



MESTRADO
ECONOMIA E GESTÃO INTERNACIONAL

A Aceitação do Princípio do Incumprimento Eficiente pelos Operadores Comerciais em Relações Transnacionais

Rodrigo Manuel Morgado dos Santos Pereira
Gomes

M

2018



A ACEITAÇÃO DO PRINCÍPIO DO INCUMPRIMENTO EFICIENTE
PELOS OPERADORES COMERCIAIS EM RELAÇÕES
TRANSNACIONAIS

Rodrigo Manual Morgado dos Santos Pereira Gomes

Dissertação

Mestrado em Economia e Gestão Internacional

Orientado por

Prof. Dra. Mariana Fontes da Costa

2018

Resumo

Esta dissertação aborda um dos maiores debates dentro da análise económica do contrato: a diferença entre os remédios aplicados em caso de incumprimento contratual nos sistemas legais da *common law* e da *civil law*, enquadrando-a nas barreiras com que as empresas se deparam no processo de internacionalização, em especial ao nível da necessidade de informação de mercado, evidenciada nas principais teorias da internacionalização. Tem como objetivo final perceber de que modo as empresas portuguesas lidam com as diferenças entre esses remédios, entre os países para os quais se querem internacionalizar e onde recai a sua preferência (se no remédio da execução específica ou na indemnização pecuniária), tentando evidenciar as razões das escolhas e se estariam abertas a uma alteração na lei portuguesa que facilitasse uma desvinculação unilateral dos contratos associada a um dever de indemnização dos danos causados.

Ao procurar a opinião das empresas portuguesas, este trabalho pretende promover uma nova abordagem ao debate sobre o incumprimento eficiente, que até à data tem ignorado o ponto de vista do empresário.

Para tal recorreu-se a uma série de entrevistas semiestruturadas com 4 empresas do ramo da engenharia civil que operam simultaneamente em Portugal e no estrangeiro e que lidam com contratos de longa duração e prestam serviços cuja substituição é onerosa ou mesmo impossível em alguns casos.

Os resultados permitiram perceber a dicotomia entre a perspetiva do legislador e do empresário, que avalia as situações caso a caso, sem ponderação para a formação de uma solução geral. As empresas entrevistadas, acostumadas a um sistema de *civil law* apresentaram, como era esperado, alguma aversão à adoção de medidas ditas eficientes, valorizando mais a confiança e as relações com os parceiros do que a possibilidade de escapar a um negócio que se tornou prejudicial ou entrar num outro melhor. Apesar de admitirem a preferência pela indemnização em alguns casos específicos, principalmente quando a execução específica obrigaria à manutenção de uma relação deteriorada ou ao cumprimento de uma obrigação que perdeu a utilidade, o receio de oportunismo desmesurado das condições contratuais foi o principal entrave para a aceitação de uma aproximação aos sistemas legais da *common law*.

Palavras-chave: Internacionalização; Teoria do incumprimento eficiente; Indemnização; Execução específica

Abstract

This dissertation addresses one of the largest debates within the economic analysis of contracts: the difference between the remedies applied in cases of breach of contract in civil law and common law legal systems, framing it in the barriers that firms face in their internationalization processes, especially when it concerns market information, evidenced in the main theoretical models of internationalization. Its final goal is to understand how Portuguese firms deal with the differences between remedies, among the countries to which they want to expand to and where their preference lies (in specific performance or damages), while trying to highlight the reasons of those choices and if they would be open to a change in the Portuguese law, which would facilitate a unilateral untying from contracts, associated with a duty to pay damages.

While searching for the opinion of Portuguese companies, this work intends to promote a new approach to the debate about efficient breach, which, up until now, has ignored the viewpoint of the entrepreneur.

For that purpose, semi-structured interviews were conducted with 4 firms from the civil engineering industry sector, which operate simultaneously in Portugal and overseas, deal with long term contracts and provide services for which substitution is burdensome or even impossible in some cases.

The results allowed to understand the dichotomy between the legislator's and the entrepreneur's perspective, the last one which evaluates each situation on a case by case basis, without thinking of a general solution. The interviewed firms, accustomed to a civil law legal system presented, as expected, some aversion to the adoption of efficient measures, valuing trust and relationships with their partners above the possibility to escape a contract which has become burdensome or entering a better one. Although they admit their preference to be paid damages in some specific cases, mainly when performance would make them maintain a damaged relationship or to make them fulfil an obligation which has lost its utility, the fear of unhinged opportunism of the conditions in the contracts was the main reason for not accepting an approach to the common law legal systems.

Keywords: Internationalization; Theory of efficient breach; Damages; Specific performance

Índice

Resumo	i
Abstract	ii
Índice	iii
1. Introdução	1
2. Revisão de literatura	5
2.1. A Barreira da Informação	5
2.2. Teorias da Internacionalização	6
2.2.1. Modelo de Uppsala	7
2.2.2. A Teoria das Redes	8
2.2.3. O Paradigma Eclético e a Análise dos Custos de Transação	9
2.2.4. Modelo de Gestão Estratégica	11
2.2.5. Conclusão	11
2.3. A análise económica do contrato	12
2.4. A teoria do incumprimento contratual eficiente	14
2.4.1. Definição e pressupostos	14
2.4.2. Fragilidades da teoria do incumprimento eficiente	17
2.4.2.1. Questões éticas	17
2.4.2.2. Alteração das circunstâncias e o cálculo dos danos	18
2.4.3. A alternativa da imposição legal da reconstituição natural	22
2.4.4. Preferência dos operadores comerciais e possíveis explicações	23
2.4.4. O regime legal atual	26
3. Metodologia	29
3.1. Análise Qualitativa - caso de estudo	29
3.2. Seleção dos casos	30
4. Análise de Dados	32
4.1. Apresentação das empresas	32
4.1.1. PPSEC	32
4.1.2. LUSOCLIMA	33
4.1.3. JBMM	34
4.1.4. MOTA-ENGIL	35
4.2. Tratamento dos dados recolhidos	37
4.2.1. Importância do sistema legal aplicável	37

4.2.2. Indemnização vs Execução específica.....	38
4.2.3. Gain-seeking vs Loss-Avoiding.....	39
4.2.4. Alteração do regime legal português e o princípio da confiança.....	41
4.3. Súmula	43
5. Conclusão	47
Referências.....	52
Anexo 1 – Carta de Apresentação	56
Anexo 2 – Declaração de Consentimento Informado	57
Anexo 3 – Guião da Entrevista	58

1. Introdução

Não há como negar que a internacionalização se tornou um passo crucial para aumentar a competitividade das empresas e para a sobrevivência destas num mercado global. Aliás, a internacionalização traz, de facto, efeitos líquidos positivos para grande parte das empresas que dão este passo (Contractor, 2007).

Dentre os diversos modelos teóricos que estudam as condicionantes e motivações que levam as empresas a procurarem alternativas ao mercado doméstico, o modelo de Uppsala, a teoria das redes, o paradigma eclético e o modelo de gestão estratégica - cujos pressupostos serão objeto de breve análise nesta dissertação - procuram explicar e demonstrar que fatores como a confiança, as relações, o nível de compromisso das empresas e o conhecimento de mercado podem influenciar as decisões de internacionalização.

São múltiplas as barreiras, quer a nível interno, quer a nível externo, encontradas pelas empresas na tentativa de se internacionalizarem (Reid, 1983; Coviello & Munro, 1997; Andersen & Buvik, 2002; Whitelock, 2002; Coeurderoy & Murray, 2008; Hennart, 2009; Johanson & Vahlne, 2009; Hassounch, 2011; Teece, 2014).

No entanto, um dos obstáculos mais comuns à internacionalização, principalmente ao nível das Pequenas e Médias Empresas (de ora em diante identificadas pela sigla PMEs), é a existência de barreiras de informação (Coviello & Munro, 1997; O. Andersen & A. Buvik, 2002; Coeurderoy & Murray, 2008; Martins & Pinho, 2010), sendo transversais a grande parte das empresas e apontadas como essenciais para a tomada de decisões por parte da gestão (Leonidou, 2004). As barreiras informacionais afetam a necessidade vital de obtenção de informação sobre o mercado no qual a empresa pretende passar a atuar e de identificação de oportunidades de negócio, sendo a sua ultrapassagem essencial para a redução da incerteza num mercado global heterogéneo e em constante transformação (Leonidou, 2004).

O contrato é um instrumento que reduz a incerteza, nomeadamente informacional, ao atribuir força jurídica vinculativa aos acordos celebrados entre operadores comerciais. Para além da disciplina fixada pelo acordo das partes, cada contrato é regido também por um conjunto de regras jurídicas gerais e abstratas em vigor em cada país, as quais podem ser obrigatórias (normas imperativas) ou depender da não regulação da matéria em sentido diferente pelas partes no acordo (normas supletivas) (Araújo, 2007).

Ora, essas regras gerais e abstratas que regulam a vida dos contratos têm sido objeto crescente de estudo e propostas de reformulação pelas teorias da análise económica do

direito, com o objetivo de maximizar a utilidade produzida pelo contrato, iniciando, assim, um debate sobre se o contrato deve considerar aspectos de eficiência ao mesmo nível dos aspectos de justiça substantiva (Araújo, 2007), com reflexos, nomeadamente, ao nível das normas que regulam as relações comerciais internacionais (Schlechtriem, 1997) .

A teoria do incumprimento contratual eficiente constitui um dos exemplos dessa crescente influência da análise económica na regulamentação legal dos contratos e defende que quando os benefícios conjuntos do cumprimento do contrato já não excedem os custos, uma das partes tem um incentivo para entrar em incumprimento, indemnizar a outra parte pelos danos causados e resolver (extinguir unilateralmente) o contrato, terminando assim com a situação de ineficiência (Eisenberg, 2005). Esta solução é a oposta da adotada presentemente em Portugal (e na maioria dos países europeus continentais) e nos princípios da contratação internacional, nomeadamente nos princípios UNIDROIT (*Principles of International Commercial Contracts*) e na CISG (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*), onde há uma clara preferência pela reconstituição natural, permitindo que a parte afetada pelo não cumprimento exija da parte faltosa a adoção da conduta devida e não apenas uma indemnização pecuniária (Schlechtriem, 1997).

Já o contrário acontece na generalidade dos países pertencentes ao sistema de *common law*, que admitem a extinção da obrigação de cumprir o contrato (substituindo esta obrigação por uma indemnização em dinheiro) com fundamento em incumprimento eficiente, havendo uma maior flexibilidade e liberdade das empresas na persecução de contratos mais eficientes, melhorando o bem-estar geral (Zimmermann, 1990; Eisenberg, 2005; Araújo, 2007; Scalise, 2007; Lando & Rose, 2009; Bigoni et al, 2017).

Em teoria, a aceitação do princípio do incumprimento contratual eficiente permitiria às empresas uma redução da incerteza e do risco e uma maior margem de erro na escolha dos seus parceiros comerciais internacionais, podendo mais facilmente libertar-se de vínculos que, à primeira vista pareciam atrativos, mas que deixaram de ser do seu interesse manter. Deste modo, seria de admitir ser mais atrativa para os operadores comerciais.

Este trabalho pretende explorar precisamente este ponto, pondo em evidência os seus pressupostos e a sua veracidade e analisando como reagem as empresas comerciais portuguesas que se internacionalizaram ao remédio do incumprimento eficiente e se considerariam uma eventual mudança na legislação nacional nesta matéria, e com que contornos.

Para tal, começaremos por dedicar a primeira parte da dissertação à revisão de literatura, na qual se irá fazer um estudo mais detalhado sobre o peso da barreira da informação na decisão de internacionalização das empresas e como as diferenças entre regimes legais se enquadram nesta categoria de barreiras, evidenciando o seu peso nas decisões de internacionalização. Após esta análise, serão abordados os seguintes modelos de internacionalização: o modelo de Uppsala, a teoria das redes, o paradigma eclético e o modelo de gestão estratégica, de modo a evidenciar as motivações para as empresas se internacionalizarem, além dos fatores que determinam a escolha do modo de entrada e do mercado. Evidenciar-se-á, no final, que a informação de mercado é um fator comum entre todos eles, sendo essencial para a aquisição de conhecimento e tomada de decisão.

Posto isto, entraremos na visão económica do fenómeno contratual, demonstrando como a análise económica mudou a forma de ver o contrato, valorizando aspetos que a ciência jurídica considerava irrelevantes. O pragmatismo da ciência económica fez com que esta se focasse nas consequências do contrato, nomeadamente, de que modo é que este poderia maximizar a utilidade de ambas as partes, e da sociedade em geral, criada pela vinculação das partes, ignorando, muitas vezes, questões de justiça substantiva e promovendo alterações dos remédios contratuais profundamente enraizados nos dogmas do Direito.

Avançar-se-á, depois, para a definição e análise dos pressupostos da teoria do incumprimento eficiente, abordando as suas consequências, em caso de aplicação geral; os argumentos a favor desta aplicação e os que se opõe a esta; e o histórico da preferência das entidades comerciais que operam internacionalmente. É feita, também uma abordagem aos pressupostos da solução jurídica da execução específica e de que forma se distingue da indemnização pecuniária, não deixando de referir o sistema português.

A revisão de literatura é finalizada com uma abordagem à importância da atualização dos sistemas legais, com vista à uniformização e à adoção de regras eficientes, de modo a reduzir os custos de adaptação a um sistema legal. A contratação à volta de regras ineficientes não é uma solução perfeita e a não atualização dos sistemas legais pode levar a que as empresas, na procura de um sistema legal familiar, optem pelos sistemas legais de regras ineficientes, agravando o problema dos custos de adaptação.

Segue-se uma descrição e explicação da metodologia selecionada, o método qualitativo, mais especificamente o *Systematic Combining*, utilizando entrevistas semiestruturadas a quatro empresas do setor da engenharia civil. A escolha destas empresas

foi efetuada por estas lidarem com contratos internacionais de longa duração e prestarem serviços de difícil substituição, características ideais para a perceção do ponto de vista do empresário sobre a importância das diferenças entre regimes legais para a tomada de decisões de internacionalização, as diferenças percebidas entre a execução específica e a indemnização pecuniária e uma eventual alteração no sistema legal português que favorecesse mais a atribuição de indemnizações.

Na última parte desta dissertação é realizada uma análise dos resultados obtidos e de que forma se enquadram com a revisão de literatura. Inicialmente é realizada uma descrição das empresas e do seu processo de internacionalização, passando, de seguida, para uma exposição das respostas obtidas, divididas por subcapítulos, cada um abordando um tema diferente, correspondente a uma parte da entrevista. No final é feita uma súmula de todas as respostas obtidas, relacionando-as com a revisão de literatura, de modo a expor as semelhanças e discrepâncias entre a visão do empresário e estudos realizados até à data. O último capítulo aborda as conclusões e implicações dos resultados obtidos.

2. Revisão de literatura

2.1. A Barreira da Informação

Recorrendo à definição adotada por Leonidou (2004), as barreiras informacionais são aquelas que se referem a problemas em identificar, selecionar e contactar mercados internacionais devido a ineficiências ao nível da informação. Estas ineficiências informacionais traduzem-se em maiores custos de transação.

O impacto das barreiras à internacionalização é específico de cada situação, dependendo grandemente do contexto administrativo, organizacional e ambiental da empresa. No entanto, algumas barreiras, como as de ineficiência de informação, têm um efeito obstrutivo no comportamento exportador (Leonidou, 2004). Na análise efetuada por Leonidou (2004), de 37 estudos a 39 barreiras à exportação, as barreiras de informação foram classificadas de elevada importância pelas empresas exportadoras e não exportadoras e como cruciais para tomada de decisão da gestão.

Para desenvolver uma estratégia de internacionalização, é necessário considerar múltiplos aspetos ao nível do mercado, consumidores, procedimentos, investimentos e apoios estaduais. No entanto, esta informação não está disponível de forma igualitária para todos os empresários. Katsikeas & Morgan (1994) evidenciaram que muitos dos problemas nos processos de internacionalização nascem da tomada de decisão não informada do empresário, por este não estar consciente da informação disponível e das suas fontes. Mas estar disponível não é suficiente; o empresário tem de ter iniciativa de procurar informação, sob pena de tomar a decisão menos eficiente.

As barreiras informacionais vão-se esmorecendo com o tempo, à medida que a empresa se envolve cada vez mais nos mercados internacionais, vai adquirindo know-how e conhecimentos procedimentais [conhecimento de mercado (Johanson & Vahlne, 1977)], além de que desenvolve uma rede que lhe permite tornar-se cada vez mais eficiente na escolha de parceiros comerciais e recolher informação cada vez mais precisa e fiável (Uner et al., 2013). Apesar disso, a barreira da informação tem uma importância acrescida, na medida em que outras barreiras ao nível de conseguir um preço competitivo e a entrada de produtos estrangeiros, relacionados com taxas alfandegárias e outras medidas protecionistas, têm vindo a perder importância devido à crescente globalização dos mercados e consequente redução das diferenças de preço. Entre as barreiras mais referidas pelas PME's espanholas,

portuguesas, neozelandesas e turcas encontram-se as barreiras procedimentais, informacionais, de financiamento e de identificação de oportunidades nos mercados externos (Uner et al. 2013).

