

Caso Lake River

Lake River Case

Osny da Silva Filho¹



RESUMO: O Caso Lake River diz respeito ao conflito estabelecido entre as empresas norte-americanas Carborundum e Lake River em torno de contrato de fornecimento, ensacamento e distribuição de ferro-carbono por elas celebrado em 1979. A disputa foi judicializada em 1984 e decidida em grau recursal pelo Juiz Richard Posner em 1985. O cerne da controvérsia é a qualificação da “cláusula de quantidade mínima” contratada pelas partes. Carborundum alega que a disposição se configura como cláusula penal, figura proibida pela jurisprudência então aplicável; Lake River argumenta que se trata de cláusula de liquidação antecipada de prejuízos, figura pacificamente admitida. O Caso também envolve divergência sobre a regularidade da retenção, por Carborundum, de parte do ferro-carbono fornecido por Lake River. O roteiro da atividade proposta sugere a discussão de diferentes alternativas de decisão e o confronto entre as soluções admitidas pelo direito norte-americano e pelo direito brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: cláusula penal; liquidação antecipada de prejuízos; Richard Posner; direito de retenção; direito comparado.

ABSTRACT: The Lake River learning case concerns the dispute between two North American companies, Carborundum and Lake River, regarding an agreement for supply, bagging and distribution of iron-carbon signed in 1979. The dispute was filed in 1984 and decided on appeal by Judge Richard Posner in 1985. The Case focuses on the qualification of the so-called “minimum quantity clause” agreed upon by the parties. Carborundum alleges it is unenforceable because it is a penal clause, while Lake River argues it is a regularly enforceable liquidated damages clause. The Case also involves disagreement over the impounding by Carborundum of part of the iron-carbon supplied by Lake River. The activity proposed suggests the discussion of different judgement alternatives and a comparison between solutions admitted by the US law and Brazilian law.

KEYWORDS: penalty clause; liquidated damages; Richard Posner; impounding; comparative law.



¹ Doutor, mestre e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Pesquisador visitante na Faculdade de Direito de Harvard, no Instituto Max Planck para Direito Comparado e Direito Privado Internacional, nas Faculdades de Direito e de Filosofia da Universidade da Califórnia, Berkeley, e nas Faculdades de Direito das Universidades de Roma I “La Sapienza” e II “Tor Vergata”. Professor da graduação e do mestrado profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP). Consultor em Salama, Silva Filho.

1. NARRATIVA DO CASO²

Em meados da década de 1970, período marcado por instabilidade política e recessão econômica – anos do caso Watergate, do fim da Guerra do Vietnã e da Segunda Crise do Petróleo –, Carborundum Company, empresa de grande porte do setor de engenharia de materiais, buscava expandir sua atuação no mercado norte-americano de materiais abrasivos. Embora detivesse posição dominante em seu segmento de mercado e já contasse com grandes plantas industriais no Noroeste dos Estados Unidos da América (EUA), a empresa não dispunha de uma rede de distribuição organizada no Centro-Oeste do país, e particularmente no estado de Illinois.

A fim de expandir sua presença nessa região, Carborundum celebra, em 1979, um contrato com a processadora e distribuidora de materiais Lake River Corporation, instalada em Chicago. Lake River compromete-se a receber, ensacar e distribuir, ao longo de três anos, 22.500 toneladas de ferro-carbono, um abrasivo usado na fabricação de aço. Por meio do mesmo contrato, Carborundum determina que Lake River adquira uma máquina de ensacamento avaliada em \$ 89.000 (todos os números serão arredondados para o milhar mais próximo). A cláusula central do instrumento diz respeito à quantidade mínima de ferro-carbono que deveria ser enviada por Carborundum a Lake River (daqui em diante, Cláusula de Quantidade Mínima, ou CQM):

Considerando o equipamento especial [máquina de ensacamento] que deve ser adquirido e instalado por Lake River para ensacar o produto, Carborundum deve, ao longo do período inicial de três anos desse contrato, enviar para que Lake River ensaque uma quantidade mínima de [22.500 toneladas]. Se no final do período de três anos essa quantidade de ferro-carbono não tiver sido enviada, Lake River deve cobrar de Carborundum a diferença, em valores presentes, entre a quantidade enviada e ensacada e o mínimo garantido (UNITED STATES, 1985, parágrafo 4, tradução nossa).

