

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO

FERNANDO VINÍCIUS TAVARES MAGALHÃES MORAIS

**INADIMPLEMENTO EFICIENTE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS À LUZ DO  
DIREITO BRASILEIRO ATUAL**

BELO HORIZONTE

2019

FERNANDO VINÍCIUS TAVARES MAGALHÃES MORAIS

**INADIMPLEMENTO EFICIENTE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS À LUZ DO  
DIREITO BRASILEIRO ATUAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de pesquisa: 1- *Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.*

Área de Estudo: P-05 - *Empresa no Mercado.*

Orientador: Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes

BELO HORIZONTE

2019

**Universidade Federal de Minas Gerais**  
**Faculdade de Direito**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito**

Dissertação intitulada “Inadimplemento Eficiente Nos Contratos Empresariais à Luz do Direito Brasileiro Atual”, de autoria do mestrando Fernando Vinicius Tavares Magalhães Morais, \_\_\_\_\_ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes - UFMG –Orientador

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Juliana Krueger Pela - USP

---

Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Milagres- UFMG

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Elena de Carvalho Gomes- UFMG (suplente)

Belo Horizonte, 21 de fevereiro de 2019.

Avenida João Pinheiro, Nº 100, Bairro Centro, 11º Andar, Edifício Villas-Boas

Belo Horizonte - MG, CEP 30130-180

Tel.: +55 (31) 3409-8635 +55 (31) 3409-8636

Email: [info.pos@direito.ufmg.br](mailto:info.pos@direito.ufmg.br) | [pos@direito.ufmg.br](mailto:pos@direito.ufmg.br)

---

M827i      Morais, Fernando Vinícius Tavares Magalhães  
              Inadimplemento eficiente nos contratos empresariais à luz do direito  
brasileiro atual / Fernando Vinícius Tavares Magalhães Morais. – 2019.

              Orientador: Christian Sahb Batista Lopes.  
              Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.

              1. Direito empresarial – Teses 2. Contratos – Teses 3.  
Adimplemento  
              e inadimplemento – Teses 4. Boa-fé (Direito) – Teses I.Título

CDU 347.7:338.93(81)

---

*Na realidade, não há nada bom nem mau, a não ser estas duas coisas: a sabedoria que é um bem e a ignorância que é um mal.*

Platão

## RESUMO

O presente trabalho examina a teoria do inadimplemento eficiente, oriunda do *Common Law* norte-americano, segundo a qual, sinteticamente, a melhor opção disponível para o devedor poderá ser descumprir o contrato, sendo que isso ocorrerá quando os custos com o cumprimento superarem os custos com as consequências do inadimplemento. Em tal hipótese, o devedor lucrará mais e o credor não ficará pior do que se o contrato fosse adimplido. O objetivo é, além de apresentar a teoria, verificar a possibilidade de sua aplicação no direito brasileiro, com enfoque especial nos contratos empresariais. Para tanto, o trabalho é estruturado em introdução, três capítulos de desenvolvimento e encerra com a conclusão. Superada a introdução, que apresenta as razões que levaram à pesquisa sobre o tema, o capítulo 2 versa sobre a definição moderna do que se entende por adimplemento (e inadimplemento) no direito brasileiro e a conceituação da teoria do inadimplemento eficiente; estabelecendo seus pressupostos, requisitos de aplicação no direito norte-americano e abordando algumas de suas críticas. A seguir, o capítulo 3 traz o conceito de contrato como operação econômica e as premissas teóricas dos contratos empresariais que permitem flexibilizar a aplicação de certas regras a esses. Ainda, são abordados alguns conceitos da análise econômica do direito úteis ao presente estudo. No capítulo 4, serão analisadas as potenciais barreiras para utilização da teoria à luz do direito brasileiro; na sequência, será verificada a possibilidade de aplicação dessa. Para o fechamento, o último capítulo apresenta as conclusões alcançadas por meio da pesquisa, indicando pontos relevantes sobre a teoria do inadimplemento eficiente e respondendo ao principal questionamento se é possível aplicar tal teoria à luz do direito brasileiro, sob quais circunstâncias e em qual extensão.

**Palavras-Chave:** Inadimplemento contratual; contratos empresariais; inadimplemento eficiente; *efficient breach*; adimplemento; boa-fé.

## **ABSTRACT**

The current paper examines the efficient breach theory of contracts, from the Common Law in the United States, according to which, briefly, the best available option for the debtor may be to breach the contract and this will occur when the costs of performance exceed the costs of the breach. In such case the debtor will profit more and the creditor will not be worse off than if the contract were performed. The present goal is, in addition to presenting the theory, check the possibility of applying it in Brazil, focusing on contracts between companies. Therefore, the work is structured into introduction, three chapters of development and ends with the conclusion. After the introduction, which explains more deeply the reasons that led to research on the topic, chapter 2 examines the current definition of performance and the explanation of efficient breach theory, establishing its requirements of application in the Common Law, and addressing some of its criticisms. Following, chapter 3 address the concept of contract as an economic operation and the specificities of contracts between companies which demand the need for selective application of some rules to them. Also the paper address some concepts of Law and Economics focused on the efficient breach theory. In chapter 4, the central theme of this study, will be analyzed the potential barriers to apply the theory under Brazilian law. Furthermore will be analyzed the possibility of applying the theory. For closure, the last chapter presents the conclusions reached through the research, indicating the relevant points on the of the efficient breach theory and answering to the main question whether it is possible to apply the theory in Brazil, under what circumstances and to what extent.

**KEYWORDS:** breach of contract; commercial contracts; efficient breach; performance of contract; good faith.

## SUMÁRIO

<b>I – INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>II – DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE .....</b>	<b>15</b>
2.1. Introdução .....	15
2.1.1. Do adimplemento (e inadimplemento) das obrigações.....	15
2.2. Surgimento da teoria do Inadimplemento Eficiente e sua evolução no tempo.....	27
2.3. Conceituação da teoria do Inadimplemento Eficiente, fundamentos, e requisitos para sua aplicação no <i>Common Law</i> dos Estados Unidos .....	43
2.4. Críticas à teoria do inadimplemento eficiente .....	51
<b>III – DO ESTUDO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE À LUZ DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS .....</b>	<b>61</b>
3.1. Do contrato como veste de uma operação econômica.....	61
3.2. Dos Contratos Empresariais.....	64
3.2.1. Da Especificidade dos Contratos Empresariais .....	68
3.2.1.1. Da Função Econômica dos Contratos Empresariais .....	72
3.2.1.2. Do Egoísmo do Agente Econômico e da Concorrência e Rivalidade .....	74
3.2.2. Da Necessidade de Aplicação Flexível de Certas Regras aos Contratos Empresariais.....	75
3.3. Da Análise econômica do direito.....	82
3.3.1. Alguns conceitos fundamentais da análise econômica do direito.....	83
<b>IV – DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO.....</b>	<b>92</b>
4.1. Introdução .....	92
4.2. Potenciais Obstáculos .....	95
4.2.1. Da cláusula geral de boa-fé e do abuso de direito .....	107
4.2.2. Das cláusulas penais no direito brasileiro.....	116
4.2.3. Da não estipulação de obrigação alternativa.....	122
4.2.4. Da execução específica .....	125

4.3. Do fundamento legal para a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro .....	131
4.3.1. Algumas premissas do adimplemento substancial.....	135
4.3.2. Do Inadimplemento Eficiente à luz da Boa-fé objetiva.....	146
<b>V – CONCLUSÕES.....</b>	<b>151</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>155</b>

## I – INTRODUÇÃO

Uma sociedade “Z” contrata por telefone uma gráfica “A” para digitalizar alguns documentos por R\$ 3.000,00, sendo que com esse contrato a gráfica obterá um lucro de R\$ 500,00. Minutos depois, a gráfica “B” retorna uma ligação da sociedade “Z” e informa que faria o mesmo serviço por R\$ 2.000,00. “Z” decide descumprir o primeiro contrato, indenizando “A” em R\$ 500,00, e celebrando novo contrato com “B”. Nessa situação, “A” obterá o mesmo resultado econômico que teria com o cumprimento do contrato (inclusive sem ter gasto horas de serviço) e “Z” ficará em situação melhor do que se o primeiro contrato tivesse sido cumprido<sup>1</sup>.

Sobre esse caso questiona-se: Essa conduta de “Z” poderia ocorrer somente mediante a concordância de “A” ou sua realização seria independente da vontade deste agente? “A” poderia se valer da execução específica nesse caso, de modo a exigir o cumprimento do contrato, ou seria cabível apenas a possibilidade de se requerer a condenação de “Z” em perdas e danos? O inadimplemento de “Z” seria um ato imoral? Seria esse inadimplemento uma violação ao *pacta sunt servanda*?

Tal ilustração traz problemas relativos à aplicação da teoria do inadimplemento eficiente<sup>2</sup>, que constitui o objeto deste trabalho. Nesse estudo, pretende-se responder às perguntas acima colocadas à luz do direito brasileiro, além de outras que, como será visto, estão relacionadas à possibilidade de utilização da teoria no direito pátrio.

A teoria do inadimplemento eficiente, em síntese, estuda as situações em que a melhor opção disponível para o devedor de uma obrigação poderá ser descumprir o contrato, sendo que isso ocorrerá quando os custos com o cumprimento superarem os custos com as consequências do inadimplemento<sup>3</sup>. Em tal hipótese, o devedor lucrará mais do que se cumprisse o contrato e, por sua vez, o credor não ficará pior do que se o contrato fosse adimplido.

---

<sup>1</sup> Exemplo adaptado de caso real ocorrido durante o desenvolvimento do presente trabalho.

<sup>2</sup> Também conhecida como “quebra eficiente”, “rompimento eficiente” e na sua nomenclatura em inglês “*efficient breach*”. O presente trabalho utiliza o termo “inadimplemento”, uma vez que é esse o que consta do Código Civil, para tratar do não cumprimento de uma obrigação. Destaca-se que o termo “quebra” nada mais é que uma tradução literal do termo “breach” que no inglês é utilizado também no contexto de não cumprimento de um contrato “breach of contract”.

<sup>3</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 94.

Um de seus pilares é o entendimento de Holmes no sentido de que, no sistema de *Common Law*, o dever de manter um contrato significa apenas a previsão de que são devidos danos caso o contrato não seja cumprido<sup>4</sup>. Assim, o inadimplemento não seria considerado um ato contrário a ética e a moral.

Nota-se que a teoria encontra preceitos favoráveis no ordenamento jurídico dos Estados Unidos no qual, dentre outras questões, a consequência aplicável diante de um inadimplemento é majoritariamente o pagamento em perdas e danos, sendo a execução específica aplicada somente a situações especiais.

Em razão de algumas diferenças entre os dois sistemas – em especial no que se refere a consequência a ser adotada diante do inadimplemento, tem-se que a adoção da teoria no ordenamento jurídico brasileiro, ou em outros países de *Civil Law*, pode vir a encontrar muitos entraves que não existem no seu país de origem.

No direito brasileiro não há qualquer regra que expressamente autorize a aplicação da teoria; todavia, essa omissão não significa, necessariamente, que nosso ordenamento a rejeite. Com efeito, forçoso observar que no direito das obrigações destaca-se a “mais lenta evolução no tempo”<sup>5</sup>. Prova dessa lenta evolução seria o próprio Código Civil brasileiro de 2002 no qual optou-se por “[n]ão dar guarida [...] senão aos institutos e soluções normativas já dotados de certa estabilidade”<sup>6</sup>, o que inclusive é criticado pela doutrina<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> HOLMES, Oliver W. The path of Law. In. *Harvard Law Review*, Vol. 110, No 5 (Mar, 1997), p. 991-1009.

<sup>5</sup> ANTUNES VALERA, João de Mattos. *Das obrigações em Geral*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2000. p. 25.

<sup>6</sup> REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil – Situação Atual e seus Problemas Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 76.

<sup>7</sup> Comenta Gustavo Tepedino: “Daí o desajuste maior do projeto: ele é retrógado e demagógico. Não tanto pode deixar de regular os novos direitos, as relações de consumo, as questões da bioética, da engenharia genética e da cibernética que estão na ordem do dia e dizem respeito ao direito privado. E não apenas por ter como paradigma os códigos civis do passado (da Alemanha, de 1896, da Itália de, de 1942, de Portugal de 1966) ao invés de buscar apoio em recentes e bem-sucedidas experiências (como, por exemplo, os Código Civis do Quebec e da Holanda, promulgados nos anos noventa). O novo Código nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade humana mais que a propriedade, o ser mais do que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais.” TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 2. Vol. 5. Rio de Janeiro: Padma, 2001, editorial).

Contudo, esse cenário não tem impedido que a prática contratual se modifique profundamente<sup>8</sup> e isso se deve em grande parte ao uso, pelo intérprete, das cláusulas gerais, com destaque especial para a boa-fé objetiva. Sobre o tema destaca Anderson Schreiber:

Em um cenário como este, todas as esperanças recaem sobre o intérprete. Compete-lhe empreender a releitura da disciplina do direito obrigacional, especialmente a partir do recurso às normas constitucionais e às cláusulas gerais instituídas, ainda que de forma acanhada, pelo legislador de 2002. E, neste particular, não resta dúvida de que os mais significativos avanços têm sido promovidos por meio da boa-fé objetiva, verdadeira tábua de salvação contra as injustiças albergadas pela dogmática tradicional das obrigações. A melhor doutrina brasileira já identificou o fundamento constitucional da boa-fé objetiva, consagrou a fórmula útil da sua tríplice função, enfatizou o seu papel de oxigenação do sistema obrigacional, construindo-lhe, em síntese, um arcabouço teórico dos mais respeitáveis. O Poder Judiciário agarrou-se ao instrumento, e passou a aplica-lo a uma infinidade de hipóteses fáticas, chegando a resultados mais justos na solução dos casos concretos.<sup>9</sup>

Com efeito, além da boa-fé objetiva ter provocado uma verdadeira releitura do conceito de obrigação<sup>10</sup>, tal cláusula geral foi porta de entrada, em nosso direito, para uma série de institutos previstos em legislações estrangeiras (inclusive alguns deles oriundos do *Common Law*): o adimplemento substancial, o inadimplemento antecipado, o ônus de mitigar o próprio dano, dentre outros.

Ainda, apesar da unificação do direito privado por meio do Código Civil de 2002<sup>11</sup>, as cláusulas gerais e os conceitos indeterminados permitem que, em razão das características específicas dos contratos empresariais, haja um tratamento diferenciado desses, sendo possível flexibilizar a aplicação de determinadas regras. Inclusive, Juliana Krueger Pela chega a propor o seguinte questionamento: “[s]eria a suposta proibição ao *efficient breach* uma dessas regras a reclamar aplicação seletiva, nos contratos empresariais?”<sup>12</sup>.

---

<sup>8</sup> SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007, p. 2.

<sup>9</sup> SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007, p. 4.

<sup>10</sup> Como muito bem destacado por Couto e Silva. SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006.

<sup>11</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (EfficientBreach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1.099-1.100.

<sup>12</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (EfficientBreach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1.100

Nesse contexto, o presente estudo além de apresentar a teoria – abordando seus pressupostos, requisitos de aplicação e até mesmo críticas a ela – visa discutir se seria possível a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Foca-se o estudo nos contratos empresariais em razão das diferenças funcionais existentes entre esses e os demais contratos; sendo que diferenças podem facilitar a aplicação da teoria em nosso sistema.

Ressalta-se que a possibilidade de vantagens no uso da teoria já foi destacada no âmbito da própria Câmara dos Deputados do Brasil ao se discutir a questão de Consórcios entre sociedades empresárias:

Em que pese ser, em grande parte das situações, eficiente que todos os membros participem do consórcio e mantenham-se adimplentes para com a parceria, não se pode fugir a situações em que o resultado mais eficiente pode ser até mesmo a retirada de um de seus membros. Nessas situações particulares, para lidar com esse tipo de problema, o ideal seria adotar um mecanismo de “quebra eficiente de contrato” – presente na literatura de *law and economics*, definindo uma compensação a ser paga pelo ente que deseja realocar seus recursos, de forma a tornar os outros agentes do consórcio indiferentes entre sua permanência ou saída. Esta é a regra de “danos de expectativa”, cujo principal objetivo é prover os incentivos econômicos para que a parte que deseja quebrar o contrato apenas o faça quando for socialmente desejável<sup>13</sup>

Tendo em vista o objetivo acima exposto, o trabalho se inicia com o estudo da teoria do inadimplemento eficiente, que é o objeto do Capítulo II. Será abordada a definição moderna do que se entende por adimplemento (e inadimplemento) no direito brasileiro. Após, será conceituada a teoria do inadimplemento eficiente, estabelecendo seus pressupostos e requisitos de aplicação. Ainda, serão abordadas algumas de suas críticas. Nesse capítulo, muito embora em alguns momentos possa ser feita menção ao direito brasileiro, a análise da teoria não é feita à luz desse ordenamento. A análise da teoria à luz do direito pátrio é feita no Capítulo IV.

No Capítulo III, são analisadas as especificidades dos contratos empresariais que podem facilitar a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente. Demonstrar-se-á o conceito de contrato como operação econômica e as premissas teóricas dos contratos empresariais que

---

<sup>13</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Desenvolvimento Urbano. Sugestões para o Desenvolvimento Urbano 2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/edicoes/paginas-individuais-dos-livros/sugestoes-para-o-desenvolvimento-urbano-2015>. Acesso em 16.07.2016

permitem flexibilizar a aplicação de certas regras a esses. Ainda, serão abordadas algumas definições da análise econômica do direito que sejam úteis ao presente estudo.

No capítulo IV, são analisadas as potenciais barreiras para utilização da teoria à luz do direito brasileiro como a execução específica, a boa-fé objetiva, os efeitos das cláusulas penais, dentre outras. Na sequência, será verificada a possibilidade de sua aplicação em nosso sistema jurídico e qual seria seu fundamento. Para tanto será analisada a teoria da imprevisão<sup>14</sup>, a figura do adimplemento substancial e a cláusula geral de boa-fé.

O Capítulo V dedica-se às conclusões do presente trabalho.

---

<sup>14</sup> Muito embora o presente trabalho se refira a teoria de alteração de circunstâncias prevista nos art. 317 e 478 do código civil como Teoria da Imprevisão nota-se que a doutrina não é unanime nessa posição. Há autores que defendem que o Código Civil adota a teoria da imprevisão, outros que entendem que foi adotada a teoria da onerosidade excessiva, alguns que entendem serem as duas sinônimas e também os que entendem que ao se analisar as raízes da teoria a imprevisão na França e da teoria da onerosidade excessiva na Itália, seria possível notar que aqui teria sido adotada uma teoria diferente dessas. Entretanto, não faz parte do presente trabalho a distinção entre as teorias. Sobre o tema cf. MARTINS-COSTA, Judith. A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro. In. *Revista Roma e America – Diritto Romano Comune*, Roma. V. 16, 2003.

## II – DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE

*The only universal consequence of a legally binding promise is that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass. In every case it leaves him free from interference until the time for fulfillment has gone by, and therefore free to break his contract if he chooses.*<sup>15</sup>

### 2.1. Introdução

Inicialmente, antes de se abordar o objeto do presente trabalho – a teoria do inadimplemento eficiente –, para melhor compreensão do estudo, faz-se necessário analisar minuciosamente o que é inadimplemento no direito brasileiro. A importância de se abordar o que se entende por inadimplemento pode ser verificada no próprio nome da teoria: *inadimplemento* eficiente. Sendo assim, esse tema será abordado abaixo.

#### 2.1.1. Do adimplemento (e inadimplemento) das obrigações

Não há dúvidas de que a definição de inadimplemento<sup>16</sup> depende da conceituação do que é o adimplemento (cumprimento) de uma determinada obrigação contratual<sup>17</sup>. Afinal, não apenas o adimplemento é o meio natural de extinção da obrigação<sup>18</sup>, como há de se ter em mente que o inadimplemento nada mais é do que o descumprimento da obrigação (não adimplemento)<sup>19</sup>. Portanto, somente se estabelecendo o que é cumprir/adimplir uma obrigação é que se saberá em quais situações a obrigação será tida como não cumprida (inadimplida). Tal qual o estudo dos negócios jurídicos pelo aspecto *positivo* da existência, eficácia e validade, proposto por Antônio Junqueira<sup>20</sup>, entende-se aqui que o estudo do inadimplemento das

<sup>15</sup> HOLMES., Oliver W. *The Common Law*, 300-301 (1881).

<sup>16</sup> Muito embora o gênero inadimplemento seja comumente dividido pela doutrina em “mora” e “inadimplemento absoluto”, foge ao escopo deste trabalho essa diferenciação. Sobre o tema, consulte: ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

<sup>17</sup> Tendo em vista que o presente trabalho versa sobre o inadimplemento de obrigações *contratuais*, não será objeto de análise quaisquer aspectos relacionados às obrigações não derivadas de contrato como as decorrentes de atos ilícitos.

<sup>18</sup> BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1954, p. 83; GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 109.

<sup>19</sup> “Inadimplemento da obrigação é a falta da prestação devida. Conforme a sua natureza (de dar, de fazer, de não fazer), o devedor está adstrito à entrega de uma coisa, certa ou incerta, à prestação de um fato, a uma abstenção.” PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.2. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 305.

<sup>20</sup> AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

obrigações necessariamente passa antes pelo estudo do aspecto *positivo* da extinção da relação obrigacional com o adimplemento.

E tratar de adimplemento das obrigações é necessariamente estudar a evolução do conceito de “adimplemento” ao longo dos anos.

Adimplemento é conceituado tradicionalmente como “o exato cumprimento da obrigação pelo devedor”<sup>21</sup>, na forma estabelecida no contrato ou na lei, de acordo com o modo, tempo e lugar previstos<sup>22</sup>, ou então, de maneira mais simples, o adimplemento é o ato pelo qual “recebe o credor o que lhe é devido”<sup>23</sup>. Como é possível perceber, a definição tradicional de adimplemento foca no aspecto estrutural do ato, correspondente ao cumprimento da prestação principal nos exatos termos em que é pactuada<sup>24</sup>.

Tal concepção de adimplemento reside na definição clássica de obrigação como vínculo do devedor em favor do credor, no qual há uma verdadeira submissão do primeiro para com o segundo<sup>25,26</sup>.

Essa definição clássica de obrigação foca somente na autonomia da vontade das partes<sup>27</sup>, sendo que, analisando-se unicamente esse princípio, se as partes em conjunto acordaram livremente determinada obrigação, não haveria qualquer razão a tornar lícito o cumprimento

---

<sup>21</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 111.

<sup>22</sup> WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. II. 1992. p. 72; GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 111.

<sup>23</sup> CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. v. 2 tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984, p. 157; TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora. 1983, p. 260.

<sup>24</sup> ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Noções de direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina. 1980, p. 219; AUGUSTO CUNHA, Raphael. *O Inadimplemento na nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. Dissertação de Mestrado, p. 47; DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A.. *Teoria Geral das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 1966. p. 277.

<sup>25</sup> WALD, Arnoldo. *Obrigações e contratos*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. II. 1992, p. 18; SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007. p. 6.

<sup>26</sup> Originalmente a submissão do devedor era tão grande que diante de um inadimplemento o credor poderia vender o devedor como escravo ou utilizar a sua força de trabalho. A reforçar essa submissão tem-se que o vínculo entre as partes era pessoal, passando a ser patrimonial somente após o decorrer dos anos. Nesse sentido cf. WALD, Arnoldo. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, v. 2 – Arnoldo Wald, Ana Elizabeth L. W. Cavalcanti, Liliana Minardi Paesani – 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 43; SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006. p. 81-82; MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 203-204.

<sup>27</sup> SICA LONGUI, Maria Isabel Carvalho. *Inadimplemento Antecipado*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014. Dissertação de Mestrado, p. 22.

diferente do que fora acordado<sup>28</sup>. Afinal, a justiça na relação contratual estava garantida pelo fato de as partes serem iguais e de “que os direitos e deveres estabelecidos no contrato correspondiam à vontade livre dos contratantes”<sup>29</sup>.

Contudo, ao longo dos anos a definição de obrigação evoluiu<sup>30</sup>, ganhando força seu aspecto funcional em que a relação entre credor e devedor deixou de ser um vínculo estático, de subordinação do último, passando a ser um vínculo dinâmico, de cooperação entre as partes em direção ao adimplemento, que é o seu fim<sup>31</sup>. Sobre o tema, Fernando Noronha dispõe que:

Os elementos constitutivos da relação obrigacional e o seu conteúdo não são suficientes para termos uma idéia perfeita desta. Para cabal compreensão do conceito de obrigação, é preciso ter em conta para que esta serve. Todo direito tem uma função, ou finalidade, que justifica a sua existência e a sua tutela jurídica. A finalidade da obrigação é a satisfação de um interesse do credor, mas que tem de ser legítimo, isto é, sério e útil<sup>32</sup>.

---

<sup>28</sup> Ao comentar a autonomia da vontade das partes e a força obrigatória dos contratos Enzo Roppo destaca: “Se esta <<lei privada>> tem a sua fonte na vontade concordante das partes, não é, em regra, admissível que uma delas possa subtrair-se aos seus comandos, através de uma unilateral e arbitraria manifestação de vontade própria.” ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009. p. 128-129.

Por sua vez, Darcy Bessone comenta que “Se [o contrato] foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. [...] Sendo justo o contrato, segue-se que aos contratantes deve ser reconhecida ampla liberdade de contratar, só limitada por considerações de ordem pública e bons costumes”. In. BESSONE, Darcy. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 101.

<sup>29</sup> Como destaca Raphael Augusto Cunha: “A concepção contratual clássica tinha como pressuposto que a justiça da relação contratual estava automaticamente garantida pelo fato das partes serem tidas como iguais, sob o aspecto formal (“todos são iguais perante a lei”), e que os direitos e deveres estabelecidos no contrato correspondiam à vontade livre dos contratantes” AUGUSTO CUNHA, Raphael. *O Inadimplemento na nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. Dissertação de Mestrado, p. 14.

De maneira semelhante Richard Craswell comenta: “In contract theory, one of the most fundamental questions asks why contracts or promises should ever be binding, in morality or in law. One family of theories finds the answer to this question in principles of individual freedom and autonomy.” CRASWELL, Richard. *Expectation Damages and Contract Theory Revisited* *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*. No. 325, 200. p. 1.

<sup>30</sup> Como destaca Orosimbo Nonato “O conceito de obrigação varia no tempo e no espaço para atender às peculiaridades do consórcio civil em que se expanda: não foge, não pode fugir à lei da evolução universal”. NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1959. p. 55.

<sup>31</sup> “[m]odernamente, no entanto, verifica-se a insuficiência do aspecto estrutural para a compreensão da relação obrigacional, sendo indispensável examiná-la em seu aspecto dinâmico, de acordo com a função desempenhada em determinado regulamento de interesses. Entende-se assim que o vínculo obrigacional é complexo, pois dele defluem deveres para ambas as partes – credor (es) e devedor (es) – em direção ao adimplemento que é o seu fim, formando uma cadeia teleologicamente interligada”. TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. 2. Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2007, p. 596.

<sup>32</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 16.

Essa evolução decorre inicialmente da percepção de que no direito brasileiro há uma separação de fases entre o nascimento da obrigação e seu adimplemento<sup>33</sup>, existindo uma distância entre essas duas fases<sup>34</sup>. Ao se analisar como a obrigação se desenvolve na distância entre esses dois planos distintos, nota-se a existência de um verdadeiro processo obrigacional<sup>35</sup> no qual existe uma cadeia de elementos<sup>36</sup> que possuem como objetivo o adimplemento da obrigação, sendo que “o crédito e o débito não são mais considerados os únicos elementos do vínculo obrigacional”<sup>37</sup>.

Pontes de Miranda destaca a complexidade da relação obrigacional abrangendo diversos direitos e deveres serem analisados como um todo<sup>38</sup>:

[...] o feixe de relações e situações é como todo, e não como soma. O conceito, por exemplo, de relação jurídica de compra-e-venda não é conceito de relação jurídica a que corresponda dívida de prestar a coisa, mas de cuidar da coisa até a entrega, mais de não descurar da proteção jurídica da coisa; e sim conceito de relação jurídica em que tudo isso é intrínseco.<sup>39</sup>

A noção de complexidade do vínculo obrigacional ainda acabou colocando em debate o paradigma tradicional do direito das obrigações, focado unicamente na autonomia da vontade

<sup>33</sup> Desde já se esclarece que essa separação de fases não ocorre somente no direito brasileiro.

<sup>34</sup> SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006, p. 43-44.

<sup>35</sup> SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006, p. 167.

<sup>36</sup> Nesse sentido destaca Jorge Cesa Ferreira da Silva: “Como se pode constatar em qualquer uma dessas designações encontra-se fixada a ideia de que a relação obrigacional não pode ser visualizada exclusivamente em um só vínculo, tal qual na noção baseada no direito romano, ou eventualmente em um dever relativo a este vínculo, mas tem de atar-se a um modelo estrutural e unitário, que congregue internamente um conjunto interligado de relações diversas entre si.” SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 64-65.

<sup>37</sup> SICA LONGUI, Maria Isabel Carvalho. *Inadimplemento Antecipado*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014. Dissertação de Mestrado, p. 20.

Nesse sentido também destaca Anderson Schreiber: “Atualmente, contudo, reconhece-se que a obrigação transcende, em muito, o dever consubstanciado na prestação principal” SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007, p. 6.

<sup>38</sup> Em sentido semelhante Giovanni Ettore Nanni dispõe que: “[s]e na perspectiva clássica a obrigação se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação, na doutrina moderna ela é compreendida numa acepção globalizante da situação jurídica creditícia, apontando, ao lado dos *deveres de prestação* – tanto *deveres principais de prestação, como deveres secundários* –, os *deveres laterais, além de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas, etc.*” NANNI, Giovanni Ettore. O dever de cooperação nas relações obrigacionais à luz do princípio constitucional da solidariedade. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil: estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas. 2008. p. 300.

<sup>39</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 3.169. p.283.

das partes, passando-se a analisar também a influência de outros princípios como a boa-fé no vínculo obrigacional<sup>40 41</sup>. A respeito, afirma Raphael Augusto Cunha:

O conteúdo da relação obrigacional deixa de ser resultado apenas da vontade das partes e passa a ser determinado também pela boa-fé objetiva, que impõe às partes deveres anexos de conduta dirigidos à exata satisfação dos interesses envolvidos na relação obrigacional.<sup>42</sup>

Assim, compreende-se que “a boa-fé atua como fonte de integração do conteúdo contratual, determinando a sua otimização independentemente da regulação voluntaristicamente estabelecida”<sup>43</sup>.

Não se quer dizer que a autonomia da vontade não deve mais ser observada, pois teria dado lugar à boa-fé<sup>44</sup>. A questão é que ao se ter em mente a totalidade da obrigação, tendo em vista a autonomia da vontade junto à incidência da boa-fé, foi possível perceber que a relação entre devedor e credor é de cooperação e não mais de submissão. Sobre a mudança de entendimento destaca Pietro Perlingieri:

[...] implica uma mudança radical de perspectiva de leitura da disciplina das obrigações: esta última não deve ser considerada o estatuto do credor; a cooperação, e um determinado modo de ser, substitui a subordinação e o credor se torna titular de obrigações genéricas ou específicas de cooperação ao adimplemento do devedor.<sup>45</sup>

---

<sup>40</sup> SICA LONGUI, Maria Isabel Carvalho. *Inadimplemento Antecipado*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014. Dissertação de Mestrado, p. 22; SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006, p. 32.

<sup>41</sup> Não é escopo do presente trabalho o estudo histórico dos motivos por trás da transformação do conceito de obrigação pautado na autonomia da vontade e no *pacta sunt servanda* para um modelo onde a obrigação e o contrato são mitigados por cláusulas gerais como a boa-fé. Sobre o tema, cf. TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro — Críticas e alternativas ao Solidarismo Jurídico*. 2. Ed. São Paulo, 2015 e VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, a. 20, n. 2-3,4, p. 313-338, abr.-dez. 1975.

<sup>42</sup> AUGUSTO CUNHA, Raphael. *O Inadimplemento na nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. Dissertação de Mestrado, p. 34.

<sup>43</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 440.

<sup>44</sup> Como bem destaca Couto e Silva: “A dogmática do século passado tinha por centro a vontade, de forma que para os juristas daquela época, todos os deveres dela resultavam. Em movimento dialético e polêmico poder-se-ia chegar à conclusão oposta, isto é, a de que todos os deveres resultassem da boa-fé. Mas a verdade está no centro: há deveres que promanam da vontade e outros que decorrem da incidência do princípio da boa-fé e da proteção jurídica de interesses. SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006, p. 38.

<sup>45</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 212.

No mesmo sentido Renan Lotufo:

O contrato, tal qual a obrigação, relação jurídica complexa, é um processo que, como ensina o eminente Professor Clóvis do Couto e Silva, tem dinamismo e somente chegará ao seu bom êxito se contar com a colaboração leal dos dois participantes. Não há mais, segundo o novo Código, o velho protagonista ‘contratante’, mas os contratantes, em constante interação, com respeito à posição e aos interesses de cada um.<sup>46</sup>

E essa cooperação possui como objetivo o adimplemento da obrigação; afinal, como ressalta Couto e Silva, é “precisamente a finalidade que determina a concepção da obrigação como processo”<sup>47</sup>, sendo que “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É seu fim”<sup>48</sup>.

Resumindo esta transformação, Maria Isabel Sica afirma:

A obrigação nasce e passa por diversas etapas, que devem ser consideradas, e incidem os deveres laterais de conduta, que devem ser observados pelas partes envolvidas, mas estas etapas não se justificam em si mesmas, elas existem e desenvolvem-se para uma finalidade determinada, qual seja, o cumprimento da prestação e a satisfação do credor, com a respectiva exoneração do devedor.<sup>49</sup>

Assim, à luz da evolução do conceito de obrigação, essa deixou de ser definida como um fim em si mesma passando a ser definida como “um meio, um instrumento técnico-jurídico criado por lei ou predisposto pelas partes para a satisfação de certo interesse”<sup>50</sup>. É importante destacar que ao tratar da “satisfação de certo interesse” deve ser verificado o interesse de ambas as partes, não se devendo se focar unicamente no interesse do credor, por mais que esse seja prioritário, já que o devedor também possui interesses a serem considerados<sup>51</sup>. Sobre o tema destaca Raphael Augusto Cunha:

<sup>46</sup> LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: Direito das obrigações*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 10.

<sup>47</sup> SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006, p. 21

<sup>48</sup> SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006, p. 17

<sup>49</sup> SICA LONGUI, Maria Isabel Carvalho. *Inadimplemento Antecipado*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014. Dissertação de Mestrado, p. 21

<sup>50</sup> ANTUNES VARELA, João de Mattos. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina. 1970. p. 20

<sup>51</sup> “L’ attuazione del rapporto obbligatorio, oltre all’interesse del creditore, “può” realizzare anche interessi giuridicamente rilevanti del debitore. Ovviamente una considerazione prioritaria e prevalente deve essere riservata all’interesse creditore” PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI. 1997. p.20.

É mais apropriado afirmar que a funcionalização da relação obrigacional impõe o seu reconhecimento como mecanismo de satisfação do interesse das partes, embora o interesse do credor assumira posição mais relevante na maioria dos casos. A concepção moderna de obrigação amplia o espectro de interesses que devem ser satisfeitos com a relação obrigacional, de modo a abarcar os interesses legítimos perquiridos por ambas as partes.<sup>52</sup>

No mesmo sentido Fernando Noronha:

As obrigações, porém, não têm por finalidade realizar unicamente uma finalidade individual, egoística, do credor; ao lado desta, qualquer obrigação, na medida em que é objeto de tutela jurídica, tem também uma finalidade social, porque toda norma jurídica visa ‘fins sociais’ e atende ‘exigências do bem comum’, como ficou expresso no art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (até 2010 designada de Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro). Ora, se conjugarmos esses dois objetivos, individual e social, poderíamos dizer que toda obrigação tem de satisfazer um interesse legítimo do credor.

[...] é preciso ter presente que na maioria das relações obrigacionais (e em especial nas nascidas dos contratos chamados bilaterais: cf. art. 476) existem duas partes, que são, uma em relação à outra, simultaneamente parte credora e parte devedora. Nestes casos, haverá que considerar os interesses legítimos de ambas as partes<sup>53</sup>

Verificada a evolução do conceito de obrigação ao longo dos anos, nota-se que, conseqüentemente, a concepção de adimplemento também passou por mudanças.

Enquanto no passado – no contexto de obrigação como vínculo de submissão do devedor – a análise do adimplemento passava pelo *exato cumprimento* da obrigação pelo devedor, atualmente – tendo em vista o conceito moderno de obrigação que leva em consideração a existência de um vínculo de cooperação entre as partes que busca a satisfação dos interesses do credor – a análise do adimplemento passa pela *verificação da utilidade do cumprimento para o credor*, mas sem se esquecer dos interesses do devedor, por mais que os interesses do credor sejam mais importantes.

Tendo em vista ser necessária a verificação da utilidade da prestação no conceito moderno de adimplemento, será analisado a seguir o que é resultado útil.

---

<sup>52</sup> AUGUSTO CUNHA, Raphael. *O Inadimplemento na nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. Dissertação de Mestrado, p. 39

<sup>53</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 40.

Há quem sustente que resultado útil seria aquele que englobe tanto o cumprimento da obrigação principal como de seus deveres laterais<sup>54</sup>. Essa visão leva em consideração que em algumas situações cumprir apenas com a obrigação principal não será o suficiente para a satisfação do credor. Seria o caso, a exemplo, de um arrendador de uma loja que, embora garanta ao arrendatário o objeto do contrato, resolve abrir outra loja do mesmo segmento em frente a antiga loja, estabelecendo concorrência que, sem dúvidas, frustrará os rendimentos do arrendatário<sup>55</sup>.

Não obstante, discordando em parte dessa visão focada somente nos deveres laterais, no presente trabalho entende-se que resultado útil não é, necessariamente, aquele que englobe tanto o cumprimento da obrigação principal como de seus deveres anexos. A utilidade está relacionada unicamente à análise do cumprimento de um aspecto funcional da obrigação e do contrato<sup>56</sup>, sendo que a necessidade de atendimento de deveres adicionais à obrigação principal será casuística, a depender da finalidade de cada contrato, e não uma regra geral. Logo, a existência de deveres laterais a alargar o escopo da obrigação não seria um pressuposto do que seria utilidade, mas sim uma verificação *fática* do que seria necessário para que se chegue ao resultado útil; uma conclusão à luz do caso concreto, portanto.

Sem dúvidas haverá situações como a do exemplo do arrendatário, nas quais a função do contrato (arrendamento com objetivo de exercer atividade empresarial a auferir lucro) trará deveres adicionais ao devedor, para além da prestação acordada. Todavia, acredita-se que essa situação não pode ser definida como regra geral, por mais que seja cotidiana.

Isso porque caso se entenda que a utilidade está relacionada unicamente na existência de deveres adicionais a serem cumpridos pelo devedor, a mudança do conceito de adimplemento terá servido somente para definir que o cumprimento da prestação principal pelo

---

<sup>54</sup> SICA LONGUI, Maria Isabel Carvalho. *Inadimplemento Antecipado*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014. Dissertação de Mestrado, p. 37. AUGUSTO CUNHA, Raphael. *O Inadimplemento na nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. Dissertação de Mestrado, p. 47.

Muito embora Raphael Augusto Cunha entenda que houve um alargamento do conceito de obrigação, o autor também analisa minuciosamente o aspecto funcional a ser atingido, destacando até mesmo a possibilidade dessa função ser cumprida diante de uma pequena desconformidade a ensejar o adimplemento substancial (p. 52).

<sup>55</sup> MARTINS, Raphael Manhães. Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, Deveres Laterais e Violações Positivas do Contrato. In. *Revista da EMERJ*, v. 11, no 44, 2008, p. 231

<sup>56</sup> “O adimplemento dirige-se não à satisfação arbitrária do credor, mas ao atendimento da função sócio-econômica, identificada com a própria causa do ajuste estabelecido entre ambas as partes”. SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007, p. 12

devedor não é suficiente e que esse ainda teria que cumprir com outros deveres. Assim, ainda continuaríamos diante de um vínculo de submissão do devedor e não de um vínculo de cooperação, em que tanto o devedor como o credor podem ter deveres adicionais a prestação, sendo que o interesse de ambos deve ser resguardado, mesmo que em proporção distinta.

Logo, no presente trabalho entende-se que o adimplemento e, conseqüentemente a utilidade, deve ter como fundamento uma visão funcional de modo a analisar “o fim que o credor buscou com aquele tipo contratual específico e com aquela relação obrigacional em concreto.”<sup>57</sup>

Judith Martins-Costa também ressalta que “a utilidade [...] diz respeito ao <<programa contratual>>, isto é, à relação econômica de base que se apresenta como a causa objetiva do ajuste”<sup>58</sup>.

Por sua vez, Anderson Schreiber destaca que: “[...] longe de se restringir à prática do ato prometido pelo devedor, o adimplemento se reveste, no direito contemporâneo, de caráter funcional, vinculado ao atendimento dos efeitos essenciais do negócio jurídico concretamente celebrado pelas partes”<sup>60</sup>.

Assim, em resumo: i) no atual conceito de obrigação, ao se analisar a satisfação do interesse do credor, não se deve esquecer dos interesses do devedor; ii) o mais importante na avaliação do adimplemento é a análise do cumprimento funcional a que se pretende o contrato e não a existência de deveres laterais.

---

<sup>57</sup> AUGUSTO CUNHA, Raphael. *O Inadimplemento na nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. Dissertação de Mestrado, p. 42

<sup>58</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 216.

<sup>59</sup> Apesar de Judith Martins-Costa fazer menção à “causa objetiva” nota-se, pelo contexto de sua fala, que ela se refere ao conceito de causa como função prático-social ou econômico-social do contrato. No presente trabalho, opta-se pelo uso de “função” em vez de “causa objetiva”, a fim de se evitar todas as discussões que o conceito de “causa” gera no direito brasileiro. Sobre o tema cf. LOPES, Christian Sahb Batista. A Causa Do Negócio Jurídico E A Causa Da Atribuição Patrimonial. In: FIÚZA, C. A. C., RODRIGUES JÚNIOR, O. L., CARVALHO NETO, F. C.. (Org.). XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB: Direito Civil I. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2014, v. 1, p. 52-73.

<sup>60</sup> SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007, p. 12

A partir dessas ideias, tem-se que a verificação da utilidade a ser atingida é que definirá os contornos da obrigação, a eventual existência de deveres adicionais e a abrangência do adimplemento; tudo isso a depender das circunstâncias do caso concreto.

Tendo em vista esse entendimento é que se percebe a possibilidade de, diante de uma desconformidade de pequena relevância para o credor, se entender que o contrato foi, mesmo assim, substancialmente cumprido. Essa a hipótese da teoria do adimplemento substancial que será abordada no tópico 4.3.1. De toda forma, desde já se destaca que a possibilidade de adoção dessa teoria é a evidência de que o conceito de adimplemento deve focar unicamente na funcionalidade pretendida pelo contrato<sup>61</sup> e não no cumprimento da obrigação principal cumulada a outras obrigações laterais. Afinal, nessa hipótese mesmo diante de uma desconformidade da obrigação principal, entende-se que a função do contrato não foi prejudicada. Portanto, a funcionalidade do contrato pode trazer, ou não, a necessidade de se realizar mais do que o previsto formalmente<sup>62</sup>.

À luz destas considerações, entende-se neste trabalho que somente a análise casuística da finalidade do contrato é que definirá: (i) o conteúdo da obrigação<sup>63</sup>; (ii) o que se entende por

---

<sup>61</sup> “A perspectiva funcional é a mais adequada para guiar este processo de qualificação, pois a identificação da função permite a determinação da estrutura jurídica mais adequada a tutelar os interesses das partes envolvidas. Assim, é com base no exame da função que se poderá decidir, no caso concreto, acerca da situação jurídica apta a efetivar a tutela do interesse em exame.” KONDER, Carlos Nelson. RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In. *Civilistica.com* || Ano 1. Número 2. 2012. p. 22.

<sup>62</sup> Schreiber destaca: “Da mesma forma que o cumprimento meramente estrutural da prestação principal não configura adimplemento, exigindo a análise mais atenta à função concreta da relação obrigacional, a inadequação formal do comportamento do devedor ao débito, tal como estruturalmente definido pelas partes, não ensejará inadimplemento, desde que atendido o escopo especificamente perseguido pelas partes com a constituição do vínculo obrigacional”. SCHREIBER, Anderson. A tríple transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007, p. 15.

Judith Martins-Costa comenta que: “a incidência da boa-fé será traduzida, no adimplemento, ‘ora limitando a obrigação de prestação, ora ampliando-a’”. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 214.

<sup>63</sup> “A obrigação é relação jurídica cujo conteúdo, variável e complexo, se define no caso concreto em função dos legítimos interesses a serem tutelados – especialmente o do credor – e se vai constituindo pelos diversos deveres acessórios de conduta que completam e integram o núcleo central, composto pelo dever de prestar do devedor e pelo direito de exigir a prestação do credor.” KONDER, Carlos Nelson. RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In. *Civilistica.com* || Ano 1. Número 2. 2012. p. 3.

adimplemento<sup>64</sup>; (iii) qual a atuação da boa-fé no vínculo contratual<sup>6566</sup>, criando deveres adicionais para o devedor em alguns casos, fazendo com que o credor tenha de “aceitar”<sup>67</sup> uma pequena desconformidade em outros, por exemplo.

E sobre o interesse a ser cumprido (utilidade), ressalta-se que a análise deve ser objetiva, vinculada com o fim e função do negócio jurídico celebrado, e não subjetiva, apegada a razões psicológicas e íntimas do credor<sup>68</sup>. Sobre o tema Judith Martins-Costa:

Trata-se de um interesse objetivado, e de uma utilidade objetiva, que devem ser recortados à vista da operação econômica em causa, é dizer: do que as partes dispuseram no comum regulamento de interesses, cabendo ao juiz apreender o interesse e a utilidade com base na natureza da prestação e das regras comuns da experiência<sup>69</sup>.

---

<sup>64</sup> Exemplo interessante sobre como a análise casuística do resultado útil pretendido acaba por influenciar no que se entende por adimplemento reside na diferença do que se tem como ‘cumprimento satisfatório’ nas obrigações de meio e nas de resultado. Não há dúvidas de que nas obrigações de meio existe resultado útil, a questão é que nessas obrigações esse se confunde com o próprio desempenho da atividade prometida pelo devedor. Sobre o tema cf. KONDER, Carlos Nelson. RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In. *Civilistica.com* || Ano 1. Número 2. 2012.

<sup>65</sup> Aqui cabe lembrar que é a finalidade da obrigação que determina a concepção da obrigação como processo no qual incide a boa-fé, sendo que é o adimplemento que atrai e polariza a obrigação. Nesse sentido cf. SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006, p. 17

<sup>66</sup> A análise casuística é inerente a aplicação da boa-fé objetiva, uma vez que essa, por ser cláusula geral, é aplicada com base na concreção, buscando-se a regra do caso concreto cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983. p. 1.178; MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 325-326.

<sup>67</sup> Como se verá adiante, a boa-fé pode suprimir algumas consequências diante de um inadimplemento, como a possibilidade de resolução do contrato. Não obstante, ela não deixa o credor “a ver navios” sem qualquer proteção legal que possa ser usada. Por isso o uso de aceitar entre aspas. Comentando a teoria do adimplemento substancial Christian Lopes ressalta que: “A teoria é utilizada para temperar o rigor do artigo 475 do Código Civil, para dizer que apenas o credor vítima de um inadimplemento substancial pode pedir a resolução do contrato. Caso o descumprimento não seja de monta, o credor apenas poderá pedir a execução do contrato, pela prestação *in natura* ou perdas e danos.” LOPES, Chrisitan Sahb Batista. *Um diálogo por uma nova teoria dos contratos*. In. Estudos de direito privado: *Liber Amicorum* para João Baptista Villela. GOMES, Elena de Carvalho; NETO, Edgard Audomar Marx; FÉRES, Marcelo Andrade. [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2017. p. 152.

<sup>68</sup> Enunciado 162 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A inutilidade da prestação que autoriza a recusa da prestação por parte do credor deverá ser aferida objetivamente, consoante o princípio da boa-fé e a manutenção do sinalagma, e não de acordo com o mero interesse subjetivo do credor”.

No mesmo sentido cf. SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006, p. 41; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 138; AUGUSTO CUNHA, Raphael. *O Inadimplemento na nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. Dissertação de Mestrado, p. 43

<sup>69</sup> MARTINS-COSTA, Judith. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e a deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, n. 26, abr./jun. 2006, p. 224.

Em sentido semelhante, Anderson Schreiber destaca que o interesse está relacionado à função perseguida pelo contrato e não a interesses abstratos:

Se o comportamento do devedor alcança aqueles efeitos essenciais que, pretendidos concretamente pelas partes com a celebração do negócio, mostram-se merecedores de tutela jurídica, tem-se o adimplemento da obrigação, independentemente da satisfação psicológica ou não do credor. Note-se, porém, que não basta a verificação da causa em abstrato, normalmente identificada, no direito das obrigações, com a realização das prestações principais integrantes do tipo negocial em sua previsão normativa. Impõe-se o exame da chamada “causa em concreto”, isto é, do atendimento dos interesses efetivamente perseguidos pelas partes com a regulamentação contratual. Transcende-se, em síntese, a estrutura do negócio – forma e conteúdo (o *como* e o *quê*) – para se perquirir a sua função (o seu *porquê*). É o atendimento a esta função concreta do negócio, e não mais o cumprimento meramente estrutural da prestação principal contratada, que define o adimplemento, em sua visão contemporânea<sup>70</sup>.

Por fim, obviamente, o interesse da parte deve ser aquele previsível quando do momento de celebração do contrato, como destaca a citação anterior. Não obstante, o exame a respeito da possibilidade e da utilidade do adimplemento desse interesse deve ser feito ao longo de todo o desenvolvimento da relação obrigacional, verificando-se a manutenção do interesse típico e concreto do credor na prestação devida e a real possibilidade de adimplemento<sup>71,72</sup>.

Diante do que foi exposto é possível concluir que a releitura do conceito de adimplemento (que conseqüentemente leva a evolução do que se entende por inadimplemento) faz com que “[o] próprio cumprimento ou descumprimento da prestação ajustada [deva] ser examinado à luz do propósito efetivamente perseguido pelas partes com a constituição da específica relação obrigacional”<sup>73</sup>, sendo que “o ponto central para a identificação da utilidade

---

<sup>70</sup> SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007, p. 12-13

<sup>71</sup> Sobre a verificação do interesse do credor a todo o momento Perlingieri: “l’ interesse creditorio deve permanere per tutto l’arco temporale di durata del rapporto obbligatorio, sino alla sua estinzione (che, fisiologicamente, consegue, all’esatto adempimento, quale vicenda estintiva soddisfattoria per eccellenza).” PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997, p. 218.

<sup>72</sup> A verificação da possibilidade de adimplemento desse interesse durante todo o desenvolvimento da relação obrigacional é um dos fundamentos da teoria do inadimplemento antecipado.

<sup>73</sup> SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007, p. 6

de determinada prestação está na verificação da função negocial concreta do contrato inadimplido”<sup>74</sup>.