No caso das PMEs, em Portugal, proporcionar informação correta e fiável, aliada à melhoria da qualificação dos recursos humanos envolvidos no processo de exportação, são passos essenciais para a redução de barreiras que estas empresas enfrentam no seu processo de exportação (Martins & Pinho 2010). Aliás, o elevado risco associado ao processo de internacionalização das PMEs - assente no facto de os recursos à disposição das PMEs tenderem a ser mais reduzidos do que os de uma multinacional - coloca uma importância redobrada na obtenção de informação fiável e na correta tomada de decisão por parte da gestão (Coeurderoy & Murray, 2008).

Ora, as diferenças legislativas entre os vários mercados resultam num esforço extra que as empresas têm de fazer, de modo a conhecerem e se adaptarem ao regime legal existente, se se quiserem expandir para um novo mercado, resultando num aumento dos custos de transação (Carbonara & Parisi, 2009) e ineficiências na elaboração dos contratos (Eisenberg, 2005; Araújo, 2007).

Estas diferenças ao nível de procedimentos legais enquadram-se no contexto das barreiras informacionais, dentro da categoria das barreiras político-legais, sendo que, quanto mais pronunciadas estas forem, maior será o esforço que irão exigir da empresa que pretende entrar no mercado internacional (Leonidou, 2004; Dikova, 2009; Al-Hyari, 2010; Uner et al. 2013; Niñerola et al. 2017).

Mais à frente (*infra*, §2.4) focar-se-ão as diferenças entre os remédios legais consagrados pelos diferentes países para lidar com situações de incumprimento eficiente (tema central da dissertação), a origem e razão dessas diferenças e o modo como as empresas lidam com elas no seu processo de internacionalização. Antes, porém, procurar-se-á, de modo breve, evidenciar a relevância central que é atribuída à barreira da informação pelos principais modelos teóricos de internacionalização, efetuando primeiro uma pequena descrição dos princípios de cada um e, no final, uma súmula de como a informação sobre os mercados é crucial em todos os modelos teóricos.

2.2. Teorias da Internacionalização

Vários autores têm procurado formular uma explicação para perceber “porquê” e “como” as empresas escolhem expandir-se para outros mercados, estudando o comportamento das empresas que escolhem expandir-se além-fronteiras. Fruto deste constante estudo nasceram várias teorias da internacionalização da empresa, sendo rebatidas e evoluindo ao longo do tempo. Whitelock (2002) reúne uma análise das principais teorias da internacionalização, cuja importância é inegável no panorama do estudo da internacionalização da empresa, sendo estas: o modelo de Uppsala, o paradigma eclético e a análise dos custos de transação, a teoria das redes (“*interactive network approach*”) e o modelo de gestão estratégica (“*business strategy approach*”).

2.2.1. Modelo de Uppsala

Desde a sua criação, por Johanson & Vahlne (1977), que o modelo de Uppsala pretende explicar as características do processo de internacionalização das empresas através de um modelo incremental, afirmando que este se inicia normalmente pela exportação *ad hoc*, passando, à medida que há aquisição de conhecimento e experiência de mercado, normalmente, para o uso de agentes locais e depois para as próprias subsidiárias comerciais e progredindo para modos de entrada de maior risco, mas que oferecem maior controlo e rentabilidade (Johanson & Vahlne, 1977; Whitelock, 2002; Coeurderoy & Murray, 2008; Hennart, 2009; Johanson & Vahlne, 2009; Hassouneh, 2011), iniciando-se, regra geral, em mercados psicologicamente próximos do mercado doméstico. Este conceito de distância psicológica pretende medir a aproximação cultural dos mercados e consiste nos fatores (língua, passado colonial, tradições...) que facilitam ou dificultam o entendimento entre os agentes de diferentes mercados, originando a noção de *liability of foreignness*, tanto maior quanto maior for a distância psicológica. O principal *driver* da expansão para outros mercados é o conhecimento tácito, que não se pode ensinar e é ganho através da acumulação de experiência por parte das empresas (Johanson & Vahlne, 1977; Whitelock, 2002).

Entretanto, à luz das mudanças ocorridas no paradigma teórico ao nível da internacionalização e nas práticas negociais das empresas, que foram evoluindo ao longo do século XX, verificou-se que uma grande parte destas não seguia o processo incremental do modelo, nem tinha, muitas vezes, o objetivo final de situar a produção num mercado estrangeiro (Whitelock, 2002; Coeurderoy & Murray, 2008). Acresce que as decisões de internacionalização não são unilateralmente tomadas pela empresa (Hennart 2009).

Deste modo, Johanson & Vahlne (2009) efetuaram uma revisão do modelo de Uppsala, muito influenciados pela teoria das redes (Coviello & Munro, 1997; O. Andersen & A. Buvik, 2002), afirmando que as empresas fazem parte de redes, ou seja, estão envolvidas em relações interdependentes com outras empresas. Os autores admitem também a expansão rápida, “saltando” fases da expansão, se reunidas certas condições, de modo a explicar a rápida internacionalização de algumas empresas. Assim, se as condições de mercado forem estáveis e o conhecimento de mercado puder ser adquirido de outro modo que não a experiência e se a empresa possuir muitos recursos que permitam dar “passos” maiores de expansão, ou possuir uma experiência considerável em mercados semelhantes, é possível as empresas não seguirem o modelo incremental descrito (Whitelock, 2002; Johanson & Vahlne, 2009).

Deste modo, o modelo de Uppsala revisto define a empresa como portadora de confiança, compromissos e relacionamentos com outras empresas (os novos *drivers* do modelo), para além de conhecimento, sendo a internacionalização fruto das ações da empresa para fortalecer as suas posições nas redes em que participa (Coviello & Munro, 1997) e não apenas para ultrapassar barreiras.

Havendo lugar à geração de conhecimento tácito com a construção e manutenção de relações através do compromisso e da confiança, graças à participação numa rede sem fronteiras, isso permitirá a identificação, criação e exploração de oportunidades, influenciando o mercado para o qual a empresa se irá expandir e o modo de entrada que irá utilizar. Uma empresa expandir-se-á para um novo mercado alvo se encontrar oportunidades de negócio ou seguindo um parceiro que pretende ele próprio expandir-se, demonstrando o compromisso com a relação (Johanson & Vahlne, 2009; Whitelock, 2002).

2.2.2. A Teoria das Redes

Uma das grandes críticas ao modelo incremental de Uppsala, após a sua criação em 1977, era, como mencionámos *supra*, o facto de dar a entender que as decisões de internacionalização eram fruto de decisões unilaterais por parte das empresas, ignorando a importância das relações desenvolvidas com outras empresas envolventes (Coviello & Munro, 1997; Whitelock, 2002; O. Andersen & A. Buvik, 2002; Hennart, 2009). De facto, as empresas fazem parte de redes, ou seja, estão envolvidas em relações interdependentes com outras empresas, sejam estas clientes, fornecedores, empresas-mãe, etc. Estas redes têm

um maior peso nas decisões de internacionalização do que a distância psicológica, principalmente nos modos de entrada ou na escolha do mercado (através do seguimento de clientes, por exemplo) (O. Andersen & A. Buvik, 2002; Johanson & Vahlne, 2009).

Os defensores da teoria das redes salientam o peso exercido pela confiança e a acumulação de conhecimento, frutos das relações dentro destas estruturas, para a tomada da decisão da internacionalização. Estas relações são essenciais para o sucesso da expansão da empresa: relações fortes dentro da rede permitem uma aprendizagem progressiva dos pontos fortes e fracos de cada uma das empresas envolvidas nesta, criando uma maior interdependência e conseqüente compromisso com a rede e com o mercado.

A criação de conhecimento dentro da rede permite conhecer as estratégias, recursos, necessidades e outras relações dos parceiros, o que leva à obtenção de informação privilegiada, de *insider*, que é crucial no processo de aprendizagem da empresa. Cria-se o conceito de *relationship-specific knowledge*, fruto da relação de duas empresas de recursos heterogêneos e que permite às empresas obter informação sobre como desenvolver outras relações em situações alternativas e em contexto internacional. (Coviello & Munro, 1997; Whitelock, 2002; O. Andersen & A. Buvik, 2002; Langen, 2002; Lechner & Leyronas, 2009; Johanson & Vahlne, 2009). A importância das relações dentro da rede é ainda maior quando consideramos pequenas e médias empresas, normalmente, de recursos limitados. As relações entre parceiros são muitas vezes determinantes para o futuro destas empresas, devido à reduzida margem de erro que possuem, ao contrário de multinacionais de maiores dimensões que conseguem limitar os danos e sobreviver após uma má experiência de internacionalização (Coviello & Munro, 1997; O. Andersen & A. Buvik, 2002; Coeurderoy & Murray, 2008).

A expansão da empresa para outros mercados está, então, dependente das características das várias redes em que está inserida e das redes que poderá vir a integrar, da sua posição dentro de cada rede, das suas relações com os seus parceiros e da sua capacidade de entrada em novas redes (Whitelock, 2002; O. Andersen & A. Buvik, 2002; Hennart, 2009).

Esta teoria explica os fenómenos de internacionalização não incrementais, por exemplo, de seguimento de clientes ou fornecedores para outros mercados onde esta não detinha interesse (Whitelock, 2002; O. Andersen & A. Buvik, 2002; Coviello & Munro, 1997; Johanson & Vahlne, 2009) ou de formação de *clusters* de empresas que se complementam e beneficiam de *spillovers* de conhecimento (Langen, 2002).

2.2.3. O Paradigma Eclético e a Análise dos Custos de Transação

O paradigma eclético, também conhecido como paradigma OLI, tem como objetivo explicar de que forma as empresas internacionalizam as suas operações tendo em conta três fatores: as vantagens específicas de deter a propriedade de ativos de outra nacionalidade, que aumentam a capacidade de criar riqueza da empresa (*“ownership-specific advantages”* - O); as vantagens específicas de localizar as operações num determinado mercado não doméstico pelas características que trazem ganhos para a empresa (*“location-specific advantages”* - L); e as vantagens específicas de internalizar esses ativos, normalmente nos casos em que as vantagens de propriedade e de localização apenas são possíveis de serem apropriadas através do Investimento Direto Estrangeiro (doravante identificado pela sigla IDE) (*“internalization advantages”* - I) (Dawson, 1994; Whitelock, 2002).

A análise dos custos de transação permite perceber as decisões de verticalização por parte das empresas das suas operações, resultando em diferentes modos de entrada para obter diferentes níveis de controlo (exportação, licenciamento, IDE...), ou decisões de escolha de mercado, através de decisões racionais baseadas numa análise dos custos de transação associados com cada nível de controlo, para cada mercado (Dawson, 1994; Whitelock, 2002; Boisot & Meyer, 2008; Teece, 2014). Um exemplo de comparação dos benefícios com os custos de possuir um maior controlo das operações é o caso de um mercado no qual existem vantagens competitivas de deter ativos com vantagens específicas, o que faz com que, se os benefícios de integração desses ativos forem relativamente maiores que os custos de integração, a empresa tome a decisão de utilizar mecanismos de controlo de modo a deter o controlo sobre esses ativos (Whitelock, 2002; Coeurderoy & Murray, 2008).

O paradigma eclético, com a ajuda da análise dos custos de transação, permite prever e explicar as decisões de internacionalização e integração das empresas, ou, de outro modo, as decisões do local e modo de expansão. No entanto, é um modelo que, para alguns autores, é restrito nas explicações que fornece, pois ignora objetivos de localização das operações com objetivos que vão para além da minimização dos custos de transação, como por exemplo, objetivos de implementação de processos específicos ou de obtenção de acesso a outros mercados, sendo comum haver estratégias diferentes para cada mercado, tendo em vista outros objetivos a longo prazo, em vez da redução imediata dos custos de transação (Teece, 2014). Outra crítica é o facto de atualmente o objetivo final não ser a total integração

das operações, sendo visível nas várias empresas que operam em redes horizontais, que permitem uma maior eficiência de processos (Whitelock, 2002; McCann, 2011).

2.2.4. Modelo de Gestão Estratégica

Este modelo afirma que a empresa toma decisões tendo em vista diferentes estratégias de internacionalização, de acordo com os seus objetivos internos, baseando-se numa ideia de pragmatismo (Whitelock, 2002). A expansão ocorre, assim, pela estratégia que a empresa deseja tomar, fruto da sua filosofia interna, conjugada com os seus recursos e oportunidades de mercado. A escolha do mercado para onde expandir é baseada na sua atratividade, distância psicológica, acessibilidade e barreiras informais, e o modo de entrada é escolhido de acordo com as características específicas do mercado e da empresa (Whitelock, 2002). É importante, para isso, a empresa ter um grande conhecimento das suas potencialidades internas e vantagens competitivas, sejam estas conhecimento de mercado, tecnologia, *know-how*, ou outro tipo de vantagens que, ao serem aproveitadas, permitirão às empresas ter sucesso (Reid, 1983). Além do conhecimento interno, é de extrema importância o conhecimento dos mercados em análise e das suas potencialidades e características, desde potenciais custos, clientes, parceiros ou barreiras à entrada, pois só deste modo poderá a gestão da empresa tomar uma decisão acertada sobre quais as estratégias e mercados mais adequados aos objetivos da empresa (Reid, 1983; Teece, 2014).

Teece (2014) vai mais longe e tenta construir uma teoria unificada da internacionalização da empresa multinacional. Nesta primeira tentativa, o Autor afirma que a internacionalização da empresa está dependente das suas capacidades dinâmicas, colocando uma grande responsabilidade sobre o gestor da empresa, pois é das decisões deste que depende a sobrevivência e sucesso daquela. Aliás, o autor afirma mesmo que a empresa deve ir para além da sobrevivência e da adaptação às falhas de mercado. O gestor deve, sim, implementar recursos, processos e modelos de gestão específicos, combinando ativos internos e externos, guiados por uma estratégia presciente. A capacidade da empresa de entrar em trocas de tecnologia e capacidades, fortalecendo-se a si mesma e aos seus parceiros, irá fortalecer futuras decisões de IDE (Teece, 2014).

2.2.5. Conclusão

Olhando para estas teorias, é possível encontrar um ponto em comum fulcral: em todas elas, o processo de internacionalização necessita da existência de informação de mercado, de modo a permitir tomar a melhor decisão possível (Whitelock, 2002). O paradigma eclético, aliado à análise dos custos de transação, implica a necessidade de informação relativa à realidade dos mercados, informação esta que origina custos para ser devidamente calculada e, como dito anteriormente, no caso da informação sobre os procedimentos legais, pode obrigar a empresa a incorrer em custos para a sua adaptação a essa nova realidade (Coeurderoy & Murray 2008). Esta informação é necessária para a gestão tomar a melhor decisão.

Tanto a teoria das redes como o modelo de gestão estratégica requerem a análise de vários fatores para a tomada de decisão, análise impossível sem a devida informação relativa a esses fatores de decisão, incluindo os procedimentos legais. Pode até referir-se que, ao fazer-se rodear de uma rede de parceiros comerciais experiente em negociar com vários sistemas legais, uma empresa pode reduzir as barreiras de entrada em países com regras legislativas diferentes, adquirindo o *know-how* desses parceiros. Esta transmissão de conhecimento permitirá ao gestor tomar uma decisão informada, de acordo com as características de cada mercado.

Só o modelo de Uppsala se distingue ligeiramente, ao requerer informação baseada no conhecimento experimental para a tomada de decisão, o que, aplicado ao caso dos procedimentos legais, se traduzirá, por exemplo em: ter, dentro da empresa, especialistas ou agentes habituados a um sistema legal diferente, que, com a sua experiência, permitem mitigar essa barreira e reduzir ineficiências na elaboração de contratos. Mejri & Umemoto (2010) defendem, aliás, a construção de um modelo baseado nos vários tipos de conhecimento, de modo a incluir um maior número de fatores que expliquem o comportamento das empresas que se internacionalizam.

Em conclusão, todos os autores consideram a informação sobre os mercados, onde está inserida a informação sobre os procedimentos legais, fulcral para o sucesso nos mercados estrangeiros.

2.3. A análise económica do contrato

Adotando uma visão económica do papel da contratação, podemos considerar o contrato como redutor da incerteza e maximizador de utilidade. Num contexto de incerteza elevada, como o mercado mundial, heterogéneo e sempre em constante mudança, o contrato

permite garantir às partes o cumprimento de condutas acordadas, através da vinculação e da reação ao incumprimento, permitindo o planeamento e a tomada de decisões a longo prazo, criando valor através da confiança. A solução contratual apresenta-se como uma solução otimizadora, quando existe complementaridade de interesses e objetivos (Araújo, 2007).

