alguns exemplos representativos, ver ARMOUR, John; CUMMING, Douglas. Bankruptcy Law and Entrepreneurship. *American Law and Economics Review*, Vol. 10, 2, 2008, p. 303-350; HASELMANN, Rainer; PISTOR, Kathanna; VIG, Vikrant. How Law Affects Lending. *Review of Financial Studies*, Vol. 23, 2, 2010, p. 549-580; e LA PORTA, Rafael, *et. al.*. Law and Finance. *Journal of Political Economy*, Vol. 106, 6, 1998, p. 1113-1155.

¹⁸ Alguns exemplos proeminentes são Michael Trebilcock e Kevin Davis.

foram tão longe a ponto de defender a existência de uma *praesumptio similitudinis* no direito comparado, a qual presume a ausência de diferenças efetivas nas abordagens de diversos países aos mesmos problemas.¹⁹

Se os regimes de direito contratual de diferentes países são sempre equivalentes do ponto de vista funcional, ninguém esperará que as variações na formulação de normas jurídicas produzirão resultados econômicos distintos. Tal como em outras áreas do direito, esse é o caso em que regras e institutos divergentes de direito contratual abordam os mesmos problemas econômicos e, frequentemente, levam aos mesmos resultados. Um exemplo conhecido é a obra *Good Faith in European Private Law* de Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker, cuja descrição de situações de fato hipotéticas demonstra como diferentes países chegam aos mesmos resultados a partir de construções dogmáticas distintas.²⁰

Alguém poderia ir mais além e defender que as distinções observadas nos institutos de direito contratual são particularmente nuançadas. Consequentemente, embora não exclusivo do direito contratual, o padrão de equivalência funcional seria mais evidente nessa área do direito do que em outras. Apesar da grande convergência funcional, os regimes de direito societário são marcados por distinções formais consideráveis, as quais têm indiscutível relevância prática. Por exemplo, a Alemanha adota um regime forte de representação dos empregados nos conselhos de administração (*Mitbestimmung*), o qual inexistente em outros países.²¹

Por outro lado, as diferenças existentes no direito contratual são geralmente de grau. Tomando um exemplo célebre, uma diferença clássica no direito contratual comparado é que a execução específica é mais amplamente disponível em países de *civil law* do que nos de *common law*, embora aqueles neguem, enquanto estes concedam, execução específica

¹⁹ ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. 3ª ed. Trad. Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1998. Para uma discussão sobre as críticas a essa presunção e ao método funcional em geral, ver MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: Mathias Reimann; Reinhard Zimmermann (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

²⁰ Ver, em geral, ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (eds.). **Good Faith in European Contract Law: the Common Core of European Private Law**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2000. Encontra-se, entretanto, grande convergência no resultado das várias hipóteses.

²¹ ENRIQUES, Luca, *et. al.*. The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholders Constituencies. In: KRAAKMAN, Reinier, *et. al.*. **The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach**. 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2017, p. 79-102.

em várias circunstâncias.²² Isso permite uma relevante, embora incompleta, equivalência em termos de resultados práticos.²³

Contudo, a própria importância dos esforços de unificação e harmonização do direito contratual sugere que as diferenças jurídicas existentes podem ser significativas do ponto de vista prático.²⁴ Distinguições formais que produzem resultados idênticos dificilmente constituem um obstáculo custoso ao comércio internacional. Embora não se possam desconsiderar os benefícios pessoais dos participantes desses processos (por meio de aumento de prestígio, por exemplo), a constante ênfase na harmonização do direito contratual sugere que consequências reais estão em jogo.

Por certo, há uma importante percepção de que o direito contratual de vários países tem convergido ao longo do tempo, a ponto de que as diferenças possam ser menos pronunciadas do que já foram. Além dos esforços em âmbito internacional, as recentes revisões dos códigos civis alemão e francês buscam, ao menos em parte, reproduzir alguns elementos de direito contratual da *common law*. Entretanto, mesmo que as diferenças de tratamento jurídico sejam sempre relativas²⁵ – e possam ser menores que no passado – elas certamente persistem. Se essas diferenças importam ou não do ponto de vista econômico permanece uma questão aberta.

²² “[T]he civilians’ recognition of the obligee’s right to specific performance (so long as such performance is not shown to be actually impossible) stands in marked contrast to the common law’s preference for non-specific remedies”. SCHLESINGER, Rudolf, *et. al.*. **Comparative Law: Cases, Text, Materials**. 6^a ed. New York, NY: Foundation Press, 1998, p. 739. Ver também SMITS, Jan. **Contract Law: A Comparative Introduction**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014, p. 10-11.

²³ “Claims for performance may not be very frequent in practice (...)”. GORDLEY, James; VON MEHREN, Arthur Taylor. **An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2009, p. 534; “The remedy is available but rarely sought in Germany and France, and has been (virtually) abolished as a remedy for production contracts in Denmark”. LANDO, Henrik; ROSE, Caspar. On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries. **International Review of Law and Economics**, Vol. 24, 4, 2004, p. 486.

²⁴ Ver nota 20 *supra* e o texto que a acompanha.

²⁵ “But the issue is not whether there is an absolute difference. Comparative law is the study of relative differences”. WHITMAN, James. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty. **Yale Law Journal**, Vol. 113, 6, 2004, p. 1163.

2. A trivialidade do direito contratual

Mesmo que diferenças existam, elas não importarão do ponto de vista prático se o direito contratual for inteiramente trivial. Para nossos fins, a *hipótese da trivialidade* significa que o direito contratual não previne, de nenhuma forma, que as partes estruturem seu negócio da exata maneira que desejam.²⁶ Se esse for o caso, variações no direito contratual não deveriam afetar a forma de organização econômica na sociedade – o que explicaria a ausência de propensão acadêmica ao estudo do tema.

Em princípio, a principal razão para o direito contratual ser, instintivamente, considerado trivial reside na noção de que a maioria das regras contratuais, se não todas, tem a natureza de regras dispositivas ou supletivas. Regras dispositivas aplicam-se na falta de disposição específica no acordo das partes, as quais permanecem são livres para adotar um regramento diferente se desejarem. Por exemplo, o Uniform Commercial Code dos Estados Unidos prevê a aplicação da *warranty of merchantability* em todo contrato, mas as partes são livres para excluí-la se assim quiserem.²⁷

É indiscutível que muitas regras de direito contratual têm natureza dispositiva. Contudo, a prevalência de regras dispositivas não o torna necessariamente trivial, tendo em vista, pelo menos, duas razões. Em primeiro lugar, a existência e a escolha de regras dispositivas têm consequências econômicas. Se o ordenamento jurídico estabelece uma regra que as partes não desejam seguir, maiores serão os custos de transação, cuja magnitude, por sua vez, dependerá do mecanismo específico exigido pelo ordenamento jurídico para que as partes optem pelo afastamento da disciplina legal de natureza dispositiva.²⁸ Ademais, ao impor uma regra dispositiva que a maioria das partes desejariam evitar (o que Ian Ayres e Robert Gertner denominaram de *penalty default rule* ou *regra dispositiva punitiva*), o ordenamento jurídico pode tornar-se mais eficiente, superando a assimetria de informações entre as partes e informacional carga informacional imposta aos tribunais.²⁹

²⁶ Para uma articulação um pouco diferente da hipótese da trivialidade no contexto do direito societário, ver BLACK, Bernard. Is Corporate Law Trivial: A political and economic analysis. *Northwestern University Law Review*, Vol. 84, 2, 1990, p. 542.

²⁷ U.C.C. §§ 2-314, 2-316 (Am. Law Inst. & Unif. Law Comm'n 2014).

²⁸ Para uma tipologia desses mecanismos distintos, ver AYRES, Ian. Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules. *Yale Law Journal*, Vol. 121, 8, 2012, p. 2032.

²⁹ AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. *Yale Law Journal*, Vol. 99, 1, 1989, p. 99.

