

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Marcos Brossard Iolovitch

*EFFICIENT BREACH THEORY – A ANÁLISE DO ROMPIMENTO
EFICIENTE DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS À LUZ DA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA E DA LAW AND ECONOMICS*

Orientador: Prof. Dr. César Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre

2016

Marcos Brossard Iolovitch

*EFFICIENT BREACH THEORY – A ANÁLISE DO ROMPIMENTO
EFICIENTE DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS À LUZ DA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA E DA LAW AND ECONOMICS*

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito Privado pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. César Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre

2016

Marcos Brossard Iolovitch

*EFFICIENT BREACH THEORY – A ANÁLISE DO ROMPIMENTO
EFICIENTE DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS À LUZ DA LEGISLAÇÃO
BRASILEIRA E DA LAW AND ECONOMICS*

Dissertação apresentada como requisito final
para a obtenção do grau de Mestre em Direito
Privado pelo Programa de Pós-Graduação da
Faculdade de Direito da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. César Viterbo Matos Santolim
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Fernando Araújo
Universidade de Lisboa

Prof. Dr. Ricardo Lupion
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Ao meu avô, Paulo (*in memoriam*), pelo exemplo de sabedoria, cordialidade, simplicidade e honestidade; e pelo brilho dos seus olhos, ao dar-lhe a notícia do meu interesse e ingresso na carreira acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Uma dissertação é um trabalho paradoxalmente solitário e coletivo. Solitário porque deve ser redigido individualmente; coletivo porque sem o apoio de diversas pessoas esta tarefa não seria possível. Ainda que se corra o risco de ser injusto por deixar alguém de fora ao personificar os agradecimentos, seria ainda mais injusto deixar de nominar os aqui listados.

Assim, primeiramente, tenho de agradecer à minha família, por todo o carinho, a atenção e o amor. Agradecer pela educação que me deram, se refletindo na minha formação humanística e na construção do meu caráter – o meu maior patrimônio.

Aos meus amigos, irrestrita e profundamente, pelas lições, experiências e aprendizados, mostrando-me o que realmente importa nesta vida, o que confirmaram, ultimamente, através da compreensão pela privação do convívio. Menção especial ao grande amigo e colega Rafael Abreu, que, durante um de tantos instigantes debates, sugeriu a investigação do tema materializado na presente dissertação, não se limitando a isso, mas também auxiliando na revisão da mesma. Igualmente, a Vitor de Paula Ramos, João Gabriel Couto, Otávio Domit, Otávio Motta e Guilherme Recena Costa, exemplos de acadêmicos pelo conhecimento, seriedade e comprometimento, e que sempre ofereceram foro seguro e qualificado ao debate de ideias e teste de hipóteses.

Aos amigos Cristiana Sanchez Gomes Ferreira e Manoel Gustavo Neubarth Trindade, por incentivarem o aprofundamento do estudo da *Law and Economics* por meio da academia, abrindo as portas a esta instigante linha teórica. Ao Manoel, também, pela eterna disponibilidade e prestatividade, seja para o profundo debate ideológico, seja para a revisão parcial desta dissertação.

Aos meus professores, todos, que despertaram em mim o interesse na academia através de sua dedicação e seriedade, cujo agradecimento especial faço na pessoa do meu orientador, Prof. César Santolim, que aceitou o desafio de me guiar no exame de um tema pouco explorado no Brasil, e cujos ensinamentos levo como exemplos para a docência, entre eles o de jamais permitir que já histórica rivalidade clubística fosse um empecilho à relação. Igualmente, à Universidade Federal do Rio Grande do Sul, *alma mater*, e à Faculdade de Direito, bem como a todo o seu corpo docente e funcionários. Aos colegas do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, pelo salutar e profícuo convívio.

Aos meus colegas de escritório, Léo e Letícia (novamente), Joel e Antônio, pelo suporte e compreensão com o envolvimento e ausência durante todo o período do Mestrado. À minha tia, Rita Brossard de Souza Pinto, sempre prestativa, pela disposição em revisar e corrigir a presente dissertação.

E *last, but not least*, à minha esposa Alexandra, que sem cuja compreensão, dedicação e abnegação, em constantes demonstrações de amor, nada disso seria possível, e que reforçou todo o companheirismo que serve de alicerce à nossa relação, servindo, também, de inspiração e motivação para a continuidade e aperfeiçoamento do presente trabalho.

“Como todo negócio jurídico, o contrato cumpre o seu ciclo existencial. Nasce do consentimento, sofre as vicissitudes de sua carreira, e termina.”

(Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de Direito Civil, vol. III, p. 126.)

RESUMO

O presente trabalho examina a teoria da quebra eficiente do contrato, oriunda do direito anglo-saxão, segundo a qual, sinteticamente, um contrato só será cumprido se os custos para adimplir a obrigação forem inferiores àqueles incorridos pelo descumprimento, admitindo-se, portanto, o inadimplemento voluntário dos contratos. O objetivo é, além de apresentar a teoria, verificar a possibilidade de aplicação da mesma no Brasil, com enfoque especial nos contratos empresariais. Para tanto, o trabalho é estruturado em introdução, quatro capítulos de desenvolvimento e encerra com a conclusão. Superada a introdução, que apresenta mais profundamente as razões que levaram à pesquisa sobre o tema, o capítulo 2 versa acerca dos paradigmas clássicos de responsabilidade contratual, com destaque às modalidades de extinção do contrato sem a consecução do seu objeto bem como às regras indenizatórias aplicáveis nestes casos, em que se busca cotejá-las com o entendimento jurisprudencial. A seguir, o capítulo 3 traz as premissas teóricas da *Law and Economics* focadas no Direito dos Contratos necessárias à compreensão, no capítulo seguinte, da teoria da quebra eficiente do contrato, que representa o tema central do presente estudo. Neste capítulo 4 será feita uma abordagem teórica e prática da teoria sob exame, apontando sua origem histórica, desenvolvimento e aceitação do paradigma, identificando os requisitos para sua aplicação, potenciais barreiras e também as críticas doutrinárias para, em seguida, delinear o que seria o cenário ideal para sua aplicação, bem como um tópico dedicado exclusivamente à sua abordagem prática e metodologia, indicando os elementos que devem ser sopesados antes de se tomar a decisão de romper um contrato. No capítulo 5, verifica-se quais requisitos são aceitos, as efetivas barreiras e como elas podem ser superadas para autorizar a sua incidência no Brasil, tanto os de caráter jurídico como os extralegais. Para o fechamento, o último capítulo apresenta as conclusões alcançadas através da pesquisa, indicando pontos relevantes sobre a teoria da quebra eficiente e respondendo ao principal questionamento cuja resposta era almejada, se é possível aplicar a teoria no Brasil, sob quais circunstâncias e em qual extensão.

Palavras-chave: responsabilidade contratual; contratos empresariais; inadimplemento contratual; quebra eficiente do contrato; law and economics.

ABSTRACT

The current paper examines the efficient breach theory of contracts, from the Anglo-Saxon law origin, according to which, briefly, a contract will only be performed if the costs for performance of the obligation are lower than those incurred for non-performance, admitting, therefore, intentional breach of contract. The goal is, in addition to presenting the theory, check the possibility of applying it in Brazil, focusing mostly on business contracts. Therefore, the work is structured into introduction, four chapters of development and ends with the conclusion. Surpassed the introduction, which explains more deeply the reasons that led to research on the topic, chapter 2 examines the classical paradigms of contractual liability, especially to terminate the contract without achieving its object as well as the applicable indemnity rules in these cases, seeking to compare them with the jurisprudential understanding. Following, chapter 3 provides the theoretical premises of Law and Economics focused on the Law of Contracts necessary to understand, in the next chapter, the efficient breach theory, which is the central theme of this study. In chapter 4 a theoretical and practical approach of the theory under examination will be addressed with its historical origin, development and acceptance of the paradigm, identifying the requirements for its application, potential barriers and also the criticism it has faced to, then, outline what would be the ideal scenario for its application as well as a topic dedicated exclusively to its practical approach and methodology, pointing the elements that should be weighed before deciding to breach a contract. In chapter 5, it is shown the which requirements are accepted, the actual barriers and how they can be surpassed to permit its incidence in Brazil, both legal and non-legal. For closure, the last chapter presents the conclusions reached through the research, indicating the relevant points on the theory of efficient breach and responding to the main question of which answer was longed for, whether it is possible to apply the theory in Brazil, under what circumstances and to what extent.

Keywords: contractual liability; business contracts; breach of contract; efficient breach theory; law and economics.

ADVERTÊNCIA E ESCLARECIMENTOS

As referências legislativas sem menção expressa ao respectivo diploma legal dizem respeito ao Código Civil Brasileiro de 2002 – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

As referências legislativas ao Código de Processo Civil (CPC), quando não for dito o contrário, dizem respeito à Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Para fins de unidade teórico-metodológica, a menos que expresso de modo diverso, os contratos abordados no presente estudo são sinalagmáticos.

Durante a elaboração do presente estudo, buscou-se respeitar a definição técnica e unidade dos conceitos utilizados. Assim, têm-se que extinção e desfazimento do contrato são sinônimos entre si, e dizem respeito ao rompimento do vínculo contratual. Diferem, todavia, de inadimplemento, descumprimento e quebra do contrato, os quais possuem a mesma significação internamente e dizem respeito ao desatendimento de uma obrigação contratual.

Da mesma forma, resolução, rescisão e resilição dizem respeito às formas de extinção do contrato, sendo todas diversas entre si e com características e consequências próprios. Por mais que seja notória a diferença entre tais expressões, a advertência se faz necessária, na medida que ainda hoje se vê quem os trate, por vezes, como unívocos. Os conceitos, distinções e efeitos das referidas expressões serão esmiuçados no decorrer do trabalho.