Tendo como propósito máximo dar o melhor uso aos recursos limitados para satisfazer necessidades ilimitadas, obtendo o resultado mais eficiente, a análise económica do fenómeno contratual nada mais é do que aplicar essa perspectiva de eficiência às regras legais que regem os contratos, promovendo a avaliação das regras e normas legais conforme um critério de eficiência, ou seja, avaliando se promovem ou não o uso eficiente dos recursos (Schafer, 2004).

Segundo uma perspectiva económica, “o contrato é essencialmente um facilitador da circulação de titularidade de valores e de modos de governo conjunto (ou «governança») de problemas atinentes ao conhecimento, ao poder e aos interesses” (Araújo, 2007, p. 18), seguindo os princípios da liberdade contratual e do carácter vinculativo das obrigações contratuais, ou seja, o fundamento da liberdade de contratar ou não contratar e da preferência do contrato como fonte principal de obrigações. Este papel facilitador tem como objetivos principais permitir a circulação de bens e serviços em direção àqueles com maior necessidade e capacidade de os obter e garantir a liberdade de não contratar, para permitir o usufruto dos bens e serviços aos seus titulares. Isto funciona como garantia de que o acesso aos bens e serviços apenas é possível através da troca, mediante, em regra, o pagamento de um preço (Araújo, 2007).

Outro papel fundamental do contrato é o papel incentivador das promessas, nomeadamente através das reações ao incumprimento, vinculando as partes aos seus compromissos e aumentando a confiança nas relações comerciais e incentivando o planeamento e investimento a longo prazo (Einsenberg, 2005; Araújo, 2007).

Uma das principais críticas à análise económica do direito é a sua falta de consideração pela justiça substantiva, ao estudar o contrato como mero instrumento maximizador do bem-estar social. A análise de bem-estar ignora completamente questões redistributivas de bem-estar, estando apenas preocupada em garantir que exista um ganho de bem-estar geral, sem que nenhuma das partes perca, ou seja, ganhos de Pareto, considerando a negociação um “jogo”, no qual as partes dividem livremente a repartição do bem-estar gerado pela transação contida no contrato.

Assumindo como referência o contrato de compra e venda, esta repartição situa-se entre dois pontos: o preço mínimo de venda e o preço máximo de compra. Estes «*reservation points*» delimitam o intervalo dentro do qual ambas as partes aceitam a conclusão do negócio e o bem-estar geral é maximizado. No entanto, um preço muito próximo do preço mínimo de venda é muito mais benéfico para o comprador, conseguindo ganhos de bem-estar muito superiores aos do vendedor, como explica Araújo (2007, p. 54): “no intervalo dentro do qual o contrato é possível, é mutuamente vantajoso e é maximizador de bem-estar, é possível um contínuo de preços, cada um com diferente impacto na distribuição do bem-estar entre as partes, até ao limite de preços que, de tão próximos dos «*reservation points*», praticamente consumam uma «captura total» do bem-estar de uma das partes pela outra”.

Ora, a abordagem económica ignora a componente redistributiva da justiça, preocupando-se apenas com a justiça procedimental ou adjetiva, ou seja, que esta aconteça dentro dessa “disposição negocial” e com a garantia de esta ter sido formada livremente, dentro dos limites das disposições negociais das partes. Ao situar o preço final de contratação nesse intervalo, este nunca será verdadeiramente injusto (Araújo, 2007).

Deste princípio nasce, assim, uma das questões mais controversas da análise económica do contrato: deve haver uma intervenção no sentido de uma maior igualdade na distribuição de bem-estar, correndo o risco de alterar o equilíbrio maximizador de utilidade? E mesmo não alterando esse equilíbrio, deve haver essa intervenção? É neste contexto de eficiência vs justiça substantiva que surge o debate sobre a teoria do incumprimento contratual eficiente (Schafer, 2004; Eisenberg, 2005; Araújo, 2007; Scalise, 2007)

2.4. A teoria do incumprimento contratual eficiente

2.4.1. Definição e pressupostos

A teoria do incumprimento contratual eficiente e os seus defensores argumentam que quando os benefícios conjuntos do cumprimento do contrato já não excedem os custos, pois, por exemplo, as condições atuais diferem das iniciais (muito comum em contratos de longa duração), ou simplesmente surgiu uma melhor oportunidade que garante ganhos maiores do que os existentes quando somados a uma eventual indemnização, uma das partes

tem um incentivo para entrar em incumprimento, indenizar a outra parte pelos danos causados e resolver o contrato, terminando assim com a situação de ineficiência.

Richard Posner (1972) (apud. Eisenberg, 2005) dá-nos uma das definições mais conhecidas da teoria do incumprimento eficiente: “[e]m alguns casos, uma das partes (contratantes) será tentada a não cumprir o contrato, simplesmente porque o proveito do incumprimento seria maior do que o proveito esperado do cumprimento do contrato. Se o proveito derivado do incumprimento também excede o proveito esperado pela outra parte do cumprimento do contrato, e os danos são limitados às perdas dos lucros, então existirá um incentivo ao incumprimento. Deve existir”.¹

Segundo Scalise (2007), a teoria do incumprimento eficiente surgiu nos Estados Unidos da América, remontando a Oliver Wendell Holmes Jr., que na sua obra *The Path of the Law, 1897*, constata que “o dever de cumprir um contrato num sistema de *common law*, significa a obrigação de pagar pelos danos causados pelo incumprimento - e nada mais”² duvidando, no entanto, que Holmes tivesse em mente a teoria do incumprimento eficiente tal como entendida na atualidade, quando escreveu estas palavras. No entanto, formula a essência da ideia de incumprimento eficiente, demonstrando a primazia pelo pagamento de uma indemnização pelo não-cumprimento, em vez da obrigação ao cumprimento, ideia que, mais tarde, será desenvolvida e popularizada por Richard Posner (Araújo, 2007).

Independentemente da sua associação direta à teoria da *efficient breach*, estas palavras demonstram, desde logo, a vocação do sistema jurídico americano para a preferência remedial pela indemnização pelos danos sofridos, deixando o remédio da realização coativa da prestação para casos excepcionais, prática comum nos sistemas de *common law* (Zimmermann, 1990). Já para o jurista de um sistema de *civil law* o caso é muito diferente, sendo que nestes sistemas a preferência cai na reconstituição natural, o que vai contra os princípios da teoria do incumprimento contratual eficiente (Scalise, 2007), pois ao obrigar ao cumprimento efetivo da prestação, a situação de ineficiência mantém-se, não havendo maximização do bem-estar geral, objetivo central da teoria.

Utilizando o exemplo da lei portuguesa, pertencente ao sistema da *civil law*, é possível confirmar isso mesmo. Analisando o Código Civil Português, o art. 817.º indica-nos o

¹ Traduzido de Eisenberg (2005): “[I]n some cases a party [to a contract] would be tempted to breach the contract simply because his profit from breach would exceed his expected profit from completion of the contract. If his profit from breach would also exceed the expected profit to the other party from completion of the contract, and if damages are limited to loss of profit, there will be an incentive to breach. There should be.”.

² Traduzido de Scalise (2007): “the duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it - and nothing else”.

princípio geral da realização coativa da prestação, estatuidando que, não sendo a obrigação voluntariamente cumprida, o credor tem o direito de exigir judicialmente o seu cumprimento e de executar o património do devedor. Este princípio aplica-se quando se tem em vista quer o pagamento de quantia certa, dando o direito à apreensão dos bens, à venda judicial dos bens penhorados e o pagamento aos credores; quer a entrega de coisa certa, dando igualmente o direito à apreensão da coisa em questão para a entrega ao credor, ou, se a coisa não puder ser entregue, aí há transformação da prestação numa indemnização pecuniária (art. 827.º) (Lima & Varela, 1997; Prata & Freitas, 2017). Outro direito dado ao credor é o do uso de meios coativos de realização da prestação, como por exemplo a venda judicial ou extrajudicial do penhor, o direito de retenção de coisas móveis e a declaração de compensação (Lima & Varela, 1997). Se estamos perante uma prestação de facto fungível ou negativo, tendo em conta os artigos 828.º e 829.º, estes conferem ao credor o direito ao cumprimento por terceiro à custa do devedor, a chamada execução por equivalente, ou a demolição da obra feita, exceto nos casos em que o prejuízo da demolição é consideravelmente maior para o devedor do que a obra em si para o credor, o que gera um direito a uma indemnização pecuniária, conforme a regra geral disposta no artigo 566.º, a qual afirma que quando a restituição natural é excessivamente onerosa para o devedor, a indemnização é fixada em dinheiro. Em todos os casos, não se exclui o direito a uma indemnização pelos danos causados, aliada ao cumprimento forçado (Lima & Varela, 1997; Varela, 1997).

Ainda de forma a comprovar a coercibilidade do regime português, o artigo 829.º-A do Código Civil afirma que estando perante uma prestação de facto infungível, positivo ou negativo, o credor pode requerer ao tribunal o pagamento de uma quantia pecuniária por dia de atraso do cumprimento ou por cada infração, exceto nas situações que exigem especiais qualidades científicas ou artísticas. Esta sanção pecuniária compulsória é fixada utilizando critérios de razoabilidade, não interessando se o devedor teve culpa ou não no incumprimento, e sem prejuízo da indemnização a que houver lugar, sendo que o montante se destina em partes iguais ao credor e ao Estado (Lima & Varela, 1997; Prata & Freitas, 2017). Estes pagamentos têm como objetivo forçar o devedor a cumprir, fruto da impossibilidade do uso da força ou prisão como força de coação, visando objetivos de moralidade, eficácia e de promoção da soberania e prestígio do sistema judicial (Lima & Varela, 1997).

O conceito de incumprimento eficiente assenta principalmente em dois pressupostos, indo ao encontro dos pressupostos da análise económica do contrato: o contrato é um mero instrumento de afetação de recursos económicos, através das trocas, procurando maximizar a utilidade geral; o conceito de eficiência social significa uma solução paretiana, ou seja, implica que os ganhos de uns aconteçam sem perdas dos demais, sendo eficiente a atuação cujos benefícios ultrapassam os montantes da indemnização que evita as perdas para qualquer das partes envolvidas (Araújo, 2007).

A ideia de incumprimento eficiente é puramente paretiana, na medida em que aceita o incumprimento quando o devedor tem a ganhar em não cumprir e o credor frustrado não fica a perder com isso, pois foi perfeitamente indemnizado, havendo uma situação de incremento de bem-estar de uma ou mais partes, sem perdas de bem-estar para outras (Scalise, 2007).

2.4.2. Fragilidades da teoria do incumprimento eficiente

2.4.2.1. Questões éticas

O principal argumento utilizado pelos opositores da teoria do incumprimento eficiente centra-se no facto de que o paradigma doutrinário defendido pelos apoiantes desta teoria constituirá um incentivo ao incumprimento desmesurado dos contratos e a uma conduta irresponsável que subverte os pressupostos básicos do fenómeno contratual, principalmente o do respeito pelas promessas e reforço da confiança (Araújo, 2007; Eisenberg, 2005; Bigoni et al, 2017).

No entanto, poderá contrapor-se que a teoria do incumprimento eficiente apenas vai de encontro aos princípios de maximização da eficiência e do bem-estar geral e de oposição à sacralização do contrato, própria da análise económica do contrato. É apenas o reconhecimento de que não é razoável exigir o mesmo que não seria estipulado *ex-ante*, se as condições *ex-post* fossem conhecidas, estando perante um mundo em constante mudança e de informação assimétrica (Araújo, 2007). Pelo contrário, trata-se de encontrar um equilíbrio entre o direito do credor e a liberdade do devedor, nomeadamente, a liberdade de se libertar de uma prestação que, ou se tornou demasiado onerosa, ou não é a que traz maior ganho social, havendo melhor alternativa, não esquecendo, porém, outras considerações ao nível da certeza, dos ganhos em estar em relações de longa duração (Eisenberg, 2005; Bigoni et al,

2017). Estas considerações são de elevada importância em países cujo regime judicial é avesso à ideia de incumprimento eficiente, classificando-o muitas vezes como oportunista e dificultando a sua implementação ou até a de normas promotoras de eficiência nos contratos, apelando à sacralização do fenómeno contratual (Araújo, 2007; Scalise, 2007).

No entanto, não é do interesse dos defensores do incumprimento eficiente terminar com os remédios característicos da *civil law*, mas antes proporcionar uma “válvula de escape” para os devedores, que visa impedir um cumprimento que seria ineficiente e traria uma perda de bem-estar geral, não deixando de admitir o uso da realização coativa da prestação, muitas vezes como alavanca numa renegociação dos termos contratuais ou em situações em que é evidente que o credor sairá prejudicado com uma indemnização pecuniária e apenas a realização da prestação beneficiará a sociedade (Araújo, 2007). É importante manter a distinção entre a quebra de uma promessa contratual e a mentira, pois a primeira obriga à existência de uma intenção verdadeira de cumprir na altura da celebração do contrato, enquanto a segunda é propositadamente indicadora de intenções insinceras e fraudulentas.

Importa, também, distinguir incumprimento eficiente de incumprimento redistributivo, causado quando o devedor utiliza o incumprimento para forçar a uma renegociação das condições contratuais, abrindo a porta a uma captura de bem-estar, em vez de aumentar o bem-estar geral (Araújo, 2007; Scalise, 2007).

Também é relevante diferenciar da sabotagem contratual, que é quando o credor procura a degradação das condições do objeto contratual, quando se apercebe da impossibilidade de transferência de bem-estar, criando perdas de bem-estar absolutas (Araújo, 2007).

O objetivo principal dos defensores da teoria do incumprimento eficiente é a introdução de normas que “se limitem a incentivar o cumprimento exclusivamente naquelas situações em que é o cumprimento, e não o incumprimento, a solução contratual mais eficiente - acautelando os casos em que a assimetria informativa e os elevados custos de transação podem gerar puros incumprimentos oportunistas, mas deixando espaço também para que, verificada pelo devedor a oportunidade de incumprir eficientemente, ele possa fazê-lo sem ter que renegociar com o credor” (Araújo, 2007, p. 742). O conceito de incumprimento eficiente nasce, então, da ideia de que o contrato é meramente um meio para atingir um fim, não o fim em si.

2.4.2.2. Alteração das circunstâncias e o cálculo dos danos

Um dos grandes problemas do incumprimento eficiente suscita-se a propósito do cálculo da indemnização compensatória para o credor frustrado. Este cálculo é feito utilizando a tutela da *expectation*, ou tutela do interesse contratual positivo, colocando o credor na posição em que este estaria se o contrato fosse cumprido (Eisenberg, 2005; Scalise, 2007; Lewinsohn-Zamir, 2012), cobrindo os danos sofridos, os investimentos de confiança e os lucros cessantes, deste modo, incentivando tanto o cumprimento (dando garantias ao credor), como o incumprimento quando este é eficiente. Apesar das suas vantagens, como foi dito anteriormente, o cômputo do montante indemnizatório nem sempre tem o efeito desejado (Araújo, 2007).

Um segundo problema prende-se com a ocorrência de uma situação de alteração das circunstâncias. Neste caso é importante distinguir duas situações: a situação de *gain seeking* e a situação de *loss avoiding*, sendo que cada uma destas levanta considerações diferentes a nível moral, mas também a nível da solução jurídica aplicável.

No primeiro caso estamos perante uma situação em que uma das partes, após a celebração do contrato, recebeu uma proposta mais lucrativa, mesmo quando retirado o valor de uma eventual indemnização pelo não cumprimento do vínculo contratual anterior, sendo, no entanto, forçada a terminar (não cumprindo) o contrato anterior para poder aceitar a nova proposta (por exemplo, por não dispor de mão-de-obra ou de matéria-prima suficiente para assegurar o cumprimento dos dois contratos dentro dos prazos exigidos pelas contrapartes).

O segundo caso refere-se a uma situação em que, após a celebração do contrato, um acontecimento inesperado torna o cumprimento do contrato prejudicial para a empresa, sendo a melhor solução para esta terminar o contrato e indemnizar a outra parte (Araújo, 2007; Eisenberg, 2005; Lewinsohn-Zamir, 2012; Bigoni et al, 2017).

Analisando primeiro o caso de *gain-seeking* (“*Overbidder Paradigm*”), para o incumprimento ser verdadeiramente eficiente é necessário que se encontrem preenchidas duas condições: primeira, que a medição das expectativas (“*expectation damages*”), ou seja, o cálculo dos danos, deixe o credor lesado pelo incumprimento indiferente quanto ao seu ressarcimento por via da indemnização pecuniária ou da reconstituição natural; segunda, que o devedor que não cumpriu ou pretende não cumprir o contrato saiba exatamente a utilidade que o credor dá ao bem em questão.

Em primeiro lugar, segundo o primeiro pressuposto, o objetivo principal da tutela da “*expectation*”, ou seja, o cálculo dos danos, é tornar o credor indiferente entre o

cumprimento e o incumprimento, mais concretamente, entre a reconstituição natural (obrigar o devedor a cumprir exatamente aquilo a que se obrigou contratualmente), ou uma indemnização em dinheiro pelos danos causados, verificando-se o princípio da indiferença.