O início da década de 1980 é marcado por uma significativa queda na demanda doméstica por aço – inclusive ferro-carbono. Diante disso, Carborundum envia, ao longo dos três anos, apenas 12 mil das 22.500 toneladas acordadas, ou 55% do total. Se Carborundum tivesse enviado a quantidade mínima de ferro-carbono estabelecida na CQM, seriam devidos \$ 533.000 a Lake River. Carborundum pagou \$ 292.000 pela quantidade efetivamente enviada e ensacada. Diante disso, Lake River notifica Carborundum, argumentando que esta ainda lhe deve \$ 241.000 (\$ 533.000 – \$ 292.000). Carborundum rejeita o argumento. A fim de reforçar sua posição e compelir Carborundum ao pagamento da quantia que entende devida, Lake River adota uma medida de autotutela, e retém 500 toneladas de ferro-carbono que ainda mantinha em seus armazéns.

Em 1984, o caso é levado a juízo por Lake River. Carborundum apresenta resposta e formula novos pedidos. Duas questões ganham relevância. A primeira, levantada por Carborundum, diz

2 Informações extraídas da decisão de *Lake River Corp. v. Carborundum Co.*, 769 F.2d 1284 (UNITED STATES, 1985).

respeito à legalidade da retenção (*impounding*) de 500 toneladas de ferro-carbono por Lake River. A segunda e mais importante, levantada por Lake River, refere-se à qualificação e às consequências jurídicas da CQM. Nos EUA, e particularmente em Illinois, onde o caso foi julgado, cláusulas penais (*penalty clauses*) são proibidas, ao passo que cláusulas de pré-liquidação de danos ou de liquidação antecipada de prejuízos (*pre-liquidated damages*) são permitidas. Se a CQM fosse considerada uma cláusula penal, Lake River não teria direito aos \$ 241.000. Se a CQM fosse considerada uma cláusula de liquidação antecipada de prejuízos, Lake River teria direito aos \$ 241.000.

No que toca à primeira questão, o juízo de primeira instância (*trial judge*) considerou a retenção indevida, porque se volta para reforçar o adimplemento da contraparte, e não para evitar seu enriquecimento injustificado (*unjust enrichment*). Quanto à segunda questão, o juízo qualificou a CQM como uma cláusula de pré-liquidação de danos – figura válida, portanto, no estado de Illinois. “No momento em que as partes chegaram a um acordo,” decidiu-se,

o valor dos prejuízos que poderiam ser experimentados por Lake River em caso de inadimplemento de Carborundum era incerto e de difícil mensuração, seja pela imprevisibilidade do envio de ferro-carbono, seja pela impossibilidade de estipular com precisão o fluxo de vendas do produto ensacado. A quantidade mínima acordada pelas partes não era nem irrealista, nem desarrazoadamente grande (UNITED STATES, 1984, p. 4, tradução do autor).

Os termos empregados para resolver a segunda questão revelam uma tentativa de adequação do juízo de primeira instância à jurisprudência de Illinois. Para ser válida no estado, uma cláusula de pré-liquidação de danos deve (i) trazer uma “estimação razoável” dos prejuízos decorrentes do inadimplemento e (ii) dar conta de prejuízos “que não poderiam ser mensurados satisfatoriamente” após o inadimplemento (UNITED STATES, 1985, p. 1289-1290, tradução do autor). Atendidos esses requisitos, a cláusula pode ser executada em juízo.

Essas mesmas exigências, no entanto, seriam empregadas pela segunda instância para reverter a decisão de primeiro grau (UNITED STATES, 1985). Após confirmar a ilegalidade da retenção, por Lake River, de parte do ferro-carbono enviado por Carborundum, Richard Posner,³ relator do caso na Corte de Apelação do Sétimo Circuito (Illinois, Indiana e Wisconsin), decidiu que a CQM não poderia ser qualificada como uma cláusula de pré-liquidação de danos. O que estava em jogo não era uma estimação de prejuízos – que poderiam, ademais, ser facilmente estipulados após um eventual inadimplemento. A CQM seria, assim, uma cláusula penal. Ainda que restasse dúvida a respeito disso, lembra Posner (UNITED STATES, 1985, p. 1290), haveria de ser aplicada uma presunção (estabelecida em alguns estados, entre os quais Illinois) (GOLDBERG, 2008, p. 429) em favor da caracterização penal de cláusulas controvertidas.