LISTA DE ABREVIATURAS

- AC – Apelação Cível
- AI – Agravo de Instrumento
- BGB – Bürgerliches Gesetzbuch
- CESL – Common European Sales Law
- Cf. – Conforme
- CISG – United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, chamado no Brasil de Convenção de Viena
- CJF – Conselho da Justiça Federal
- CPC – Código de Processo Civil
- DJ – Diário de Justiça
- DJe – Diário de Justiça eletrônico
- j. – julgado em
- PROCON – Programa de Proteção e Defesa do Consumidor
- STF – Supremo Tribunal Federal
- STJ – Superior Tribunal de Justiça
- TJDFT – Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
- TJES – Tribunal de Justiça do Espírito Santo
- TJMG – Tribunal de Justiça de Minas Gerais
- TJRJ – Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
- TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
- TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina
- TJSP – Tribunal de Justiça de São Paulo
- UNCITRAL – United Nations Commission on International Trade Law
- UNIDROIT – Institut international pour l'unification du droit privé
- v. – vide

SUMÁRIO

1. Introdução	12
2. Paradigmas clássicos em matéria de rompimento do vínculo contratual	17
2.1 O “dever” de cumprimento dos contratos	18
2.2 Modalidades de extinção dos contratos	21
2.2.1 Resolução pelo credor da obrigação em decorrência do inadimplemento	24
2.2.1.1 Modalidades de inadimplemento contratual	27
2.2.1.2 Rompimento do vínculo contratual: resolução	32
2.2.1.3 A limitação pelo adimplemento substancial	40
2.2.2 Inadimplemento Antecipado	43
2.2.2.1 Explícita	46
2.2.2.2 Implícita	48
2.2.2.3 Positivação e aplicação no Brasil	49
2.2.3 Exercício de cláusula ou faculdade extintiva	54
2.2.3.1 Cláusula resolutiva expressa e Condição resolutiva	58
2.3 Indenização (perdas e danos)	60
2.3.1 Bases teóricas do dever de indenizar	61
2.3.2 Requisitos para indenização	63
2.3.3 Métodos de reparação	68
2.3.4 Limitadores e excludentes da indenização	74
2.3.4.1 Legais	74
2.3.4.2 Facultativos	77
2.3.4.2.1 Cláusula penal	80
2.3.4.2.2 Cláusula cruzada de não indenizar	84
3. Premissas de Law and Economics para o Direito Contratual	87
3.1 O que é Law and Economics	87
3.2 Conceitos fundamentais	90
3.2.1 Valor, utilidade e excedente econômico	91
3.2.2 Eficiência	93
3.2.3 Racionalidade	97
3.2.4 Custos de transação	102
3.2.5 Incompletude contratual	108
3.3 Por que é desejável? (ou “A falsa dicotomia entre eficiência e justiça”)	113
3.4 Críticas	118
4. A quebra eficiente do contrato (<i>efficient breach theory</i>)	122
4.1 Conceito	124
4.2 Origens	127
4.3 Desenvolvimento	130
4.4 Requisitos	135
4.4.1 Justa indenização	136
4.4.2 Previsibilidade	143
4.4.3 Eficiência – e a importância do seu conceito	147
4.5 Custos de transação associados	152

4.6	Posições contrárias	157
4.7	Potenciais barreiras	162
4.7.1	Execução forçada	163
4.7.2	Boa-fé.....	171
4.7.3	Moralidade.....	180
4.7.4	Inviabilidade de cálculo.....	186
4.8	Requisitos conjunturais para a promoção da eficiência no rompimento dos contratos (Cenário ideal).....	193
4.9	Aplicação prática	198
5.	Possibilidades de aplicação da quebra eficiente no Brasil	205
5.1	Condições jurídicas	209
5.1.1	Cumprimento forçado e resolução	209
5.1.2	Regra indenizatória.....	213
5.1.3	Respeito às estipulações privadas (cláusula penal).....	218
5.2	Condições extralegais	223
5.2.1	Moralidade.....	223
5.2.2	Custos de transação.....	227
5.2.3	Acesso ao Judiciário.....	230
6.	Conclusão	233
	Bibliografia.....	238

1. Introdução

O direito contratual é uma das áreas mais vivas do estudo jurídico. De fato, o contrato é um dos meios de maior interação prática da sociedade com o direito, devendo adaptar-se simultaneamente às necessidades do seu tempo. Devido à crescente especialização e segmentação do direito contratual¹, é visível que o contrato vem se reinventando, especialmente nas últimas décadas em que a revolução tecnológica demandou a criação de novas espécies contratuais, ou de antigas espécies firmadas por novos meios. Diante disso, o estudo do fenômeno contratual, por mais que a doutrina muito já tenha se debruçado sobre a temática, mostra-se sempre atual.

Talvez o campo mais rico – e conseqüentemente amplo – de estudo diga respeito à responsabilidade contratual, que ocorre a partir do seu inadimplemento. Os efeitos e conseqüências deste fenômeno são muito variados e dependem das circunstâncias verificadas em cada caso, em especial a natureza da obrigação descumprida, não sendo demasiado concordar com Vincenzo Roppo² ao identificar no remédio legal aplicado aos casos de inadimplemento contratual uma das matérias mais confusas e complexas do estudo contratual. Tal fato, isoladamente, já revela o desafio em abordar esta matéria, que, ao mesmo tempo em que é atenuado pela qualidade e profundidade com as quais o assunto já foi abordado por renomados juristas, intensifica-se pela dimensão do seu campo de estudo.

Simultaneamente, é inegável que a disciplina de *Law and Economics* vem ganhando crescente destaque no Brasil, na esteira do desenvolvimento já percebido em outros países, especialmente nos Estados Unidos, em que a interpretação jurídica vale-se do ferramental teórico da economia na busca de promoção da eficiência no Direito. Através da conjugação do seu estudo aos institutos vinculados à temática contratual clássica, apresenta-se a teoria do *efficient breach of contract*, em tradução livre, “rompimento eficiente do contrato”. Seu conceito parte do

¹ Que levou, segundo Grant Gilmore, ao próprio esvaziamento do direito contratual, *in* *The Death of Contract*. 2nd ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995, p. 7-8.

² ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. Milano (ITA): Giuffrè, 2001, p. 953.

pressuposto de que um contrato só será cumprido quando os ganhos advindos da sua execução suplantem aqueles obtidos pelo seu descumprimento. A definição apresentada por Richard Posner resume com precisão a teoria, *literis*:

[Uma] parte é estimulada a quebrar o seu contrato simplesmente porque o seu lucro advindo da quebra excederia o seu lucro se prestasse a obrigação. Ela o fará se o lucro também excedesse a expectativa de lucro da contraparte com o cumprimento da obrigação, e, portanto, os danos advindos do rompimento. Então, neste caso, indenizar os danos não impedirá a quebra do contrato. E nem deveria. É uma quebra eficiente.³

Ao analisar a temática, após apresentar a conceituação do *incumprimento eficiente*, Fernando Araújo exalta o estudo, entendendo não “haver mais legítimo candidato ao galardão de «promotor de eficiência» em toda a área dos contratos”⁴. Contudo, para que a teoria seja aceita socialmente e seus ensinamentos aplicados e defendidos pelos operadores do direito, é necessário superar questões deontológicas afeitas ao adimplemento contratual. De fato, não se pode negar a existência de uma ideia perante parcela da sociedade de que o cumprimento dos contratos é uma obrigação não apenas jurídica, mas também moral. Um dos primeiros juristas a romper com esta visão secular foi Oliver Holmes⁵, que conferiu nova perspectiva ao direito contratual ao definir que a celebração de um pacto não seria necessariamente a assunção do compromisso de execução, mas sim a faculdade da parte aderente em cumpri-lo ou pagar danos pelo inadimplemento. A partir desta ruptura cultural, iniciou-se um movimento que permitiu a análise “desapaixonada” do direito, desprovida de valores éticos e morais, permitindo o avanço da análise econômica dos contratos e, conseqüentemente, o surgimento da *efficient breach theory* ora abordada.

É preciso dizer, entretanto, que esta visão de vanguarda ainda encontra resistência hodiernamente, não tendo sido capaz de romper definitivamente com as

³ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 8ª edição. New York: Aspen Publishers, 2011, p. 151. Tradução livre do original: “[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.”

⁴ ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 735-736.

⁵ HOLMES JR., Oliver Wendell. *The Path of the Law in The Mind and Faith of Justice Holmes – His speeches, essays, letters and judicial opinions*. New York: The Modern Library, 1943, p. 76.

noções de ética contratual que ainda estão enraizadas na cultura jurídica e popular. Um exemplo da resistência encontrada diz respeito aos danos à reputação da parte que quebra o contrato, os quais são seguidamente negligenciados pela doutrina. As críticas, entretanto, não são capazes de esvaziar por completo o instituto da quebra eficiente de contrato, devendo ser aproveitadas para reflexão e, após, servirem de estímulo ao seu aperfeiçoamento. Ponto instigante decorre da censura que a doutrina enfrenta em face de uma possível mitigação do dever de cumprir os contratos e à sua força obrigatória. Contudo, não se pode ignorar que o antigo conceito inviolável da *pacta sunt servanda* há muito vem sendo mitigado, como, por exemplo, decorre do desenvolvimento da já consolidada cláusula *rebus sic stantibus*, hoje uma realidade jurídica. Em função desta e outras circunstâncias, é possível questionar a efetiva existência de um “dever” de cumprir os contratos, e quanto esta ideia não estaria mais vinculada a uma questão moral do que propriamente jurídica – o que conduz a outro questionamento sobre a conveniência da união entre moral e direito, ou se, pelo contrário, não seria desejável a dissociação entre ambos. Estes são apenas alguns dos aspectos relevantes de um tema de fronteira para o direito contratual, ao menos no Brasil, aliado a questões de teoria do direito e filosofia jurídica, mostrando-se um desafio interdisciplinar ímpar.

Ainda assim, entende-se que pode haver, sim, quebras contratuais eficientes, que venham a gerar mais riqueza para a sociedade através da melhor alocação de recursos. Além do que, pela proposta teórica da *efficient breach*, vê-se que possui natureza essencialmente descritiva, que importa dizer que este evento ocorrerá à revelia da simpatia de juristas ou economistas, mas tantas vezes quanto seus pressupostos se verificarem, a partir da análise consequencialista dos remédios legais aplicáveis ao descumprimento contratual, e decidirem as partes pô-la em prática; além destes, pode-se sugerir que terá, também, efeito reflexo de caráter preventivo na redação dos contratos, ao se vislumbrar a possibilidade de aplicação da teoria pela contraparte, caso se queira acautelar sobre esta hipótese.