Na presença de um mercado concorrencial e dinâmico, no qual o bem é abundante e homogéneo, o cálculo da indemnização ficaria apenas pela diferença entre o preço do contrato e o preço de mercado, chegando facilmente ao montante que resultaria no princípio da indiferença. O problema surge quando o modo de cálculo destes danos põe o credor numa posição desfavorável. Isto acontece principalmente quando estamos perante bens de difícil obtenção no mercado ou com um valor de uso para o comprador muito maior do que o seu valor do mercado. Nestes casos, a avaliação do montante indemnizatório é feita através de uma avaliação probabilística do valor do bem, levando a falhas na definição de um preço de mercado objetivo baseado em transações de bens semelhantes, no entanto diferentes, em lugares e tempos distintos e ignorando avaliações subjetivas do bem, o que resulta num preço que maioritariamente não reflete o valor real do bem para o credor (Eisenberg, 2005; Araújo, 2007; Scalise, 2007; Lewinsohn-Zamir, 2012; Bigoni et al, 2017).

A avaliação dos lucros perdidos também deixa muito a desejar, obrigando o credor a provar com um elevado grau de certeza que os lucros iriam ser obtidos. Em alguns países, o cálculo dos danos causados pelo incumprimento é ainda limitado aos danos que, na altura da celebração do contrato, fossem previsíveis por ambas as partes em caso de incumprimento e resultassem do decorrer natural das coisas.

Outros valores necessários apurar são as quantias desembolsadas, ou investimentos de confiança realizados pelo credor e que dependem do cumprimento do contrato, e a possível perda de valor do bem, a diferença entre o valor atual e o valor do bem caso o contrato tivesse sido cumprido pontualmente (Araújo, 2007). Aliados a estas dificuldades juntam-se a desconsideração, muitas vezes, pelos danos causados entre a data do incumprimento e a data do julgamento, os custos de determinação das perdas após o incumprimento e até o risco de insolvência de uma das partes até ao final do julgamento e do pagamento da indemnização (Eisenberg, 2005; Scalise 2007).

Em segundo lugar, abordando o segundo pressuposto (conhecimento exato da utilidade que o credor dá ao bem em questão), quando estamos a falar de um bem diferenciado, o preço é negociado entre as partes, por isso, apesar de o vendedor saber, à altura do contrato, o uso geral que o comprador pode dar ao bem, não saberá exatamente o valor da utilidade que este lhe dá, que será normalmente superior ao preço de contratação.

Na fase negocial, as partes apenas têm acesso à informação dada pelo preço acordado, o que é diferente de saber a expectativa que a parte dá ao bem ou serviço contratado (Eisenberg, 2005; Araújo, 2007). Além disso, ao longo do tempo, o nível de informação diminui e o valor do bem pode aumentar para o comprador, ora porque descobriu novos usos para este, ora porque iniciou investimentos que estarão dependentes da realização desse contrato (Eisenberg, 2005).

Vemos, portanto, que numa situação de “gain-seeking” falha o preenchimento de ambos os pressupostos, pelo que, na realidade, não há um incentivo de eficiência para a adoção da teoria do incumprimento contratual eficiente nestes casos. Uma solução proposta para lidar com estas situações é incluir uma provisão de *disgorgement*, ou seja, de transferências dos lucros obtidos pelo devedor através do incumprimento para o credor frustrado, de modo a desencorajar a interferência de terceiros. No entanto, esta solução não é desprovida de imperfeições, pois pode muito facilmente desincentivar totalmente qualquer incumprimento, seja ele eficiente ou não (Araújo, 2007; Scalise, 2007).

Eisenberg (2005) afirma, ainda, que a adoção desta teoria em resposta a situações de incumprimento *gain-seeking* levaria à ineficiente reformulação dos contratos, desincentivando o planeamento e diminuindo a confiança, e por isso, a eficiência do sistema contratual.

Em caso de incumprimento de forma a evitar perdas derivadas do cumprimento *loss-avoiding* (“*Loss Paradigm*”), a teoria do incumprimento contratual eficiente apresenta um argumento mais forte a favor da eficiência, pois há realmente a possibilidade de o incumprimento levar a ganhos de eficiência, sendo, para além disso, mais favorecida moralmente pelo Direito (Bigoni et al, 2017). É até razoável, de um ponto de vista moral, aceitar que as condições iniciais se possam ter alterado por motivos alheios à esfera de atuação do devedor, motivos esses que não são previsíveis *ex-ante* (Araújo, 2007).

No entanto, mesmo nestes casos a teoria não é livre de fragilidades, dado que na prática um comprador não sabe o custo de produção do vendedor e este não sabe o valor da utilidade do bem para o comprador. O vendedor não toma uma decisão informada, pois apenas avalia a sua decisão consoante o preço contratado, que, como referimos acima, não reflete necessariamente a verdadeira utilidade do bem, não garantindo que o incumprimento seja realmente eficiente. Suscita-se aqui, igualmente, o problema do cálculo de danos - a tutela da *expectation* - que pode não refletir o verdadeiro valor do bem para o credor. Por fim, um outro argumento contra a imposição legal da eficiência em sede contratual refere o perigo do

incumprimento oportunístico por parte do vendedor, argumentando um custo de produção maior do que o valor do bem para o comprador.

Não obstante as críticas a que está sujeita a teoria do incumprimento eficiente, goza de alargada aceitação em todos os sistemas jurídicos a solução que defende que, em casos particulares em que é óbvio que o custo de cumprir o contrato é tão elevado que não se deve permitir a reconstituição natural, deve ser admitido um incumprimento eficiente como “saída” para o vendedor, como forma de mitigação dos danos (Eisenberg 2005). Como mencionámos supra, esta solução encontra cabimento no ordenamento jurídico português, no artigo 566.º do Código Civil.

2.4.3. A alternativa da imposição legal da reconstituição natural

Nas palavras de Eisenberg (2005) um regime jurídico que imponha, como regra, a reconstituição natural em caso de incumprimento do contrato (como é o caso do regime jurídico português) traz vantagens ao beneficiar o credor, dando-lhe o direito de receber exatamente o que foi contratado, reforça a confiança nas promessas e não permite a uma parte terminar o contrato unilateralmente sem o consentimento do credor.

No entanto, este sistema está longe de ser uma solução perfeita, argumentando que as características positivas da execução específica são contrabalançadas por defeitos de igual peso, apontando-se-lhe falhas ao nível da aplicação, sendo esta potencialmente demasiado onerosa, invasiva, coerciva (principalmente quando o devedor arrisca penas de multa ou prisão) e suscetível a erros de maior magnitude do que os erros de cálculo de danos para aplicação de uma indemnização. Ora enquanto os erros de cálculo de danos resultam apenas num montante pecuniário que não satisfaz completamente uma das partes, erros na aplicação da execução específica podem causar danos maiores, aponta Eisenberg (2005). Uma coisa é obrigar um agente a cumprir um contrato, outra é realizar esse controlo, pois todos os contratos correm o risco de levar a interpretações ambíguas, ao contrário da obrigação a fazer um pagamento, cuja verificação é fácil. A litigância nestes casos é, também, mais demorada e envolve custos maiores, além de obrigar a uma mitigação dos danos por parte do credor, que pode até desencorajar este a procurar esse remédio (Hatzis, 2002, Lando & Rose, 2004; Eisenberg, 2005; Scalise, 2007).

Apesar do objetivo central da reconstituição natural ser o mesmo do incumprimento eficiente - colocar o credor numa posição de indiferença entre o cumprimento e

incumprimento - é um remédio de maior rigidez e ineficiência, ao não permitir o recálculo do montante indenizatório, mesmo quando a alteração das circunstâncias levou a que o cumprimento se tornasse desproporcionalmente oneroso para o devedor, sendo a exoneração do cumprimento a via mais razoável. Para além disso, esta sobrecompensação indenizatória desincentiva à diligência do potencial credor frustrado, apercebendo-se de que a perda potencial do devedor é muito maior, e incentivando comportamentos oportunistas, utilizando mesmo a opção do recurso à reconstituição natural para levar a uma renegociação dos termos do contrato, tornando-os mais favoráveis e gerando uma captura de bem-estar (Araújo, 2007; Scalise, 2007).

Esta falta de diligência leva muitas vezes a que o credor não incorra em esforços, por muito mínimos que sejam, de mitigação dos danos (“*Mitigation Paradigm*”) durante o período de litigação até à execução. No caso da reconstituição natural, falamos muitas vezes de períodos longos, indo de poucos meses até anos e ao não incorrer em esforços de mitigação, o resultado final pode ser uma perda absoluta de bem-estar para a outra parte e para a sociedade, sendo este um argumento favorável à sanção da indemnização pecuniária, devido à maior celeridade de atribuição da sanção (Eisenberg, 2005).

Eisenberg (2005) defende ainda que no caso de incumprimento pelo comprador, como a única obrigação em causa é pecuniária, não se deve dar preferência à reconstituição natural, mas sim ao pagamento pelos danos causados. Quanto a bens homogêneos e abundantes no mercado, é preferível um remédio de *virtual specific performance*, ou seja, ao cumprimento por terceiro ao cargo do devedor, sendo o remédio mais célere e eficiente nos casos em que é possível aplicar (Eisenberg 2005).

2.4.4. Preferência dos operadores comerciais e possíveis explicações

Face aos argumentos apresentados *supra*, seria de esperar que os operadores comerciais dessem preferência à indemnização por danos causados num reduzido número de situações, quando lhes é dado a escolher entre esse remédio e a reconstituição natural. Porém, os estudos existentes demonstram o contrário. Scalise (2007) refere que atualmente a prática comum pela maioria das empresas comerciais, mesmo em sistemas da *civil law*, é optar pelo remédio da indemnização pelos danos causados, em detrimento da reconstituição natural.

Lando & Rose (2004), num estudo que incidiu sobre ações judiciais relacionadas com incumprimento de contratos comerciais regulados pela CISG em países da *civil law* (Dinamarca, França e Alemanha) procuram perceber até que ponto os operadores comerciais preferem a reconstituição natural ou a indemnização pecuniária como remédio face a um incumprimento contratual de que foram vítimas, nos casos em que a Lei lhes confere possibilidade de escolha.

A descoberta foi que, na Dinamarca, a reconstituição natural praticamente não é imposta coercivamente pelos tribunais, nem há sequer pedidos para a sua aplicação pelos operadores comerciais que intentam ações por incumprimento contratual (apenas um existiu durante o período analisado, de 1950 a 2000 e não foi garantido pelo tribunal), demonstrando-se, assim que a reconstituição natural foi virtualmente abandonada na Dinamarca.

Em França e na Alemanha, a reconstituição natural é aplicada pelos tribunais em situações muito específicas; no entanto é um remédio que deixou de ser da preferência dos operadores comerciais, sendo raros os pedidos para a sua aplicação. Nos casos analisados de contratos, cerca de 200, em nenhum o remédio de reconstituição natural foi aplicado pelo tribunal, tendo havido apenas um pedido para a sua aplicação.

Também Scalise (2007) avaliou o uso dos remédios contratuais de casos de incumprimento contratual em países da *civil law* e mesmo casos regulados pela CISG, chegando a uma conclusão semelhante: atualmente, a grande maioria dos operadores comerciais concede um período adicional ao devedor para o cumprimento e após esse período de tempo, caso o incumprimento se mantenha, reivindica uma indemnização.

Coeurderoy & Murray (2008), analisando o comportamento de empresas tecnológicas durante as primeiras decisões de internacionalização, afirmam que países cuja *framework* legal não garanta a proteção do direitos do indivíduo e o desenvolvimento de novas empresas, aliada a um sistema político instável, causam o aumento dos custos de transação de operar nesses países, argumentando também que os países abrangidos pela *Common Law* garantem melhor proteção destes direitos e por isso são mais escolhidos pelas empresas para situar as suas operações, apesar da primazia se dar pela escolha de um sistema legal semelhante ao do país de origem, alegando ainda que a qualidade da aplicação da lei (justiça, celeridade e custo) e o primado pelo interesse do indivíduo sobre o do Estado são fatores essenciais para a escolha dos mercados.

É, ainda, reconhecido pela maioria dos especialistas legais que a reconstituição natural, na prática, não é um remédio comum nas práticas comerciais, afirmando que a diferença entre os sistemas da *common law* e *civil law* é mais teórica do que prática (Lando & Rose, 2004; Scalise, 2007).

Numa experiência controlada, Bigoni et al (2017) distinguem as reações de pessoas a situações de incumprimento, dando-lhes a escolher entre indemnização e reconstituição natural e variando a razão do incumprimento entre uma situação de *gain seeking* e *loss avoiding*. Isto permitiu provar que há reações diferentes, induzindo comportamentos diferenciados para cada situação. Os resultados indicam que os sujeitos estão menos dispostos a renegociar quando deparados com uma situação de *gain seeking*, sendo que a compensação também é maior nestes casos. Outra observação que se pode fazer é que indivíduos avessos ao risco aceitam ofertas de compensação de menor valor quando deparados com incumprimento *loss avoiding*. Bigoni et al (2017) defendem que, usando os resultados da experiência, deve haver uma distinção, pela análise económica defensora da *efficient breach*, entre estes dois tipos de incumprimento, pois o incumprimento *loss avoiding* é mais desejável do que incumprimento *gain seeking*.

Também Lewinsohn-Zamir (2012) procurou distinguir a reação moral entre situações de *gain seeking*, *loss avoiding* e, neste caso, situações de *hardship*, nas quais o incumprimento não era imputável ao devedor. Os resultados demonstraram que os inquiridos, em situações com resultados idênticos, julgaram a situação de *gain seeking* como a moralmente menos correta e desejável, enquanto consideraram mais favoravelmente as outras duas, preferindo, no entanto, a situação de *hardship*. No mesmo estudo Lewinsohn-Zamir (2012) abordou o tema da preferência dos questionados entre receber o esperado pelo contrato e uma indemnização, no caso de incumprimento, sendo que a primeira opção era claramente vista de forma mais favorável. No entanto, este estudo foi criticado, entre outras razões, por questionar pessoas numa perspetiva *a priori*, quando estamos a discutir soluções aplicadas *a posteriori*, ou por não utilizar uma população com perceção das consequências do incumprimento de um contrato, nem com experiência de gestão de empresas, dado que se tratava de estudantes (Schwartz, 2012; Schweizer, 2012; Lewinsohn-Zamir, 2012).

Estas diferentes atitudes dos sujeitos são representativas, até certo ponto, das expectativas das partes que celebram um contrato. A escolha dos remédios contratuais para o incumprimento deve ter em conta diferentes tipos de incumprimento, ou seja, deve-se permitir o incumprimento eficiente em situações de incumprimento *loss-avoiding* e

desincentivar o incumprimento para situações de *gain seeking*, através de remédios como a execução específica.

2.4.4. O regime legal atual

Perante as conclusões acima apresentadas, podem ser suscitadas duas questões com reflexos importantes ao nível da adaptação das empresas portuguesas aos diferentes mercados para os quais pretendem internacionalizar-se: qual a importância da atualização dos regimes legais? E não poderiam as empresas portuguesas contratar à volta destas limitações, impondo a sua vontade através da disposição contratual?

Em resposta à primeira questão, Carbonara & Parisi (2009) discutem a importância da constante atualização dos sistemas legais e da competição entre eles, classificando a escolha espontânea de diferentes sistemas legais como crucial para a evolução destes.

Quanto maior a oferta de sistemas legais e maior liberdade de escolha dos sistemas aplicáveis, maior competição irá haver no “mercado” de sistemas legais à escolha, favorecendo a expansão de regras eficientes³ pois estas são as preferenciais para as empresas que atuam em relações transfronteiriças.

No entanto, por muito facilitada que seja esta escolha, contratar utilizando um sistema legal que não o do país residente, traz uma série de custos, mesmo em países de sistemas semelhantes e com quase total liberalização do comércio entre eles, custos principalmente ao nível de aconselhamento legal, adaptação ao novo sistema legal e às novas regras. Quando diferenciamos então países da *common law*, nos quais há praticamente total liberdade de escolha e aplicação, e países com o sistema legal europeu continental da *civil law*, a dificuldade de contratação à volta das regras domésticas é muito maior. (Carbonara & Parisi; 2009; Einsenber, 2005; Scalise 2007).

Os Estados devem acompanhar a mudança, elegendo como regime preferencial o mais utilizado, de modo a reduzir os custos de transação e barreiras legais para as suas próprias empresas, indo de encontro às preferências destas. Idealmente, esta competição e evolução levará à harmonização dos sistemas legais, convergindo na escolha mais eficiente, adotada, tanto pelas empresas, como pelos Estados, atingindo assim o equilíbrio mais eficiente. No entanto, esta mudança não é tão linear como parece, pois mudar de sistema

³ Carbonara (2009) define regra eficiente como aquela que maximiza o *payoff* conjunto de ambas as partes, excetuando externalidades de terceiros, numa dada transação.

legal é um processo muito gradual, demorado e oneroso, além de que diferentes Estados têm diferentes liberdades de escolha para as empresas residentes (Coeurderoy & Murray 2008; Carbonara & Parisi, 2009).