3 Além de juiz, Richard Posner é professor de Direito em Chicago e autor de inúmeros livros e artigos. Ele é conhecido como um dos pioneiros da Análise Econômica do Direito (AED) nos EUA. A AED é um movimento que procura explicar a ordem jurídica (no caso, a doutrina extraída das decisões judiciais) a partir de categorias econômicas (AED positiva) e prescrever regras a partir dessas categorias (AED normativa). Para um panorama do pensamento de Posner, ver Salama (2012).

Em *obiter dictum*, Posner observa que não haveria razão para proibir as cláusulas penais em contratos empresariais, tanto mais aqueles que envolvem grandes empresas, como é o caso do contrato celebrado entre Carborundum e Lake River. Ele reconhece, todavia, que sua orientação acadêmica não pode suplantar a jurisprudência do estado de Illinois.⁴

2. PERGUNTAS PREPARATÓRIAS

Perguntas para testar a localização dos fatos:

- Quando os fatos relevantes do caso ocorreram?
- Quando o caso foi julgado em primeira instância?
- Houve recurso? De quem? Quando o recurso foi julgado?
- Qual o direito aplicável no lugar e no tempo do caso?

Perguntas para testar a apreensão das categorias jurídicas relevantes:

- Que espécie de contrato foi firmado por Carborundum e Lake River?
- A tipificação do contrato é relevante nos EUA? E no Brasil?
- Qual foi o enquadramento jurídico da medida de autotutela de Lake River?
- Como se qualificaria, no Brasil, a medida de autotutela adotada por Lake River?
- Qual foi o enquadramento jurídico da CQM em primeira instância? E em segunda?
- A qualificação da CQM seria a mesma se o caso fosse julgado no Brasil?

Perguntas para testar o entendimento das categorias jurídicas relevantes:

- Quais são os requisitos para o exercício do direito de retenção nos EUA? E no Brasil?
- Cláusulas penais são permitidas nos EUA (e particularmente no estado de Illinois)?
- Qual é a diferença entre cláusula penal e cláusula de pré-liquidação de danos nos EUA?
- Cláusulas penais são permitidas no Brasil? Como se classificam no direito positivo?
- Há diferença entre cláusula penal e cláusula de pré-liquidação de danos no Brasil?
- O que é um contrato de opção? Trata-se de um contrato típico? Como é executado?
- O que é uma obrigação alternativa? Quais são os requisitos para seu exercício?

Perguntas para testar a capacidade de sugestão *de lege ferenda*:

⁴ Posner: “[...] we still might be inclined to question, if we thought ourselves free to do so, whether a modern court should refuse to enforce a penalty clause where the signator is a substantial corporation, well able to avoid improvident commitments” (UNITED STATES, 1985, p. 1288-1289). No âmbito acadêmico, Posner sustentou essa orientação em seu livro *Economic Analysis of Law* (1973, p. 128-131). Ver, ainda, Rubin (1981), Schwartz (1990), Mattei (1995), Schwartz e Scott (2003) e Goldberg (2008).

- A disciplina esparsa do direito de retenção no Brasil é adequada?
- A regra extraída dessa disciplina (similar à estadunidense) é adequada?
- O uso de cláusulas penais deve ser permitido? Para qualquer contratante?
- A pré-liquidação de danos deve estar entre as funções da cláusula penal?
- Em um julgamento por equidade, qual seria sua solução para o caso?

3. NOTAS DE ENSINO

3.1. Atividade proposta

O caso pode ser explorado de diferentes formas. Sugerem-se aqui, a título de exemplo, duas.

1. Discussão aberta em sala de aula

O caso e as perguntas preparatórias devem ser lidos antes da aula. O docente pode recomendar que as questões preparatórias sejam respondidas por escrito. Na aula, os participantes devem confrontar as respostas propostas, ou construir respostas coletivamente. Ao cabo, os discentes podem apresentar propostas de solução a partir do direito brasileiro e por equidade.