Todavia, ciente da extensão do desafio que representaria, especialmente diante da especialização e segmentação do direito contratual, estabelecer uma “teoria geral” das regras indenizatórias, sobre inadimplemento e extinção dos

contratos, optou-se por focar, no presente estudo, nos contratos empresariais. Isto porque, nesta modalidade, haveria, em princípio, maior paridade entre as partes para negociação e elaboração das cláusulas, bem como inequívoca ciência quanto aos riscos e consequências estabelecidos pelo programa contratual, circunstâncias que reduziriam potenciais situações de iniquidade atinentes a outras modalidades contratuais.

Com estas considerações, é possível expor o objetivo do presente estudo: além de apresentar a teoria da quebra contratual eficiente, tanto sob seu aspecto teórico quanto prático – não isentos das críticas correspondentes –, serão abordadas as respostas legislativas às contingências afeitas ao inadimplemento contratual, a fim de identificar as hipóteses em que será possível promover uma quebra contratual eficiente dos pactos mercantis no Brasil. A fim de familiarizar os neófitos ao estudo da *Law and Economics*, será apresentado um capítulo dedicado exclusivamente às suas premissas técnico-conceituais afeitas à temática contratual, que certamente contribuirá para a compreensão – e justificação – do porquê a eficiência tem se apresentado como um critério norteador desejável para a interpretação jurídica.

Assim, a fim de esquematizar o estudo, por uma questão metodológica, serão apresentadas primeiro as possibilidades e consequências da extinção dos contratos empresariais sem a satisfação do seu objeto, passando pelo inadimplemento contratual, bem como as modalidades extintivas que possam ensejar uma quebra eficiente do contrato. Para isso, será feita a análise da correspondente regra indenizatória para cada um dos casos abordados, além das hipóteses de mitigação e anulação da mesma, oportunidade em que também será examinado o cumprimento forçado dos contratos. A partir desta visão clássica da quebra contratual, será possível, no capítulo seguinte, dar início à abordagem de *Law and Economics*, já direcionada à temática contratual, com a apresentação do ferramental econômico à disposição da análise jurídica para, então, se deter na quebra eficiente do contrato, com um estudo profundo de suas premissas prático-teóricas, desde o seu surgimento até a aceitação jurisprudencial em países de *common law*. Neste capítulo, serão, também, analisadas as críticas que a quebra eficiente tem recebido,

muitas das quais pertinentes, em uma abordagem que visa a completar e aperfeiçoar o instituto. Com a adequada exposição do tema, será possível, no capítulo 5, cotejá-lo com as soluções apresentadas pelo ordenamento brasileiro vistas no início do trabalho, a fim de identificar eventuais barreiras e a possibilidade de sua aplicação no Brasil, o que poderá auxiliar os contratantes a redigir cláusulas mais pertinentes aos seus interesses, bem como orientar o comportamento a ser observado durante a fase de execução dos contratos. Com isso, busca-se atingir uma dupla utilidade do presente trabalho, tanto acadêmica, para desenvolvimento de temas de fronteira do direito contratual, como também prática, útil a partes e a advogados, auxiliando na definição de estratégias apropriadas durante a relação contratual.

2. Paradigmas clássicos em matéria de rompimento do vínculo contratual

A análise do tema da quebra eficiente do contrato pressupõe, mesmo antes do exame dos fundamentos de *Law and Economics* pertinentes, o conhecimento dos conceitos e paradigmas essenciais do direito contratual, especialmente no que diz respeito ao rompimento do vínculo sem a satisfação do seu objeto. Grosso modo, as hipóteses de ocorrência nos contratos empresariais serão verificadas essencialmente ou pelo descumprimento do contrato, o qual poderá conduzir à resolução do mesmo, ou pelo emprego de uma faculdade extintiva, como a denúncia ou o exercício de cláusula liberatória. A partir daí, ganha relevo o estudo das consequências destes atos, destacando-se a análise das regras indenizatórias para descumprimento dos contratos, bem como as opções colocadas à disposição do credor da obrigação inadimplida, além dos efeitos do exercício da faculdade extintiva do contrato por uma das partes. Assim, este capítulo de abertura terá como escopo analisar estes temas, pavimentando as premissas essenciais à compreensão do descumprimento e extinção dos contratos. A abordagem se dará sob um viés clássico, com análise da doutrina civilista tradicional, sem intersecções, por ora, com a abordagem econômica do direito.

Importante ressaltar desde já que, ainda que se viesse a considerar eventual separação e autonomia no Direito das Obrigações e o Direito Contratual, há, em verdade, uma inegável interdependência entre as duas matérias, já que os contratos não passam de instrumentos particulares em que se instituem direito e deveres, sendo considerados, portanto, como *fonte de obrigações*. Diferem da lei, é verdade, pelo seu caráter facultativo, subjetivo e dispositivo das partes, mas cuja normatividade e vinculação dos seus aderentes são as mesmas⁶, ainda que advindas de fontes distintas. Não é por outra razão que se aplicam as disposições legais sobre inexecução das obrigações aos contratos, pois a *obrigação* é o termo utilizado para designar indiscriminadamente “todos os deveres e ónus de natureza jurídica ou extrajurídica”⁷. Esta semelhança dispositiva, entretanto, limita-se à forma,

⁶ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “Como fonte criadora de direito, o contrato assemelha-se à lei, embora de âmbito mais restrito” in Instituições de Direito Civil – vol. III. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 15.

⁷ COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 12ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2009, p. 65.

não havendo necessariamente convergência de conteúdo, pois uma vez inadimplida a obrigação, busca-se a cominação correspondente na sua fonte de origem: se a responsabilidade for decorrente da lei, é dela que se extrai a consequência por tal ato; por outro lado, se o dever for oriundo de uma relação contratual, deve-se atentar às previsões contidas no pacto para o caso de inadimplemento⁸.

Cabe alertar que esta abordagem não tem a pretensão de esgotar os sempre variáveis conceitos essenciais de direito contratual atinentes ao descumprimento e extinção do contrato – até porque tal missão certamente seria inviável. A intenção é apresentar um panorama geral sobre a matéria, fornecendo uma visão hodierna do tema sob o ponto de vista legal e jurisprudencial, bem como as principais posições e divergências doutrinárias ainda candentes, sem se furtar de uma apreciação crítica quando se julgar necessário. A apresentação destes conceitos será fundamental para, no capítulo 5, responder ao principal questionamento, qual seja, se é possível aplicar no Brasil a teoria da quebra eficiente do contrato.

2.1 O “dever” de cumprimento dos contratos

É imperioso salientar que, ao tratar do tema do descumprimento contratual, é comum notar-se um dogma de que existe um “dever” de cumprimento dos pactos e que, como o contrato é uma promessa, quebrá-lo deliberadamente é um ato ilícito⁹. De fato, não há como negar que subsiste ainda uma enraizada ideia de que o primeiro motivo para cumprimento da obrigação é a “simples ética: a voz da consciência, o hábito adquirido pelo homem bem educado”, que levaria ao temor da reprovação pública mesmo àqueles que não possuíssem “uma consciência tão bem formada”, e, somente em segundo lugar, porque são providas de sanção, como sustentava Agostinho Alvim¹⁰. Já Orlando Gomes atribui este dever ao princípio da

⁸ Não se pode perder de vista, entretanto, que a relação contratual não é regulada exclusivamente *interna corporis*, uma vez que sobre ela também incidem as disposições legais atinentes aos contratos. Da mesma forma, os contratos encontram limites em sua *self regulation*, não podendo contrariar as disposições legais e as de ordem pública. Assim, inexistindo previsão no instrumento contratual para as consequências no caso de descumprimento da obrigação ali disposta, busca-se na lei as cominações próprias para o caso concreto.

⁹ A expressão utilizada por Richard Posner é de que tal atitude seria considerada por muitos como um “wrongful act” *in Economic Analysis of Law, op cit*, p. 170.

¹⁰ ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. São Paulo: Saraiva, 1949, p. 14.

boa-fé aplicada aos contratos, enquanto corolário do postulado da fé jurada, “segundo o qual todo homem deve honrar a palavra empenhada”¹¹. Para Almeida Costa, por outro lado, a obrigação é vista como a situação de fato em que as pessoas se encontram “adstritas a certa conduta”¹², sendo considerado um “dever jurídico”. Caio Mário entende que a obrigatoriedade do contrato é a “decorrência natural de sua função social”¹³.

A despeito de todas estas respeitáveis posições, não há no ordenamento positivado brasileiro qualquer dispositivo que determine um dever cogente de cumprimento dos contratos, ainda que fosse possível alegar a sua desnecessidade, fato de especial relevância em um sistema positivista como o romano-germânico adotado no Brasil. Por outro lado, é certo que existem previsões legais quanto às cominações para o caso de descumprimento da prestação contratual. A partir daí, seria possível atestar a existência de um “dever” se, pela análise normativa do ordenamento jurídico positivado, não existe previsão legal explícita neste sentido?

Foi a partir desta leitura que surgiu uma interpretação diversa daquela que atribui à parte contratante o “dever” de cumprir o contrato, segundo a qual inexistiria tal obrigação com caráter impositivo. Expoente e proeminente nesta teoria foi Oliver Wendell Holmes¹⁴, que rompeu com a ideia de moralidade no direito, encarando-o sob um prisma estritamente objetivo que abriu as portas para a análise econômica contratual. Neste sentido, o jurista estadunidense sustentava em seu clássico *The Path of the Law* que, ao assinar um contrato, a parte não fica obrigada a cumpri-lo, mas sim possui as opções de adimpli-lo ou indenizar a outra parte caso não o faça¹⁵. A partir desta ruptura cultural, iniciou-se um movimento que permitiu a análise “desapaixonada” do direito, desprovida de dimensão axiológica¹⁶, permitindo o avanço da análise econômica dos contratos e a pavimentação para o surgimento da

¹¹ GOMES, Orlando. Obrigações – revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 108.

¹² COSTA, *op cit*, p. 65-66.

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil – vol. III. 3ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1975, p. 15.

¹⁴ Também referido como Justice Holmes, por ter integrado a Suprema Corte dos Estados Unidos.

¹⁵ HOLMES JR., *op cit*, p. 76.

¹⁶ Holmes chega a referir que a “fraseologia moral” tende a distorcer a lei *in* *The Path of the Law*, *op cit*, p. 74, 77.

teoria da quebra eficiente. Para os adeptos desta corrente, “o conceito de inadimplência tradicional não se coaduna com a visão econômica do contrato”¹⁷. Ainda assim, é preciso dizer que hodiernamente esta visão de vanguarda ainda encontra resistência, não tendo sido capaz de romper definitivamente com as noções ético-morais dos contratos que ainda estão enraizadas na cultura jurídica e popular¹⁸.