Portanto, no adimplemento/inadimplemento deve ser analisado o interesse do credor com o contrato celebrado, sendo que esse interesse está relacionado à função pretendida por meio do contrato e não a aspectos subjetivos da parte. Ainda, por mais que o foco seja o interesse do credor, não se pode esquecer que o devedor também possui interesses a serem tutelados.

E justamente em razão da importância funcional pretendida no contrato para se verificar o que é adimplir uma obrigação é que se torna importante uma análise casuística, sendo que as consequências do inadimplemento<sup>75</sup> podem até mesmo variar a cada caso<sup>76</sup>.

## 2.2. Surgimento da teoria do Inadimplemento Eficiente e sua evolução no tempo

A teoria do inadimplemento eficiente defende a possibilidade de descumprimento das obrigações contratuais quando se verificar que o cumprimento será menos vantajoso que o inadimplemento da obrigação. Essa situação ocorrerá quando, com o inadimplemento, o devedor ficar em uma situação melhor do que ficaria com o cumprimento, e o credor, por meio de indenização paga pelo devedor, ficar em uma situação igual a se o contrato tivesse sido adimplido, existindo verdadeira indiferença para esse entre se cumprir o contrato ou receber indenização. Com a aplicação do inadimplemento eficiente, não ocorrerá o cumprimento forçado do contrato inadimplido, sendo o negócio jurídico extinto com o pagamento de perdas e danos.

---

<sup>74</sup>AUGUSTO CUNHA, Raphael. *O Inadimplemento na nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. Dissertação de Mestrado, p. 83

<sup>75</sup>No caso de inadimplemento, o art. 475 do Código Civil prevê que: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”.

Como se verá nos próximos capítulos, é importante se ter noção das possíveis consequências a serem adotadas diante de um inadimplemento, pois para que ocorra o inadimplemento eficiente, a consequência a ser adotada no caso concreto deve ser a resolução contratual com o pagamento de perdas e danos.

<sup>76</sup>Um exemplo disso é que não será todo caso em que poderá haver a resolução do contrato: “[...] a relevância do incumprimento para efeito de resolução do contrato tem de ser apreciada em função do caso concreto, sendo o conceito de gravidade distinto segundo o tipo contratual em questão e as peculiaridades do concreto negócio estipulado” MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 146-147.

Diversos autores<sup>77</sup> já destacaram que a teoria do Inadimplemento Eficiente tem origem nos Estados Unidos em artigo de Birmingham<sup>78</sup>, no qual esse defende a ideia de que em qualquer situação em que uma das partes obtiver maior utilidade no contrato por meio do inadimplemento da relação contratual – assumindo-se que a outra parte será compensada de forma que obterá com o inadimplemento a mesma utilidade que teria caso o contrato fosse cumprido – esse deverá ser incentivado, pois isso seria um movimento ótimo de Pareto<sup>79 80</sup>, aumentando o nível de bem estar social<sup>81</sup>:

Apesar do protagonismo de Birmingham, o termo no qual a teoria do Inadimplemento Eficiente é conhecida em inglês, *Efficient Breach*, somente surgiu anos depois, em 1977, com Goetz & Scott<sup>82</sup> em artigo em que analisaram as cláusulas de “*Liquidated Damages*”<sup>83</sup>, suas hipóteses de invalidação e seus efeitos na ocorrência de inadimplementos e inadimplementos eficientes. Inclusive, neste artigo os autores destacaram que no descumprimento contratual não

---

<sup>77</sup> A exemplo: SHAVELL, Steven. Is Breach of Contract Immoral?. *Harvard Law and Economics Discussion Paper*. No. 531, 2005; PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. (2007); MIZUMOTO AKAISHI, Juliana Tiemi. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. In. *Revista de Análise Econômica do Direito* V. 1, nº 2, Jul-Dez, 2010; CATEB, Alexandre Bueno e VELOSO, Sílvia Mechelany., Análise Econômica do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). In. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia* - vol. X (2013); BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado; e HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado.

<sup>78</sup> BIRMINGHAM, Robert “Breach of contract, damage measures, and economic efficiency”. In. *Rutgers Law Review*, v. 24, 1970. p. 273.

<sup>79</sup> “Repudiation of obligations should be encouraged where the promisor is able to profit from his default after placing his promisee in as good a position as he would have occupied had performance been rendered. Failure to honor an agreement under these circumstances is a movement toward Pareto optimality”. BIRMINGHAM, Robert “Breach of contract, damage measures, and economic efficiency”. In. *Rutgers Law Review*, v. 24, 1970. p. 284.

<sup>80</sup> O conceito de eficiência de Pareto será abordado no próximo capítulo, bastando, nesse momento, dizer que esse conceito está relacionado a melhora da situação de ao menos uma das pessoas envolvidas na relação econômica, *sem piorar a situação da outra*.

<sup>81</sup> MIZUMOTO AKAISHI, Juliana Tiemi. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. In. *Revista de Análise Econômica do Direito* V. 1, nº 2, Jul-Dez, 2010, p. 242.

<sup>82</sup> GOETZ, Charles. SCOTT, Robert. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach”. In. *Columbia Law Review*, v. 77, 1977.

<sup>83</sup> As cláusulas de *Liquidated Damages* são danos pré-fixados em hipóteses em que os danos são difíceis ou impossíveis de se apurar. Apesar de essas cláusulas se aproximarem do conceito de cláusula penal do direito brasileiro é necessário dizer que há diferença entre esses dois institutos porque não são admitidos *Liquidated Damages* com caráter punitivo, ou seja, eles nunca podem extrapolar o valor do dano real. Já com relação à cláusula penal é admitido o aspecto punitivo, sendo vedada, apenas, as cláusulas penais manifestamente excessivas. Sobre o tema cf. PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. In. *Revista Direito GV*. V. 13. N. 3. Set/Dez. 2017.

existem “*Punitive Damages*”<sup>84</sup> a servirem de desincentivo para a ocorrência de inadimplementos<sup>85</sup>.

Um dos grandes pilares da teoria é o entendimento de Holmes<sup>86</sup>, de 1897, no sentido de que deveria haver um distanciamento entre a ética e a moral, relativo ao direito dos contratos, sendo que “[o] dever de cumprir um contrato no common law consiste em uma previsão de que você deve pagar uma indenização pelos danos se você não o cumprir – e nada mais”<sup>87</sup>. Assim, não haveria um dever em cumprir o contrato e “mais uma opção entre efetivamente cumpri-lo ou pagar os danos correspondentes”<sup>88 89</sup>.

---

<sup>84</sup> “[a] figura dos punitive damages que pode ser apreendida, numa forma introdutória e muito geral, pela idéia de **indenização punitiva** (e não “dano punitivo”, como às vezes se lê). Também chamados exemplary damages, vindictive damages ou smart money, consistem na soma em dinheiro conferida ao autor de uma ação indenizatória em valor expressivamente superior ao necessário à compensação do dano, tendo em vista a dupla finalidade de punição (punishment) e prevenção pela exemplaridade da punição (deterrence) opondo-se – nesse aspecto funcional – aos compensatory damages, que consistem no montante da indenização compatível ou equivalente ao dano causado, atribuído com o objetivo de ressarcir o prejuízo.” MARTINS-COSTA, Judith.; PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). In. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. n. 28. Jan/mar. 2005. p. 16.

<sup>85</sup> “One purpose of contract damages which has been suggested is that they tend to prevent breach. The fact that damages must be paid upon breach "makes, therefore, for the security of business transactions and helps to make possible the vast structure of credit, upon which so large a part of our modern prosperity depends." 5 A. CORBIN, supra note 3, at 34. This analysis is, however, belied by the absence of punitive measures designed to reduce the incentives to breach. On the contrary, it is clear that the central purpose of contract damages is compensatory and not punitive”. GOETZ, Charles. SCOTT, Robert. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach”. In. *Columbia Law Review*, v. 77, 1977, p. 558.

Destaca-se, também, posicionamento de Marcos Brossard: “[...] sendo uma das funções da responsabilidade civil, tal qual da responsabilidade penal, a de desestimular a prática danosa, a sanção corresponde ao grau de reprovabilidade à medida. Se a pena é baixa, significa que o ordenamento, enquanto reflexão do desejo social, não reputa como grave, tampouco entende que seria razoável uma penalização maior – que é justamente o que ocorre pela não adoção de danos punitivos.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 129.

<sup>86</sup> SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract in *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007. p. 722.

<sup>87</sup> Tradução livre do original: “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.” HOLMES, Oliver W. The path of Law. In. *Harvard Law Review*, Vol. 110, No 5 (Mar, 1997), p. 462.

<sup>88</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 128.

<sup>89</sup> Marcos Brossard, mencionando a ausência de danos punitivos tal como Goetz & Scott, também destaca a opção das partes em inadimplir o contrato: “A despeito da força vinculativa do contrato, decorrente da pacta sunt servanda, a extinção prévia e a quebra de contratos sempre existiram. Com o fim das sanções criminais, que remontavam ao Direito Romano, e ante a ausência de danos punitivos, foi possível às partes contratantes optarem pelo não atendimento das obrigações contratuais, contanto que pagassem os danos ou multas pré-estabelecidas para esta hipótese; ainda que remanesça alguma crítica de ordem ética ou moral, sob o ponto de vista pragmático,

No entanto, há quem defenda que a visão de que seria uma *opção* do devedor cumprir o contrato seria fruto de uma interpretação equivocada do texto de Holmes porque esse teria em outras oportunidades esclarecido que inadimplir um contrato seria um ato errado<sup>90</sup>. Aqui entende-se que tal opinião é limitada e não afasta a verdadeira visão pragmática de Holmes, no sentido de que diante do inadimplemento de um contrato haverá, automaticamente, o pagamento de perdas e danos (e nada mais) sem que seja necessário se recorrer a ética e a moral<sup>91</sup>.

Marcos Brossard também afirma que:

[n]ão partilhamos do entendimento de Perillo – mesmo que tenhamos de reconhecer que não há passagem em que sustente, expressamente, a inexistência de um dever de cumprir contratos – pois entendemos que a redação de Holmes, especialmente em *The Path of the Law* (op cit, p. 76), é suficientemente clara em indicar este modelo pragmático, reconhecendo que este modo de enxergar a questão proposta por ele “stinks in the nostrils of those who think it is advantageous to get as much ethics into the law as they can.”<sup>92</sup>

Diversas foram as contribuições doutrinárias para o aperfeiçoamento e expansão da teoria ao longo dos anos. Aqui ressalta-se os trabalhos de Richard Craswell<sup>93</sup>, Peter Linzer<sup>94</sup>,

---

esta concepção não encontra barreira na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 129.

<sup>90</sup> PERILLO, Joseph M. *Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference*, 68 *Fordham L. Rev.* 1085, 2000.

<sup>91</sup> No próprio texto de Perillo há várias menções do texto de Holmes que demonstram a intenção desse em separar o direito da moral. Além disso, o pragmatismo de Holmes pode ser bem observado nos seguintes trechos: “You commit a contract and are liable unless the event agreed upon, over which you may have no, and never have absolute, control, comes to pass.” “When a man makes a contract, he incurs, by force of the law, a liability to damages, unless a certain promised event comes to pass” PERILLO, Joseph M. *Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference*, 68 *Fordham L. Rev.* 1085, 2000. p. 1-15.

<sup>92</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 128.

<sup>93</sup> CRASWELL, Richard. Contract Remedies, Renegotiation and the Theory of Efficient Breach. 61 *South California Law Review*, 1988; CRASWELL, Richard. Expectation Damages and Contract Theory Revisited *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*. No. 325, 2006; CRASWELL, Richard, When is a Willful Breach 'Willful'? The Link Between Definitions and Damages. *Michigan Law Review*, Vol. 107, 2009.

<sup>94</sup> LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies, op cit, publicada na *Columbia Law Review*, 1981.

Steven Shavell<sup>95</sup>, Richard Brooks<sup>96</sup>, Fernando Araújo<sup>97</sup> e, talvez o maior expoente da atualidade, Richard Posner<sup>98</sup>. No Brasil, recentemente o tema passou a ser estudado como se vê, a exemplo<sup>99</sup>, nos trabalhos de José Prado Filho<sup>100</sup>, Juliana Akaishi<sup>101</sup>, Alexandre Cateb e Sílvia Veloso<sup>102</sup>, Marcos Brossard<sup>103</sup>, Cláudia Perri<sup>104</sup>, Juliana Krueger Pela<sup>105</sup> e José Eduardo

---

<sup>95</sup> SHAVELL, Steven. Is Breach of Contract Immoral?. *Harvard Law and Economics Discussion Paper*. No. 531, 2005; SHAVELL, Steven. Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. In. *Texas Law Review*, vol. 84, nº 4, 2006.; SHAVELL, Steven. Why Breach of Contracts May Not Be Immoral Given The Incompleteness of Contracts. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009.

<sup>96</sup> BROOKS, Richard R. W. The Morality of Breaching, Efficiently. *Texas Law*. Nov 8, 2011.

<sup>97</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

<sup>98</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7ª edição. New York: Aspen Publishers, 2007; POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker in *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009.

<sup>99</sup> Desde já se esclarece que esses não são os únicos trabalhos no Brasil sobre o tema, sendo que aqui também foram analisados trabalhos como os de Cesar Fiuza e Victor Almeida. FIÚZA, César; ALMEIDA, Victor Almeida. Apontamento Acerca do Inadimplemento Eficaz. In. *Meritum – Belo Horizonte – v. 12 – n. 1 – p. 346-359 – jan./jun. 2017*; João Luís Nogueira Marias e Afonso de Paulo Pinheiro Rocha in. MATIAS, João Luís Nogueira; ROCHA, Afonso de Paulo Pinheiro. A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2018 e Marcos Bernardino in. BERNARDINO, Marcos Felipe Guimarães Fernandes. *A TEORIA DO EFFICIENT BREACH NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS de 1980: Uma análise econômica*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017. Monografia de conclusão de curso.

<sup>100</sup> PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. (2007)

<sup>101</sup> MIZUMOTO AKAISHI, Juliana Tiemi. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. In. *Revista de Análise Econômica do Direito* V. 1, nº 2, Jul-Dez, 2010

<sup>102</sup> CATEB, Alexandre Bueno e VELOSO, Sílvia Mechelany., Análise Econômica do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). In. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia - vol. X* (2013)

<sup>103</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 129.

<sup>103</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado

<sup>104</sup> HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado.

<sup>105</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016

Martins<sup>106</sup>. Ainda, a teoria também já foi discutida, pontualmente, dentro de obras com enfoque distinto, por alguns autores como Christian Lopes<sup>107</sup>, Luciano Timm<sup>108</sup> e Paula Greco<sup>109</sup>.

Nesses estudos foram destacados aspectos importantes da teoria como o fato de que a utilização de uma consequência diversa da execução específica, na ausência de qualquer previsão sobre o tema em contrato, não violaria o princípio da autonomia da vontade das partes<sup>110</sup>. Muito embora esse princípio permita que estas escolham a consequência legal aplicável diante do inadimplemento, a ausência de estipulação não seria uma escolha das partes sobre qual a *default rule*<sup>111</sup> a ser utilizada diante do não cumprimento.<sup>112113</sup>

Richard Craswell propõe a reflexão: “[a] questão que atualmente interessa é: qual das consequências admissíveis deve a lei selecionar como sua regra padrão, para reger a relação das partes cujo contrato não diz nada sobre a consequência do inadimplemento?”<sup>114</sup>.

Também foi demonstrado que em grande parte dos casos a ocorrência de um inadimplemento não é intencional<sup>115</sup> e que, como as partes não preveem todas as circunstâncias

---

<sup>106</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Reflexões sobre a incorporação da teoria da quebra eficiente (efficient breach theory) no Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

<sup>107</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

<sup>108</sup> TIMM, Luciano Benetti, Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. In. *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 6.

<sup>109</sup> BANDEIRA, Paula Greco., O Contrato Incompleto e a Análise Econômica Do Direito. In. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015.

<sup>110</sup> CRASWELL, Richard. Expectation Damages and Contract Theory Revisited *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*. No. 325, 2006.

<sup>111</sup> Sobre “*default rules*” Posner destaca: “Such a rule is by definition one that the parties can contract around. If they do not do so, or at least do not do so frequently, there is an inference (except in the case of contracts with consumers for inexpensive items) that the rule is optimal.” POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. In. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009. p. 1361.

<sup>112</sup> Sobre o tema Craswell: “My conclusion was that, as long as autonomy theories allow the parties some range over which they are free to choose what remedy to commit to, those theories cannot tell us which of those permissible remedies should be the default remedy CRASWELL, Richard. Expectation Damages and Contract Theory Revisited *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*. No. 325, 2006, p. 2

<sup>113</sup> Não obstante, a questão é complexa e será analisada mais a frente. Isso porque tendo em vista a possibilidade das partes excluírem alguma consequência prevista na lei (*opt-out*) é possível se entender que a omissão seria uma concordância das partes com a *default rule* prevista na lei. Contudo, também é possível entender que as partes, simplesmente, deixaram de negociar sobre essa matéria em razão dos elevados custos de transação.

<sup>114</sup> Tradução livre de: “The question currently of interest is: which of these permissible remedies should the law select as its default rule, to govern parties whose contract says nothing either way about the remedy for breach?”. CRASWELL, Richard. Expectation Damages and Contract Theory Revisited *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*. No. 325, 2006, p. 4.

<sup>115</sup> Nesse sentido, Craswell: “The problem here is fundamental. In the vast majority of cases, the parties to a contract do not intend to breach at the time they signed it. Instead, they hope the contract will be performed as

que podem se materializar entre a constituição do contrato e sua execução (os contratos são incompletos)<sup>116</sup>, o inadimplemento diante da materialização de uma circunstância *imprevista* não seria necessariamente imoral<sup>117</sup>.

Sobre essas circunstâncias imprevistas, Marcos Brossard comentando o trabalho de Steven Shavell<sup>118</sup> destaca que a:

[a] própria doutrina da *efficient breach* acaba se inserindo dentro deste cenário de imprevisibilidade, pois, se a contingência que trouxe a desproporção entre o benefício advindo do adimplemento e o seu custo fosse prevista, certamente que teriam ajustado que pela liberação do cumprimento.<sup>119</sup>

Complementando este raciocínio, parece correto dizer que se a circunstância que trouxe a contingência fosse esperada, as partes até poderiam, em alguns casos, não acordar uma condição de liberação do cumprimento. No entanto, provavelmente o preço do contrato seria

---

planned, but then something else happens. Costs go up, or a better offer is found elsewhere, or work is performed incorrectly, and what originally looked like a good deal becomes less appealing to one party. Sometimes that party grits her teeth and performs anyway, but the litigated cases are those in which she decides she will not go through with the deal. If we look at the entire sequence of the defendant's decisions, there will almost always be some that were deliberate, thus potentially allowing us to classify the breach as willful. But there will also usually be some events that were not deliberate—the increase in costs, or the work that was done incorrectly, or the better offer that came along at the last minute—so if we focus on that event, we will classify the breach as resulting from an unintentional decision.” CRASWELL, Richard, When is a Willful Breach 'Willful'? The Link Between Definitions and Damages. *Michigan Law Review*, Vol. 107, 2009. p. 1503-1504.

<sup>116</sup> “In reality, of course, contracts usually mention some contingencies but still remain substantially incomplete; they do not provide expressly for many possible circumstances because of the impracticalities and costs that would be associated with making highly detailed contracts.” SHAVELL, Steven. Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. In. *Texas Law Review*, vol. 84, nº 4, 2006. p. 6.

<sup>117</sup> “In any event, the belief that there is a clear and overarching moral reason to alter contract law to enhance the keeping of contracts appears to me to be the product of an oversimple view of the moral sentiments and of a related failure to take into account the importance of the incompleteness of contracts.” SHAVELL, Steven. Is Breach of Contract Immoral?. *Harvard Law and Economics Discussion Paper*. No. 531, 2005. p. 28.

<sup>118</sup> SHAVELL, Steven. Is Breach of Contract Immoral?. *Harvard Law and Economics Discussion Paper*. No. 531, 2005.

<sup>119</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 132.

outro em razão da assunção do risco por uma das partes<sup>120</sup> ou então as partes teriam estabelecido uma cláusula de *hardship*<sup>121</sup> a rever o preço do contrato na ocorrência da contingência.

Os estudos da teoria também destacam outras importantes questões como o fato de que a análise da ocorrência do inadimplemento no *Common Law* norte-americano deve, em regra<sup>122</sup>, se distanciar da demonstração de culpa da parte<sup>123</sup><sup>124</sup>, diferentemente, a princípio, dos países de *Civil Law*<sup>125</sup>. E uma consequência de não se avaliar a culpa no inadimplemento é que, na

<sup>120</sup> Uma das principais funções do contrato é alocar risco entre as partes, sendo que a alocação de um determinado risco a uma das partes, necessariamente, irá impactar no preço do contrato, para mais ou para menos, a depender de quem está assumindo o risco e de sua capacidade para lidar com esse. Nesse sentido cf. TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro — Críticas e alternativas ao Solidarismo Jurídico*. 2. Ed. São Paulo, 2015, p. 181-214; LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

<sup>121</sup> Cláusulas de *hardship* são “[a]quelas que estabelecem um dever de renegociar um contrato quando ocorrer uma modificação substancial das circunstâncias, modificação essa, susceptível de afectar o equilíbrio global do contrato” MONTEIRO, António Pinto.; GOMES, Júlio Manuel Viera. *A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias* (breve apontamento). In: VAZ; Manuel Afonso; LOPES; J. A. Azeredo (Coord.). *Juris et de jure*: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. p. 21-22.

<sup>122</sup> Apesar de não ser necessária a demonstração de culpa, a sua demonstração em alguns casos pode influenciar nas consequências aplicáveis ao inadimplemento. Sobre a aplicação excepcional de *punitive damages* em inadimplementos contratuais Posner destaca: “The common law rule, consistent with the “no-fault” theory of contract that I am defending as a sound positive as well as normative theory, is that punitive damages are not recoverable in breach-of-contract cases.’ The major judge-made exception is for breaches by liability insurance companies of their contractual duty to defend.’ Insureds, especially when they are individuals rather than firms (for example, a driver who has injured someone in an automobile accident), often lack the knowledge or resources required to obtain competent counsel. This may doom their defense to a tort suit and even result in a judgment that takes liability for the injury inflicted on the tort plaintiff out of the coverage of the insurance policy altogether. Yet proof of damages in a suit against the insurance company for breach of its duty to defend may be impossible, or at least very difficult, because it would require a comparison of the performance of the insured’s lawyer with the hypothetical performance of the hypothetical lawyer whom the insurance company would have retained or paid for had it acknowledged its duty to defend. And it would require a determination whether, even if a good lawyer would still have lost the case, at least the court would not have made findings that vitiated the company’s duty to indemnify.” POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. In. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009, p. 1354.

<sup>123</sup> Mota Pinto destaca que no *Common Law* prevalece uma abordagem factual sobre uma atitude moralizante, sendo aceito que qualquer negócio importa riscos e quem entra num mercado e opera nele tem de suportar o risco do não cumprimento do contrato pela outra parte. Cf. PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 372.

<sup>124</sup> “Contract Law is, in its essential design, a law of strict liability, and the accompanying system of remedies operates without regard to fault” FARNSWORTH. *Farnsworth on Contracts*. v. 3. 3. ed. Nova York: Aspen, 2004, § 12.8, p. 195-196;

“Contract liability is strict liability. It is an accepted maxim that *pacta sunt servanda*, contracts are to be kept. The obligor is therefore liable in damages for breach of contract even if he is without fault...” Restatement (Second) of Contracts. ch. 11, introductory note. AMERICAN Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Contracts*. Saint Paul: American Law Institute, 1981; POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. In. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009.

<sup>125</sup> Muito embora a maioria da doutrina brasileira entenda que no direito brasileiro o inadimplemento está atrelado a culpa da parte (mesmo que essa seja presumida), atualmente há doutrinadores que questionam se o inadimplemento no nosso direito seria culposos. Nesse sentido cf: CATALAN, Marcos Jorge. *A Morte da Culpa na Responsabilidade Contratual*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013.

maioria dos casos, a lei não diferencia os inadimplementos intencionais dos não-intencionais<sup>126</sup>. Diante desse cenário, entende-se que o inadimplemento não é um ato errado, mas ele apenas atrai a necessidade de indenizar, sendo que o contrato seria uma opção entre adimplir ou pagar danos<sup>127</sup>.

No entanto, apesar de não ser analisada a intenção da parte, nota-se que não seria possível a aplicação da teoria em situações nas quais o devedor toma vantagem de uma vulnerabilidade do credor (inadimplemento oportunista), como no caso trazido por Posner, em que uma parte adianta a outra parte o pagamento pela entrega de alguns bens, mas essa, em vez de entregar os bens, constrói uma piscina para si<sup>128</sup>.

Importante ressaltar que a vulnerabilidade em questão não é necessariamente econômica, sendo, na verdade, verificada casuisticamente. Um exemplo no qual não há vulnerabilidade econômica, mas mesmo assim uma parte está frágil perante a outra, é o caso trazido por Alexandre Cateb e Silvia Veloso no qual um artista da famosa série *The Sopranos* se valeu da importância de seu personagem na série para forçar a HBO a lhe conceder um aumento<sup>129</sup>. Por óbvio não se poderia dizer que a HBO seria vulnerável economicamente perante um artista (mesmo que fosse o mais bem pago de Hollywood), mas mesmo assim essa se encontrava, naquele caso específico, em posição vulnerável<sup>130</sup>.

Inclusive, nessa situação, William Dodget destaca que não há eficiência porque “um inadimplemento oportunista não aumenta o tamanho do bolo; o inadimplente ganha simplesmente por capturar uma porção maior do bolo a expensas da outra parte. Um inadimplemento eficiente, ao contrário, aumenta o tamanho do bolo.”<sup>131</sup>.

---

<sup>126</sup> LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies, op cit , publicada na Columbia Law Review (1981), p. 111.

<sup>127</sup> POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. In *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009, p. 1350

<sup>128</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7ª edição. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 119.

<sup>129</sup> CATEB, Alexandre Bueno e VELOSO, Silvia Mechelany., Análise Econômica do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). In. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia* - vol. X (2013), p. 20.

<sup>130</sup> Inclusive, essa é uma situação comum em séries de televisão. Talvez o exemplo mais emblemático seja o do ator Charlie Sheen que, se valendo do sucesso da série *Two and a Half Men*, forçou sucessivos aumentos chegando a ganhar dois milhões de dólares por episódio, sendo que antes de sair do programa ele pediu um aumento para três milhões de dólares.

<sup>131</sup> Tradução livre de “An opportunistic breach does not increase the size of the economic pie; the breaching party gains simply by capturing a larger share of the pie at the expense of the nonbreaching party. An efficient breach,

De toda forma, a não aplicação da teoria em casos nos quais o devedor toma vantagem da vulnerabilidade da outra parte demonstra que no direito norte-americano há casos específicos em que a intenção pode vir a ser valorada na definição de qual a consequência a ser adotada diante do inadimplemento, não tendo, porém, impacto na caracterização da ocorrência do inadimplemento (que independe de culpa).

A vedação desse inadimplemento oportunista está em linha com a reflexão de Juliana Krueger Pela:

É preciso analisar o que o *efficient breach* significa no mercado (ou nos mercados, tratando-se de contratos empresariais de integração vertical) de atuação daquelas empresas. Houve abuso de poder econômico, ou de posição dominante? Havia monopólio, oligopólio, monopsonio, oligopsonio? Poder compensatório? Dependência? Havia situação de *hold up*?<sup>132</sup>.

Outra questão é que no direito norte-americano, como destaca o *Restatement (Second) of Contracts*<sup>133134</sup>, a regra geral diante de um inadimplemento contratual é a indenização, de forma que a parte que sofre o inadimplemento fique na mesma posição que ela estaria, caso o

---

on the other hand, increases the size of the pie”. DODGE, William S. The Case For Punitive Damages In Contract. In. *Duke LJ*, 48, 1999. p. 653.

<sup>132</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016. p. 1101-1102.

<sup>133</sup> “Os *Restatements* são compilações do direito desenvolvido por precedentes jurisprudenciais, elaboradas pelo *American Law Institute*, sobre dez diferentes tópicos do direito. O *American Law Institute* foi formado em 1923 por advogados, juizes e acadêmicos com o objetivo de reduzir a grande massa de direito jurisprudencial em um corpo de regras facilmente acessíveis sob a forma de uma consolidação, muito embora, em alguns casos, o *Restatement* traga a norma que “deveria ser” sob o ponto de vista de seus relatores, ao invés de refletir fielmente o direito jurisprudencial. Sobre contratos, o primeiro *Restatement* foi finalizado em 1932 e substituído pelo segundo em 1981. O *Restatement (Second) of Contracts* contém: (i) parágrafos com comandos normativos, que equivaleriam aos artigos na técnica legislativa brasileira; (ii) comentários, explicando sob a forma de doutrina o conteúdo da norma referida em cada parágrafo; (iii) ilustrações que consistem casos hipotéticos que exemplificam a norma de cada parágrafo; (iv) observações do relator, em que expõe os fundamentos da norma, comentários e explicações de cada parágrafo, em geral em um ato normativo ou em um julgado.” LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

<sup>134</sup> “The traditional goal of contract remedies has not been compulsion of the promisor but compensation of the promise for the loss resulting from breach. “Willful” breaches have not been distinguished from other breaches, punitive damages have not been awarded for breach of contract, and specific performance has not been granted where compensation in damages is an adequate substitute for the injured party.” *Restatement (Second) of Contracts*. ch. 16, introductory note. AMERICAN Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Contracts*. Saint Paul: American Law Institute.

contrato tivesse sido cumprido<sup>135</sup> (*expectation damages*<sup>136</sup> no direito norte-americano e interesse positivo no direito brasileiro<sup>137</sup>), o que engloba os danos emergentes e lucros cessantes sofridos pela parte. Não obstante, em casos específicos, em que o pagamento de *expectation damages* não recompõe todos os prejuízos sofridos – como quando a parte pode vir a sofrer danos reputacionais<sup>138</sup> com o inadimplemento ou quando o objeto da obrigação é um bem

---

<sup>135</sup> Como destaca Charles Fried: “If I make a promise to you, I should do as I promise; and if I fail to keep my promise, it is fair that I should be made to hand over the equivalent of the promised performance. In contract doctrine this proposition appears as the expectation measure of damages for breach. The expectation standard gives the victim of a breach no more or less than he would have had there been no breach – in other words, he gets the benefit of his bargain.” FRIED, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Cambridge: Harvard University Press, 1981). p. 17.

<sup>136</sup> Richard Craswell os define como “expectation damages ages are defined as the amount that would leave the non-breacher just as well off as if the contract had been performed”. CRASWELL, Richard. *Expectation Damages and Contract Theory Revisited Stanford Law and Economics Olin Working Paper*. No. 325, 2006, p. 13.

<sup>137</sup> “[o] interesse contratual positivo apresenta grande afinidade com a concepção de *expectation interest* Na utilização das duas locuções o que está em jogo é o interesse no cumprimento do acordo materializado entre as partes. Quando o objetivo de um contrato não é concretizado por culpa de qualquer das partes, os valores pagos à título de indenização devem representar o equivalente ao que se teria auferido se o conteúdo contratual tivesse sido adequadamente cumprido.” PEREIRA, Fábio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo* – São Paulo: Almedina, 2017. p. 173

<sup>138</sup> Sobre danos reputacionais é o exemplo de Richard Posner onde esse trata de uma situação na qual um fazendeiro “A” celebra um contrato de venda de sementes com “B”, sendo que esse iria revender as sementes a “C”. Contudo, em razão de uma variação de preço no mercado da semente, o fazendeiro “A” vende as sementes para um terceiro. Nesse cenário Posner destaca: “B’s inability to sell to his buyer, C, at the agreed-upon price may damage his business relationship with C (and perhaps with other customers as well)”. POSNER, Richard. *Let us never blame a contract breaker in Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009, p. 1355.

específico “como um Rembrandt”<sup>139</sup> –, são aplicáveis outras consequências ao inadimplemento como os *restitution damages*<sup>140</sup> e a *specific performance* (execução específica)<sup>142</sup>.

Sobre algumas situações especiais, em que considerando a inadequação da condenação em danos e a especificidade da obrigação, a execução específica é concedida, Steven Shavell destaca<sup>143</sup>:

A insistência da lei de que os danos seriam inadequados serve para destacar situações em que há risco de perda conjunta de valor para as partes e, portanto, quando o uso de indenizações com base no interesse positivo do contrato não seria do interesse mútuo das partes. Em particular, há três testes com base na inadequação mencionada no Restatement. Um relaciona-se com a incerteza sobre o valor da prestação. Se isso é substancial, o risco de subestimação do valor seria alto. Outro teste é se um bem substituto está disponível, ou de forma equivalente, se o bem é único. Claramente, se um substituto estiver disponível para compra, não há perigo de danos inadequados, uma vez que danos iguais ao preço necessário para adquirir o bem substituto tornarão a vítima inteiramente ressarcida (não importa se o tribunal não conhece a utilidade fornecida; tudo o que importa é que o substituto possa ser comprado). Assim, a indisponibilidade de um bem substituto significa que há um risco de que a expectativa da parte possa ser subestimada, porque o valor de utilidade de algo para uma pessoa é muitas vezes intrinsecamente difícil de determinar. O terceiro teste refere-se à incapacidade de pagar indenizações com base na expectativa, que, como comentei na subseção 2.4, pode levar as partes a sofrer

<sup>139</sup> LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement in *Columbia Law Review*, v. 81, nº 1, 1981, p. 121.

<sup>140</sup> Sobre o objetivo dos *restitution damages* destaca-se: “All restitution claims, including those for disgorgement, share the same fundamental purpose: to ‘prevent the defendant’s unjust enrichment by recapturing the gains the defendant secured in a transaction.’ Traditional claims for damages seek to measure a claimant’s loss and then compensate for that loss; restitution measures the defendant’s gain and then requires the defendant to disgorge a sum equal to the gains that are traceable to the subject transaction or wrongdoing. Restitution ‘effects the policy of discouraging tortious or wrongful conduct by depriving the wrongdoer of the opportunity to profit from wrongdoing.’”

The Restatement (Third) of Restitution and Unjust Enrichment advocates that the remedy of disgorgement as a restitution theory should permit a claimant to recover “more than a provable loss so that the defendant may be stripped of a wrongful gain.” “Restitution requires full disgorgement of profit by a conscious wrongdoer ... because any lesser liability would provide an inadequate incentive to lawful behavior.” ISRAEL, Ronald L.; O’NEILL, Brian P. Disgorgement as a Viable Theory of Restitution Damages. (2014) *Commercial Damages Reporter*

<[http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel\\_oneill\\_\\_commercial\\_damages\\_reporter\\_jan\\_2014\\_lead\\_article.pdf](http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill__commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf)> acesso em 10/01/2019.

<sup>141</sup> Um exemplo de caso no qual há a concessão de *restitution damages* é nos inadimplementos oportunistas, nos quais o devedor se aproveita de uma vulnerabilidade do credor e não há qualquer eficiência econômica. Cf. POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7ª edição. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 119.

<sup>142</sup> “The primary relief that the Anglo-American legal systems offer is substitutionary relief, normally damages.... Specific performance is an extraordinary remedy...”. CALAMARI, John D. PERILLO, Joseph M. *The Law of Contracts*. 4.ed. Thomson West, 1998. p. 611.

<sup>143</sup> Destaca-se que em seu texto o autor também trabalha a diferença de inadimplemento de obrigações de transmissão de propriedade de bens já existentes e inadimplemento de obrigação de fabricação de bens ou prestação de serviços.

perdas conjuntas com relação a mensuração da expectativa e, assim, levar as partes a querer definir como regra a execução específica.<sup>144</sup>

Em sentido semelhante, Peter Linzer traz vários exemplos de situações em que as cortes concederam execução específica por entenderem ser essa a consequência mais efetiva em proteger os interesses da parte que sofre o inadimplemento. Aqui se menciona o caso *City Stores Co. v. Ammerman*<sup>145</sup>, em que o autor destaca que alguns critérios levados em consideração pelo juiz Gasch da Distrit Court do Distrito de Columbia foram: (i) seria impossível a quantificação dos danos de um contrato de longa duração; (ii) não seria possível para a parte construir a loja e demandar judicialmente por perdas e danos, uma vez que ela precisaria de autorização da outra parte para ter acesso e construir no lote em questão; (iii) a construção da loja no shopping center era a única maneira remanescente, efetiva, de a parte expandir seus negócios para os subúrbios de Washington<sup>146</sup>.

Ainda, foi ressaltado que a possibilidade concreta de oferecer os mesmos bens ou serviços a terceiros (realizando um inadimplemento eficiente) constitui “custo de

---

<sup>144</sup> Tradução livre de “The law’s insistence that damages would be inadequate serves to single out situations in which there is a risk of joint loss of value to the parties, and hence where the use of expectation damages would not be in the mutual interests of the parties. In particular, there are three tests bearing on inadequacy mentioned in the Restatement. One relates to uncertainty about the value of performance. If this is substantial, the risk of underestimation would be high. Another test is whether a substitute good is available, or equivalently, whether the good is unique. Clearly, if a substitute is available for purchase, there is no danger of inadequate damages, since damages equal to the price necessary to acquire the substitute by definition will make the victim whole (it does not matter if the court does not know the utility provided by the good; all that matters is that the substitute can be purchased). Hence, the unavailability of a substitute means that there is a risk that the expectation measure might be underestimated, because the utility value of something to a person is often intrinsically difficult to ascertain. The third test concerns inability to pay expectation damages, which, as I commented in subsection 2.4, might cause the parties to suffer joint losses under the expectation measure and thus might lead the parties to want to elect specific performance SHAVELL, Steven. Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. In. *Texas Law Review*, vol. 84, nº 4, 2006. p. 23-24.

<sup>145</sup> Ammerman (réu) pretendia construir um grande shopping center, chamado- Tyson's Corner- em um terreno que não era zoneado para essa propriedade. Na época em que a City Stores (autora) iniciou conversas com Ammerman, o pedido de zoneamento já havia sido negado. Ammerman precisaria convencer o conselho de zoneamento a reorganizar a propriedade. Na mesma época, a City Stores e a Ammerman estavam negociando os termos de um contrato de arrendamento de uma loja em outro shopping center. Durante essas negociações, representantes da Ammerman solicitaram que a City Stores ajudasse a obter zoneamento para a Tyson's Corner. Representantes da Ammerman solicitaram que a City Stores fornecesse uma carta informando que gostaria de se tornar um inquilino na Tyson's Corner. A City Stores forneceu esta carta em troca da promessa de Ammerman de que uma loja de departamentos de propriedade da City Stores se tornaria uma das principais lojas de departamentos da Tyson's Corner e que os termos do aluguel seriam iguais aos de outras grandes lojas de departamento. Ammerman forneceu à City Stores uma carta confirmando esse arranjo. Ammerman recebeu o rezoneamento e começou a alugar os sites da loja. Ammerman se recusou a alugar um espaço para a City Stores, e começou a negociar com a Sears para o último espaço do Tyson's Corner. Ammerman argumentou que ganharia mais dinheiro com a Sears do que com as lojas de departamentos da City Stores. Antes que Ammerman pudesse assinar o contrato de aluguel com a Sears, a City Stores buscou uma execução específica do acordo.

<sup>146</sup> LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement. in *Columbia Law Review*, v. 81, nº 1, 1981, p. 132.

oportunidade”<sup>147</sup>, sendo esse um custo real<sup>148</sup>. Logo, caso o devedor não realize o inadimplemento eficiente, ele teria um prejuízo em razão da incidência do custo de oportunidade no custo de cumprimento do contrato.

Outra questão ressaltada foi a necessidade de se verificar a alocação de risco no que se refere a preços variáveis no mercado como quando as partes estabelecem, de antemão, um preço para o bem, mesmo tendo ciência da volatilidade desse (como ocorre com as commodities). Sobre o tema, Posner comenta um exemplo de venda de sementes e variação de preço do mercado<sup>149</sup> alegando que o inadimplemento não seria eficiente, pois o devedor está vendendo para o terceiro as sementes por um preço maior do que o previsto no contrato original em razão de uma variação do preço de mercado e não porque o terceiro valoriza os bens mais do que o credor. Nesse caso, mesmo com o aumento de preço, a manutenção do contrato seria fruto da divisão de risco entre as partes, sendo que se o preço de mercado abaixasse com relação ao preço previsto no contrato, o devedor teria ganhos maiores e o credor ganhos menores. Por outro lado, se o preço de mercado aumentasse o devedor teria ganhos menores e o credor ganhos maiores<sup>150</sup>.

Além disso, o lucro esperado pelo credor não é certo quando da data da contratação, tornando-se muito mais difícil se definir um valor que traga o “estado de diferença” entre cumprir ou não a obrigação. Portanto, é necessária uma análise casuística a verificar se a

---

<sup>147</sup> O custo de oportunidade é definido como o valor do recurso no seu melhor uso alternativo. Nesse sentido cf. CÂNDIDO PEREIRA, Anísio; FELIPE DE SOUZA, Benedito; RODRIGUES REDAELLI, Dauro; Onome Imoniana, Joshua. *O custo de oportunidade é definido como o valor do recurso no seu melhor uso alternativo. Custo de oportunidade: conceitos e contabilização*. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-92511990000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-92511990000100002). Acesso em 17 nov. 2018.

<sup>148</sup> “In the usual case of breach of contract the cost of performance to the defendant would exceed the benefit to the plaintiff. The cost might be or might include an opportunity cost, as in my example in which the defendant discovered that he could sell his product to a third party at a higher price than the contract price. An opportunity cost is a real cost.” POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. In. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009. p. 1353.

<sup>149</sup> “Suppose A, a farmer, agrees to sell seeds to B, a seed wholesaler, for \$100, and B agrees to resell the seeds to C, a nursery, for \$150. Before delivery is due the price of seeds doubles, and A breaks his contract with B and sells the seeds to D for the new market price of \$200. If B is able to cover, and honor his contract with C, he will incur a loss that he can charge to A. But suppose B's contract with C contains a clause that allows B to terminate the contract without liability. B does so, renegotiates the contract, and sells the seeds to C at a price that yields B the same profit as the original contract would have done. B has incurred no loss as a result of A's breach, yet most courts would deem him entitled to obtain damages from A equal to the difference between the market price (\$200) and the price in his contract with A (\$100). In effect, he receives A's profit from the breach.” POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. In. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009. p. 1355.

<sup>150</sup> “[w]hat seem “windfall” damages to B are really just the outcome of an agreed risk sharing. The expectation of a “windfall” compensates B for the possibility that he will have to confer a “windfall” on A, depending on which direction the market price moves in.” POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. In. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009. p. 1355.

circunstância surgida após a celebração do contrato, que daria causa ao inadimplemento eficiente, fazia parte do risco assumido pelas partes no contrato. Somente quando a circunstância não for objeto de assunção de risco é que se poderá aplicar o inadimplemento eficiente<sup>151</sup>.

Também foi mencionada a necessidade de diferenciação entre contratos comerciais e não comerciais<sup>152</sup>, destacando-se que “as pessoas geralmente celebram contratos comerciais [...] por razões puramente econômicas e, conseqüentemente, podem ser compensadas na integralidade por meio de condenação pelos danos causados pelo inadimplemento”<sup>153</sup>.

Por fim, foi mencionado que a teoria do inadimplemento eficiente, ao aumentar o nível de bem estar social sem prejudicar a parte que sofre o inadimplemento, afasta o contrato de uma perspectiva individualista, para se aproximar de um viés coletivo, o que estaria em linha com a função social dos contratos<sup>154</sup>. Marcos Brossard destaca:

[a] quebra eficiente insere-se dentro da chamada função social dos contratos, pois é uma medida que gera ganhos além das partes, na medida em que promove uma eficiência coletiva. Não se pode olvidar que, conforme se extrai

<sup>151</sup> No exemplo trazido no parágrafo anterior, sobre compra e venda de sementes por um preço fixo mesmo sabendo-se que o preço dessas flutua no mercado, o inadimplemento eficiente não poderia ocorrer porque a variação de preço da semente no mercado era um risco inerente ao próprio negócio. Por outro lado, uma situação onde há uma variação de preço no mercado e que mesmo assim seria possível aplicar a teoria do inadimplemento eficiente seria a seguinte.

O Barcelona após alguns anos de crise passou a vender suas camisas a Unicórnio Ltda, uma grande loja de esportes no Brasil, por R\$ 75,00, sendo que seu custo de produção é de R\$ 25,00. A camisa adquirida é revendida no máximo por R\$ 100,00. Portanto, o Barcelona lucra R\$ 50,00 por camisa e a Unicórnio lucra R\$ 25,00 por unidade. Após a celebração de um contrato para compra de 1.000 camisas a serem entregues em três meses, o Barcelona decide contratar o jogador conhecido como Ronaldinho Gaúcho, deixando não só os torcedores eufóricos como também fazendo com que muitas pessoas passassem a simpatizar com o time. Como consequência, houve um aumento do número de compras de camisas do Barcelona, que decidiu mudar o preço das novas camisas: de R\$75,00 para R\$130,00. Diante dessa demanda, as camisas esgotaram e o Barcelona resolveu, então, descumprir o contrato com a Unicórnio, indenizando-a no valor de R\$25,00 por camisa. Mesmo assim, considerando o inadimplemento e o pagamento de perdas e danos, o lucro do Barcelona aumentou, passando a ser R\$80,00 reais por camisa.

Nesse caso seria permitido o inadimplemento eficiente porque não fazia parte do contrato o risco de variação de preços no mercado e, além disso, a expectativa do credor com o contrato é muito mais fácil de se definir uma vez não depende de uma variação de preços.

<sup>152</sup> LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement in *Columbia Law Review*, v. 81, nº 1, 1981.

<sup>153</sup> Tradução livre de “People generally enter into commercial contracts [...] for purely economic reasons and can therefore be fully compensated with damages for injuries caused by breach.” LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement in *Columbia Law Review*, v. 81, nº 1, 1981, p. 115.

<sup>154</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 132-133.

da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “A função social inflingida ao contato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico”. Por isso, à medida em que a teoria não defende vantagens individuais, mas sim a todas partes envolvidas na relação – seja a que quebra, pois poderá alocar adequadamente seus recursos, como a contraparte, que deverá ser adequadamente indenizada – e também alheias ao mesmo, fica claro que não só abandona o individualismo contratual como também demonstra sua sintonia com a função social, almejando justamente benefícios a toda coletividade através da correta alocação de recursos, sem gerar indesejáveis desperdícios.<sup>155</sup>

Além dos desenvolvimentos doutrinários, nota-se que a partir de meados dos anos de 1980 a teoria do inadimplemento eficiente passou a ser aplicada em decisões judiciais<sup>156</sup>, sendo, atualmente, aceita e utilizada nos Estados Unidos<sup>157</sup>. Alguns casos são destacados pela doutrina.

Um dos casos mais citado é o caso *Patton v. Mid-Continent Systems, Inc*<sup>158</sup>, no qual a decisão de Richard Posner destacou que “o direito não deseja impedir um inadimplemento eficiente”:

Mesmo que o inadimplemento contratual seja deliberado, não será necessariamente condenável. O devedor pode simplesmente ter descoberto que a sua prestação vale mais para outra pessoa. Neste caso, promove-se a eficiência ao permiti-lo quebrar a sua promessa, contanto que faça frente às perdas da contraparte. Caso ele seja forçado a pagar mais do que isso, um inadimplemento eficiente pode ser barrado, e não é o intuito do direito este resultado.<sup>159</sup>

Com relação ao Brasil, pelo fato de o estudo do tema ser recente, ainda não se tem notícia de julgados que aplicaram ou discutiram a aplicação da teoria sob o prisma do direito brasileiro. Todavia, esse fato não deve ser tido como um indício de que a teoria não seria aqui aplicável, sendo que mesmo no direito norte-americano, como demonstrado acima, levou-se mais de uma década entre o início dos estudos da teoria com Robert Birmingham e sua aplicação

---

<sup>155</sup> *Idem*.

<sup>156</sup> HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 129.

<sup>157</sup> Apesar de aceita e utilizada nos próprios Estados Unidos, como se verá abaixo existem críticas a teoria.

<sup>158</sup> *Patton v. Mid-Continent Systems, Inc*. 841 F.2d 742 (7th Cir. 1988).

<sup>159</sup> Tradução livre de: “Even if the breach is deliberate, it is not necessarily blameworthy. The promisor may simply have discovered that his performance is worth more to someone else. If so, efficiency is promoted by allowing him to break his promise, provided he makes good the promisee's actual losses. If he is forced to pay more than that, an efficient breach may be deterred, and the law does not want to bring about such a result”.

pelos cortes. Com efeito, no capítulo IV se analisará a possibilidade de se aplicar, ou não, a teoria à luz do direito brasileiro.

### 2.3. Conceituação da teoria do Inadimplemento Eficiente, fundamentos, e requisitos para sua aplicação no *Common Law* dos Estados Unidos

Tendo em vista os estudos que contribuíram para o desenvolvimento da teoria é possível extrair sua definição atual e também os pressupostos<sup>160</sup> e para sua aplicação.

Com relação à definição, essa é bem resumida por Christian Lopes como:

O inadimplemento será eficiente se o custo de cumprimento para o devedor for maior que o benefício que o credor obtém do contrato. Nessa hipótese, o devedor poderá descumprir o contrato, reparar os danos sofridos pelo credor entregando-lhe a totalidade dos benefícios que receberia e, ainda assim, ficar melhor do que se cumprisse o contrato. Com o inadimplemento, o devedor fica melhor e o credor não fica pior do que se o contrato fosse adimplido, atendendo ao critério de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks.<sup>161162</sup>

A partir dessa definição nota-se que a teoria do inadimplemento eficiente trata das situações nas quais a melhor opção disponível para o devedor de uma obrigação é descumprir o contrato, sendo que isso ocorrerá quando os custos com o cumprimento superarem os custos com as consequências do inadimplemento. Em tal hipótese, o devedor lucrará mais do que se cumprisse o contrato e, por sua vez, o credor não fica em situação pior do que se o contrato fosse adimplido<sup>163</sup>. Como destaca Richard Posner:

<sup>160</sup> No presente trabalho refere-se a “pressuposto” como questões teóricas a darem sustentação a teoria. Questões a serem verificadas no caso concreto são aqui abordadas como “requisitos”.

<sup>161</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 101.

<sup>162</sup> Ressalta-se que a eficiência Kaldor-Hicks é mencionada por Christian Lopes em conjunto com a eficiência de Pareto. Todavia, aqui entende-se que não seria possível que o inadimplemento eficiente atendesse somente à eficiência de Kaldor-Hicks. Esse tema será abordado de forma mais clara no próximo capítulo, tendo em vista que há autores que mencionam somente a eficiência de Pareto e outros que mencionam somente a eficiência de Kaldor-Hicks.

<sup>163</sup> “Em qualquer dos casos, para que o rompimento seja uma condição de Pareto superior ao cumprimento, deverá ser garantido à parte que não deu causa ao rompimento o recebimento de compensação capaz de colocá-la na mesma posição econômica que estaria caso o contrato fosse cumprido.” MIZUMOTO AKAISHI, Juliana Tiemi. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. In. *Revista de Análise Econômica do Direito* V. 1, nº 2, Jul-Dez, 2010, p. 243.

