

## Resenha: *Fault in American Contract Law*<sup>1</sup>

Leonardo Catto MENIN<sup>2</sup>

Paulo NALIN<sup>3</sup>

Apesar das inúmeras tentativas de afastá-la definitivamente da disciplina dos contratos, a culpa se faz significativamente presente. Atualmente, ignorá-la na solução das divergências que surjam nesta área demonstra mais o apego a um dogma que uma aproximação da doutrina com a realidade observada no dia a dia de contratantes e tribunais.

Se, no âmbito do *Civil Law*, os institutos da culpa concorrente e do dever de cooperação se fazem presentes e pouco questionados, tal não é a realidade para o *Common Law*, principalmente nos Estados Unidos.

É nesse contexto que a obra coletiva organizada por Omri Ben-Shahar e Ariel Porat traz significativa contribuição, estando inserida em uma realidade na qual se contrastam diversas leituras acerca do direito contratual, como a clássica e a do *Law and Economics*, que por caminhos diferentes acabam por levar à defesa da *strict liability*, e a mais reformista, adotando a culpa como instrumento de justiça também na solução de questões contratuais.

Com pertinente seleção de autores e textos, *Fault in American Contract Law* é obra indispensável para aqueles que pretendem aprofundar a temática do direito contratual norte americano.

Quanto à estrutura da obra, é composta por dezenove capítulos desenvolvidos por diferentes autores e que gravitam sobre o tema da culpa através de diferentes enfoques. Os

---

<sup>1</sup> BEN-SHAHAR, Omri; PORAT, Ariel (org.). *Fault in American Contract Law*. New York: Cambridge University Press, 2010.

<sup>2</sup> Acadêmico do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná (UFPR).

<sup>3</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1991), mestrado em Direito Privado pela Universidade Federal do Paraná (1996) e doutorado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2000). Pós-doutor em Contratos Internacionais pela Juristische Fakultät - Universität Basel (Faculdade de Direito da Universidade da Basileia - Suíça) (2014), sob orientação da Prof. Dra. Ingeborg Schwenzer. Atualmente é professor Associado de Direito Civil da Universidade Federal do Paraná (Graduação e Pós-Graduação). Professor Titular de Direito Civil da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003-2004). Professor do L.L.M. da Swiss International Law School (SILS). Advogado e Árbitro.

capítulos são divididos em seis grandes grupos, prestando-se os três primeiros à análise da culpa face à *strict liability* e os três últimos à análise da aplicação prática da culpa na solução de demandas contratuais.

Na primeira seção, Richard Posner, Scott e Grundmann apresentam a visão clássica norte americana quanto à função da culpa no direito contratual, advogando pela diminuição de seu papel (ou manutenção do seu estrito papel) nessa área. Assim, Posner, partindo da teoria de Holmes, busca demonstrar a importância da *strict liability*, agregando à sua teoria a análise da *Law and Economics*. Scott defende a existência de preferência do mercado pela manutenção da *strict liability* na disciplina contratual, mantendo-se a segurança jurídica e a previsibilidade. Já Grundmann entende que em todos os sistemas há a ocorrência da culpa e da responsabilidade estrita, prevalecendo ora um, ora outro, mas apontando que no sistema norte americano predomina a *strict liability*, o que facilita as trocas comerciais e contribui para a apreciação das diferentes ofertas pelos negociantes.

A segunda seção, composta por artigos de Cohen, Eric Posner e Eisenberg, é apresentada de modo a contrastar a seção anterior. Cohen aponta o fato de que a *strict liability* presume a culpa da parte promitente que viola o contrato, buscando atestar que aliar a avaliação da culpa à disciplina contratual aprimoraria o direito dos contratos. Eric Posner vai no mesmo sentido, considerando a culpa na disciplina contratual sob o viés da teoria econômica do direito. Eisenberg defende a tese de que a culpa embasa a teoria contratual, e o faz por meio da análise da relação da culpa com os institutos da *unconscionability*, *unexpected circumstances*, *interpretation*, *mistake* e *nonperformance*.

A terceira seção conclui a primeira parte da obra ao buscar compreender a relação entre a culpa e o regime da *strict liability*. Aqui, Kreitner analisa o desenvolvimento da disciplina do *contract law* e do *tort law*, demonstrando a intrínseca relação entre ambos os institutos durante o passar do tempo e como a culpa migrou do *contract law* para a *tort law*. Epstein, por sua vez, apresenta grupos de casos para relatar como a disciplina dos contratos e a *tort law* caminham conjuntamente, de modo que a ampliação de um resulta no encolhimento do outro. Assim, explora como o papel da culpa se apresenta reduzido, mas não inexistente, no direito contratual, em contraste com a *tort law*. Em sua contribuição, Ertmann examina a relação entre a *tort law* e a *contract law*, ressaltando nelas a existência de áreas de interferência e concluindo pelo papel menor, mas importante, da culpa na disciplina contratual.

Na quarta seção, analisa-se a *willful breach*. Craswell expressa a necessidade de se adotar uma definição para termo *willful*, apontando como cada uma de suas possíveis definições traz diferentes consequências práticas quanto à condenação ou não pela conduta das partes, bem como quanto ao valor indenizatório. Thel e Siegelman analisam a *willful breach*, definindo-a como a violação ocorrida em circunstâncias nas quais as partes implicitamente acordaram que não violariam o contrato. Bar-Gil e Ben-Shahar advogam pela possibilidade de se utilizar *supracompensatory damages* em casos de *willful breach*, através de uma análise lógica quanto à propensão de uma parte que cometeu uma *willful breach*, e que foi descoberta, haver cometido outras irregularidades que passaram despercebidas. Já Adler visa demonstrar que a função da culpa, nos casos de *willful breach*, é apenas aparente, tendo em vista a utilização, pelos magistrados, do instituto para, ao fim, calcular *expectation damages*.

A quinta seção da obra explora a *comparative fault*. Em seu capítulo, Porat assevera que a *comparative fault defense* deve ser aplicada nos casos em que a cooperação e a prevenção à *overreliance* não possuam elevado custo, de modo a permitir soluções mais efetivas. Entretanto, aponta que em situações diversas a aplicação deste instituto é inviável. Levmore faz uma análise acerca da relação entre *stipulated damages* e *superstrict liability*, explorando o comportamento das cortes e das partes perante violações contratuais em diversos contextos. Cafaggi investiga a conduta do credor e suas consequências nos ordenamentos jurídicos europeu e estadunidense.

A última seção da obra se ocupa da moralidade da quebra contratual. Shavell é pela inexistência de violação moral no rompimento ou inadimplemento contratual, diferenciando a promessa, realizada no âmbito social, do contrato, diante de sua incompletude, que não prevê todos os acontecimentos vindouros. Já Kimel, entendendo o contrato como o equivalente jurídico da promessa ou acordo, examina a moralidade dentro do direito dos contratos, julgando necessária sua aplicação para o bom desenvolvimento da área. Wilkinson-Ryan encerra a obra apreciando a culpa nas relações contratuais através de um viés psicológico, utilizando-se de pesquisas empíricas para demonstrar a influência das regras morais na elaboração e na condução da relação contratual entre as partes.

**Como citar:** MENIN, Leonardo Catto; NALIN, Paulo. Resenha à obra *Fault in American Contract Law*. *Revista IBERC*, Minas Gerais, v. 1, n. 1, p. 01 - 03, nov.-fev./2019.