De fato, para se atestar a existência deste dever, a par das considerações extralegais defendidas pela doutrina e já reproduzidas supra, sustentadas na ética e moral, a legalidade de tal assertiva poderia ser construída apenas pela existência da sanção atrelada diretamente ao seu descumprimento; ainda assim, seria uma interpretação construtiva, mas não um imperativo legal expresso. Seja de um modo ou de outro, é certo que a vinculação contratual impõe às partes certo comportamento – ao menos a quem incumbe a prestação, enquanto à outra existe uma mera expectativa de cumprimento da contraparte – e dever de suportar as consequências resultantes da sua atuação de acordo com o programa contratual, seja através da satisfação, com o adimplemento, como das penalidades, no caso de descumprimento.

Ainda que o debate sobre a existência ou não de um dever moral, ético, social ou jurídico seja instigante e desafiador, abarcando um estudo multidisciplinar que envolve, entre outras ciências, sociologia e antropologia aliadas ao direito, é inquestionável que o inadimplemento e rompimento do contrato traz consequências jurídicas objetivas às partes, as quais estão expressamente reguladas no próprio instrumento contratual e também na lei. Assim, antes de se passar às decorrências objetivas do descumprimento e extinção do pacto, importante verificar suas modalidades, que, dependendo das várias situações possíveis, poderão apresentar efeitos jurídicos distintos¹⁹.

¹⁷ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 135.

¹⁸ Um exemplo da resistência encontrada diz respeito aos danos à reputação da parte que quebra o contrato, os quais são seguidamente negligenciados pela doutrina, tendo sido alvo de críticas por parte de Ian Macneil *in* Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky *in* Virginia Law Review, Vol. 68, nº 5, 1982, p. 955; e Eric Posner *in* Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? *in* The Yale Law Journal, Vol. 112, nº 4, 2003, p. 830, 850 e 865.

¹⁹ COSTA, *op cit*, p. 1033.

2.2 Modalidades de extinção dos contratos

O ordenamento jurídico prestigia o princípio da *pacta sunt servanda*, de que uma palavra empenhada, formalizada em um contrato, deve, *prima facie*, ser cumprida de acordo com o que fora combinado. Sendo esta uma orientação norteadora da relação contratual, a tendência é de que o vínculo se extinga, via de regra²⁰, pelo cumprimento da obrigação, liberando o devedor mediante a satisfação do credor, sem que restem quaisquer deveres sucessivos entre as partes, já que o objetivo colimado quando da sua pactuação foi atingido.

Há outras situações, por outro lado, em que, embora não se tenham perfectibilizado as obrigações previstas no instrumento, se verifica a ocorrência de circunstâncias que, esperadas ou inesperadas, estão dentro do espectro das regras estipuladas no próprio contrato ou na lei a que se submete para que o mesmo se extinga; se poderia supor na implementação de termo, condição resolutiva ou mesmo a ocorrência de um fato superveniente cujo efeito seja extintivo, tal qual o falecimento de um dos contratantes. Em qualquer um destes casos, o contrato é findo sem que restem quaisquer deveres ou responsabilidade residual aos contratantes ou seus sucessores legais, que se encontram liberados do instrumento que os vinculava. Das previsões contratuais, além da cláusula resolutiva e da previsão de resilir o contrato, tem-se a possibilidade de extinção do contrato por decurso de tempo – incidência de termo, nos contratos de execução continuada – bem como se implementada condição extintiva²¹. Há ainda outras possibilidades que afetam a validade e eficácia do contrato, como vícios de consentimento ou a implementação da prescrição, por exemplo. Não se pretende, todavia, exaurir no presente trabalho todas as possibilidades de extinção do vínculo decorrentes das distintas vicissitudes que podem advir da relação contratual, de modo que imperiosa a realização de corte na matéria a fim de atender ao objeto do estudo – a quebra contratual eficiente –, razão pela qual serão analisados os modos de extinção dos contratos sem a satisfação do seu objeto, seja em decorrência do inadimplemento,

²⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos. Das Obrigações em Geral - vol. II. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 1992. p. 59; e GOMES, Orlando. Contratos. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p 169.

²¹ Esta modalidade é comum nos contratos por prazo indeterminado e contratos futuros cujos preços sejam diretamente afetados pela variação cambial, como no comércio de *commodities*.

como por decisão das partes, através do exercício de faculdade resilitiva. Estes meios de extinção possuem peculiaridades e consequências distintas, criando um amplo campo de pesquisa e aprofundamento. Assim, a fim de adentrar adequadamente no objeto do estudo com todas as premissas jurídicas e fáticas bem delineadas, necessário que a análise seja centrada nas condições e consequências atinentes a estas modalidades.

Antes de ingressar nesta seara, porém, é importante rememorar que inadimplemento e extinção dos contratos são institutos distintos. O primeiro é ato jurídico decorrente do não atendimento, integral ou parcial, de uma obrigação assumida contratualmente, tendo como fato jurídico decorrente a responsabilidade contratual²². Já o segundo é um fato jurídico puro, consequência de outro ato jurídico, como a mora ou a vontade de uma ou mais partes. Necessária, igualmente, a precisão terminológica quanto à expressão “quebra de contrato”, não raro utilizada indistintamente para se referir à quebra de promessa contratual, caracterizada pelo inadimplemento da obrigação, como para representar igualmente a extinção do vínculo contratual. Assim, por uma questão de coerência, adotar-se-á a locução como sinônimo do inadimplemento contratual²³.

No caso da extinção do contrato, cessam as obrigações mútuas originárias entre os contratantes, devendo-se apurar a sua causa a fim de definir se há o surgimento obrigações secundárias ou subsidiárias, como o dever de indenizar ou de restituição de algum bem. Se a extinção é consequência do seu cumprimento ou da ocorrência de um fato cujo efeito seja extintivo²⁴, não haverá, via de regra, repercussões posteriores às partes. Por outro lado, se o término do vínculo decorre da não satisfação do seu objeto para o qual o contrato foi celebrado, surge a

²² Conforme será visto no ponto 2.3.4, não será em todos os casos de rompimento contratual que permanecerá um dever decorrente da frustração da expectativa, pois existem hipóteses legais bem como cláusulas limitativas e extintivas do dever de indenizar.

²³ Adianta-se, entretanto, que este rigor terminológico terá de ser relativizado no capítulo 4, pois o objeto central do estudo – a teoria do *efficient breach* –, traduzido para o português como a “quebra eficiente do contrato”, admite as duas acepções, já que a resilição unilateral, exercida por meio de cláusula autorizativa, não é inadimplemento propriamente, e importará na extinção do contrato, sendo uma das circunstâncias passíveis de aplicação da teoria. Esta mitigação conceitual será identificada no momento próprio, cabendo, até lá, a definição aqui estabelecida.

²⁴ *v.g.*, a morte de um dos contratantes, nas obrigações personalíssimas, ou pela ocorrência de termo ou implementação de condição resolutive.

responsabilidade contratual decorrente, de modo que será necessário analisar tanto a forma quanto a causa de seu encerramento, uma vez que, conforme será analisado no decorrer deste capítulo, a indenização à parte inocente poderá diferir em cada um dos casos. De fato, podendo-se imaginar hipóteses em que o contrato inadimplido seja resolvido pela parte inocente, assim como também é possível que a contraparte rompa o vínculo antes do vencimento de sua obrigação, exercendo a faculdade extintiva disposta em cláusula própria²⁵, ou ainda simplesmente comunicando à contraparte que não irá adimplir o pactuado, poderia parecer inadequado garantir tratamento idêntico a todas estas situações.

Ademais, não é todo inadimplemento de uma obrigação que terá como consequência o término da relação originária, pois pode ser do interesse de ambos os contratantes a manutenção do pacto, com a tolerância do credor quanto ao adimplemento imperfeito, ou correspondente à simples mora. Já o rompimento de um contrato através da resolução facultada em lei está associado ao inadimplemento de uma de suas obrigações²⁶, de modo que seus conceitos são, de fato, distintos, vez que um é ato e outro é fato jurídico, mas são institutos de íntima relação, pois comumente vêm associados um ao outro, sequencialmente.

Portanto, é possível afirmar que (i) o rompimento é uma possível consequência do inadimplemento, mas que (ii) nem todo inadimplemento tem como consequência a extinção do contrato, além de que (iii) há casos em que a extinção da avença não deriva de inadimplemento, mas sim do exercício de faculdade prevista no programa contratual. A partir destas premissas, conclui-se que há circunstâncias em que o rompimento do vínculo possui conexão com o inadimplemento, mas não é regra, cabendo a análise pormenorizada das circunstâncias atinentes a cada caso a fim de verificar especialmente as regras indenizatórias pertinentes.

Feita esta introdução, passa-se ao exame das modalidades de extinção dos contratos sem a satisfação do seu objeto.

²⁵ Contanto que haja cláusula autorizando a resolução unilateral.

²⁶ FARRAJOTA, Joana. *A Resolução do Contrato Sem Fundamento*. Coimbra: Almedina, 2015, p. 30.

2.2.1 Resolução pelo credor da obrigação em decorrência do inadimplemento

A responsabilidade é classificada de acordo com a origem da obrigação inadimplida. Quando há vínculo contratual, decorrente da autonomia privada das partes, à qual se obrigaram voluntariamente e fruto da convergência de vontades²⁷, tem-se a responsabilidade contratual. Caso contrário, a responsabilidade deriva da lei, sendo-lhe atribuída a denominação de extracontratual ou aquiliana²⁸. E tal qual ocorre com a responsabilidade civil, não há que se falar em responsabilidade contratual até que surja o inadimplemento de uma obrigação assumida contratualmente, de modo que, durante o regular cumprimento do pacto, há a mera previsão contratual de perfectibilizá-lo, inexistindo, até então, responsabilidade *strictu sensu* decorrente. Em outras palavras, é somente a partir da violação de um dever, ao qual chamamos de inadimplemento contratual, que surgirá a responsabilidade contratual.