“[a] quebra eficiente seria, pois, Pareto superior. Isso demonstra que não basta que o rompimento do vínculo seja benéfico a uma das partes – normalmente, nesta hipótese, ao inadimplente – mas sim que traga vantagem a pelo menos uma delas sem, no entanto, trazer prejuízos a nenhum dos envolvidos; em função disto, parte da premissa que a parte frustrada deverá ser adequadamente indenizada, o que importa dizer que, no arbitramento do montante a repará-la, deve-se buscar o representativo pecuniário que ganharia caso a avença tivesse sido cumprida, deixando-a em um virtual “estado de indiferença” entre o adimplemento ou o recebimento da indenização.”

Uma parte possui incentivos para inadimplir o contrato simplesmente porque o lucro advindo do inadimplemento excederia o lucro de cumprir o contrato. Ela o fará caso o lucro exceda também o lucro esperado da contraparte em decorrência do cumprimento da obrigação e, assim, os danos causados pela quebra de contrato. Nesse caso, a concessão de danos não impedirá o inadimplemento do contrato. E nem deveria. É um inadimplemento eficiente<sup>164</sup>.

Paula Bandeira<sup>165</sup> demonstra quando a opção mais eficiente é adimplir o contrato e quando a opção mais eficiente seria o inadimplemento, ressarcindo a outra parte os danos emergentes e os lucros cessantes:

O adimplemento consistirá em solução eficiente apenas se os custos de execução da prestação se revelarem inferiores aos denominados danos de expectativa, ou seja, ao somatório dos danos emergentes e lucros cessantes que adviriam à contraparte na hipótese de inadimplemento. Em outros termos, a solução eficiente preconiza a execução se e apenas se os benefícios dela decorrentes superem os custos.

Caso os custos de execução se afigurem superiores aos danos de expectativa, a solução eficiente consistirá em conceder à parte a possibilidade de não adimplir a prestação e ressarcir a contraparte do inadimplemento. O ressarcimento eficiente corresponderá àquele que atribui à parte inadimplente os custos do inadimplemento, precisamente os danos de expectativa.<sup>166</sup>

Nota-se que parte da doutrina diferencia as situações nas quais ocorrer um custo maior no cumprimento da obrigação das situações nas quais o devedor, com o inadimplemento, tiver lucro maior do que se cumprisse o contrato.

Sob esse conceito, é inclusive discutível se a todos os casos acima descritos seria aplicável a teoria do *efficient breach*. Isso porque “custo do devedor para adimplir a obrigação” é diferente de “maior lucro para o devedor ao inadimplir

---

BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 125.

<sup>164</sup> POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7ª edição. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 120. Tradução livre de: “[A] party is tempted to break his contract simply because his profit from breach would exceed his profit from completing performance. He will do so if the profit would also exceed the expected profit to the other party from completion of the contract, and hence the damages from breach. So in this case awarding damages will not deter a breach of contract. It should not. It is an efficient breach.”

<sup>165</sup> Contudo, registre-se que a autora não concorda com a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente no direito brasileiro.

<sup>166</sup> BANDEIRA, Paula Greco., O Contrato Incompleto e a Análise Econômica Do Direito. In. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015, 2700.

a obrigação”. Essa diferenciação me parece fundamental para determinar os contornos e a aplicabilidade do *efficient breach*.<sup>167</sup>.

Todavia, aqui não se acredita ser necessária essa diferenciação. A origem e o desenvolvimento da teoria no direito norte-americano demonstram que o que deve ser analisado é a maximização dos recursos na sociedade, não havendo limitação da aplicação somente aos casos nos quais o credor está a evitar um prejuízo. Inclusive, tanto Robert Birmingham<sup>168</sup> como Richard Posner<sup>169</sup> fazem menção específica a situações nas quais o inadimplemento eficiente leva a um aumento do lucro do devedor.

Diante da definição da teoria, essa pode ser ilustrada pelo seguinte exemplo trazido por Peter Linzer<sup>170</sup> (que é aqui replicado com os comentários feitos por José Prado Filho<sup>171</sup>): Athos é dono de uma marcenaria capaz de assumir apenas um grande projeto por vez. Ele é contratado por Porthos para fabricar 100.000 cadeiras, a um preço unitário de \$10,00. Cumprir o contrato celebrado renderá a Athos um lucro de \$2,00 por cadeira ou um lucro total de \$200.000. Antes de qualquer trabalho ser iniciado, Aramis demanda de Athos 50.000 mesas, aceitando pagar \$40,00 por cada uma. O custo de produção da mesa é \$25,00, sendo que a nova proposta renderá a Athos um lucro total de \$750.000, mas para auferi-lo ele deverá inadimplir o contrato celebrado com Porthos. No local, há outras marcenarias capazes de produzir cadeiras (como a de D’Artagnan), mas o inadimplemento contratual imporá a Porthos danos de \$300.000 (por exemplo, atrasos nos prazos, preços mais altos cobrados por D’Artagnan em face da urgência, danos morais, dentre outros). Apesar de tais prejuízos, o inadimplemento é socialmente desejável porque Athos poderá indenizar todos os danos e ainda reter lucro de \$ 450.000.

---

<sup>167</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1096.

<sup>168</sup> “Repudiation of obligations should be encouraged where the promisor is able to profit from his default after placing his promisee in as good a position as he would have occupied had performance been rendered. Failure to honor an agreement under these circumstances is a movement toward Pareto optimality”. BIRMINGHAM, Robert “Breach of contract, damage measures, and economic efficiency”. In. *Rutgers Law Review*, v. 24, 1970, p. 284.

<sup>169</sup> “[A] party is tempted to break his contract simply because his profit from breach would exceed his profit from completing performance. He will do so if the profit would also exceed the expected profit to the other party from completion of the contract, and hence the damages from breach. So in this case awarding damages will not deter a breach of contract. It should not. It is an efficient breach.” POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7ª edição. New York: Aspen Publishers, 2007, p 120.

<sup>170</sup> LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement in *Columbia Law Review*, v. 81, nº 1, 1981., p. 114-115.

<sup>171</sup> PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. (2007), p. 1-2.

Tendo a teoria sido definida, é necessário analisar seus fundamentos, levando em consideração seu desenvolvimento ao longo dos anos, como demonstrado no tópico anterior.

A aplicação da teoria parte do pressuposto de que os agentes são absolutamente racionais havendo um “estado de indiferença”<sup>172</sup> no cumprimento da obrigação de modo que “para o credor, não haja diferença entre receber a prestação devida e a indenização, desde que essa permita a completa recuperação das perdas e danos.”<sup>173</sup>. Assim, “o cumprimento do contrato não seria um fim em si mesmo, mas apenas uma forma de privilegiar os interesses econômicos das partes”<sup>174</sup>.

Outro fundamento para sua aplicação é que os contratos – que aqui necessariamente são de execução diferida ou continuada<sup>175</sup> – são sempre incompletos, seja em razão da racionalidade humana que é limitada e não consegue prever todas as possíveis contingências, ou em razão dos custos de transação<sup>176</sup>, não sendo vantajoso para as partes negociar sobre certas contingências<sup>177</sup>, principalmente, quando remotas. Com relação a esse tema Luciano Timm destaca:

---

<sup>172</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 125.

<sup>173</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105.

<sup>174</sup> MIZUMOTO AKAISHI, Juliana Tiemi. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. In: *Revista de Análise Econômica do Direito* V. 1, nº 2, Jul-Dez, 2010, p. 243.

<sup>175</sup> A teoria do inadimplemento eficiente trabalha a hipótese na qual no momento de execução do contrato se percebe que o custo do cumprimento será maior do que o previsto no momento de constituição do contrato. Assim, é feita uma comparação entre o momento da execução da obrigação e a fase de seu nascimento. Por outro lado, nos contratos de execução instantânea a constituição do contrato e sua execução praticamente se misturam em um só ato, logo não seria possível falar em qualquer mudança de cenário entre a fase de constituição e a de execução. Sobre a aplicação somente aos contratos de execução diferida cf. PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 375.

<sup>176</sup> “Custos de transação são os custos que os agentes enfrentam toda vez que recorrem ao mercado. De uma maneira mais formal, custos de transação são os custos de negociar, redigir e garantir o cumprimento de um contrato.” FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial: Fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2002. p 269.

<sup>177</sup> “A previsão de todas as contingências é impossível por dois motivos: racionalidade limitada (*bounded rationality*) e custos de transação. O primeiro representa a falta de conhecimento das partes sobre todas as contingências que podem ocorrer no futuro. A racionalidade humana é limitada e não consegue alcançar, por mais experiente que a pessoa seja no ramo em que está atuando ao contratar, todos os riscos e possibilidades envolvidos com aquele contrato. O segundo motivo indica que, mesmo que algumas contingências tenham sido previstas, as partes preferem não tratar delas, pois o custo para prever qual seriam as possíveis soluções para contingência, negociar uma delas e redigi-la em um contrato podem superar a perda gerada por aquela contingência, vezes a probabilidade de ela ocorrer.” LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

No mesmo sentido cf. PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics.

Provavelmente, o maior custo esperado são aqueles necessários para a própria redação das cláusulas. As partes precisam ventilar hipóteses, calcular probabilidades, imaginar possíveis benefícios e custos, negociar alterações, redigir o contrato, submetê-lo ao escrutínio de advogados etc. Portanto, o custo de redação de cláusulas contratuais será sempre superior a zero, de forma que os contratos *nunca serão completos*. Somente algumas cláusulas serão escritas – justamente aquelas cujo benefício esperado seja superior a seu custos esperado.<sup>178</sup>

E sobre esse fundamento relembra-se que, como dito no tópico anterior, a teoria do inadimplemento encaixa-se justamente em uma mudança de cenário, na qual uma contingência não prevista no contrato se materializa. Se o devedor, no momento de celebração do contrato, tivesse a possibilidade concreta de antever um lucro maior por meio de contrato com terceiro, o contrato com o credor teria sido celebrado em outros termos (com um valor maior ou com uma cláusula liberatória).

Ainda, a teoria pressupõe um cenário no qual os custos de transação para renegociação ou distrato do contrato seriam altos<sup>179</sup>. Isso porque em um contexto no qual não há custos de transação, as partes, caso se verifique que o cumprimento é ineficiente, irão voluntariamente realizar o distrato do contrato partilhando entre si o excedente de recursos<sup>180</sup>:

Para a análise de relações contratuais ineficientes para deveremos necessariamente trabalhar com a hipótese de custos de transação positivos. Assumir um mundo sem custos de transação implica que o problema não existirá, já que qualquer relação contratual tornada ineficiente seria distratada voluntariamente.<sup>181</sup>

---

(2007); BANDEIRA, Paula Greco., O Contrato Incompleto e a Análise Econômica Do Direito. In. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015.

<sup>178</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro — Críticas e alternativas ao Solidarismo Jurídico*. 2. Ed. São Paulo, 2015, p. 190.

<sup>179</sup> MACNEIL, Ian R. Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky. *Virginia Law Review*, Vol. 68, Nº 5, 1982, p. 952; MIZUMOTO AKAISHI, Juliana Tiemi. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. In. *Revista de Análise Econômica do Direito* V. 1, nº 2, Jul-Dez, 2010, p. 243.

<sup>180</sup> “[s]em custos de transação, as partes seriam levadas, mesmo sem qualquer doutrina de “não cumprimento eficiente”, a negociar e afectar entre elas o direito ao cumprimento (ou a não cumprir) àquela que lhe atribua mais valor (tendo compensado a outra parte).” PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 392. Nesse sentir ver também: PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. (2007), p. 6.

<sup>181</sup> PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. (2007), p. 22.

A partir desses pressupostos, a aplicação da teoria depende do requisito de que no caso concreto o credor possa obter o exato benefício que teria com o cumprimento do contrato com a indenização<sup>182</sup>, não devendo esse ficar numa situação pior ou melhor do que se o contrato tivesse sido cumprido<sup>183</sup>. Nota-se que essa “perfeita indenização” é o elemento essencial para aplicação do inadimplemento eficiente.

Portanto, à luz de uma situação específica, deve ser possível para as partes e para o julgador quantificar os danos decorrentes do inadimplemento, afinal, somente sendo possível quantificar os danos é que o credor será inteiramente indenizado. Não obstante, há quem sustente que uma exceção ao requisito de que a parte seja indenizada na integralidade do dano sofrido são os casos em que tiver sido pactuada uma cláusula penal compensatória ou cláusula de limitação de responsabilidade<sup>184</sup>. Isso porque, ao se respeitar essa estipulação, existe a possibilidade de os danos reais serem menores do que o valor nessas cláusulas, havendo um pagamento a maior (*overcompensation*), bem como pode ser que os danos ocorridos sejam maiores que o valor da cláusula, havendo indenização a menor (*undercompensation*)<sup>185</sup>. Esse tema será objeto de estudo no capítulo IV.

---

<sup>182</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 104.

<sup>183</sup> Como destaca Brossard: “[c]aso as indenizações fossem em valores inferiores, haveria maior incidência de quebras, sem que fossem necessariamente eficientes, pois provavelmente uma das partes sairia prejudicada. Da mesma forma, na hipótese de arbitramento de indenizações superiores ao efetivo dano, os incentivos seriam de outra ordem, mas igualmente indesejáveis, pois as partes que receberiam as prestações tenderiam, sob uma perspectiva estritamente monetária, a dificultar o cumprimento da obrigação pelo adverso, pois, caso fosse inadimplida, seriam beneficiados com um ganho superior ao que teriam pelo adimplemento do pacto.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 139.

<sup>184</sup> Sobre o requisito da justa indenização e o respeito à cláusula penal, Brossard afirma: “[p]ara fins de classificação doutrinária, haveria duas hipóteses: assumir que a quebra seria eficiente, mesmo que a indenização não compense adequadamente todos os prejuízos, ou que a quebra não seria eficiente, por faltar-lhe o requisito da reparação adequada, mas que, a despeito disso, seria desejável, pois prestigiaria a proteção à confiança – considerando se tratar de valor hierarquicamente superior e que, como tal, prevaleceria no eventual conflito com o princípio da justa compensação e dever reparatório individual, em que estes sucumbiriam. Tal posição se justificaria tanto por uma questão de coerência e responsabilidade como para prestigiar um promotor da eficiência e redutor de custos transacionais: a segurança jurídica.

Poder-se-ia dizer, em último caso, que a justa indenização é um requisito para a quebra eficiente, mas que a verba reparatória poderá não corresponder à integralidade do dano nos casos de cláusula penal compensatória, em que esta deverá ser respeitada.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 143.

<sup>185</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 141-143.

E para que esse requisito seja preenchido é desejável<sup>186</sup> que seja possível para o devedor prever o valor que o adimplemento possui para a outra parte<sup>187</sup>, sendo que no *Common Law* somente são indenizáveis os danos previsíveis no momento da celebração do contrato<sup>188189</sup>.

Outro requisito (que acaba se confundindo com a caracterização e fundamentos da teoria) é que para haver inadimplemento eficiente é preciso, por óbvio, que exista eficiência no descumprimento do contrato:

[a] ideia de incumprimento eficiente é puramente <<paretiana>> na medida em que aprova o incumprimento quando os ganhos para o inadimplente excedem os prejuízos do credor frustrado, e mais ainda na medida em que se impõe ao inadimplente o suporte integral desses danos, ficando com o remanescente – terminando numa situação em que há incremento de bem-estar para alguém sem que isso implique perda de bem-estar seja para quem for. Não parecem em suma, haver mais legítimo candidato ao galardão de <<promotor de eficiência>> em toda a área dos contratos.<sup>190</sup>

Os requisitos acima em conjunto com os pressupostos extraídos a partir da evolução da teoria ao longo dos anos são extremamente importantes para uma correta análise da teoria.

---

<sup>186</sup> A previsibilidade não chega a ser um requisito, pois é possível que uma parte descumpra o contrato sem ter ideia dos danos e que, mesmo assim, o inadimplemento seja eficiente. No caso, a previsibilidade apenas facilita a ocorrência de inadimplementos eficientes.

<sup>187</sup> MIZUMOTO AKAISHI, Juliana Tiemi. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. In. *Revista de Análise Econômica do Direito* V. 1, nº 2, Jul-Dez, 2010, p. 243.

<sup>188</sup> Sobre a previsibilidade do dano no *Common Law* destaca Lopes: “[n]ão são reparados os danos que não podiam ser previstos, no momento da celebração do contrato, como resultado provável do inadimplemento. Os danos são previsíveis se decorrem do curso natural das coisas ou se são resultado de circunstâncias especiais de que o devedor sabia ou deveria saber” LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 18.

Merece destaque também o caso *Hadley v. Baxandale* (1854, 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145) no qual os danos foram limitados àqueles que poderiam ter sido previstos e conhecidos pelo devedor porque ele não sabia e não tinha como saber a importância dada pela prestação pontual e, tampouco, a extensão das consequências para o caso de atraso no cumprimento. Cf. BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 146.

<sup>189</sup> E não é somente no *Common Law* que há a regra de que somente serão indenizáveis os danos previsíveis no momento da celebração do contrato. Essa regra também encontra-se presente na CISG e nos princípios do Unidroit.

Já com relação ao direito brasileiro, especificamente sobre o código civil de 1916, Alvim destaca: “[o] devedor obriga-se, é certo, pelas perdas e danos resultantes da inexecução. Mas só se presume que se obrigou até uma soma que êle, dentro do razoável, pudesse ter previsto. Quando os prejuízos são excessivos, ultrapassando aquele limite, presume-se o contrário, isto é, que o devedor não quis se obrigar por êles.”. E páginas antes destaca o mesmo autor: “Em geral, diz-se que o dano foi previsto quando o devedor, ao celebrar o contrato, pôde prever que do inadimplemento resultaria um certo e determinado prejuízo” ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949. p. 180 – 187”.

No capítulo IV, se voltará ao tema com foco no Código Civil de 2002.

<sup>190</sup> ARAÚJO, Fernando. *Teoria Econômica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 735-736.

Quando é dada atenção a esses pressupostos e requisitos se nota que várias das críticas que a teoria recebeu ao longo dos anos decorrem mais de um enquadramento ruim da mesma em casos nos quais ela não deveria ser aplicada, e não de problemas com a teoria em si.

Apesar de aqui ser abordada a teoria sob a ótica do *Common Law*, um exemplo de situações em que o estudo do inadimplemento eficiente se afasta de seus pressupostos e da verificação de seus requisitos é a menção do famoso caso Zeca Pagodinho em alguns trabalhos que trataram do tema no Brasil<sup>191</sup>.

Nesse caso<sup>192</sup> o cantor celebrou o contrato com a cervejaria Schincariol pelo valor de um milhão de reais para que sua imagem fosse associada à marca de cerveja em questão, por meio de campanha publicitária. Pouco tempo depois, após ampla divulgação da campanha publicitária, o cantor passou a figurar como “garoto propaganda” da cervejaria Brahma, concorrente da Schincariol, desmentindo sua preferência pela cerveja da Schincariol e, conseqüentemente, descumprindo o contrato celebrado anteriormente. Zeca Pagodinho na campanha da Brahma Zeca Pagodinho fazia referência à Schincariol como um “amor de verão” e dizia que, na verdade, preferia a cerveja Brahma.

Ocorre que o caso não pode ser classificado como inadimplemento eficiente, já que não seria possível o devedor se liberar da obrigação por meio de pagamento de perdas e danos, em razão dos seguintes motivos. Primeiro, porque para a Schincariol não é certo se há uma indiferença entre o cumprimento do contrato pelo cantor e uma eventual indenização, principalmente por se tratar de uma obrigação personalíssima. Segundo, os danos decorrentes do inadimplemento do cantor são muito difíceis (praticamente impossível) de serem quantificados, ainda mais diante das peculiaridades do caso envolvendo sua concorrente direta, que muito provavelmente fizeram com que a Schincariol sofresse também danos reputacionais.

Portanto, mesmo tendo ocorrido extinção do contrato, inclusive com a condenação de terceiros (Ambev e Agência África) no pagamento de perdas e danos, não há dados suficientes

---

<sup>191</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016; CATEB, Alexandre Bueno e VELOSO, Sílvia Mechelany., Análise Econômica do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). In. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia* - vol. X (2013).

<sup>192</sup> Para mais detalhes sobre o caso cf. SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A função social como limite do contrato: contribuição para a aplicação judicial do art. 421 do Código Civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018. p. 15-16.

para se afirmar que a Schincariol teve seus interesses reparados na exata medida de sua expectativa, não sendo possível afirmar que teria ocorrido inadimplemento eficiente.

Demonstrada a importância de se conceituar a teoria, extrair seus pressupostos e verificar seus requisitos, na sequência serão abordadas as críticas que o instituto sofreu ao longo dos anos.

#### 2.4. Críticas à teoria do inadimplemento eficiente

Ao longo dos anos a teoria do inadimplemento eficiente acumulou diversas críticas por parte da doutrina, sendo que há, até mesmo, quem diga que “a teoria da ‘*efficient breach*’ deve ser decididamente *rejeitada*”<sup>193</sup>. Aqui serão analisadas as críticas mais recorrentes<sup>194</sup>, sendo que a grande maioria já foi apontada no presente trabalho, principalmente, ao analisar o desenvolvimento da teoria do inadimplemento eficiente.

A primeira crítica refere-se a um aspecto moral do cumprimento dos contratos. Nesse sentido, há quem entenda que o direito deu força às promessas, permitindo que as pessoas tenham confiança mútua entre si. Dessa forma, “como um contrato é antes de tudo uma promessa, o contrato deve ser mantido porque uma promessa deve ser mantida”<sup>195</sup>, sendo que “todo homem deve honrar a palavra empenhada”<sup>196</sup>. A moralidade está também intrinsecamente atrelada ao princípio do *pacta sunt servanda*.

Nota-se que o julgado caso *Sundberg v. TTR Realty, LLC*<sup>197</sup> adotou essa crítica da moralidade e do *pacta sunt servanda*:

Apesar deste argumento ter alguma força, também tem um número de deficiências. De fato, como os redatores do Restatement (Second) of Contracts notaram, esta apreciação “não leva em consideração noções sobre a santidade do contrato e a obrigação moral resultante de honrar as promessas” Id. Ademais, este argumento não tem suporte na jurisprudência, e é contrário à jurisprudência relevante da Suprema Corte. Ver *Rousey v. Jacoway*, 544 U.S. 320, 328, 125 S.Ct. 1561, 161 L.Ed.2d 563 (2005) (as partes contratantes não

<sup>193</sup> PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 375.

<sup>194</sup> Muito embora aqui não sejam abordadas todas as críticas cabe esclarecer que muitas dos temas que não foram abordados são, na realidade, as críticas aqui tratadas, mas com outra roupagem.

<sup>195</sup> FRIED, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Cambridge: Harvard University Press, 1981), p. 17

<sup>196</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 108.

<sup>197</sup> *Sundberg v. TTR Realty, LLC*, 11/12/2014, District of Columbia Court of Appeals. No. 14-CV-374

têm “um irrestrito direito de quebrar um contrato simplesmente porque o preço de fazê-lo é o pagamento da indenização”).<sup>198</sup>.

Com relação a essa crítica, neste trabalho já foi abordado a ideia majoritária de que o descumprimento do contrato não seria um ato imoral<sup>199</sup>, já que a teoria do inadimplemento eficiente se situa no cenário dos contratos incompletos em que há uma mudança de cenário<sup>200</sup>. E se as circunstâncias não são mais as mesmas, não seria possível dizer que o inadimplemento é contrário a palavra dada e, conseqüentemente, um ato imoral. E tendo em vista que o credor será integralmente indenizado de forma que ele obtenha o mesmo benefício que teria com o cumprimento do contrato, o inadimplemento não seria contrário a moral. O devedor não estaria a lucrar com o prejuízo do credor.

Além disso, como já foi dito, umas das evidências de que o inadimplemento não seria um ato imoral é que diante do descumprimento contratual não existem *punitive damages* a servirem de desincentivo para a ocorrência de inadimplementos<sup>201</sup>.

Também não há nada na lei que indique que exista a imposição de um dever de cumprir contratos a qualquer custo<sup>202</sup>, sendo necessário se diferenciar aqui um “dever no cumprimento dos contratos” do fato de os contratos serem obrigatórios (*pacta sunt servanda*). Descumprimentos de contratos sempre existiram e mesmo assim esses nunca deixaram de ser obrigatórios. A questão a ser observada é que justamente pelo fato de que o cumprimento dos

---

<sup>198</sup> Tradução livre de: “Although this argument has some force, it also has a number of shortcomings. Indeed, as the drafters of the RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS have noted, this approach “fails to take account notions of the sanctity of contract and the resulting moral obligation to honor one’s promises.” Id. Moreover, this argument has no support in our case law, and is contrary to relevant Supreme Court case law. See *Rousey v. Jacoway*, 544 U.S. 320, 328, 125 S.Ct. 1561, 161 L.Ed.2d 563 (2005) (contracting parties do not have “an unrestricted right to breach a contract simply because the price of doing so is the payment of damages.”).”

<sup>199</sup> HOLMES, Oliver W. The path of Law. In. *Harvard Law Review*, Vol. 110, No 5 (Mar, 1997); POSNER, Richard A. Let us never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 107, p. 1349-1363, June 2009

<sup>200</sup> Nesse sentido, Shavell destaca que o inadimplemento seria até mesmo moral “My primary point was that breach may often be seen as moral once one appreciates that contracts are incompletely detailed agreements and that breach may be committed in problematic contingencies that were not explicitly addressed by the governing contracts.” SHAVELL, Steven. Why Breach of Contracts May Not Be Immoral Given The Incompleteness of Contracts. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009, p. 1570

<sup>201</sup> GOETZ, Charles. SCOTT, Robert. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach”. In. *Columbia Law Review*, v. 77, 1977, p. 558.

<sup>202</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 182.

contratos ser obrigatório, quando houver descumprimento o devedor será responsabilizado<sup>203</sup>. A teoria do inadimplemento eficiente apenas traz uma mudança em relação à consequência diante do inadimplemento de um contrato que não deixa de ser obrigatório<sup>204</sup>, não ocorrendo um desrespeito ao *pacta sunt servanda*<sup>205</sup>.

E como será demonstrado no capítulo IV, *pacta sunt servanda* é um conceito que vem sendo flexibilizado ao longo dos anos<sup>206</sup>, quando ocorrem circunstâncias não previstas (como ocorre no inadimplemento eficiente):

Essa necessidade de acomodar eventos futuros e incertos já fora percebida pelo Direito, que respondeu por meio da relativização da noção de *pacta sunt servanda*. É dessa forma que se admite desde há muito a resolução dos contratos cujo cumprimento se tornou impossível por motivos de caso fortuito ou de força maior, sem que o devedor responda pelos prejuízos (art. 393, Código Civil). É também assim que surge a possibilidade de resolver contratos de execução continuada ou diferida quando acontecimentos imprevisíveis o tornarem excessivamente oneroso para uma das partes (art. 478-480, Código Civil); ou então, a possibilidade de reajuste das prestações para manter o seu valor real, quando houver grande desproporção causada por motivos imprevisíveis (art. 317, Código Civil).<sup>207</sup>

Outra crítica é de que a premissa de Holmes de que o contrato apenas garantiria a indenização de perdas e danos diante do inadimplemento não seria adequada, porque uma pessoa que encomenda um produto específico como um terno a um alfaiate deseja aquele bem

<sup>203</sup> Como destaca Enzo Roppo: “[...] os sujeitos privados são livres de obrigar-se como quiserem. Mas quando se obrigam, obrigam-se verdadeiramente; aquilo que livremente escolheram torna-se vínculo rigoroso dos seus comportamentos, e se violam a palavra dada, respondem por isso e sujeitam-se a sanções.” ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009, p. 128.

<sup>204</sup> “The only universal consequence of a legally binding promise is that the law makes the promisor pay damages if the promised event does not come to pass.” HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Common Law*, 300 (1881).

<sup>205</sup> Se a teoria do inadimplemento eficiente realmente violasse o conceito do *pacta sunt servanda* a consequência prática seria de que o devedor não seria responsabilizado pelo inadimplemento (o que não é verdade), pois teria descumprido uma promessa que *não* seria obrigatória. Para se perceber que o descumprimento de promessas que não são obrigatórias *não* acarreta na responsabilização do promitente, basta se imaginar uma pessoa que promete ajudar seu amigo na mudança de casa e no dia acaba se esquecendo. Outro exemplo, é a promessa de doação verbal de bens móveis de pequeno valor, na qual não ocorre a tradição vide art. 541, Parágrafo Único, do Código Civil.

<sup>206</sup> Sobre o tema o capítulo “3.1 A flexibilização do vínculo contratual” da tese de doutorado de Fábio Coutinho de Alcântara Gil. COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL, Fábio. *A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2007. Tese de Doutorado. p. 59 e ss.

<sup>207</sup> PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. (2007), p. 4. Esse tema será objeto de análise no quarto capítulo.

e não o pagamento de perdas e danos como um “seguro”<sup>208</sup> diante do inadimplemento<sup>209</sup>. Assim, a teoria não atenderia ao interesse subjetivo da prestação<sup>210</sup>.

Essa crítica é pertinente. No entanto, em vez de refutar a teoria do inadimplemento eficiente ela serve apenas para demonstrar que a teoria não deve ser aplicada a todos os casos, abrangendo apenas aqueles em que há indiferença entre o cumprimento da prestação e a indenização dos danos advindos do inadimplemento. Ou seja, a teoria deve ser aplicada somente a casos em que os interesses das partes são objetivos e são possíveis de serem mensurados economicamente.

Sem dúvida, em uma outra situação na qual fosse possível mensurar monetariamente a utilidade do contrato para o credor, seria possível aplicar a teoria. Nesse sentido, se o caso acima fosse de uma grande revendedora de ternos que encomenda ternos de uma fábrica e esta inadimplisse o contrato, mas indenizasse a revendedora com os lucros que seriam auferidos na revenda dos ternos, a presente crítica restaria esvaziada, pois os interesses da revendedora (que são puramente econômicos) teriam sido atendidos.

Mais uma crítica apresentada é que o inadimplemento eficiente estimularia descumprimentos contratuais e o direito visa, justamente, evitar tais descumprimentos<sup>211</sup>. Ainda, ao se estimular os inadimplementos aumentariam os litígios, que trariam consigo um acréscimo da carga judicial o que também aumentaria os custos de transação.

Inicialmente, sobre essa crítica deve se ter em mente que a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente depende do requisito de que o credor seja integralmente compensado, de forma que não exista diferença entre o cumprimento do contrato tal como previsto e a indenização. Logo, como a teoria somente será aplicada nesses casos, não se pode concluir que ela vá aumentar o número de processos judiciais. Ademais, contratos são diariamente descumpridos, sendo que o credor tem de necessariamente se valer do poder judiciário ou da arbitragem para reparar o dano sofrido. E muitas vezes, em uma situação na qual seria mais

---

<sup>208</sup> Posner aborda a ideia da promessa implícita de indenizar como se fosse um seguro: “If you promise me either performance or some compensation in lieu of performance you are insuring me against the consequences of your nonperformance.” POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker *in* Michigan Law Review, Vol. 107, nº 8, 2009, p. 1351.

<sup>209</sup> POLLOCK, Frederick. *Principles of Contract*. London, Steven & Sons, 3ª. Ed., 4//4, p. XIX.

<sup>210</sup> PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 389-390.

<sup>211</sup> PERILLO, Joseph M. *Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference*, 68 Fordham L. Rev. 1085, 2000, p. 11.

eficiente inadimplir o contrato, mas pagando perdas e danos, caso o inadimplemento eficiente não seja permitido, o devedor mesmo assim cometerá o inadimplemento e usará o custo da demora do processo no poder judiciário para tentar obter um acordo de algum valor em vez da execução específica. Ou seja, ao se proibir o inadimplemento eficiente é possível que se aumente o número de processos porque caso fosse possível aplicar a teoria, a discussão sobre a aplicação da execução específica seria superada, cabendo apenas a definição do quantum da indenização.

Somada a essa crítica, há quem entenda que, diante da possibilidade de descumprir o contrato adotando a teoria do inadimplemento eficiente, caso se materializassem circunstâncias não previstas, as partes deixariam de ter incentivos para serem diligentes ao celebrar contratos<sup>212</sup>.

Contudo, não se pode presumir que as partes deixarão de ser diligentes, quando necessário, pois, como destaca Shavell, nos contratos incompletos deve tentar se verificar como as partes teriam pactuado uma situação que não foi objeto de estipulação<sup>213</sup>. Dessa forma, não é pelo fato de uma determinada contingência não ter sido expressamente definida em contrato que sempre será possível se aplicar a teoria do inadimplemento eficiente, porque, em determinado caso, a vontade das partes pode vir a ser inferida e com base nessa se entenda que a condição materializada fazia parte do risco do contrato. Além disso, a falta de diligência pode se voltar contra a própria devedora.

Para tanto, basta imaginar um contato no qual o devedor (uma sociedade) tem de tirar neve da entrada da garagem do credor<sup>214</sup>. Em uma situação normal, o devedor irá especificar algumas situações em que se entenderá que o contrato não poderá ser cumprido. Algumas situações não serão previstas (lembramos que os contratos serão sempre necessariamente incompletos), sendo que, quando possível, todo o conteúdo contratual será utilizado para se verificar como as partes teriam disciplinado a situação ocorrida. Por exemplo: se for

---

<sup>212</sup> TIMM, Luciano Benetti, Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. In. *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 6, p. 28.

<sup>213</sup> “I suppose that if a contract is incomplete in the sense that it does not provide explicitly for a contingency, then the moral duty to perform in the contingency is governed by what a completely detailed contract addressing the contingency would have stipulated, assuming that the parties know what this hypothetical contract would have stated” SHAVELL, Steven. Why Breach of Contracts May Not Be Immoral Given The Incompleteness of Contracts. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009, p. 1570.

<sup>214</sup> Exemplo trazido por Shavell. In. SHAVELL, Steven. Why Breach of Contracts May Not Be Immoral Given The Incompleteness of Contracts. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009.

disciplinado que a devedora não terá de cumprir a obrigação caso o funcionário João quebre o braço (situação previsível porque ele havia quebrado o braço há seis meses), muito provavelmente um terceiro a julgar o caso entenderá que a devedora também não terá de cumprir o contrato, caso João quebre a perna (evento não previsto). Contudo, em uma situação de pouca diligência das partes, na qual elas não estabelecem qualquer contingência, é possível que o julgador entenda que o devedor estaria, na verdade, assumindo o risco de cumprir a prestação, a menos que ocorresse algum fato que fosse considerado necessariamente impeditivo com relação à prestação. Nesse cenário, se João quebrasse o braço, um juiz poderia entender que a obrigação deveria ter sido cumprida, já que a sociedade possui outros funcionários.

Ainda, os custos de transação não serão necessariamente elevados com a aplicação do inadimplemento eficiente. Diferentemente do que dá a entender Mota Pinto<sup>215</sup>, as partes que não estivessem de acordo com a teoria do inadimplemento eficiente, não precisariam de contratar um seguro ou outra garantia. Bastaria deixar claro na negociação, de maneira simples, que a prestação acordada é essencial para a satisfação do interesse do credor, ou qualquer outra estipulação a demonstrar que diante de um inadimplemento as perdas e danos não seriam capazes de satisfazer integralmente seu interesse, sendo necessária a aplicação da execução específica.

Também foi apresentada outra crítica: as perdas e danos não compensam integralmente a vítima do inadimplemento<sup>216</sup>, que “nem sempre seria possível determinar com precisão o valor que o adimplemento contratual tem para as partes”<sup>217</sup>, sendo que a execução específica seria a melhor ferramenta para se atender ao interesse da parte.

Sobre essa crítica cabe lembrar que a indenização integral do credor é um requisito da aplicação de teoria, sendo que “se houver uma chance substancial de se subestimar o valor, deve-se empregar a execução específica, pois, por definição, garante que a vítima de um

---

<sup>215</sup> Paulo Mota Pinto destaca: “[a]s partes deixam de, na perspectiva do potencial não cumprimento (unilateral ou mútuo), ter de conseguir obter garantias ou segurança, seja por mecanismos contratuais de planeamento e negociação mais custos (como cláusulas penais, cláusulas resolutivas, etc.), seja mediante a contratação de garantias bancárias e apólices de seguro (também com custos evidentes).” PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 381.

<sup>216</sup> PERILLO, Joseph M. *Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference*, 68 *Fordham L. Rev.* 1085, 2000, p. 12; .

<sup>217</sup> MIZUMOTO AKAISHI, Juliana Tiemi. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. In. *Revista de Análise Econômica do Direito* V. 1, nº 2, Jul-Dez, 2010, p. 244-245.

inadimplemento seja integralmente ressarcida”<sup>218</sup>. Logo, essa crítica serve apenas para identificar casos nos quais a teoria não deve ser aplicada.

Outra crítica é que no inadimplemento eficiente o devedor fica em posição melhor e no cumprimento do contrato seria o credor que ficaria em posição melhor; sendo que não haveria razão para se prestigiar o benefício do devedor e não do credor<sup>219</sup>. Seria a situação, por exemplo, na qual existe um contrato para a compra de 10.000 garrafas de vinho a R\$45,00. Porém, surge uma oferta de um terceiro de R\$75,00 por garrafa, tornando possível o inadimplemento eficiente, visto que os danos a serem indenizados seriam de R\$20,00 por garrafa (lucro cessante do credor previsível quando da contratação) e a situação do devedor melhoraria com o inadimplemento. Por outro lado, se o contrato fosse cumprido normalmente, o credor, diante da mudança de cenário, poderia vir a revender o vinho adquirido para o terceiro pelo valor de R\$ 75,00. Assim, o excedente econômico de R\$ 10,00 por garrafa seria transmitido do devedor para o credor.

Acontece que essa crítica deixa de considerar alguns pontos importantes. O primeiro é que, tendo em vista que a opção surgiu para o *devedor* e não para o *credor*, a mudança de cenário não alterou o interesse do credor com o contrato, sendo esse satisfeito mesmo diante do inadimplemento. O segundo é que não se pode afirmar que o credor teria condição de fazer a revenda e reter a eficiência para si, havendo, então, um grande risco de que o credor não consiga aumentar seus ganhos e não gere eficiência na sociedade. Inclusive, a revenda pelo credor seria uma venda adicional o que aumentaria os custos de transação<sup>220</sup>. Uma terceira questão é que o mais razoável é analisar como seria celebrado um novo contrato diante da mudança de cenário, sendo que muito provavelmente esse seria celebrado de forma a trazer mais lucros para o devedor e não para o credor<sup>221</sup>.

Outra crítica é que a teoria do inadimplemento eficiente poderia gerar uma disputa com relação à quantificação de danos, o que levaria a um custo grande com o processo judicial ou

---

<sup>218</sup> Tradução livre de “if there is a substantial chance of underestimating the value, specific performance should be employed because, by definition, it guarantees that the victim of a breach is made whole”. SHAVELL, Steven. Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. In. *Texas Law Review*, vol. 84, n° 4, 2006. p. 31.

<sup>219</sup> PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 394.

<sup>220</sup> PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 394.

<sup>221</sup> A ideia de que em um novo contrato o devedor seria beneficiado deriva do fato de que no inadimplemento eficiente ocorre uma valorização da prestação deste e não da prestação do credor.

arbitral<sup>222</sup>. Se não há pagamento voluntário das perdas e danos ao credor ou se as partes divergem do *quantum* a ser indenizado, será necessário iniciar um processo. E os custos com o litígio, por nem sempre serem indenizados<sup>223</sup>, podem acabar levando a um *undercompensation*.

Apesar de essa ser uma crítica válida ela é minimizada, pelo menos no direito brasileiro, pela regra da condenação em custos e despesas do processo (incluindo honorários de sucumbência a parte vencida<sup>224</sup>), sendo que um dos fundamentos dessa condenação é um viés pedagógico que visa repreender a conduta da parte vencida no processo<sup>225</sup>. Ainda, deve-se considerar a condenação nas despesas do processo (eventuais honorários periciais e custos com o processo relevantes, principalmente, na arbitragem<sup>226</sup>). Dessa forma, existem desestímulos para que o devedor deixe de pagar perdas e danos de forma voluntária ou que este venha a oferecer valores irrisórios que dificultem que se chegue a um acordo sobre o valor a ser pago, hipóteses nas quais seria necessário um processo judicial ou arbitral.

Uma última crítica<sup>227</sup> é que a teoria geraria uma crise de confiança, criando incertezas, a repercutir nas contratações, sendo que:

[...] as empresas carecem de ter certeza da percepção do preço que negociaram. Elas reduzem mesmo tal incerteza por operações. “de cobertura” (*hedging*) nesses mercados. Ora, tal garantia contra o risco de incerteza do

<sup>222</sup> FRIEDMANN, Daniel. The Efficient Breach Fallacy. In. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 18, nº 1, 1989.

<sup>223</sup> Um exemplo de custo que pode não ser indenizado nos processos judiciais é o custo com a contratação de advogados para atuar no processo. Isso porque o STJ já entendeu que como a defesa em um processo seria o exercício de um direito constitucional, não haveria ilicitude do vencido a impor-lhe a obrigação de indenizar a parte vencedora pelos prejuízos decorrentes da contratação de advogado. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.566.168 – RJ. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 05/05/2017.

<sup>224</sup> Muito embora a doutrina seja quase unânime no sentido de que não há aplicação de honorários sucumbenciais em arbitragens, a menos que haja acordo das partes, por força do artigo 27 da lei de arbitragem caberá ao árbitro definir a responsabilidade das partes pelos custos da arbitragem, sendo que nesses custos devem ser incluídos os gastos que as partes tiveram com seus advogados. Nesse sentido cf. NEVES, José Roberto de Castro. Custas, Despesas e Sucumbência na Arbitragem. In. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 43/2014 | Out Dez/ 2014. Logo, também na arbitragem haverá um desestímulo a litígios infundados.

<sup>225</sup> CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 4ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 29.

<sup>226</sup> Afinal, na arbitragem o perdedor arcará com os honorários dos árbitros e também com a taxa de administração, quando essa for administrada por uma câmara arbitral. E esses valores somados são muito maiores do que as taxas judiciárias adotadas pelos tribunais de justiça do país.

<sup>227</sup> Na realidade há uma última crítica que é a de que os agentes não são racionais, sobre o tema cf: MIZUMOTO AKAISHI, Juliana Tiemi. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. In. *Revista de Análise Econômica do Direito* V. 1, nº 2, Jul-Dez, 2010, p. 244; PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 378.

Contudo, como se verá, na realidade essa é uma crítica mais a Análise Econômica do Direito do que a teoria em si. Portanto, ela será abordada no próximo capítulo ao se tratar da AED.

preço, pelo *hedging*, seria impossível se o vencedor de mercadorias pudesse violar um contrato de opção livremente, simplesmente por ter encontrado alguém que oferecesse um preço melhor, sendo que, se a jurisdição em causa não contém uma regra de “não cumprimento eficiente”, a reação normal será então a previsão, pelas partes, de uma cláusula de liquidação antecipada da indenização que permita ao credor manter tal certeza – o que, como é evidente, também afetará a amplitude da aplicação da doutrina do “não cumprimento eficiente.”<sup>228</sup>

Sem dúvidas essa crítica não merece prosperar. É preciso ter em mente que a aplicação da teoria é *excepcional*, por tratar de casos nos quais há uma mudança de cenário, sendo, ainda, aplicada somente àqueles em que mesmo se considerando os danos a serem indenizados ao credor – que incluem todas as expectativas com o contrato – o inadimplemento seja vantajoso. Assim, a teoria é aplicável apenas quando existir o “estado de diferença” para o credor entre receber a prestação ou as perdas e danos. Dessa forma, a teoria não geraria prejuízos ao credor de modo a ocasionar incertezas em contratos futuros.

E para se ter ideia da excepcionalidade da aplicação, basta se analisar o exemplo acima – em que o contrato previa a venda de garrafas de vinho a R\$ 45,00 e os danos oriundos do inadimplemento seriam de R\$ 20,00. Somente uma oferta de terceiro equivalente a mais de R\$ 65,00 (o que equivale a, aproximadamente, 45%) tornaria vantajoso o inadimplemento eficiente.

Justamente por sua aplicação ser excepcional é que não se pode falar em crise de confiança. Prova disso é que não se tem notícia de estudos nos Estados Unidos (país de origem da teoria) que afirmam essa suposta desconfiância. Por sua vez, no Brasil temos a teoria da imprevisão e o adimplemento substancial, as quais são de uso restrito, que fazem com que o credor não receba necessariamente o que lhe foi prometido por um determinado preço. Contudo, essas teorias não geraram uma “crise de confiança” no nosso país.

Diante de todas essas críticas é inegável que “significativa parte da doutrina, ao tratar da teoria sob o viés estritamente acadêmico, acabou por distanciar-se da realidade prática”<sup>229</sup>. É a realidade prática que mostra que vários dos receios apontados como a “crise de confiança”

---

<sup>228</sup> PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 395-396.

<sup>229</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 158.

não se confirmam. Do contrário, esses efeitos prejudiciais já teriam sido percebidos no país de origem da teoria, os Estados Unidos.

A principal reflexão que se extrai das críticas é que elas em vez de negar a teoria estudada neste trabalho apenas criticam seu potencial mau uso, contribuindo, assim, para delinear seu escopo de aplicação. Inclusive, essas críticas já foram aos poucos incorporadas ao longo do desenvolvimento da teoria, como demonstrado nos tópicos anteriores.

Em síntese, deve-se ter em mente que a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente não é uma regra geral, devendo se dar sob circunstâncias específicas e, sempre, levando em consideração os pressupostos da teoria e os requisitos como, a exemplo, a indiferença para o credor em receber a prestação *in natura* ou receber perdas e danos.

Sobre essa conclusão, merece destaque o comentário preciso de Brossard:

A teoria não visa, e nem poderia, a uma imposição imediata universal. Vem-se demonstrando justamente que a quebra eficiente dependerá, para efetiva aplicação, das características jurídicas e também fáticas ínsitas ao mercado no qual a relação se insere. Não é, portanto, uma regra a ser aplicada indistintamente para todos os casos[...] a partir do momento em que se reconhece que a doutrina sob exame não é uma regra geral, mas sim uma teoria cuja aplicação prática dependerá de diversas circunstâncias conjunturais, as críticas a aspectos circunstanciais passam a auxiliar na identificação das hipóteses em que será possível aplicá-la, ao mesmo tempo em que permitem o aperfeiçoamento do instituto e garantem vasto campo para o aprofundamento acadêmico.<sup>230</sup>

Pelo fato de que não há dúvidas de que a teoria do inadimplemento eficiente não será aplicável em todos os casos é que se passa a estudar os contratos empresariais, pois, em razão de sua função eminentemente econômica, a teoria em questão pode, mais facilmente, encontrar neles os pressupostos para sua aplicação no direito brasileiro. Afinal, são nesses contratos que a função econômica se mostra mais relevante.

---

<sup>230</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 159-161.

### III – DO ESTUDO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE À LUZ DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

*O contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto econômico-social em que está inserido*<sup>231</sup>

#### 3.1. Do contrato como veste de uma operação econômica

A análise da aplicabilidade da teoria do inadimplemento eficiente deve ser feita tendo em vista a natureza econômica do contrato<sup>232</sup>, afinal “o contrato é antes de tudo um fenômeno econômico. Não é uma criação do direito”<sup>233</sup>; inclusive já se afirmou que “a esmagadora maioria dos contratos, para sorte dos agentes econômicos, nasce, se desenvolve e perece sem a presença dos juristas”<sup>234</sup>.

À luz dessa contextualização, tem-se que a acepção jurídica de contrato nada mais é que uma construção formal do direito para disciplinar relações econômico-sociais que já existiam<sup>235</sup>.

Sobre o tema a José Pimenta Bueno destaca:

O contrato não é mais do que um expediente, uma forma que o homem emprega para dispor do que é seu, dos seus direitos privados, segundo a sua vontade de condições do seu gosto, segundo suas necessidades e interesses; é o meio de estipular suas relações recíprocas; é em sua a constituição espontânea, livremente modificada, que cria ou transporta seus direitos ou obrigações particulares, de que pode dispor como lhe aprouver.<sup>236</sup>

Também deve ser ressaltado o entendimento de Roppo, o mais célebre estudioso da função econômica do contrato:

<sup>231</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009. p. 24.

<sup>232</sup> Como afirmam Uinie Caminha e Juliana Lima “Não é exagero dizer que todo contrato, ainda que de cunho eminentemente jurídico, tem consequências econômicas. De uma simples cláusula criada para proteger a parte vulnerável até a estipulação de pesadas multas em caso de descumprimento, os contratos se inserem diretamente na seara econômica.” CAMINHA, Uinie. LIMA, Juliana Cardoso. CONTRATO INCOMPLETO: UMA PERSPECTIVA ENTRE DIREITO E ECONOMIA PARA CONTRATOS DE LONGO TERMO. In. *REVISTA DIREITO GV*, São Paulo 10(1)|JAN-JUN 2014. p. 192

<sup>233</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 97.

<sup>234</sup> GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 159.

<sup>235</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009. p. 7.

<sup>236</sup> PIMENTA BUNEO, José Antônio. *Direito público brasileiro e a análise da constituição do império*. Brasília: Editora Senado Federal, 1978. p.396.

As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação* econômica. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação econômica.<sup>237</sup>

Assim, tem-se que contrato é a “veste jurídico-formal de operações econômicas”<sup>238</sup> e que, portanto, “considerar ou estudar o instituto contratual sem o obrigatório viés econômico que lhe é próprio representaria descompromisso científico”<sup>239</sup>. Como destaca Roppo: “o conceito de contrato está, em suma, indissolúvelmente ligado ao de operação econômica”<sup>240</sup>.

A intrínseca relação do contrato com a operação econômica que ele dá forma também trouxe uma alteração da perspectiva do foco do estudo do contrato, perdendo força a mera análise do consensualismo para se focar no conteúdo econômico representado<sup>241</sup>. Inclusive, em linha com essa mudança de perspectiva há, ainda, a evolução do conceito de contrato, pois enquanto o entendimento clássico é de um “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”<sup>242 243</sup>, atualmente compreende-se que a definição de contrato abrange somente

---

<sup>237</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009, p. 8.

<sup>238</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009, p. 11.

<sup>239</sup> POMPEU, Ivan Guimarães; POMPEU, Renata Guimarães. O Contrato como Operação Econômica: Contributo científico a partir da obra de Enzo Roppo. In. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 12, n. 23, jan/jun. 2011. Belo Horizonte. p. 122.

<sup>240</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009, p. 19.

<sup>241</sup> MILAGRES DE OLIVEIRA, Marcelo. *O Contrato como Instrumento de Política Econômica*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2003. Dissertação de Mestrado, p. 45.

<sup>242</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 11.

<sup>243</sup> Em sentido semelhante Washington de Barros Monteiro entende que o contrato é “o acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito” In. MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 30. Ed., v. 5. São PAULO: Saraiva, 1998, p. 5. Ainda, Silvio Rodrigues entende que “contrato é o acordo de duas ou mais vontades, em vista de produzir efeitos jurídicos”. In. RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 26. Ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 10.

as relações patrimoniais<sup>244</sup>. Afinal, o “que se troca por meio da transação apresenta sempre uma natureza patrimonialmente apreciável”<sup>245</sup>.

E tão evidente ser necessária a existência de uma relação patrimonial nos contratos que, como destaca João Baptista Villela, na ausência do requisito da patrimonialidade contratos seriam até mesmo as decisões dos tribunais, “pois é facto que nos órgãos colegiados as resoluções se fixam por maioria de votos, o que supõe sempre, de um modo ou de outro, acordo de vontades”<sup>246</sup>.