2. *Role play* ou exercício de transposição

Os discentes participantes devem ser divididos em grupos. Os grupos devem ler a narrativa do caso e as sínteses das decisões de primeiro e segundo grau. Em seguida, as perguntas preparatórias e os cenários de decisão nos EUA deverão ser discutidos com o docente. Deve-se sugerir que os discentes tomem notas. Os grupos devem, na sequência, apresentar propostas de solução que, diante do direito brasileiro, contemplem as duas questões centrais do caso (autotutela de Lake River e qualificação da CQM). As decisões serão rapidamente apresentadas e discutidas a partir da proposta de transposição apresentada nestas notas de ensino. Deve-se atentar não apenas para o domínio do conteúdo jurídico do caso, mas também para habilidades e competências envolvidas em sua solução. As indicações a seguir são baseadas nesse modelo de atividade.

3.2. Objetivos da atividade

O propósito do estudo de caso não é apenas aprimorar o domínio de conteúdos jurídicos determinados, mas também desenvolver habilidades e competências gerais e especificamente jurídicas. Entre esses conteúdos, essas habilidades e essas competências, podem ser arrolados os seguintes:

Conteúdos jurídicos passíveis de aprimoramento:

- direito de retenção (categoria geral e hipóteses específicas);
- confronto com a disciplina da retenção (*impounding*) nos EUA;

- classificação das cláusulas penais no Código Civil brasileiro (CC);
- disciplina das cláusulas penais no CC;
- disciplina das cláusulas penais compensatórias no Superior Tribunal de Justiça (STJ);
- confronto entre cláusulas penais e *penalty clauses*.

Habilidades e competências relativas à percepção factual:

- detecção de dados relevantes em narrativas sintéticas;
- diferenciação entre fatos primários e secundários;
- distinção entre fatos e estimativas ou conjeturas;
- replicação de raciocínios (para casos semelhantes).

Habilidades e competências relativas ao raciocínio jurídico:

- distinção entre raciocínios *de lege lata* e *de lege ferenda*;⁵
- apreensão (e interpretação) de regras jurídicas relevantes;
- aplicação do direito (ou subsunção de fatos a hipóteses);
- conjugação de fontes negociais, legais e judiciais;
- indução de regras a partir dessa conjugação;⁶
- modulação de consequências jurídicas.

3.3. Perguntas preparatórias (para discussão)

As perguntas preparatórias, apresentadas logo após a narrativa do caso, devem ser empregadas para alinhar as informações dos discentes e permitir que suas propostas de solução sejam confrontadas a partir das mesmas premissas. Como algumas das perguntas posteriores consideram respostas de perguntas anteriores, os grupos de perguntas devem ser apresentados na ordem sugerida anteriormente. Recomenda-se que as respostas do terceiro grupo de questões sejam apenas esboçadas, a fim de que os discentes as possam desenvolver pormenorizadamente em suas propostas de decisão sob a ordem jurídica brasileira, caso essa atividade seja demandada. O quarto grupo de perguntas serve para exercitar certo “pensamento fora da caixa” – supondo, sempre, que as soluções *de lege lata* já tenham sido apresentadas e assimiladas pelos discentes.⁷

5 Exemplificada pelo *obiter dictum* do juiz Posner, relatado anteriormente, e pelo último conjunto de perguntas preparatórias.

6 Por exemplo, a indução da regra “toda cláusula penal compensatória deve ser limitada por uma estimativa razoável dos danos decorrentes do inadimplemento (ou seja, toda cláusula penal compensatória deve, por orientação assentada no STJ, funcionar também como uma cláusula de pré-liquidação de danos)”.

7 Para a distinção entre questões *de lege lata* e *de lege ferenda*, ver Oliveira (2006).

3.4. Cenários de decisão nos EUA (para discussão)

1. A retenção é regular?

No estado de Illinois, a regularidade da retenção (*impounding*) depende da espécie de interesse que ela busca garantir. Considera-se legítima a retenção realizada com o propósito de evitar enriquecimento injustificado (*unjust enrichment*) da parte contrária.⁸ Isso ocorre em contratos (diríamos no Brasil) bilaterais nos quais uma das partes (a proprietária da coisa retida), já tendo recebido sua contraprestação (e, portanto, enriquecido), deixa de prestar à contraparte (eliminando a razão do seu enriquecimento). Quando a proprietária da coisa retida ainda não prestou, a retenção é ilegal ou indevida (*conversion*). Como Lake River não chegou a ensacar e distribuir os 45% (10.500 toneladas) do abrasivo cujo valor pleiteia – afinal, Carborundum nem mesmo chegou a enviá-los –, sua retenção de 500 toneladas de ferro-carbono é indevida.