Desde o Direito Romano, sempre foi aceita a ideia de que o efeito desta responsabilidade contratual pela parte inadimplente era o dever de reparação das perdas e danos suportados pela contraparte que teve a expectativa frustrada pelo descumprimento, decorrentes da mora²⁹, conquanto o devedor tivesse obrado com dolo ou culpa, mantendo-se o pacto. Somente a partir do século XIII, com o trabalho dos canonistas³⁰, é que ganhou corpo a ideia de que deveria ser facultado ao credor da obrigação inadimplida o direito à extinção do contrato. Tal decorrência veio a atender um critério de justiça e equidade, uma vez que a parte lesada deveria julgar, à sua conveniência, se a manutenção da avença e a sua prestação tardia seriam ou não do seu interesse. Caso inexistisse esta faculdade, a parte inadimplente poderia efetuar a obrigação intempestivamente, tendo como única consequência eventuais prejuízos que a contraparte teve em decorrência da mora³¹. Neste sentido, o objetivo

²⁷ USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade contratual. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 27.

²⁸ GOMES, Orlando. Obrigações – revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 179.

²⁹ ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford University Press, 1996, p. 790-791; COSTA, *op cit*, p. 1037.

³⁰ AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Comentários ao novo código civil: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 438-442.

³¹ Este exemplo se aplicaria bem na entrega de bem cujo preço já tivesse sido pago pela contraparte, em que não poderia opor o descumprimento para a resolução e restituição da *res*. Em algumas

seria tutelar o direito da parte adimplente, que não poderia ser prejudicado em face do descumprimento alheio, podendo liberar o credor da obrigação do vínculo contratual.

No Brasil, foi adotada normativa no Código Civil de 1916 contemplando o direito da parte credora a encerrar a relação contratual, bem como à indenização pelo inadimplemento³². Com a vigência do Código Civil de 2002, que regulou a matéria no art. 475, a lei passou a prever expressamente, além das hipóteses já elencadas no Código anterior, também a execução coativa do contrato, ainda que tal prática já se verificasse antes de sua vigência³³ tanto por via de ação mandamental como executiva, conquanto preenchesse os requisitos para tanto. Assim, passaram a ser três as faculdades atribuídas ao credor de uma obrigação inadimplida, a saber: acionar o devedor para obter sentença judicial que o obrigue a efetuar a prestação assumida, exigir a indenização correspondente aos danos decorrentes do inadimplemento e, ainda, resolver o contrato³⁴, solução idêntica à adotada no art. 1.453 do *codice civile italiano*³⁵. Não seria razoável supor que todas as opções fossem cumulativas, uma vez que atentaria contra a lógica a parte que pretende resolver o contrato e, simultaneamente, o seu cumprimento, de modo que a lei os trata como alternativos, inexistindo óbice, entretanto, para que sejam postulados sucessivamente pela parte. Seja pela resolução como pela execução, o dispositivo em comento permite a cumulação com o pleito indenizatório em qualquer um dos casos, o qual não será necessariamente acessório, admitindo-se também seu caráter autônomo³⁶. Relevante ressaltar que, ainda que se alegue a existência de

modalidades contratuais, entretanto, ainda seria possível opor alguma resistência, como a exceção do contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*) nos pactos sinalagmáticos de execução diferida, por exemplo.

³² A utilização da expressão “rescisão” no art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil de 1916 mostrou-se equivocada, uma vez que o instituto apropriado seria a “resolução”, conforme a prudente crítica de Pontes de Miranda, que classifica o emprego da expressão como “êrro crasso” in Tratado de Direito Privado, p. 337, o qual foi acompanhado posteriormente por Daniel Ustároz, *op cit*, p. 166. Com a edição do Código Civil de 2002, o legislador corrigiu o erro, passando a adotar a resolução para a hipótese em seu art. 475, cf. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução: de acordo com o novo Código civil. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003, p. 11

³³ COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 81-83.

³⁴ GOMES, Orlando. Obrigações, *op cit*, p. 209.

³⁵ A mesma opção é garantida ao credor da obrigação no direito italiano, pelo art. 1.453 do *codice civile*, conforme ROPPO, Vincenzo, *op cit*, p. 955.

³⁶ ASSIS, Araken de. Resolução do contrato por inadimplemento – 5ª Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 116.

um “princípio de manutenção dos contratos”, a lei não estabeleceu uma ordem preferencial ou subsidiariedade entre as possibilidades atribuídas à parte lesada, de modo que a tentativa – inexitosa – do cumprimento forçado não é condição para o exercício do direito resolutório, como informa Ruy Rosado³⁷.

A este respeito, mister esclarecer que, embora as seguidas alterações introduzidas no CPC, e mesmo o advento do novo diploma processual, possam gerar uma ideia de “preferência” do ordenamento pelo cumprimento forçado em face da resolução, preterindo-a, na verdade tais alterações apenas aparelharam o procedimento de execução coativa, que passou a contar com mais meios coercitivos, sobretudo multas, a fim de compelir o devedor da obrigação ao adimplemento. A escolha entre o pleito cominatório ou extintivo, entretanto, é pré-processual e cabe unicamente ao credor, de acordo com o seu interesse; as referidas alterações legislativas vieram adequar a fase processual, a fim de lhe garantir maior eficácia.

Impende salientar, ainda, que cada modalidade de inadimplemento produz diferentes consequências jurídicas, as quais deverão ainda se amoldar às previsões contratuais, já que enquanto umas determinam a extinção automática do vínculo obrigacional (condição extintiva), outras constituem o devedor em responsabilidade indenizatória e podem conduzir à realização coativa da prestação; há a possibilidade, ainda, de deixarem basicamente inalterado o vínculo obrigacional, sem agravarem a responsabilidade do devedor, podendo até certificar um direito de indenização deste contra o credor, quando for deste a culpa para o descumprimento (*mora creditoris*). Tais nuances revelam a necessidade de apreciação cautelosa das circunstâncias do caso concreto, a fim de verificar as consequências jurídicas correspondentes.

³⁷ O autor sustenta que o direito resolutivo “não é subsidiário da pretensão e da ação de execução da obrigação. Reunidos os requisitos para a resolução, pode o direito extintivo ser exercido como opção do credor, que escolhe entre a execução, por espécie ou pelo equivalente, conforme o caso, ou pelo desfazimento da relação”, reforçando que “é livre o credor para optar entre o pedido de adimplemento e a resolução”. O jurista gaúcho reconhece a existência de sistemas jurídicos em que há inclinação pela preferência à execução, advertindo que o Brasil não é um deles *in* Comentários... *cit*, p. 485-486.

A partir destas premissas, parte-se para a exposição das modalidades de inadimplemento contratual, do modo como se opera a resolução bem como de limitações ao exercício deste direito.

2.2.1.1 Modalidades de inadimplemento contratual

O descumprimento de uma obrigação contratual ocorrerá através da não execução da prestação prevista no instrumento ou da violação à conduta que deixaria de praticar. Por vezes, o cumprimento pode ser complexo, de modo que peculiaridades e gradações poderão ser determinantes para caracterizar o descumprimento, considerando-se inadimplido também o contrato quando deixa de ser efetuada a obrigação pactuada na forma, extensão e qualidade dispostos no instrumento contratual ou razoavelmente esperados. Apesar desta unidade conceitual, a definição, de fato, é ampla, razão pela qual passou-se a subdividir o gênero inadimplemento em demais espécies.

Um dos meios para proceder a esta classificação seria a partir da análise normativa, com a qual seria possível identificar quais as hipóteses de diferenciação previstas para, então, decidir o melhor método de agrupamento. Contudo, as normas de regência sobre o tema, mormente o art. 475 do Código Civil, provavelmente a principal disposição acerca da responsabilidade contratual derivada do inadimplemento, tratam o descumprimento de maneira uniforme, o que poderia sugerir a adoção de uma teoria unitária³⁸, porém, garantindo ao credor da obrigação contratual, à sua escolha e sem necessidade de justificá-la, tanto a resolução do pacto como a execução forçada do mesmo pela via judicial, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. Portanto, a teoria unitária não diz respeito aos efeitos jurídicos, que poderão ser muito diferentes a depender da modalidade de descumprimento³⁹ e a própria possibilidade da satisfação da obrigação, mas sim de uma única previsão legal unificada para a inexecução, que, no Brasil, possui divisão interna à escolha do credor⁴⁰.

³⁸ Tal qual ocorre no *common law* inglês (“breach of contract”) e no *code civil* francês (“inexécution”), segundo ZIMMERMANN, Reinhard. p. 783.

³⁹ COSTA, *op cit*, p. 1033.

⁴⁰ Diverso é o caso da Alemanha, em que o BGB dispõe sobre duas hipóteses de inadimplemento: a impossibilidade superveniente e o atraso no cumprimento, cada qual com regras específicas – sendo

Talvez por isso que alguns autores clássicos, como Agostinho Alvim⁴¹ e Arnaldo Wald⁴², tenham se preocupado mais em conceituar o inadimplemento e apontar suas consequências, limitando-se a estabelecer a distinção entre mora e incumprimento absoluto⁴³. Por outro lado, as manifestações mais recentes da doutrina tendem a proceder à distinção destas modalidades a partir de critérios baseados na causa, efeitos, conteúdo e interesse do credor, tal qual fez Ruy Rosado⁴⁴. Para a adequada compreensão, apresentam-se as definições entre as espécies de descumprimento contratual, distinguindo-se por critérios qualitativos e quantitativos.

A mora nada mais é do que a situação em que a obrigação contratual não foi cumprida “no tempo, lugar e forma devidos”⁴⁵, sendo conceituada por Orlando Gomes como a “impossibilidade transitória”⁴⁶ de cumprimento, mas quando remanesce a possibilidade de adimpli-la, ainda que tardiamente; diz-se, nestes casos, que a mora pode ser purgada. Esta possibilidade de adimplemento intempestivo não é apenas material, uma vez que deve atender a critérios como o interesse e utilidade para o credor da prestação tardia, sendo isto que a distingue do inadimplemento definitivo. Além disso, a mora não pode ser reduzida a mero atraso no cumprimento, pois é necessário verificar a ocorrência de culpa⁴⁷, o que se denota pela redação do art. 396 do Código Civil, segundo o qual “[n]ão havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”. Tal fato já demonstra a

esta intrincada e fragmentada disposição legal alvo de diversas críticas, considerada um dos equívocos do código germânico, cf. ZIMMERMANN, *op cit, ibidem*.