Portanto, a análise do conteúdo contratual e, conseqüentemente, do adimplemento e inadimplemento de obrigações deve passar necessariamente pela verificação da operação econômica existente, devendo ser analisado todo “o arranjo econômico da relação, o equilíbrio de interesses em que a operação econômica consiste”<sup>247</sup>.

A análise dos contratos sob o viés econômico já se mostrou importante no estudo dos contratos de adesão massificados, nos quais a importância da vontade para a validade do negócio jurídico<sup>248</sup> é mitigada, uma vez que é notório que nesses contratos não há uma declaração de vontade completamente livre e consciente e, mesmo assim, via de regra, as cláusulas que não são livremente negociadas são válidas<sup>249</sup>. Ainda, essa análise é primordial

---

<sup>244</sup> Como destaca Carlos Roberto Gonçalves: “[o] conceito de contrato restringe-se aos pactos que criem, modifiquem ou extingam relações *patrimoniais*, como consta expressamente do art. 1.321 do Código Civil italiano. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3 – Contratos e Atos Unilaterais, São Paulo: Saraiva, 10. ed. 2013. p. 22-23.

Em sentido semelhante Darcy Bessone define contrato como “o acordo de duas ou mais pessoas para, entre si, constituir, regular ou extinguir uma relação jurídica de natureza patrimonial”. In. BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 17. Já Álvaro Villaça de Azevedo que entende contrato como “a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial”. In. AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 31.

<sup>245</sup> POMPEU, Ivan Guimarães; POMPEU, Renata Guimarães. O Contrato como Operação Econômica: Contributo científico a partir da obra de Enzo Roppo. In. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 12, n. 23, jan/jun. 2011. Belo Horizonte, p. 124.

<sup>246</sup> VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, a. 20, n. 2-3,4, abr.-dez. 1975, p. p. 315-316.

<sup>247</sup> MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiros*. São Paulo, Editora: Saraiva, 2009. p. 25.

<sup>248</sup> Como destaca Antônio Junqueira a vontade não faz parte da existência do negócio jurídico, tendo influência apenas nos campos da validade e da eficácia. In. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva. 2010.

<sup>249</sup> O Código Civil prevê que somente serão nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio (art. 424). O Código de Defesa possui mais hipóteses em que as cláusulas em um contrato de adesão serão nulas (art. 51), todavia, mesmo assim, não se pode dizer que a regra geral é de que as cláusulas não negociadas serão nulas.

em hipóteses de anulabilidade do contrato, tanto no erro, quanto na verificação da aplicabilidade da teoria da imprevisão.<sup>250</sup>

Definida a importância da referida operação econômica consubstanciada no contrato, tem-se que sua percepção deve se dar com base nas suas características objetivas que estão relacionadas à circulação de riqueza ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro, sendo que ao se falar de riqueza não se fala somente em dinheiro e bens materiais, mas também se considera as utilidades susceptíveis de avaliação econômica<sup>251</sup>.

Apesar de o contrato estar intrinsecamente ligado à ideia de operação econômica e circulação de riqueza, existem diversas ocasiões nas quais o interesse na sua celebração não é econômico<sup>252</sup>. Esse é o exemplo dos contratos de aquisição de bens para o uso próprio de pessoa física, como uma blusa, um celular, dentre outros. Não obstante, na maioria das vezes esse não será o caso dos chamados contratos empresariais, nos quais as partes envolvidas contratam com interesses eminentemente econômicos, buscando o lucro<sup>253</sup>.

Portanto, em razão da maior preponderância da função econômica nos contratos empresariais é que serão analisados esses contratos e suas especificidades.

### 3.2. Dos Contratos Empresariais

Para se demonstrar a preponderância da função econômica do contrato nos contratos empresariais, como mencionado anteriormente, é necessário esclarecer previamente o que se entende por “contratos empresariais”. Alguns doutrinadores já se debruçaram sobre o tema.

A exemplo, Manoel Pereira Calças entende que “[o]s contratos, quando celebrados entre empresários, isto é, entre pessoas físicas ou jurídicas que exercem atividade econômica organizada, com finalidade especulativa, podem ser chamados de contratos empresariais.”<sup>254</sup>. Já para Rachel Sztajn, “[n]egócios celebrados ao longo da cadeia produtiva (ou cadeia

---

<sup>250</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009, p. 9-10; p. 219-270.

<sup>251</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009, p. 12-13.

<sup>252</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009, p. 12-14.

<sup>253</sup> Sobre contratos empresariais, Forgioni define: “[...] identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela *busca do lucro*” FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.29

<sup>254</sup> PEREIRA CALÇAS, Manoel de Q. Revisão Judicial de Contratos entre Empresários. In. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica*. Bauru, Instituição Toledo de Ensino, 2000. p. 37.

econômica) que ficam fora da relação de consumo são conhecidos como contratos de empresa, técnica de organização de atividades típicas de empresa.”<sup>255</sup>.

Por sua vez, merece destaque o entendimento de Paula Forgioni<sup>256</sup>:

A atenção do comercialista recai necessariamente sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles *celebrados entre empresas*, i.e., *em que somente empresas fazem parte da relação*. Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais com aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm sua atividade movida pela *busca do lucro*. É preciso reconhecer: esse *fato* imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários.<sup>257</sup>

À luz desses entendimentos, considera-se no presente trabalho que contratos empresariais são aqueles celebrados entre empresários<sup>258</sup>, no dia a dia de suas atividades econômicas, possuindo relação direta com o exercício da empresa, na busca do lucro.

Sendo assim, um contrato no qual somente uma das partes é empresária não será considerado contrato empresarial, por mais que as duas partes busquem o lucro no negócio em questão. Isso porque, como esclarece Paula Forgioni, enquanto a *razão de ser* da atividade empresarial é a busca do lucro, essa busca pelo lucro não é tão marcante nas atividades não empresariais:

Traço diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no *escopo de lucro bilateral*, que condiciona o comportamento das partes, sua “vontade

<sup>255</sup> SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da EMPRESA – Atividade Empresária e Mercados*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 168.

<sup>256</sup> Necessário ressaltar, para correta interpretação das transcrições do livro *Teoria geral dos contratos empresariais*, de Paula Forgioni, que a autora comenta que no referido livro não se atará à exata distinção terminológica entre sociedade (sujeito de direito) e empresa (objeto de direito), vide o rodapé número 2, na página 18 de seu livro.

<sup>257</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 29.

<sup>258</sup> O estudo aprofundado do que se entende por empresário não é tema do presente trabalho. Será apenas mencionado que o conceito de empresário está insculpido no artigo 966 do Código Civil, que dispõe: “Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. [...]” e que o Parágrafo Único desse mesmo artigo estabelece que “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”

A partir desses dispositivos a doutrina entende que “qualquer pessoa, natural ou jurídica, que, profissionalmente e de forma organizada, ofereça bens ou serviços em mercados, é empresário uma vez que faz da atividade econômica seu meio de vida.” SZTAJN, Rachel. *Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro*. In. *Pensar*, Fortaleza, v. 11, fev. 2006. p. 200.

Assim, são sujeitos empresários no direito brasileiro o empresário individual, a sociedade empresária e a Eireli – empresa individual de responsabilidade limitada.

comum” e, portanto, a *função econômica* do negócio, imprimindo-lhe *dinâmica diversa e peculiar*. [...] a “natureza e o espírito do contrato” comercial são condicionados pela “vontade comum” das partes, direcionada que é pelo *escopo de lucro* que grava cada uma delas.

Nos contratos consumeristas, essa luta pelo lucro recai apenas sobre uma das partes (a empresa fornecedora); nos civis, pode inexistir (como no caso da doação) ou aparecer de forma esporádica e mitigada em um dos polos que se aproveitará economicamente do evento (locação, por exemplo).

De qualquer forma, mesmo nessas hipóteses, o escopo econômico não marca o contrato de forma tão incisiva como nos casos comerciais, pois a parte não tem sua atividade, *toda ela*, voltada para o lucro, como ocorre com as empresas e sua atividade *profissional*. Com efeito, o moto da empresa é diverso daquele do proprietário de um imóvel que o aluga; enquanto toda a existência da primeira somente se justifica pelo fim lucrativo, o proprietário, embora deseje obter vantagem econômica no negócio, não tem nisso sua *razão de ser*.<sup>259</sup>

Também não pode ser considerado contrato empresarial um contrato em que é ausente qualquer relação direta com o exercício da empresa, como destaca Kleber Luiz Zanchim:

Apesar de o conceito de empresário ser necessário, não é, contudo, suficiente para a categoria. Um contrato celebrado no âmbito da atividade empresária pode perfeitamente estar sujeito ao regime civil geral se, por exemplo, o empresário A, produtor de autopeças, vende ao empresário B, fabricante de óleo combustível, um avião que A mantinha para viagens de seus executivos. Nesse caso, nenhum dos empresários utiliza o bem alienado em seu processo produtivo, de modo que a transação foge ao exercício das respectivas empresas. Como os contratos empresariais têm relação direta com a empresa, não se pode falar deles na hipótese em questão.<sup>260</sup>

Percebe-se que, muito embora o empresário possa ser considerado consumidor, por força do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor<sup>261</sup>, é certo que os contratos de consumo também não são considerados contratos empresariais<sup>262</sup>. Afinal, nas relações de consumo “as

<sup>259</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46-47.

<sup>260</sup> ZANHIM, Kleber Luiz. *Contratos Empresariais. Categoria- Interface com Contratos de Consumo e Paritários – Revisão Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 72.

<sup>261</sup> “Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

<sup>262</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 15, n.6, São Paulo, RT, 1974, p. 477; LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. As relações de consumo e o crédito ao consumidor. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004. V.1, p. 256; FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29-34.

partes não se colocam e não agem como *empresa*<sup>263</sup> e, além disso, grande parte da doutrina entende que somente são consideradas consumidoras as sociedades que adquirem bens *não* relacionados a sua atividade empresarial<sup>264</sup>. Caso os bens não possuam relação com a atividade empresarial, os contratos em que esses são o objeto tampouco terão relação com esta.

Estabelecidas essas premissas, entende-se que a definição adotada neste trabalho de contratos empresariais é suficiente para se perceber uma presença maior de interesses econômicos nestes, uma vez que são sempre celebrados na busca pelo lucro do empresário.

Inclusive, o contrato é um dos principais instrumentos do desenvolvimento da atividade empresarial. O ganhador do prêmio Nobel de Economia, Ronald Coase, identificou que a sociedade (por ele chamada de firma) seria a internalização, com o objetivo de reduzir os custos de transação, de um feixe de contratos que normalmente ocorreriam no mercado:

Em meu artigo “A natureza da firma”, argumentei que, embora se possa realizar a produção de maneira totalmente descentralizada por meio de contratos entre indivíduos, o fato de que existe um custo relativo à participação nessas transações significa que surgirão firmas para organizar transações que de outro modo seriam de mercado, sempre que seus custos forem menores do que os custos de realizar as transações através do mercado.<sup>265</sup>

Por sua vez, Paula Forgioni<sup>266</sup> também aborda a importância dos contratos nas interações do empresário no mercado<sup>267</sup>:

A empresa não apenas “é”; ela “age”, “atua”, e o faz principalmente por meio dos contratos. A empresa não vive ensimesmada, metida com seus ajustes

---

<sup>263</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 34.

<sup>264</sup> Trata-se do critério de classificação como consumidor da doutrina finalista. Sobre o tema e mais critérios de definição como a doutrina maximalista e a posição do STJ cf. FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29-34 e ZANHIM, Kleber Luiz. *Contratos Empresariais. Categoria- Interface com Contratos de Consumo e Paritários – Revisão Judicial*. São Paulo: QuartierLatin, 2012, p. 110-117.

<sup>265</sup> COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. 7.

<sup>266</sup> Em sentido semelhante cf. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 14.

<sup>267</sup> Mesmo com a existência das “firmas” o mercado não deixa de existir, sendo que “o mercado é o espaço de operatividade da firma e de ação de seus agentes. É o lugar para o qual convergem os mais diversos interesses econômicos. O ambiente artificial onde se celebram os contratos entre *firmas* e *outras firmas* ou entre *firmas* e *consumidores*.” CARLOS FERREIRA, Antonio. ALVES FERREIRA, Patrícia Cândido. Ronald Coase: um economista voltado para o Direito (Estudo introdutório para a edição brasileira de *A firma, o mercado e o Direito*). *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016. p. XLIII.

internos; ela revela-se nas *transações*. Sua abertura para o ambiente institucional em que se encontra é significativa a ponto de parte da doutrina afirmar que “[o]s modernos complexos produtivos não são tanto estoque de bens, mas feixe de relações contratuais”. A empresa cristaliza-se em sua atividade de interagir; a *empresa é agente econômico*.

É preciso adquirir insumos, distribuir produtos, associar-se para viabilizar o desenvolvimento de novas tecnologias, a abertura de mercados etc.; tudo exige que se estabeleçam *relações* com terceiros. Essa ação recíproca (empresa  $\Leftrightarrow$  outros agentes) interessa ao direito na medida em que dá à luz a *contratos e, conseqüentemente, a relações jurídicas*.<sup>268</sup>

E tão relevantes as interações dos empresários entre si por meio de contratos que atualmente afirma-se que o foco do estudo do direito empresarial/comercial<sup>269</sup> deve ser o mercado<sup>270</sup>, que é o local dessas interações.

### 3.2.1. Da Especificidade dos Contratos Empresariais

Como será demonstrado abaixo, já faz algum tempo que se afirma que os contratos empresariais, em razão de sua funcionalidade, sempre possuíram certas peculiaridades que os particularizam. Com efeito, aqui será abordado essa especificidade dos contratos empresariais, focando em algumas de suas características que contribuem para o estudo da aplicação da teoria

---

<sup>268</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 23-24.

<sup>269</sup> Como destaca Paula Forgioni, as expressões direito mercantil, direito comercial e direito empresarial são sinônimas. FORGIONI, Paula A. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 13.

<sup>270</sup> Nesse sentido ver FORGIONI, Paula A. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

Destaca-se também o projeto coletivo de pesquisa do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais no qual o presente trabalho se encaixa: “1.5. PROJETO COLETIVO: Desenvolvimento e Empresa no Mercado”

do inadimplemento eficiente<sup>271</sup>. Após, será evidenciado o tratamento diferenciado dos contratos empresariais devido às suas especificidades<sup>272</sup>.

Sobre as particularidades dos contratos empresariais, tem-se que a especialidade do comércio, suas práticas e características intrínsecas fazem com que os contratos celebrados nesse contexto se adaptem às necessidades dos empresários, criando-se, então, características específicas que individualizam esses contratos daqueles celebrados entre os não-empresários. Acerca do tema veja o entendimento de Fran Martins<sup>273</sup>:

Se, em regra geral, a obrigação é uma só, decorrente de atos de natureza civil ou empresarial, inegável é que as resultantes dos atos empresariais sofrem a influência deles e, por isso mesmo em determinados aspectos divergem das obrigações civis. Sabe-se que o Direito Comercial tem características próprias, que retratam justamente o dinamismo do comércio, em contraste com a posição conservadora, de certo modo estática, dos atos de natureza civil. Assim, enquanto o Direito Civil é um direito tradicional, preso a antigas regras, de lenta evolução, o Direito Comercial, para atender às exigências do desenvolvimento do comércio, é um direito que se renova a cada instante, prescindindo, quando necessário, de fórmulas solenes, adaptando-se ao progresso e, de certa forma, procurando acompanhar as contingências econômicas dos diversos povos. E por que as relações comerciais exigem prontas soluções para fatos que surgem a cada momento, o direito mercantil procura dar ao empresário maior elasticidade de ação, mais ampla

---

<sup>271</sup> Além do fato de nem todas as características serem de grande importância para o estudo que aqui se propõe – a exemplo os usos e costumes no mercado empresarial e a tutela de crédito – alguns autores trazem algumas características que, na visão do presente autor, não podem ser consideradas inerentes a todos os contratos empresariais, uma vez que presentes em apenas uma parcela desses. Nesse sentido, a exemplo, Ricardo Lupion destaca o dever de diligência dos administradores e também a grande organização profissional das sociedades empresárias, sendo que, segundo esse autor “as empresas mantêm assessoria jurídica, que as adverte de riscos tributários, trabalhistas, previdenciários e de assistência social” in. GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 148.

Todavia, Ricardo Lupion parece se referir a contratos empresariais *somente* como os contratos celebrados pelas grandes corporações. É verdade que essas grandes sociedades empresárias realmente possuem diversas assessorias e administradores, porém os contratos empresariais também englobam pequenos empresários individuais de pequenos negócios como uma padaria de bairro, que não possuem uma grande estrutura no exercício da atividade empresarial. E é justamente ao se perceber que os pequenos contratos informais celebrados por um empresário individual também podem ser tidos como contratos empresariais que se nota que não se pode falar em diligência de administradores e nem em uma grande organização com assessoria jurídica como *característica inerente aos contratos empresariais*. De toda forma, para uma análise completa das características dos contratos empresariais ver FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

<sup>272</sup> Até a data do presente trabalho o projeto de novo código comercial não havia sido aprovado no congresso. Assim, por não integrar o direito brasileiro, não foi considerado.

<sup>273</sup> É possível argumentar que a lição de Fran Martins não seria correta no direito brasileiro porque em nosso país o Código Comercial veio antes do Código Civil de 1916, sendo que este último era mais dinâmico, ágil e elástico que o primeiro. Todavia, a despeito de eventuais críticas, a visão de Fran Martins é útil para se demonstrar as diferenças entre as relações comerciais e as relações civis.

liberdade, mais facilidade para que os casos surgidos sejam resolvidos com a rapidez que as transações empresariais requerem.

Caracteriza-se, assim, o Direito Comercial, como já anteriormente assinalamos, pela *simplicidade* de suas fórmulas, pela *internacionalidade* de suas regras e institutos, pela *rapidez* de sua aplicação, pela *elasticidade* dos seus princípios e também pela *oneriosidade* de suas operações. Neste sentido, distancia-se grandemente o Direito Comercial do Civil, em regra formalístico, nacional, lento, restrito<sup>274</sup>.

Martins destaca, ainda, que essas especificidades são necessárias para que o direito empresarial possa acompanhar a “permanente evolução do comércio”, sendo que os contratos empresariais muitas vezes fogem à regra geral do Direito Civil “para adotar soluções próprias, condizentes com os atos de que se originaram, de natureza comercial”<sup>275</sup>.

Como exemplo das particularidades dos contratos empresariais, o autor comenta que, por força da lei, os atos de natureza cambiária escapam, via de regra, às normas do Direito Civil, sendo que:

A simples assinatura de uma pessoa em uma letra de câmbio dá-lhe responsabilidade solidária pelo pagamento de referida letra, sem que lhe seja permitido indagar se a origem desse título foi ou não revestida das formalidades legais. Ainda mesmo que o título seja imediatamente transferido a terceiro, perdura a obrigação daquele que o possui e nele após o seu nome.<sup>276</sup>

Outro exemplo trazido por Fran Martins é a influência dos usos e costumes comerciais:

Se, por acaso, em determinada praça de comércio há um costume geralmente seguido por todos os comerciantes, esse costume influi sobre a obrigação comercial, fazendo com que esta a ele se adapte, muito embora não esteja o uso amparado pela lei ou, mesmo, aparentemente, esteja contra os princípios da lei. É, por exemplo, o caso do cheque visado, que alguns autores acreditavam não ser permitido em face de não o haver mencionado a lei que regulava a emissão e circulação dos cheques (Lei nº 2.591, de 07.08.1912) e que, entretanto, era de prática constante no comércio e aceito como uso em algumas praças do País.

---

<sup>274</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Revisada e Aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 9.

<sup>275</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Revisada e Aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 9-10.

<sup>276</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Revisada e Aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10.

O “visto” no cheque cria, nessas praças, obrigações que não poderiam, de modo algum, ficar sujeitas às regras gerais que regulam as obrigações decorrentes de atos de natureza civil.<sup>277</sup>

Em sentido semelhante, Waldirio Bulgarelli<sup>278</sup> também ressalta que o Direito Empresarial é marcadamente ágil, caracterizado pela dinamicidade de suas formas. Trata-se de um “direito vivo”, sendo necessário se distinguir os contratos empresariais dos demais em razão de suas especificidades:

Há, portanto, sobre tal aspecto, de se distinguir hoje entre os contratos comuns, firmados entre particulares, de igual ou equivalente posição econômica, dos contratos entre empresas, e dos contratos particulares com as empresas [...] a especialidade do comércio, as suas técnicas, as suas características levam, em muitos casos, também à especialização das obrigações, o que é perfeitamente compreensível levando-se em conta que a obrigação comercial decorre da promoção da circulação econômica, não se ajustando assim às fórmulas da vida civil.

3. Concorrem também para essa diferenciação certas características do Direito Comercial, como a simplicidade das suas fórmulas, a rapidez de sua aplicação, a elasticidade dos seus princípios, que o tornaram um direito vivo, solerte e ágil, em contraposição à lentidão e à complexidade do Direito Civil. Portanto essa especial natureza do Direito Comercial refletir-se-ia nas obrigações decorrentes da atividade comercial, tornando-as características. Constituiriam, em certos casos, verdadeiras derrogações dos princípios informativos do Direito Obrigacional comum, impelindo-as a serem reguladas pela lei comercial e por seus usos e costumes.

4. O principal exemplo encontra-se nas obrigações decorrentes de alguns títulos cambiários, em que se exclui toda a indagação da causa<sup>279</sup>.

Por sua vez, Ascarelli menciona que, para atender às exigências de uma economia que constantemente se renova, o direito empresarial desenvolveu vários institutos especiais, os quais posteriormente acabaram sendo absorvidos pelo “direito comum como, por exemplo, os contratos de seguro e os cheques<sup>280</sup>”. O autor também comenta que com a revolução industrial

---

<sup>277</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Revisada e Aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 10-11.

<sup>278</sup> Aqui também é possível se formular críticas a opinião de Bulgarelli, pois o direito Civil brasileiro seria extremamente vivo e dinâmico como se percebe, a exemplo, da aplicação das cláusulas gerais que acabam por “oxigenar” nosso direito permitindo tanto a importação de teorias estrangeiras como o desenvolvimento de novas teorias. Da mesma forma é possível questionar como e quando se daria a derrogação da lei comum e se isso não geraria insegurança jurídica. No entanto, apesar da pertinência dessas críticas, a opinião de Bulgarelli é importante para se notar a especialidade dos contratos empresariais.

<sup>279</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 24 e 31.

<sup>280</sup> Outro exemplo de figura criada pelo direito empresarial que migrou para o direito comum é o modo de contratação entre ausentes. Nesse sentido cf. FORGIONI, Paula A. Interpretação dos Negócios Empresariais. In.

procurou-se encontrar instrumentos jurídicos especiais que fossem adequados para a realização das invenções e ajustes à transformação econômica ocorrida<sup>281</sup>.

Essa análise é extremamente importante no atual cenário em que se vive uma verdadeira revolução digital com criação de tecnologias que, em um primeiro momento, podem ser questionadas à luz do direito vigente, como os aplicativos de transporte, de locação de imóveis, as criptomoedas, dentre outros.

Tendo sido demonstrada a especificidade dos contratos comerciais, a seguir serão abordadas algumas de suas características<sup>282</sup> que colaboraram para o estudo da aplicação da teoria do inadimplemento eficiente a esses contratos.

### 3.2.1.1. Da Função Econômica dos Contratos Empresariais

No capítulo II foi demonstrado que a teoria do inadimplemento eficiente só é aplicável em casos nos quais há um “estado de indiferença” do credor entre receber a prestação pactuada ou receber indenização pecuniária. Sobre o tema é de se observar que nos contratos empresariais muitas vezes será possível identificar tal “estado de indiferença”<sup>283</sup>, isso em razão dos interesses eminentemente econômicos consubstanciados nestes contratos.

Paula Forgioni destaca que “nos contratos empresariais, a *economicidade final dos comportamentos de todos os partícipes* imprime-lhes características singulares, que refletirão nos negócios por eles celebrados”<sup>284</sup>. A autora ainda destaca que:

*A empresa não atua no mercado por outra razão última que não a obtenção de lucros, assim pode-se legitimamente supor que a celebração dos contratos interempresariais dá-se porque todas as partes acreditam que seus interesses estão sendo satisfeitos.*

---

*Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Wanderley Fernandes (coord). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 96.

<sup>281</sup> ASCARELLI, Tullio. *Panorama Del Derecho Comercial*. Buenos Aires. Editora Depalma: 1949. p. 1-28.

<sup>282</sup> A identificação dessas características contribui para a flexibilização de certos deveres legais como destaca Ricardo Lupion ao comentar a mitigação dos deveres de conduta derivados da boa-fé objetiva. GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 19 e 139.

<sup>283</sup> Por óbvio essa não é uma regra geral, pois há situações onde os interesses do credor dificilmente serão satisfeitos de maneira diversa do que a execução específica. Esse o caso de contratos que envolvem tecnologia ou bens específicos, para os quais, como demonstrado no capítulo II, a teoria do inadimplemento eficiente não é aplicável.

<sup>284</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 56.

O fim lucrativo é a característica fundamental a partir do qual se desdobram as demais peculiaridades dos negócios mercantis. Nestes, *todos* os polos têm sua atividade global voltada ao lucro, sendo o contrato (oneroso) um *instrumento* para atingir esse fim maior<sup>285</sup>.

Logo, na análise dos contratos empresariais há de se considerar o fim econômico pretendido pela parte<sup>286287</sup>, sendo que o contrato não passa de *instrumento* para se atingir tal fim<sup>288</sup>. E tão evidente o caráter instrumental do contrato, que já se afirmou que os empresários, no momento da contratação, dirigem sua atenção para os aspectos econômicos do negócio e não para aqueles jurídicos<sup>289</sup>:

Os empresários concentram sua atenção no acordo econômico, não no contrato. Eles estão interessados na troca central de bens e serviços e não prestam muita atenção à tarefa de planejar contingências. [...] As questões restantes que são tipicamente incluídas no contrato escrito pelos advogados geralmente, embora não invariavelmente, receberão pouca atenção das partes envolvidas na transação.<sup>290</sup>

Por fim, tendo em vista essa função econômica, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já destacou ser lícita a busca por ganhos maiores de acordo com as regras vigentes (que é o objetivo da parte que comete um inadimplemento eficiente):

Contudo, no feito em exame, não restou comprovada a prática desleal imputada à demandada que, por certo, buscava maior lucro em suas

---

<sup>285</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57-58.

<sup>286</sup> “Se os contratos empresariais visam sempre ao lucro, é impossível concebê-los distanciados da *necessidade econômica que buscam objetivamente satisfazer*, ou seja, à sua *função econômica*.” FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 60.

<sup>287</sup> Em todos os contratos deve-se buscar a intenção pretendida pelas partes, pois como dispõe o artigo 112 do Código Civil: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”. Com efeito, nos contratos empresariais há de se considerar, via de regra, a intenção econômica das partes.

<sup>288</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 57-58.

<sup>289</sup> Um exemplo de como aspectos jurídicos muitas vezes são relegados ao segundo plano são as cláusulas de resolução de disputas que, muitas vezes, são inseridas em contratos escritos ao fim das negociações, como um acréscimo e, por esse motivo, comumente são referidas como *midnightclause*. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5, ed. New York: Oxford, 2009. para. 2.04.

<sup>290</sup> Tradução livre de “[...] businessmen focus their attention on the economic deal, not the contract. They are interested in the core exchange of goods and services, and do not pay much attention to the task of planning for contingences. [...] The remaining issues that are typically included in the written contract by the lawyers will usually, though not invariably, receive scant attention from the parties to the transaction.”. COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2004. p. 150.

negociações sem restar evidenciado, no entanto, agir ilícito nesse desiderato, pois em se tratando de empresas comerciais aquele é objetivo primordial das mesmas num sistema capitalista, ou seja, auferir ganhos maiores de acordo com as regras do mercado vigente<sup>291</sup>.

Em suma, há de se ter em mente que “as partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade”<sup>292</sup>, sendo que nos contratos empresariais esses interesses serão sempre econômicos.

### 3.2.1.2. Do Egoísmo do Agente Econômico e da Concorrência e Rivalidade

Nos contratos empresariais não se pode esperar que uma parte seja altruísta a ponto de se sacrificar pela outra parte, pois como destaca Weigand:

As partes em transações comerciais independentes podem atuar em seus próprios interesses desde que honrem suas obrigações contratuais. Não há relação de dependência, nenhuma relação especial e nenhuma confiança e confiança especiais. Pelo contrário, na maioria das transações comerciais, as partes são entidades independentes que negociaram livremente os termos de sua barganha. Nessas relações, não há um dever "elevado" de boa-fé e os tribunais devem estar vigilantes em manter tal distinção e não inconscientemente impor obrigações fiduciárias às partes contratantes.<sup>293</sup>

Em tais contratos há uma rivalidade entre as partes, uma vez que o aumento do lucro de uma delas muitas vezes acaba levando a diminuição do lucro da outra. Como destaca Menezes Cordeiro, “cada parte sabe, o mais das vezes, que a sua mais-valia é a perda da contraparte”<sup>294</sup>. A exemplo, quanto mais alto o preço de aquisição de um produto menor será o lucro na revenda. Logo, não há dúvidas de que o agente empresarial:

<sup>291</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70029369659, Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª Câmara Cível, julgado em 10/06/2009.

<sup>292</sup> Tradução livre de “Le parti non stipulanocontratti per ilpiacerediscambiarsidichiarazionidivolontà” CHIOVENDA, Giuseppe. *Instuzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1933. 2. Vol. p. 188.

<sup>293</sup> Tradução livre de “The parties to an arm's length commercial transactions can act in their own self-interest so long as they honor their contractual obligations. There is no dependent relationship no "special relationship" and no special trust and confidence. To the contrary, in most commercial transactions the parties are independent entities who have freely negotiated over the terms of their bargain. In such relations, there is no "heightened" duty of good faith and courts must be vigilant in maintaining the distinction and not unwittingly foist fiduciary obligation upon commercially contracting parties.”. WEIGAND, Tory A. The duty of good faith and fair dealing in commercial contracts in Massachussetts. *Massachussetts Law Review*, 2004. p. 10 .

<sup>294</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 1.075 .

[...] perseguirá seus interesses em primeiro lugar; o agente econômico é *naturalmente egoísta*. Sem prejuízo da possibilidade ou probabilidade de cooperação, nos contratos empresariais é de se assumir que, se houver chance e for economicamente vantajoso, cada qual situará seu escopo adiante daquele do parceiro<sup>295</sup>.

Nesse sentido, Ricardo Lupion<sup>296</sup> comenta que os efeitos e o alcance do dever de cooperação nos contratos empresariais não devem ser examinados sob a mesma ótica de outros contratos:

Seria possível impor às empresas-contratantes o dever de agir de modo solidário e em cooperação com a contraparte? Sabe-se, desde logo, que as empresas são rivais e estão em permanente estado de disputa, tanto é exato que há lei específica (Lei 8.884/94) que regula as práticas anticoncorrenciais, como antes referido neste trabalho, razão pela qual se entre as empresas há disputa, rivalidade e competição, entendemos que, nesse ambiente, o conteúdo e o alcance das atitudes solidárias e de cooperação nos contratos empresariais precisam ser reavaliados e repensados<sup>297</sup>.

À luz dessa concorrência entre as partes na análise dos contratos empresariais é necessário ter cautela para estabelecer a existência de expectativas não previstas no contrato. Não se quer dizer que a boa-fé objetiva não será aplicável a esses contratos. Contudo, sua análise deve ser mais criteriosa do que no direito comum.

### **3.2.2. Da Necessidade de Aplicação Flexível de Certas Regras aos Contratos Empresariais**

Desde a promulgação do Código Civil de 2002 o direito contratual positivo está unificado, incidindo, em tese, indistintamente sobre os contratos empresariais e os contratos

---

<sup>295</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 160.

<sup>296</sup> A título de esclarecimento, Ricardo Lupion adota o termo empresa tanto como sujeito de direitos como atividade: “Por essas razões – seja porque há supedâneo legal para a adoção do significado *empresa-sujeito*, seja pelos traços comuns com uma instituição – o presente trabalho adotará o vocábulo *empresa* como agente de inclusão social, e seu papel relevante em relação aos direitos fundamentais sociais será elaborado adiante ao se tratar da função social e da responsabilidade social da empresa. Reconhece-se, todavia, que as acepções de *empresa* – no sentido subjetivo (como sujeito jurídico que exerce uma atividade, *empresa-sujeito*) e no sentido objetivo (como instrumento do exercício da atividade do empresário, *empresa-objeto*) – não formam “um conceito unitário de empresa” ou um “conceito geral que valha para todas as espécies empresariais e em todos os ramos do direito.” GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 95-96.

<sup>297</sup> GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 150.

civis<sup>298</sup>. Entretanto, a unificação do direito contratual não fez com que os contratos empresariais perdessem suas particularidades<sup>299</sup>, como foi demonstrado anteriormente. Assim, é necessário verificar a possibilidade de flexibilizar a aplicação de certas regras a esses contratos, sob pena de se engessar o desenvolvimento da atividade empresarial.

Defendendo a aplicação seletiva de certas regras aos contratos empresariais Paula Forgioni dispõe que:

Justamente porque o direito empresarial possui uma lógica peculiar, os textos normativos requerem interpretação/aplicação diversa, adequada à realidade que disciplinam.

Nas últimas décadas, os estudos empreendidos pela doutrina fizeram-nos ver como essa lógica, própria do direito comercial, impulsiona e é indispensável ao fluxo de relações econômicas. Por essa razão, um idealismo ingênuo e exagerado em torno de “novos” dogmas não pode cegar o intérprete a ponto de fazê-lo aplicar açodadamente textos normativos de abrangência geral (ou mesmo de inspiração consumerista) a contratos empresariais, desconsiderando sua especificidade em relação aos contratos de natureza diversa. Enfim, uma eventual orientação distorcida (ou seja, dando guarida a princípios conflitantes com a lógica comercialista) influenciará a interpretação dos contratos celebrados entre empresários ou sociedades empresárias e, conseqüentemente, poderá dificultar a concretização da função econômica deles esperada.<sup>300</sup>

Em consonância com Paula Forgioni, antes mesmo da promulgação do Código Civil de 2002, Martins já sustentava que o direito comum das obrigações deveria se amoldar a realidade mercantil, dadas as características próprias da atividade comercial:

Em princípio, esse direito é de caráter geral e, desse modo, afeta os comerciantes e não-comerciantes: por tal razão diz-se que é um *direito comum*, com regras de caráter amplo e inespecífico. Dadas, entretanto, as características próprias das atividades comerciais, muitas vezes as regras gerais sofrem o impacto da realidade mercantil e são a ela amoldadas.<sup>301</sup>

<sup>298</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (EfficientBreach) nos Contratos Empresariais. In *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1.099-1.100; HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 54.

<sup>299</sup> Como destacam Marcia Ribeiro e Irineu Galeski “a unificação do Direito Privado não resistiu às especificidades do Direito de Empresa”. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 15

<sup>300</sup> FORGIONI, Paula A. Interpretação dos Negócios Empresariais. In *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Wanderley Fernandes (coord). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 97-98.

<sup>301</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Revisada e Aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 3.

No que tange aos contratos que têm normas comuns às do Direito Civil, existem, ainda assim, certas peculiaridades próprias das atividades comerciais que acentuam a diferença entre eles. [...]

Sendo o Direito Comercial um Direito em perene transformação, ligado essencialmente às contingências econômicas, políticas e sociais do mundo, os contratos mercantis necessariamente têm de se adaptar a essa variabilidade, muitas vezes sendo forçados a fugir às regras formais do Direito Civil<sup>302</sup>.

Nota-se, portanto, que, segundo a doutrina, “o simples fato de o Código Civil ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não impõe que a interpretação e aplicação de ambos sejam iguais na sua essência”<sup>303</sup>.

Corroborando esse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça já estacou expressamente que:

1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da forçaobrigatória das avenças.

2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. [...]

Nos contratos empresariais, dada a simetria natural que há entre as partes contratantes, a situação é diferente. Não se pode tratá-los da mesma forma que os demais contratos de direito privado, tais como os contratos de trabalho, os contratos de consumo ou mesmo os contratos entre particulares.

O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais.<sup>304</sup>

Também o Enunciado n. 21 da I Jornada de Direito Comercial afirma que “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.

<sup>302</sup> MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Revisada e Aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 63.

<sup>303</sup> HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 57.

<sup>304</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 936.741/GO, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012.

Um exemplo de situação a demandar interpretação especial do Código Civil são os contratos empresariais de franquia<sup>305</sup> que não podem ser caracterizados como contratos de consumo ou tidos, necessariamente, como contratos de adesão.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “o contrato de franquia é, pois, essencialmente, figura de comércio, celebrado por comerciantes para fornecimento de produtos e serviços para terceiros, estes, sim, os destinatários finais”<sup>306</sup>.

Contudo, em mais de uma oportunidade, o mesmo Superior Tribunal de Justiça já entendeu que o contrato de franquia deveria ser considerado contrato de adesão, isso sem abordar qualquer especificidade do caso. Um julgado recente que demonstra esse entendimento é o Recurso Especial n. 1.602.076 no qual, a partir da ideia de que a franquia seria um contrato de adesão, anulou a cláusula arbitral prevista<sup>307</sup>. Esse entendimento já foi objeto de questionamento por outras decisões judiciais posteriores<sup>308</sup>.

E ao comentar a decisão do Recurso Especial n. 1.602.076, Danilo Orenge e Maria Fernanda Ferrero destacam justamente as particularidades desses contratos, ao afastar o entendimento de que eles seriam necessariamente contratos de adesão. Na oportunidade, os autores concluem que a regra deveria ser que os contratos de franquia não são contratos de adesão, sob pena de prejudicar e desestabilizar o mercado de *franchising*<sup>309</sup>.

---

<sup>305</sup> Inclusive esses contratos são regulados por lei especial: Lei nº 8.955/1994.

<sup>306</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 632.958/AL, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma, julgado em 04/03/2010, DJe 29/03/2010.

<sup>307</sup> BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.602.076/SP, Relatora Ministra Nancy Andrichi. Terceira Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016.

<sup>308</sup> BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 1047574-03.2017.8.26.0100, Relator Desembargador Alexande Lazzarini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 23/03/2018, DJ 02/05/2018.

<sup>309</sup> Na íntegra: “A conclusão alcançada no precedente, de que contratos de franquia são inegavelmente contratos de adesão, parece, a bem da verdade, tratar-se de uma generalização apressada e que não representa, necessariamente, a realidade vivida entre franqueados e franqueadores.

Usando como base a própria doutrina citada no acórdão, vê-se que o professor Carlos Alberto Carmona entende que um contrato se torna de adesão quando “*basicamente, uma das partes, o policitante, impõe à outra – o oblato – as condições e cláusulas que previamente redigiu*”. A imposição é, portanto, requisito fundamental.

Ocorre que em um contrato de franquia a situação é distinta, isto porque as cláusulas e condições previamente redigidas assim o são justamente pela vontade das partes, não havendo que se falar em imposição, mas desejo tanto do franqueador como do franqueado de que a contratação da franquia ocorra sob as mesmas condições a todos os franqueados indistintamente.

Pelo lado do franqueador, a existência de um núcleo fixo de cláusulas garante que o seu conhecimento e sua tecnologia serão respeitados por todos os franqueados, mantendo a unicidade da marca — e consequentemente seu valor — em todo o território de atuação. Isso confere a necessária estabilidade de sua forma de operação.

Outros exemplos de situações em que deve ser dada atenção às peculiaridades dos contratos empresariais são trazidos por Paula Forgioni<sup>310</sup>:

Sabemos que interpretar um contrato entre o fornecedor e o distribuidor é diferente de interpretar uma doação do pai para a filha que vai se casar. Ou, ainda que o método de exegese de um testamento diverge daquele dos contratos que corporificam uma grande fusão. É mesmo evidente que os negócios mercantis merecem um tratamento interpretativo diverso daquele reservado às relações entre fornecedores e consumidores, porque estas últimas obedecem a princípios que não podem ser aplicados aos vínculos entre

---

Pelo lado do franqueado, essas mesmas cláusulas padronizadas lhe trazem a segurança de que o alto investimento está sendo direcionado para uma franquia segura, estável e comprometida com o crescimento da marca, pois eventual diferenciação nos contratos firmados entre cada franqueado poderia criar insegurança e desequilíbrio entre as partes contratantes e também entre os próprios franqueados, podendo, inclusive, afetar a franquia no aspecto quantitativo e qualitativo do serviço ou produto a ser disponibilizado no mercado.

Logo, ao suposto “aderente”, a mínima padronização do contrato é algo desejado e esperado para a própria segurança e prosperidade de seu novo negócio — é, na realidade, a razão para se buscar um contrato de franquia.

Essa padronização, todavia, não significa que o contrato de franquia é absoluto e imutável, como ocorre nos contratos de adesão. Condições e obrigações que não afetem o núcleo essencial do produto ou serviço idealizado na franquia podem ser, e costumeiramente são, negociados entre as partes, seja por uma questão meramente negocial ou por adequação aos aspectos peculiares de determinada franquia, como por exemplo, fatores regionais, climáticos e culturais.

Por óbvio as distinções entre contratos de adesão e contratos de franquia não param por aí. Enquanto os primeiros podem ser concluídos rapidamente e muitas vezes em questão de minutos, a relação de *franchising* não é — e sequer pode ser — formalizada de imediato. A fase de negociação e troca de informações é uma fase imprescindível e obrigatória. [...]

Com esses pontos em mente é que se pode concluir que o entendimento do acórdão do STJ, de que todo contrato de franquia é inegavelmente um contrato de adesão, é perigoso. A premissa não é absoluta e tampouco deve ser interpretada de forma generalizada.

A regra geral deve ser de que o contrato de franquia não é de adesão e sim um contrato de natureza empresarial, no qual não há a imposição das cláusulas padronizadas, mas sim a reprodução do desejo das partes de que a contratação da franquia seja feita sob as mesmas condições a todos os franqueados, como forma de paridade e igualdade entre os franqueados e também para garantir o sucesso e a saúde financeira do sistema de franquia.

A análise da questão é delicada e deve ser feita de forma individualizada e mediante o estudo das provas de cada caso, de modo a verificar o perfil da empresa franqueadora e do franqueado, os termos do contrato de franquia e os fatos ocorridos durante a fase pré-contratual para se afastar a premissa de que aquele contrato é oriundo de uma relação eminentemente empresarial.

Inverter o raciocínio, presumindo primeiramente a natureza de adesão, abre margem para que não apenas as cláusulas de arbitragem sejam consideradas de plano abusivas e ilegais, como também diversas outras cláusulas essenciais à operação da franquia o sejam, prejudicando e desestabilizando, dessa maneira, o mercado de *franchising*.” ORENGA, Danilo. FERERO, Maria Fernanda. Entendimento de que todo contrato de franquia é de adesão é perigosos.” In. <https://www.conjur.com.br/2016-nov-27/entendimento-todo-contrato-franquia-adesao-perigoso>. Acesso em 10/12/2018.

<sup>310</sup> Muito embora aqui se concorde, pelo menos em parte, com o entendimento de Paula Forgioni é necessário destacar que os exemplos trazidos pela autora, no intuito de ser feita comparação com os contratos empresariais, não são os mais adequados para comprovar seu argumento. A doação do pai para a filha seria um contrato gratuito cuja interpretação é diferente dos demais contratos civis. O mesmo comentário é válido para o testamento que, além de ser gratuito, é ato de disposição da última vontade e *não é contrato*. Por fim, não é correto tratar o consumerismo como característica dos contratos civis; até mesmo porque há lei própria para os contratos que envolvam relação de consumo (Lei nº 8.078/1990).

empresários, sob pena de introduzirmos no corpo do direito comercial um inadequado “consumerismo” fadado à rejeição<sup>311</sup>.

Pelo exposto, existe o entendimento de que o direito positivo deve ser aplicado de maneira seletiva aos contratos empresariais, uma vez que o “*direito comercial tem fundamentos próprios, mesmo diante de um código obrigacional único.*”<sup>312</sup>

Entretanto, aqui se entende que essa ideia de aplicação seletiva de regras aos contratos empresariais deve ser adotada com ressalvas. Diante de um caso concreto não seria possível que o julgador decidisse quais artigos do Código Civil ira aplicar com base no fato de que os contratos empresariais demandam um tratamento especial. Do contrário haveria verdadeira insegurança jurídica<sup>313</sup> e até mesmo usurpação, pelo intérprete, do poder de legislar.

No presente no trabalho entende-se que o que pode vir a existir é, na realidade, uma aplicação *flexível* de certas regras (que é diferente de aplicação seletiva de regras) aos contratos empresariais, sendo que tal flexibilidade se dá por meio das cláusulas gerais<sup>314</sup> e dos conceitos indeterminados<sup>315</sup> previstos no Código Civil. Assim, diante da boa-fé objetiva e de conceitos indeterminados como o do art. 478 do Código Civil<sup>316</sup> será possível que o intérprete leve em

---

<sup>311</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 218.

<sup>312</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 216.

<sup>313</sup> E, como destaca Humberto Ávila, “[s]egurança jurídica é um valor constitutivo do Direito visto que sem um *mínimo* de certeza, de eficácia e ausência de arbitrariedade não se pode, a rigor, falar de um sistema jurídico”. ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 133.

<sup>314</sup> Como destaca Christian Lopes “[a]s cláusulas gerais são tidas como normas em branco que remetem o julgador a pautas de valorações do caso concreto, a partir das quais ele criará o direito aplicável ao caso.” LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147.

<sup>315</sup> Nos conceitos indeterminados, a expressão vaga está na descrição do fato previsto, sendo que esse fato consiste em pressuposto para a aplicação da norma. Assim, diferentemente das cláusulas gerais, a vagueza será restrita apenas à caracterização dos fatos. A consequência já é prevista na norma, não havendo nenhuma criação do direito pelo intérprete. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 146.

<sup>316</sup> O art. 478 do Código Civil prevê o conceito indeterminado da excessiva onerosidade: “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

À luz dessa indeterminação, Christian Lopes destaca que o juiz “[p]oderá tanto valer-se dos usos e costumes locais, daquele determinado ramo de atividade e dos valores vigentes em certo local e certo ramo de atividade. Em outras palavras, deverá integrar o conceito indeterminado com a seguinte cogitação: pessoas situadas nesse ramo de atividade, nesse local e nesse contexto histórico consideram razoável que a parte seja eximida de cumprir sua obrigação se houver um aumento inesperado de quarenta e nove (ou cinquenta) por cento?” LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 146.

consideração a especificidade dos contratos empresariais ao aplicar determinada regra, podendo vir a flexibilizá-la.

Feita essa digressão, nota-se que tão relevante a aplicação flexível de regras aos contratos empresariais para o presente estudo que Juliana Krueger Pela, considerando a especificidade desses contratos, já apresentou a reflexão sobre eventual possibilidade da aplicação da teoria do inadimplemento eficiente no Brasil com foco nesses contratos:

[...] a recente doutrina brasileira – representada por Paula FORGIONI – destaca as diferenças funcionais dos contratos empresariais e defende a necessidade de aplicação seletiva de certas regras a contratos empresariais. Seria a suposta proibição ao *efficient breach* uma dessas regras a reclamar aplicação seletiva, nos contratos empresariais?

Isso porque se trata de contratos entre profissionais, que regem sua atuação em mercado e, que por isso, têm como seu centro de gravidade a questão da alocação de risco entre as partes.<sup>317</sup>

Assim, na análise da aplicação da teoria do inadimplemento eficiente aos contratos empresariais à luz do direito brasileiro deve ser verificada a aplicação flexível de regras positivas a esses contratos, visando atender questões como a função econômica do contrato<sup>318</sup> e a racionalidade econômica dos empresários<sup>319</sup>.

Tendo sido demonstradas as características dos contratos empresariais que contribuem para o estudo da aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro, a seguir serão analisadas algumas premissas da análise econômica do direito, uma vez que, além

<sup>317</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (EfficientBreach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1.100.

<sup>318</sup> Paula Forgioni comenta ser relevante a causa econômica do negócio: “a *causa* do negócio no direito comercial assume importância, porque *permite a objetificação do comportamento do comerciante no mercado e, com isso a possibilidade de seu cálculo pelo outro*. A atenção à causa do negócio transforma-se em fator intrinsecamente ligado à *proteção da legítima expectativa da outra parte, da chamada boa-fé objetiva* e, como quer Roppo, à gestão de uma economia capitalista” ou às “regras de bom funcionamento do mercado” In. FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 215.

Muito embora a autora faça menção a “causa do negócio” ela, na página 219 de seu livro, identifica essa como a função econômica, sendo que mais afrente ela ainda dispõe que: “a função da causa que nos interesse *não* é aquela de determinar a licitude ou ilicitude da avença, nem tampouco saber se deve ser incluída entre os requisitos essenciais do ato jurídico. O importante é *compreender como a causa do negócio pode pautar a sua interpretação, de acordo com a lógica do sistema de direito comercial* [ou conforme os seus princípios peculiares].” FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 216.

Em razão desses comentários no presente trabalho faz-se menção a “função” em vez de “causa” a fim de se evitar todas as discussões que o conceito de “causa” gera no direito brasileiro, como já mencionado anteriormente.

<sup>319</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 215

de a teoria do inadimplemento eficiente estar ligada aos pressupostos desta, a AED fornece ferramentas para a análise de alguns possíveis obstáculos legais à aplicação da teoria do inadimplemento eficiente no direito brasileiro.

### 3.3. Da Análise econômica do direito

A análise econômica do direito é o estudo integrado do direito e da economia para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas<sup>320</sup>, a partir do qual é feita uma interpretação econômica do direito que “influi nas decisões judiciais, nas quais se infere preocupações com externalidades, análise de custo-benefício e o princípio de maximização de riqueza”<sup>321</sup>.

Com efeito, quando se admite a utilidade da eficiência econômica para a interpretação jurídica pode-se utilizar a AED de duas maneiras, como destaca Brossard:

Quando se admite que a eficiência econômica é útil para a interpretação jurídica, pode-se utilizá-la de duas maneiras, seja na modalidade positiva como normativa. Diz-se positiva aquela que avalia o ordenamento jurídico posto e as reais consequências que causa, permitindo uma análise crítica ao se confrontar os estímulos conferidos e os objetivos visados pela legislação, ao passo que a normativa tem um viés prescritivo sobre qual seria a regra legal ideal para a consecução das políticas públicas almejadas, sempre conjugada à eficiência. Assim, pode-se concluir que o objetivo da análise econômica do direito consiste em prever os efeitos comportamentais que as normas e o ordenamento jurídico têm na alocação de recursos, a partir dos incentivos ao comportamento dos agentes. O fim último é justamente, a partir das conclusões obtidas, averiguar quais são os incentivos adequados para o desenvolvimento e implementação de estruturas jurídicas que favoreçam a eficiência, a qual também deve ser a matriz interpretativa judicial para dirimir controvérsias.<sup>322</sup>

---

<sup>320</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 53.

<sup>321</sup> MILAGRES DE OLIVEIRA, Marcelo. *O Contrato como Instrumento de Política Econômica*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2003. Dissertação de Mestrado, p. 20.

<sup>322</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 89.

Sobre a AED, Márcia Ribeiro e Irineu Galeski comentam que “A escola de *Law & Economics*, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem estar dentro dos limites morais”<sup>323</sup>.