Sistemas da *civil law*, por regra, têm diferentes níveis de liberdade de escolha, podendo facilitar a escolha da lei aplicável de qualquer país, ou colocar barreiras que tornam muito onerosa a contratação com escolha de outra lei aplicável que não a doméstica (Carbonara & Parisi, 2009).

Uma empresa poderá não escolher a lei aplicável mais eficiente se isso se tornar demasiado oneroso, optando, assim, por um sistema menos eficiente.

Não é, porém, apenas a eficiência da regra que determina a sua utilização. Fatores externos, como a difusão dessa regra e o histórico do sistema legal utilizado pelas empresas da rede em que a empresa está inserida, influenciam a decisão em relação ao sistema legal a utilizar (Coeurderoy & Murray 2008; Carbonara & Parisi, 2009). Assim, uma empresa, se estiver condicionada pelos seus parceiros e pelos Estados, irá preferir reduzir as perdas, contratando pela regra menos eficiente. Se a regra menos eficiente for a mais difundida e utilizada pelas empresas a nível mundial, a tendência será convergir nessa regra. As empresas podem querer adotar a regra mais eficiente, mas os Estados, oferecendo total liberdade de escolha e sendo a regra menos eficiente a mais económica a manter (por ser a mais difundida), estas convergem para o sistema legal menos eficiente, pois uma empresa apesar de preferir um certo sistema legal que vê como vantajoso/eficiente, vai preferir seguir a norma, de modo a reduzir os custos no curto prazo. Será preciso um esforço conjunto para realmente haver uma mudança da norma, pois nesses casos, as escolhas das empresas levarão a um equilíbrio sub-ótimo.

Em relação à segunda questão, o direito português, tal como grande parte dos regimes dos países continentais europeus, oferece o direito à escolha da lei aplicável, ou seja, à escolha do regime jurídico que será aplicável àquele contrato e irá arbitrar eventuais litígios. E se essa escolha está limitada nos casos das relações internas, quando todos os elementos da situação se localizam em Portugal (caso em que a escolha da lei não afasta as normas imperativas portuguesas, por força do artigo 3.º, n.º 3 do Regulamento (CE) n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, habitualmente designado como Regulamento Roma I), semelhante limitação não se coloca quando estamos perante relações transfronteiriças, como as que se desenvolvem em sede da internacionalização da

empresa⁴. É nestas que o problema da escolha ajustada da lei aplicável assume especial importância e, como tal, é nelas que a liberdade em sede de opção entre o regime do incumprimento eficiente e a imposição da reconstituição natural se coloca com maior acuidade.

⁴ “Artigo 3.º

Liberdade de escolha

1. O contrato rege-se pela lei escolhida pelas partes. Esta escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das disposições do contrato ou das circunstâncias da causa. Mediante esta escolha, as partes podem designar a lei aplicável à totalidade ou apenas a uma parte do contrato.

2. Em qualquer momento, as partes podem acordar em sujeitar o contrato a uma lei diferente da que anteriormente o regulava, quer por força de uma escolha anterior nos termos do presente artigo, quer por força de outras disposições da presente convenção. (..)

3. A escolha pelas partes de uma lei estrangeira, acompanhada ou não da escolha de um tribunal estrangeiro, não pode, sempre que todos os outros elementos da situação se localizem num único país no momento dessa escolha, prejudicar a aplicação das disposições não derogáveis por acordo, nos termos da lei desse país, e que a seguir se denominam por «disposições imperativas».”

3. Metodologia

3.1. Análise Qualitativa - caso de estudo

Após a análise da revisão de literatura, pretende-se saber quais são as preferências dos operadores comerciais portugueses em relação ao remédio judicial aplicável em casos de incumprimento, de modo a perceber “[c]omo é que as diferenças entre os remédios judiciais aplicados em casos de incumprimento contratual afetam as decisões de internacionalização das empresas” (questão de investigação identificada *supra*, na Introdução). O objetivo será abordar esta questão junto de vários empresários portugueses que celebram, normalmente, contratos de longa duração de vários tipos e tendo em conta os bens transacionados, distinguindo entre bens homogêneos e abundantes no mercado, e bens heterogêneos e de difícil obtenção; situações de *gain seeking* e *loss avoiding*, além de considerar fatores como a confiança nos parceiros, noções de justiça substantiva, se os contratos são celebrados com empresas com as quais as empresas mantinham relações duradouras, etc.

Ora, sendo uma questão que tem na origem uma compreensão do “como”, irá ser adotada a metodologia qualitativa, de modo a perceber o ponto de vista do entrevistado, mais especificamente, o *Systematic Combining* (Dubois & Gadde, 2002; Pratt, 2009) para responder à questão de investigação, usando a entrevista semiestruturada como meio.

O uso de um método qualitativo de investigação é justificado pela natureza específica do que se pretende investigar, nomeadamente, perceber de que modo as empresas se relacionam com diferentes sistemas legais, mais especificamente, com os remédios para o incumprimento e as razões para a escolha de um ou outro remédio, ou até se existe influência desse fator na expansão da empresa para um novo mercado (Pratt, 2009). Devido à complexidade do tema e da extensão que as respostas podem ter, tem de haver uma contínua comparação entre a teoria existente e as respostas obtidas. Esta é uma das características principais do *systematic combining*, permitindo remodelar a investigação à medida que mais comparações são feitas e a teoria é aproximada à realidade.

Este processo segue, normalmente, duas etapas: comparação entre realidade e teoria e orientação e reorientação da investigação (Dubois & Gadde, 2002). Este *matching* acontece continuamente ao longo da investigação, pelo que o investigador está constantemente a tentar corresponder realidade e teoria, reformular e fazer novas questões e gerar novas hipóteses.

Existem, pois, várias maneiras de fazer essa correspondência, sendo que não se sabe de antemão qual a melhor. A constante redefinição da investigação, através, por exemplo, de alterações no método de recolha ou de análise dos dados recolhidos quando confrontado com novas informações, no final, levará o investigador a obter esse *matching* entre realidade e teoria.

Durante o processo investigativo é importante estabelecer os limites da amostra, através de uma *framework* evolutiva bem definida. A teoria servirá como orientação, delineando as variáveis relevantes e ajudando a encontrar relações existentes, funcionando como um enquadramento prévio.

Para o *systematic combining* a literatura não deve ser demasiado extensa, apenas deve funcionar como um *background* a partir do qual novas variáveis e relações serão descobertas ao longo da investigação (Dubois & Gadde, 2002).

3.2. Seleção dos casos

Tendo presente o exposto acima, a escolha dos entrevistados teve como base empresas com as seguintes características:

- PME e grandes empresas - de modo a perceber se há diferentes tratamentos desta temática quando há diferenças consideráveis na dimensão da empresa, esperando-se uma importância reforçada na confiança nos parceiros e nos contratos por parte das PMEs devido à importância deste fator para o sucesso das relações comerciais (Coeurderoy & Murray, 2008; Martins & Pinho 2010);

- Experiência internacional - enquadrando-se no propósito da investigação, sendo necessário que tenha entrado ou entre em negócios com agentes estrangeiros recorrentemente;

- Caracterização do bem/serviço: heterogéneo, de difícil obtenção no mercado e/ou prestação de serviços utilizando contratos de longa duração, impossibilitando, ou pelo menos, dificultando a quantificação da prestação devida em termos monetários, ao contrário de um bem homogéneo e de fácil obtenção (Eisenberg, 2005; Araújo, 2007).

Após esta definição de critérios, foi elaborada uma lista de empresas que se enquadraram neles, com um foco em empresas do ramo da construção civil, devido às características dos serviços que oferecem que, apesar da oferta alargada, são maioritariamente

específicos a cada empresa e acarretam custos quando há uma mudança no prestador do serviço.

Estas empresas foram contactadas para uma entrevista, sendo selecionadas 4, às quais foram feitas entrevistas. Apesar de não existir um número ideal de entrevistas/observações no método qualitativo para ter significância estatística, este número foi considerado suficiente para extrapolar uma conclusão (Pratt, 2009), até certo ponto, do modo como as empresas se comportam quando são confrontadas com um sistema legal ou um remédio para o incumprimento contratual diferentes do país de origem, à medida que se expandem para outro país, assim como a moralidade percebida dos diferentes remédios.

4. Análise de Dados

Neste capítulo, numa primeira instância, será feita a apresentação individual de cada empresa entrevistada, com as informações recolhidas nas partes I e II do Guião da Entrevista (em anexo), dando a conhecer melhor as características de cada uma e, também, do entrevistado.

Seguidamente, abordaremos os resultados das entrevistas, correspondentes às partes III e IV do Guião, divididas em 3 tópicos que englobam os temas principais da entrevista e verificaremos o seu enquadramento com a revisão de literatura e as suas implicações para o debate sobre a aceitação da teoria do incumprimento eficiente.

Será importante referir que as entrevistas com a PPSEC e LUSOCLIMA foram integralmente presenciais. A pedido do entrevistado da Mota-Engil, a entrevista foi conduzida telefonicamente. A entrevista à empresa JBMM decorreu presencialmente, tendo o entrevistado, num momento posterior, tomado a iniciativa de enviar informação complementar através de email.

4.1. Apresentação das empresas

As quatro empresas entrevistadas, como referido anteriormente, estão no ramo da construção civil, desempenhando diferentes papéis: duas na elaboração de projetos de engenharia civil (PPSEC e LUSOCLIMA), um escritório de arquitetura (JBMM) e uma construtora (Mota-Engil), sendo que as três primeiras são consideradas PMEs e o grupo Mota-Engil uma grande empresa.

4.1.1. PPSEC

Nome da Empresa: Paulo Pereira Serviços de Engenharia Civil, LDA.

Entrevistado: Rui Torres, Administrador.

A PPSEC é um escritório de engenharia civil que conta com 28 anos de existência e que começou como um pequeno escritório com cerca de 5 funcionários, até se tornar uma empresa especializada em projetos de engenharia civil, nas vertentes de estruturas,

arquitetura, redes viárias, fiscalização de obra, entre outros, contando atualmente com 35 funcionários e um volume de faturação anual perto dos 3 milhões de euros em 2017.

O seu processo de internacionalização foi iniciado em 2010, por influência dos seus parceiros nacionais, que iniciaram os seus próprios projetos de internacionalização, algo que se integra no modelo de internacionalização da teoria das redes, o qual se refere ao seguimento de clientes ou parceiros comerciais para novos mercados como uma estratégia comum de entrada. A relação com estes parceiros permitiu à empresa beneficiar da experiência e do *know-how* que estes já possuíam, visto terem-se internacionalizado mais cedo, reduzindo o risco de fracasso e beneficiando de *relationship-specific knowledge*. Esta estratégia é mais comum em PMEs, visto disporem de menores recursos e, por consequência, menor margem de erro para desenvolverem projetos de internacionalização.

A existência de relações com estes parceiros teve um maior peso nas decisões de internacionalização do que outros fatores como a distância psicológica ou a falta de experiência internacional (neste sentido apontam igualmente Coviello & Munro, 1997; O. Andersen & A. Buvik, 2002; Whitelock, 2002; Johanson & Vahlne, 2009). A empresa começou pela realização de projetos para esses parceiros, ou seja, pela exportação, até que desenvolveu a sua própria rede de contactos e aumentou o seu *know-how* e conhecimento dos mercados, levando à obtenção da sua própria rede de clientes locais e à criação de empresas nos locais de maior interesse.

A empresa é então, também, um exemplo do modelo de internacionalização de Uppsala, na medida em que, numa fase inicial, se ficou pela exportação direta, de modo a reduzir o risco, apoiando-se nos parceiros, pois não tinha experiência nem conhecimento dos mercados internacionais e, após a aquisição de conhecimento experimental e de desenvolver relações de confiança com os parceiros locais, as barreiras informacionais foram reduzindo e a PPSEC avançou para o IDE, de modo a garantir uma presença física nos principais mercados onde opera (Whitelock, 2002; Johanson & Vahlne, 2009). À data de hoje, em termos de presença internacional, a PPSEC está presente no Brasil, Angola, Camarões e Costa do Marfim.

4.1.2. LUSOCLIMA

Nome da Empresa: Lusoclima – Soluções de Engenharia, S. A.

Entrevistado: Filipe Trindade, Administrador.

Fundada em 2007, a Lusoclima começou como uma empresa de projetos de engenharia na área da climatização (instalações mecânicas). A partir de 2008 começou a desenvolver também projetos na área das instalações elétricas, de modo a estar melhor posicionada no mercado. Atualmente, é um escritório especializado na área dos projetos e certificação energética ao nível das instalações mecânicas e elétricas, contando com 18 trabalhadores e um volume de negócios de cerca de 1 milhão de euros.

Em 2012, pleno período de crise económica e consequente estagnação do mercado imobiliário, a empresa, tal como muitas do ramo, procurou soluções fora do mercado nacional, virando-se para os países de língua oficial portuguesa, tendo encontrado no Brasil, depois de algumas dificuldades iniciais para ganhar quota de mercado, uma carteira de clientes regulares. Isto permitiu à empresa reforçar a sua posição no país, criando mesmo uma empresa local para fortalecer as relações e a proximidade com os parceiros comerciais brasileiros.

Aqui é possível denotar que, apesar de ter dado preferência a um mercado psicologicamente mais próximo, como é referido no modelo de Uppsala (Whitelock, 2002; Johanson & Vahlne, 2009), a empresa encontrou dificuldades visto não ter, *a priori*, relações com empresas brasileiras. O facto de não estar integrada em redes locais dificultou a entrada da LUSOCLIMA no mercado brasileiro, não dispondo de *relationship-specific knowledge*, nem beneficiando da ajuda que um parceiro experienciado no mercado brasileiro poderia oferecer para enfrentar as barreiras de entrada.

No entanto, após um período mais difícil, conseguiu obter um conjunto de clientes, integrando uma rede local e criando condições para fortalecer a sua posição no país, através do IDE, refletindo aqui a importância e os benefícios que podem advir da criação de relações, argumento principal do modelo da teoria das redes (Coviello & Munro, 1997; O. Andersen & A. Buvik, 2002; Whitelock, 2002; Johanson & Vahlne, 2009). No seu pico, o volume de negócios no Brasil representava 25% do volume da faturação total da empresa. Atualmente, esse volume corresponde a 5%, fruto do abrandamento do mercado brasileiro e da recuperação do mercado português. No mercado africano, nomeadamente Angola e Moçambique, a empresa desenvolveu igualmente projetos em conjunto com outras empresas nacionais.

4.1.3. JBMM

Nome da Empresa: J. Bragança M. Marques Arquitectos, Lda

Entrevistado: António Carlos Morais da Silva, Consultor

Contando com mais de 30 anos de existência, a JBMM é um gabinete de arquitetura, especializado em projetos que vão desde a construção, reconstrução e reabilitação de edifícios, em todas as áreas de atividade, Habitação, Indústria, Comércio e Serviços, composta atualmente por 4 elementos. Não foi revelado o volume de faturação.

Em 2013, a empresa viu no mercado moçambicano uma oportunidade para se lançar internacionalmente e começou a colaborar com empresas locais na realização de projetos. O elevado potencial de crescimento do setor, a escassez de oferta de serviços de arquitetura e a língua portuguesa foram os principais fatores que atraíram a JBMM para este mercado. Através da identificação de potenciais parceiros, desenvolvimento de anteprojetos e estabelecimento de parcerias, esta entrada no mercado moçambicano provou-se frutífera para a empresa.

Porém, desde 2015, a recessão do mercado e as consequentes dificuldades em retirar divisas do país, aliadas às falhas existentes no sistema fiscal local, criaram dificuldades à empresa. No entanto, a empresa optou, para já, por não abandonar o mercado moçambicano, pois este apresentou alguns indicadores de retoma recentemente.

A entrada num mercado culturalmente próximo é um caso típico de redução da *liability of foreignness* ao iniciar o processo de internacionalização, a que acresce a entrada através da exportação devido à menor experiência em mercados internacionais e redução do risco; estão em causa características do modelo de Uppsala (Whitelock, 2002; Johanson & Vahlne, 2009).

4.1.4. MOTA-ENGIL

Nome da Empresa: Mota-Engil, SGPS, S.A.

Entrevistado: Luís Miguel Guedes Vaz, Gestor de obra interna (coordenador de projetos)

Fundado em 1946, o Grupo Mota-Engil é hoje uma multinacional com atividade centrada na construção e gestão de infraestruturas segmentada pelas áreas de Engenharia e

Construção, Ambiente e Serviços, Concessões de Transportes, Energia e Mineração. Hoje em dia está presente em 3 continentes, num total de 28 países e atingiu um total de 828 milhões de euros em volume de negócios em 2017.