⁴¹ ALVIM, Agostinho, *op cit*, p. 41-51.

⁴² O autor sofisticava sutilmente a linha adotada por Agostinho Alvim, ao propor que o inadimplemento contratual pode ser “simples atraso (mora) ou de inadimplemento parcial ou total” *in* WALD, p. 169.

⁴³ Ainda que se questionasse a pertinência da distinção entre as duas categorias, pelo modo uniforme como a lei tratou a responsabilidade contratual, o exame das peculiaridades de cada modalidade será essencial na verificação das suas consequências, quando será analisada sob o espectro do florescimento do direito resolutorio pelo credor da obrigação inadimplida, tanto quanto pela adoção, no Brasil, de teorias *extra legis* que diferenciam os efeitos decorrentes do inadimplemento contratual, como é o caso do *substantial performance*; tais pontos serão abordados adiante ainda dentro deste capítulo.

⁴⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. Extinção ... *cit*, p. 94-95. De abordagem semelhante é a posição de Arnaldo Rizzardo, que não enumera o critério das categorias, fazendo uma proposição direta de efeitos antagônicos *in* Contratos – 14ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 253.

⁴⁵ AGUIAR JÚNIOR, Extinção..., *op cit*, p. 119.

⁴⁶ GOMES, Obrigações, *op cit*, p. 197.

⁴⁷ ALVIM, *op cit*, p. 23.

importância da aferição da culpa na responsabilidade contratual⁴⁸, já que nos casos em que se verificar excludentes de culpabilidade, como força maior e caso fortuito⁴⁹, não haverá mora. Dentre as típicas hipóteses de mora, a mais corriqueira é seguramente o atraso no pagamento de determinada quantia, em que o credor ainda pode receber o valor que lhe é devido, mesmo que após o vencimento⁵⁰, caso em que poderá ser acrescido dos corolários da mora, dentre os quais há multa, correção monetária e juros. Da mesma forma, em função desta natureza, as obrigações de não-fazer não admitem a mora⁵¹, uma vez que como a obrigação é de abstenção, a prática do ato consuma a contravenção⁵².

Quanto ao inadimplemento definitivo, como o próprio nome sugere, o desatendimento da obrigação no vencimento estipulado acarreta a inutilidade, perda do interesse do credor ou mesmo a impossibilidade material da sua prestação tardia, circunstância que normalmente conduzirá à resolução do contrato, tal qual ocorreria na entrega de bem infungível que, antes do vencimento da obrigação, é furtado. Vê-se, portanto, que o critério de distinção entre mora e incumprimento definitivo é qualitativo⁵³, em face das características atinentes à própria prestação bem como dos efeitos decorrentes, mormente para o credor. Dentro da doutrina brasileira, não aparenta existir unidade doutrinária quanto ao critério eleito para definir a subsistência da prestação, havendo defensores tanto da possibilidade de purgação, *i.e.*, quando permanece exequível a obrigação⁵⁴, do interesse do credor na prestação⁵⁵ ou da utilidade ao credor⁵⁶. Contudo, a lei não fornece resposta exata a esta questão. Além disso, apesar da aparente semelhança entre os conceitos, não

⁴⁸ No direito romano, a *mora debitoris* era baseada na culpa e justificava a perpetuação da obrigação na pessoa do obrigado, denotando seu caráter subjetivo, cf. ZIMMERMANN, *op cit*, p. 786-787.

⁴⁹ 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. 167-169.

⁵⁰ Nas obrigações de pagar, não haveria, em princípio, incumprimento definitivo, apenas na compra e venda a prazo, em que o credor poderia requerer a restituição do bem já entregue e não pago, ou na obrigação de dar, com a restituição do valor pago pela não entrega a tempo do item.

⁵¹ WALD, *op cit*, p. 164-165; e ALVIM, *op cit*, p. 43.

⁵² ALVIM, *op cit*, p. 43.

⁵³ ANTUNES VARELA procede à mesma categorização deste grupo, atribuindo-lhe o nome de “Modalidade do não cumprimento quanto ao efeito”. O outro grupo que classifica é relativo às “Modalidades do não cumprimento quanto à causa”, que se divide entre as imputáveis ao devedor ou ao credor da obrigação *in* Obrigações..., *op cit*, p. 61-62.

⁵⁴ ALVIM, *op cit*, p. 43-44.

⁵⁵ AGUIAR JÚNIOR, Comentários..., *op cit*, p. 565-566.

⁵⁶ WALD, *op cit*, p. 165.

se pode confundi-los. Exemplo disso é o caso em que a prestação, mesmo que tardia, ainda seja útil ao credor, mas este não tem mais interesse que a mesma seja realizada pela parte inadimplente, por perda de fé, diga-se. Ademais, digno de registro o interessante exemplo vindo de Portugal, onde os autores civilistas defendem que a perda do interesse do credor “não se determina de acordo com o seu juízo arbitrário, mas considerando elementos susceptíveis de valoração pelo comum das pessoas”⁵⁷, ao comentar o art. 808º, 1, do Código luso⁵⁸. Todavia, inexistente no Brasil dispositivo semelhante, o que autoriza a utilização do interesse do credor como critério a presidir tal avaliação.

Dentro desta segregação qualitativa, seria possível ainda uma terceira modalidade de descumprimento, chamada de “prestação imperfeita”, a qual ocorre quando há violação do crédito sem incorrer o obrigado em mora ou haver incumprimento definitivo, servindo de exemplo o caso em que um produto é entregue por um fornecedor ao comprador, mas sem a qualidade razoavelmente esperada do mesmo ou até desatendendo às especificações estipuladas. Historicamente, esta categoria também era chamada de “violação positiva do contrato”⁵⁹; posteriormente, com o desenvolvimento da teoria da boa-fé objetiva, passou-se a utilizar a expressão da “violação positiva” não mais relativa à qualidade da prestação, mas sim ao descumprimento dos deveres anexos, acessórios e secundários do contrato⁶⁰.

Além da qualitativa, também é possível uma classificação quantitativa, em que o critério para separar as subcategorias será o da extensão do inadimplemento no universo das obrigações assumidas. Neste caso, dividem-se em (a) inadimplemento absoluto, quando a integralidade da obrigação foi descumprida por

⁵⁷ COSTA, *op cit*, p. 1054. Em sentido idêntico, ANTUNES VARELA, *op cit*, p. 122-123.

⁵⁸ O dispositivo ainda estabelece, com apuro, um critério objetivo para a conversão da mora em inadimplemento absoluto que quando houver dúvida quanto à perda de interesse, através da concessão de um prazo razoavelmente fixado pelo credor à parte em mora para que cumpra a obrigação, de modo que, caso não o faça, “considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação”

⁵⁹ A este respeito, v. FRADERA, Vera Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato in Rev. AJURIS, Porto Alegre, vol. 15, nº 44, 1988, p. 145; e SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁶⁰ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português in O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva (org. Vera Maria Jacob de Fradera). 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 36; AGUIAR JÚNIOR, Extinção..., *op cit*, p. 125-126.

aquele que estava adstrito a prestá-la; (b) adimplemento parcial, hipótese em que apenas uma parte da obrigação assumida foi prestada, remanescendo em aberto outra parcela que falta para haver quitação da prestação; e também o (c), adimplemento defeituoso⁶¹, que se confunde com as características da *prestação imperfeita* explanada supra, e que merece categoria própria também por outros critérios de classificação.

A par destas, embora não seja universalmente reconhecida como modalidade autônoma, existem correntes sustentando a existência do inadimplemento contratual antecipado. A medida se caracteriza pela ciência prévia do credor da obrigação antes mesmo de o devedor incorrer em mora, equiparando-se os seus efeitos ao efetivo descumprimento. A hipótese de ocorrência clássica se dá através da comunicação pela parte de que não irá cumprir a sua obrigação, admitindo-se, também, no caso de comportamento contraditório da mesma, ao não tomar “as medidas preparatórias minimamente necessárias para o pleno adimplemento, indicando de forma inequívoca a ocorrência do eminente descumprimento”⁶². Em função da sua relevância para o tema em estudo, será abordada com maior profundidade no ponto 2.2.2 adiante.

Claro que, ao proceder a qualquer categorização, corre-se o risco das peculiaridades de cada sistema, especialmente no que tange às exceções à regra, não sendo diferente com as modalidades de inadimplemento contratual, que, dada a sua riqueza, admitem exceções conforme a sofisticação e complexidade do caso concreto⁶³. De qualquer modo, a importância de categorizar se revela na medida em que os efeitos jurídicos poderão variar de acordo com a natureza da obrigação não cumprida, associada às circunstâncias verificadas, mormente quanto à existência de culpa do devedor. Assim, vistas as modalidades de inadimplemento, passa-se à abordagem das suas consequências jurídicas.

⁶¹ Segundo Orlando Gomes, neste caso, é suscetível a aplicação analógica da mora, *in* Obrigações, *op cit*, p. 205.

⁶² PERES, Fábio Henrique. Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 39-40.

⁶³ Arnaldo Wald reconhece que o princípio geral quanto ao inadimplemento admite “exceções decorrentes de situações especiais em que se agrava ou atenua o dever jurídico” *in* Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, *cit*, p. 169.

2.2.1.2 Rompimento do vínculo contratual: resolução

Um contrato pode ser considerado extinto a partir do momento em que cessam suas obrigações originárias de modo definitivo. Porém, a fim de apurar adequadamente as consequências deste fato, de onde podem derivar obrigações secundárias extracontratuais, é fundamental verificar como esta extinção ocorreu – incidência de termo ou condição, aplicação de cláusula resolutiva, manifestação prévia de uma das partes, manifestação posterior ao descumprimento de uma delas ou por acordo entre os contratantes; cada qual opera por razões e meios distintos, o que irá refletir nas diferentes implicações que cada modo acarreta.

No caso do inadimplemento por uma das partes, um dos efeitos da responsabilidade contratual decorrente é o direito potestativo do credor da obrigação descumprida resolver o contrato, contido no art. 475 do Código Civil de 2002, que é alternativa ao cumprimento forçado da avença, como se infere de sua clara redação: “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”. Pela leitura do dispositivo, fica claro que o único requisito para a resolução é o efetivo descumprimento, não havendo necessidade de dano decorrente da falta⁶⁴, sendo esta condição apenas para o pleito indenizatório, o qual poderá ser proposto conjuntamente.