2. Qual a disciplina da CQM?

Os contornos da disciplina da cláusula penal e da cláusula de pré-liquidação de danos já foram traçados na narrativa do caso. Importa, aqui, organizar as possibilidades de interpretação:

2.1. A CQM é uma cláusula penal; portanto, é inválida (argumento de Carborundum, endossado pela segunda instância)

Cláusulas penais são inválidas no estado de Illinois. Assim, e eliminando a CQM do programa negocial, pode-se dizer que o contrato foi regularmente adimplido por Carborundum, que pagou integralmente pelo ferro-carbono ensacado por Lake River (\$ 292.000).

2.2. A CQM é uma cláusula de pré-liquidação de danos; portanto, é válida (argumento de Lake River, endossado pela primeira instância)

Cláusulas de pré-liquidação de danos são válidas em Illinois. Assim, é possível dizer que o contrato não foi regularmente adimplido por Carborundum, que se recusou a pagar a diferença entre a CQM e o valor de ferro-carbono já ensacado por Lake River (\$ 241.000, ou \$ 533.000 – \$ 292.000).

2.3. A CQM é uma opção da credora; portanto, é válida (argumento *de lege ferenda* apresentado por Victor Goldberg, um professor de direito que analisou o caso [GOLDBERG, 2008])

Os \$ 533.000 associados à CQM poderiam ser exigidos independentemente da quantidade de ferro-carbono enviada para Lake River.

O contrato dava ao tomador de serviços [Carborundum] considerável discricionariedade sobre o uso dos serviços do prestador [Lake River]. Dando flexibilidade ao tomador, o prestador ofereceu um serviço valoroso, para cuja consecução incorreria em alguns custos. A CQM era um fator central para definir a obrigação e precificar o serviço (GOLDBERG, 2008, p. 429, tradução do autor).

⁸ O *unjust enrichment* da tradição anglo-estadunidense é uma figura mais ampla que o enriquecimento sem causa da tradição continental, estipulado, por exemplo, nos arts. 884, 885 e 886 do CC. Um clássico confronto entre o enriquecimento injusto e o enriquecimento sem causa pode ser encontrado na antiga monografia de Rodolfo Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto* (1959).

3.5. Cenários de decisão no Brasil (para exercício de transposição do caso)

1. A retenção é regular?

Não há, no Brasil, regra geral a respeito do direito de retenção, embora seja possível extrair uma racionalidade comum de suas hipóteses. Há uma série de instâncias da figura na disciplina do direito das obrigações e no direito das coisas. No primeiro caso, é possível apontar a hipótese do locatário que deixa de ser indenizado pela denúncia extemporânea do contrato de locação ou por benfeitorias necessárias ou úteis e consentidas (arts. 571, parágrafo único, e 578, ambos do CC), do depositário que não recebe a retribuição devida (art. 644), do mandatário que não é reembolsado pelos encargos do mandato (art. 681), do comissário que não recebe sua comissão (art. 708) ou ainda do transportador pelo valor da passagem (art. 742). No campo do direito das coisas, encontramos a hipótese de retenção, pelo possuidor de boa-fé, do valor das benfeitorias necessárias e úteis não indenizadas (art. 1.219), bem como o direito de retenção da coisa empenhada pelo credor pignoratício, como reforço do pagamento de despesas justificadas e não resarcidas (art. 1.433, II), e o direito de retenção do credor anticrético sobre a coisa que, dada em anticrese, foi arrendada a terceiro inadimplente (art. 1.507, § 2º, todos do CC). Em todos esses casos, a racionalidade é similar: o direito de retenção serve para reforçar o cumprimento de uma prestação devida *quando* já tiver havido *contraprestação* ou *cumprimento de dever legal* ou *contractual*. Essa racionalidade é equivalente àquela que orienta a regularidade da *impounding* nos EUA. A retenção de Lake River seria, portanto, considerada irregular sob o direito brasileiro.