A vertente internacional do grupo é inquestionável, tendo estado presente em Angola desde o início da sua atividade e expandindo-se e ganhando presença no restante mercado africano, graças à adjudicação de várias obras públicas de grande dimensão. Seguiu-se a entrada no mercado da Europa Central, em 1995, pela Hungria e Polónia, de modo a diversificar a sua atividade, e na América do Sul, pelo Peru, em 1998, através de aquisições de participações em empresas locais, de forma de garantir uma presença física nesses mercados. A expansão prosseguiu para outros países do continente Europeu, Africano e Americano, sendo as concessões de projetos, aquisições ou mesmo criação de empresas locais, os modos de entrada nos mercados internacionais. Sendo um grupo tão vasto, podemos encontrar inúmeros exemplos que encaixam nos diversos modelos teóricos de internacionalização: a preferência por mercados fisicamente ou culturalmente mais próximos, como foi o caso do mercado angolano (ainda parte de Portugal na altura) e mercados africanos mais próximos, onde entrava através de concessões (exportação) e só depois procurava ter uma presença física no terreno, através de IDE ou aquisições, são características clássicas do modelo de Uppsala (Whitelock, 2002; Johanson & Vahlne, 2009); a procura de novos mercados onde interessava ao grupo deter ativos, localizar a produção ou investir, motivações explicadas pelo paradigma eclético, como foi o caso do Peru, onde através da detenção de posições dentro desse mercado se expandiu para o restante mercado sul-americano (Dawson, 1994; Whitelock, 2002; Coeurderoy & Murray, 2008); o uso de aquisições de modo a garantir presença imediata nos mercados, ganhando imediatamente posições em redes locais, em vez de passar pelo processo mais demorado de penetrar numa rede onde não detinha posições, obtendo vantagens consideráveis, descritas no modelo da teoria das redes (Coviello & Munro, 1997; O. Andersen & A. Buvik, 2002; Whitelock, 2002; Johanson & Vahlne, 2009).

É possível ainda resumir as decisões de expansão do grupo, assim como das outras empresas entrevistadas, como simplesmente terem utilizado da melhor forma as suas potencialidades internas e vantagens competitivas que, aliadas a uma análise dos diferentes mercados, levaram a decisões de internacionalização em consonância com a sua filosofia e estratégia para o futuro, tal como é definido no modelo de gestão estratégica (Reid, 1983; Teece, 2014).

4.2. Tratamento dos dados recolhidos

4.2.1. Importância do sistema legal aplicável

Na revisão de literatura foi efetuada uma análise da importância das diferenças entre os sistemas legais como uma barreira à entrada das empresas nos mercados internacionais, nomeadamente uma barreira informacional, tendo-se verificado que as diferenças legislativas entre os vários mercados resultam num esforço de adaptação extra que as empresas têm de fazer, levando a um aumento nos custos de transação e ineficiências na elaboração dos contratos (Eisenberg, 2005; Araújo, 2007; Carbonara & Parisi, 2009).

É importante obter informação sobre os procedimentos legais dos mercados para os quais a empresa se pretende internacionalizar, de modo a ser possível tomar uma decisão o mais informada possível sobre a seleção dos mercados para onde a empresa se deve expandir (Katsikeas & Morgan, 1994; Uner et al., 2013), sobretudo no caso das PME's, devido à reduzida margem de erro que possuem em comparação com as empresas de maior dimensão (Coeurderoy & Murray, 2008; Martins & Pinho, 2010).

Por estas razões, procurou-se perceber realmente se, para as empresas entrevistadas, o sistema legal de um mercado influencia a decisão da internacionalização e de que forma lidam com os diferentes sistemas legais.

Quando questionadas sobre a existência de um departamento legal na empresa, apenas Luís Vaz, da Mota-Engil, referiu ter um departamento legal, algo que se deve à maior dimensão da empresa face às outras entrevistadas, PME's com menores recursos e pessoal. A prática destas últimas empresas passa por fazer *outsourcing* a empresas locais aquando da celebração de contratos internacionais.

Interrogadas sobre a influência do regime jurídico nacional para a escolha de um mercado, a PPSEC e a JBMM, fruto do seguimento de parceiros e da perseguição de oportunidades de negócios específicas, não consideram importante esta questão. Já na LUSOCLIMA destacou-se a importância de conhecer a conjuntura jurídica, de modo a tentar que esta seja o mais próxima possível da portuguesa, alinhando-se com os pressupostos de Uppsala sobre a escolha de países psicologicamente mais próximos, tendo a Mota-Engil, do mesmo modo, considerado essencial a compreensão do sistema legal e fiscal.

Todas as empresas admitem, apesar disso, terem incorrido em esforços para se adaptarem a sistemas legais estrangeiros, exceto a PPSEC, cujo esforço não costuma centrar-se na compreensão do sistema legal estrangeiro como um todo, mas sim no conhecimento dos regulamentos dos projetos de engenharia civil. Segundo Rui Torres, o uso de parceiros comerciais para a entrada em novos mercados pode permitir que os custos de adaptação sejam mitigados com o seu *know-how*, reforçando os pressupostos do modelo da teoria de redes, que afirmam que as relações entre empresas podem permitir obter informação sobre como desenvolver outras relações em situações alternativas e em contexto internacional (Coviello & Munro, 1997; Whitelock, 2002; O. Andersen & A. Buvik, 2002; Langen, 2002; Lechner & Leyronas, 2009; Johanson & Vahlne, 2009).

Aquando da formação dos contratos, é unânime nas PME's entrevistadas que a escolha da lei aplicável é normalmente deixada ao parceiro local, sendo maioritariamente a local e nunca nenhuma tendo tido casos de incumprimento no estrangeiro. O entrevistado representante da Mota-Engil não tinha conhecimento suficiente para comentar sobre a política do grupo nesses casos, dada a vastidão de contratos realizados e dimensão do grupo.

4.2.2. Indemnização vs Execução específica

No ponto 2.4.4. (*supra*) foi referido que a doutrina maioritária vai no sentido de admitir que, nos casos de incumprimento, o remédio da reconstituição natural não é o da preferência dos operadores comerciais, sendo pouco utilizado nas práticas comerciais, nem dos tribunais, que raramente o aplicam. Mesmo em sistemas de *civil law*, a preferência recai na indemnização pecuniária (Lando & Rose, 2004; Scalise, 2007).

Sendo o sistema legal português um clássico sistema legal continental europeu da *civil law*, foi questionada a preferência dos entrevistados entre estes dois remédios, de modo a entender se estes operadores vão de encontro à tendência mundial de preferência pela indemnização, ou se optariam pela realização coativa da prestação nos casos de incumprimento, tentando perceber também as suas motivações.

Nada tendo sido referido, numa primeira pergunta, sobre a natureza homogénea ou heterogénea dos bens ou serviços em questão, questionados sobre a preferência entre poder exigir judicialmente a entrega do bem/prestação do serviço ou ter o direito a ser indemnizado e adquirir os tais bens/serviços a um concorrente, a indemnização foi o remédio mais escolhido, referindo razões de celeridade do processo desse remédio, face ao da exigência de

cumprimento (Mota-Engil), de confiança (PPSEC) e da qualidade do serviço, que seria feito de forma contrariada caso fosse forçado pelo tribunal (LUSOCLIMA). Apenas a JBMM escolheria exigir judicialmente o cumprimento, argumentando que tal “significa que o país se encontra ao nível judicial num estágio mais avançado e como tal o estado de direito funciona no ressarcimento de eventuais prejuízos ou danos.”.

Somente o representante da Mota-Engil alterou a sua resposta no caso de os bens/serviços serem de difícil obtenção, pois a procura de um novo fornecedor implicaria um atraso em todo o processo, maior do que a exigência do cumprimento e então a preferência passa por tentar ao máximo cumprir os prazos. Esta opção vai ao encontro da ressalva feita por Eisenberg (2005) a propósito da distinção entre bens de fácil obtenção e bens de difícil obtenção, pois o cálculo dos danos para os bens homogêneos é simples, sendo o bem facilmente encontrado no mercado e apurado o seu valor de mercado, ao contrário dos bens heterogêneos que, pela sua difícil obtenção e conseqüente substituição, criam problemas de verificação do seu valor.

4.2.3. Gain-seeking vs Loss-Avoiding

As perguntas analisadas neste subcapítulo tiveram como objetivo principal avaliar as reações dos entrevistados a situações de incumprimento *gain-seeking* e *loss-avoiding*, o segundo sendo o mais aceite, tanto em termos de redução das perdas de bem-estar para a sociedade, como em termos de justiça substantiva percebida, conforme revelaram Eisenberg (2005), Lewinsohn-Zamir (2012) e Bigoni et al (2017), e ainda questionar a percepção de justiça dos entrevistados se a lei permitisse que as empresas se libertassem unilateralmente dos contratos nas duas situações.

Além destes casos, foi acrescentada uma pergunta que coloca o entrevistado no lugar do credor lesado pelo cumprimento e tem como objetivo a mitigação dos danos através do pagamento de uma indemnização, pois, como afirmou Eisenberg (2005), esta parece ser uma situação que justifica a adoção da teoria do incumprimento eficiente, por não haver falhas na informação sobre a utilidade que a outra parte confere ao cumprimento e a coloca numa posição em que é compensada por uma indemnização.

Quando questionados primeiro se achariam justo que as empresas tivessem ao seu dispor a hipótese de se libertarem do vínculo contratual unilateralmente, tendo apenas de pagar uma indemnização que compensasse o lesado, caso surgisse a hipótese de celebrar um

contrato mais lucrativo que exigisse o fim do contrato existente, tanto o representante da PPSEC, como da LUSOCLIMA afirmaram que, por questões de manutenção das relações e honra da palavra dada, realizaram trabalhos que lhes chegaram a causar perdas absolutas, mesmo sabendo de antemão que iriam perder dinheiro. Ambos afirmam que a manutenção e fortalecimento da relação, sob pena da uma perda no curto prazo, pode levar a ganhos no longo prazo, pois o cliente pode revelar-se valioso no futuro.

A resposta do representante da Mota-Engil foi de encontro às duas anteriores, apenas aceitando a quebra do contrato por mútuo acordo, não unilateralmente. O representante da JBMM, em sentido distinto, admite a possibilidade de o legislador consagrar essa situação na lei, embora mantenha as ressalvas dos outros entrevistados quanto ao efeito que isso terá nas relações e na reputação das empresas, assumindo que estas devem levar os serviços até ao fim “sobretudo, em países estrangeiros e quando se está a iniciar o projeto de internacionalização, há que construir uma reputação sólida, nem que numa 1ª fase implique uma menor valia inicial.”

Em seguida, foi apresentada aos entrevistados uma situação em que o cumprimento do contrato lhes traria perdas absolutas, sendo que as perdas seriam reduzidas caso pudessem unilateralmente rescindir o contrato e indemnizar o credor, ou seja, uma situação de *loss-avoiding*. Quando questionados se a sua resposta se alteraria, a reação foi dividida. Tanto Rui Torres como Filipe Trindade mantiveram as respostas, pois, como tinham afirmado, já chegaram a fazer contratos que implicaram a perda de dinheiro e levaram-nos até ao final. Já o representante da Mota-Engil afirmou que dependeria de quais fossem as consequências para a empresa e quão valioso era o contrato/cliente, pois estando à frente de uma PME, a possibilidade de as perdas causarem problemas de maior dimensão é mais elevada do que as perdas que uma multinacional sofreria, indo em concordância com Coeurderoy & Murray (2008), que afirmam que a importância da tomada da decisão correta é maior quando se trata de uma PME, pois os recursos disponíveis são menores, quando comparados com os de uma multinacional. Para Luís Vaz o mais importante nesse tipo de decisões seria que a empresa pudesse sempre honrar os seus compromissos para com os seus funcionários, fornecedores e com o Estado. Se for evidente que o contrato, após realizado, trará perdas que impeçam a empresa de respeitar tais compromissos, então sim, considera justo que essa saída exista. O representante da JBMM manteve a resposta, preferindo evitar perdas maiores e indemnizar o lesado.

Por fim, colocamos os entrevistados perante uma situação de mitigação dos danos (*mitigation paradigm*), na qual estes estão no lugar do requerente de uma obra, em que após a requisição e início dos trabalhos, esta já não lhes tem utilidade. Neste momento, ser-lhes-á mais vantajoso pagar uma indemnização agora do que esperar pelo final do serviço e ter de pagar o seu valor total, sendo que o cumprimento traria perdas maiores do que a quebra unilateral do contrato e consequente indemnização. Desta forma, devido ao facto de a indemnização compensar o lesado, pois paga o serviço feito até ao momento e permite-lhe obter o lucro que iria conseguir no final do trabalho, os entrevistados das três PMEs responderam que a lei deveria facilitar uma saída unilateral neste tipo de situações, sendo Luís Vaz o único a discordar, afirmando que a saída deveria ser bilateral, depois de negociada a indemnização entre as partes.

4.2.4. Alteração do regime legal português e o princípio da confiança

Por fim, neste subcapítulo procurar-se-á avaliar até que ponto os entrevistados, como tomadores de decisão, estariam abertos a uma alteração na lei portuguesa que permitisse uma rescisão unilateral do contrato, desde que a outra parte fosse compensada com uma indemnização pelos danos causados, analisando as suas motivações. Foi feita a distinção, mais uma vez, entre uma alteração da lei que facilitasse essa rescisão unilateral para casos de *gain-seeking* e *loss-avoiding*, indo de encontro à sugestão de Bigoni et al (2017), que afirmou que a lei deveria distinguir entre ambas as situações.

Para além da análise das respostas e motivações destas, veremos de que modo a confiança nos parceiros comerciais e no poder vinculativo dos contratos seria afetada se tal saída existisse, pois sendo afetada iria pôr em causa algumas das funções principais dos contratos: a redução da incerteza e o papel incentivador das promessas (Araújo, 2007) e tendo em conta a afirmação de Eisenberg (2005) de que um dos pilares de um sistema legal é a confiança depositada no poder dos contratos de fazer cumprir as promessas.

Primeiramente, questionou-se se a confiança num parceiro comercial seria afetada caso ele pudesse livremente optar entre a indemnização ou a execução do contrato, ao que os entrevistados da PPSEC e LUSOCLIMA responderam negativamente, pois à partida, confiam na palavra do parceiro comercial. Já o representante da Mota-Engil afirmou que apenas confiaria se tal estivesse estipulado no contrato (em caso de incumprimento, a indemnização era uma saída), desconfiando se apenas estivesse na lei, enquanto o

entrevistado da JBMM referiu que, caso a lei o permitisse, a confiança seria afetada se o parceiro optasse por tal via.

Quando se questionou se voltaria a entrar num novo negócio com esse parceiro, caso este optasse pela indemnização em vez do cumprimento, a resposta foi negativa por parte dos entrevistados da Mota-Engil, LUSOCLIMA e PPSEC. Apenas o representante da JBMM afirmou que a afetação da confiança iria depender dos moldes em que o parceiro invocasse a rescisão do contrato, sendo mais agravada nos casos de *gain-seeking*, sendo que nesses casos, dificilmente conceberia a celebração do contrato com o mesmo parceiro.

Em resposta à questão se estariam recetivos a uma alteração na lei portuguesa que permitisse às empresas escolher libertar-se de um vínculo contratual, desde que assegurando a indemnização à outra parte de todos os danos que ela sofresse com esse não cumprimento, em vez da atual regra de execução específica, numa primeira instância, em situações de *loss-avoiding*, mais uma vez, as respostas divergiram, com os representantes da PPSEC, LUSOCLIMA e Mota-Engil a responderem negativamente, enquanto o da JBMM demonstrou abertura para com essa alteração. As razões de confiança foram os principais argumentos para a aversão à alteração da lei, chegando Rui Torres a afirmar que “há mais num negócio do que o aspeto económico e contratual; há uma questão de confiança: a palavra, que se deve respeitar e levar até ao fim, caso contrário, há um risco de esta perder o valor com essa alteração”, enquanto Luís Vaz considerou que essa alteração iria aumentar o conflito entre as empresas. No entanto, acrescentou que entendia a necessidade de haver tal debate, pois, na sua opinião, “as pessoas são muito rígidas em relação aos termos e aproveitam-se das alterações das circunstâncias. O problema reside na cultura empresarial atual, que se aproveitaria de forma abusadora de tal válvula de saída. Sem primeiro mudar a cultura, não faria sentido avançar com essa proposta.”

Quando colocamos a mesma questão para situações de *gain-seeking*, aí sim obtivemos uma unanimidade de respostas negativas, tendo o representante da JBMM considerado que nesses casos existiriam muito constrangimentos para quem contrata, devido à volatilidade dos contratos.

Finalmente, concluiu-se o questionário com uma última pergunta, pretendendo averiguar se os entrevistados teriam menos confiança no poder dos contratos, sabendo que tal saída rápida (referida no parágrafo anterior) existiria, e se algo mudaria no seu planeamento a longo prazo. A opinião foi unânime entre os quatro, de que os contratos deixariam de ter o poder vinculativo que possuem atualmente, levantando problemas de

realização do planeamento a médio e longo prazo. Apenas Filipe Trindade referiu manter a confiança caso se tratasse de um parceiro já conhecido, enquanto se fosse um parceiro novo iria avaliar caso a caso. Tanto Rui Torres como Luís Vaz afirmaram que ficaria muito mais difícil planear o futuro e que, se tal mudança acontecesse, traria grande insegurança no poder dos contratos, podendo levar a grandes atrasos e complicações dos negócios.