O estudo da teoria do inadimplemento eficiente deve levar em consideração a Análise Econômica do Direito, uma vez que, além de possuir grande aplicação no ramo dos direitos dos contratos<sup>324</sup>, ela permite identificar, de um ponto de vista econômico-social, qual atitude implicará em um menor emprego de recursos econômicos para o mesmo resultado ou aplicação dos mesmos recursos para um resultado melhor<sup>325</sup>.

Demonstrado o que é a Análise Econômica, a seguir serão destacadas algumas<sup>326</sup> de suas premissas.

### 3.3.1. Alguns conceitos fundamentais da análise econômica do direito

A premissa básica por trás de qualquer análise econômica é que as necessidades humanas são infinitas, mas os recursos disponíveis são limitados. A partir dessa premissa macro, a Análise Econômica do Direito propõe que a eficiência seja o critério norteador para a consecução das necessidades humanas<sup>327</sup>.

Nota-se, portanto, que a Análise Econômica do Direito, da mesma forma que a teoria do inadimplemento eficiente, busca a maximização de riquezas na sociedade, fazendo com que “o bolo econômico” fique tão grande quanto possível<sup>328</sup>.

---

<sup>323</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 89-90.

<sup>324</sup> A Análise Econômica do Direito visa estudar os impactos do contrato e de suas consequências, dentre elas aquelas advindas de eventual descumprimento. Nesse sentido cf. PIMENTA, Eduardo Goulart; R.P. LANA, Henrique Avelino. Análise Econômica do Direito e sua Relação com o Direito Civil Brasileiro. In. *Rev. Fac. Direito UFMG*, n. 57, jul/dez 2010. Belo Horizonte. p. 130.

<sup>325</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 94.

<sup>326</sup> Serão abordadas somente as premissas que podem vir a contribuir para o presente estudo. Para uma análise de todas as premissas cf. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

<sup>327</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 88.

<sup>328</sup> POSNER, Richard. Wealth Maximization and Judicial Decision-Making. *International Reviewof Law and Economics*, n. 4, dez. 1984. p. 132.

As principais premissas da teoria são trazidas pela doutrina<sup>329</sup>, sendo que aqui serão apontadas apenas algumas que contribuem para o estudo da aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro.

Uma primeira premissa é a de que os indivíduos estão em uma constante busca pela maximização de sua satisfação, benefícios e proveitos. Como destaca Cláudia Perri: “o agente, tendo conhecimento das vantagens e dos custos de determinado bem ou serviço, prefere aquele que lhe proporcionará maior utilidade”<sup>330</sup>.

A segunda premissa é a eficiência tida como “pedra de toque da análise econômica do direito”<sup>331</sup>, que é a “circunstância em que a alocação de recursos está no ponto cujo valor atribuído aos mesmos está maximizado”<sup>332</sup>.

Acerca do modo de aferição da eficiência há dois conceitos que merecem destaque: o modelo de Pareto e o de Kaldor-Hicks.

O modelo de eficiência de Pareto é um conceito de economia desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto, sendo definido como uma situação em que a posição de uma parte melhora sem a constatação de prejuízo da posição da outra parte<sup>333</sup>. A partir desse critério, uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se não for possível melhorar a utilidade de um agente, sem prejudicar outro agente econômico<sup>334</sup>.

---

<sup>329</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005; RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009; HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado.

<sup>330</sup> HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 37.

<sup>331</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 93.

<sup>332</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 96.

<sup>333</sup> PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia. *Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)*, vol. 11, 2008. p. 100.

<sup>334</sup> “A state of affairs is defined as Pareto efficient if it is the case that compared with it, no one's utility can be raised without reducing someone else's utility.” SEN, Amartya. *Markets and freedom: Achievements and limitations of the market mechanism in promoting individual freedoms*. *Oxford Economic Papers*. v. 45, No. 4 (Oct., 1993). p. 521.

Já o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks foi proposto por Nicholas Kaldor e John Hicks, partindo da premissa de que “as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica, as eventuais perdas sofridas por alguns”<sup>335</sup>.

O critério de Kaldor-Hicks busca superar as restrições do critério de Pareto, trazendo para o conceito de arranjo eficiente a ideia de compensação, sendo os ganhos globais privilegiados em detrimento dos individuais<sup>336</sup>.

Esse critério passou a ser mais utilizado do que o modelo de Pareto<sup>337</sup>, pelo fato de que no mundo real praticamente todas as relações geram benefícios para uns e prejuízos para alguns<sup>338</sup>. Ao se adotar o modelo de Pareto, portanto, grande parte dos casos em que há uma eficiência líquida seriam deixados de lado pelo fato de alguém ter sido prejudicado, mesmo que seu prejuízo seja mínimo. Ainda, a utilização do modelo de Kaldor-Hicks parte da ideia de que se o objeto do conceito é a eficiência não importa se alguém perde desde que no geral exista um aumento de riquezas.

Com base nesse conceito, entende-se que na vida em sociedade seria aceitável e, até mesmo vantajoso, pequenos sacrifícios em prol da coletividade<sup>339</sup>:

---

<sup>335</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 86.

<sup>336</sup> Como destaca Marcos Brossard, esse critério “[s]e vale da mesma abordagem intuitiva da eficiência paretiana, mas com a alteração de uma premissa que torna substancial a sua diferenciação: de acordo com este critério, uma situação será mais eficiente em comparação à outra se uma das partes estiver em melhor situação, podendo outras estar em situação pior, contanto que os ganhos da parte em vantagem sejam superiores à soma das perdas dos demais. Assim, sendo o somatório dos benefícios superior ao dos prejuízos, haverá excedente econômico e, comparativamente, a situação será considerada eficiente, mesmo com uma parte saindo prejudicada.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 96.

<sup>337</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 96.

<sup>338</sup> “If states of affairs could be ranked by the Pareto standards only, most, if not all, changes that take place in the real world could not be compared. Most real world policies produce winners as well as losers and the Pareto criteria cannot help us evaluate them.” COLEMAN, Jules. *The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner’s “The Economics of Justice”*. *Stanford Law Review*. Vol. 34, No. 5 (May, 1982). p. 1.107.

<sup>339</sup> Por óbvio não será sempre que o sacrifício de alguns para benefício da maioria será tolerado, mesmo no modelo Kaldor-Hicks. Do contrário estaríamos a desconsiderar todas as críticas acerca do uso exacerbado da filosofia do utilitarismo que, assim, como a AED, é uma teoria consequencialista. Sobre objeções ao utilitarismo cf. SANDEL, Michael J. *Justiça o que é fazer a coisa certa*. 23ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017; GUEDES DE LIMA, Francisco Jozivan. MACIEL, Everton Miguel Puh. Os Êxitos e os Limites Morais do Utilitarismo de Bentham: uma abordagem a partir de Sandel. In. *AUFKLÄRUNG*. João Pessoa, v.5, n.2, Mai.Ago., 2018, p.109-122.

Sob o ponto de vista social, poderia se discutir que o conceito paretiano fornece uma proposta mais vantajosa e até aceitável para a coletividade, na medida em que não permite, na comparação de situações, que nenhuma das partes envolvidas direta ou indiretamente na relação esteja em situação pior do que estaria originalmente. Todavia, sendo a premissa do conceito da eficiência a melhor alocação de recursos, que são limitados, estas perdas poderiam ser consideradas pequenos “sacrifícios” individuais em favor da coletividade, como é comum na vida em sociedade<sup>340</sup>.

O modelo Kaldor-Hicks é frequentemente utilizado em políticas públicas, em razão da ideia de que há eficiência quando uma pessoa ou um grupo é prejudicado, mas a grande maioria é beneficiada<sup>341</sup>. Com base na AED, entende-se que independentemente da política pública a ser implementada, “não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios”<sup>342</sup>

Assim, esse critério pode ser utilizado para verificar quais medidas de política pública que, tendo por foco direto diminuir algum problema, podem acabar por aumentá-lo em longo prazo. Segundo Márcia Ribeiro e Irineu Galeski, exemplo dessa situação é a determinação de diminuição dos juros por partes das instituições financeiras, com vistas ao bem-estar dos pequenos tomadores de crédito, que pode acabar incentivando que as instituições reduzam a oferta, prejudicando pessoas que necessitavam do mútuo<sup>343</sup>.

Ainda, comparando os modelos de Pareto e Kaldor-Hicks, Vasco Rodrigues apresenta o seguinte exemplo:

Na noite de 3 para 4 de julho de 2006, a Fundação de Serralves realizou nos seus jardins um concerto que prolongou até ao dia raiar. As centenas de metros que separam a minha casa dos ditos jardins foram insuficientes para me permitir dormir. Se quem autorizou esta malfadada iniciativa se tivesse baseado no critério de Pareto, o concerto não teria se realizado. A sua realização não é uma melhoria de Pareto: proporciona benefícios a alguns, mas, pelo menos, prejudica-me a mim. Mas este exemplo ilustra bem as limitações do critério de Pareto. Se eu me dirigisse às autoridades para tentar

<sup>340</sup>BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 96.

<sup>341</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 88-89.

<sup>342</sup> GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia in TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 27.

<sup>343</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 88.

impedir a realização do concerto já autorizado e estes se baseassem naquele critério, não deveriam dar provimento ao meu pedido: impedir o conceito proporciona-me benefícios a mim mas prejudica aqueles que o pretendessem ouvir. O critério Kaldor-Hicks é menos ambíguo. De acordo com este critério, as autoridades deveriam procurar quantificar quanto é que os frequentadores do concerto estariam dispostos a pagar a ele assistir e quanto é que eu e os restantes prejudicados pelo concerto estaríamos dispostos a pagar para não ter que o suportar. Se o primeiro montante fosse maior do que o segundo, o concerto deveria ser autorizado. Caso contrário, não o deveria ser<sup>344</sup>.

Demonstrados os modelos de aferição de eficiência na AED, no presente trabalho entende-se que a teoria do inadimplemento eficiente está mais relacionada ao modelo de Pareto do que ao modelo de Kaldor-Hicks, mesmo que este venha sendo mais utilizado nos dias de hoje. Isso porque na visão de Kaldor-Hicks, diferentemente da de Pareto, é possível que haja prejuízo a uma das partes, desde que os benefícios às demais sejam superiores à soma dos danos. E como definido no capítulo anterior, somente pode se falar em inadimplemento eficiente quando nenhuma das partes ficar em situação econômica pior em relação ao que estaria caso o contrato tivesse sido cumprido. Ou seja, tal como o modelo de Pareto, no inadimplemento eficiente não se admite a piora de uma das partes, donde se conclui que seu fundamento é a eficiência de Pareto<sup>345</sup>.

Outra premissa é que os agentes econômicos agem de forma racional<sup>346</sup> na tomada de decisões<sup>347</sup>, sendo que “escolher de forma racional é saber analisar a utilidade marginal de um

---

<sup>344</sup> RODRIGUES, Vasco. *Análise económica do direito*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 30.

<sup>345</sup> Grande parte da doutrina entende que o inadimplemento eficiente sustenta-se em premissas de Pareto. A exemplo ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 735.

<sup>346</sup> O critério da racionalidade é muito questionado, uma vez que nem sempre as atitudes e escolhas são oriundas da razão. Nesse sentido, estudos da escola denominada Economia Comportamental (*Behavioral Economics*) demonstram que a decisão dos agentes é frequentemente irracional e impulsiva. Esses estudos vêm ganhando força, sendo que Daniel Kahneman foi premiado com o Prêmio Nobel de Economia em 2002, pelo estudo sobre vieses na tomada de decisões. Em 2017, Richard Thaler foi o ganhador do Prêmio Nobel de Economia, também, em estudos sobre a Economia Comportamental.

Sobre preceitos da Economia comportamental cf. KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012; KAHNEMAN, Daniel. MAPS OF BOUNDED RATIONALITY: A PERSPECTIVE ON INTUITIVE JUDGMENT AND CHOICE. In: *The Nobel Prizes 2002*. Editor Tore Frangsmyr, [Nobel Foundation], Stockholm, 2003, p. 449-489; e FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 102-106.

<sup>347</sup> É necessário diferenciar o “agir” de forma racional do “ser” racional. Sobre o tema Marcia Ribeiro e Irineu Galeski destacam que “[é] possível afirmar que o pressuposto econômico refere-se ao ‘agir’ de forma racional, ou seja, de acordo com as conclusões pessoais do que proporciona mais utilidade, não que os agentes ‘sejam racionais’, ou seja, que escolhem o que seria mais lógico de um ponto de vista coletivo.” RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 82.

bem”<sup>348</sup>, e, ainda, o “o agente, tendo conhecimento das vantagens e dos custos de determinado bem ou serviço, prefere aquele que lhe proporcionará maior utilidade”<sup>349</sup>.

Entende-se que o processo de escolha dos agentes, via de regra, terá como objetivo a maximização da utilidade do seu resultado para as partes envolvidas. Inclusive, essa racionalidade do agir é válida para o direito contratual “na medida em que o comportamento e atitudes dos contratantes, seja na formação como na execução do contrato, levará em consideração as medidas que supostamente visem a maximizar o seu bem-estar”<sup>350</sup>.

É importante destacar que muito embora o agente avalie suas opções a partir de uma percepção subjetiva, o conceito de racionalidade é objetivo<sup>351</sup>, sendo que as preferências dos indivíduos podem ser analisadas economicamente por terceiro, a partir da racionalidade.

Nota-se que a ideia de racionalidade pode ser verificada mais facilmente nos contratos empresariais, uma vez que neles os agentes sempre procurarão maximizar seu bem estar, como demonstrado anteriormente.

Outra premissa que deve ser destacada, é a existência de custos de transação, sendo que:

Para celebrar uma transação econômica, da mais simples à mais complexa, não se deve considerar na apuração da conveniência e oportunidade, no fluxo negativo, apenas o valor que será pago à outra parte ou a obrigação que será prestada, mas também todos os demais custos que integram a formação, celebração e execução do negócio<sup>352</sup>.

A verificação dos custos de transação possui relação direta com o início do desenvolvimento da AED, uma vez que sua sistematização foi feita nos artigos de Ronaldo

---

<sup>348</sup> *Idem.*

<sup>349</sup> HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 37.

<sup>350</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 98.

<sup>351</sup> FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 68; BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 99.

<sup>352</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 102.

Coase, *The Nature of the Firm*<sup>353</sup> e *The Problem of Social Cost*<sup>354</sup>, nos quais o autor verificou que na ausência de custos transacionais, os recursos serão alocados junto àqueles que lhes atribuem o maior valor. E, sem dúvidas, a questão dos custos de transação é importante para buscar relações econômicas mais eficientes<sup>355</sup>.

Tendo em vista que os custos de transação englobam questões como, a negociação e ajustamento das condições do negócio e a formalização do contrato<sup>356</sup>, é que conseguimos enfrentar problemas na interpretação de contratos como a existência de lacunas, sendo que nem toda omissão contratual deve ser tida como um verdadeiro “silêncio eloquente”<sup>357</sup>:

[...] a confecção de um contrato em que as partes, cientes que a previsão de todas as contingências e consequências não seria só impossível como demandaria tempo e dinheiro (custos transacionais), compreendem que seria ineficiente incorrer em gastos relativos a circunstâncias que se mostram muito distantes e improváveis – além do que poderiam perfeitamente se esquecer de prever situações mais plausíveis e que mereciam ser reguladas. Em função disso que ordinariamente opta-se por redigir o pacto apenas com disposições que reputam mais realistas e que justifiquem o dispêndio inerente à negociação e formalização<sup>358</sup>.

Em sentido semelhante, Paula Forgini destaca que “muitos aspetos da função econômica dos negócios interempresariais apenas podem ser dimensionados a partir desses custos e de sua influência na mecânica da decisão empresarial”<sup>359</sup>.

---

<sup>353</sup> COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*. 1937.

<sup>354</sup> COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. Chicago, v. 3, out., 1960.

<sup>355</sup> RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 107.

<sup>356</sup> PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 62.

<sup>357</sup> A ideia de silêncio eloquente é extrair alguma interpretação do silêncio do legislador na lei ou das partes no contrato. Nessa hipótese se consideraria uma questão não disciplinada pelas partes em contato como algo não desejado por elas. No entanto, a impossibilidade de se entender toda lacuna como uma manifestação de vontade é que dá origem a premissa de que os contratos são necessariamente incompletos.

<sup>358</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 104.

<sup>359</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 144.

Por fim, é necessário destacar a premissa de que os contratos são necessariamente incompletos, sendo essa uma técnica de decisão nas relações contratuais, em razão do grau de complexidade e da capacidade limitada de se antecipar todas as possíveis contingências<sup>360</sup>.

A ideia de contrato incompleto tem intrínseca relação com a noção de custos de transação porque não é vantajoso para as partes, tendo em vista esses custos, tentar pactuar todos os acontecimentos possíveis de ocorrer no curso da relação contratual<sup>361</sup>. E mesmo que quisessem realizar um contrato completo, elas não conseguiriam, já que “é impossível pressupor todos os acontecimentos ou eventos que poderão ter lugar entre os seres humanos, em especial no futuro”<sup>362</sup>. Há de se ter em mente que os agentes possuem racionalidade limitada. Como bem resume Paula Forgioni “não se consegue e não se quer prever tudo nos instrumentos contratuais”<sup>363</sup>.

A partir desses conceitos, percebe-se que a AED está extremamente relacionada à possibilidade de se aplicar a teoria do inadimplemento eficiente nos contratos empresariais, uma vez que: (i) a teoria do inadimplemento eficiente busca maximizar os recursos na sociedade; (ii) os agentes nos contratos empresariais, na maioria das vezes, serão racionais (pelo menos mais racionais que os demais agentes), de maneira a aumentar a utilidade da transação; (iii) em razão dos custos de transação, as partes possuem dificuldade em renegociar o contrato de forma a aumentar a eficiência; (iv) os contratos são incompletos, de forma que as partes não conseguem prever todas as contingências; e (v) os contratos são necessariamente incompletos, em razão dos custos de transação, sendo que o fato de as partes deixarem de negociar questões

---

<sup>360</sup> CAMINHA, Uinie. LIMA, Juliana Cardoso. CONTRATO INCOMPLETO: UMA PERSPECTIVA ENTRE DIREITO E ECONOMIA PARA CONTRATOS DE LONGO TERMO. In. *REVISTA DIREITO GV*, São Paulo 10(1)|JAN-JUN 2014, p 162.

Paula Forgioni também destaca “A inexistência de previsão contratual sobre determinadas questões pode derivar do *comportamento estratégico das partes* que, visando à realização da transação, evitam enfrentar aspectos que poderiam ameaça-la.” FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 86.

<sup>361</sup> “A realização de um contrato mais próximo do completo demandaria um maior desembolso para a sua elaboração e execução” CAMINHA, Uinie. LIMA, Juliana Cardoso. CONTRATO INCOMPLETO: UMA PERSPECTIVA ENTRE DIREITO E ECONOMIA PARA CONTRATOS DE LONGO TERMO. In. *REVISTA DIREITO GV*, São Paulo 10(1)|JAN-JUN 2014, p. 163.

<sup>362</sup> PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 117

<sup>363</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 61.

como a exclusão de alguma *default rule* prevista na lei, não faz com que o silêncio possa, por si só, implicar numa concordância das partes com a matéria não tratada.

## IV – DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE À LUZ DO DIREITO BRASILEIRO

*People generally enter into commercial contracts [...] for purely economic reasons and can therefore be fully compensated with damages for injuries caused by breach.*<sup>364</sup>

### 4.1. Introdução

No capítulo II foi analisado o conceito atual de adimplemento, bem como a teoria do inadimplemento eficiente, seus pressupostos e os requisitos de sua aplicação. Já no capítulo III foi demonstrado que: i) os interesses das partes nos contratos empresariais quase sempre podem ser convertidos em valores monetários por meio da quantificação do lucro buscado pela parte naquele contrato<sup>365</sup>; ii) a especificidade dos contratos empresariais torna possível flexibilizar a aplicação de certas regras a esses; e ainda, foram abordados alguns conceitos da análise econômica do direito. A partir das ideias expostas nesses dois capítulos é possível dizer que, a princípio, no Brasil há um contexto mais favorável a aplicação da teoria aqui estudada aos contratos empresariais do que aos demais contratos, o que já foi destacado por Juliana Krueger Pela<sup>366</sup>, Marcos Brossard<sup>367</sup> e Cláudia Perri<sup>368</sup>.

Logo, diante desse cenário, é necessário verificar se, com foco nesses contratos empresariais, haveria algum obstáculo legal para se impedir a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro<sup>369</sup>. De modo a aprofundar a reflexão, analisa-se o seguinte exemplo:

“A”, um supermercado em Minas Gerais, celebra com “B”, uma cervejaria de médio porte, um contrato para compra de 1.000 garrafas de uma cerveja artesanal, pelo preço de R\$

<sup>364</sup> LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement in Columbia Law Review, v. 81, nº 1, 1981, p. 115.

<sup>365</sup> Nesses contratos muitas das vezes é possível responder as seguintes perguntas colocadas por Paula Forgioni “a que vem determinado negócio?” e “qual a necessidade econômica das partes que ele visa satisfazer?”. FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 58.

<sup>366</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (EfficientBreach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016.

<sup>367</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016.

<sup>368</sup> HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado.

<sup>369</sup> O foco da análise é se existiram obstáculos legais à aplicação da teoria quando presentes os requisitos mencionados no capítulo II.

8,00, sendo que a cerveja custa R\$ 4,00 para o fabricante. Esse supermercado, no qual o foco das vendas não são as cervejas artesanais, já trabalha com essa cerveja, revendendo cada garrafa pelo preço máximo de R\$ 12,00. Portanto, o supermercado lucra no máximo R\$ 4,00 por garrafa, possuindo no contrato em questão uma expectativa de lucro máximo de R\$ 4.000,00. Ocorre que “C”, um mercado de cerveja artesanais que será inaugurado na cidade de São Paulo pretende adquirir 1.000 garrafas da cerveja de “B” para sua inauguração, que será em três semanas. “B”, por ser uma cervejaria de médio porte, não possui condições de vender 1.500 garrafas para “C” sem inadimplir o contrato com “A”. Com o objetivo de conseguir as cervejas – acreditando que elas servirão de atrativo para que as pessoas retornem ao mercado após a inauguração, “C” oferece a “A” o valor de R\$ 14,00 por garrafa. Caso essa oferta seja aceita, mesmo que “A” indenize “B” no valor de R\$ 4.000,00 (R\$ 4,00 por garrafa), “A” terá, com esses mesmos bens, um lucro maior do que se o contrato tivesse sido cumprido (R\$ 2,00 a mais por garrafa, se comparado com o lucro anterior). Assim, com o inadimplemento “B” não sofrerá perdas, “A” ganhará mais e “C”, também, terá seus interesses atendidos.

Esse é um cenário de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente.

É certo que nesse caso existe a possibilidade de, em vez de ser cometido o inadimplemento, as partes negociarem a liberação de “A”, mediante o pagamento de um valor maior que os R\$ 4,00 por garrafa a “B”, fazendo com que o excedente econômico da venda a “C” fosse compartilhado entre “A” e “B”<sup>370</sup>. No entanto, a possibilidade de negociação não supre a eficiência buscada pela teoria do inadimplemento eficiente<sup>371</sup> e, tampouco, pode se dizer que a renegociação do contrato é o mecanismo ideal, *do ponto de vista econômico*, a ser adotado em todos os casos. Isso porque deve se ter em mente os custos de transação<sup>372</sup> que muitas vezes

---

<sup>370</sup> Essa possibilidade é defendida por Paulo Mota Pinto ao criticar a teoria do inadimplemento eficiente. Cf. PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 392.

<sup>371</sup> Até mesmo porque “a própria renegociação traz consigo um risco, pois não há garantia de que será exitosa.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 168.

<sup>372</sup> Como destaca Marcos Brossard: “[r]enegociações e repactuações são caras, na medida em que acarretam um aumento dos custos transacionais, os quais, a depender da extensão e complexidade do negócio, bem como das peculiaridades do mercados e facilidades disponibilizadas, poderão inviabilizar a solução consensual.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 168.

inviabilizam a renegociação a tempo de ser celebrado o contrato com o terceiro<sup>373</sup>. Além disso, muitas vezes a divisão do excedente econômico entre as partes também inviabilizará a celebração do novo contrato, afinal nem sempre o excedente será grande o suficiente para, mesmo após a divisão entre as partes, ainda ser interessante a celebração do novo contrato com o terceiro<sup>374</sup>. Portanto, a possibilidade de adoção da teoria do inadimplemento eficiente é relevante sob a ótica da AED<sup>375</sup>.

E uma vez que há um contexto favorável da utilização da teoria aos contratos empresariais, será analisado a seguir a possibilidade de sua aplicação à luz do direito brasileiro, quando não for expressamente pactuada pelas partes nesses contratos: i) possibilidade de denúncia e condição ou cláusula resolutiva a permitir a liberação do devedor por meio do pagamento de perdas e danos<sup>376</sup>; ii) ou obrigação alternativa de pagamento de multa<sup>377</sup>.

---

<sup>373</sup> No exemplo acima “C” precisaria receber as mercadorias em até três semanas por causa da inauguração. Sem dúvidas, a discussão entre as partes poderia levar alguns dias (tempo que poderia ser ainda mais longo caso os valores envolvidos fossem maiores). E uma demorada discussão entre as partes poderia inviabilizar a celebração do contrato porque as mercadorias não seriam entregues a tempo.

<sup>374</sup> É possível que o excedente econômico oriundo do inadimplemento não seja tão relevante, de modo que a sua divisão entre as partes, por meio de negociação, não seja vantajosa para o devedor. E além da possibilidade de o excedente econômico não ser grande o suficiente é necessário lembrar que desse excedente ainda deve ser descontado os custos de transação com a renegociação do contrato, de maneira que o excedente que era pequeno se torne ainda menor. Logo, a depender do caso, após ser descontado o custo de transação e depois da divisão do excedente entre as partes, a vantagem para o devedor com o inadimplemento pode ser tão pequena que esse não será interessante para o devedor.

<sup>375</sup> A análise do mecanismo ideal depende de uma comparação dos custos de transação do litígio e os da renegociação, sendo que a medida que tiver menor custos de transação será a ideal do ponto de vista econômico. Como nem sempre os litígios terão custos de transação maiores do que a renegociação, a possibilidade de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente em alguns casos é interessante sob a ótica da AED.

Ainda, nota-se que a ordem jurídica interfere na negociação e em seus custos. Em um sistema em que o inadimplemento eficiente possa ser adotado, dificilmente “A” aceitaria pagar mais que R\$ 4,00. Em um sistema em que não é aceito (e poderia haver tutela específica, por exemplo), “B” teria maior poder de barganha para celebrar um acordo por mais que R\$ 4,00. Portanto, a análise de qual o mecanismo ideal depende, antes, de se saber se é possível, ou não, a aplicação do inadimplemento eficiente.

<sup>376</sup> É possível que as partes, de forma paritária, pactuem denúncia, com fulcro no art. 473 do Código Civil, a permitir a liberação do contrato mediante, ou não, o pagamento de perdas e danos. Da mesma forma, é possível que o contrato celebrado de forma paritária contenha cláusula ou condição resolutiva, nos termos dos artigos 474 e 121 do Código Civil, respectivamente, em que o inadimplemento importe em automática resolução do contrato, sem prejuízo de perdas e danos. Nessas hipóteses a discussão sobre se o devedor poderia inadimplir eficientemente se torna inócua, uma vez que esse ato estaria em linha com as disposições *expressas* do contrato, que teria afastado qualquer potencial obstáculo legal.

<sup>377</sup> Da mesma forma que no comentário anterior, caso seja pactuada obrigação alternativa, nos termos do art. 252 do Código Civil, a discussão se torna também inócua, porque a conduta do devedor que comete o inadimplemento eficiente estaria em linha com as disposições *expressas* do contrato.

De modo a analisar a possibilidade de aplicação, inicialmente serão identificados os potenciais obstáculos legais à luz do direito brasileiro e, em seguida, será abordado qual o possível fundamento para a aplicação da teoria no direito pátrio.

#### 4.2. Potenciais Obstáculos

Os principais obstáculos à aplicação da teoria à luz do direito brasileiro já foram levantados por Scalise<sup>378</sup>, ao tratar genericamente da aplicação da teoria em países de *Civil Law*<sup>379</sup>, e por Juliana Krueger Pela<sup>380</sup>, Marcos Brossard<sup>381</sup> e Cláudia Perri<sup>382</sup> em trabalhos sobre o direito brasileiro.

Entretanto, antes da análise detalhada dos possíveis obstáculos legais no direito brasileiro é necessário tecer alguns comentários sobre algumas questões que *não* devem ser tidas como obstáculos *legais do direito brasileiro*<sup>383</sup>, muito embora em alguns momentos possam ter sido trazidos como tal pela doutrina pelo simples fato de que poderiam dificultar a aplicação da teoria. Para não haver dúvida de que não se tratam de possíveis obstáculos *à luz do direito brasileiro* essas questões serão chamadas de *questionamentos* ou *limitações gerais*.

O primeiro desses *questionamentos gerais* é o princípio da obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servanda*)<sup>384</sup>. Com efeito, parte da doutrina destaca que a teoria do

---

<sup>378</sup> SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007.

<sup>379</sup> Em seu trabalho, em razão da impossibilidade de se analisar todos os sistemas de *Civil Law*, o autor analisa o direito francês e o direito alemão.

<sup>380</sup> PELA, Juliana Krueger. "Inadimplemento Eficiente" (EfficientBreach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016.

<sup>381</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016.

<sup>382</sup> HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado.

<sup>383</sup> Necessária a redundância, pois, como se perceberá alguns dos obstáculos citados pela doutrina à luz do direito brasileiro não são obstáculos legais, mas apenas quesotes que podem limitar sua aplicação em alguns casos.

<sup>384</sup> No Brasil há autores como Paula Greco Bandeira que entendem que a teoria do inadimplemento eficiente violaria o *pacta sunt servanda* In. BANDEIRA, Paula Greco. O Contrato Incompleto e a Análise Econômica Do Direito. In. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015.p. 2709.

inadimplemento eficiente “rompe” com esse princípio<sup>385</sup>, que é, segundo Cláudia Perri, de grande importância nos países de *Civil Law*<sup>386</sup>.

Apesar dos comentários da doutrina no sentido de que com o inadimplemento eficiente “o *pacta sunt servanda* perderia em muito sua força”<sup>387</sup>, são diversas as razões que demonstram não ser esse um obstáculo à aplicação da teoria no direito brasileiro.

É necessário observar que o *pacta sunt servanda* também é um dos pilares do direito contratual no *Common Law*<sup>388</sup> e que, mesmo assim, a teoria do inadimplemento eficiente é aplicada nos Estados Unidos. Logo, qualquer aparente incompatibilidade da teoria do inadimplemento eficiente com o princípio da obrigatoriedade dos contratos já foi superada sob a ótica do *Common Law* norte-americano, não havendo qualquer motivo para que o tratamento à luz do direito brasileiro seja outro, no sentido de que em nosso sistema a teoria violaria o *pacta sunt servanda*.

Ainda, como dito no capítulo II, a teoria do inadimplemento eficiente *não* nega vigência ao princípio da obrigatoriedade dos contratos. Nota-se que se a teoria realmente violasse o conceito do *pacta sunt servanda*, a consequência prática diante de um inadimplemento seria de que o devedor não seria responsabilizado, uma vez que ele teria descumprido uma promessa que não seria obrigatória. E fato é que tanto o contrato não deixou de ser obrigatório que o credor será indenizado por todas as perdas e danos.

Por mais que na origem a ideia de *pacta sunt servanda* fosse extremamente severa, a ponto de o devedor ter de honrar a palavra dada a qualquer custo, sob pena de perder sua liberdade, atualmente essa ideia é relacionada à integral responsabilização pelo

---

<sup>385</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 131; LINZER, Peter. On the am orality of contract remedies, op cit , publicada na *Columbia Law Review* (1981), p. 115.

<sup>386</sup> HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 135.

<sup>387</sup> MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Reflexões sobre a incorporação da teoria da quebra eficiente (efficient breach theory) no Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 101.

<sup>388</sup> TIMM, Luciano Benetti. *Common Law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 871. Maio/2008.

inadimplemento<sup>389 390</sup>. Nesse sentido, ressalta-se novamente que não há aplicação de nenhuma penalidade a parte que comete inadimplemento, mesmo que culposo. Os artigos 234<sup>391</sup>, 236<sup>392</sup>, 239<sup>393</sup> e 248<sup>394</sup> do Código Civil são expressos no sentido de que a impossibilidade de cumprimento de uma obrigação, quando culposa, gerará apenas a responsabilidade por perdas e danos. Ainda, o artigo 403 do Código Civil<sup>395</sup> dispõe que o inadimplemento, mesmo quando doloso, incluirá somente o dever de pagar perdas e danos que correspondam ao prejuízo sofrido pela parte e aos lucros cessantes. Portanto, o descumprimento do contrato não é proibido. O que ocorre é que a parte deve suportar as consequências legais de descumprir uma promessa obrigatória.

Dessa forma, a questão a ser tratada à luz do direito brasileiro não é se a teoria viola o *pacta sunt servanda*, mas sim se diante do inadimplemento seria possível impedir que o credor exerça o direito de requerer a execução específica da obrigação, se contentando com o pagamento de perdas e danos<sup>396</sup>.

---

<sup>389</sup> A exemplo, Florence Eicher destaca: “It is commonly accepted that the CISG is based on the principle of full compensation, which internalises the underlying basic principle *pactasuntservanda*. Seen in conjunction, these notions aim to encourage parties to keep their promises.” EICHER, Florence. *Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG*. *LSE Law Review*. p 33.

Humberto Theodoro Júnior também traz o seguinte comentário, a partir do qual percebemos a relação da obrigatoriedade dos contratos e as sanções jurídicas em razão de seu descumprimento: “O efeito característico do contrato é a criação de um vínculo entre as partes, segundo o qual o credor fica com o poder de exigir uma prestação do devedor, e este fica obrigado a realizá-la sob pena de sanção a ser-lhe imposta por via de autoridade judiciária. *Pacta sunt servanda*.” THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993. p. 129.

<sup>390</sup> Em sentido contrário, Paula Greco Bandeira dá a entender que por força do *pacta sunt servanda* “o contrato há de ser executado nos termos pactuado” para logo após comentar que a teoria do inadimplemento eficiente violaria o princípio da obrigatoriedade dos contratos. Entretanto, linhas acima a autora traz comentário no sentido de que por força do *pacta sunt servanda* o contrato deve ser cumprido, “caso contrário, a parte inadimplente se sujeita às responsabilidades contratuais”. BANDEIRA, Paula Greco. *O Contrato Incompleto e a Análise Econômica Do Direito*. In. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015, 2709.

Assim, a partir da própria crítica é possível perceber que o princípio da obrigatoriedade está relacionado à existência de responsabilidade diante do inadimplemento.

<sup>391</sup> Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

<sup>392</sup> Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.

<sup>393</sup> Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.

<sup>394</sup> Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos.

<sup>395</sup> Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual

<sup>396</sup> Essa questão será analisada mais à frente.

Também cabe lembrar que o conceito de *pacta sunt servanda* não é absoluto, sendo que ao longo dos anos ele foi mitigado tanto pelas hipóteses de caso fortuito e força maior, quanto pelas teorias acerca das alterações de circunstâncias (Teoria da Imprevisão, Teoria da Onerosidade Excessiva, Teoria da Base Objetiva)<sup>397</sup>. Com base nessa flexibilização, César Fiuza e Victor Almeida destacam que tal princípio não seria um obstáculo à aplicação do inadimplemento eficiente:

Há também quem argumente, clamando uma defesa da segurança jurídica e estabilidade das relações e de seus eventos, que a principiologia contratual nacional conteria oposição à possibilidade de aplicação do inadimplemento eficiente, visto que dos princípios mais basilares e fundamentais, estaria o da força normativa dos contratos, ou *pacta sunt servanda*.

No entanto, essa necessidade de acomodar seguramente eventos futuros e incertos já fora percebida pelo direito brasileiro, que reagiu justamente por meio da relativização da noção do *pacta sunt servanda*. É por essa concepção que se admite, desde há muito, a resolução de contratos cujo cumprimento se tornou impossível por motivos de caso fortuito ou de força maior, sem que o devedor responda pelos prejuízos, conforme o artigo 393 do Código Civil).

É dessa mesma maneira que surge a possibilidade de resolução de contratos de execução continuada ou diferida, quando acontecimentos imprevisíveis os tornam excessivamente onerosos para uma das partes; ou então, a possibilidade de reajuste das prestações para manter o seu valor real, quando houver grande desproporção causada por motivos imprevisíveis. O *pacta sunt servanda*, portanto, não seria, de fato, um obstáculo ao inadimplemento eficiente.<sup>398</sup>

Outra limitação geral é a possibilidade de expropriação da totalidade dos lucros que o devedor obtenha com o inadimplemento, hipótese mencionada por Scalise<sup>399</sup> e Cláudia Perri<sup>400</sup>. Essa questão poderia vir a ser um obstáculo, pois, como abordado no capítulo II, a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente parte do pressuposto de que a consequência do inadimplemento eficiente será o pagamento de danos a compensar o interesse da parte que sofre o inadimplemento com o contrato. Caso o ordenamento adote como consequência do

<sup>397</sup> COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL, Fábio. *A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2007. Tese de Doutorado. p. 59 e ss.

<sup>398</sup> FIÚZA, César; ALMEIDA, Victor Almeida. Apontamento Acerca do Inadimplemento Eficaz. In. *Meritum* – Belo Horizonte – v. 12 – n. 1 – jan./jun. 2017, p. 352.

<sup>399</sup> SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 734 e ss.

<sup>400</sup> HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 143 e ss.

inadimplemento a expropriação da totalidade dos lucros do devedor<sup>401</sup>, o inadimplemento eficiente não ocorrerá<sup>402</sup>.

E a constatação do porquê de essa não ser um obstáculo à luz do direito brasileiro reside no fato de que no direito pátrio não há a possibilidade de expropriação dos lucros da parte que comete um inadimplemento em uma relação contratual<sup>403</sup>. Tampouco a apropriação dos lucros poderia encontrar guarida no instituto do enriquecimento sem causa, uma vez que para aplicação do enriquecimento sem causa é necessário que o enriquecimento da parte seja obtido à custa de outra pessoa que sofre um empobrecimento<sup>404 405</sup>. É evidente que na teoria do inadimplemento eficiente o enriquecimento do devedor não deriva do empobrecimento do credor, tendo em vista que, como já mencionado, um dos pressupostos da teoria do inadimplemento eficiente é de que nenhuma das partes sai perdendo, devendo o credor ser

---

<sup>401</sup> Ressalta-se que é do lucro que serão abatidos os danos a serem pagos ao credor. Portanto pode se concluir que no inadimplemento eficiente os lucros necessariamente serão maiores do que o valor a ser pago ao credor que sofre o inadimplemento, pois caso a subtração lucro e valor a ser pago ao credor resultasse em zero não haveria eficiência econômica.

<sup>402</sup> Na hipótese de expropriação dos lucros, a parte até poderia tentar cometer um inadimplemento eficiente, mas ela na verdade sairia perdendo, pois, em vez de aumentar seus ganhos (como propõe a teoria do inadimplemento eficiente), ela sairia sem lucro algum.

Logo, com a expropriação dos lucros obtidos com o novo contrato há verdadeiro desestímulo a se cometer um inadimplemento eficiente. Cf. MCCAMUS, John. D. Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective. *Loyola of Los Angeles Law Review*. v. 36. 2003. p. 951.

<sup>403</sup> Sobre o tema Cláudia Perri afirma: “Em caso de inadimplemento contratual, o credor será ressarcido da forma mais ampla possível, não sendo o devedor obrigado a entregar os lucros obtidos com uma nova transação”. HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 150.

Por sua vez, nota-se que o art. 475 do Código Civil é claro em estabelecer as consequências do inadimplemento não mencionando em nenhum momento a possibilidade de expropriação dos lucros: “A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”.

<sup>404</sup> Sobre os requisitos para aplicação do enriquecimento sem causa cf. KROETZ, Maria Candida do Amaral. *Enriquecimento sem Causa no Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e Recomposição Patrimonial*. Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, 2005. Tese de Doutorado. p. 67

<sup>405</sup> Cláudia Perri também entende que não poderia ser aplicada a teoria do enriquecimento sem causa porque: (i) a restituição do enriquecimento não seria equivalente a indenização; (ii) porque a ação de enriquecimento sem causa somente é cabível quando não há ação específica e, no caso, haveria a ação de indenização de reparação civil. Cf. HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 150.

Muito embora aqui se concorde com a conclusão de Cláudia Perri, o autor entende que o fundamento para a não aplicação do enriquecimento é outro, como mencionado no corpo do texto.

De toda forma, diferentemente de Cláudia Perri, entende-se que a indenização diante de um inadimplemento não é a reparação civil mencionada no art. 206, III do Código Civil. Isso porque tal dispositivo está relacionado à responsabilidade civil extracontratual e não à responsabilidade civil contratual, como destacam Judith Martins-Costa e Cristiano Zanetti. MARTINS-COSTA, Judith. ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade Contratual: Prazo Prescricional de Dez Anos. *Revista dos Tribunais*. v. 979/2017. Maio/2017, p. 215-241.

integralmente indenizado, de modo a não haver diferença, para ele, entre o cumprimento do contrato e o inadimplemento. Nota-se que a expropriação dos lucros no nosso direito é hipótese excepcional, aplicada apenas a casos específicos como, em atos de corrupção envolvendo o poder público<sup>406</sup>. Portanto, essa modalidade de indenização não pode ser tida como obstáculo à aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro.

Uma terceira limitação é a imprevisibilidade dos danos, incluindo o ressarcimento de danos imprevisíveis<sup>407</sup>, a imprevisibilidade da quantificação em razão do momento de sua apuração<sup>408</sup> e também a inexistência do ônus de mitigar o próprio dano<sup>409</sup>, hipótese novamente mencionada por Scalise<sup>410</sup> e Cláudia Perri<sup>411</sup>. Essa questão, apesar de não impedir a aplicação da teoria, poderia dificultar sua utilização porque um dos seus requisitos é a compensação integral dos danos sofridos pelo credor. Se os danos forem imprevisíveis por qualquer motivo, será mais difícil dizer de antemão que existirá o mencionado “estado de indiferença” entre receber a prestação tal qual pactuada ou receber uma determinada quantia. Sobre esse tema, Steven Shavell comenta que, “a decisão a respeito de um inadimplemento depende, de maneira óbvia, da medida dos danos: a parte irá inadimplir se e somente se a sua posição, após ter assim

---

<sup>406</sup> No âmbito da chamada Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), a exemplo, há a previsão de “perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração”, vide art. 19.

<sup>407</sup> Como destaca Ronald Scalise, ao fazer uma leitura histórica da evolução do direito civil na Europa: “Some civil law systems asses unforeseeable damages against breaching parties if the breach was an intentional violation of the obligation of contracts” SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 739.

<sup>408</sup> Ronald Scalise destaca que se os danos forem quantificados, não no momento do inadimplemento, mas em um momento futuro, como quando do julgamento, a apuração do valor a ser indenizado seria mais difícil e, conseqüentemente, a parte teria menos certeza do valor que ela teria de lucrar com a segunda venda para ser vantajoso cometer o inadimplemento. Portanto, a parte seria mais relutante em cometer o inadimplemento eficiente. SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 745.

<sup>409</sup> Ronald Scalise também destaca que a existência de um ônus de mitigar o próprio dano assegura a parte inadimplente que os danos do credor não crescerão de forma exponencial. Segundo o autor, sem a existência do ônus de mitigar o próprio dano a quantificação tenderia a ser incerta. SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 745.

<sup>410</sup> SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 737 e ss.

<sup>411</sup> HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 151 e ss.

agido e pago integralmente os danos, ficar em uma situação melhor do que se tivesse adimplido”<sup>412</sup>.

Sobre o tema inicialmente nota-se que o Código Civil de 2002 não repetiu o Parágrafo Único do art. 1.059 do Código Civil de 1916, que dispunha que “[o] devedor [...] só responde pelos lucros, que foram ou podiam ser previstos na data da obrigação.” Não obstante, mesmo assim, é possível defender que nem sempre os lucros imprevisíveis quando do momento da celebração serão indenizáveis.

Inicialmente, porque o Código Civil de 2002 em seu artigo 402<sup>413</sup> traz o conceito da razoabilidade que confere ao julgador “a tarefa de precisar essa parcela indenizatória com o bom senso.”<sup>414</sup> Ainda, o conceito vago de “razoavelmente” pode ser preenchido com base na praxe internacional.

Nesse sentido, Ronald Scalise destaca que, com exceção de uma particularidade do direito francês, o tratamento acerca da não indenização dos danos imprevisíveis, quando da contratação, seria semelhante entre os sistemas de *Common Law* e *Civil Law*<sup>415</sup>. E somado ao comentário de Ronald Scalise, nota-se que o art. 74 da CISG<sup>416</sup> também utiliza o requisito da previsibilidade:

Damages for breach of contract by one party consist of a sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence of the breach. Such damages may not exceed the loss which the party in breach foresaw or ought to have foreseen at the time of the conclusion of the contract,

---

<sup>412</sup> Tradução livre de: “The decision about breach depends on the damage measure in the obvious way: a party will default if and only if his position, given that he does so and pays damages, will be better than that if he performs.”. SHAVELL, Steven. Damage Measure for Breach of Contract. *The Bell Journal of Law Economics*. V. 11, n. 2, p. 470.

<sup>413</sup> Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

<sup>414</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. 2. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 329.

<sup>415</sup> SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 739-744.

Aqui relembra-se que o Ronald Scalise, diante da impossibilidade de analisar o ordenamento de todos os países de *Civil Law* se utiliza do direito francês e do direito alemão como amostragem.

<sup>416</sup> Diferentemente da doutrina e dos julgados estrangeiros, os textos de lei na língua inglesa, que porventura venha a ser citados ao longo do texto, não serão traduzidos de modo a se evitar mudanças, mesmo que sutis, no sentido da norma.

in the light of the facts and matters of which he then knew or ought to have known, as a possible consequence of the breach of contract.<sup>417</sup>

Em sentido semelhante, o item 7.4.4 dos princípios do Unidroit dispõe que: “The non-performing party is liable only for harm which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract as being likely to result from its non-performance.”<sup>418</sup>

Logo, além do fato de que o ressarcimento de danos imprevisíveis não ser um obstáculo a aplicação da teoria, tem-se que o direito brasileiro, por meio do conceito vago de “razoavelmente”, acaba por, de certa forma, limitar o dano indenizável.

Já com relação ao momento de apuração dos danos, tal qual no direito norte-americano, no direito brasileiro “a data-base para apuração dos danos, em regra, é o momento do não cumprimento do contrato ou quando a outra parte recebe notícia do devedor de que o contrato não será cumprido”<sup>419</sup><sup>420</sup>.

Por fim, com relação à existência, ou não, do ônus da parte em mitigar o próprio dano, nota-se semelhança do direito norte-americano<sup>421</sup> com o direito brasileiro<sup>422</sup>, uma vez que em ambos os sistemas há o ônus de mitigar o próprio dano. Novamente há uma proximidade entre

---

<sup>417</sup> Por se tratar de dispositivo de lei e não comentários doutrinários ou trecho de julgamentos, opta-se por não fazer a tradução do trecho.

<sup>418</sup> *Idem*.

<sup>419</sup> HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 163.

<sup>420</sup> Aqui se chama a atenção novamente para o fato de que o direito francês possui regra particular no sentido de que os danos serão apurados no momento do julgamento. SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 745.

<sup>421</sup> Sobre a adoção do ônus de mitigar no direito norte-americano cf. SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 745 e ss.

<sup>422</sup> Sobre o tema cf. FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109-119, jul./set. 2004; LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013; GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2016. Tese de Doutorado.

Também merece destaque o Enunciado proposto por Vera Fradera na III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal que foi aprovado da seguinte forma “Enunciado nº 169 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”

*Common Law e Civil Law*, com exceção do direito francês no qual não há regra sobre mitigação de danos<sup>423</sup>.

Ainda, sobre a previsibilidade dos danos, nota-se que a existência de cláusula penal pactuada em contrato ou de cláusula de limitação de responsabilidade pode servir de grande valia para se ter um ponto de partida para se estabelecer a quantificação dos danos devidos com o inadimplemento<sup>424</sup>. Contudo, aqui entende-se que a limitação da cláusula penal ou de cláusula de limitação de responsabilidade não se aplica a inadimplementos dolosos<sup>425426</sup>, sendo que, por certo, o inadimplemento eficiente poderia ser tido como ato doloso, já que esse é intencional.

---

<sup>423</sup> “French law does not contain a general duty to mitigate damages imposed upon the non breaching party.” SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 746.

<sup>424</sup> Aqui se ressalta novamente o artigo de Charles Goetz e Robert Scott em que esses analisaram as cláusulas de “*Liquidated Damages*”, suas hipóteses de invalidação, e seus efeitos na ocorrência de inadimplementos e inadimplementos eficientes. GOETZ, Charles. SCOTT, Robert. *Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach*”. In. *Columbia Law Review*, v. 77, 1977

<sup>425</sup> Sobre a não aplicação da cláusula de indenizar a atos dolosos Antônio Junqueira destaca: “a cláusula de não indenizar não inclui, entre nós, a exoneração de responsabilidade, quando houver dolo – cumprindo acrescentar que a culpa grave é equiparada ao dolo.” AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cláusula cruzada de não indenizar (Cross-Waiver of Liability)*, ou cláusula de não indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 202.

Corroborando esse entendimento Luiz Octávio Bandeira comenta que “A impossibilidade de o devedor se beneficiar da cláusula de não indenizar quando o seu comportamento for doloso parece ser tema incontroverso da doutrina e jurisprudência.” BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 157.

Destaca-se que Luiz Bandeira entende que a cláusula de limitação de responsabilidade é uma modalidade de cláusula de não indenizar, como destaca Luiz Octávio Bandeira. BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016, p. 211 e ss.

Mesmo que esse enquadramento da cláusula de limitação de responsabilidade possa ser controverso é inegável a proximidade das cláusulas de não indenizar e as cláusulas que limitação a indenização (muito embora essas possam ter diferenças pontuais), sendo que Aguiar Dias chega até mesmo a comentar que cláusula de não indenizar “não é mais do que a exageração da limitação, a ponto de suprimir perdas e danos”. DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar* (chamada cláusula de irresponsabilidade). 4. Ed. Ver. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 125.

Também Letícia Marquez de Avelar comenta que “muitas cláusulas limitativas podem acabar por se tornar verdadeiras cláusulas exoneratórias do dever de indenizar”. AVELAR, Letícia Marquez de. *A Cláusula de Não Indenizar: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2011. Dissertação de Mestrado. p. 55.

<sup>426</sup> Carlos Roberto Gonçalves ressalta: “Ressalva-se somente a hipótese de ato doloso do devedor, caso em que a indenização há de cobrir o ato lesivo em toda a sua extensão.” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 2 – Teoria Geral das Obrigações, São Paulo: Saraiva, 11. ed. 2014. p. 418.

Portanto, por mais que essas cláusulas sirvam de parâmetro inicial para a medida dos danos, o limite dessas não será aplicável na hipótese de inadimplemento eficiente, devendo o credor ser indenizado na extensão de todo o dano sofrido<sup>427</sup>.