Isso significa que algumas regras dispositivas serão mais eficientes que outras, podendo, dessa forma, afetar a modelagem de práticas contratuais e os custos negociais. A Alemanha tem divulgado explicitamente que a sua disciplina legal dos tipos contratuais, bem como as cláusulas gerais que se aplicam nos casos de silêncio do contrato, tornam os contratos alemães menos custosos e mais eficientes e confiáveis que aqueles regidos pelo direito inglês ou norte-americano.³⁰ Alguns juristas da Europa Continental chegaram a formular a tese quixotesca, baseada em evidências empíricas questionáveis, de que o tipo de regras dispositivas encontradas em países de *civil law* contribui positivamente para o desenvolvimento econômico.³¹

Em segundo lugar, vários fatores dificultam que as partes se afastem das regras legais dispositivas, tornando-as efetivamente *aderentes* (*sticky*) na prática. Juízes podem considerar que as regras dispositivas refletem um ideal superior de justiça, impedindo, assim, o afastamento voluntário do regramento legal de natureza dispositiva.³² Os tribunais no Taiwan, por exemplo, têm insistido na aplicação do regramento legal aos contratos privados que parecem ter optado por afastar o regime legal de natureza dispositiva.³³

Ademais, a mera existência de regras dispositivas pode suscitar vieses comportamentais que distorcem as preferências das partes. Os efeitos da dotação (*endowment effects*) e o viés do status quo (*status quo bias*) desencorajam desvios do regramento jurídico de natureza dispositiva, tornando sua existência e conteúdo muito mais influentes.³⁴ Justamente

³⁰ Cf. *Law - Made in Germany*, 2014, p. 7. Disponível em:

<http://www.lawmadeingermany.de/Law-Made_in_Germany_EN.pdf>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

³¹ Ver BOUCEKKINE, Raouf, *et. al.*. Contract Rules in Codes and Statutes: Easing Business across the Cleavages of Legal Origins. In: Michèle Schmiegelow; Henrik Schmiegelow (eds.). **Institutional Competition between Common Law and Civil Law**. Heidelberg: Springer Berlin, 2014, p. 43-44.

³² SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert. Contract Theory and the Limits of Contract Law. **Yale Law Journal**, Vol. 113, 3, 2003, p. 596.

³³ WANG, Wen-Yeu. The Evolution of Contract Law in Taiwan: Lost in Interpretation? In: Yun-Chien Chang, *et. al.* (eds.). **Private Law in China and Taiwan: Legal and Economic Analyses**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2017, p. 101.

³⁴ Ver KAHAN, Marcel; KLAUSNER, Michael. Path Dependence in Corporate Contracting: Increasing Returns, Herd Behavior and Cognitive Biases. **Washington University Law Quarterly**, Vol. 74, 2, 1996, p. 359; KOROBKIN, Russell. Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form

porque sua existência importa, alguns acadêmicos da área de direito e economia têm se manifestado contrariamente à provisão de regras dispositivas em leis e *restatements*, sustentando que elas dificultam, ao invés de auxiliarem, a adoção de práticas contratuais eficientes por partes empresárias.³⁵

Apesar da proeminência de regras dispositivas, o direito contratual também contém um número significativo de regras cogentes.³⁶ Onde elas vigoram, a boa-fé contratual, a *unconscionability*, a proibição de cláusulas penais e as restrições à execução específica – para nomear alguns exemplos – são todas regras cogentes.³⁷ Isso significa que elas são imutáveis da perspectiva das partes contratuais, que não podem optar por um regime jurídico distinto no seu acordo.

No entanto, mesmo se inevitável, uma regra cogente poderia ainda ser trivial se reproduzisse inelutavelmente os resultados de mercado – ou seja, se sempre proporcionasse às partes a regra que essas teriam escolhido.³⁸ Se nenhum contratante jamais quisesse estipular uma penalidade contratual ou evitar a aplicação da boa-fé objetiva, então a existência dessas normas cogentes seria irrelevante. Porém, esse não é necessariamente o caso. As regras cogentes mencionadas acima, por exemplo, são objeto de intensa controvérsia acadêmica sobre sua eficiência e justiça, bem como apresentam grandes variações entre países.³⁹ O número de normas contratuais cogentes pode ser considerável em muitos

Terms. *Vanderbilt Law Review*, Vol. 51, 6, 1998, p. 1584; e KOROBKIN, Russell. The status quo Bias and Contract Default Rules. *Cornell Law Review*, Vol. 83, 3, 1998, p. 631.

³⁵ SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert. The Common Law of Contract and the Default Rule Project. *Virginia Law Review*, Vol. 102, 6, 2016, p. 1572.

³⁶ BLACK, Bernard. Is Corporate Law Trivial: A political and economic analysis. *Northwestern University Law Review*, Vol. 84, 2, 1990, p. 545-546.

³⁷ BLACK, Bernard. Is Corporate Law Trivial: A political and economic analysis. *Northwestern University Law Review*, Vol. 84, 2, 1990, p. 543.

³⁸ Argumentando que regras cogentes podem ser triviais se estão “imitando o mercado” (*market mimicking*), isto é, elas seriam “universalmente adotadas de qualquer maneira”. BLACK, Bernard. Is Corporate Law Trivial: A political and economic analysis. *Northwestern University Law Review*, Vol. 84, 2, 1990, p. 544.

³⁹ PARGENDLER, Mariana. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. *NYU Law and Economics Research Paper Series*, No. 17-01, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2848886>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

países, corroborando a ideia de que o direito contratual dificilmente pode ser considerado trivial.⁴⁰

3. A escolha da lei aplicável

Mesmo se as diferenças jurisdicionais no direito contratual não forem triviais, elas dificilmente importarão do ponto de vista econômico, caso as partes possam evitar o regime menos eficaz e escolher aquele mais adequado para seus objetivos, sem custo ou por um baixo custo.⁴¹ O que se observa é que muitos sistemas jurídicos convergiram no sentido de reconhecer a autonomia das partes na escolha da lei aplicável ao contrato, embora ainda existam várias exceções.⁴² Isso significa que as partes gozam de uma liberdade considerável para optar pelo direito da sua escolha para reger os termos do acordo.

A escolha da lei aplicável não é só uma possibilidade teórica, mas também uma característica recorrente da prática negocial moderna. Cláusulas de escolha da lei aplicável (*choice-of-law clauses*) são comuns em acordos comerciais, sendo previstas na maior parte dos contratos internacionais.⁴³ Com efeito, a existência dessas cláusulas levou ao fenômeno da *concorrência regulatória* na seara contratual, uma vez que diferentes países se empenham em atrair as partes contratantes as partes

⁴⁰ PARGENDLER, Mariana. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. **NYU Law and Economics Research Paper Series**, No. 17-01, 2016, p. 15. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2848886>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

⁴¹ A escolha do regime jurídico é uma estratégia de desenvolvimento notável. Para exemplos do contexto do direito societário, cf. GILSON, Ronald; HANSMANN, Henry; PARGENDLER, Mariana. Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the United States, and the European Union. **Stanford Law Review**, Vol. 63, 3, 2010, p. 475.

⁴² REIMANN, Mathias. Savigny's Triumph? Choice of Law in Contract Cases at the Close of the Twentieth Century. **Virginia Journal of International Law**, Vol. 39, 3, 1999. Em relação aos Estados Unidos, ver *Restatement (Second) of Conflict of Laws*, § 187 (Am. Law Inst., 1971). Em relação à União Europeia, ver *Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*, 1980 O.J. (L 266) 23.

⁴³ RÜHL, Giesela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. In: Eckart Gottschalk, *et. al.* (eds.). **Conflict of Laws in a Globalized World**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2007, p. 157.

em função das vantagens de seu regime contratual – um esforço que, aliás, reforça a ideia de que o direito contratual importa.⁴⁴

O desejo de atrair contratantes (e, em última análise, serviços jurídicos) provocou, entre outras consequências, uma *batalha de panfletos* (*battle of the brochures*) na qual os países promovem as vantagens de seu sistema jurídico.⁴⁵ Enquanto a Inglaterra destaca a ausência de um dever geral de boa-fé, a Alemanha enfatiza o papel dos tipos legais e de outros instrumentos de integração de lacunas no aprimoramento da segurança jurídica e na redução de custos de transação.⁴⁶ Diferentemente de estatutos sociais, que são arquivados junto ao estado e disponíveis publicamente, contratos são documentos privados, sendo difícil identificar os vencedores nessa forma particular de competição. A limitada evidência empírica sobre o tema, baseada nos dados da Corte Internacional de Arbitragem, demonstra que os direitos inglês e suíço são os mais populares entre as partes contratantes.⁴⁷

Entretanto, o fato de partes sofisticadas frequentemente optarem pelo direito estrangeiro em operações comerciais de grande escala não significa que essa decisão seja (1) sem custos e (2) sempre disponível. Se essas condições não estiverem presentes, a escolha da lei aplicável não elimina

⁴⁴ VOGENAUER, Stefan. Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence. **European Review of Private Law**, Vol. 21, 1, 2013, p. 30.

⁴⁵ VOGENAUER, Stefan. Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence. **European Review of Private Law**, Vol. 21, 1, 2013, p. 30-33.