2. Qual a disciplina da CQM?

No Brasil, cláusulas penais confundem-se com cláusulas de pré-liquidação de danos (ou, mais precisamente, cláusulas de liquidação antecipada de danos-prejuízo) e com cláusulas de limitação de responsabilidade (ou, mais precisamente, cláusulas de limitação do dever ou da obrigação de reparar, ou indenizar e compensar).⁹ Em abstrato, elas são válidas. O CC de 2002 estabelece dois tipos de cláusula penal: a cláusula penal moratória e a cláusula penal compensatória. Cláusulas penais moratórias referem-se ao pagamento fora do “tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer” (art. 411 c.c. art. 394). Cláusulas penais compensatórias dizem respeito, sempre nos termos do CC, ao “total inadimplemento da obrigação” (art. 410). O STJ já assentou que cláusulas penais compensatórias servem ao mesmo tempo para punir e pré-liquidar danos (REsp 1.335.617/SP, Terceira Turma, rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 27 de março de 2014).

A tradução da segunda questão levantada no caso para o direito brasileiro enfrenta uma significativa dificuldade. Qualificada como cláusula penal, a CQM seria, *prima facie*, válida, ao contrário do que ocorre em Illinois. Nesse caso, Lake River teria direito à diferença entre o valor da quantidade

⁹ Monografia clássica: Monteiro (1999).

mínima de ferro-carbono e o valor da quantidade efetivamente enviada. Logo, o argumento de Carborundum em favor da qualificação penal da CQM seria contrário aos seus interesses.

É preciso, assim, ir mais fundo na discussão, e verificar em que medida a assimilação das cláusulas penais compensatórias a cláusulas de pré-liquidação de danos pelo STJ demandaria, diante do direito brasileiro, uma verificação substancial do caráter da CQM. Nesse caso, seria possível figurar dois cenários bastante parecidos com aqueles aventados em Illinois.

2.1. A CQM vai além da pré-liquidação de danos; portanto, deve ser revista (argumento menos favorável a Lake River)

Os fundamentos desta solução e da seguinte são comuns. Danos pré-liquidados em uma cláusula penal compensatória não podem, nos termos do art. 412 do CC, “exceder o [valor] da obrigação principal”. Aquilo que for além dessa estimativa deve ser revisto. Não se trata de invalidade (ou inexistência), como ocorre nos EUA, mas de ineficácia parcial.¹⁰ Nos termos do art. 413 do CC, a penalidade “deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Nesse caso, considera-se que o valor da obrigação principal (\$ 533.000) pressupõe o cumprimento de Carborundum (ou seja, a entrega de 22.500 toneladas de ferro-carbono). Como o cumprimento não foi total (apenas 12 mil toneladas foram enviadas), o contrato tornou-se “mais barato” para Lake River. Assim, o valor da obrigação principal deve ser, para efeitos de aplicação da cláusula penal, reduzido. Lake River tem direito a parte do valor contratado, mas não aos \$ 292.000 que pleiteia.

2.2. A CQM corresponde a uma pré-liquidação de danos; portanto, é eficaz (argumento mais favorável a Lake River)

Trata-se, aqui, da mesma qualificação atribuída à CQM na solução 2.1 – uma cláusula penal compensatória cuja função é pré-liquidar danos. A diferença está no reconhecimento de que o valor previsto nesta disposição não excede o valor da obrigação principal. Para tanto, deve-se considerar que o valor da obrigação principal (\$ 533.000) não pressupõe o envio de 22.500 toneladas de ferro-carbono por Carborundum a Lake River. Em vez disso, ele decorreria dos investimentos aportados por Lake River no negócio (entre os quais a compra da máquina de ensacamento). Assim, Lake River tem direito à diferença entre o valor da obrigação principal e aquilo que já foi pago por Carborundum (\$ 241.000, ou \$ 533.000 – \$ 292.000).

2.3. A CQM é uma opção da credora; portanto, é válida e eficaz (argumento *de lege ferenda* apresentado por Victor Goldberg em *Cleaning Up Lake River* [2008])

10 Não há, no direito estadunidense, uma distinção clara entre inexistência, invalidade e ineficácia, embora seja possível transpor certas soluções para o direito brasileiro a partir dessas categorias. Uma exposição sistemática a respeito do tema – orientada, no entanto, pela sua verificação (existência, validade e eficácia), e não pela sua ausência (inexistência, invalidade e ineficácia) – pode ser encontrada em Azevedo (2002). Sua formulação clássica foi assentada em Miranda (1954-1955).