Outro questionamento geral diz respeito à possibilidade de responsabilização de terceiro por interferência no contrato<sup>428</sup>. Todavia, essa questão não pode ser tida como obstáculo à luz do direito brasileiro. Isso porque no direito norte-americano existe a possibilidade de responsabilização de terceiro que interfere em uma relação contratual, como foi possível inferir no famoso caso *Texaco x Pennzoil*<sup>429</sup>, sendo que, mesmo assim, a teoria do inadimplemento eficiente é aplicada nos Estados Unidos. Logo, o fato de o direito brasileiro permitir a responsabilização do terceiro não seria uma peculiaridade do nosso direito a impedir a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente no nosso sistema jurídico.

A compatibilização da aplicação da teoria do inadimplemento eficiente e a possibilidade de responsabilizar terceiro que interfere em uma relação contratual reside no fato de que essa responsabilização não é absoluta, sendo que no direito norte-americano somente há

---

<sup>427</sup> No tópico 4.2.2 se voltará a esse tema, apresentando-se de forma mais detalhada as razões pelas quais aqui se entende que o limite da cláusula penal ou cláusula de limitação de responsabilidade não será aplicável ao inadimplemento eficiente.

<sup>428</sup> SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In: *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 748 e ss.; HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado, p. 165 e ss.

<sup>429</sup> O caso *PENNZOIL vs TEXACO* é um célebre precedente norte-americano ocorrido na década de 80, por ter resultado numa das maiores indenizações já impostas por uma Corte dos EUA: 7,53 bilhões de dólares de indenização impostos a TEXACO, em demanda promovida por PENNZOIL, mais 1 bilhão de dólares de *punitive damages* (indenização punitiva).

Judith Martins-Costa apresenta um resumo sobre esse caso: “Em brevíssima síntese: negociavam PENNZOIL e os principais acionistas da GETTY OIL um ‘Memorando de Entendimentos’ regulador de um conjunto de ações na seqüência dos quais a PENNZOIL e o SARAH C. GETTY TRUST passariam a ser os únicos acionistas da GETTY OIL. Nos termos do Memorando, a PENNZOIL pagaria 110 dólares por ação.

Aprovado o Memorando foi anunciado ao público, em 4 de janeiro – antes da abertura da Bolsa de Valores de Nova York – a existência de um “acordo de princípios entre as partes”, enquanto prosseguiram as negociações relativas a outros pontos do Memorando. Foi então que a TEXACO, principal concorrente da PENNZOIL, passou a negociar secretamente com os acionistas da GETTY OIL um plano de aquisição da GETTY. A TEXACO pagaria, por ação, 128 dólares. Em 6 de janeiro, uma nota à imprensa assinada pela TEXACO anunciava o acordo com os acionistas da GETTY para a aquisição dessa empresa.

De imediato a PENNZOIL intentou contra a TEXACO uma ação baseada no *tort of induction breach of contract* (responsabilidade pela indução à violação de contrato). O pleito foi acolhido judicialmente, conferindo-se a indenização bilionária, com fundamento nos danos sofridos pela PENNZOIL em razão da interferência ilícita (*tortiously*) da TEXACO na relação negocial alheia.” MARTINS-COSTA, Judith. *Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cínica+e+o+novo+Código+Civil+Brasileiro> - acesso em 6/1/2018.

responsabilização quando a interferência é imprópria e intencional<sup>430</sup>, com fundamento na responsabilidade civil extracontratual<sup>431</sup>.

Ainda, além de a interferência ter de ser tida como imprópria e intencional, após muitas críticas a essa responsabilização, a partir dos anos 80 a condenação de terceiros passou a ser ainda mais criteriosa. Nesse sentido, Ronald Scalise comenta caso no qual o Tribunal entendeu que, para haver a responsabilização do terceiro, o autor deve provar que o réu não só conscientemente interferiu na expectativa dos autores, mas também teve uma conduta ilegal além da própria interferência<sup>432</sup>. Assim, pode se dizer que a responsabilização depende da comprovação da intenção do terceiro, em gerar dano ao credor que teve seu contrato inadimplido.

Voltando a atenção para o direito brasileiro, percebe-se que, apesar de grande parte da doutrina fundamente a responsabilização do terceiro com base na função social do contrato<sup>433</sup>, também é necessário analisar a intenção do terceiro, pois, nas palavras de Antônio Junqueira, “a responsabilidade do terceiro é aquiliana”<sup>434</sup>, ou seja, essa responsabilidade dependerá da demonstração da culpa do terceiro. Inclusive, tendo em vista a necessidade de se demonstrar o ato ilícito por parte do terceiro, há quem defenda que sequer seria necessário se fazer menção à

---

<sup>430</sup>Restatement (Second) of Torts § 766. Intentional Interference With Performance Of Contract By Third Person One who

- (1) intentionally and
- (2) improperly
- (3) interferes with the performance of a contract . . . between another and a third person
- (4) by inducing or otherwise causing the third person not to perform the contract,
- (5) is subject to liability to the other for the pecuniary loss
- (6) resulting to the other from the failure of the third person to perform the contract.

<sup>431</sup> No direito norte-americano chamada de *Tort Law*.

<sup>432</sup> SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 749.

<sup>433</sup>MARTINS-COSTA. Judith. *Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cinica+e+o+novo+Codigo+Civil+Brasileiro> - acesso em 6/1/2018; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

<sup>434</sup>AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145.

função social, pois a responsabilização do terceiro repousaria na responsabilidade civil extracontratual em razão do dever geral de não lesar<sup>435</sup>. Em resumo, nota-se que no nosso direito não será qualquer interferência de terceiro em um contrato que acarretará em sua responsabilização, apenas excepcionalmente, quando presentes os requisitos da responsabilidade civil extracontratual, haverá a responsabilização.

Portanto, a responsabilização do terceiro que intencionalmente interfere em uma relação contratual gerando danos ao credor que teve seu contrato inadimplido, por ser aplicada somente a casos específicos, serve apenas para limitar os casos em que a teoria será aplicada e não barrar sua aplicação como um todo, sendo que, na opinião do autor, quando aplicável essa responsabilização do terceiro não será possível aplicar a teoria do inadimplemento eficiente<sup>436</sup>.

Por fim, é necessário esclarecer que outras questões levantadas pela doutrina como a moralidade<sup>437</sup> na manutenção dos contratos (e conseqüentemente imoralidade no inadimplemento eficiente) não serão abordadas neste capítulo, por já terem sido objeto de estudo no capítulo II, ao se abordar as críticas a teoria.

Apresentadas essas questões, a seguir se analisa os potenciais obstáculos legais à aplicação da teoria no direito brasileiro. Para tanto, serão avaliados, de forma ampla, os obstáculos identificados por Juliana Krueger Pela<sup>438</sup>, em função de seu pioneirismo ao tratar do

---

<sup>435</sup> Essa é a opinião de Leonardo Beraldo ao comentar o caso Zeca Pagodinho: “Portanto com base nesses expendimentos, vê-se que é um erro vincular o “caso Zeca Pagodinho” à função social do contrato. Não tem nada à ver uma coisa com a outra. O que ocorreu, na verdade, foi a responsabilização da Ambev por incentivar a violação do contrato existencial entre Zeca e Nova Schin. O fundamento disso repousa no dever geral de não lesar, i.é, na responsabilidade civil extracontratual. O Judiciário assim, valeu-se dos arts. 186, 187, 608 e 927 do CC/2002 para condenar a Ambev.” BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 129.

Nota-se que Antônio Junqueira também dá a entender que a função social do contrato estaria apenas reforçando a responsabilidade extracontratual. Cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 143.

<sup>436</sup> No caso norte-americano entre a Texaco e a Pennzoil, é difícil dizer que existiria um estado de indiferença para a Pennzoil entre ter o contrato cumprido ou ser indenizada, uma vez que a questão envolve aspectos até mesmo concorrenciais entre as duas sociedades. O mesmo comentário é aplicável ao caso Zeca Pagodinho, com o adendo de que nele talvez seja ainda mais difícil se aplicar a teoria do inadimplemento eficiente, por se tratar de uma obrigação personalíssima, por parte do cantor Zeca Pagodinho.

<sup>437</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado, p. 180 e ss.

<sup>438</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (EfficientBreach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016.

tema no Brasil e, também, pela qualidade em, assertivamente, identificar os verdadeiros possíveis obstáculos *legais* que podem existir em nosso sistema.

#### 4.2.1. Da cláusula geral de boa-fé e do abuso de direito

Inicialmente, Juliana Krueger Pela traz dois potenciais obstáculos para a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro. O primeiro seria a cláusula geral de boa-fé<sup>439</sup> prevista no art. 422 do Código Civil, que prevê o dever de cooperação para a boa execução do contrato. O segundo está relacionado à figura do abuso de direito, prevista no art. 187<sup>440</sup> do Código Civil, pois é possível que se entenda que no inadimplemento eficiente o devedor excederia os limites de “seus direitos contratuais atribuindo-lhes finalidade diversa daquela pactuada e daquela econômica e socialmente esperada.”<sup>441</sup>.

Antes de serem analisados esses dois obstáculos, cabe ressaltar que o art. 187 considera que “também é ilícito” o ato praticado em abuso do direito. Todavia, não se questiona que o inadimplemento (eficiente ou não) é, em si mesmo, um ato ilícito<sup>442</sup>, afinal ele é o descumprimento de uma obrigação assumida. Logo, não haveria necessidade de se recorrer a “extensão de ilicitude” promovida pelo abuso do direito, que pega atos que seriam, em princípio, lícitos (que não é o caso do inadimplemento) e os considera como ilícitos em razão da abusividade.

Superada essa questão preliminar, muito embora Juliana Krueger Pela faça referência a dois obstáculos distintos aqui se opta por fazer uma análise conjunta desses, uma vez que há

---

<sup>439</sup> Desde já se esclarece que as menções do presente trabalho à boa-fé referem-se, unicamente, à boa-fé objetiva. Sobre a diferenciação entre boa-fé objetiva e boa-fé subjetiva cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 261 e ss.

<sup>440</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>441</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (EfficientBreach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1098.

<sup>442</sup> Tanto o inadimplemento é ilícito que, diante desse, o credor pode adotar medidas contra o patrimônio do devedor. Ainda, é comum a referência ao inadimplemento como ilícito contratual. A exemplo cf. SIMÃO, José Fernando. Ilícito Contratual e Extracontratual – Distinção – Prazo Prescricional no Caso de Ilícito Extracontratual – Boa-Fé Objetiva – Dever De Mitigar Os Danos (Parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3.

uma grande relação entre o abuso de direito e a boa-fé objetiva, fato reconhecido pela própria autora<sup>443</sup>, com base no trabalho de Judith Martins-Costa<sup>444</sup>.

Sobre a relação dos dois institutos, destaca-se o entendimento de Elena Gomes: “Existe, de fato, uma zona de interseção entre os planos atinentes a cada uma das figuras [boa-fé e abuso do direito]. Conquanto tenham sido estruturadas para enfrentar conjunturas diversas, vieram a sobrepor-se, passando, assim, a dialogar.”<sup>445</sup>.

Pertinente, também, a doutrina de Anderson Schreiber<sup>446</sup>:

Conclui-se, ao menos à luz do direito positivo brasileiro, que boa-fé objetiva e abuso de do direito são conceitos autônomos, figuras distintas, mas não mutuamente excludentes, círculos secantes que se combinam naquele campo dos comportamentos tornados inadmissíveis (abusivos) por violação ao critério da boa-fé. Entre nós, portanto, é possível falar em abuso do direito por violação à boa-fé, sem que aí se esgotem todas as espécies de abuso, ou todas as funções da boa-fé.<sup>447</sup>

E pelo menos no campo da responsabilidade contratual<sup>448</sup>, em grande parte dos casos o abuso do direito acaba sendo incorporado pela boa-fé objetiva<sup>449</sup> em razão do desenvolvimento desta de forma “suficientemente vast[a] para controlar o exercício de quaisquer direitos

---

<sup>443</sup> A autora na nota de rodapé n. 18 traz doutrina de Judith Martins-Costa sobre abuso de direito e sua relação com a boa-fé.

<sup>444</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 610-613.

<sup>445</sup> GOMES, Elena de Carvalho. *Entre o actus e o factum: os comportamentos contraditórios no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. p. 29.

<sup>446</sup> Além da doutrina de Elena Gomes e Anderson Schreiber cf. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 166-174 e NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 140-141.

<sup>447</sup> SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 78.

<sup>448</sup> Necessário destacar que enquanto o art. 422 está inserido na Parte Especial do Código Civil, no capítulo relativo aos contratos – o que pode levar ao entendimento de que somente se referiria à responsabilidade *contratual* –, o art. 187 está incluído na Parte Geral do Código e, portanto, pode ser aplicado tanto à responsabilidade contratual quanto à responsabilidade extracontratual. Nesse sentido cf. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 172.

<sup>449</sup> Por causa do desenvolvimento da boa-fé objetiva que aos poucos incorporou o abuso do direito, Menezes Cordeiro escreve em seu livro capítulo intitulado “A decadência do abuso do direito”. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 685- 718.

privados, positivo no sentido de prescrever condutas e não, apenas, na sua falta, indenizações, e objectivo, por ignorar elementos atinentes ao agente, como o dolo ou a negligência.”<sup>450</sup>.

Cabe aqui se analisar justamente esse ponto de interseção entre os institutos do abuso do direito e a boa-fé, uma vez é fácil perceber que os limites impostos pelo fim econômico ou social da obrigação e pelos bons costumes, duas das três hipóteses previstas no art. 187 do Código Civil<sup>451</sup>, não são excedidos pela teoria do inadimplemento eficiente<sup>452</sup>.

Mas antes de analisar o problema em suas minúcias (se a teoria do inadimplemento eficiente violaria a boa-fé) é necessário destacar que não se pode usar a boa-fé como “varinha de condão”<sup>453</sup>, como fazem diariamente os tribunais brasileiros, sob pena de se inutilizar tal princípio<sup>454</sup>. Inclusive, esse uso expansivo da boa-fé objetiva já é tema de crítica em diversos trabalhos acadêmicos, que podem ser resumidas notavelmente pela opinião de João Baptista Villela no prefácio de livro oriundo de dissertação de mestrado por ele orientada:

Na euforia geral em torno da boa-fé, que acompanhou a promulgação do novo Código Civil, manteve-se[o autor da dissertação, Christian Sahb Batista Lopes] na posição discreta do bom intérprete. Absteve-se de dar ao art. 422 a função demiúrgica que nele enxergou Nelson Nery Junior. Do eminente jurista é o entendimento segundo o qual o art. 422 confere ao juiz poderes para

<sup>450</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 694.

<sup>451</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>452</sup> Christian Lopes, com base nas obras de José de Oliveira Ascensão e Mário Júlio de Almeida Costa, destaca que o fim econômico ou social se refere ao fato de que o ordenamento jurídico “explicita que o direito tem finalidades que transcendem a mera satisfação de interesses de seu titular”. Por sua vez, quanto a outra hipótese – bons costumes - o autor destaca que o “conceito indeterminado de bons costumes traz limites impostos pelas ideias de moralidade e decoro social”. Cf. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 170. À luz dessa definição tem-se que:

Quanto à primeira hipótese relembra-se que o inadimplemento eficiente atende integralmente aos interesses econômicos do credor sendo que, inclusive, há o aumento de riqueza na sociedade como um todo, fazendo com que a teoria esteja em linha com a função social do contrato, como demonstrado no capítulo II.

Já em relação à segunda hipótese, relembra-se que também, no capítulo II, foi enfrentado o argumento sobre suposta imoralidade no inadimplemento eficiente.

Portanto, não há dúvidas de que os limites estabelecidos nessas duas hipóteses do abuso do direito são respeitados no inadimplemento eficiente.

<sup>453</sup> Expressão utilizada por Jan Peter Schmidt In. SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do Art. 422 do Código Civil: Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na praxis judicial brasileira. In. *Estudos de direito Privado – Liber Amicorum para João Baptista Villela*. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2017. p. 129.

<sup>454</sup> SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do Art. 422 do Código Civil: Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na praxis judicial brasileira. In. *Estudos de direito Privado – Liber Amicorum para João Baptista Villela*. Belo Horizonte: Editora D’Placido, 2017; SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. Ed. São Paulo: Altas, 2016, p. 79-82.

suspender, resolver, extinguir ou manter o contrato, assim como determinar que seja alterado ou revisto. Ou, no limite, poderes para reescrever, ele próprio – o juiz - cláusulas de que se compõe o acordo. Ufa, meu caro amigo Nelson Junior! Não o posso deixar de ver acrescentando, para terminar: *Excusez de peu!*<sup>455</sup>

Feita essa introdução, necessário analisar se a teoria do inadimplemento eficiente violaria a boa-fé objetiva, o que, se confirmado, poderia levar também a um abuso do direito do devedor.

Em uma leitura superficial, seria possível entender que a boa-fé objetiva seria um verdadeiro obstáculo à aplicação da teoria do inadimplemento eficiente no direito brasileiro, porque a parte que de maneira deliberada descumpra um contrato não estaria agindo de maneira ética<sup>456</sup>. E, da mesma maneira que a boa-fé pode limitar o direito de extinção do contrato por meio do exercício da renúncia e da cláusula resolutiva<sup>457</sup>, ela poderia impedir a liberação do vínculo contratual por meio do pagamento de perdas e danos (impedindo, assim, o inadimplemento eficiente)<sup>458</sup>. Contudo, para correta análise do tema, é necessário atentar-se a especificidade dos contratos empresariais demonstrada no capítulo III, que faz com que a aplicação da boa-fé nas relações empresariais seja distinta da aplicação em outras relações.

Para essa análise, é preciso considerar que a boa-fé objetiva é uma cláusula geral<sup>459</sup> <sup>460</sup> de conceito indeterminado que:

---

<sup>455</sup> VILLELA, João Baptista. Prefácio, in: Christian Sahb Batista Lopes, *Responsabilidade Pré-Contratual*, Belo Horizonte: Del Rey, 2011, xxiv.

<sup>456</sup> Cabe aqui lembrar ensinamento de Clóvis do Couto Silva no sentido de que a boa-fé abre “janelas para o ético”. COUTO E SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. p. 42

<sup>457</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 663, 671-672.

<sup>458</sup> Marcos Brossard, com base na doutrina de Judith Martins-Costa, defende que mesmo que a teoria do inadimplemento eficiente fosse contrária a boa-fé e ao abuso do direito, a questão se resolveria em perdas e danos. BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 177 e ss.

Neste ponto não se concorda com a opinião do autor, por mais que seu trabalho seja, como um todo, excepcional. Entende-se que o vício na afirmação do autor está no fato de que as premissas em que ele se baseia, no sentido de que a boa-fé não pode obrigar as partes a manterem-se vinculadas *ad aeternum* (p. 177), são tratadas por Judith Martins-Costa para comentar a denúncia do contrato nos termos do art. 473, e não a hipótese de inadimplemento.

E prova de que a boa-fé pode sim obrigar a parte a manter a relação contratual é a sua atuação, no sentido de impedir a resolução contratual, como se vê na hipótese de adimplemento substancial da obrigação.

<sup>459</sup> MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 1192.

<sup>460</sup> Para uma análise mais completa sobre o papel das cláusulas gerais em nosso ordenamento cf. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 140 e ss.

[...] permite o diálogo com valores, princípios, padrões e arquétipos de condutas que não estão definidos na própria norma que a prevê ou no conteúdo semântico da boa-fé, mas em elementos que se situam além do dispositivo normativo em que se insere, estejam estes situados no próprio sistema jurídico ou fora dele.<sup>461</sup>

No diálogo com valores e princípios que não estão definidos na própria norma, a boa-fé objetiva (como qualquer cláusula geral) deve observar as peculiaridades do caso concreto. Sobre o tema<sup>462</sup>, destaca Judith Martins-Costa:

[...] na cláusula geral a operação intelectual do juiz é mais complexa. Este deverá, além de averiguar a possibilidade de subsunção de uma série de casos-limite na *fattispecie*, averiguar a exata individuação das mutáveis regras sociais às quais o envia a metanorma jurídica. Deverá, por fim, determinar também quais são os efeitos incidentes ao caso concreto, ou, se estes já vierem indicados, qual a graduação que lhes será conferida no caso concreto, à vista das possíveis soluções no sistema.<sup>463</sup>

E, nesse sentido, ao se observar as especificidades dos contratos empresariais se tem que “a boa-fé que rege as relações mercantis parte de uma realidade diversa e desempenha uma função um tanto diferente daquelas que cercam a maioria dos negócios celebrados entre não comerciantes”<sup>464</sup>.

Necessário destacar, também, o entendimento de Marcos Brossard:

Os dispositivos que determinam a observância da boa-fé são, tecnicamente, cláusulas gerais, e, como tais, devem observar as peculiaridades da situação sob análise e o seu contexto-fático jurídico, a fim de respeitar particularidades do mercado, de modo que sua adequada interpretação dependerá das nuances identificadas no microsistema específico dos contratos empresariais. [...] Isso se justifica na medida em que os contratos empresariais estão inseridos dentro de um *mercado*, que embora figura intangível, é o espaço destinado às trocas

<sup>461</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 151.

<sup>462</sup> Esse também é o entendimento de Christian Lopes In. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 147-154 e Menezes Cordeiro in. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 1189 e ss.

<sup>463</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 326-327.

<sup>464</sup> FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 128.

comerciais, historicamente com práticas e regulações próprias, as quais são, inclusive, fonte de direito.<sup>465</sup>

Por todos os demais autores que discorreram sobre a aplicação da boa-fé nos contratos empresariais<sup>466</sup>, aqui se traz o entendimento de Judith Martins-Costa:

[...] embora o Direito Empresarial seja operacionalizado em sua maior parte, por regras e institutos civis, e hoje as obrigações civis e comerciais tenham sido unificadas no Código Civil, a incidência do princípio da boa-fé é, neste campo, peculiarizada por alguns traços que vale a pena destacar, na medida em que influirão nas tonalidades que aqui o revestirão. Sinteticamente, são eles: (i) a noção de mercado; (ii) o dinamismo coerente à noção de atividade empresarial (art. 966) que está no núcleo da *fattispecie empresário*; (iii) o forte impacto que a *práxis* tem nesse campos, coligando imediatamente boa-fé e usos do setor e às práticas das partes; (iv) a informalidade e a atipicidade; e (v) a dinâmica circulação/apropriação de modelos provindos da praxe internacional ou da experiência comparatista<sup>467</sup>

Em linha com o entendimento doutrinário, a I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado n. 29: “Aplicam-se aos negócios jurídicos entre empresários a função social do contrato e a boa-fé objetiva (arts. 421 e 422 do Código Civil), em conformidade com as especificidades dos contratos empresariais”.

Demonstrado que a aplicação da boa-fé nos contratos empresariais deve ser distinta, é necessário salientar alguns aspectos da funcionalização da boa-fé<sup>468</sup>, afinal, somente observando a forma de aplicação da boa-fé é que se torna possível avaliar se a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente nos contratos empresariais seria contrária a essa cláusula geral. Com efeito, a boa-fé “impõe que o destinatário da norma aja de forma consentânea com

<sup>465</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. p. 172.

<sup>466</sup> O tema já foi tratado por outros autores como Ricardo Lupion In. GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

<sup>467</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 282.

<sup>468</sup> Nota-se que a boa-fé possui três grandes funções. A primeira de caráter integrativo serve como fundamento para o desenvolvimento de deveres anexos de conduta. A segunda de caráter interpretativa com base no art. 113 do Código Civil serve como método de interpretação das declarações negociais e das condutas das partes. E a terceira, foco da presente análise, de caráter de controle, serve para direcionar condutas no tráfico social. Nesse sentido cf. MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015 e GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2016. Tese de Doutorado, p. 98.

aquela socialmente esperada de um homem probo. Determina a conduta leal, honesta e correta dadas as circunstâncias do caso.”<sup>469</sup>

Nesse sentido, percebe-se que a boa-fé visa tutelar as legítimas expectativas das partes anteriores, posteriores e durante o contrato, sendo importante notar que nem todas as expectativas estão expressas no contrato escrito<sup>470</sup>. Ainda, com relação à tutela das legítimas expectativas, identifica-se intensa ligação entre boa-fé e confiança<sup>471</sup>, sendo que a boa-fé visa proteger a legítima confiança da parte.

Ao proteger a legítima expectativa das partes, a boa-fé, também, traz uma verdadeira reflexão do vínculo contratual, como demonstrado no capítulo II, com o estabelecimento de deveres de cooperação entre as partes, procurando atender a utilidade buscada pelo contrato<sup>472</sup>:

A expressa apreensão, pelo Código Civil, da boa-fé objetiva como modelo jurídico prescritivo – que já seria de *per se* atuante ainda se acolhido de forma apenas implícita -, só faz demonstrar a sua importância verdadeiramente nuclear para o Direito das Obrigações, emparelhando à autonomia privada as ideias de *confiança legítima e de cooperação devida em vista da utilidade da prestação*, e, assim, transformando a relação obrigacional em um <<vínculo dialético e polêmico>>, estabelecendo entre devedor e credor <<elementos cooperativos necessários ao correto adimplemento>><sup>473</sup>.

Sobre o dever de cooperação, mais a frente Judith Martins-Costa destaca:

O dever de cooperação é tradicionalmente conotado ao princípio da boa-fé. Trata-se de uma cooperação *qualificada pela finalidade*, que é alcançar o adimplemento satisfatório, desatando-se o vínculo com a obtenção das utilidades buscadas pelo contrato.<sup>474</sup>

---

<sup>469</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 150.

<sup>470</sup> Aqui se relembra que os contratos serão sempre incompletos.

<sup>471</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 233; CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1234 e seguintes.

<sup>472</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 674 e seguintes.

<sup>473</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 43-44.

<sup>474</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 523.

Tendo em vista esse escopo de aplicação da boa-fé, a análise da compatibilidade da teoria e a boa-fé passa necessariamente por verificar se ela frustra a legítima expectativa do credor/a utilidade buscada por ele com o contrato.

Como demonstrado no capítulo III, a utilidade dos contratos empresariais está na busca pelo lucro. Por sua vez, como destacado no capítulo II, no inadimplemento eficiente o credor que sofre o inadimplemento tem seu lucro assegurado tal qual como se o contrato tivesse sido cumprido. Logo, da análise dessas duas questões é possível notar que a utilidade do contrato e a legítima expectativa da parte em um contrato empresarial, em muitos casos, serão integralmente cumpridas, mesmo diante do inadimplemento. Por conseguinte, ao ser respeitada a utilidade buscada pelo contrato e a legítima expectativa da parte, conclui-se que *não ocorre* violação da boa-fé com o inadimplemento eficiente<sup>475</sup>.

Ademais, além do fato de o credor ter suas expectativas tuteladas, o que por si só afasta qualquer argumento de deslealdade do mesmo, não se pode afirmar que o devedor, no inadimplemento eficiente, age de maneira antiética, porque, como afirmado no capítulo II, a teoria aqui estudada se enquadra em uma mudança de cenário entre o momento de celebração do contrato e o momento de seu cumprimento. Portanto, o inadimplemento não ocorre com uma intenção de gerar prejuízo (até porque o credor não será prejudicado), decorrendo, na verdade, de uma mudança de circunstâncias. Essa também é a opinião de Marcos Brossard:

[...] a boa-fé ainda permite uma análise sob outro viés da questão envolvendo a quebra eficiente do contrato. Partindo-se da premissa de que esta significa que o benefício – cujo cálculo abarca o custo da operação – advindo pelo cumprimento de um contrato é inferior ao que se obterá pelo seu descumprimento, e como naturalmente este não era uma variável verificada quando da conclusão do pacto, seria possível identificar uma alteração das bases contratuais, sendo passível a invocação da cláusula rebus sic standibus. De fato, não parece haver prejuízo intencional – na medida que a todos é dado o dever (ou ônus?) de mitigar o próprio prejuízo –, a uma, porque a teoria pressupõe que a parte adimplente do pacto restará indene, eliminando qualquer dano, a duas, porque a alteração das circunstâncias envoltas ao pacto certamente não era esperada ou desejada pela parte, a qual preferiria que o

---

<sup>475</sup> Marcos Brossard também entende que um dos motivos pelos quais não há violação da boa-fé é porque “a quebra eficiente não traz prejuízos nem danos, pois parte da premissa de que o sujeito passivo do rompimento contratual será adequadamente indenizado.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 179.

mesmo permanecesse “rentável”, por assim dizer, reforçando este argumento.<sup>476</sup>

Por fim, em razão do fato de que em muitos casos os interesses do credor são atendidos por meio de indenização, é válida a seguinte reflexão. Em um cenário no qual se sabe que há terceiro que valoriza os bens negociados mais do que ele, e que seria melhor para o devedor inadimplir eficientemente o contrato, haveria uma violação do dever de cooperação entre as partes o ato de o credor exigir a execução específica, uma vez que a utilidade do contrato poderia ser atingida de meio menos oneroso para o devedor? Não seria mais razoável obter a utilidade do contrato por meio de indenização igual ao lucro que ele teria, caso o contrato tivesse sido cumprido normalmente em vez da execução específica?

Indo mais além: se as circunstâncias presentes no momento do exercício do direito é que vão configurar, ou não, sua admissibilidade com o respectivo fim, dentre eles o econômico<sup>477</sup>, e tendo em vista que o abuso de direito busca coibir ato que atinja a finalidade e utilidade das relações obrigacionais<sup>478</sup>, seria possível dizer que haveria abuso do direito em tentar impedir o inadimplemento eficiente com o requerimento de execução específica, pois, em muitos contratos empresariais, a utilidade da obrigação com o pagamento de perdas e danos em razão do inadimplemento é respeitada? Esse o questionamento que se deixa por enquanto e que será aprofundado mais a frente ao se tratar de eventual possibilidade de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro com foco na boa-fé objetiva.

Tendo em vistas essas questões, entende-se que não há conflito entre o inadimplemento eficiente e as cláusulas gerais de boa-fé e do abuso de direito. Portanto, essas questões não são obstáculos à aplicação da teoria no direito brasileiro<sup>479</sup>.

---

<sup>476</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 178.

<sup>477</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p 613

<sup>478</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 611-612

<sup>479</sup> Note-se que aqui se chega a uma conclusão diametralmente oposta a fala de José Eduardo Martins que entende que “[o] princípio da boa-fé, por sua vez, seria violado no seu dever anexo de cooperação, pois é imposto às partes que se auxiliem na escorreita execução do contrato.” MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Reflexões sobre a incorporação da teoria da quebra eficiente (efficient breach theory) no Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 101.

#### 4.2.2. Das cláusulas penais no direito brasileiro

Um terceiro potencial obstáculo trazido por Juliana Krueger Pela são as cláusulas penais, pois “segundo os artigos 408, 410 e 412 do Código Civil, as cláusulas penais (i) só se aplicam a descumprimentos culposos; (ii) são alternativas *a benefício do credor*, em caso de inadimplemento total; e (iii) têm por limite o valor da obrigação, por isso podem não recompor integralmente o patrimônio do credor.”<sup>480</sup>. A essas questões podem-se somar, ainda, a impossibilidade de exigir indenização suplementar, a menos que pactuado<sup>481</sup>, e também, com base no art. 413, a possibilidade de o julgador reduzir o valor da cláusula penal, o que potencializa o risco de seu valor final não recompor integralmente o dano sofrido.

Mas antes de analisar essas questões, ressalto que, como dito anteriormente, as cláusulas penais somente são aplicáveis quando estipuladas pelas partes, sendo que a grande maioria dos contratos não possui a celebração de tal cláusula. E se essas cláusulas não são aplicáveis a todos os casos elas não podem ser tidas como potencial obstáculo à aplicação da teoria do inadimplemento à luz do direito brasileiro a qualquer contrato empresarial, incluindo aqueles em que tal cláusula não foi pactuada. Cabe, então, analisar se a aplicação da teoria aqui estudada seria possível em contratos em que há estipulação de cláusula penal.

E a primeira questão a ser analisada - no sentido de que as cláusulas penais somente se aplicam a inadimplementos culposos – certamente não seria um óbice à aplicação da teoria. Isso porque mesmo que se interprete que a cláusula penal não seria aplicável a inadimplementos dolosos – como é o caso do inadimplemento eficiente – o único efeito prático seria de que o inadimplemento eficiente passaria a ser analisado sob o prisma geral, como se nesse caso não existisse cláusula penal alguma. Portanto, tal fato não seria um obstáculo à aplicação da teoria, mesmo que a cláusula penal não se aplicasse.

---

Todavia, é possível perceber que José Eduardo Martins não faz uma análise da boa-fé objetiva à luz das especificidades dos contratos empresariais. Ainda, o autor traz a fase acima transcrita sem apresentar quais os motivos que levaram a essa conclusão.

<sup>480</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1098.

<sup>481</sup> Art. 416. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.

No entanto, no presente trabalho acredita-se que a cláusula penal pode ser aplicável tanto a inadimplementos culposos como dolosos. Com efeito, aqui se entende que a expressão "culposamente" não é o oposto de "dolosamente", mas sim o oposto do inadimplemento fortuito<sup>482</sup>:

No Código de 1916, a regra do art. 921 determinava incorrer em cláusula penal o devedor “desde que se vença o prazo da obrigação, ou, se o não há, desde que se constitua em mora”, mediante interpelação, nessa última hipótese. Não se falava, portanto, em inadimplemento por culpa. Porém, como observamos nos comentários aos arts. 394 e 397, o entendimento doutrinário praticamente dominante exigia a culpa no suporte fático da mora, de modo que a culpa era, segundo essa corrente, “pressuposto implícito”.

O art. 408, diferentemente, deixa claro, com todas as letras, ao buscar o advérbio “culposamente”, que se há de exigir a existência da culpa para atuar a cláusula penal. Mesmo que entendamos que a mora não exija, necessariamente, a culpa – como expusemos nos comentários aos arts. 394 e 397 – há de se convir que, agora, além da mora, há de haver, para o efeito da atuação da cláusula penal, a culpa, por expressa disposição legal. É que, diante de seu caráter de pena, a atuação da cláusula penal requer não apenas a imputabilidade, mas que esta seja informada pelo princípio da culpa.<sup>483</sup>

Em sentido semelhante Arnaldo Wald afirma que “resolvida a obrigação principal sem culpa, não há como cobrar a cláusula penal”<sup>484</sup>.

Dessa forma, entendendo-se que a cláusula penal pode ser aplicada a uma situação de inadimplemento voluntário, cabe analisar as outras questões que poderiam ser incompatíveis com a teoria. Porém, desde já se esclarece que a segunda questão apresentada – o fato de as cláusulas penais serem alternativas a benefício do credor – não será analisada nesse momento. Isso porque situação idêntica ocorre com a execução específica, uma vez que a teor do art. 475 do Código Civil<sup>485</sup>, o credor possui a opção de escolher a resolução ou a execução específica, sem prejuízo das perdas de danos. Logo, pelo fato de a escolha ao benefício do credor ser comum à análise do potencial obstáculo da execução específica, para se evitar repetições, esse assunto será debatido no tópico dedicado a execução específica. Isso porque essa é tida como

<sup>482</sup> Essa também é a opinião de Brossard In. BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016, p. 219.

<sup>483</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 634-635.

<sup>484</sup> WALD, Arnaldo. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, v. 2 – Arnaldo Wald, Ana Elizabeth L. W. Cavalcanti, Liliana Minardi Paesani – 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 196.

<sup>485</sup> Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

o principal obstáculo à aplicação da teoria do inadimplemento eficiente no Brasil<sup>486</sup> e em países de *Civil Law*<sup>487</sup>.

Analisando as demais questões levantadas, nota-se que essas podem ser afastadas em razão de uma única consideração aqui já trazida: o valor limite pactuado na cláusula penal e a impossibilidade de se pleitear indenização suplementar não é eficaz na hipótese de inadimplemento doloso<sup>488</sup>.

Não se nega que é possível defender que quando as partes celebram cláusula penal ou estabelecem um limite de responsabilidade elas já estabeleceram o valor do inadimplemento<sup>489</sup>. E como a lei não diferencia os inadimplementos dolosos<sup>490</sup>, o valor pactuado pelas partes seria aplicável tanto a inadimplementos “culposos”<sup>491</sup> como dolosos. Todavia, aqui há de se analisar o efeito do dolo no negócio jurídico da cláusula penal.

---

<sup>486</sup> Nesse sentido, destaca Juliana Krueger Pela: “Por fim, o quinto – e talvez mais importante – obstáculo reside na possibilidade, prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil vigente (de 1973), de o credor valer-se da tutela específica da obrigação, em caso de descumprimento.” PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1099.

<sup>487</sup> Como Ronald ressalta Scalise: “Scholars have noted the “tension between efficient breach theory and... specific performance”. SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007. p. 726.

<sup>488</sup> “Ressalva-se somente a hipótese de ato doloso do devedor, caso em que a indenização há de cobrir o ato lesivo em toda a sua extensão.” GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro. v. 2 – Teoria Geral das Obrigações*, São Paulo: Saraiva, 11. ed. 2014. p. 418.

Em sentido semelhante Arthur Rabay: “[n]o caso de ato doloso por parte do devedor, mesmo válida a cláusula penal, independentemente de haver ou não previsão contratual expressa de indenização suplementar, caberá indenização integral, em toda a sua extensão, relativamente ao evento danoso.” RABAY, Arthur. Da Cláusula Penal. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano XII, n. 37, p. 107- 128, jul./set. 2013, p. 113.

<sup>489</sup> Inclusive Marcos Brossard defende o respeito ao que foi estipulado: “Mais um ponto relevante da legislação seria o respeito às estipulações indenizatórias privadas, como os valores de cláusula penal – contanto, claro, que tenham sido fixadas de maneira equânime e paritária, sendo este requisito para a validade da cláusula limitadora de responsabilidade.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. p. 193-194.

“Tal circunstância [eficiência], entretanto, não poderia ser comparada aos casos em que o contrato prevê uma cláusula penal compensatória, cujo valor fixado fosse inferior ao necessário para a reparação dos prejuízos decorrentes da quebra. Isso porque, conforme já vista no ponto 4.4.1 supra, restaria atendido o requisito da justa indenização, na medida em que não teria como ser mais justa aquela definida livremente pelas próprias partes, em que puderam estimar o valor adequado que as deixaria no almejado “estado de indiferença”. p. 149

<sup>490</sup> O artigo 403 do Código Civil dispõe que: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”

<sup>491</sup> Lembra-se, como mencionado no capítulo II, que há questionamentos sobre a figura da culpa no inadimplemento.

Cabe lembrar que Antônio Junqueira distingue os planos da validade da eficácia, podendo um ato ser válido, porém ineficaz<sup>492</sup>. Especificamente sobre a eficácia, o autor destaca que para a obtenção do resultado visado, o negócio jurídico depende de questões extrínsecas a ele<sup>493</sup>. Diante dessa diferenciação, nota-se que muito embora o Código Civil trate do dolo apenas na formação do negócio jurídico, de modo a impactar na sua validade, certo é que também pode ocorrer dolo após a celebração do contrato, nesse caso a afetar sua eficácia e não a validade<sup>494</sup>. Sendo assim, na hipótese de dolo superveniente ao contrato (como no inadimplemento eficiente), a cláusula penal, que é um negócio jurídico autônomo, é válida, porém ineficaz<sup>495496</sup>.

A corroborar esse entendimento, Letícia Avelar, apresenta o seguinte comentário acerca do dolo nas cláusulas de não indenizar e de limitação de responsabilidade, que, tal como a cláusula penal, são negócios jurídicos autônomos que, de alguma forma, quantificam “o preço” do inadimplemento:

[a]pesar de ser a cláusula regular, de estar de acordo com as regras jurídicas quando ingressa no mundo jurídico, o direito não pode tolerar que produza os

<sup>492</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

<sup>493</sup> AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

<sup>494</sup> Sobre o dolo pós-contrato Antônio Carlos Loureiro comenta: “Sua natureza jurídica é de infração contratual, possuindo apenas consequências no plano da eficácia, e não da validade.” LOUREIRO, Antônio Carlos Tovo. *Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. p. 77.

Letícia Avelar destaca que a ineficácia diante do dolo não é expressa no ordenamento jurídico: “A inadmissibilidade da cláusula de não indenizar e da cláusula limitativa do dever de indenizar em caso de dolo do devedor é inquestionável num e noutro caso; sendo um vício do negócio jurídico, a solução da questão é apontada pelo artigo 171, II, do Código Civil; já no caso de dolo verificado no momento da execução do contrato, a solução não vem expressa em artigo de lei, mas é intuitiva, porquanto admitir a eficácia da cláusula de não indenizar nessas circunstâncias afrontaria de forma direta a ordem pública, ofendendo principalmente os princípios da boa-fé objetiva, do equilíbrio contratual e da função social do contrato.” AVELAR, Letícia Marquez de. *A Cláusula de Não Indenizar: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2011. Dissertação de Mestrado. p. 196.

Por mais que aqui não se concorde que o dolo na execução violaria todos os princípios elencados por Letícia (como por exemplo a função social), entende-se que a conclusão da autora é correta.

<sup>495</sup> Mais a frente será abordado se essa ineficácia seria de toda a cláusula ou se seria somente de seu limite.

<sup>496</sup> Entretanto, Arthur Rabay, além de destacar que não se poderia privilegiar a má-fé do devedor, defende que o ato doloso se afastaria da responsabilidade contratual, ensejando a responsabilidade extracontratual. RABAY, Arthur. Da Cláusula Penal. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano XII, n. 37, p. 107- 128, jul./set. 2013, p. 113.

Pelo fato de que a responsabilidade extracontratual diz respeito a um ato “intrinsecamente ilícito, desvinculado de qualquer contrato”, não se concorda com esse argumento. Sobre as diferenças entre responsabilidade contratual e extracontratual cf. FIUZA, César. *Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade civil*. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/responsabilidade.pdf>. Acesso em 30 de janeiro de 2019.

efeitos almejados – excluindo ou limitando o dever reparatório – se, durante a execução do contrato, o devedor agre contra “os mais comezinhos e elementares princípios éticos”. É a ordem pública que impede, nesse caso, a eficácia da cláusula de não indenizar.<sup>497</sup>

Como uma das justificativas da ineficácia, a autora, mencionando o ensinamento de Claudio Godoy sobre a *exceptio doli*<sup>498 499</sup>, comenta que essa, no campo específico da cláusula de não indenizar<sup>500</sup>, “pode ser traduzid[a] como a faculdade de que goza aquele em prejuízo de quem se invoca a cláusula de não indenizar de poder opor, em sua defesa, o dolo daquele em favor de quem a cláusula operaria.”<sup>501</sup>

Já Luiz Octávio Bandeira dispõe que<sup>502</sup>:

Novamente quanto à fase da execução do contrato, é possível indicar que o dolo no inadimplemento faz com que uma cláusula de não indenizar válida fique impedida de surtir efeitos jurídicos. É a circunstância em que no momento da conclusão do contrato não houve dolo ou qualquer outro vício, de modo que ela cumpre todos os requisitos de regularidade conforme o ordenamento jurídico, mas que, todavia, por uma conta de um fator fora do âmbito daquele negócio, qual seja, o comportamento doloso do devedor em

<sup>497</sup> AVELAR, Leticia Marquez de. *A Cláusula de Não Indenizar: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2011. Dissertação de Mestrado. p. 195-196.

<sup>498</sup> Essa que é uma das variadas aplicações da boa-fé objetiva. Nesse sentido cf. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 719 e ss.

<sup>499</sup> Cláudio Godoy destaca que a *exceptio doli* é “a vetusta prerrogativa de alguém demandado judicialmente opor, em defesa, dolo de quem demanda”. GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 86.

Menezes Cordeiro a define como “a situação jurídica pela qual a pessoa adstrita a um dever pode, licitamente, recusar a efetivação da pretensão correspondente” MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983, p. 719.

<sup>500</sup> Apesar de a autora aqui fazer referência somente a cláusula de não indenizar é possível perceber que o comentário também vale para as cláusulas de limitação de responsabilidade, uma vez que no parágrafo seguinte ela destaca as duas cláusulas: “[n]a hipótese de o devedor agir com dolo no momento da celebração da avença, a cláusula de não indenizar ou a cláusula limitativa do dever de indenizar será inválida; já na hipótese de dolo no momento da execução, tratar-se-á de ineficácia, e não mais de invalidade.”

<sup>501</sup> AVELAR, Leticia Marquez de. *A Cláusula de Não Indenizar: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2011. Dissertação de Mestrado. p. 192-193..

<sup>502</sup> BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 159-161.

Destaca-se também o entendimento de Aguiar Dias que, inclusive, demonstra que o entendimento em questão é pacífico na doutrina. DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar (chamada cláusula de irresponsabilidade)*. 4. Ed. Ver. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 83 e ss. No mesmo sentido Leticia Avelar. AVELAR, Leticia Marquez de. *A Cláusula de Não Indenizar: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2011. Dissertação de Mestrado. p. 198.

não cumprir o pactuado, o mesmo ordenamento jurídico impede que surjam seus potenciais efeitos.<sup>503</sup>

Como justificativa o autor traz a boa-fé objetiva – no sentido de que ninguém pode valer-se da própria torpeza<sup>504505</sup>:

[...] diante de um sistema que elege a boa-fé objetiva e a função social do contrato como um de seus pilares principiológicos, seria claramente contraditório admitir que uma pessoa seja beneficiada nos casos em que intencionalmente se comporte de maneira a não cumprir os deveres por ela assumidos.<sup>506</sup>

Pelo fato de que não há que se diferenciar a cláusula penal das cláusulas de limitação de responsabilidade e de não indenizar – uma vez que todas elas são negócios jurídicos autônomos, entende-se que também a impossibilidade de cobrar indenização suplementar, a menos que assim estipulado, como prevê o art. 416, Parágrafo Único, do Código Civil, não seria eficaz diante do inadimplemento eficiente. Ao agir com dolo, o devedor permite que o credor declare o negócio jurídico pretérito ineficaz; portanto, o valor pré-fixado, tido *a priori* como reparação integral do dano, deixará de ser aplicado, devendo ser indenizado o dano *real* em sua integralidade, como preconiza a teoria.

É necessário analisar se a ineficácia em questão seria da cláusula penal como um todo ou se essa ineficácia seria somente quanto à impossibilidade de se pleitear indenização suplementar. Nesse sentido, é possível questionar se em uma situação na qual o dano do credor diante do inadimplemento (incluindo lucros cessantes) for menor do que o valor da cláusula penal deve ser essa eficaz, indenizando o credor em um valor maior do que o dano, ou se essa cláusula, como um todo, deve ser declarada ineficaz, de modo a indenizar o credor na exata extensão do dano sofrido.

---

<sup>503</sup>BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 161.

<sup>504</sup> *Nemo turpitudinem suam allegare potest* ou *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

<sup>505</sup> Nota-se, inclusive, que Judith Martins-Costa ao comentar esse princípio dispõe que “[a]s consequências ligadas à aplicação do *nemo auditur* consistem, modo geral, na suspensão ou modulação de determinada eficácia típica do negócio.” MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 633.

<sup>506</sup>BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 159.

Novamente, invocando o princípio de que ninguém pode valer-se da própria torpeza, acredita-se que a ineficácia seria somente da impossibilidade de pleitear indenização suplementar. Do contrário, o inadimplemento doloso seria um verdadeiro mecanismo de fuga da cláusula penal.

Também, de modo a defender a ineficácia parcial, é possível se cogitar a aplicação do princípio da conservação dos negócios jurídicos, reduzindo este<sup>507</sup>, de modo a se preservar parte da eficácia da cláusula penal<sup>508</sup>.

Logo, acredita-se que se quando o devedor realizar o inadimplemento eficiente, ele deve ter em mente que o patamar mínimo de indenização será o valor da cláusula penal<sup>509</sup>.

Tendo em vista essas considerações, entende-se que a teoria do inadimplemento eficiente é compatível com as cláusulas penais, não sendo estas um obstáculo à aplicação da teoria à luz do direito brasileiro. Na oportunidade, reitera-se que as cláusulas penais podem ajudar o devedor a mensurar o valor da indenização a ser paga ao credor<sup>510</sup>, o que facilita a ocorrência de inadimplementos eficientes.

#### **4.2.3. Da não estipulação de obrigação alternativa**

O quarto potencial obstáculo trazido por Juliana Krueger Pela é referente a não estipulação de obrigação alternativa, pois, “se as partes pretendiam dar ao devedor a opção de cumprir ou pagar a multa, deveriam – no sistema jurídico brasileiro – ter estipulado obrigação alternativa prevista no artigo 252 do Código Civil.”<sup>511</sup>.

---

<sup>507</sup> Sobre a possibilidade de se reduzir parcialmente o negócio jurídico em razão do princípio da conservação desses cf. GUERRA, Alexandre. *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016. p. 315 e ss.

<sup>508</sup> Embora esse princípio seja comumente utilizado para se superar invalidades, ele também pode ser utilizado em situações de ineficácia como destaca Antônio Junqueira: “O princípio da conservação consiste, pois, em se procurar salvar tudo que é possível num negócio jurídico concreto, tanto no plano da existência, quanto da validade, quanto da eficácia.” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 66.

<sup>509</sup> Com exceção das hipóteses nas quais o juiz entenda ser a cláusula penal manifestamente excessiva com base no art. 413. Mas, mesmo nessa hipótese, deverá haver a reparação integral dos danos.

<sup>510</sup> No entanto, nunca é demais repetir: a indenização do credor deve ser integral.

<sup>511</sup> PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (EfficientBreach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1099.

A questão reside em como deve se interpretar a inexistência de estipulação em contrato que permitisse a aplicação da teoria<sup>512</sup>. A ausência de vontade seria uma simples omissão ou verdadeira declaração de vontade das partes? Deve se entender que com a omissão as partes pretendiam a utilização da execução específica e, conseqüentemente, desejavam que a teoria do inadimplemento eficiente não se aplicasse? Adiantando a resposta a essas duas perguntas, entende-se que a não estipulação deve, via de regra, ser tida como simples omissão e que, portanto, não se poderia ter o silêncio como uma forma de acordo entre as partes, de modo a afastar a aplicação da teoria.

Inicialmente, porque nem sempre se pode ter certeza que as partes de fato sabem que o ordenamento prevê, diante de um inadimplemento, a execução específica como opção em favor do credor. Muito embora seja certo que “ninguém pode alegar o desconhecimento da lei”, esse princípio está mais relacionado ao fato de que as partes não podem deixar de cumprir a lei alegando desconhecimento<sup>513</sup>, do que a um efetivo conhecimento de todas as minúcias do ordenamento<sup>514</sup>.

A exemplo, sabe-se que contratos de pequena monta, mesmo entre sociedades empresárias, são em grande parte dos casos elaborados pelas próprias partes sem a assessoria de advogados<sup>515</sup>. Logo, é possível questionar se as partes, leigas no sentido jurídico, realmente sabem todos os dispositivos legais que não foram mencionados no contrato e que podem vir a ser aplicados de forma supletiva<sup>516</sup>. E para se interpretar que as partes não estipularam determinada cláusula porque estavam de acordo com a regra geral, é imprescindível, antes de tudo, que haja o conhecimento da regra geral por essas<sup>517</sup>. Portanto, mesmo que as partes não

---

<sup>512</sup> Esse também seria o caso, a exemplo, de uma cláusula que estabelecesse que diante do inadimplemento a consequência aplicável seria somente o pagamento de perdas e danos.

<sup>513</sup> O art. 3º da LINDB prevê que “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”

<sup>514</sup> Até porque o Código Civil traz a hipótese de erro de direito: “Art. 139. O erro é substancial quando: [...]

III - sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.”

<sup>515</sup> Isso ocorre até mesmo como uma forma de reduzir os custos de transação do negócio.