⁴⁶ THE LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES. **England and Wales: The Jurisdiction of Choice**. London: The Law Society of England and Wales, 2007, p. 5.

Disponível em:

<<http://www.eversheds.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018; e *Law - Made in Germany*, 2014, p. 7.

Disponível em: <http://www.lawmadeingermany.de/Law-Made_in_Germany_EN.pdf>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

⁴⁷ Descobrimos que o direito inglês e o suíço são escolhidos três vezes mais frequentemente que seus concorrentes mais próximos. Cf. CUNIBERTI, Gilles. The International Market for Contracts: the Most Attractive Contract Laws. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Vol. 34, 3, 2014, p. 455. Admite-se, entretanto, que o uso de arbitragens da *International Chamber of Commerce* como a única fonte de dados introduz importantes vieses nas descobertas do estudo. Cf. VOIGT, Stefan. Are International Merchants Stupid? Their Choice of Law Sheds Doubt on the Legal Origin Theory. **Journal of Empirical Legal Studies**, Vol. 5, 1, 2008, p. 15.

os possíveis efeitos negativos decorrentes da eventual ineficiência do regime jurídico doméstico. Na prática, verifica-se que a escolha da lei estrangeira para reger uma disputa contratual doméstica é frequentemente (1) muito custosa ou (2) indisponível do ponto de vista jurídico.

Evitar o regime de direito contratual doméstico, optando por um regime jurídico estrangeiro, envolve custos tanto na fase inicial (*front-end*) quanto na fase final (*back-end*) do processo de contratação.⁴⁸ Na etapa inicial, durante a negociação entre as partes e a fase de elaboração da minuta do contrato, será frequentemente necessário o assessoramento jurídico estrangeiro, além do assessoramento em âmbito doméstico. No entanto, essa estrutura pode resultar não apenas em uma duplicação desnecessária de esforços, mas também em maiores gastos com honorários de advogados.

Ademais, a escolha do regime jurídico estrangeiro provavelmente afetará a escolha dos mecanismos de efetivação do contrato. É bem mais difícil para um juiz local executar um acordo regido por lei estrangeira de maneira precisa. Na medida em que a execução satisfatória seja possível, serão necessárias despesas com traduções e pareceres de especialistas para instruir o tribunal local, aumentando significativamente os custos e a duração do processo. Ao mesmo tempo, obstáculos jurídicos relacionados à jurisdição e à efetivação limitam a possibilidade as partes de levar suas disputas contratuais a tribunais estrangeiros.⁴⁹

Uma alternativa atraente seria adotar a arbitragem como o modo preferível de resolução de disputas, uma vez que as partes poderiam escolher árbitros especializados no direito que rege o contrato.⁵⁰ Ainda assim, isso não torna a escolha da via arbitral necessariamente eficiente.

A arbitragem, que não é subsidiada pelo Estado, é mais cara que o processo judicial em alguns países.⁵¹ Ademais, diversos fatores – especialmente a alegada propensão da via arbitral a *decisões salomônicas* – pode tornar a arbitragem um substituto imperfeito dos tribunais estatais.⁵²

⁴⁸ Para uma distinção entre custos *front-end* e *back-end*, ver SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating Litigation in Contract Design. *Yale Law Journal*, Vol. 115, 4, 2006.

⁴⁹ Para uma descrição dos desafios que desestimulam a litigância extraterritorial de disputas comerciais, ver DAMMANN, Jens; HANSMANN, Henry. Globalizing Commercial Litigation. *Cornell Law Review*, Vol. 94, 1, 2008.

⁵⁰ Ver nota 47 e o texto que a acompanha.

⁵¹ DAMMANN, Jens; HANSMANN, Henry. Globalizing Commercial Litigation. *Cornell Law Review*, Vol. 94, 1, 2008, p. 37.

⁵² DAMMANN, Jens; HANSMANN, Henry. Globalizing Commercial

Um estudo empírico demonstrou que as partes de grandes operações nos Estados Unidos – um país cujo sistema de direito contratual e de efetivação é tido por eficiente – optam com mais frequência pela resolução de disputas por via judicial do que por via arbitral.⁵³ Isso sugere que a escolha da lei aplicável, quando disponível, pode levar à adoção de mecanismos *second-best* para a efetivação de contratos, resultando, potencialmente, em práticas contratuais menos eficientes. Já quanto aos contratos de baixo valor entre pequenas empresas, os custos associados à aplicação de um regime de direito estrangeiro tendem a ser proibitivos na maior parte das vezes.

Para além dos altos custos, que frequentemente tornam a opção pelo direito estrangeiro impraticável ou pouco atraente, essa escolha muitas vezes sequer está disponível do ponto de vista jurídico. Em primeiro lugar, a autonomia das partes para a escolha da lei aplicável não é reconhecida em alguns países, dentre os quais se incluem países em desenvolvimento com sistemas jurídicos longe do ideal. No direito brasileiro, parece inexistir possibilidade de escolha quanto à lei aplicável ao contrato fora do contexto arbitral.⁵⁴ Outros países da América Latina também igualmente apresentam uma abordagem restritiva na matéria.⁵⁵

Em segundo lugar, e de modo mais relevante, a autonomia das partes está longe de ser plenamente reconhecida mesmo nos países que a acolhem mais intensamente. Na realidade, um certo número de exceções restringe a capacidade das partes de optar pelo direito de sua escolha. Em primeiro lugar, a escolha da lei aplicável normalmente não é permitida em contratos puramente domésticos.⁵⁶ Esta é uma grande limitação para países que possuem um regime de direito contratual ineficiente, podendo

Litigation. *Cornell Law Review*, Vol. 94, 1, 2008, p. 31-39.

⁵³ Para demonstrar que apenas cerca de 11% dos contratos de sua amostra tinham cláusulas de arbitragem, o que representa por volta de 10% dos contratos domésticos e 20% dos contratos internacionais, ver EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. *The Flight from Arbitration: An Empirical Study of Ex Ante Arbitration Clauses in the Contracts of Publicly Held Companies*. *DePaul Law Review*, Vol. 56, 2, 2007.

⁵⁴ ARAUJO, Nadia de; SALDANHA, Fabiola Guedes. Recent developments and current trends on Brazilian Private International Law concerning International Contracts. *Panorama of Brazilian Law*, Vol. 1, 1, 2013, p. 81-83.

⁵⁵ ALBORNOZ, María Mercedes. Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems. *Journal of Private International Law*, Vol. 6, 1, 2010, p. 43-48.

⁵⁶ RÜHL, Giesela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. In: Eckart Gottschalk, *et. al.* (eds.). *Conflict of Laws in a Globalized World*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2007, p. 159-160.

resultar em sérias implicações econômicas. Terceiro, a maioria dos países exige que o direito escolhido tenha uma relação suficientemente próxima com as partes ou com o contrato em questão⁵⁷, o que representa outra restrição às partes em países com regimes jurídicos deficientes. Quarto, os ordenamentos jurídicos limitam fortemente, ainda que em graus variados, a possibilidade de as partes contratantes escolherem um regime estrangeiro que influencie negativamente os direitos dos consumidores e dos trabalhadores.⁵⁸

Finalmente, todos os países rejeitam a escolha por regimes estrangeiros que violam a ordem pública nacional ou políticas públicas fundamentais.⁵⁹ Por exemplo, uma decisão alemã recente não reconheceu a escolha da lei do estado norte-americano da Virgínia em um contrato de agência, porque a lei desta última não contempla os generosos direitos de indenização pela extinção do contrato de que goza o agente no direito alemão.⁶⁰ Na medida em que essas políticas públicas essenciais diferem entre os países – e elas certamente divergem – a disponibilidade de regimes jurídicos estrangeiros

⁵⁷ RÜHL, Giesela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. In: Eckart Gottschalk, *et. al.* (eds.). **Conflict of Laws in a Globalized World**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2007. O regime jurídico de Nova Iorque é uma exceção relevante, tendo em vista que a *Section 5-1401* da *General Obligations Law* (GOL) dispensa a exigência de relação razoável nos contratos envolvendo, pelo menos, US\$ 250.000 (N.Y. Gen. Oblig. Law, § 5-1401). A *Sections-1402* da GOL permite a qualquer parte ingressar com uma ação nas cortes nova-iorquinas contra um contratante estrangeiro, no caso de contratos disciplinados no regime do estado cujas obrigações somam, pelo menos, US\$ 1.000.000. (N.Y. Gen. Oblig. Law, § 5-1402).