Por mais óbvio que seja, é importante salientar que se trata de resolução, e não resilição, rescisão ou revogação, termos que, embora expressem fatos e gerem efeitos distintos, não raro são empregados como se sinônimos fossem⁶⁵. Esta confusão foi, inclusive, verificada na redação do art. 1.092, parágrafo único, do Código de 1916, que faz referência à possibilidade de rescisão pelo credor da obrigação, sofrendo pertinente crítica de Pontes de Miranda⁶⁶, equívoco que foi

⁶⁴ ASSIS, Araken de, *op cit*, p. 144.

⁶⁵ A ausência de uma unidade teórica atinente à extinção dos contratos foi identificada por Orlando Gomes, o que dificulta a assimilação da distinção entre os conceitos e favorece a confusão entre os mesmos, *in* Contratos, *op cit*, p. 169. Sobre a diferença entre os institutos, v. RIZZARDO, *op cit*, p. 193-281; e USTÁRROZ, *op cit*, p. 164-171.

⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, v. XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsói, 1972, p. 337.

corrigido pelo legislador de 2002 ao estabelecer a resolução como possível efeito do inadimplemento contratual.

Não há dúvidas de que, dentre as possibilidades ofertadas ao credor da obrigação, a resolução é a mais violenta, já que importa no rompimento do vínculo originário entre as partes, chegando a ser definida por Vincenzo Roppo como o remédio pelo qual uma das partes “destrói o contrato”⁶⁷. Normalmente, o caminho eleito dependerá do tipo de obrigação que foi descumprida, o que igualmente determinará o proveito ou não da sua execução tardia. No caso de haver impossibilidade parcial de cumprimento, esta apenas “servirá de fundamento para o pedido resolutório se a falta ofender substancialmente o interesse do credor, tenha ou não havido culpa do devedor”⁶⁸. Adotando-se a classificação do inadimplemento quanto aos seus efeitos, no caso de incumprimento definitivo, a consequência lógica é a resolução do pacto, mais ainda se a falha na prestação decorreu de impossibilidade material superveniente, que não lograria êxito mesmo com o interesse ou tolerância da contraparte. Por outro lado, quando ocorrente a *mora*, habitual a subsistência do interesse do credor em ver adimplida a obrigação, ainda que em data posterior à avençada; é o que ocorre no caso do simples pagamento feito fora do prazo por serviço já prestado ou mercadoria já adquirida, quando subsiste o interesse do credor em receber o pagamento, podendo o atraso ser resolvido por perdas e danos, com a cobrança de multa e juros – e honorários advocatícios, quando couber, conforme determinam os arts. 389, 404 e 407 do Código Civil. Daniel Ustárroz sintetiza a questão ao afirmar que existe uma “regra geral pela qual o inadimplemento absoluto dá margem à resolução, enquanto o relativo é satisfeito por perdas e danos”, para completar, depois, que esta “regra” não deve ser interpretada no sentido literal⁶⁹. Isso porque as hipóteses doutrinariamente assumidas para cada tipo de inadimplemento são apenas presunções sobre o proveito tardio da obrigação, de modo que deverão passar necessariamente pela livre escolha do credor da obrigação entre um ou outro

⁶⁷ “La risoluzione è rimedio atto a distruggere il contratto, nell’interesse della parte cui è offerto: questa può disporre del proprio interesse, optando per la non attivazione del rimedio” in *Il Contratto*, *op cit*, p. 955.

⁶⁸ AGUIAR JÚNIOR, *Extinção...*, *op cit*, p. 118.

⁶⁹ USTÁRROZ, *op cit*, p. 172.

caminho, sendo esta opção soberana a qualquer “regra” doutrinariamente criada em face da insuperável literalidade da lei.

Porém, é necessário ressaltar que, a despeito da clareza do dispositivo legal, o qual não aparenta impor qualquer condicionante ao exercício do direito resolutório pela parte lesada, significativa parcela da doutrina entende que o florescimento desta faculdade extintiva não decorre do simples descumprimento da obrigação⁷⁰, uma vez ser necessário “distinguir o inadimplemento propriamente dito da simples mora”⁷¹, já que esta não ensejaria o direito resolutório. Tal interpretação traria consigo o problema inerente à diferenciação entre mora e inadimplemento absoluto, que é reconhecidamente tormentosa para a doutrina⁷².

Em Portugal, por exemplo, o debate está facilitado pela positivação de critérios objetivos segundo os quais a mora transforma-se em inadimplemento absoluto. De acordo com o já referido art. 808º, nº 1, se, em consequência da mora, houver a perda do interesse do credor, considerar-se-á a obrigação como não cumprida⁷³; o dispositivo ainda determina seja oportunizado à parte inadimplente um prazo suplementar para a prestação, o qual, caso descumprido, converteria a mora em inadimplemento absoluto⁷⁴, norma semelhante à adotada na Alemanha no §323(1) do BGB⁷⁵.

⁷⁰ De acordo com Antunes Varela, “A resolução do contrato, quando a obrigação do faltoso se integre num contrato bilateral, não é um efeito da mora. O direito de resolução só nasce (para o credor), quando a mora se converta, por qualquer das vias já apontadas, em não cumprimento definitivo da obrigação” *in* Das Obrigações..., *op cit*, p. 119.

⁷¹ WALD, *op cit*, p. 164.

⁷² Por todos, ALVIM, *op cit*, p. 42. De fato, inexistente unidade doutrinária quanto ao critério eleito para a diferenciação, havendo defensores tanto da possibilidade de purgação, *i.e.*, quando permanece exequível a obrigação (ALVIM, *op cit*, p. 43-44), do interesse do credor na prestação (AGUIAR JÚNIOR, Comentários, *op cit*, p. 565-566; GOMES, Obrigações, *op cit*, p. 202) ou da utilidade ao credor (WALD, *op cit*, p. 165). Judith Martins-Costa defende que “a boa-fé é auxiliar na mensuração da utilidade da prestação para o credor, crivo para autorizar-se a resolução por inadimplemento” *in* A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 677.

⁷³ Conforme já referido alhures, esta perda de interesse, todavia, “não se determina de acordo com o seu juízo arbitrário, mas considerando elementos susceptíveis de valoração pelo comum das pessoas” (COSTA, *op cit*, p. 1054. Em sentido idêntico, ANTUNES VARELA, *op cit*, p. 122-123).

⁷⁴ De acordo com o texto legal, caso não seja prestada no razoável prazo suplementar concedido, “considera-se para todos os efeitos não cumprida a obrigação”.

⁷⁵ A regra passou a constar neste dispositivo a partir da reforma do BGB de 2002; anteriormente, estava prevista no §326(1), cf. LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 353.

No Brasil, por outro lado, não há dispositivo semelhante^{76,77}. Isto não impediu, entretanto, que os defensores deste mesmo entendimento firmem suas posições, tal qual faz Araken de Assis ao defender que a “simples mora” não seria suficiente para florescer o direito resolutivo, devendo haver, para tanto, inutilidade da prestação tardia, hipótese em que o “inadimplemento, de relativo, passa a absoluto”^{78,79}. De fato, não se pode negar a existência de negócios fixos ou com termo essencial em que o “incumprimento da obrigação na época convencionada equipara-se à impossibilidade definitiva”⁸⁰, como ocorreria, exemplificativamente, na entrega por um fabricante de decoração carnavalesca ao varejista na quarta-feira de cinzas⁸¹. Contudo, parece-nos que a posição defendida pelo jurista gaúcho deve ser interpretada com parcimônia⁸², pois desafia a literalidade da lei, em cuja redação não se encontram quaisquer condicionantes ao livre exercício da escolha entre as opções ofertadas ao credor da obrigação. Por certo que seria cabível uma apreciação acerca dos eventuais efeitos indesejáveis ou ineficiência da proposição legal, bem como a exaltação da solução encontrada pelo diploma civil português; ainda assim, inviável a restrição ao alcance do dispositivo, uma vez que, por maior que seja a elasticidade de conceitos atribuídos no processo de subsunção da norma, não é possível lutar contra a literalidade do texto da lei, especialmente neste caso,

⁷⁶ Adverte Ruy Rosado que “a lei brasileira não prevê a concessão judicial de prazo durante o qual o devedor em falta ainda possa efetuar a prestação” *in* Comentários... *op cit*, p. 573. Prossegue o autor: “Não está fora, porém, das alternativas concedidas ao juiz para a justa composição do litígio a possibilidade de ele estabelecer as condições para o cumprimento ainda útil ao credor, se essa conveniência surgir dos autos, com suspensão temporária do processo”, fazendo referência a esta faculdade garantida ao magistrado nos casos de alienação fiduciária em garantia”.

⁷⁷ Os arts. 394, 395 e 396 do Código Civil não chegam a exercer esta função, já que definem a mora tão somente quanto ao inadimplemento do pagamento, enquanto a relação contratual específica está regulada no art. 475.

⁷⁸ ASSIS, Araken de. *op cit*, p. 112-122.

⁷⁹ Posição semelhante adota Ruy Rosado (Comentários... *op cit*, p. 564-569): o autor também entende que “a simples mora não é causa de resolução”, embora reconheça, paradoxalmente, que “ao tratar da resolução, a lei não se refere à mora, apenas ao inadimplemento”, e que “o inadimplemento (que é requisito para a resolução) tem efeito uma vez caracterizada a mora do devedor”. Para solver este imbróglio, sustenta que, para dar azo à resolução, é necessária a ocorrência de mora qualificada, a qual se contrapõe ao conceito de “simples mora”, que é o atraso que continua a satisfazer o interesse do credor. Já Luis Renato Ferreira da Silva fundamenta que a teoria da causa justificaria esta posição, aliada ao princípio da manutenção dos contratos *in* Reciprocidade e contrato..., *op cit*, p. 90-96.

⁸⁰ AGUIAR JÚNIOR, Extinção... *op cit*, p. 118.

⁸¹ O exemplo tradicional, e mais didático, é a entrega do bolo de casamento após a celebração das núpcias. Todavia, em se tratando de um estudo acerca de contratos empresariais, foi necessário alterar o exemplo.