<sup>516</sup> Nesse sentido, é necessário trazer novamente o entendimento de Hugh Collins acerca do fato de que os empresários não estão tão preocupados com os aspectos jurídicos do contrato: “businessmen focus their attention on the economic deal, not the contract. They are interested in the core exchange of goods and services, and do not pay much attention to the task of planning for contingences. [...] The remaining issues that are typically included in the written contract by the lawyers will usually, though not invariably, receive scant attention from the parties to the transaction.”. COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 150.

<sup>517</sup> É verdade que a norma não conhecida pode vir a ser aplicada de forma supletiva como *default rule*. Contudo, o que se defende é que não se pode presumir que essa era a vontade das partes.

possam alegar desconhecimento da lei, é essencial se ter noção da racionalidade limitada dos agentes, de modo a se afastar interpretação, no sentido de que o silêncio do contrato *significaria um acordo de vontade das partes*<sup>518</sup>.

Ainda, como mencionado nos capítulos anteriores, existem custos de transação para se negociar cláusulas contratuais. Fernando Araújo chega a colocar os “custos de redação do clausulado” como uma das três principais causas de ocorrência dos custos de transação na Teoria do Contrato<sup>519</sup>.

Richard Posner destaca que estudos demonstram que não são feitas contratações acerca de certas regras gerais, mesmo que essas sejam ineficientes. Isso porque como poucas disputas contratuais resultam em processo, os custos de transação em negociar a mudança de uma regra geral acabam excedendo os benefícios auferidos<sup>520</sup>.

Por sua vez, Uinie Caminha e Juliana Cardoso Lima também destacam que “a presença de lacunas jurídicas em nada se assemelha a escolha livre (voluntária) das partes em não disciplinar ex ante todas as contingências econômicas.”<sup>522</sup>.

Assim, mesmo que não se possa falar em racionalidade limitada das partes em um caso concreto, tem-se que a ausência de estipulação de certa cláusula não pode ser tida, automaticamente, como uma verdadeira escolha das partes em razão dos custos de transação. E

---

<sup>518</sup> Com frequência, contratos complexos listam, a exemplo, uma série de eventos como hipóteses de caso fortuito e força maior ou, em sentido contrário, os mencionam como situações que não devem ser consideradas como caso fortuito e força maior. Na execução desses ocorre de uma determinada situação não listada se materializar e ser alegado que se fosse para tal fato ser enquadrado como caso fortuito ou força maior – ou o contrário, se fosse para ele não ser enquadrado como tal – ele teria sido mencionado na listagem trazida na cláusula em questão. Esse argumento, por mais que seja impactante, acaba sendo falacioso porque desconsidera a racionalidade limitada dos agentes. Como dito no capítulo III, as partes não conseguem prever todos os riscos relacionados ao contrato, afinal a racionalidade humana – que também é aplicável as sociedades porque elas são conduzidas por humanos – é limitada. E se as partes não conseguem prever todas as contingências, conseqüentemente, elas não conseguem estipular sobre essas no contrato.

<sup>519</sup> ARAÚJO, Fernando. Teoria Económica do Contrato. Coimbra: Almedina, 2007, p. 198.

<sup>520</sup> POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. In. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009, p. 1362.

<sup>521</sup> Necessário se considerar que: “[...] os custos de transação condicionam as escolhas das partes, delimitam as suas alternativas. Dessa forma, os contratantes firmarão determinado acordo, a depender dos recursos necessários para negociá-lo, executá-lo e controlá-lo. CAMINHA, Uinie. LIMA, Juliana Cardoso. CONTRATO INCOMPLETO: UMA PERSPECTIVA ENTRE DIREITO E ECONOMIA PARA CONTRATOS DE LONGO TERMO. In. *REVISTA DIREITO GV*, São Paulo 10(1)|JAN-JUN 2014. p. 188.

<sup>522</sup> CAMINHA, Uinie. LIMA, Juliana Cardoso. CONTRATO INCOMPLETO: UMA PERSPECTIVA ENTRE DIREITO E ECONOMIA PARA CONTRATOS DE LONGO TERMO. In. *REVISTA DIREITO GV*, São Paulo 10(1)|JAN-JUN 2014. p. 170.

isso, como destacou Richard Posner, é válido até mesmo para aquelas regras com as quais não se concorda.

Em resumo, como a racionalidade jurídica das partes pode ser limitada ou por causa da existência dos custos de transação, muitas vezes não há a estipulação de cláusula que afaste a regra geral do Código Civil da execução específica como opção do credor. Portanto, a não estipulação da cláusula *não decorre* de uma vontade comum das partes, mas sim de questões que tornam difícil sua contratação.

Sendo assim, muito embora seja evidente que se as partes pactuarem uma obrigação alternativa ou qualquer cláusula que barre a aplicação da execução específica, a adoção da teoria do inadimplemento eficiente se dará de forma bem mais fácil, a ausência de qualquer cláusula nesse sentido *não pode*, por si só, significar uma vontade das partes em sentido contrário a teoria.

Por essas razões, a não estipulação de cláusulas que estabelecem, a exemplo, uma obrigação alternativa de o devedor cumprir a prestação ou pagar multa, não seria um obstáculo à aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro.

#### 4.2.4. Da execução específica

O último e mais importante potencial obstáculo, identificado por vários autores como Juliana Kruger Pela<sup>523</sup>, Ronald Scalise<sup>524</sup> e Paula Greco Bandeira<sup>525</sup>, é a possibilidade de o credor, diante do inadimplemento, valer-se da execução específica. Nesse sentido, para a teoria do inadimplemento eficiente ser aplicada no direito brasileiro seria necessário superar os artigos

---

<sup>523</sup> “Por fim, o quinto – e talvez mais importante – obstáculo reside na possibilidade, prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil vigente (de 1973), de o credor valer-se da tutela específica da obrigação, em caso de descumprimento. Em razão da tutela específica, aplicável às obrigações de fazer em geral, o credor não está adstrito a receber a multa pactuada, podendo obter – por via judicial – a satisfação da própria obrigação ou o “resultado prático equivalente ao do adimplemento”. A não ser que se admita a licitude de renúncias prévias a qualquer pedido de tutela específica, afasta-se, assim o *efficient breach*.”. PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1099.

<sup>524</sup> SCALISE JR., Ronald J. Why No "EfficientBreach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, p. 726 e ss.

<sup>525</sup> “A quebra eficiente colide, ainda, com a regra do direito obrigacional brasileiro que autoriza ao credor, na hipótese de descumprimento contratual, sempre que possível, requerer a execução específica da obrigação inadimplida (art. 475, Código Civil; arts. 461 e 461-A, Código de Processo Civil). “BANDEIRA, Paula Greco., O Contrato Incompleto e a Análise Econômica Do Direito. In. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015.p. 2710.

313<sup>526</sup> e 475<sup>527</sup> do Código Civil e os artigos 497<sup>528</sup>, 498<sup>529</sup> e 499<sup>530</sup> do Código de Processo Civil de 2015.

Como abordado no capítulo II, a teoria do inadimplemento eficiente encontra um cenário favorável nos Estados Unidos. Isso porque, justamente no direito americano, a consequência padrão diante de um inadimplemento é o pagamento de indenização, sendo que a execução específica somente é concedida em casos pontuais, nos quais as perdas e danos não se demonstrem adequadas<sup>531</sup>.

Já no direito brasileiro o credor, diante de um inadimplemento, pode escolher indistintamente entre requerer a execução específica da obrigação ou pleitear a resolução do contrato com a condenação em perdas e danos. Inclusive, perante essas opções em favor do credor, parte da doutrina afirma categoricamente que o direito brasileiro dá preferência à execução específica<sup>532</sup>.

Por certo a adoção da execução específica impede a aplicação da teoria<sup>533</sup>. Assim, para analisar a possibilidade de a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente frente à execução específica, é necessário avaliar se no direito brasileiro a escolha do credor pela execução específica é absoluta ou se em alguns casos ela pode ser mitigada.

---

<sup>526</sup>Art. 313. O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

<sup>527</sup>Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

<sup>528</sup>Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

<sup>529</sup>Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.

<sup>530</sup>Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

<sup>531</sup> “[...] specific performance is an exceptional remedy, to be granted only if damages would not be adequate. This doctrine is elaborated by three important subsidiary rules: (1) Damages are not considered adequate when the subject matter of the contract is unique. (2) Real property is normally deemed to be unique. (3) Even if damages would not be adequate, specific performance will not be awarded in the case of contracts for personal services or if it would require undue judicial supervision.” EISENBERG, Melvin A. *Actual and Virtual Specific Performance, the theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law*. *Columbia Law Review*. vol. 93, 2005. p. 1016.

<sup>532</sup> “[...] os sistemas processuais modernos têm fortíssima tendência a preferir a execução também específica, superando o comodismo das conversões em dinheiro, muito ao gosto dos pandectistas franceses do século XIX”. DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, v. 4, p. 514.

<sup>533</sup> “[...] a general entitlement to specific performance would thwart some efficient breaches” POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 8ª edição. New York: Aspen Publishers, 2011. p. 171

Inicialmente, de modo a se quebrar o dogma da execução específica no direito brasileiro, é interessante notar que tanto o Código Civil de 1916<sup>534</sup> como o Código de Processo Civil de 1973 adotavam, em regra, a possibilidade de pleitear perdas e danos diante do inadimplemento. Como destaca Paula Bandeira Greco, “[n]ão se disponibilizavam ao credor, assim, na esteira do sistema jurídico francês, instrumentos que lhe possibilitassem exigir o cumprimento específico da prestação inadimplida”<sup>535</sup>. É possível perceber que essa situação só mudou com a promulgação do Código Civil de 2002 e das leis n. 8.952/94 e 10.444/02, que alteraram o Código de Processo Civil de 1973. Dessa forma, sendo a adoção dessa consequência legal diante do inadimplemento “recente” no direito brasileiro, reduz-se a força da execução específica como verdadeiro dogma em nosso direito.

Ainda, a aplicação da teoria do ônus de mitigar no direito jurídico brasileiro – teoria que também se preocupa com a maximização das riquezas ao se evitar perdas<sup>536</sup> – também trouxe a discussão sobre sua compatibilidade com o ordenamento jurídico pátrio, pois essa teoria poderia inviabilizar a regra da execução específica da obrigação. Nesse sentido, ao defender a aplicação do ônus de mitigar no direito brasileiro, Christian Lopes destacou que:

[...] o impedimento de que o credor receba pelos danos que poderia ter evitado com esforços razoáveis é um corolário que decorre da adoção da boa-fé objetiva em matéria contratual pelo Código Civil. Nesse sentido, é um imperativo inafastável. Todavia, para sua compatibilização com o direito pátrio com a livre escolha das sanções por parte do credor e com a manutenção da primazia da tutela específica, a mitigação deverá ser aplicada unicamente aos casos em que o credor tenha requerido indenização como consequência do inadimplemento.<sup>537</sup>

Não obstante, apesar dessa discussão, tem-se que a teoria da mitigação de danos foi aceita pelos tribunais brasileiros, tratando de quaisquer sanções ou medidas disponibilizadas ao credor e não apenas às indenizações por perdas e danos. Essa é a constatação de Christian Lopes ao analisar diversos acórdãos que discutiram a aplicação do ônus de mitigar à luz do direito

---

<sup>534</sup> ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1949.

<sup>535</sup> BANDEIRA, Paula Greco., O Contrato Incompleto e a Análise Econômica Do Direito. In. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, n.º. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015.p. 2711.

<sup>536</sup> Segundo Christian Lopes: “A aplicação da regra de mitigação está fundada axiologicamente na busca pela cooperação das partes contratantes e, ao mesmo tempo, tem por efeito fomentar essa própria cooperação. Além disso, promove a eficiência no tráfego jurídico e no direito dos contratos, tendo como consequência evitar a perda de recursos econômicos e socialmente relevantes”. LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p, 185

<sup>537</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p, 191.

brasileiro: “Portanto, ao que se pode inferir desses julgados, a livre escolha das sanções pelo credor, que na França é tido como um dogma, não parece ser um óbice à aplicação da *evitabilidade* no direito brasileiro”.<sup>538</sup>. Logo, percebe-se que a execução específica já foi flexibilizada em nosso direito.

Também demonstrando como a mitigação dos danos pode flexibilizar o direito a execução específica, Gustavo Kulesza em estudo sobre a compatibilidade do ônus de mitigar e a execução específica na CISG defende a possibilidade do ônus de mitigar limitar o exercício do direito à execução específica por parte do vendedor, quando esse não agir de forma razoável<sup>539</sup>. Sobre o “agir de forma razoável”, o autor comenta que o princípio da boa-fé objetiva<sup>540</sup> auxilia na identificação do parâmetro razoável de comportamento esperado<sup>541</sup>.

E a adoção, ou não, do dever de mitigação do dano é inclusive um dos critérios para se avaliar a possibilidade de aplicação concreta da teoria do inadimplemento eficiente, uma vez que, tendo como base a teoria da mitigação dos danos, esses serão mais previsíveis e menores, o que estimula o inadimplemento eficiente<sup>542</sup>.

Ainda, Judith Martins-Costa afirma que o art. 313 do Código Civil pode ser flexibilizado em razão da possibilidade de modificação do objeto da prestação, por revisão judicial com base no art. 317 do Código Civil e da incidência da boa-fé objetiva que faz com que “por vezes a

---

<sup>538</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 230.

<sup>539</sup> KULESZA, Gustavo Santos. Mitigação de danos e execução específica: até onde vai o direito do vendedor de exigir o pagamento do preço? Análise à luz do direito brasileiro. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, César Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). *A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 414-420.

<sup>540</sup> Ressalta-se que a aplicação do ônus de mitigar em nosso direito possui fundamento na cláusula geral de boa-fé. Cf. o Enunciado da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Enunciado nº 169 – Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo.”.

<sup>541</sup> Na íntegra: “O princípio da boa-fé objetiva, tão caro ao direito brasileiro (CC, art. 422), certamente auxiliará o julgador a encontrar o parâmetro *razoável* de comportamento a ser exigido do vendedor.” KULESZA, Gustavo Santos. Mitigação de danos e execução específica: até onde vai o direito do vendedor de exigir o pagamento do preço? Análise à luz do direito brasileiro. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, César Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). *A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 420.

<sup>542</sup> SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. In. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, nº 4, 2007, 744 – 745.

Ver também o subcapítulo 3.8 da tese de doutorado de Christian Lopes, "3.8 Os efeitos do dever de mitigar sobre o inadimplemento eficiente". LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

recusa do credor em aceitar um objeto modificado [possa] recair na esfera do exercício inadmissível de posição jurídica, a ser averiguado nos termos do art. 187<sup>543</sup>.

Cogitando a possibilidade de flexibilização da execução específica na hipótese de inadimplemento eficiente, Marcos Brossard ressalta que:

[...] seria interessante pensar que, caso esta situação viesse a juízo e a parte inadimplente provasse que a quebra foi eficiente, sem que houvesse prejuízos à parte credora da obrigação, pois seria adequadamente indenizada, o magistrado poderia determinar a resolução do vínculo, negando o pleito de cumprimento forçado. Mesmo que a interpretação da lei deva preservar ao máximo o seu sentido semântico-literais, sob risco de gerar insegurança jurídica, a partir do momento em que são tuteladas judicialmente concepções que não derivam expressamente do texto normativo, mas de uma interpretação solidarista e sistemática do mesmo – como ocorre, v.g., na aplicação da teoria do adimplemento substancial – permite-se que alternativas como a ora proposta sejam cogitadas pelos mesmos fundamentos.

A reflexão sobre esta hipótese demandaria uma contextualização do *status contrati*, pois vive-se em uma época onde contratos deixaram de ser instrumentos estritamente privados para se inserirem em um contexto dinâmico mais amplo dentro da sociedade. Neste sentido, fundado na função social dos contratos, é possível perceber uma maior intervenção estatal sobre a esfera privada no que tange aos contratos, para alterar-lhes disposições livremente pactuadas dentro de sua autonomia privada em nome dos chamados interesses coletivos; mesmo que tais medidas devam ser aplicadas com temperança, sob pena de colocar em risco a própria razão de ser dos contratos, é justamente dentro destes interesses sociais que poderia ser inserida a eficiência, na medida em que a melhor alocação de recursos beneficia não apenas as partes envolvidas no pacto, mas toda a coletividade, por permitir que os recursos circulem no mercado e bens sejam adquiridos por quem mais lhes dê valor, permitindo, com isso, o fomento econômico e a consequente geração de riqueza.<sup>544</sup>

Também de extrema importância é a análise de Maarten Smits em que o autor avalia a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente e da execução específica na Europa, com ênfase no direito da Holanda, Alemanha e França. Em sua análise, como destacam César Fiuza e Victor Almeida, “[o] autor observa que, embora a execução específica seja um pilar do Civil

---

<sup>543</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 214.

<sup>544</sup> BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. p. 166.

Law, ela está caindo em desuso e o *Efficient Breach* tem sido cada vez mais usado, possível reflexo de uma visão mais utilitarista e econômica da resolução contratual.<sup>545</sup>

Há indicações de que a adoção da execução específica está se encaminhando para um "status de consequência especial", caso os danos não sejam suficientes para o autor, o que sempre esteve no direito contratual inglês. Essas indicações são encontradas no direito contratual alemão e também no direito contratual francês. Um uso mais restrito da execução específica em todo o *Civil Law* europeu é um passo importante para um sistema em que um inadimplemento eficiente é possível.<sup>546</sup>

Por fim, para afastar eventual alegação de que a execução específica seria a consequência que melhor atende aos interesses do credor, necessário trazer aqui estudo de Henrik Lando e Caspar Rose no qual esses analisaram a execução específica em diversos ordenamentos de *Civil Law* e também na CISG. Em tal estudo, no que se refere à CISG, os autores verificaram 200 casos nos quais a execução específica poderia ter sido pleiteada, sendo que somente em um deles ela foi requerida, tendo, ao final, sido indeferida<sup>547</sup>. Dessa forma, nota-se que em grande parte dos casos os credores preferiram buscar a reparação das consequências do inadimplemento por meio da condenação em perdas e danos, em vez de se valerem da execução específica.

Tendo em vista essas considerações, conclui-se que a execução específica não é um obstáculo intransponível em nosso direito. A partir dessa constatação cabe analisar se seria

---

<sup>545</sup> FIÚZA, César; ALMEIDA, Victor Almeida. Apontamento Acerca do Inadimplemento Eficaz. In. *Meritum* – Belo Horizonte – v. 12 – n. 1 – jan./jun. 2017, p. 356.

<sup>546</sup> Tradução livre de “Indications are present that the enforcement of specific performance is moving towards a ‘special remedy status’ in case damages won’t suffice for the plaintiff, which it has always been in English contract law. These indications are found in German contract law and in French contract law as well. A more restrained use of specific performance throughout civil law Europe is a major step towards a system where efficient breach is possible.” SMITS, Maarten H. J. Efficient breach and the enforcement of specific performance. *Universiteit van Amsterdam*. June, 2014. p. 33.

<sup>547</sup> “ We found 200 cases where the question of specific performance versus damages is present (often in the sense of the rights to cure defects and to have defects cured which are not rights to specific performance as defined here). What we did not find were cases where the buyer requests delivery of goods and the seller denies to deliver (claiming e.g. hardship). Of the 200 cases, only one case mentions a buyer who claimed specific performance in this sense. A Russian enterprise had sold raw aluminum to a group of buyers located in Argentina and Hungary. After the enterprise was privatized in December 1994, the new owners stopped delivery in February 1995, and the case was subsequently submitted to arbitration in Switzerland. The buyer’s request for specific performance was denied for reasons to which we shall return. We did not find other attempts to force delivery of goods. It may be because the rule of specific performance is so clear that it does not invite the kind of disagreement over court outcomes that would lead to trials. Or it may be that cases exist that have not been translated into English. These caveats do not allow us to conclude in strong terms, but our observations are at least consistent with the view that, for international sales of goods, the performing party generally prefers to sue for damages rather than to attempt to force performance.” LANDO, Henrik. ROSE, Caspar. On the enforcement of specific performance in Civil Law Countries. *International Review of Law and Economics*. v. 24, 2004. P. 480.

possível a flexibilização da execução específica em nosso ordenamento para que, em algumas situações, possa ser utilizada a teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro. Caso essa flexibilização seja possível, necessário verificar quais seriam seus fundamentos e a quais casos ela poderia ser aplicada<sup>548</sup>.

Sendo assim, verificada a possibilidade de superação dos obstáculos legais acima mencionados, a seguir será analisado qual seria o possível fundamento jurídico para aplicação da teoria do inadimplemento eficiente no direito brasileiro.

#### **4.3. Do fundamento legal para a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro**

Demonstrou-se que a teoria do inadimplemento eficiente não viola a boa-fé objetiva e o abuso de direito. Ainda, verificou-se que a não estipulação de obrigação alternativa e a previsão de cláusula penal também não impedem a aplicação da teoria. Por último, destacou-se que a possibilidade de o credor, diante de um inadimplemento, escolher a execução específica não é absoluta em nosso direito.

Nota-se, portanto, que os quatro primeiros obstáculos já foram superados. Por sua vez, quanto ao último obstáculo – o direito de o credor escolher a execução específica –, até o momento, foi apenas sugerido a possibilidade teórica de sua superação, de maneira geral, sem focar na teoria do inadimplemento eficiente. Sendo assim, necessário avaliar se é, de fato, possível aplicar a presente teoria à luz do direito brasileiro, sendo flexibilizada a execução específica. E caso a resposta seja positiva, é preciso verificar qual seria o fundamento legal.

Com efeito, em um primeiro instante, é possível cogitar que a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente pudesse ser abrangida pelas teorias de alteração de circunstâncias, com base nos arts. 317<sup>549</sup> e 478<sup>550</sup> do Código Civil. Afinal, como muitas vezes foi dito no

---

<sup>548</sup> Observa-se que o presente trabalho chega a uma conclusão distinta do trabalho de Cláudia Perri, no qual é possível entender que a execução específica, pelo menos no direito brasileiro, seria um obstáculo insuperável: “[n]a hipótese de o credor ter interesse na prestação “in natura” e não aceitar tão somente as perdas e danos, a execução específica seria um impeditivo para o inadimplemento eficiente no Brasil.” HAIDAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado. p. 141.

<sup>549</sup> Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

<sup>550</sup> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e

presente trabalho, a teoria do inadimplemento eficiente também está relacionada a uma “alteração de circunstâncias”.

Todavia, é difícil aplicar o inadimplemento eficiente por meio das teorias de alteração de circunstâncias por mais que esse também decorra de uma mudança de cenário.

Inicialmente por causa dos efeitos jurídicos distintos de cada uma das teorias. Isso porque o artigo 317 do Código Civil não estabelece a hipótese de o devedor inadimplir o contrato (mesmo que pagando perdas e danos). Pelo contrário, o que prevê tal artigo é a revisão da obrigação pactuada, sendo o contrato mantido. Por sua vez, o artigo 478 prevê a resolução contratual sem o pagamento de perdas e danos ao credor<sup>551</sup>, tendo em vista que a extinção do contrato não decorrerá de inadimplemento. Logo, nota-se que os efeitos jurídicos da aplicação das teorias de alteração de circunstâncias são distintos dos efeitos do inadimplemento eficiente, no qual haverá a extinção contratual com pagamento de perdas e danos ao credor.

Em segundo lugar, porque por mais que possa se falar em um custo de oportunidade na possibilidade<sup>552</sup> de se celebrar contrato com terceiro, é difícil equiparar tal custo como uma circunstância a tornar excessivamente onerosa a prestação do devedor. Acredita-se aqui que seria extremamente difícil demonstrar que uma vantajosa oferta de terceiro de fato romperia com o equilíbrio contratual, de modo a dificultar o cumprimento da prestação pelo devedor.

Ainda, evidentemente, a aplicação do inadimplemento eficiente por meio dos artigos 317 e 418 do Código Civil dependeria da verificação, no caso concreto, dos requisitos de cada um desses artigos<sup>553</sup>, sendo que em muitos dos casos um ou mais requisitos das teorias de alteração de circunstâncias não estarão presentes.

---

imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

<sup>551</sup> Não se pode confundir a devolução, com base na teoria do enriquecimento sem causa, de eventuais quantias pagas com o pagamento de perdas e danos diante de inadimplemento. Sobre a possibilidade de requerer a devolução de quantias pagas a maior cf. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 194-195.

<sup>552</sup> “In the usual case of breach of contract the cost of performance to the defendant would exceed the benefit to the plaintiff. The cost might be or might include an opportunity cost, as in my example in which the defendant discovered that he could sell his product to a third party at a higher price than the contract price. An opportunity cost is a real cost.” POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. In. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009. p. 1353.

<sup>553</sup> Sobre os requisitos para aplicação do art. 317, por todos, cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 283-285.

Tal situação ocorre, a exemplo, com o requisito da imprevisibilidade, uma vez que nos contratos empresariais há de se ter em mente que:

A profissionalidade inerente à atividade empresarial exige que o agente econômico, dentro de um padrão de razoabilidade, aferível por meio *standard* do homem ativo e probo [...] obtenha todas as informações relevantes aos negócios celebrados em mercado. De posse de tais informações, os agentes econômicos deveriam, então, prever, em contrato, o tratamento a ser conferido a todos os possíveis riscos que poderiam vir a atingir o programa contratual durante a sua execução.<sup>554</sup>

Dessa forma, fato imprevisível é aquele que

[...] não poderia ser *legitimamente esperado* pelos contratantes, concretamente considerados (v.g., avaliando-se a qualidade das partes, a sua característica profissional, a natureza do negócio, as circunstâncias específicas do caso e o que a experiência indica ser o habitual) de acordo com a sua justa expectativa no momento da conclusão do ajuste [...].<sup>555</sup>

E, como destaca Renata Faria Silva Lima, a análise da imprevisibilidade passa pela diferenciação, feita no Direito Administrativo, entre *álea ordinária* e *álea extraordinária econômica do contrato*<sup>556</sup>, sendo que não seria possível aplicar os artigos 317 e 478 do Código Civil a situações de *álea ordinária*, que correspondem ao risco ordinário do negócio:

Em conformidade com o Direito, as responsabilidades assumidas no ajuste pela parte contratada são aquelas que se enquadram na chamada “*álea ordinária*”, estas sim, de caráter ilimitado e integrantes do risco do negócio. Entretanto, nenhuma responsabilidade poderá ser-lhe atribuída pela superveniência de acontecimentos enquadráveis na *álea extraordinária*, assim

---

Por sua vez, para os requisitos do art. 418 cf. FIGUEIREDO FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de. *A Onerosidade Excessiva na Revisão e Extinção dos Contratos: A concorrência na aplicação da regra dos arts. 417 e 478 do Código Civil Vigente*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. p. 60 e ss; AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 191; SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 161 e ss.

<sup>554</sup> YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 181.

<sup>555</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 309.

<sup>556</sup> LIMA, Renata Faria Silva. *Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 19.

entendidos aqueles que desfiguram as condições iniciais e os cálculos vislumbrados pelas partes no momento da celebração do contrato.<sup>557</sup>

Deste modo, em casos nos quais se entenda que a sociedade empresária teria condições de prever a celebração de contrato com terceiro por um preço maior, mas não previu, a regra dos artigos 317 e 478 não será aplicável, porque a possibilidade de celebração de um contrato em melhores condições constituirá risco ordinário do negócio.

Não obstante, há alguns casos excepcionais em que seria possível o inadimplemento eficiente e também poderiam ser aplicados os artigos 317<sup>558</sup> e 478 do Código Civil. Seriam os casos, a exemplo, nos quais o devedor comete o inadimplemento não para aumentar seu lucro, mas para evitar um prejuízo derivado de uma mudança de circunstâncias que tornou seu cumprimento excessivamente oneroso.

Diante do exposto, conclui-se que grande parte das hipóteses em que seria aplicada a teoria do inadimplemento eficiente não poderiam ser enquadradas na teoria da imprevisão. Assim, as duas teorias tratam de círculos secantes nos quais há situações que podem ser enquadradas i) nas duas teorias, ii) apenas na teoria do inadimplemento eficiente ou iii) apenas na teoria da imprevisão.

---

<sup>557</sup> LIMA, Renata Faria Silva. *Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 12.

<sup>558</sup> Parte da doutrina entende que o art. 317 somente seria aplicável a prestações pecuniárias. Nesse sentido cf. FIGUEIREDO FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de. *A Onerosidade Excessiva na Revisão e Extinção dos Contratos: A concorrência na aplicação da regra dos arts. 417 e 478 do Código Civil Vigente*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. p. 54; YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015. p. 152-153.

No entanto, neste trabalho entende-se que o art. 317 pode ser aplicável a qualquer prestação e não somente àquelas pecuniárias. Isso porque a história legislativa desse dispositivo mostra que inicialmente na Câmara dos Deputados constava do dispositivo a expressão “Quando pela desvalorização da moeda”. Entretanto, o Senador relator da comissão destinada a examinar o projeto da Câmara retirou essa expressão, porque pretendeu ampliar o dispositivo de modo a abranger outras hipóteses imprevisíveis que possam gerar desequilíbrio. Assim, muito embora originalmente o artigo fosse destinado somente às prestações pecuniárias, ele foi ampliado para qualquer modalidade de prestação. Sobre o histórico legislativo cf. MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 283-285.

Laura Frantz também comenta que, “O art. 317 do Código Civil foi cunhado, inicialmente, para atender as hipóteses de desvalorização da moeda, conforme as sugestões de redação das ao artigo durante o processo legislativo demonstraram. A expressão <<desvalorização da moeda>> foi retirada, porém, numa tentativa de ampliação de sua abrangência” FRANTZ, Laura Coradini. *Excessiva Onerosidade Superveniente: uma Análise dos Julgados do STJ*. In: Martins-Costa, Judith (Org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 216.

Portanto, não seria adequado afirmar que o fundamento legal para a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente à luz do direito brasileiro seria os arts. 317 e 478. Feito esse esclarecimento, cabe, então, analisar algumas premissas da figura do adimplemento substancial.

#### 4.3.1. Algumas premissas do adimplemento substancial

A figura do adimplemento substancial do contrato é oriunda da teoria do *substancial performance* existente no *Common Law*<sup>559</sup>. Tal teoria, como destaca Becker, foi elaborada na Inglaterra, no século XVIII, com o caso *Boone v. Eyre*, de 1779<sup>560</sup>. Nesse caso o autor havia vendido ao réu uma propriedade com escravos, pela qual receberia um pagamento inicial de 500 libras e viria a receber uma renda vitalícia de 160 libras anuais. Todavia, como o réu acabou ficando sem os escravos, em razão do fato de que o autor não era mais o legítimo proprietário desses, ele recusou-se a pagar a renda vitalícia correspondente. A conclusão do julgado foi de que a inexecução ocorrida não dispensava o comprador da obrigação de pagar o preço e a ação foi julgada procedente<sup>561</sup>. Sobre o julgamento desse caso Bárbara Navas comenta,

A ideia que se pode extrair do julgado é que, se o inadimplemento (breach) for relativo a apenas uma parte da prestação e sua consequência puder ser objeto de indenização, a parte prejudicada não poderá deixar de cumprir a prestação que lhe cabe (aqui diríamos: não pode ela invocar a exceção do contrato não cumprido), sendo-lhe facultado apenas buscar o ressarcimento pelos danos advindos da inexecução parcial.

Essa noção se desenvolveu e, atualmente, no direito inglês, considera-se que, embora o inadimplemento normalmente confira ao lesado o direito de desfazer o vínculo contratual, além de exigir indenização pelos prejuízos decorrentes da inexecução e de exigir o cumprimento específico, esse direito ao encerramento do contrato só existe where the breach is considered sufficiently serious to justify this result”.<sup>562</sup>

<sup>559</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 679; SCHREIBER, Anderson. A trílice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007, p. 14-15.

<sup>560</sup> BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, vol. 9. 1993. p. 61.

<sup>561</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial No Direito Brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* | vol. 11/2017. p. 2; BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, vol. 9. 1993. p. 61.

<sup>562</sup> *Idem*.

Com base nesse caso, a doutrina do *substantial performance* trouxe, originalmente<sup>563</sup>, a ideia de que quando o adimplemento tiver sido substancial, ainda que imperfeito, não seria justificável a resolução do contrato ou a aplicação da exceção de contrato não cumprido, tendo o devedor direito à contraprestação devida, e sendo resguardado o direito de o credor exigir o ressarcimento dos prejuízos causados pela imperfeição do adimplemento<sup>564</sup>. Assim, tal doutrina entende que diante de um inadimplemento mínimo, o credor não deve adotar consequências extremamente onerosas para o devedor, buscando o ressarcimento de forma menos gravosa<sup>565</sup>.

---

<sup>563</sup> Mais a frente será abordado se o adimplemento substancial no Brasil vedaria somente a resolução contratual ou se ele poderia, a depender do caso, vedar a execução específica. Por isso aqui se fala em originalmente.

<sup>564</sup> BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, vol. 9. 1993. p. 63.

<sup>565</sup> Entende-se majoritariamente que o credor terá o direito de ser reparado sob pena de ocorrer enriquecimento sem causa do devedor. A exemplo, Bárbara Gomes diante da aplicação do adimplemento substancial destaca: “[...] ressalvando o direito do credor de ser reparado das perdas e danos, de promover actio in rem verso para eliminação do enriquecimento sem causa do devedor, ou de obter abatimento proporcional em sua contraprestação – vedar o direito à resolução, preservando-se o contrato e seus efeitos.” NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial No Direito Brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* | vol. 11/2017. p. 9.

Na mesma direção Anelise Becker afirma que, “[c]abe o ressarcimento das perdas e danos sofridas pelo credor em razão do adimplemento inexato porque, afinal, ‘a parte inadimplente nunca pode lucrar por sua inadimplência e à outra nunca pode ser permitido perder por isso.’” BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, vol. 9. 1993. p. 66.

Em sentido contrário, Paulo Lôbo dá a entender que o adimplemento substancial extingiria por completo a obrigação, sendo que não haveria a possibilidade de se demandar o devedor em perdas e danos:

“Essa espécie de adimplemento extingue a dívida e libera o devedor, no limite do que foi efetivamente prestado, considerado substancial, e desde que o restante não adimplido, por razões justificáveis ou de litígio, não comprometera a satisfação de toda a dívida. O restante não adimplido deve ser considerado insignificante ou residual.

Ao adimplemento substancial não se aplica a regra do art. 389 do Código Civil, mediante o qual, ‘não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos’. Com efeito, a obrigação, ainda que não no modo integral estipulado no negócio jurídico, mas atendendo às suas causa e função social, que o determinam.” LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 209.

Neste trabalho não se concorda com a opinião minoritária de Paulo Lôbo, porque, como dito, sem haver a possibilidade de se demandar o devedor por perdas e danos haverá o enriquecimento sem causa deste. Como será mostrado a seguir, a ideia do adimplemento substancial é, unicamente, evitar a adoção de um método extremamente oneroso para o devedor diante de um inadimplemento e não permitir que o devedor não tenha de cumprir com sua obrigação.

Com relação à aplicação do adimplemento substancial no Brasil, tem-se que esse “ingressou no Direito brasileiro por via doutrinária, sendo aberta posteriormente a porta dos Tribunais que estabelecem a ligação entre essa figura e o princípio da boa-fé objetiva”<sup>566567</sup>.

Entretanto, cabe aqui uma digressão. Grande parte da doutrina também faz referência à função social dos contratos ao tratar dos fundamentos dessa teoria à luz do direito brasileiro. A exemplo, é o Enunciado da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Enunciado nº 361 O adimplemento substancial decorre dos princípios gerais contratuais, de modo a fazer preponderar a função social do contrato e o princípio da boa-fé objetiva, balizando a aplicação do art. 475.”.

Aqui não se concorda que a função social seria um dos fundamentos, porque enquanto o adimplemento substancial analisa tão somente a relação entre credor e devedor, a função social visa o interesse da sociedade e não os interesses das partes. Corroborando essa crítica é o entendimento de Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes:

A função social não se presta, portanto, à tutela dos interesses de qualquer dos contratantes, ainda que técnica ou economicamente mais fraco. Entendimento diverso amesquinhará a própria função social, “tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados” por outros mecanismos. A função social está para o interesse da sociedade assim como a função econômica está para o interesse das partes, cuja promoção se garante por instrumentos próprios, como a boa-fé objetiva e o equilíbrio das posições contratuais. Por essa razão, descarta-se, peremptoriamente, a função social como fundamento da Teoria do Adimplemento Substancial, que se ocupa apenas dos interesses das partes contratantes.<sup>568</sup>

<sup>566</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 679; SCHREIBER, Anderson. A tríple transformaçã do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007. p. 16.

<sup>567</sup> Como já demonstrado neste capítulo, além da boa-fé objetiva como fundamento é possível afirmar, a partir da proximidade desse princípio com o abuso de direito, que a aplicação do adimplemento substancial no direito brasileiro também teria relação com o abuso de direito: “Entre nós, apesar de não haver previsã expressa no Código Civil (LGL\2002\400) acerca do inadimplemento de reduzida importância, a aplicação da teoria é largamente aceita pela doutrina, a partir da noção de abuso de direito e da função corretiva da boa-fé objetiva.” NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial No Direito Brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* | vol. 11/2017. p. 1-2.

No mesmo sentido Fredie Didier. In. DIDIER JÚNIOR, Fredie. NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO. *Revista de Processo* | vol. 176/2009. p. 2.

<sup>568</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017. p. 107.

Voltando aos fundamentos da teoria, pelo fato de que a boa-fé objetiva mudou o próprio conceito de adimplemento e o conceito de obrigação<sup>569</sup>, percebe-se que o adimplemento substancial está intrinsecamente relacionado à concepção moderna de adimplemento<sup>570</sup>. Como destaca Judith Martins-Costa, isso porque na aplicação desse há verdadeira ponderação, no caso concreto, entre os interesses do credor e do devedor com o cumprimento da obrigação:

O que se observa no exame dos casos concretos já julgados pela jurisprudência brasileira, é que a doutrina do adimplemento substancial sinaliza uma ponderação de bens, de interesses jurídicos: entre o interesse do credor em ver cumprida a prestação exatamente como pactuada, e o interesse do devedor em evitar o drástico remédio resolutivo, prevalecendo o segundo. A boa-fé então apresenta a sua feição de consideração com os legítimos interesses econômicos da contraparte<sup>571</sup>

Em sentido semelhante, Anelise Becker comenta que:

Tratar da doutrina do adimplemento substancial significa trazer à discussão grande parte das proposições do moderno Direito Obrigacional: o conceito de obrigação como processo, o princípio da boa-fé como reflexo do fenômeno geral de eticização jurídica- como limitador do princípio da autonomia da vontade -, a funcionalização dos direitos de crédito operada por meio da figura do abuso de direito, a relevância atribuída ao interesse também do devedor e, ainda, a teoria da causa, compreendida no sentido que lhe dá a doutrina italiana, i. é, a causa como função econômico-social do contrato.

Uma vez inserindo-se a problemática do adimplemento substancial na questão da funcionalização dos direitos de crédito, está-se tocando na teoria da causa como a função econômico-social daquele direito. Nesta perspectiva, a compreensão e aplicação da doutrina do adimplemento substancial imbrica-se com o exame da causa para saber se, na relação obrigacional concreta, esta foi, ou não, atingida. [...]

Sob este último prisma, aponta [a teoria do adimplemento substancial] a necessidade de consideração também do interesse do devedor. Assim, satisfeito o interesse do credor, ainda que através de uma prestação que não

<sup>569</sup> Como dito no capítulo II, por mais que o principal foco da obrigação seja o interesse do credor não se pode esquecer que o devedor também possui interesses a serem tutelados.

<sup>570</sup> A mesma conclusão chega Anderson Schreiber, que destaca: “A questão remete ao último ponto da transformação aludida ao início, relacionado às consequências do adimplemento e do inadimplemento. SCHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007. p. 20.

<sup>571</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé e o adimplemento das obrigações. In. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 25. p. 265.

corresponde exatamente àquela puntualmente prevista, o contrato atingiu os seus objetivos: há que ser mantido, portanto.<sup>572</sup>

Portanto, ao se ponderar os interesses de ambas as partes na obrigação, o adimplemento substancial ocorre em casos em que há uma diferença entre a prestação efetivamente executada e a prestação devida, sendo que essa discrepância, no contexto da concreta relação contratual, não impede a satisfação do interesse do credor, esse consubstanciado na realização de parcela relevante do resultado útil esperado<sup>573574</sup>. Assim, no adimplemento substancial, ainda que “não se execute a prestação efetivamente devida, a relação obrigacional ainda é capaz de promover a realização do escopo econômico perseguido pelo credor.”<sup>575</sup>.

E mesmo diante do inadimplemento, por ter sido respeitada a utilidade contratual para o credor<sup>576</sup>, a boa-fé atua protegendo os interesses do devedor. Assim, a boa-fé atua como modeladora do exercício jurídico<sup>577</sup>, de modo a “avaliar se o sacrifício imposto ao devedor pelo remédio requerido pelo credor é proporcional ao sacrifício causado pelo descumprimento da prestação ao seu interesse.”<sup>578</sup> Dessa forma, nesses casos em que o adimplemento imperfeito tiver utilidade para o credor, haverá a possibilidade de “controle judicial de legitimidade no

---

<sup>572</sup> BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, vol. 9. 1993. p. 60.

<sup>573</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017. p. 102.

<sup>574</sup> Cabe lembrar que “[...] uma prestação útil ao credor sempre que ela seja capaz de suprir a sua necessidade e dar-lhe o proveito que visa a obter com o contrato. Dessa forma, a prestação será útil quando for apta a atingir o fim almejado”. COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 225.

E ainda que, “[...] o conceito de utilidade há de ser apurado objetivamente, a partir não da visão subjetiva do credor, mas, sim, do interesse que este tinha ao contratar e do fim econômico do negócio.” NAVAS, Bárbara Gomes. *O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial No Direito Brasileiro*. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* | vol. 11/2017. p. 9.

<sup>575</sup> *Idem*.

<sup>576</sup> Portanto, atingido substancialmente o principal foco da obrigação.

<sup>577</sup> Judith MartinsCosta comenta que: “O fundamento do adimplemento substancial está, porém, na conjugação entre a boa-fé – como modeladora do exercício jurídico – e a utilidade contratual”. MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 679.

<sup>578</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017. p. 104.

remédio invocado para o inadimplemento<sup>579</sup>, evitando-se que seja adotada consequência mais gravosa para o devedor<sup>580</sup>.

Destaca-se que a teoria do adimplemento substancial já foi tema de análise em algumas decisões do Superior Tribunal de Justiça, como destaca o Ministro Antonio Carlos Ferreira<sup>581</sup>.

<sup>579</sup> SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007. p. 20.

<sup>580</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 681.

<sup>581</sup> “Em pesquisa na base de dados de jurisprudência do STJ, compreensiva de 1989 a junho de 2015, é possível encontrar 29 acórdãos e 295 decisões monocráticas nas quais o adimplemento substancial foi objeto de algum dos capítulos decisórios. Interessam, ao menos para esta coluna, apenas os julgamentos colegiados, que permitem compreender o pensamento definitivo da Corte sobre a matéria.

Desses 29 acórdãos, 12 não chegaram ao exame do mérito, vencidos que foram por óbices clássicos como os fornecidos pelas Súmulas 5 e 7 do STJ ou ainda pelas Súmulas 282 e 356 do STF. Em outros 2 acórdãos, o STJ chegou a apreciar as conclusões do tribunal de origem, firmando alguma posição sobre a hipótese julgada, mas não a alterando sob o influxo das Súmulas STJ 5 e 7. É bem interessante notar que os últimos 9 acórdãos, correspondentes ao período de 2013-2015, foram todos dessa natureza. Preservou-se o contexto fático da demanda vinda dos tribunais locais e não se sentiu o STJ autorizado a revisar cláusulas contratuais e matérias de fato ou superar deficiência no prequestionamento. Sobre esses últimos julgados pode-se construir uma hipótese de que o STJ tem sido mais rigoroso no filtro das questões sobre o adimplemento substancial. Trata-se apenas de uma hipótese, pois admiti-la como tese implicaria a necessidade de um tempo maior de observação da série histórica de julgados sobre o tema. Mas, é uma hipótese não desprezível.

Dentre os casos decididos pelos órgãos colegiados do STJ encontram-se as seguintes modalidades negociais: a) contrato de fornecimento (contrato administrativo) - Resp. 914087-RJ; b) contrato de seguro de automóvel (Resp. 76.362-MT); c) contrato de promessa de compra e venda (Resp. 113.710-SP, Resp. 1.215.289-SP, AgRg no AgResp 13.256-RJ); d) contrato securitário no âmbito da previdência privada com aquisição de cobertura de pecúlio por morte (Resp 877.965-SP); e) contrato de doação com reserva de usufruto (Resp. 656.103-DF); f) alienação fiduciária em garantia (Resp. 1.287.402-PR, Resp. 469.577-SC, Ag Rg no AgResp 204.701-SC, Resp. 272.739-MG); g) contrato de arrendamento mercantil (Resp. 1.200.105-AM, Resp. 1.051.270-RS); h) contrato de compra e venda (Resp. 712.173-RS).

Esses dados são interessantes porque afastam a ideia de que o adimplemento substancial é uma doutrina preponderantemente utilizada em contratos de seguro. É perceptível que houve um alastramento de seu uso para outras espécies contratuais, o que deve ser objeto de especial atenção pelos agentes econômicos e pelos operadores do Direito.

Outro ponto que merece cuidado é a percepção do que seja o decaimento mínimo para o STJ. Como expusemos na primeira coluna, um dos tópicos mais importantes no estudo do adimplemento substancial é definir o que seria a parcela insignificante de pagamento não adimplida pelo devedor e que permitiria a invocação da teoria para afastar os efeitos da mora.

Seguem alguns dos critérios utilizados:

a) *Atraso na última parcela*: Resp. 76.362-MT.

b) *Inadimplemento de 2 parcelas*: Resp. 912.697-GO.

c) *Inadimplemento de valores correspondentes a 20% do valor total do bem*: Resp. 469.577-SC.

d) *Inadimplemento de 10% do valor total do bem*: Ag Rg no AgResp 155.885-MS.

e) *Inadimplemento de 5 parcelas de um total de 36, correspondendo a 14% do total devido*: Resp. 1.051.270-RS.” CARLOS FERREIRA, Antonio. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 2). *Coluna*

Diante da contextualização da teoria do adimplemento substancial, é possível afirmar que há uma proximidade dessa figura com a teoria do inadimplemento eficiente<sup>582</sup>. Isso porque as duas teorias levam em conta a existência de resultado útil esperado pelo credor com o contrato mesmo diante de desconformidade no adimplemento. Ainda, ambas as teorias analisam a maneira menos onerosa, para o devedor, de o credor satisfazer seus interesses. Assim, cabe analisar se a teoria do inadimplemento eficiente poderia ser aplicada no direito brasileiro por meio do adimplemento substancial. No entanto, para que isso seja possível é necessário verificar se o adimplemento substancial impede somente o direito de o credor pleitear a resolução contratual ou se ele poderia impedir o direito de o credor se valer da execução específica.

Com efeito, é possível perceber que as diversas referências doutrinárias<sup>583</sup> e jurisprudenciais ao adimplemento substancial comentam a sua aplicação como forma de limitação ao direito do credor de resolver o contrato<sup>584</sup>. Entretanto, apesar desse fato, o presente trabalho entende que *não* se pode limitar a aplicação do adimplemento substancial somente às hipóteses em que o credor pleitear a resolução contratual. Isso se deve a análise dos fundamentos utilizados para se limitar a resolução contratual.

---

*Direito Civil Atual*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-29/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>>. Acesso em: 17/01/2019.

<sup>582</sup> Essa questão também foi identificada por Marcos Brossard: “Há, porém, que se confrontar a teoria da quebra eficiente como limitador da execução coativa no Judiciário brasileiro, o que se faria tanto por uma questão de coerência com a adoção da teoria do adimplemento substancial como por analogia com a teoria da imprevisão, positivada no Código Civil e cujas premissas teóricas se assemelham às da quebra eficiente.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. p. 212.

<sup>583</sup> A exemplo, Alexandre Junqueira Gomide destaca que “[f]ica vedado o exercício do direito à resolução quando o inadimplemento possui escassa importância. Caso o inadimplemento seja leve, o contrato deverá ser mantido, podendo, então, o credor exigir o cumprimento das prestações devidas, mais as perdas e danos que o caso importar.” GOMIDE, Alexandre Junqueira. A TEORIA DO ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. *Revista de Direito Privado* | vol. 45. p. 6.

<sup>584</sup> Essa também é a opinião de Marcos Brossard ao estudar a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente no Brasil: “[...] vem-se adotando nos tribunais brasileiros a teoria do adimplemento substancial como um limitador ao direito resolutorio. A sua adoção não traz implicações diretas à quebra eficiente, na medida em que a substancial performance é matéria de defesa alegada pela parte inadimplente como fundamentação para limitar o direito resolutorio, o que obviamente não seria o caso em uma quebra eficiente.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *EfficientBreachTheory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law AndEconomics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. p. 210.

Contudo, necessário destacar que linhas abaixo o autor entende que, por coerência, da mesma forma que o adimplemento substancial limita o direito à resolução do contrato, a fundamentação do inadimplemento eficiente pode servir de substrato para limitar o direito à execução específica.

Nesse sentido, para fundamentar a limitação ao direito de resolução, Anelise Becker destaca que a resolução teria o único efeito de prejudicar o devedor:

No que tange à doutrina do adimplemento substancial, relativiza a aplicação do instituto da resolução, típico dos ordenamentos "inspirados nos princípios da liberdade e autonomia privadas", por uma questão de justiça substancial e de equidade.

O princípio da boa fé objetiva aí atua deforma a proteger o devedor frente a um credor malicioso, inflexível (boa fé eximente ou absolutória), como causa de limitação do exercício de um poder jurídico, no caso, do direito formativo de resolução, do qual é titular o credor de obrigação não cumprida.

Se a obrigação foi substancialmente adimplida, o pedido de resolução não trará nenhum benefício legítimo ao credor, apenas prejuízos para o devedor que, tendo praticamente satisfeito a totalidade da obrigação, verá tudo retornar ao status quo ante.

Nesta hipótese, portanto, o exercício do direito de resolução é abusivo. Em si mesmo, o direito é válido. Torna-se um abuso de direito quando exercido de forma que ofende o sentimento de justiça dominante na comunidade social.<sup>585</sup>

Em sentido semelhante, Barbara Navas expõe que:

[...] é possível indagar se, diante do inadimplemento de uma parte inexpressiva (inexpressiva porque incapaz de afetar o sinalagma, porque preservadora do fim econômico da contratação, porque, apesar dela, satisfeito substancialmente o interesse do credor), o exercício desse direito se revelará uma opção excessivamente gravosa, injustificada e contrária aos ditames da boa-fé objetiva. Ou seja, apesar de, em tese, haver o direito à resolução, ele seria desproporcional ao fato que o fez surgir, qualificando-se como abusivo seu exercício.<sup>586</sup>

Por sua vez, Aline de Miranda Valverde Terra e Gisela Sampaio da Cruz Guedes destacam que a teoria do adimplemento substancial “protege o devedor, ao impedir que o credor lhe imponha remédios que lhe causarão sacrifícios desproporcionais à lesão que o descumprimento causou ao seu interesse na prestação”<sup>587</sup>.

<sup>585</sup> BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, vol. 9. 1993. p. 70.

<sup>586</sup> NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial No Direito Brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* | vol. 11/2017. p. 7.