⁵⁸ Países adotam diferentes abordagens a esse respeito, sendo a União Europeia mais restritiva que os Estados Unidos ao restringir a escolha de direito no contexto do consumidor. Demonstrando que os tribunais norte-americanos têm aplicado de maneira inconsistente considerações de política pública para garantir proteção a consumidores oferecida pelo regime jurídico de cada estado, ver HEALY, James. Consumer Protection Choice of Law: European Lessons for the United States. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 19, 3, 2009.

⁵⁹ MURPHY, Kent. The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Vol. 11, 3, 1981.

⁶⁰ FERRARI, Franco. Forum Shopping: A Plea for a Broad and Value-Neutral Definition. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, No. 14-39, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2474181>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

não elimina as eventuais deficiências do regime jurídico de um de determinado país.

Em síntese, a escolha da lei aplicável não se afigura como panaceia para as possíveis ineficiências do regime de direito contratual de determinado país. Ainda quando reconhecida, é geralmente custosa e limitada no seu escopo, deixando de socorrer contratantes em situações cruciais, como no caso de contratos puramente domésticos. A escolha da lei aplicável tampouco é exclusiva do campo contratual. Enquanto os empreendedores podem constituir suas companhias no exterior – mitigando assim as possíveis deficiências do regime local – a agenda para melhorar o regime nacional de direito societário como uma estratégia de desenvolvimento subsiste, tendo em vista os custos de abandonar o regime jurídico local.⁶¹

4. A abordagem dominante no Direito dos Estados Unidos

Outro fator que explica a falta de interesse pelo direito contratual do ponto de vista do desenvolvimento se liga com os contornos particulares desse campo nos Estados Unidos. Estudos de direito comparado são inevitavelmente moldados pelas lentes pessoais do pesquisador, que determinam o objeto da investigação. A perspectiva dominante nos Estados Unidos é decisiva, visto que o país é fonte da vasta maioria dos trabalhos nos campos de direito e economia e da nova economia institucional. Naturalmente, pesquisadores interessados no funcionamento das instituições tendem a focar em questões que lhes pareçam importantes. Esse fator tem, pelo menos, três dimensões diferentes, embora complementares.

Em primeiro lugar, a natureza do direito contratual nos Estados Unidos é tal que a maioria dos fatores identificados acima pareçam ser mais persuasivos lá do que em outros países. Embora essa seja uma diferença relativa – como aliás são todas as diferenças no direito comparado⁶² –, o regime contratual de *common law* geralmente concede às partes maior liberdade na determinação dos termos do contrato, assim

⁶¹ Para a existência de escolha no direito societário, bem como a contínua relevância de uma reforma jurídica doméstica para uma agenda de desenvolvimento, ver GILSON, Ronald; HANSMANN, Henry; PARGENDLER, Mariana. Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the United States, and the European Union. *Stanford Law Review*, Vol. 63, 3, 2010.

⁶² Ver nota 25.

como na escolha da lei aplicável à avença.⁶³ A liberdade contratual relativamente maior oferecida pelo direito norte-americano ajuda a fortalecer a crença na irrelevância do direito contratual. Comparativamente a outros países, o menor grau de intervenção estatal no direito contratual norte-americano contribui para a sensação de que o direito contratual é trivial, seja nos seus próprios termos, seja porque restrições indesejáveis podem ser facilmente contornadas pela escolha de outra lei aplicável. Tal percepção naturalmente desencoraja a análise das consequências econômicas de divergências jurídicas, que são, de modo geral, desconsideradas.

Em segundo lugar, para além da noção de que o direito contratual é trivial sob uma perspectiva descritiva, uma visão crescentemente aceita propugna que essa versão *vazia* do direito contratual é desejável sob o ponto de vista normativo. Por certo, o debate sobre o papel do direito contratual em promover a eficiência e objetivos distributivos é antigo e continua sem solução. Entretanto, independentemente das várias análises não-instrumentais desenvolvidas por filósofos do direito,⁶⁴ uma concepção que vem ganhando adeptos nos estudos contemporâneos é a de que a principal missão do direito contratual é aumentar a eficiência – missão esta que pode ser melhor desempenhada se o papel do direito contratual for mínimo, com a menor quantidade de regras cogentes possível (e, para alguns autores, o menor número de regras dispositivas).⁶⁵ Nas últimas décadas, estudiosos norte-americanos interessados em usar regimes jurídicos substantivos para avançar metas distributivas ou macroeconômicas gravitaram em torno do direito das empresas em crise.⁶⁶ Ainda assim, essa visão *vazia* do direito contratual é muito mais forte nos

⁶³ PARGENDLER, Mariana. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. **NYU Law and Economics Research Paper Series**, No. 17-01, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2848886>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

⁶⁴ FRIED, Charles. **Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation**. 2ª ed. New York, NY: Oxford University Press, 2015; MARKOVITS, Daniel. Contract and Collaboration. **Yale Law Journal**, Vol. 113, 7, 2004.

⁶⁵ SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert. Contract Theory and the Limits of Contract Law. **Yale Law Journal**, Vol. 113, 3, 2003; SCHWARTZ, Alan. SCOTT, Robert. The Common Law of Contract and the Default Rule Project. **Virginia Law Review**, Vol. 102, 6, 2016.

⁶⁶ LISCOW, Zachary. Counter-Cyclical Bankruptcy Law: An Efficiency Argument for Employment-Preserving Bankruptcy Rules. **Columbia Law Review**, Vol. 116, 6, 2016; e SKEEL, JR., David. Vern Countryman and the Path of Progressive (and Populist) Bankruptcy Scholarship. **Harvard Law Review**, Vol. 113, 5, 2000.

Estados Unidos do que em outros países, tendo em vista a ênfase dos acadêmicos europeus em um direito contratual permeado por valores sociais.⁶⁷

Em terceiro lugar, diferentemente do direito societário, o direito contratual não tem sido particularmente importante ou problemático no contexto norte-americano. Depois de um período de estagnação prática e intelectual⁶⁸, o direito societário, desde os anos 70, tem passado por controvérsias normativas que parecem ser muito relevantes do ponto de vista econômico.⁶⁹ A grande insegurança em relação à performance econômica dos Estados Unidos no início dos anos 80 – e sua detectada relação com as estruturas de governança então prevalecentes – ajudou a instigar um forte interesse na governança corporativa comparada.⁷⁰

Obviamente, a própria desvalorização do direito contratual depende da perspectiva do observador, guiada pelo regime jurídico existente, assim como por convicções normativas ou ideológicas. É possível argumentar que o direito contratual pode também ter um papel relevante de política pública no direito norte-americano. A crise financeira de 2008 – um dos principais objetos de debates de políticas públicas e reformas jurídicas na atualidade – bem ilustra essa questão. Uma leitura natural é a de que a crise resultou, fundamentalmente, de uma variedade de problemas

⁶⁷ “The reflexive learning model of contract law, which, using good faith and good morals, created labour, tenants and consumer protection law and many other corrective measures guaranteeing its survival in the industrialized society, is gradually given up within legal procedures where judges no longer care about the terms of contracts that have failed”. REIFNER, Udo. Thou Shalt Pay Thy Debts: Personal Bankruptcy Law and Inclusive Contract Law. In: Johanna Niemi-Kiesiläinen, *et. al.* (eds.). **Consumer Bankruptcy in Global Perspective**. Oxford: Hart Publishing, 2003.

⁶⁸ “Until recently, corporate law has been an uninspiring field of research even to some of its most astute students”. ROMANO, Roberta. Metapolitics and Corporate Law Reform. *Stanford Law Review*, Vol. 36, 4, 1984.

⁶⁹ Os intensos debates normativos tratam, por exemplo, do devido equilíbrio de poderes entre acionistas, conselheiros e diretores e da necessidade de regulação estatal cogente – temas que, presumivelmente, afetam o custo de capital das empresas, a competitividade dos mercados norte-americanos, a proporção de aquisições hostis, a proteção das partes interessadas (*stakeholders*), e o horizonte temporal dos investidores e dos administradores.

⁷⁰ PARGENDLER, Mariana. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. *NYU Law and Economics Research Paper Series*, No. 17-01, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2848886>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

verificados em uma larga cadeia de contratos privados: a ausência de compreensão, pelos consumidores, das cláusulas contratuais que lhes atribuíam riscos desproporcionais⁷¹, as oscilações nos preços do mercado imobiliário que não foram antecipadas pelas partes⁷², os obstáculos à renegociação de contratos de hipoteca que não serviam mais aos interesse das partes⁷³, o aumento exponencial do número de derivativos de balcão depois que reformas jurídicas garantiram sua efetividade⁷⁴, e a venda, por bancos de investimento, de produtos financeiros projetados para fracassar, colocando-os no mercado para compradores desavisados.⁷⁵

Apresentando uma complexa, embora disfuncional, rede de relações contratuais na sua raiz, a crise financeira poderia facilmente ter servido como estopim para um renascimento do direito contratual. Entretanto, isso não aconteceu. A promessa em potencial do direito contratual para solucionar pelo menos algumas das questões levantadas pelo colapso financeiro foi largamente ignorada.⁷⁶ Juristas e formuladores de políticas

⁷¹ Propondo uma solução para esse problema através da imposição de ampla regulação de segurança do crédito consumerista, ver BAR-GILL, Oren; WARREN, Elizabeth. Making Credit Safer. **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 157, 1, 2008.