No direito brasileiro, a “opção” sugerida por Goldberg pode ser abstratamente caracterizada de três modos: (i) como uma obrigação alternativa; (ii) como uma opção em sentido estrito, análoga àquela estipulada pela Lei n. 6.404/1976 (*e.g.*, arts. 166, III, 168, § 3º, e 171, § 3º); ou, ainda, (iii) como uma cláusula penal alternativa (art. 410 do CC). No plano concreto, a hipótese de obrigação alternativa deve ser afastada em virtude da restrição do art. 252, § 1º, do CC (“Não pode o devedor obrigar o credor a receber parte em uma prestação e parte em outra” [BRASIL, 2002]). Quanto à opção em sentido estrito, é preciso testar a viabilidade concreta da analogia. Em um contrato de opção, uma das partes paga pelo direito de comprar ou vender determinado ativo (a opção) por um preço predefinido. Ao adquirir uma opção, o beneficiário não se obriga a comprar ou a vender o ativo a que ela diz respeito. No entanto, se ele decidir comprá-lo ou vendê-lo, o alienante da opção deve aceder à sua decisão. Não há dúvida sobre a dimensão do preço, tampouco sobre a composição do objeto contratual. Ambos são determinados desde a celebração do contrato. Ao contrário do que ocorre no caso Lake River, há no contrato de opção um segundo negócio, cujo exercício é deixado ao arbítrio do beneficiário. No caso Lake River, o que seria deixado ao arbítrio do prestador de serviços não é a realização de um novo negócio, mas apenas a exigência do cumprimento integral da prestação da parte contrária. A analogia parece inapropriada. A última hipótese, de cláusula penal alternativa, parece ser a mais adequada. Embora haja, na disciplina das cláusulas penais, disposição similar à restrição das obrigações alternativas (art. 410 do CC, que sugere “caso de total inadimplemento da obrigação” [BRASIL, 2002]), a redução equitativa é autorizada “se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte” (art. 413, também do CC). Nesse caso, contudo, a solução de Goldberg é assimilada ao pleito de Lake River

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, A. J. **Negócio jurídico**: existência, validade e eficácia (1974). São Paulo: Saraiva, 2002.
- GOLDBERG, V. P. Cleaning Up Lake River. **Virginia Law & Business Review**, [s. l.], v. 3, n. 2, p. 427-445, 2008.
- MATTEI, U. The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts. **American Journal of Comparative Law**, [s. l.], v. 43, n. 3, p. 427-444, 1995.
- MIRANDA, F. C. P. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954-1955. t. I-VI.
- MONTEIRO, A. P. **Cláusula penal e indenização**. Coimbra: Almedina, 1999.
- OLIVEIRA, L. “No me venga con el Código de Hammurabi...”. La investigación sociojurídica en los estudios de posgrado en derecho (2004). In: COURTIS, C. (coord.). **Observar la ley**: ensayos sobre metodología de la investigación jurídica. Madrid: Trotta, 2006. p. 277-298.
- POSNER, R. A. **Economic Analysis of Law** (1973). 6. ed. New York: Aspen, 2002.
- RUBIN, P. H. Unenforceable Contracts: Penalty Clauses and Specific Performance. **Journal of Legal Studies**, [s. l.], v. 10, n. 2, p. 237-247, 1981.

SACCO, R. *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*. Torino: Utet, 1959.

SALAMA, B. M. A História do declínio e queda do eficientismo na obra de Richard Posner. *In*: LIMA, M. L. L. M. P. (coord.). **Direito e economia: 30 anos de Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2012. t. 1. p. 284-325.

SCHWARTZ, A. The Myth That Promisees Prefer Supracompensatory Remedies: An Analysis of Contracting for Damage Measures. **Yale Law Journal**, [s. l.], v. 100, n. 2, p. 369-407, 1990.

SCHWARTZ, A.; SCOTT, R. E. Contract Theory and the Limits of Contract Law. **Yale Law Journal**, [s. l.], v. 113, n. 3, p. 541-619, 2003.

UNITED STATES. **Lake River Corp. v. Carborundum Co., No. 82 C 6292** (decisão de primeira instância). 1984.

UNITED STATES. United States Courts of Appeals (7th Circuit). **Lake River Corp. v. Carborundum Co., 769 F.2d 1284**. Plaintiff-Appellee-Cross-Appellant: Lake River Corporation. Defendant-Appellant-Cross-Appellee: Carborundum Company. Decision Date: 9 August 1985. Disponível em: <https://case-law.vlex.com/vid/lake-river-corp-v-895200490>. Acesso em: 20 nov. 2022.