4.3. Símula

As barreiras informacionais à entrada em novos mercados são de grande importância para as empresas, pois destas resultam dificuldades de adaptação e um aumento nos custos de transação, sendo por isso relevantes para a tomada de decisão correta (Katsikeas & Morgan, 1994; Leonidou, 2004; Uner et al., 2013). As diferenças entre sistemas legais consistem numa destas barreiras, uma vez que a contratação utilizando sistemas legais diferentes do sistema do país de origem acarreta custos, algo que foi confirmado pelos entrevistados, além de poder levar a ineficiências na elaboração dos contratos (Eisenberg, 2005; Araújo, 2007; Carbonara & Parisi, 2009).

No entanto, numa análise às respostas dadas no ponto 4.2.1, foi possível verificar que, quanto à importância dada ao sistema legal de um mercado como fator de escolha para a empresa se internacionalizar, as respostas foram divididas, ainda que as empresas tenham reconhecido que é necessário realizar esforços para ultrapassar as diferenças legais entre os diferentes mercados. A escolha de países culturalmente próximos ajuda a reduzir essa barreira, diminuindo as dificuldades de adaptação, sendo por isso que, normalmente, no que toca à escolha de mercados, as empresas parecem preferir países com sistemas legais semelhantes (Carbonara & Parisi, 2009), algo que se confirma com as respostas obtidas. De referir o caso da PPSEC que, de modo a reduzir as dificuldades de entrada e a desvantagem da inexperiência em mercados internacionais, se apoiou num parceiro mais experienciado, como foi descrito. Relativamente à lei aplicável, foi unânime a escolha da lei local de modo a haver uma aproximação para com o parceiro e facilitar a relação.

É possível retirar a ilação de que, realmente, o sistema legal dos diferentes mercados acarreta custos para as empresas, representando uma barreira à internacionalização. Porém, parece não representar uma barreira decisiva para as empresas, estando dispostas a acarretar com os custos de adaptação a sistemas diferentes do português se prevêm ganhos no futuro. Não deixam, todavia, de ser consideradas de alguma importância para a tomada da decisão

informada, indo de encontro às considerações elaboradas na revisão de literatura, nomeadamente sobre a relevância desta barreira informacional e da sua importância para a tomada de decisão do gestor (Katsikeas & Morgan, 1994; Leonidou, 2004; Coeurderoy & Murray, 2008; Uner et al., 2013).

Prosseguindo com a análise das respostas e considerando as respostas ao ponto 4.2.2., quando questionados sobre a preferência entre os remédios, apesar de utilizarem diferentes razões, a preferência destas empresas, pelo menos no caso de bens homogêneos, parece ser a indemnização, pois não desejam a manutenção de uma relação “danificada” pelo incumprimento ou preferem garantir, por sua vez, que a relação com os clientes não seja prejudicada pelo atraso dos seus fornecedores. Apenas a JBMM revelou preferência pela reconstituição natural, sob expectativa de ser recompensada pelos danos causados. Na questão seguinte, após a alteração para bens de difícil obtenção, o entrevistado da Mota-Engil alterou a sua resposta, pois na sua opinião, o processo mais célere era o da reconstituição natural. As outras empresas, alegando as mesmas motivações da primeira resposta, mantiveram a sua preferência.

Desde logo, as críticas de Schwartz (2012) ao trabalho de Lewinsohn-Zamir (2012) parecem válidas, pois a utilização de uma população, ainda que curta, com a perceção da realidade empresarial e com experiência ao nível da gestão produziu resultados diferentes que o inquérito a estudantes universitários. A preferência pela indemnização parece indicativa da tendência mundial geral de as empresas preferirem ver aplicado um remédio de indemnização em vez de enveredarem pelo processo da execução específica, como é afirmado por Scalise (2007) e Lando & Rose (2004).

A maior oposição às situações de *gain-seeking* vão, em parte, de encontro com os artigos de Eisenberg (2005), Lewinsohn-Zamir (2012) e Bigoni et al (2017). O comportamento oportunista de tentar obter uma maior captura de bem-estar através do incumprimento e rescisão do contato é indiscutivelmente mal visto, mesmo que para realizar essa captura o agente tenha de compensar o lesado. Araújo (2007) e Scalise (2007) alertaram para a distinção entre este tipo de incumprimento e situações como a mentira, o incumprimento redistributivo e a sabotagem contratual, os três causadores de perdas de bem-estar para a sociedade, ao contrário do incumprimento eficiente. No entanto, a compensação monetária não é suficiente para colocar o credor indiferente entre o cumprimento e a indemnização, sendo muito difícil contemplar fatores como a perda de confiança para com o parceiro ou prejuízos ao nível do planeamento, como alertou Eisenberg (2005). Já situações

de *loss-avoiding* gozam de melhor aceitação, sendo que o incumprimento com o objetivo de evitar perdas pareceu mais justificável do que o incumprimento para obter maiores ganhos. Estes casos não são tão danosos para com as relações entre os parceiros, nem para a confiança no sistema legal. Apesar disso, a assimetria de informação não permite que seja possível apurar o valor da utilidade do bem ou serviço para o credor, além de estar sujeito ao incumprimento oportunístico (Eisenberg, 2005).

Contudo, as reações foram mais divididas: os entrevistados da PPSEC e LUSOCLIMA valorizaram a manutenção do negócio de modo a garantir a continuidade da relação com o parceiro, indo de encontro ao que Araújo (2007) afirma: a ideia de incumprimento eficiente, em países de tradição legal europeia continental, é vista de forma muito negativa. Enquanto a reação do representante da JBMM foi ao encontro do pragmatismo que caracteriza a teoria do incumprimento eficiente, que Araújo (2007) procurou demonstrar. Para o entrevistado da Mota-Engil, o critério de escolha não foi fixo, dependendo a sua decisão da magnitude do impacto que a cessação do negócio iria ter para com os compromissos da empresa.

A situação de mitigação dos danos foi vista favoravelmente, dado que apenas o representante da Mota-Engil preferiu manter as rescisões bilaterais, sendo consistente com as respostas anteriores, apesar de compreender as motivações e ver mais favoravelmente as situações em que as empresas procuram evitar perdas maiores. Neste caso, as respostas dos entrevistados das três PMEs foram ao encontro do que Eisenberg (2005) considera ser o único caso em que a teoria do incumprimento eficiente é válida, colocando o credor indiferente entre o incumprimento e a indemnização, devido ao facto de o comprador ou requisitante do bem ou serviço saber exatamente a utilidade que este teria para si (o preço que acordou pagar) e o lucro que a outra parte iria obter.

Analisando agora as respostas do ponto 4.2.4, relativas à questão da alteração da lei e da confiança nos contratos, primeiramente verifica-se que a divisão entre a justiça percebida de situações de *gain-seeking* e *loss-avoiding* mantém-se, confirmando-se a aversão pelo incumprimento oportunista, com vista a uma captura maior de bem-estar, através de um negócio mais lucrativo. Podemos verificar ainda que as preocupações de Eisenberg (2005) parecem comprovar-se: uma adoção geral da teoria do incumprimento eficiente parece causar um clima de desconfiança para com o poder vinculativo dos contratos, o que pode, para o autor, provocar uma desconfiança geral no sistema legal do país. Outros receios dos opositores à teoria do incumprimento eficiente aparecem espelhados nas palavras dos

entrevistados, nomeadamente o receio de que a adoção desta teoria traria um incentivo ao incumprimento desmesurado dos contratos e a uma conduta irresponsável que subverte os pressupostos básicos do fenómeno contratual (Eisenberg, 2005; Araújo, 2007; Scalise, 2007; Bigoni et al, 2017). Mais uma vez é possível verificar a importância das relações e da confiança para os entrevistados. Seja na prática negocial com outras empresas, seja no sistema judicial em si, a palavra tem um valor intrínseco nas negociações e durante a duração do contrato, e sem instrumentos que garantam o cumprimento das promessas, os entrevistados receiam que o oportunismo impere no mundo empresarial.

5. Conclusão

A internacionalização tornou-se praticamente indispensável para a sobrevivência e crescimento das empresas num mercado global, sendo múltiplos os fatores que podem impulsionar a expansão para novos mercados. Desde o seguimento de clientes e fornecedores, à saturação do mercado doméstico, são várias as motivações dadas pelos modelos teóricos de internacionalização que levam à expansão empresarial. O estudo destes modelos permitiu compreender as decisões dos gestores na escolha de novos mercados e que fatores entram em consideração para a tomada de decisão, tais como a proximidade psicológica do mercado-alvo, a experiência internacional, a existência de uma rede de apoio, as vantagens oferecidas pelo mercado e a informação de mercado disponível e recolhida.

A expansão para outros mercados é, no entanto, uma demanda que não está desprovida de riscos, bem pelo contrário, sendo abundantes e diversas as dificuldades encontradas ao longo do caminho. A identificação destas barreiras à internacionalização é um processo crucial para a expansão das empresas, de modo a estas poderem retirar o máximo de informação sobre o crescimento e resultados que irão obter com o investimento noutros mercados.

Uma das barreiras mais comuns e transversais a todas as empresas são as barreiras informacionais, nas quais se incluem as diferenças entre os procedimentos e sistemas legais. A expansão para mercados com sistemas jurídicos distintos poderá levar a um esforço extra de adaptação por parte das empresas, resultando num incremento dos custos de transação e na formação de contratos ineficientes. Dentro das diferenças legais, foram focadas ao longo desta dissertação, as diferenças entre os remédios aplicados nos casos de incumprimento contratual, mais especificamente entre as diferenças entre a execução específica e a indemnização pecuniária pelos danos causados, a segunda o pilar da teoria do incumprimento eficiente.

Os defensores desta teoria argumentam que a execução específica como remédio invasivo e excessivamente oneroso só deve ser aplicada em casos muito exclusivos em que o incumprimento leva a perdas de bem-estar para a sociedade. Por outro lado, o remédio da indemnização pecuniária permite a libertação rápida de contratos cuja realização é ineficiente, ou porque outro contrato melhor surgiu, ou porque a realização desse contrato, que na altura parecia vantajosa para uma das partes, tornou-se demasiado oneroso. Em ambos os casos a parte lesada será compensada pelo lucro não obtido através do pagamento de uma

indenização cujo valor compensa o credor e permitirá ao devedor obter ganhos maiores com o novo contrato ou evitar perdas excessivas. Segundo a análise económica do contrato, a teoria do incumprimento eficiente permite evitar situações de ineficiência e maximizar o bem-estar geral, pois o contrato é um instrumento de maximização da utilidade e de redução da incerteza. O conceito de incumprimento eficiente permite o incumprimento quando o devedor tem a ganhar em não cumprir e o credor frustrado não fica a perder com isso, pois foi perfeitamente indenizado, havendo uma situação de maximização de bem-estar das partes, sem perdas de bem-estar para as outras.

Ora, os opositores da teoria do incumprimento eficiente argumentam que a adoção generalizada desta teoria levará a situações de incumprimento desmesurado e oportunismo, apesar de os defensores da teoria afirmarem que o incumprimento eficiente não contempla situações que trazem ineficiências ao nível do bem-estar para a sociedade, como a sabotagem contratual e o incumprimento redistributivo. No entanto, esta válvula de escape, para os seus detratores, mais do que permitir casos de oportunismo, trará uma desconfiança geral no poder dos contratos e no sistema judicial em geral, desincentivando o planeamento, além de danificar as relações existentes entre as empresas. Outro dos argumentos contra a teoria do incumprimento eficiente é que não é possível que o cálculo dos danos para apurar o valor da indenização permita atingir um valor que deixe o lesado indiferente entre o cumprimento e o pagamento desse valor em questão. A informação relativa aos investimentos de confiança ou ao propósito que o negócio terá no desenvolvimento da empresa são quase impossíveis de apurar e quantificar. Estas assimetrias de informação, afirmam os opositores, levam a que as indenizações deixem os lesados prejudicados, preferindo estes obter o que foi prometido, através de execução específica.

No entanto, a preferência geral dos operadores comerciais, mesmo em países de sistemas de *civil law*, recai muitas vezes na indenização pecuniária. Acontece que, pelo facto de a execução específica ser um processo mais demorado e oneroso, em que as relações entre as empresas posteriores ao incumprimento se deterioraram, estas não querem prosseguir com um relacionamento que piorou, preferindo terminar a relação e procurar um novo parceiro.

A questão da atualização dos sistemas legais é também ela relevante, pois as empresas, antes de procurarem o sistema legal mais eficiente, vão procurar o mais próximo do sistema legal doméstico ou, por outro lado, o sistema legal do parceiro com o(s) qual(is) se vão expandir. Se os sistemas legais não são “atualizados” com vista à adoção de normas de maior

eficiência, as empresas podem convergir para a adoção do sistema legal que está mais disseminado, sendo ele eficiente ou não. A contratação à volta de regras ineficientes não é uma solução perfeita, pois não elimina a necessidade de custos de adaptação. Os Estados devem incentivar em conjunto a adoção de regras eficientes comuns nos seus sistemas legais, de modo a atrair investimento e reduzir as dificuldades de adaptação e consequentes ineficiências nos contratos.

Parece existir falta de estudos que tentam perceber a posição dos empresários nesta matéria, pois a grande maioria dos artigos encontrados procuram perceber a opinião de um grupo numeroso de pessoas sem percepção das normas da negociação nem experiência ao nível empresarial, ou, por outro lado, concentram-se na análise dos casos jurídicos, sem nunca perceber o lado do empresário. Por esta razão, procurou-se perceber qual a visão dos empresários portugueses neste aspeto, nomeadamente de que modo o sistema legal afeta as decisões de internacionalização, qual a sua posição no debate indemnização vs execução específica, se aceitariam uma mudança no sistema judicial português em direção a uma facilitação da atribuição de indemnizações como remédio preferencial para o incumprimento e de que forma isto afetaria as suas relações e confiança no poder dos contratos.

Foi utilizada uma amostra de quatro empresas, da área da engenharia civil, sendo três delas PMEs e a outra uma grande empresa, todas internacionalizadas. Utilizando o método da investigação qualitativa, através da elaboração de uma entrevista semiestruturada, foi possível entender de uma maneira única o ponto de vista ao nível dos tomadores de decisão e perceber as suas motivações quando lidam com contratos internacionais e casos de incumprimento, apesar de não ser possível tirar ilações generalizadas, devido à reduzida amostra.

Analisando os resultados obtidos, foi possível verificar que as diferenças legais entre os mercados acarretam custos de adaptação, sendo muito importante, no ponto de vista dos entrevistados, entender toda a conjuntura legal do mercado alvo. No entanto, não parece ser um fator decisivo que impeça a empresa de se expandir para um novo país. Em relação à escolha de um remédio em casos de incumprimento, a indemnização parece satisfazer os empresários, pelo menos perante bens ou serviços homogéneos, quando colocados no lugar do devedor prejudicado pelo incumprimento por, na sua opinião, permitir a saída rápida de uma relação que foi danificada e uma maior celeridade no processo, quando comparado com o da execução específica. Quando se questionou em relação a bens de difícil obtenção, já

obtivemos uma divisão nas respostas. Apenas uma empresa manteve sempre a preferência pela execução específica.

No entanto, quando colocados no lugar do prestador do serviço, não foi considerado justa a possibilidade de existir uma válvula de saída em casos em que apareceu uma melhor proposta de negócio que compensasse o pagamento de uma indemnização, nem, apesar de consideradas menos injustas, em ocasiões em que a alteração das circunstâncias tornou o cumprimento demasiado oneroso, citando problemas ao nível da confiança e reputação, verificando-se que os danos considerados não são suficientes para se optar por este remédio. Mais uma vez, uma das empresas esteve em oposição às outras, considerando que a lei deveria contemplar esses casos, não negando, no entanto, os efeitos negativos que a opção pela saída indemnizatória teria para a reputação e para as relações das empresas. Apenas em casos em que a empresa está no lugar do devedor danificado pelo cumprimento é que pareceu haver maior abertura à existência dessa saída, com exceção do entrevistado da grande empresa, que apenas aceitaria uma rescisão bilateral, admitindo, no entanto, que há, de facto, um aproveitamento, em Portugal, da rigidez das estipulações contratuais e da alteração das circunstâncias.

Já em relação à alteração da lei que facilitasse a existência desta saída unilateral dos contratos, atingiu-se a unanimidade para os casos que contemplam situações de *gain-seeking*, nos quais todos consideraram injusta tal saída. Em relação aos casos de *loss-avoiding*, uma das empresas aceitaria a aproximação a tal estipulação, ao contrário das outras que mantiveram a sua resposta. Isto demonstrou a afinidade que os tomadores de decisão destas empresas têm com o sistema de *civil law*, considerando de grande importância o cumprimento do que foi acordado, independentemente se *a posteriori* isso trará consequências menos positivas, pois o importante é manter a palavra e as boas relações.