⁷² Propondo uma solução regulatória para esse problema, ver BUBB, Ryan; KRISHNAMURTHY, Prasad. Regulating against Bubbles: How Mortgage Regulation Can Keep Main Street and Wall Street Safe-From Themselves. **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 163, 6, 2015.

⁷³ ADELINO, Manuel; GERARDI, Kristopher; WILLEN, Paul. Why don't Lenders renegotiate more home mortgages? Redefaults, self-cures and securitization. **Journal of Monetary Economics**, Vol. 60, 7, 2013.

⁷⁴ STOUT, Lynn. Derivatives and the Legal Origin of the 2008 Credit Crisis. **Harvard Business Law Review**, Vol. 1, 2011.

⁷⁵ Para uma discussão dessa questão, ver DAVIDOFF, Steven; MORRISON, Alan; WILHELM JR., William. The *SEC v. Goldman Sachs*: Reputation, Trust, and Fiduciary Duties in Investment Banking. **Journal of Corporate Law**, Vol. 37, 3, 2012.

⁷⁶ Uma voz solitária advogando pelo papel do direito contratual *in fixing the foreclosure mess*, George Cohen argumenta que as doutrinas de transferência, modificação, restrição de comércio, erro, impraticabilidade, entre outras, tiveram um papel relevante. Cf. COHEN, George. The Financial Crisis and the Forgotten Law of Contracts. **Tulane Law Review**, Vol. 87, 1, 2012: "At the bottom of the financial crisis lie failed contracts. Failed contracts are the stuff of contract law. Yet, to date, most discussions of possible responses to the financial crisis ignore contract law".

públicas interpretaram a crise, primeiramente, como um problema de governança corporativa e de (des)regulação estatal.⁷⁷

5. Acesso às informações

A Talvez o maior obstáculo à investigação das consequências econômicas do direito contratual resida no acesso aos dados sobre as práticas contratuais. O ideal seria que pesquisadores, realizando um trabalho comparativo, não examinassem apenas as implicações dos diferentes regimes contratuais sob uma perspectiva teórica, mas também os testassem junto a evidências empíricas. Entretanto, é difícil obter dados sobre as práticas contratuais, visto elas são tipicamente privadas e sujeitas a cláusulas de confidencialidade.⁷⁸ Essa é uma diferença importante entre o direito contratual, de um lado, e o direito societário e o direito das empresas em crise, de outro. Enquanto estatutos sociais, pedidos de falência e recuperação judicial, deliberações sociais e preços de ações são disponibilizados publicamente, é muito mais difícil encontrar informações sobre cláusulas contratuais, práticas negociais e a incidência de disputas extrajudiciais.⁷⁹

Nos Estados Unidos, acadêmicos buscando vislumbrar práticas contratuais reais têm contado com os *contratos relevantes* (*material contracts*) que as companhias abertas daquele país devem divulgar por exigência da regulação norte-americana do mercado de capitais. Os contratos estão disponíveis eletronicamente na base de dados EDGAR (*Electronic Data Gathering, Analysis, and Retrieval*) da *Securities and Exchange Commission*

⁷⁷ Para uma descrição da visão que atribui a crise (assim como muitos outros problemas contemporâneos) a uma falha da governança corporativa, justificando uma resposta da governança corporativa, ver PARGENDLER, Mariana. *The Corporate Governance Obsession*. **Journal of Corporation Law**, Vol. 42, 2, 2016. Para exemplos de trabalhos atribuindo a crise financeira à desregulação e a falhas regulatórias, ver POSNER, Richard. **A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011; e McCOY, Patricia; PAVLOV, Andrey; WACHTER, Susan. *Systemic Risk through Securitization: The Result of Deregulation and Regulatory Failure*. **Connecticut Law Review**, Vol. 41, 4, 2009.

⁷⁸ Ver KOROBKIN, Russell. *Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls*. **University of Illinois Law Review**, No. 4, 2002, p. 1033, discutindo problemas com a reunião de evidência empírica sobre práticas contratuais e a raridade relativa desses estudos.

⁷⁹ MENDALES, Richard. *Looking Under the Rock: Disclosure of Bankruptcy Issues under the Securities Laws*. **Ohio State Law Journal**, Vol. 57, 3, 1996.

(SEC).⁸⁰ Isso tem permitido a realização de uma série de estudos sobre os padrões de contratação e suas determinantes.⁸¹ Todavia, sendo essa uma base de dados norte-americana, seu componente internacional é relativamente pequeno.⁸² Infelizmente, a regulação do mercado de capitais em outros países geralmente não exige a divulgação total de contratos relevantes, dificultando o desenvolvimento de estudos comparados.⁸³

Consequentemente, estudos comparados de práticas contratuais em vários países exigem a colaboração de participantes da indústria no compartilhamento de documentos relevantes. Embora tal acesso não seja sempre fácil, visto que as informações envolvidas podem interessar a concorrentes no mercado, alguns estudos tiveram acesso a documentos contratuais e obtiveram resultados interessantes que confirmam o grande

⁸⁰ Ver U.S. Securities and Exchange Commission. **Important Information About EDGAR**. Disponível em: <<https://www.sec.gov/edgar/aboutedgar.htm>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

⁸¹ Ver, por exemplo, EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Damages versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts. **Journal of Empirical Legal Studies**, Vol. 12, 1, 2015, p. 29-69; EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. The Flight from Arbitration: An Empirical Study of Ex Ante Arbitration Clauses in the Contracts of Publicly Held Companies. **DePaul Law Review**, Vol. 56, 2, 2007; e HONIGSBERG, Colleen; KATZ, Sharon; SADKA, Gil. State Contract Law and Debt Contracts. **Journal of Law and Economics**, Vol. 57, 4, 2014.

⁸² Até mesmo o sistema de dados U.S. EDGAR oferecido pela SEC sofre de omissões e pode não ser suficientemente representativo para as práticas contratuais do mundo real. Cf. U.S. Securities and Exchange Commission. **Important Information About EDGAR**. Disponível em: <<https://www.sec.gov/edgar/aboutedgar.htm>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018. Por definição, o sistema foca apenas em companhias abertas. Além disso, ele também pode falhar em levar em consideração as práticas contratuais de grandes empresas, cujos acordos são menos propensos a serem considerados materiais diante das atuais regulações de valores mobiliários. Cf. GEORGIEV, George. Too Big to Disclose: Firm Size and Materiality Blindspots in Securities Regulation. **UCLA Law Review**, Vol. 64, 3, 2017.

⁸³ Conforme a lei brasileira de valores mobiliários, por exemplo, os acordos de acionistas são os únicos contratos que as empresas de capital aberto devem divulgar por completo. Para uma análise comparativa dos acordos de acionistas nos Estados Unidos e no Brasil arquivados em seus respectivos órgãos reguladores dos mercados de valores mobiliários, ver MASULLO, Helena. Shareholder Agreements in Publicly Traded Companies: A Comparison between the U.S. and Brazil. **Brazilian Journal of International Law**, Vol. 12, 2, 2015.

potencial dessa linha de investigação.⁸⁴ Por exemplo, um estudo sobre investimentos em *private equity* em 210 países em desenvolvimento encontrou importantes diferenças na arquitetura das operações utilizadas em países de *common law* e de *civil law*, apesar de a única variável jurídica utilizada para explicar os resultados obtidos ter sido o tempo para resolução de disputa contratual.⁸⁵

Estudos comparados ainda mais ambiciosos olhariam não apenas para documentos contratuais formais, mas também para práticas informais de negócios. As dificuldades práticas de acesso aos dados são ainda maiores nesse caso e, precisamente por essa razão, a recompensa para esse tipo de pesquisa é especialmente alta. No contexto norte-americano, estudos sobre o comportamento efetivo em práticas contratuais, para além do texto contratual, como aqueles conduzidos por Stewart Macaulay e Lisa Bernstein, são poucos, porém muito citados e influentes.⁸⁶

6. As fronteiras do direito contratual

Um último obstáculo para o reconhecimento do possível papel do direito contratual na definição de resultados econômicos é mais sutil, e se relaciona com a própria definição do campo. Enquanto todos os campos levantam questões sobre sua definição e seus limites, esse problema é especialmente crítico no direito contratual. Há uma tendência visível: sempre que a regulação das relações contratuais se torna muito significativa, o campo não é mais denominado direito contratual, mas algo além, como direito do trabalho, regulação financeira, direito do consumidor, direito securitário, direito do inquilinato, direito das

⁸⁴ Ver, por exemplo, LERNER, Josh; SCHOAR, Antoinette. Does Legal Enforcement Affect Financial Transactions? The Contractual Channel in Private Equity. **Quarterly Journal of Economics**, Vol. 120, 1, 2005.