<sup>587</sup> TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017. p. 105

Ao analisar esses estudos percebe-se que o fundamento utilizado para que ocorra a limitação da resolução é unicamente o de que *haveria métodos menos onerosos para o credor satisfazer o interesse violado*. Assim, o limite ao direito de se requerer a resolução seria apenas uma constatação de que, em um caso concreto, há medidas menos onerosas para o devedor que podem ser tomadas pelo credor<sup>588589</sup>.

Inclusive, parcela da doutrina sugere que o adimplemento eficiente poderia impedir outras consequências jurídicas, não se restringindo somente a resolução contratual.

Nesse sentido, Anderson Schreiber destaca que:

De fato, a teoria do adimplemento substancial veio inicialmente associada a um “descumprimento de parte mínima”, a um inadimplemento de *scarsa importanza*, em abordagem historicamente importantíssima para frear o rigor do direito à extinção contratual e despertar a comunidade jurídica para o exercício quase malicioso do direito de resolução em situações que só formalmente não se qualificavam como adimplemento integral. Em uma leitura mais contemporânea, contudo, impõe-se reservar ao adimplemento substancial um papel mais abrangente, qual seja, o de impedir que a resolução – e outros efeitos igualmente drásticos que poderiam ser deflagrados pelo inadimplemento – não venham à tona sem uma ponderação judicial entre (i) a utilidade da extinção da relação obrigacional para o credor e (ii) o prejuízo que adviria para o devedor e para terceiros a partir da resolução. [...]

Com efeito, a importância do adimplemento substancial não está hoje tanto em impedir o exercício do direito extintivo do credor com base em um cumprimento que apenas formalmente pode ser tido como imperfeito – como

---

<sup>588</sup> A exemplo, Judith Martins-Costa faz referência a resolução, unicamente, por entender que esse seria o método mais gravoso para o devedor: “Com essa solução [adimplemento substancial], fica preservado o direito de crédito, <<limitando-se apenas a forma como pode ser exigido pelo credor, que não pode escolher diretamente o modo mais gravoso para o devedor, que é a resolução do contrato>>” MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 681.

<sup>589</sup> Não se nega que em muitos casos a resolução será medida extremamente onerosa para o devedor e é justamente essa a causa da quase totalidade dos trabalhos e julgados sobre a teoria abordarem somente a limitação ao direito do credor requerer a execução. No sentido de que em muitos casos a resolução será a medida mais onerosa para o devedor, serve de exemplo o primeiro caso acórdão do Superior Tribunal de Justiça que abordou a teoria. (BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996, p. 9917)

Nesse caso dois segurados promoveram ação de cobrança para receber a cobertura securitária devida em razão de acidente de veículo, sendo incontroverso que eles deixaram de pagar a última parcela na data do sinistro. O Tribunal de Justiça do Mato Grosso entendeu que o segurado tinha “obrigação primordial” de pagar o “prêmio do seguro”, sem isso, nada poderia exigir da seguradora. No STJ, o relator ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr. deu provimento ao recurso utilizando-se da doutrina do adimplemento substancial. Segundo ele, dentre outras razões, a seguradora cumpriu substancialmente com a sua obrigação, não sendo a sua falta suficiente para extinguir o contrato.

À luz desse caso é evidente que a resolução é medida extremamente onerosa, porque acaba com os objetivos buscados pelo devedor com o contrato. Nesse caso seria muito menos oneroso para o devedor que o credor cobre judicialmente o valor da última parcela do prêmio ou que reduza, proporcionalmente, o prazo de vigência da apólice (medida frequentemente adotada).

revelam os casos mais pitorescos de não-pagamento da última prestação que povoam a jurisprudência do nosso Superior Tribunal de Justiça -, mas em permitir o controle judicial da legitimidade no remédio invocado para o inadimplemento, especialmente por meio do balanceamento entre, de um lado, os efeitos do exercício da resolução (e outras medidas semelhantes) para o devedor e eventuais terceiros, e, de outro, os efeitos do seu não-exercício para o credor, que pode dispor de outros remédios muitas vezes menos gravosos para obter a adequada tutela do seu interesse.<sup>590</sup>

Observe-se também que doutrinadores como Ruy Rosado<sup>591</sup> e Fredie Didier<sup>592</sup> comentam que o adimplemento substancial pode ser utilizado para impedir a parte de suscitar a exceção do contrato não cumprido<sup>593</sup>. Fredie Didier, inclusive, faz questão de destacar que não se deve restringir a teoria somente a hipótese de resolução do contrato e que a aplicação da teoria também à exceção de contrato não cumprido seria apenas um *exemplo* de outras situações jurídicas a que o adimplemento eficiente poderia ser aplicado:

Mas não apenas a resolução do negócio pode ser impedida pela aplicação dessa teoria (repita-se: derivada da aplicação do princípio da boa-fê). Pode-se, por exemplo, cogitar da extinção da exceção substancial de contrato não cumprido (outra situação jurídica ativa): a parte não poderia negar-se a cumprir a sua prestação, se a contraprestação tiver sido substancialmente adimplida.<sup>594</sup>

Dessa forma, aqui se entende que a questão central do adimplemento substancial é se a medida adotada pelo credor diante de um inadimplemento mínimo seria, ou não, abusiva, sendo que tal análise passa por verificar, no caso concreto, se o credor poderia adotar medida menos onerosa para o devedor. Conclui-se que a limitação do direito de se requerer a resolução é

---

<sup>590</sup> SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007. p. 18-20.

<sup>591</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*, São Paulo: Aide, 1991. p. 248.

<sup>592</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO. *Revista de Processo* | vol. 176/2009. p. 1.

<sup>593</sup> Nota-se que a hipótese de se limitar a possibilidade de a parte suscitar a exceção de contrato não cumprido já havia sido mencionada na origem do *substancial performance*. Na oportunidade, destaca-se que no âmbito do *substancial performance* não é abordada a possibilidade de a parte ter limitado seu direito a requerer execução específica como aqui se propõe. Todavia, isso decorre unicamente do fato de que no *Common Law* a execução específica é excepcional, quando não houver outra forma de satisfazer os interesses do credor. Logo, no âmbito do *Common Law* seria contraditório entender que o credor teria direito a execução específica e, ao mesmo tempo, se decidir que esse direito deveria ser limitado.

<sup>594</sup> DIDIER JÚNIOR, Fredie. NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO. *Revista de Processo* | vol. 176/2009. p. 1.

apenas um dos efeitos do adimplemento substancial, podendo essa teoria, a depender das especificidades do caso, ser aplicada para se limitar outras consequências do inadimplemento, como a execução específica.

Não restam dúvidas de que, quando presentes os pressupostos para a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente, o método mais oneroso para o devedor será a execução específica e não a resolução do contrato. Para tanto, a seguir será feita uma alusão ao exemplo apresentado no início do presente capítulo sobre a compra de cervejas artesanais.

No referido caso, na hipótese de se adotar como consequência do inadimplemento a resolução do contrato, o devedor será demandado por perdas e danos que o coloquem na mesma situação em que ele estaria com o adimplemento do contrato<sup>595</sup>. Ou seja, o credor será indenizado em R\$ 4.000,00. Assim, com a resolução, após indenizar o credor, o devedor terá um lucro de R\$ 6.000,00.

Por sua vez, com a execução específica, o devedor não terá a possibilidade de inadimplir eficientemente o contrato permanecendo com um lucro de R\$ 4.000,00. Logo nas hipóteses em que se pode aplicar a teoria do inadimplemento eficiente, evidentemente, a execução específica será a consequência mais gravosa.

À luz desses comentários é possível se cogitar que nos casos em que seja admissível aplicar a teoria do inadimplemento eficiente (casos em que os requisitos da teoria encontrem-se presentes), também se possa limitar o direito do credor se valer da execução específica. Isso porque a utilidade para o credor é respeitada com o pagamento das perdas e danos, e a execução específica seria a consequência mais onerosa para o credor. Contudo, é necessário avaliar o *modus operandi* a ser seguido pelo devedor para poder se valer do adimplemento substancial nesses casos.

Isso porque, o devedor no adimplemento substancial chega a cumprir parte relevante da obrigação<sup>596</sup> e somente após ocorre o inadimplemento. Diante do inadimplemento, o credor é pouco prejudicado porque já existe grande utilidade no adimplemento imperfeito; nota-se, assim, que a substancial satisfação dos interesses do credor é anterior ao inadimplemento.

---

<sup>595</sup> Sobre a indenização pelo interesse positivo na hipótese de resolução por inadimplemento cf. SZTAJNBOK, Felipe. A indenização pelo interesse positivo como forma de tutela do interesse do credor nas hipóteses de inadimplemento culposo da obrigação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

<sup>596</sup> Cumpre parte ou cumpre em mora.

Todavia, no inadimplemento eficiente, tal qual prevê o direito norte americano, o devedor incorre no inadimplemento e *depois* é que ele seria demandado por perdas e danos (caso não pagasse de forma voluntária). Logo, na definição norte-americana de inadimplemento eficiente, a completa satisfação dos interesses do credor é posterior ao inadimplemento.

Portanto, nas duas teorias há uma fundamental diferença quanto ao momento de satisfação do interesse do credor. Neste trabalho, entende-se ser imprescindível que no inadimplemento substancial parte relevante do interesse do credor seja satisfeito *antes* que o inadimplemento ocorra<sup>597</sup>.

Assim, para se aplicar o inadimplemento eficiente por meio do adimplemento substancial, o devedor que pretende inadimplir eficiente deve, antes de tudo, oferecer ao credor um valor a título de perdas e danos. Caso este aceite o pagamento de perdas e danos, mesmo que o faça mediante acordo de que o valor recebido será considerado como patamar mínimo dos danos a serem calculados, não haverá problemas jurídicos para aplicação da teoria do inadimplemento eficiente. Isso porque além de ser possível defender que o credor abriu mão da execução específica ao receber perdas e danos, essas correspondem a parcela relevante (ou a totalidade) de seu interesse com o contrato, o que daria ensejo ao adimplemento substancial.

Entretanto cabe fazer os seguintes questionamentos: e quando o credor se recusar a receber o valor oferecido ou quando não for oferecido nenhum valor *a priori* pelo devedor? Nessa hipótese haveria algum fundamento para o inadimplemento eficiente? Sobre o tema, a seguir será abordado a possibilidade de aplicação do inadimplemento eficiente com fundamento na boa-fé objetiva.

#### **4.3.2. Do Inadimplemento Eficiente à luz da Boa-fé objetiva**

Ao longo do presente trabalho foi possível perceber a influência da boa-fé objetiva em diferentes questões desde a releitura do que modernamente se entende por adimplemento, como abordado no capítulo II, a imposição do ônus de o credor mitigar o próprio dano e a vedação da

---

<sup>597</sup> Como destaca Bárbara Navas: “Tendo em consideração as proposições doutrinárias acima resumidamente expostas, podemos definir, como um primeiro requisito para que se cogite da aplicação da teoria do adimplemento substancial, que a inexecução da obrigação seja parcial. Obviamente, cuidando-se de prestação integralmente inadimplida, não há que se falar em substancialidade do adimplemento, porque este simplesmente não ocorreu.” NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial No Direito Brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* | vol. 11/2017. p. 8.

resolução contratual diante da doutrina do adimplemento substancial, como demonstrado no presente capítulo.

Com efeito, aqui se entende que todas essas aplicações da boa-fé objetiva demonstram a possibilidade de se tê-la como fundamento legal para a aplicação da teoria eficiente no direito brasileiro.

Sobre o ônus de mitigar, sabe-se que esse pode estabelecer que o credor realize operação substitutiva no mercado<sup>598</sup>, sendo que

[s]e a parte agiu diligentemente e realizou a operação substitutiva no mercado, aplica-se a mitigação de fato. Caso contrário, poderia ter evitado danos maiores realizando esforços razoáveis (isto é, a operação substitutiva), sendo de se aplicar a limitação de *evitabilidade* na apuração da indenização devida.<sup>599</sup>

À luz do ônus de mitigar, basta imaginar que o credor tivesse condições razoáveis de realizar operação substitutiva na qual fossem adquiridas cervejas de uma distribuidora por R\$ 9,50, ou seja R\$ 1,50 a mais do que o valor que seria pago no contrato com o devedor. Nessa hipótese, se realizada a operação substitutiva, o devedor terá de indenizar o credor pela diferença do preço dessa operação e o preço do contrato original (mais eventuais despesas com a operação)<sup>600</sup>. Todavia, mesmo assim o devedor terá um lucro maior do que se o contrato tivesse sido cumprido (R\$ 4,50 a mais por garrafa, se comparado com o lucro anterior). Portanto, haverá um inadimplemento eficiente porque com o inadimplemento “B” não sofrerá

---

<sup>598</sup> “[u]ma das formas de evitar perdas consiste em realizar, sem demora injustificada, uma operação substitutiva. Em outros termos, o ônus de mitigação impõe que o credor obtenha junto a terceiros, no mercado, a prestação inadimplida se essa providência puder evitar que sejam causados danos adicionais.” LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 209.

“[s]e há um mercado em que esteja disponível o produto que não foi entregue pelo vendedor e o comprador não faz a operação substitutiva (ou a realiza em bases não razoáveis), a indenização será limitada à diferença entre o preço de mercado ou de quotação em bolsa e o valor pactuado no contrato inadimplido. A norma de mitigação imporá, assim, uma limitação à indenização devida ao comprador que será medida pelo critério abstrato.” LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211-212.

<sup>599</sup> LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30.

<sup>600</sup> “Se o credor efetivamente realizou a conduta de mitigação, isto é, se realizou a operação substitutiva, as perdas e danos deverão ser obtidas pela diferença entre o valor ajustado para prestação substituída e o preço constante do contrato, mais as despesas incorridas para realizar a operação substitutiva e eventuais lucros cessantes ou danos emergentes decorrentes da mora que seja inevitável.” LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 210.

perdas, uma vez que será indenizado pelo valor a maior despendido com a operação substitutiva, e “A” ganhará mais.

Nota-se que a aplicação do ônus de mitigar nesse caso inclusive aumenta as chances de ocorrer inadimplemento eficiente, uma vez que, nesse exemplo, na inexistência desse ônus somente seria possível ocorrer um inadimplemento eficiente em uma venda a terceiros por um valor maior que R\$ 12,00 a garrafa, afinal as perdas e danos seriam de R\$ 4,00 por garrafa. No entanto, diante da aplicação desse ônus há uma redução do valor máximo da indenização, sendo possível ocorrer um inadimplemento eficiente ao se vender a cerveja a terceiros por mais de R\$ 9,50 a garrafa. E mesmo que essa operação não seja realizada a existência do ônus de mitigar faz com que a indenização em favor do credor seja limitada a diferença entre o preço de mercado do produto e valor pactuado no contrato inadimplido<sup>601</sup>.

Sendo assim, tem-se que a boa-fé, por meio da doutrina do ônus de mitigar (que também promove a eficiência dos recursos econômicos), permite a realização de inadimplementos eficientes no direito brasileiro.

Contudo, necessário verificar se a boa-fé também autoriza a aplicação do inadimplemento eficiente quando não for possível (ou não for razoável) a realização de operação substitutiva, sendo inaplicável, portanto, o ônus de mitigar o dano.

Nesse sentido, nota-se que tanto na teoria do adimplemento substancial como na releitura do conceito de adimplemento, a boa-fé trouxe importantes ideias a partir das quais é possível defender que tal cláusula geral pode sim fundamentar a aplicação do inadimplemento eficiente mesmo em hipótese em que não seja aplicável o ônus de mitigar.

Com base na boa-fé, demonstrou-se que: (a) a livre escolha pelo credor das consequências do inadimplemento não é absoluta; (b) é necessário realizar uma ponderação de interesses do credor e do devedor de forma a se verificar a maneira menos onerosa de o credor obter a satisfação de seu interesse; (c) diante do inadimplemento pode ser vedada qualquer medida que, à luz do caso concreto, seja tida como extremamente onerosa para o devedor.

---

<sup>601</sup> “[s]e há um mercado em que esteja disponível o produto que não foi entregue pelo vendedor e o comprador não faz a operação substitutiva (ou a realiza em bases não razoáveis), a indenização será limitada à diferença entre o preço de mercado ou de quotação em bolsa e o valor pactuado no contrato inadimplido.” LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 211.

Diante dessas questões, e também levando em consideração os requisitos de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente, aqui entende-se que quando for indiferente para o credor obter a prestação pactuada ou receber perdas e danos e, ao mesmo tempo, for menos oneroso para o devedor o pagamento de indenização, a aplicação da execução específica será vedada pela boa-fé, uma vez que essa medida seria extremamente onerosa para o devedor. Assim, com base na boa-fé é permitida a ocorrência do inadimplemento eficiente.

Logo, quando requerida a execução específica e essa for impugnada pelo devedor, que comprove a possibilidade de se ter um inadimplemento eficiente por meio do pagamento de perdas e danos, o pedido do credor deve ser julgado improcedente da mesma forma que o pedido de resolução seria julgado improcedente quando aplicável o adimplemento substancial; isso a menos que o autor altere seu pedido diante a contestação do devedor.

Já na hipótese de o credor pedir execução específica e, alternativamente, requerer a resolução com a condenação em perdas e danos, (e o devedor também conseguir comprovar a possibilidade de se ter um inadimplemento eficiente), o primeiro pedido será julgado improcedente e o segundo, referente ao pagamento de perdas e danos, será julgado procedente.

Em sentido contrário, caso não se comprove o inadimplemento eficiente, o pedido de execução específica não será considerado abusivo, uma vez que outras medidas a serem adotadas pelo credor não trariam a satisfação integral de seus interesses. Aqui cabe lembrar que apesar de ser necessário levar em consideração os interesses do devedor na obrigação, procurando-se adotar medidas menos onerosas a esse, não se pode esquecer, como mencionado no capítulo II, que os interesses do credor são prioritários. Assim, somente se analisa se a conduta é extremamente onerosa para o devedor quando há outras medidas que possam satisfazer os interesses do credor.

Por todo o exposto, o presente trabalho chega à conclusão de que, à luz do direito brasileiro atual, é possível a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente nos contratos empresariais. Tal aplicação é possível por meio da boa-fé objetiva seja por meio da análise do ônus de mitigar o dano por meio da realização de operação substitutiva ou então ao se considerar que, segundo a boa-fé objetiva, deve o credor optar pela maneira menos onerosa de obter a satisfação de seu interesse, sendo que em situações nas quais é possível aplicar a teoria do inadimplemento eficiente, a maneira menos onerosa para o devedor será o pagamento de perdas e danos.

Não obstante, muito embora exista a possibilidade de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente aos contratos empresariais, a efetiva utilização da teoria depende da verificação de seus requisitos a serem analisados nos casos concretos.

## V – CONCLUSÕES

A partir do desenvolvimento do presente trabalho foi possível chegar a algumas conclusões sobre a teoria do inadimplemento eficiente e a possibilidade de sua aplicação à luz do direito brasileiro.

Inicialmente foi possível perceber que muito embora o direito das obrigações seja um direito de evolução mais lenta, a boa-fé objetiva vem cumprindo com primazia o seu papel de “oxigenação” do direito positivado. Além de servir de porta de entrada para diversas teorias consolidadas em outros ordenamentos jurídicos, ela ainda traz a possibilidade de diálogo com valores extrajurídicos como a economia e a sociologia contribuindo, assim, para a evolução da tradicional teoria dos contratos<sup>602</sup>. Nesse sentido, tal cláusula geral ocasionou uma verdadeira mudança no conceito de obrigação e de adimplemento.

Com efeito, foi possível perceber que atualmente o conceito de adimplemento está mais ligado ao cumprimento da função pretendida pelo contrato do que ao exato cumprimento da prestação estipulada. Essa ideia pode, inclusive, fazer com que o devedor, em alguns casos, tenha de cumprir uma série de deveres laterais para assegurar que o credor obtenha a funcionalidade pretendida com a prestação. Ainda, a atuação da boa-fé no vínculo contratual evidenciou o fato de que também o devedor possui interesses a serem tutelados, muito embora os interesses do credor sejam prioritários.

Após essas constatações verificou-se a pragmática teoria do inadimplemento eficiente. A partir da análise de diversos textos sobre a teoria foi possível perceber que apesar dela ser aceita e utilizada nos Estados Unidos, ela não deve ser aplicada a todos os casos. A aplicação da teoria depende da verificação da eficiência de Pareto, sendo que a parte credora deve ser integralmente indenizada de modo que haja um “estado de indiferença” entre receber a prestação tal qual foi acordado ou receber indenização correspondente. Tendo em vista a identificação dos pressupostos e requisitos da teoria foi possível perceber que a maioria das críticas feitas a ela dizem respeito a situações nas quais a teoria não deve ser aplicada e não críticas contra a teoria em si.

---

<sup>602</sup> “É preciso repensar os esquemas tradicionais [da teoria de contratos], associá-los aos dados novos da Economia e da Sociologia, impregná-los de valores humanos.” VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. Revista de Direito e Estudos Sociais, Coimbra, a. 20, n. 2-3,4, abr.-dez. 1975. p. 335.

Ainda, foi possível perceber que o inadimplemento eficiente não seria imoral, uma vez que ele é fruto de uma mudança de cenário entre o momento de celebração do contrato e o momento em que deveria haver o cumprimento da obrigação. Também foi demonstrado que (i) como o credor é integralmente ressarcido (tal como se o contrato tivesse sido cumprido), não seria razoável classificar esse inadimplemento como imoral e (ii) não há aplicação de nenhuma sanção legal, como *punitive damages*, a proibir a ocorrência de inadimplementos eficientes.

Diante da análise da teoria no âmbito do *Common Law* foi possível perceber diferenças entre os sistemas jurídicos do Brasil e dos Estados Unidos, de forma que neste último há um contexto favorável para a aplicação da teoria. Em razão das diferenças entre os dois sistemas, decidiu-se focar o estudo nos contratos empresariais em razão de suas especificidades.

Analisando-se os contratos empresariais, foi possível perceber que eles detêm características especiais que tonam possível, com base nas cláusulas gerais e conceitos indeterminados, o tratamento de maneira distinta. Chegou-se, portanto, a conclusão que por meio dessas cláusulas é possível flexibilizar a aplicação de certas regras a eles.

No penúltimo capítulo foi demonstrado que a teoria do inadimplemento eficiente não viola o *pacta sunt servanda*, uma vez que tal princípio está mais ligado a responsabilização daquele que descumpre um contrato do que a uma ideia de que os contratos devem ser mantidos a qualquer custo. Foi analisado se a teoria violaria a boa-fé objetiva, o abuso de direito e a liberdade de o credor, em face do inadimplemento, requerer a execução específica da obrigação. Também se analisou os efeitos da inexistência de estipulação de obrigação alternativa a liberar o devedor por meio do pagamento de perdas e danos e a compatibilização do inadimplemento eficiente e a cláusula penal.

Nesse sentido, entendeu-se que

- a) não há violação da boa-fé objetiva e do abuso de direito, pois, nos contratos empresariais, mesmo com o inadimplemento eficiente, o credor terá seus interesses tutelados.
- b) com base nas premissas da análise econômica do direito, a inexistência de estipulação de obrigação alternativa deve ser interpretada como simples omissão e não como um acordo de vontade das partes.

- c) o limite máximo previsto na cláusula penal não será eficaz diante de inadimplementos dolosos, sendo certo que o inadimplemento eficiente é um ato doloso.
- d) o direito a requerer execução específica não é absoluto em nosso sistema jurídico, já tendo sido flexibilizado, a exemplo, pela teoria do ônus de mitigar o próprio dano.

Após a superação dessas potenciais barreiras, procurou-se identificar um possível fundamento para a aplicação da teoria no direito brasileiro.

Em primeiro lugar foi analisada a teoria da imprevisão, uma vez que essa, tal qual o inadimplemento eficiente, lida com a ideia de mudança de cenário entre o momento da contratação e o momento de execução do contrato. No entanto, em razão de uma série de particularidades da teoria da imprevisão, se entendeu que seria muito difícil aplicar a teoria aqui estudada com fundamento nesse instituto.

Na sequência foi analisada a figura do adimplemento substancial (fundamentada na boa-fé objetiva), extraíndo-se, a partir desse, duas ideias fundamentais para o presente estudo: (a) é necessário realizar uma ponderação de interesses do credor e do devedor de forma a se verificar a maneira menos onerosa de o credor obter a satisfação de seu interesse e (b) diante do inadimplemento pode ser vedada qualquer medida que, à luz do caso concreto, seja tida como extremamente onerosa para o devedor.

Com base nessas ideias e na possibilidade de flexibilização da execução específica diante do ônus de mitigar, foi possível concluir, com base na boa-fé objetiva, que é possível a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente nos contratos empresariais. Essa conclusão fundamenta-se no fato de que segundo a boa-fé objetiva deve o credor optar pela maneira menos onerosa de obter a satisfação de seu interesse. E em situações nas quais é possível aplicar a teoria do inadimplemento eficiente, a maneira menos onerosa para o devedor será o pagamento de perdas e danos, sendo que tal indenização é capaz de satisfazer a totalidade de interesses do credor com o contrato.

Todavia, há de se ter em mente que a aplicação da teoria é excepcional a casos específicos e não uma regra geral a ser aplicada a todas as relações contratuais.

Por fim, nota-se que o presente trabalho, chega a uma conclusão distinta de outros trabalhos sobre o mesmo tema. Afinal, Cláudia Perri entende que a única forma de se aplicar a teoria eficiente no direito brasileiro seria por meio de acordo das partes no contrato<sup>603</sup>.

E muito embora Marcos Brossard chegue a uma conclusão próxima a do presente trabalho<sup>604</sup>, inclusive mencionando o adimplemento substancial e a teoria da imprevisão, o autor não fundamenta o por que de o inadimplemento eficiente poder ser aplicado por meio dessas teorias. Além disso, a possibilidade de inadimplemento eficiente em hipóteses em que existir o ônus de mitigação do dano não é analisada pelo autor e tampouco é afastada a crítica de que a presente teoria violaria o *pacta sunt servanda*; muito pelo contrário: o autor entende que a teoria rompe com esse princípio<sup>605</sup>.

---

<sup>603</sup> “[o]s impedimento estruturais e culturais, apontados no presente trabalho, não obstam que se adote uma interpretação econômica do direito contratual, admitindo-se o inadimplemento eficiente do contrato, já que vários dos obstáculos podem ser superados por meio de acordo prévio entre as partes, o que de forma alguma seria contrário a lei ou aos princípios que regem o Direito Contratual.” HADAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado. p. 193.

<sup>604</sup> “Há, porém, que se confrontar a teoria da quebra eficiente como limitador da execução coativa no Judiciário brasileiro, o que se faria tanto por uma questão de coerência com a adoção da teoria do adimplemento substancial como por analogia com a teoria da imprevisão, positivada no Código Civil e cujas premissas teóricas se assemelham às da quebra eficiente.” BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado. p. 212.

<sup>605</sup> “Apesar de ser uma teoria que rompe com alguns paradigmas clássicos do direito contratual, especialmente da *pacta sunt servanda*”. BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado. p. 212.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução)*, São Paulo: Aide, 1991.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Noções de direito civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1980.
- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.
- AMERICAN Law Institute. *Restatement of the Law, Second, Contracts*. Saint Paul: American Law Institute, 1981.
- ANTUNES VALERA, João de Mattos. *Das obrigações em Geral*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2000.
- ANTUNES VARELA, João de Mattos. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina, 1970.
- ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ASCARELLI, Tullio. *Panorama Del Derecho Comercial*. Buenos Aires. Editora Depalma: 1949.
- AUGUSTO CUNHA, Raphael. *O Inadimplemento na nova Teoria Contratual: O Inadimplemento Antecipado do Contrato*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015. Dissertação de Mestrado.
- AVELAR, Leticia Marquez de. *A Cláusula de Não Indenizar: uma releitura do instituto à luz do atual código civil brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2011. Dissertação de Mestrado.
- ÁVILA, Humberto. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. 2. ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Cláusula cruzada de não-indenizar (Cross-Waiver of Liability)*, ou cláusula de não-indenizar com eficácia para ambos os contratantes. Renúncia ao direito de indenização. Promessa de fato de terceiro. Estipulação em favor de terceiro. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Os princípios do atual direito contratual e a desregulamentação do mercado. Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento. Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. *Novos estudos e pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BANDEIRA, Luiz Octávio Villela de Viana. *As cláusulas de não indenizar no Direito Brasileiro*. São Paulo: Almedina, 2016.

BANDEIRA, Paula Greco. O Contrato Incompleto e a Análise Econômica Do Direito. In. *Revista Quaestio Iuris*, vol. 08, nº. 04, Número Especial. Rio de Janeiro, 2015.

BECKER, Anelise. A Doutrina do Adimplemento Substancial no Direito Brasileiro e em Perspectiva Comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, vol. 9. 1993.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Função social do contrato: contributo para a construção de uma nova teoria*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BERNARDINO, Marcos Felipe Guimarães Fernandes. *A TEORIA DO EFFICIENT BREACH NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E NA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS de 1980: Uma análise econômica*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2017. Monografia de conclusão de curso.

BESSONE, Darcy. *Aspectos da evolução da teoria dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 1949.

BESSONE, Darcy. *Do Contrato: Teoria Geral*. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito das Obrigações*. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda, 1954.

BIRMINGHAM, Robert “Breach of contract, damage measures, and economic efficiency”. In. *Rutgers Law Review*, v. 24, 1970.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5, ed. New York: Oxford, 2009.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão de Desenvolvimento Urbano. Sugestões para o Desenvolvimento Urbano 2015. Disponível em <http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/edicoes/paginas-individuais-dos-livros/sugestoes-para-o-desenvolvimento-urbano-2015>. Acesso em 16.07.2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.602.076/SP, Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma, julgado em 15/09/2016, DJe 30/09/2016.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 632.958/AL, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior. Quarta Turma, julgado em 04/03/2010, DJe 29/03/2010.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 936.741/GO, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira. Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECURSO ESPECIAL Nº 1.566.168 – RJ. Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 05/05/2017.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 76.362/MT, Rel. Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 11/12/1995, DJ 01/04/1996.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Apelação Cível n. 1047574-03.2017.8.26.0100, Relator Desembargador Alexande Lazzarini, 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial, julgado em 23/03/2018, DJ 02/05/2018.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Apelação Cível n. 70029369659, Relator Desembargador Jorge Luiz Lopes do Canto, 5ª Câmara Cível, julgado em 10/06/2009.

BROOKS, Richard R. W. The Morality of Breaching, Efficiently. *Texas Law*. Nov 8, 2011.

BROSSARD IOLOVITCH, Marcos. *Efficient Breach Theory – A Análise do Rompimento Eficiente Dos Contratos Empresariais à Luz da Legislação Brasileira e da Law And Economics*. Porto Alegre: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito, 2016. Dissertação de Mestrado.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. São Paulo: Atlas, 2001.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 4ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CALAMARI, John D. PERILLO, Joseph M. *The Law of Contracts*. 4.ed. Thomson West, 1998.

CAMINHA, Unie. LIMA, Juliana Cardoso. CONTRATO INCOMPLETO: UMA PERSPECTIVA ENTRE DIREITO E ECONOMIA PARA CONTRATOS DE LONGO TERMO. In. *REVISTA DIREITO GV*, São Paulo 10(1)|JAN-JUN 2014.

CÂNDIDO PEREIRA, Anísio; FELIPE DE SOUZA, Benedito; RODRIGUES REDAELLI, Dauro; Onome Imoniana, Joshua. *O custo de oportunidade é definido como o valor do recurso no seu melhor uso alternativo. Custo de oportunidade: conceitos e contabilização*. Disponível

em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-92511990000100002](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-92511990000100002). Acesso em 17 nov. 2018.

CARLOS FERREIRA, Antonio. A interpretação da doutrina do adimplemento substancial (Parte 2). *Coluna Direito Civil Atual*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-29/direito-civil-atual-interpretacao-doutrina-adimplemento-substancial-parte>>. Acesso em: 17/01/2019.

CARLOS FERREIRA, Antonio. ALVES FERREIRA, Patrícia Cândido. Ronald Coase: um economista voltado para o Direito (Estudo introdutório para a edição brasileira de *A firma, o mercado e o Direito*). *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

CATALAN, Marcos Jorge. A Morte da Culpa na Responsabilidade Contratual. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, 2013.

CATEB, Alexandre Bueno e VELOSO, Sílvia Mechelany., Análise Econômica do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach). In. *Revista da Associação Mineira de Direito e Economia* - vol. X (2013).

CHAVES, Antonio. *Tratado de direito civil*. v. 2 tomo 1. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1984.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instuzioni di diritto processuale civile*. Napoli: Jovene, 1933. 2. Vol.

COASE, Ronald H. *A firma, o mercado e o direito*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.

COASE, Ronald H. *The Nature of the Firm*. 1937.

COASE, Ronald H. The problem of social cost. *The Journal of Law and Economics*. Chicago, v. 3, out., 1960.

COGO, Rodrigo Barreto. A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

COLEMAN, Jules. The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's "The Economics of Justice". *Stanford Law Review*. Vol. 34, No. 5 (May, 1982).

COLLINS, Hugh. *Regulating contracts*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, v. 15, n.6, São Paulo, RT, 1974.

COUTINHO DE ALCÂNTARA GIL, Fábio. *A Onerosidade Excessiva em Contratos de Engineering*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2007. Tese de Doutorado.

CRASWELL, Richard, When is a Willful Breach 'Willful'? The Link Between Definitions and Damages. *Michigan Law Review*, Vol. 107, 2009.

CRASWELL, Richard. Contract Remedies, Renegotiation and the Theory of Efficient Breach. *61 South California Law Review*, 1988.

CRASWELL, Richard. Expectation Damages and Contract Theory Revisited *Stanford Law and Economics Olin Working Paper*. No. 325, 2006.

DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar* (chamada cláusula de irresponsabilidade). 4. Ed. Ver. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. NOTAS SOBRE A APLICAÇÃO DA TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL NO DIREITO PROCESSUAL CIVIL BRASILEIRO. *Revista de Processo* | vol. 176/2009.

DINAMARCO, Cândido. *Instituições de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DODGE, William S. The Case For Punitive Damages In Contract. In. *Duke LJ*, 48, 1999.

DOMINGUES DE ANDRADE, Manuel A.. *Teoria Geral das Obrigações*, Coimbra: Almedina, 1966.

EICHER, Florence. Pacta Sunt Servanda: Contrasting Disgorgement Damages with Efficient Breaches under Article 74 CISG. *LSE Law Review*.

EISENBERG, Melvin A. Actual and Virtual Specific Performance, the theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law. *Columbia Law Review*. vol. 93, 2005.

FARNSWORTH. *Farnsworth on Contracts*. v. 3. 3. ed. Nova York: Aspen, 2004, § 12.8, p. 195-196.

FIANI, Ronaldo. Teoria dos custos de transação. In: KUPFER, David; HASENCLEVER, Lia. *Economia industrial: Fundamentos teóricos e práticos no Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

FIGUEIREDO FERRAZ, Patrícia Sá Moreira de. *A Onerosidade Excessiva na Revisão e Extinção dos Contratos: A concorrência na aplicação da regra dos arts. 417 e 478 do Código Civil Vigente*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015.

FIÚZA, César; ALMEIDA, Victor Almeida. Apontamento Acerca do Inadimplemento Eficaz. In. *Meritum* – Belo Horizonte – v. 12 – n. 1 – p. 346-359 – jan./jun. 2017.

FIUZA, César. *Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade civil*. Disponível em <http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/responsabilidade.pdf>. Acesso em 30 de janeiro de 2019.

FORGIONI, Paula A. *A Evolução do Direito Comercial Brasileiro: Da mercancia ao mercado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

FORGIONI, Paula A. Interpretação dos Negócios Empresariais. In. *Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais*. Wanderley Fernandes (coord). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. Ed. Ver. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista trimestral de direito civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 109-119, jul./set. 2004.

FRANTZ, Laura Coradini. Excessiva Onerosidade Superveniente: uma Análise dos Julgados do STJ. In: Martins-Costa, Judith (Org.). *Modelos de Direito Privado*. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

FRIED, Charles. *Contract as Promise: A Theory of Contractual Obligation* (Cambridge: Harvard University Press, 1981).

FRIEDMANN, Daniel. The Efficient Breach Fallacy. In. *The Journal of Legal Studies*, Vol. 18, nº 1, 1989.

GAGLIARDI, Rafael Villar. *Mitigação de danos pelo credor: fundamento e perfil dogmático*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2016. Tese de Doutorado.

GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé objetiva nos contratos empresariais: contornos dogmáticos dos deveres de conduta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia in TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2012.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *Função social do contrato*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009

GOETZ, Charles. SCOTT, Robert. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach". In. *Columbia Law Review*, v. 77, 1977.

GOMES, Elena de Carvalho. *Entre o actus e o factum: os comportamentos contraditórios no direito privado*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GOMIDE, Alexandre Junqueira. A TEORIA DO ADIMPLENTO SUBSTANCIAL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. *Revista de Direito Privado* | vol. 45.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 2 – Teoria Geral das Obrigações, São Paulo: Saraiva, 11. ed. 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. v. 3 – Contratos e Atos Unilaterais, São Paulo: Saraiva, 10. ed. 2013.

GRAU, Eros Roberto. FORGIONI, Paula A. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GUEDES DE LIMA, Francisco Jozivan. MACIEL, Everton Miguel Puh. Os Êxitos e os Limites Morais do Utilitarismo de Bentham: uma abordagem a partir de Sandel. In. *AUFKLÄRUNG*. João Pessoa, v.5, n.2, Mai.Ago., 2018.

GUERRA, Alexandre. *Princípio da Conservação dos Negócios Jurídicos*. São Paulo: Almedina, 2016.

HADLEY v. BAXANDALE (1854, 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145)

HADAMUS PERRI, Cláudia. *Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos Contratos Nacionais*. São Paulo. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Faculdade de Direito, 2017. Tese de Doutorado.

HOLMES, Oliver W. *The Common Law*, 300-301 (1881).

HOLMES, Oliver W. The path of Law. In. *Harvard Law Review*, Vol. 110, No 5 (Mar, 1997)

ISRAEL, Ronald L.; O'NEILL, Brian P. Disgorgement as a Viable Theory of Restitution Damages. (2014) Commercial Damages Reporter <[http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel\\_oneill\\_\\_commercial\\_damages\\_reporter\\_jan\\_2014\\_lead\\_article.pdf](http://www.csglaw.com/B8D11B/assets/files/News/israel_oneill__commercial_damages_reporter_jan_2014_lead_article.pdf)> acesso em 10/01/2019.

KAHNEMAN, Daniel. MAPS OF BOUNDED RATIONALITY: A PERSPECTIVE ON INTUITIVE JUDGMENT AND CHOICE. In: *The Nobel Prizes 2002*. Editor Tore Frangsmyr, [Nobel Foundation], Stockholm, 2003.

KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KONDER, Carlos Nelson. RENTERÍA, Pablo. A funcionalização das relações obrigacionais: interesse do credor e patrimonialidade da prestação. In: *Civilistica.com* || Ano 1. Número 2. 2012.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. Enriquecimento sem Causa no Direito Civil Brasileiro Contemporâneo e Recomposição Patrimonial. Universidade Federal do Paraná, Faculdade de Direito, 2005. Tese de Doutorado.

KULESZA, Gustavo Santos. Mitigação de danos e execução específica: até onde vai o direito do vendedor de exigir o pagamento do preço? Análise à luz do direito brasileiro. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, César Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). *A CISG e o Brasil: convenção das Nações Unidas para os contratos de compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

LANDO, Henrik. ROSE, Caspar. On the enforcement of specific performance in Civil Law Countries. *International Review of Law and Economics*. v. 24, 2004.

LEÃES, Luis Gastão Paes de Barros. As relações de consumo e o crédito ao consumidor. *Pareceres*. São Paulo: Singular, 2004.

LIMA, Renata Faria Silva. *Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies, op cit, publicada na Columbia Law Review, 1981.

LÔBO, Paulo. *Direito civil: obrigações*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES, Chrisitan Sahb Batista. *Um diálogo por uma nova teoria dos contratos*. In: Estudos de direito privado: *Liber Amicorum* para João Baptista Villela. GOMES, Elena de Carvalho; NETO, Edgard Audomar Marx; FÉRES, Marcelo Andrade. [Orgs.] – Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

LOPES, Christian Sahb Batista. A Causa Do Negócio Jurídico E A Causa Da Atribuição Patrimonial. In: FIÚZA, C. A. C., RODRIGUES JÚNIOR, O. L., CARVALHO NETO, F. C.. (Org.). XXIII Congresso Nacional do CONPEDI/UFPB: Direito Civil I. 1ed. Florianópolis: Conpedi, 2014.

LOPES, Christian Sahb Batista. *Mitigação dos prejuízos no direito contratual*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado: Direito das obrigações*. V. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOUREIRO, Antônio Carlos Tovo. *Perfil do Estelionato Contratual no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2015.

MACNEIL, Ian R. Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky. *Virginia Law Review*, Vol. 68, Nº 5, 1982.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Contratos coligados no direito brasileiros*. São Paulo, Editora: Saraiva, 2009.

MARTINEZ, Pedro Romano. *Da cessação do contrato*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé e o adimplemento das obrigações. In. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro, n. 25

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. A Revisão dos Contratos no Código Civil Brasileiro. In. *Revista Roma e America – Diritto Romano Comune*, Roma. V. 16, 2003

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo II: do inadimplemento das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao novo Código civil, volume V, tomo I: do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. O fenômeno da supracontratualidade e o princípio do equilíbrio: inadimplemento de deveres de proteção (violação positiva do contrato) e a deslealdade contratual em operação de descruzamento acionário. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, n. 26, abr./jun. 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. PARGENDLER, Mariana Souza. Usos e Abusos da Função Punitiva (punitive damages e o Direito brasileiro). In. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. n. 28. Jan/mar. 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. ZANETTI, Cristiano de Souza. Responsabilidade Contratual: Prazo Prescricional de Dez Anos. *Revista dos Tribunais*. v. 979/2017. Maio/2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cinica+e+o+novo+Codigo+Civil+Brasileiro> - acesso em 6/1/2018.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. Revisada e Aumentada. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Reflexões sobre a incorporação da teoria da quebra eficiente (efficient breach theory) no Direito Civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo et al. (Coord.). *Anais do VI Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MARTINS, Raphael Manhães. Análise Paradigmática do Direito das Obrigações: Boa-fé, Deveres Laterais e Violações Positivas do Contrato. In. *Revista da EMERJ*, v. 11, no 44, 2008.

MATIAS, João Luís Nogueira; ROCHA, Afonso de Paulo Pinheiro. A função social do contrato, a quebra eficiente e o terceiro ofensor. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso\\_de\\_paula\\_pinheiro\\_rocha-1.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/salvador/afonso_de_paula_pinheiro_rocha-1.pdf)>. Acesso em: 13 nov. 2018.

MCCAMUS, John. D. Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective. *Loyola of Los Angeles Law Review*. v. 36. 2003.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa-fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1983.

MILAGRES DE OLIVEIRA, Marcelo. *O Contrato como Instrumento de Política Econômica*. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2003. Dissertação de Mestrado.

MIZUMOTO AKAISHI, Juliana Tiemi. Quebra Eficiente de Contratos Bilaterais e a Teoria dos Incentivos. In. *Revista de Análise Econômica do Direito* V. 1, nº 2, Jul-Dez, 2010.

MONTEIRO, António Pinto.; GOMES, Júlio Manuel Viera. A *hardship clause* e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento). In: VAZ; Manuel Afonso; LOPES; J. A. Azeredo (Coord.). *Juris et de jure*: nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 30. Ed., v. 5. São PAULO: Saraiva, 1998.

NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do Direito Civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil: estudos em homenagem ao Professor Renan Lotufo*. São Paulo: Atlas. 2008.

NAVAS, Bárbara Gomes. O Abuso do Direito de Resolver: Análise da Teoria do Adimplemento Substancial No Direito Brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo* | vol. 11/2017.

NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato – novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, José Roberto de Castro. Custas, Despesas e Sucumbência na Arbitragem. In. *Revista de Arbitragem e Mediação* | vol. 43/2014 | Out Dez/ 2014.

NONATO, Orosimbo. *Curso de Obrigações*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1959.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

ORENGA, Danilo. FERERO, Maria Fernanda. Entendimento de que todo contrato de franquia é de adesão é perigos.” In. <https://www.conjur.com.br/2016-nov-27/entendimento-todo-contrato-franquia-adesao-perigoso>. Acesso em 10/12/2018.

PARGENDLER, Mariana. O direito contratual comparado em nova perspectiva: revisitando as diferenças entre os sistemas romano-germânico e de common law. In. *Revista Direito GV*. V. 13. N. 3. Set/Dez. 2017.

PATTON V. MID-CONTINENT SYSTEMS, Inc. 841 F.2d 742 (7th Cir. 1988).

PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. In. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016.

PEREIRA CALÇAS, Manoel de Q. Revisão Judicial de Contratos entre Empresários. In. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos – Divisão Jurídica*. Bauru, Instituição Toledo de Ensino, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v. 3. 4. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. v.2. 24. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PEREIRA, Fábio Queiroz. *O ressarcimento do dano pré-contratual: interesse negativo e interesse positivo* – São Paulo: Almedina, 2017.

PERILLO, Joseph M. *Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference*, 68 Fordham L. Rev. 1085, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PERLINGIERI. *Manuale di diritto civile*. Napoli: ESI, 1997.

PIMENTA BUNEO, José Antônio. *Direito público brasileiro e a análise da constituição do império*. Brasília: Editora Senado Federal, 1978.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia. *Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)*, vol. 11, 2008.

PIMENTA, Eduardo Goulart. R.P. LANA, Henrique Avelino. Análise Econômica do Direito e sua Relação com o Direito Civil Brasileiro. In. *Rev. Fac. Direito UFMG*, n. 57, jul/dez 2010. Belo Horizonte.

PINHEIRO, Armando Castelar. SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

POLLOCK, Frederick. *Principles of Contract*. London, Steven & Sons, 3<sup>a</sup>. Ed., 4//4.

POMPEU, Ivan Guimarães; POMPEU, Renata Guimarães. O Contrato como Operação Econômica: Contributo científico a partir da obra de Enzo Roppo. In. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*, v. 12, n. 23, jan/jun. 2011. Belo Horizonte.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXVI. 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, § 3.169.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 7<sup>a</sup> edição. New York: Aspen Publishers, 2007.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 8<sup>a</sup> edição. New York: Aspen Publishers, 2011.

POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker. In. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009.

POSNER, Richard. Wealth Maximization and Judicial Decision-Making. *International Review of Law and Economics*, n. 4, dez. 1984.

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. *A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação*. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics. (2007).

RABAY, Arthur. Da Cláusula Penal. *Revista da AGU*, Brasília-DF, ano XII, n. 37, p. 107- 128, jul./set. 2013.

REALE, Miguel. *O Projeto de Código Civil – Situação Atual e seus Problemas Fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. *Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. 26. Ed., v. 3. São Paulo: Saraiva, 1999.

RODRIGUES, Vasco. *Análise econômica do direito*. Coimbra: Almedina, 2007.

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra (POR): Almedina, 2009.

SANDEL, Michael J. *Justiça o que é fazer a coisa certa*. 23ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SCALISE JR., Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law? A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract in The American Journal of Comparative Law, Vol. 55, nº 4, 2007.

SCHMIDT, Jan Peter. Dez anos do Art. 422 do Código Civil: Luz e sombra na aplicação do princípio da boa-fé objetiva na práxis judicial brasileira. In. *Estudos de direito Privado – LiberAmicorum para João Baptista Villela*. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2017.

SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 32, out/dez 2007.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SEN, Amartya. Markets and freedom: Achievements and limitations of the market mechanism in promoting individual freedoms. *Oxford Economic Papers*. v. 45, No. 4 (Oct., 1993)

SHAVELL, Steven. Damage Measure for Breach of Contract. *The Bell Journal of Law Economics*. V. 11, n. 2.

SHAVELL, Steven. Is Breach of Contract Immoral?. *Harvard Law and Economics Discussion Paper*. No. 531, 2005.

SHAVELL, Steven. Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis. In. *Texas Law Review*, vol. 84, nº 4, 2006.

SHAVELL, Steven. Why Breach of Contracts May Not Be Immoral Given The Incompleteness of Contracts. *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009.

SICA LONGUI, Maria Isabel Carvalho. *Inadimplemento Antecipado*. São Paulo: Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, 2014. Dissertação de Mestrado.

SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. A função social como limite do contrato: contribuição para a aplicação judicial do art. 421 do Código Civil. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 7, n. 1, 2018.

SIMÃO, José Fernando. Ilícito Contratual e Extracontratual – Distinção – Prazo Prescricional no Caso de Ilícito Extracontratual – Boa-Fé Objetiva – Dever De Mitigar Os Danos (Parecer). *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 8. ano 3.

SMITS, Maarten H. J. Efficient breach and the enforcement of specific performance. *Universiteit van Amsterdam*. June, 2014.

SUNDBERG v. TTR REALTY, LLC, 11/12/2014, District of Columbia Court of Appeals. No. 14-CV-374

SZTAJN, Rachel. Notas sobre o conceito de empresário e empresa no código civil brasileiro. In. *Pensar*, Fortaleza, v. 11, fev. 2006.

SZTAJN, Rachel. *Teoria jurídica da EMPRESA – Atividade Empresária e Mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

SZTAJNBOK, Felipe. A indenização pelo interesse positivo como forma de tutela do interesse do credor nas hipóteses de inadimplemento culposos da obrigação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. Coimbra: Coimbra Editora. 1983.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAIS, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. 2. Ed. Ver. E atual. Rio de Janeiro: Renovar. 2007.

TEPEDINO, Gustavo. O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira. In. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Ano 2. Vol. 5. Rio de Janeiro: Padma, 2001

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Adimplemento substancial e tutela do interesse do credor: análise da decisão proferida no REsp 1.581.505.

Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, vol. 11, p. 95-113, jan./mar. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e seus princípios*. Rio de Janeiro: Aide Ed., 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O Contrato e sua função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TIMM, Luciano Benetti, Função Social do Direito Contratual no Código Civil Brasileiro: justiça distributiva vs. eficiência econômica. In. *RIDB*, Ano 1 (2012), nº 6.

TIMM, Luciano Benetti. Common Law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. *Revista dos Tribunais*. São Paulo

TIMM, Luciano Benetti. *Direito Contratual Brasileiro — Críticas e alternativas ao Solidarismo Jurídico*. 2. Ed. São Paulo, 2015.

VARELA, João de Mattos Antunes. *Das obrigações em geral*. Coimbra: Almedina. 1970.

VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, a. 20, n. 2-3,4, abr.-dez. 1975.

VILLELA, João Baptista. Prefácio, in: Christian Sahb Batista Lopes, Responsabilidade Pré-Contratual, Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

WALD, Arnaldo. *Direito Civil: Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, v. 2 – Arnaldo Wald, Ana Elizabeth L. W. Cavalcanti, Liliana Minardi Paesani – 22ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALD, Arnaldo. *Obrigações e contratos*. 10ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. II. 1992.

WEIGAND, Tory A. The duty of good faith and fair dealing in commercial contracts in Massachusetts. *Massachusetts Law Review*, 2004.

YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015.

ZANHIM, Kleber Luiz. *Contratos Empresariais. Categoria- Interface com Contratos de Consumo e Paritários – Revisão Judicial*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.