As respostas trazem problemas de ponderação para o legislador, por força da discrepância de posições dos entrevistados quando beneficiados ou prejudicados pela admissibilidade do incumprimento eficiente. Sem querer generalizar, o medo do aproveitamento desmesurado de tal saída parece imperar no seio empresarial português. Embora úteis para identificar vantagens e desvantagens de cada uma das possibilidades associadas à teoria do incumprimento eficiente, as preferências dos operadores não se revelaram um instrumento decisivo na aferição da solução legal mais adequada, dado que oscilam na ótica do credor beneficiado ou do devedor fragilizado. A visão do empresário é muito limitada para dela extrapolar uma solução comum para todo o universo empresarial,

pois as suas considerações são feitas caso a caso, conforme a conveniência. Além de que a fixação na tradição legislativa tradicional, como é comum nos países da *civil law*, provoca uma aversão à mudança dos termos contratuais em direção a uma maior flexibilidade destes, com receio de oportunismo excessivo.

Deve passar pelo Estado ou por um esforço conjunto de uniformização por parte de vários países, o processo de modernização dos sistemas legais, não necessariamente em direção aos sistemas legais da *common law*, mas sim de modo a reduzir as diferenças entre os estados e a promover a adoção de regras eficiente, reduzindo as barreiras informacionais e facilitando a entrada em mercados de diferentes tradições legais.

Referências

- AL-HYARI K., AL-WESHAH G. & ALNSOUR M. (2012), "Barriers to internationalisation in SMEs: Evidence from Jordan", *Marketing Intelligence and Planning*, Vol. 30, N°: 2, pp. 188-211
- ANDERSEN, O., & BUVIK, A. (2002), "Firms' internationalization and alternative approaches to the international customer/market selection", *International Business Review*, Vol. 11, N°: 3, pp. 347-363
- ARAÚJO, F. (2007) *Teoria económica do contrato*, Coimbra, Almedina.
- BIGONI M., BORTOLOTTI S., PARISI F. & PORAT A. (2017), "Unbundling Efficient Breach: An Experiment", *Journal of Empirical Legal Studies*; University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper, No. 785.
- BOISOT, M., & MEYER, M. W. (2008), "Which way through the open door? Reflections on the internationalization of Chinese firms", *Management and Organization Review*, Vol. 4, N°3, pp. 349-365.
- CARBONARA, E., & PARISI, F. (2009), "Choice of law and legal evolution: Rethinking the market for legal rules" *Public Choice*, Vol. 139, N° 3-4, pp. 461-492.
- COEURDEROY, R., & MURRAY, G. (2008), "Regulatory environments and the location decision: Evidence from the early foreign market entries of new-technology-based firms.", *Journal of International Business Studies*, Vol. 39, N° 4, pp. 670-687.
- CONTRACTOR, F. J. (2007), "Is international business good for companies? The evolutionary or multi-stage theory of internationalization vs. the transaction cost perspective", *Management International Review*, Vol. 47, N° 3, pp. 453-475.
- COVIELLO, N., & MUNRO, H. (1997), "Network relationships and the internationalisation process of small software firms", *International Business Review*, Vol. 6, N° 4, pp. 361-386.
- DAWSON, J. A. (1994), "Internationalization of retailing operations", *Journal of Marketing Management*, Vol. 10, N° 4, N° 267-282.
- DE LANGEN, P. W. (2002), "Clustering and performance: The case of maritime clustering in the Netherlands", *Maritime Policy and Management*, Vol. 29, N° 3, pp. 209-221.
- DIKOVA, D. (2009), "Performance of foreign subsidiaries: Does psychic distance matter?", *International Business Review*, Vol. 18, N° 1, pp. 38-49.

- DUBOIS, A., & GADDE, L.-E. (2002), "Systematic combining: an abductive approach to case research" *Journal of Business Research*, Vol. 55, N°7, pp. 553-560.
- EISENBERG, M. A. (2005), "Actual and virtual specific performance, the theory of efficient breach, and the indifference principle in contract law." *California Law Review*, Vol. 93, N°4, pp. 975-1050.
- HASSOUNEH, D. & BRENGMAN, M. (2011), "Virtual worlds: A gateway for SMEs toward internationalization", *The Journal of Brand Management*, Vol. 19, N° 1, pp. 72-90
- HATZIS, A. N. (2002), "Having the cake and eating it too: Efficient penalty clauses in Common and Civil contract law", *International Review of Law and Economics*, Vol. 22, N° 4, pp. 381-406
- HENNART, J. F. (2009), "Down with MNE-centric theories! market entry and expansion as the bundling of MNE and local assets", *Journal of International Business Studies*, Vol. 40, N° 9, pp. 1432-1454.
- JOHANSON, J. & VAHLNE, J. (1977), "The internationalization process of the firm: A model of knowledge development and increasing foreign market commitments", *Journal of International Business Studies*, Vol. 8, N° 1, pp. 23–32.
- JOHANSON, J. & VAHLNE, J. (2009), "The Uppsala Internationalization Process Model Revisited: From Liability of Foreignness to Liability of Outsidership", *Journal of International Business Studies*, Vol. 40, N° 9, pp. 1411-1431.
- KATSIKEAS C. & MORGAN R. (1994), "Differences in perception of exporting problems based on firm size and export marketing experience", *European Journal of Marketing*, Vol. 28, N° 5, pp.17-35.
- LANDO, H. & ROSE C. (2004), "On the enforcement of specific performance in Civil Law countries", *International Review of Law and Economics*, Vol. 24, N°4, pp. 473-487.
- LECHNER, C., & LEYRONAS, C. (2009), "Small-Business group formation as an entrepreneurial development model", *Entrepreneurship: Theory and Practice*, Vol. 33, N° 3, pp. 645-667.
- LEONIDOU, L. C. (2004), "An analysis of the barriers hindering small business export development", *Journal of Small Business Management*, Vol. 42, N° 3, pp. 279-302.
- LEWINSOHN-ZAMIR, D. (2012), "The Questionable Efficiency of the efficient-breach doctrine", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 168, N° 1, pp. 5-26.
- LIMA, P. & VARELA, A. (1997), *Código Civil Anotado*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora

- MARTINS, L. & PINHO J. (2010), “Exporting barriers: Insights from Portuguese small- and medium-sized exporters and non-exporters”, *Journal of International Entrepreneurship*, Vol.8, pp. 254-272.
- MCCANN, P. (2011), “International business and economic geography: Knowledge, time and transactions costs” *Journal of Economic Geography*, Vol. 11, pp. 309-317.
- MEJRI, K., & UMEMOTO, K. (2010). “Small- and medium-sized enterprise internationalization: Towards the knowledge-based model”, *Journal of International Entrepreneurship*, Vol. 8, N° 2, pp. 156-167.
- NIÑEROLA, A., SÁNCHEZ-REBULL, M. V., & Hernandez-Lara, A. B. (2017), “Entry modes and barriers to internationalisation in China: an overview of management consulting firms”, *Measuring Business Excellence*, Vol. 21, N° 1, pp. 37-49
- POSNER, R. (1972) *Economic Analysis of Law*, 6ª edição, Nova Iorque, Aspen Publishers,
- PRATA, A. & FREITAS, J. L. (2017), "Realização Coativa da prestação", in Prata. A (editor), *Código Civil Anotado*, Coimbra, Almedina, Vol. 1, pp. 1029-1048
- PRATT, M. (2009), “From the editors: For the lack of a boilerplate: Tips on writing up (and reviewing) qualitative research”, *Academy of Management Journal*, Vol. 52, N° 5, pp. 856-862.
- REID, S. (1983), “Firm internationalization, transaction costs and strategic choice”, *International Marketing Review*, Vol. 1, N° 2, pp. 44-56.
- SCALISE (2007), “Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, N° 4, pp. 721–766.
- SCHAFFER H., & OTT C. (2004), *The economic analysis of civil law*, Cheltenham, UK; Northampton, USA.: Edward Elgar Publishing.
- SCHLECHTRIEM P. (1997), “Termination of contracts under the Principles of International Commercial Contracts” in: Bonell M. J. & Bonelli F. *Contratti Commerciali Internazionali e Principi UNIDROIT* [*International Commercial Contracts and the UNIDROIT Principles*], eds., Milan: Giuffrè, pp, 249-269.
- SCHWARTZ, A. D. (2012), “The Questionable Efficiency of the efficient-breach doctrine”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 168, N° 1, pp. 27-31.
- SCHWEIZER, U. (2012), “The Questionable Efficiency of the efficient-breach doctrine”, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, Vol. 168, N° 1, pp. 32-37.

- SCHWEIZER, U. (2016), "Efficient incentives from obligation law and the compensation principle", *International Review of Law and Economics*, Vol. 45(suplemento C), pp. 54-62.
- UNER, M. M., et al. (2013), "Do barriers to export vary for born globals and across stages of internationalization? An empirical inquiry in the emerging market of Turkey." *International Business Review*, Vol. 22, N° 5, pp. 800-813.
- TEECE, D. J. (2014), "A dynamic capabilities-based entrepreneurial theory of the multinational enterprise", *Journal of International Business Studies*, Vol. 45, N° 1, pp. 8-37.
- VARELA, A. (1997), *Das Obrigações em Geral*, 7ª edição, Coimbra, Almedina
- WHITELOCK, J. (2002), "Theories of internationalisation and their impact on market entry", *International Marketing Review*, Vol. 19, N°:4, pp. 342-347.
- ZIMMERMANN, R. (1990), *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cidade do Cabo, Rustica Press

Anexo 1 – Carta de Apresentação

Projeto de Investigação: “A aceitação do princípio do incumprimento eficiente pelos operadores comerciais em relações transnacionais” - Faculdade de Economia da Universidade do Porto

Exmo(a). Senhor(a),

O meu nome é Rodrigo Gomes, sou finalista do Mestrado em Economia e Gestão Internacional, da Faculdade de Economia da Universidade do Porto, e encontro-me presentemente a desenvolver um projeto de investigação no âmbito da minha dissertação de mestrado, sobre a preferência das empresas portuguesas que se internacionalizaram, quanto ao remédio legal a aplicar em caso de incumprimento contratual por parceiros comerciais de outros países e a sua influência na escolha do mercado para se internacionalizarem.

No âmbito desta investigação, venho por este meio solicitar a colaboração de V. Exa., indagando sobre a possibilidade de realização de uma entrevista com o responsável pela área da internacionalização, com o objetivo perceber qual a visão da empresa em relação aos remédios relativos ao incumprimento contratual, nomeadamente o da indemnização pecuniária e o da reconstituição natural e em que medida o sistema legal vigente num país poderá influenciar o interesse da empresa em se expandir para esse mesmo país. Gostaria de salientar que, caso assim o deseje, o nome da empresa não será divulgado no estudo. No caso de desejar algum esclarecimento adicional, por favor, não hesite em contactar:

Rodrigo Gomes

Tlm: 912 085 432

rmmspg@gmail.com

Prof. Doutora Mariana Fontes da Costa

Tlm: 914 846 131

mcosta@fep.up.pt

Agradecendo toda a ajuda e disponibilidade,

Com os melhores cumprimentos,

Anexo 2 – Declaração de Consentimento Informado

A presente entrevista faz parte de uma investigação desenvolvida no âmbito do Mestrado em Economia e Gestão Internacional da Faculdade de Economia do Porto, denominada: “A aceitação do princípio do incumprimento eficiente pelos operadores comerciais em relações transnacionais”. Esta investigação visa identificar a preferência das empresas portuguesas que se internacionalizaram, quanto ao remédio legal a aplicar em caso de incumprimento contratual pelo parceiro comercial estrangeiro e a sua influência na escolha do mercado para se internacionalizarem.

Com o intuito de facilitar o registo da informação recolhida será gravado o áudio desta entrevista e os dados aqui recolhidos serão somente utilizados em contexto de investigação. Todos os aspetos relativos à confidencialidade, anonimato e forma de tratamento dos dados estão, por isso, assegurados, de acordo com as instruções recebidas do entrevistado.

A participação do entrevistado neste estudo é voluntária, podendo retirar-se a qualquer momento, ou recusar participar. Informamos que após esta entrevista poderá ser necessário complementar dados e, neste sentido, o entrevistado poderá ser contactado/a novamente. A investigação será desenvolvida pelo estudante Rodrigo Gomes sob a orientação da Prof. Doutora Mariana Fontes da Costa, da Faculdade de Direito e da Faculdade de Economia da Universidade do Porto. Ambos agradecem, desde já a sua disponibilidade.

Eu, _____, consinto em participar voluntariamente no projeto de investigação acima descrito, consciente de que os meus dados serão confidenciais, na medida em que eu manifeste essa vontade, e que não serão citados nomes de pessoas ou instituições que eu não deseje, tendo informado dos objetivos desta investigação.

Data: ____/____/____

Assinatura:

Anexo 3 – Guião da Entrevista

Parte I
<p>Caracterização do Entrevistado</p> <p>Nome: Função na empresa: Habilitações:</p>
<p>Caracterização da Empresa</p> <p>Breve resumo da empresa:</p> <ul style="list-style-type: none">- História: principais etapas;- N° de funcionários;- Principais produtos/serviços comercializados;- Volume de faturação (opcional);
Parte II
<p>Processo de Internacionalização</p> <p>Breve caracterização do processo de internacionalização:</p> <ul style="list-style-type: none">- Em que ano se iniciou;- Países principais e razões de escolha;- Principais etapas e métodos de entrada;- Estado atual: principais parceiros (opcional); % volume de faturação no exterior (opcional).
Parte III
<p>Procedimentos Legais/ <i>Modus Operandi</i></p> <ol style="list-style-type: none">1. Existe um departamento legal na empresa?<ul style="list-style-type: none">- Se sim, quantos colaboradores o integram?- Se não, a quem recorre? (<i>nacional? Ou estrangeiro?</i>)2. O sistema legal de um país tem influência na decisão da empresa escolher esse mercado? Se sim, em que termos?3. Em algum momento a empresa teve de incorrer em custos para se adaptar a um sistema legal diferente do seu país de origem?4. Na contratação com agentes estrangeiros, há alguma atenção à definição da lei aplicável em caso de incumprimento? Quais os critérios na escolha dessa lei?

5. Aquando do incumprimento contratual de um parceiro comercial estrangeiro, no caso de avançar para tribunal, qual costuma ser a decisão do tribunal em relação ao castigo aplicado? Poderia exemplificar?

Parte IV

Preferências legais em matéria de incumprimento eficiente:

1. Em caso de incumprimento da obrigação de entrega dos bens/prestação de serviços, por um fornecedor, prefere ter o poder de exigir judicialmente essa entrega/cumprimento ou ter o direito a ser indemnizado e adquirir os bens/serviço a um concorrente. Porquê?
2. O facto de se tratar de bens/serviços de difícil substituição altera a sua resposta à questão anterior? Em que termos?
3. Imagine que a sua empresa foi contratada para a prestação de um serviço (por exemplo, uma empreitada). Entretanto uma oportunidade mais lucrativa aparece, sendo que para a aproveitar teria de abandonar a meio o serviço que iniciou. Acha justo que exista na lei uma maneira de se libertar unilateralmente desse vínculo contratual inicial, pagando uma indemnização que compense o lesado pelos danos causados?
4. E se em vez de uma oportunidade mais lucrativa, se tivesse apercebido de que prestar o serviço lhe iria trazer um grande prejuízo. Manteria a sua resposta, sabendo que o custo de indemnizar seria menor que a perda ao cumprir?
5. Estando no lugar do requerente do serviço (obra), sentiria que a sua confiança nesse parceiro seria afetada caso ele pudesse livremente optar entre a indemnização dos danos e o cumprimento do contrato? Seria capaz de entrar num novo negócio com o mesmo agente caso ele tivesse optado pela indemnização?
6. Mantendo-se no lugar do requerente, suponha que se apercebe, a meio do serviço (obra), que este(a) já não lhe tem utilidade. Neste momento, é-lhe mais vantajoso pagar uma indemnização agora do que esperar pelo final do serviço e ter de pagar o seu valor total.

Acha que, neste caso, deveria haver uma maneira legal de se libertar do vínculo, pagando a indemnização ao prestador?

7. Estaria recetivo(a) a uma alteração na lei portuguesa que permitisse às empresas escolher libertar-se de um vínculo contratual que, entretanto, se tornou economicamente desvantajoso, desde que assegurando a indemnização à outra parte de todos os danos que ela sofresse com esse não cumprimento, em vez da atual regra de execução específica (cumprimento do contrato nos termos fixados) ordenada pelo tribunal?
8. E a mesma válvula de saída dos contratos para permitir a realização de novos contratos mais lucrativos?
9. Sentir-se-ia menos seguro no poder vinculativo dos contratos sabendo que tal saída rápida existiria? Algo mudaria no seu planeamento a longo prazo?

FACULDADE DE ECONOMIA