⁸⁵ LERNER, Josh; SCHOAR, Antoinette. Does Legal Enforcement Affect Financial Transactions? The Contractual Channel in Private Equity. **Quarterly Journal of Economics**, Vol. 120, 1, 2005. Essa estimativa provém de DJANKOV, Simeon, *et. al.*. Courts. **Quarterly Journal of Economics**, Vol. 118, 2, 2003, p. 510.

⁸⁶ Ver, por exemplo, BERNSTEIN, Lisa. Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. **Journal of Legal Studies**, Vol. 21, 1, 1992, p. 115-157; BERNSTEIN, Lisa. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, Vol. 99, 7, 2001; e MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. **American Sociological Review**, Vol. 28, 1, 1963.

franquias, etc. O resultado é que o direito contratual se torna, como sugere Lawrence Friedman, um *direito dos restos* (*law of leftovers*).⁸⁷

Embora tal dificuldade de definição reduza a aparente relevância do direito contratual, ela não é suficiente para eliminá-la. Apesar da tendência de exportação das considerações fundamentais de políticas públicas críticas para outras áreas, o direito contratual preserva uma essência importante e distinta. São esses os tópicos que continuam a ser abordados em um típico curso de contratos – tais como as consequências jurídicas do inadimplemento, as regras de interpretação e as várias formas de limitação da liberdade contratual. E, como discutido acima, essas áreas continuam sendo objeto de diferenças não-triviais.

III. COMO O DIREITO CONTRATUAL PODE FAZER DIFERENÇA: EVIDÊNCIAS PRELIMINARES DO BRASIL

Concluo apontando para algumas experiências recentes no contexto brasileiro a fim de ilustrar o potencial dessa linha de investigação comparada. Assim como as lentes utilizadas pelos pesquisadores norte-americanos desconsideram a potencial conexão entre o direito contratual e o desenvolvimento, aquelas que acompanham um pesquisador brasileiro sugerem o contrário. Diferentemente do contexto norte-americano, onde o direito contratual não parece ser particularmente problemático para a maioria dos observadores, tanto advogados quanto economistas no Brasil têm alertado que o controle judicial de cláusulas contratuais pelos tribunais – negando a sua efetivação – podem gerar incentivos econômicos negativos, com consequências potencialmente sérias para o funcionamento do mercado.

O debate brasileiro situa-se em um contexto em que, apesar dos progressos recentes, o mercado de crédito privado é relativamente pequeno como proporção do PIB e as taxas de juros e *spread* bancários são muito altos para os padrões internacionais.⁸⁸ Embora a literatura brasileira

⁸⁷ Ver FRIEDMAN, Lawrence. **Contract Law in America: a Social and Economic Case Study**. Madison, WI: University of Wisconsin Press, 1965.

⁸⁸ Ver THE WORLD BANK GROUP. **Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency**. Washington, DC: The World Bank, 2016, p. 91. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018; e SILVA, Guilherme Jonas Costa da; PIRTOUSCHEG, Livia Abrão Steagall. Basic Interest Rate,

seja escassa e não aborde as minúcias do direito contratual, ela se diferencia da perspectiva internacional predominante ao sugerir que o conteúdo da decisão dos tribunais na execução de contratos (e não apenas fatores procedimentais como o tempo e custo do processo, como enfatizado pela literatura) pode ter um papel predominante.

O primeiro e mais influente trabalho na literatura brasileira remonta ao início dos anos 2000, quando três economistas proeminentes defenderam a tese de que a incerteza jurisdicional (*jurisdictional uncertainty*) – decorrente do aparente viés anticredor (*anti-creditor bias*) dos tribunais – explicaria a ausência de um mercado de dívida de longo prazo no Brasil.⁸⁹ Estudos subsequentes sugeriram que o viés dos tribunais na interpretação e efetivação de contratos caminhavam em direção oposta (favorecendo os ricos em relação aos pobres⁹⁰), ou negaram a existência de qualquer viés explícito em favor de credores ou devedores.⁹¹ Embora esses estudos envolvam desafios metodológicos, eles denotam um debate acalorado sobre o conteúdo e mérito da abordagem dos tribunais a respeito de contratos privados.

Bank Competition and Bank Spread in Personal Credit Operations in Brazil: A Theoretical and Empirical Analysis. **Economia**, Vol. 16, 1, 2015.

⁸⁹ “In the Brazilian case, jurisdictional uncertainty may thus be decomposed, in its anti-creditor bias, as the risk of acts of the Prince changing the value of contracts before or at the moment of the execution and as the risk of unfavorable interpretation of the contract in case of a court ruling”. ARIDA, Persio; BACHA, Edmar; LARA-RESENDE, André. Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: Francesco Giavazzi, Ilan Goldfajn and Santiago Herrera (eds.). **Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003**. Cambridge, MA: The MIT Press, 2005, p. 265-293. Os autores argumentam que isso é “an anti-creditor bias, and not an anti-business bias”, o que, ao menos em parte, pode ser atribuído à ênfase que a Constituição brasileira de 1988 dá à função social da propriedade. ARIDA, Persio; BACHA, Edmar; LARA-RESENDE, André. Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: Francesco Giavazzi, Ilan Goldfajn and Santiago Herrera (eds.). **Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003**. Cambridge, MA: The MIT Press, 2005, p. 272-273.

⁹⁰ RIBEIRO, Ivan Cesar. **Robin Hood vs. King John Redistribution: How Do Local Judges Decide Cases in Brazil?**, 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=938174>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

⁹¹ YEUNG, Luciana Luk-Tai; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Nem Robin Hood, nem King John: Testando o Viés Anti-Credor e Anti-Devedor dos Magistrados Brasileiros. **Economic Analysis of Law Review**, Vol. 6, 1, 2015.

Outro estudo examinou os efeitos de decisões judiciais proferidas no Estado de Goiás em casos envolvendo contratos futuros de soja. As disputas remontam aos períodos de colheita de 2003 e 2004, quando os preços de mercado ao tempo do cumprimento excediam o preço contratual em cerca de 70%.⁹² Essa mudança nas condições de mercado criou um incentivo para os fazendeiros inadimplirem o contrato, o que foi acompanhado por numerosas ações buscando a sua execução. Uma pequena maioria das decisões de tribunais inferiores eximiu os fazendeiros do cumprimento de suas obrigações contratuais, tendo em vista a alteração das circunstâncias desde a data do acordo e a *função social do contrato*.⁹³ A probabilidade de o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás exigir o contrato aumentou de 25% em 2003 para 69% em 2007, visto que o Superior Tribunal de Justiça decidiu a favor da exigibilidade dos contratos em 2006.⁹⁴ Embora seja difícil determinar a causalidade, os autores identificaram uma significativa redução do uso de contratos futuros nas colheitas seguintes.⁹⁵ Outros trabalhos atribuíram o significativo aumento da integração vertical dos restaurantes McDonald's no Brasil – que em muito excede a média internacional da rede – a uma onda de litígios no início dos anos 2000, na qual franqueados questionaram com sucesso nos tribunais a validade de certas cláusulas contratuais à luz do ordenamento jurídico brasileiro.⁹⁶

⁹² REZENDE, Christiane; ZYLBERSZTAJN, Decio. Pacta Sunt Servanda versus the Social Role of Contracts: the case of Brazilian agriculture contracts. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Vol. 50, 2, 2012.

⁹³ REZENDE, Christiane; ZYLBERSZTAJN, Decio. Pacta Sunt Servanda versus the Social Role of Contracts: the case of Brazilian agriculture contracts. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Vol. 50, 2, 2012, p. 212-214.

⁹⁴ REZENDE, Christiane; ZYLBERSZTAJN, Decio. Pacta Sunt Servanda versus the Social Role of Contracts: the case of Brazilian agriculture contracts. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Vol. 50, 2, 2012, p. 217-218.

⁹⁵ REZENDE, Christiane; ZYLBERSZTAJN, Decio. Pacta Sunt Servanda versus the Social Role of Contracts: the case of Brazilian agriculture contracts. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Vol. 50, 2, 2012.

⁹⁶ SILVA, Vivian Lara dos Santos; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos Interfirmas em Diferentes Ambientes Institucionais: o Caso McDonald's França versus Brasil. **Revista de Administração**, Vol. 41, 4, 2006, p. 382/389-390.

IV. CONCLUSÃO

A discussão apresentada explorou as várias possíveis razões pelas quais tem havido comparativamente pouco interesse sobre as consequências econômicas de diferentes regimes de direito contratual. À exceção de reais dificuldades em acessar dados, as razões substantivas oferecidas para desconsiderar o direito contratual não são persuasivas. O contrato é uma instituição central para o capitalismo, e o direito contratual não parece ser tão vazio ou trivial quanto presumem os economistas. Contudo, se e como essas diferenças podem importar permanece uma questão aberta, a qual merece ser investigada não obstante os obstáculos práticos.

V. REFERÊNCIAS

ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon. Unbundling Institutions. **Journal of Political Economy**, Vol. 113, 5, 2005.

ADELINO, Manuel; GERARDI, Kristopher; WILLEN, Paul. Why don't Lenders renegotiate more home mortgages? Redefaults, self-cures and securitization. **Journal of Monetary Economics**, Vol. 60, 7, 2013.

ALBORNOZ, María Mercedes. Choice of Law in International Contracts in Latin American Legal Systems. **Journal of Private International Law**, Vol. 6, 1, 2010.

ARAÚJO, Nadia de; SALDANHA, Fabiola Guedes. Recent developments and current trends on Brazilian Private International Law concerning International Contracts. **Panorama of Brazilian Law**, Vol. 1, 1, 2013.

ARIDA, Persio; BACHA, Edmar; LARA-RESENDE, André. Credit, Interest, and Jurisdictional Uncertainty: conjectures on the case of Brazil. In: Francesco Giavazzi, Ilan Goldfajn and Santiago Herrera

(eds.). **Inflation Targeting, Debt, and the Brazilian Experience, 1999 to 2003**. Cambridge, MA: The MIT Press, 2005.

ARMOUR, John; CUMMING, Douglas. Bankruptcy Law and Entrepreneurship. **American Law and Economics Review**, Vol. 10, 2, 2008.

AYRES, Ian. Regulating Opt-Out: An Economic Theory of Altering Rules. **Yale Law Journal**, Vol. 121, 8, 2012.

AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. **Yale Law Journal**, Vol. 99, 1, 1989.

BAGCHI, Aditi. The Political Economy of Regulating Contract. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 62, 3, 2014.

BAR-GILL, Oren; WARREN, Elizabeth. Making Credit Safer. **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 157, 1, 2008.

BERNSTEIN, Lisa. Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry. **Journal of Legal Studies**, Vol. 21, 1, 1992.

_____. Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions. **Michigan Law Review**, Vol. 99, 7, 2001.

BLACK, Bernard. Is Corporate Law Trivial: A political and economic analysis. **Northwestern University Law Review**, Vol. 84, 2, 1990.

BOUCEKKINE, Raouf, *et. al.*. Contract Rules in Codes and Statutes: Easing Business across the Cleavages of Legal Origins. In: Michèle Schmiegelow; Henrik Schmiegelow (eds.). **Institutional Competition**

between **Common Law and Civil Law**. Heidelberg: Springer Berlin, 2014.

BOUKOURAS, Aristotelis. Contract Law and Development. **Courant Research Centre Poverty, Equity and Growth**, No. 61, 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2297450>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

BUBB, Ryan; KRISHNAMURTHY, Prasad. Regulating against Bubbles: How Mortgage Regulation Can Keep Main Street and Wall Street Safe-From Themselves. **University of Pennsylvania Law Review**, Vol. 163, 6, 2015.

COHEN, George. The Financial Crisis and the Forgotten Law of Contracts. **Tulane Law Review**, Vol. 87, 1, 2012.

CUNIBERTI, Gilles. The International Market for Contracts: the Most Attractive Contract Laws. **Northwestern Journal of International Law & Business**, Vol. 34, 3, 2014.

DAMMANN, Jens; HANSMANN, Henry. Globalizing Commercial Litigation. **Cornell Law Review**, Vol. 94, 1, 2008.

DAVIDOFF, Steven; MORRISON, Alan; WILHELM JR., William. The *SEC v. Goldman Sachs*: Reputation, Trust, and Fiduciary Duties in Investment Banking. **Journal of Corporate Law**, Vol. 37, 3, 2012.

DAVIS, Kevin; TREBILCOCK, Michael. The Relationship between Law and Development: Optimists versus Skeptics. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 56, 4, 2008.

DiMATTEO, Larry; HOGG, Martin (eds.). **Comparative Contract Law: British and American Perspectives**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

DJANKOV, Simeon, *et. al.*. Courts. **Quarterly Journal of Economics**, Vol. 118, 2, 2003.

EISENBERG, Theodore; MILLER, Geoffrey. Damages versus Specific Performance: Lessons from Commercial Contracts. **Journal of Empirical Legal Studies**, Vol. 12, 1, 2015.

_____; _____. The Flight from Arbitration: An Empirical Study of Ex Ante Arbitration Clauses in the Contracts of Publicly Held Companies. **DePaul Law Review**, Vol. 56, 2, 2007.

ENRIQUES, Luca, *et. al.*. The Basic Governance Structure: Minority Shareholders and Non-Shareholders Constituencies. In: KRAAKMAN, Reinier, *et. al.*. **The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach**. 3^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

FARNSWORTH, Allan. Comparative Contract Law. In: Mathias Reimann; Reinhard Zimmemann (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; KERHUEL, Anne-Julie. Is Law an Economic Contest? French Reactions to the Doing Business World Bank Reports and Economic Analysis of the Law. **American Journal of Comparative Law**, Vol. 57, 4, 2009.

FERRARI, Franco. Forum Shopping: A Plea for a Broad and Value-Neutral Definition. **Public Law & Legal Theory Research Paper Series**, No. 14-39, 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2474181>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

FRIED, Charles. **Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation**. 2^a ed. New York, NY: Oxford University Press, 2015.

- FRIEDMAN, Lawrence. **Contract Law in America: a Social and Economic Case Study**. Madison, WI: University of Wisconsin Press, 1965.
- GEORGIEV, George. Too Big to Disclose: Firm Size and Materiality Blindspots in Securities Regulation. **UCLA Law Review**, Vol. 64, 3, 2017.
- GILSON, Ronald; HANSMANN, Henry; PARGENDLER, Mariana. Regulatory Dualism as a Development Strategy: Corporate Reform in Brazil, the United States, and the European Union. **Stanford Law Review**, Vol. 63, 3, 2010.
- GORDLEY, James; VON MEHREN, Arthur Taylor. **An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2009.
- HASELMANN, Rainer; PISTOR, Kathanna; VIG, Vikrant. How Law Affects Lending. **Review of Financial Studies**, Vol. 23, 2, 2010.
- HEALY, James. Consumer Protection Choice of Law: European Lessons for the United States. **Duke Journal of Comparative & International Law**, Vol. 19, 3, 2009.
- HONIGSBERG, Colleen; KATZ, Sharon; SADKA, Gil. State Contract Law and Debt Contracts. **Journal of Law and Economics**, Vol. 57, 4, 2014.
- KAHAN, Marcel; KLAUSNER, Michael. Path Dependence in Corporate Contracting: Increasing Returns, Herd Behavior and Cognitive Biases. **Washington University Law Quarterly**, Vol. 74, 2, 1996.
- KENNEDY, Duncan. Law-and-Economics from the Perspective of Critical Legal Studies. In: Peter Newman (ed.). **The New Palgrave**

Dictionary of Economics and the Law, Vol. 2: E-O. London: Macmillan, 1998.

KOROBKIN, Russell. Inertia and Preference in Contract Negotiation: The Psychological Power of Default Rules and Form Terms. **Vanderbilt Law Review**, Vol. 51, 6, 1998.

_____. The status quo Bias and Contract Default Rules. **Cornell Law Review**, Vol. 83, 3, 1998.

_____. Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls. **University of Illinois Law Review**, No. 4, 2002.

LA PORTA, Rafael, *et. al.*. Law and Finance. **Journal of Political Economy**, Vol. 106, 6, 1998.

LANDO, Ole; BEALE, Hugh (eds.). **Principles of European Contract Law, Part 1.** The Hague: Kluwer Law International, 1995.

_____; _____ (eds.). **Principles of European Contract Law, Part 2.** The Hague: Kluwer Law International, 2000.

_____; _____ (eds.). **Principles of European Contract Law, Part 3.** The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LANDO, Henrik; ROSE, Caspar. On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries. **International Review of Law and Economics**, Vol. 24, 4, 2004.

LERNER, Josh; SCHOAR, Antoinette. Does Legal Enforcement Affect Financial Transactions? The Contractual Channel in Private Equity. **Quarterly Journal of Economics**, Vol. 120, 1, 2005.

LISCOW, Zachary. Counter-Cyclical Bankruptcy Law: An Efficiency Argument for Employment-Preserving Bankruptcy Rules. **Columbia Law Review**, Vol. 116, 6, 2016.

MACAULAY, Stewart. Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. **American Sociological Review**, Vol. 28, 1, 1963.

MARKOVITS, Daniel. Contract and Collaboration. **Yale Law Journal**, Vol. 113, 7, 2004.

MASULLO, Helena. Shareholder Agreements in Publicly Traded Companies: A Comparison between the U.S. and Brazil. **Brazilian Journal of International Law**, Vol. 12, 2, 2015.

McCOY, Patricia; PAVLOV, Andrey; WACHTER, Susan. Systemic Risk through Securitization: The Result of Deregulation and Regulatory Failure. **Connecticut Law Review**, Vol. 41, 4, 2009.

MEHREN, Arthur von (Coord.); TURPIN, Collin (ed.). **International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. 7: Contracts in General**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1982.

MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary. The Contribution of Douglass North to New Institutional Economics. In: Sebastian Galiani; Itai Sened (eds.). **Institutions, Property Rights, and Economic Growth: the Legacy of Douglass North**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2014.

MENDALES, Richard. Looking Under the Rock: Disclosure of Bankruptcy Issues under the Securities Laws. **Ohio State Law Journal**, Vol. 57, 3, 1996.

MICHAELS, Ralf. The Functional Method of Comparative Law. In: Mathias Reimann; Reinhard Zimmermann (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006.

MURPHY, Kent. The Traditional View of Public Policy and Ordre Public in Private International Law. **Georgia Journal of International and Comparative Law**, Vol. 11, 3, 1981.

NORTH, Douglass. **Institutions, Institutional Change and Economic Performance**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1990.

PARGENDLER, Mariana. The Corporate Governance Obsession. **Journal of Corporation Law**, Vol. 42, 2, 2016.

_____. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. **NYU Law and Economics Research Paper Series**, No. 17-01, 2016. Disponível em:
<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2848886>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

PISTOR, Katharina. Legal Ground Rules in Coordinated and Liberal Market Economics. In: Klaus Hopt, *et. al.* (eds.). **Corporate Governance in Context: Corporations, States, and Markets in Europe, Japan, and the U.S.** Oxford: Oxford University Press, 2005.

POSNER, Richard. **A Failure of Capitalism: The Crisis of '08 and the Descent into Depression**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2011.

REIFNER, Udo. Thou Shalt Pay Thy Debts: Personal Bankruptcy Law and Inclusive Contract Law. In: Johanna Niemi-Kiesiläinen, *et. al.* (eds.). **Consumer Bankruptcy in Global Perspective**. Oxford: Hart Publishing, 2003.

REIMANN, Mathias. Savigny's Triumph? Choice of Law in Contract Cases at the Close of the Twentieth Century. **Virginia Journal of International Law**, Vol. 39, 3, 1999.

REITZ, John. Political Economy and Contract Law. In: Reiner Schulze (ed.). **New Features in Contract Law**. München: Sellier European Law Publishers, 2007.

REZENDE, Christiane; ZYLBERSZTAJN, Decio. Pacta Sunt Servanda versus the Social Role of Contracts: the case of Brazilian agriculture contracts. **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Vol. 50, 2, 2012.

RIBEIRO, Ivan Cesar. **Robin Hood vs. King John Redistribution: How Do Local Judges Decide Cases in Brazil?**, 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=938174>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

ROMANO, Roberta. Metapolitics and Corporate Law Reform. **Stanford Law Review**, Vol. 36, 4, 1984.

RÜHL, Giesela. Party Autonomy in the Private International Law of Contracts: Transatlantic Convergence and Economic Efficiency. In: Eckart Gottschalk, *et. al.* (eds.). **Conflict of Laws in a Globalized World**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2007.

SCHLESINGER, Rudolf, *et. al.*. **Comparative Law: Cases, Text, Materials**. 6^a ed. New York, NY: Foundation Press, 1998.

SCHWARTZ, Alan; SCOTT, Robert. Contract Theory and the Limits of Contract Law. **Yale Law Journal**, Vol. 113, 3, 2003.

_____; _____. The Common Law of Contract and the Default Rule Project. **Virginia Law Review**, Vol. 102, 6, 2016.

SCOTT, Robert; TRIANTIS, George. Anticipating Litigation in Contract Design. **Yale Law Journal**, Vol. 115, 4, 2006.

SILVA, Guilherme Jonas Costa da; PIRTOUSCHEG, Livia Abrão Steagall. Basic Interest Rate, Bank Competition and Bank Spread in Personal Credit Operations in Brazil: A Theoretical and Empirical Analysis. **EconomiA**, Vol. 16, 1, 2015.

SILVA, Vivian Lara dos Santos; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Contratos Interfirmas em Diferentes Ambientes Institucionais: o Caso McDonald's França versus Brasil. **Revista de Administração**, Vol. 41, 4, 2006.

SKEEL, JR., David. Vern Countryman and the Path of Progressive (and Populist) Bankruptcy Scholarship. **Harvard Law Review**, Vol. 113, 5, 2000.

SMITS, Jan. **Contract Law: A Comparative Introduction**. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2014.

SPAMANN, Holger. Empirical Comparative Law. **Annual Review of Law & Social Science**, Vol. 11, 2015.

_____. Legal Origins, Civil Procedure, and the Quality of Contract Enforcement. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, Vol. 166, 1, 2010.

STOUT, Lynn. Derivatives and the Legal Origin of the 2008 Credit Crisis. **Harvard Business Law Review**, Vol. 1, 2011.

THE WORLD BANK GROUP. **Doing Business 2016: Measuring Regulatory Quality and Efficiency**. Washington, DC: The World Bank, 2016. Disponível em: <<http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Annual-Reports/English/DB16-Full-Report.pdf>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

THE LAW SOCIETY OF ENGLAND AND WALES. **England and Wales: The Jurisdiction of Choice**. London: The Law Society of England and Wales, 2007. Disponível em: <<http://www.eversheds.com/documents/LawSocietyEnglandAndWalesJurisdictionOfChoice.pdf>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2018.

TREBILCOCK, Michael. **The Limits of Freedom of Contract**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1993.

TREBILCOCK, Michael; LENG, Jing. The Role of Formal Contract Law and Enforcement in Economic Development. **Virginia Law Review**, Vol. 92, 7, 2006.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). **UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts**. Rome: UNIDROIT, 2010.

VOGENAUER, Stefan. Regulatory Competition through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence. **European Review of Private Law**, Vol. 21, 1, 2013.

VOIGT, Stefan. Are International Merchants Stupid? Their Choice of Law Sheds Doubt on the Legal Origin Theory. **Journal of Empirical Legal Studies**, Vol. 5, 1, 2008.

WANG, Wen-Yeu. The Evolution of Contract Law in Taiwan: Lost in Interpretation? In: Yun-Chien Chang, *et. al.* (eds.). **Private Law in China and Taiwan: Legal and Economic Analyses**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2017.

WEBER, Max. **Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology**. Ed. Guenther Roth; Claus Wittich; Trad. Ephraim Fischhoff, *et. al.* New York, NY: Bedminster Press, 1968.

WHITMAN, James. The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty. **Yale Law Journal**, Vol. 113, 6, 2004.

YEUNG, Luciana Luk-Tai; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Nem Robin Hood, nem King John: Testando o Viés Anti-Credor e Anti-Devedor dos Magistrados Brasileiros. **Economic Analysis of Law Review**, Vol. 6, 1, 2015.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An Introduction to Comparative Law**. 3^a ed. Trad. Tony Weir. Oxford: Clarendon Press, 1998.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon (eds.). **Good Faith in European Contract Law: the Common Core of European Private Law**. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2000.

Direito Contratual Comparado e Desenvolvimento: rumos e obstáculos
Comparative Contractual Law and Development: directions and obstacles
Submetido em 2017-09-27
Aceito em 2018-01-30