⁸² USTÁRROZ, *op cit*, p. 174.

em que a mora é inequivocamente uma modalidade de inadimplemento⁸³. De fato, a única possibilidade de atribuir esta limitação ao exercício do direito resolutorio da leitura do art. 475 seria a partir da premissa de que a mora contratual não seria inadimplemento, de modo que o problema passaria a ser menos jurídico e mais sintático-semântico.

Ademais, além dos debates atinentes à mora, é importante notar que vem sendo aceito hodiernamente, dentro das hipóteses de adimplemento parcial e defeituoso, a doutrina do adimplemento substancial, oriunda da *substancial performance* da *common law*⁸⁴, segundo a qual o cumprimento próximo da integralidade da obrigação, atendendo-se ao seu fim essencial, mostra-se suficiente para afastar o pesado fardo da mora. Neste sentido, Ruy Rosado sustenta que a impossibilidade parcial “servirá de fundamento para o pedido resolutorio ‘se a falta ofender substancialmente o interesse do credor’, tenha ou não havido culpa do devedor”⁸⁵. A Itália foi precursora na positivação desta norma⁸⁶ ao estabelecer, no art. 1.455⁸⁷ do *codice civile*, a gradação do descumprimento como um critério para determinar a possibilidade ou não de resolver o pacto, vindo a ser seguida posteriormente por outras codificações continentais, como Portugal e Alemanha⁸⁸. No Brasil, embora não haja previsão legal expressa como ocorre no ordenamento italiano⁸⁹, a jurisprudência vem adotando esta teoria⁹⁰, tal qual ocorre na França e

⁸³ Arnaldo Wald informa que a mora, decorrente do “simples atraso no adimplemento da obrigação”, “importa num inadimplemento temporário” in *Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos*, *op cit.*... p. 164.

⁸⁴ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, volume 9, nº 1, nov. 1993, p. 60.

⁸⁵ AGUIAR JÚNIOR, *Extinção...* *cit*, p. 118.

⁸⁶ Segundo Vincenzo Roppo, o pressuposto da resolução é o “inadempimento ingiustificato; inadempimento imputabile”, *i.e.*, só não será cabível a resolução quando ocorrer alguma excludente de responsabilidade ao devedor, como a *mora creditoris*, a *exceptio non adimpleti contractus*, ou a ocorrência de caso fortuito ou força maior. Contudo, prossegue ao defender que nem todo inadimplemento injustificado dá causa à resolução, pois seria necessário averiguar a “importância” do inadimplemento in *Il Contratto*, *op cit*, p. 958-962.

⁸⁷ Preconiza a norma: “Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra”.

⁸⁸ Em Portugal, art. 802, 2, do Código Civil; na Alemanha, §323(5) do BGB.

⁸⁹ Paula Forgioni critica o lapso do legislador brasileiro, ao chamar de “inexplicável” a inexistência de dispositivo análogo em nosso ordenamento in *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2ª edição – São Paulo: RT, 2010 p. 200.

⁹⁰ *V.g.*, v. STJ, REsp 272.739/MG, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, julgado em 01/03/2001, DJ 02/04/2001, p. 299: “Usar do inadimplemento parcial e de importância reduzida na economia do contrato significa ofensa ao princípio do adimplemento substancial, admitido no Direito e

Espanha⁹¹, justificando a sua utilização essencialmente no princípio da boa-fé e na função social dos contratos para fundamentar a utilização da mesma, além da vedação ao abuso de direito e ao enriquecimento sem causa, havendo manifestação judicial de que o instituto serve “para superar os exageros do formalismo exacerbado na execução dos contratos em geral”⁹². Os efeitos da implantação desta teoria são significativos, uma vez que mitigam o direito resolutivo do credor da obrigação.

É inegável que a lei, em sua literalidade, não impõe restrições à escolha do credor da obrigação, de modo que bastaria, em princípio, eleger o remédio que lhe é ofertado de acordo com o interesse subjetivo na prestação ou não da obrigação, sem que as demais circunstâncias possuíssem relevância jurídica, especialmente ao se considerar que as posições que defendem a relativização da liberdade de escolha são, em verdade, construções doutrinárias sem amparo positivo concreto. Contudo, não se pode negligenciar que tais doutrinas vêm recebendo respaldo judicial, revelando a pertinência do seu estudo e conhecimento.

Ocorre que não há, em nosso ordenamento jurídico, dispositivos semelhantes aos presentes nos códigos português, italiano ou alemão, suscitando as dificuldades impostas pela utilização de normas não positivadas e da insegurança jurídica que tal prática acarreta, especialmente aos contratantes, que não podem confiar no que dispõe a lei para orientar a sua conduta. A própria aplicação não traz apenas lampejos de *common law*, mas demanda a alteração do método de interpretação e aplicação do direito⁹³, afastando-se do *rule of law* do sistema romano-germânico. Ademais, é princípio básico que ninguém pode alegar desconhecimento da lei para se escusar do seu descumprimento⁹⁴. Por outro lado, como impor às partes, ou à sociedade de um modo geral, que tenham conhecimento das idiosincrasias jurisprudenciais de dispositivos? Evidente que há casos em que a própria lei deixa margem a interpretações ambíguas, por vezes divergentes entre si, em que seria natural aos interessados que consultassem um advogado para saber como proceder

consagrado pela Convenção de Viena de 1980, que regula o comércio internacional. No Brasil, impõe-se como uma exigência da boa-fé objetiva”.

⁹¹ O mesmo ocorria na Alemanha, até a reforma do BGB em 2002, cf. BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial... *op cit*, p. 67.

⁹² STJ, REsp 1200105/AM, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 27/06/2012.

⁹³ BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial..., *op cit*, p. 63.

⁹⁴ No Brasil, está positivado no art. 3º da LICC.

diante da dúvida. Porém, não parece ser o que ocorre com o art. 475 do Código Civil, em cuja clareza e literalidade não é possível encontrar as restrições à sua aplicação que vêm sendo adotadas jurisprudencialmente, inserindo a questão, ainda que por louvável intenção, dentro de um indesejável espectro de incerteza jurídica.

A operacionalização desta resolução também dependerá do texto contratual, a saber, se existe cláusula resolutiva expressa ou tácita, cujos efeitos variam de acordo com o art. 474 do Código Civil. A cláusula resolutiva expressa, derivada da *lex commissoria* no Direito Romano⁹⁵, é aquela que prevê a resolução do pacto no caso de descumprimento ou de outro fato atinente ao comportamento das partes, mesmo que não esteja diretamente relacionado ao adimplemento das obrigações contratuais. A disposição da lei visa a regular que, caso esteja presente no contrato, seus efeitos operam-se de pleno direito, tornando não apenas desnecessária como inviável a demanda resolutória, por faltar interesse de agir ao demandante⁹⁶. Por outro lado, subsistiria o pleito indenizatório, a ser arbitrado em ação própria, ou a execução⁹⁷, caso as penalidades já tenham sido previstas e quantificadas no instrumento contratual. A solução adotada pelo ordenamento brasileiro distingue-se da sistemática positivada em outras codificações modernas⁹⁸, em que a cláusula resolutiva não se opera automaticamente, sendo considerada uma faculdade da parte adimplente que, para exercê-la, deverá informar à contraparte esta intenção⁹⁹. Nestes casos, a resolução só surte efeitos a partir do recebimento ou ciência do destinatário da notificação.

⁹⁵ No antigo Direito Romano, tal hipótese não era prevista, admitindo-se, apenas, na compra e venda (*lex commissoria*), com a resolução do contrato por falta de pagamento, como informa Caio Mário da Silva Pereira, *op cit*, p. 130-131. A ideia de universalização da cláusula resolutiva veio apenas durante a Idade Média, quando se passou a adotá-la como praxe, conforme ZIMMERMANN, *op cit*, p. 790-791, 801-802; GOMES, Orlando. Contratos, *op cit*, p. 171, 174-175.

⁹⁶ Poder-se-ia cogitar, quando muito, de uma ação de caráter estritamente declaratório.

⁹⁷ A execução, naturalmente, só será possível caso o contrato revista-se dos requisitos para ser considerado título executivo extrajudicial. Caso contrário, remanesceria a possibilidade de ajuizamento de ação ordinária de cobrança.

⁹⁸ É o caso, por exemplo, da Itália, em que o art. 1.453 preconiza que, verificado o fato previsto na cláusula resolutiva, “la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva”.

⁹⁹ A despeito das previsões legais, a solução dada jurisprudencialmente nem sempre segue a letra da lei. É o exemplo da França, onde, embora o art. 1.184 do Código Civil local determine que a resolução se opere judicialmente, há uma tendência doutrinária e jurisprudencial de mitigação deste formalismo no sentido de limitar tal obrigatoriedade; na Itália, situação semelhante, em que, a despeito do art. 1.453 determinar que a resolução se opera pela via judicial, o ordenamento conta com diversas exceções, sendo esta uma tendência nas codificações de *soft law in* FARRAJOTA, *op cit*, p. 32-37.

Diferentemente ocorre, para o exercício do direito resolutivo, caso não haja a cláusula resolutória, presumindo-se a existência de uma “cláusula tácita”¹⁰⁰, o que tornará necessária a propositura de ação judicial declaratória, cuja carga de eficácia sentencial será também constitutiva negativa. No que tange aos ônus probatórios, interessante notar o posicionamento que vem adotando a doutrina – a nosso ver, corretamente – de que nos feitos que versem sobre resolução contratual em função do inadimplemento por uma das partes, “incumbe ao credor (autor) provar a existência da obrigação estabelecida em contrato bilateral, *alegar a sua não-adimplência* e o incumprimento definitivo do credor”, consoante a abalizada doutrina de Ruy Rosado¹⁰¹. Ou seja, bastaria ao suposto credor alegar o descumprimento, sem necessidade de prová-lo. No mesmo sentido é a lição de Rodrigo Leonardo¹⁰², *verbis*:

Na responsabilidade civil delitual, o ônus da prova do autor, em regra, é muito amplo, englobando a prova do ato imputável, do nexo de causalidade, do dano e da culpa; já na responsabilidade civil contratual, o ônus da prova do autor corresponde, normalmente, à demonstração da existência da relação contratual seguida da alegação do inadimplemento.

Assim, ainda que no plano de alegação as possibilidades de defesa sejam irrestritas em face da cognição plena e exauriente, as hipóteses de procedência das mesmas serão circunscritas aos casos comprovação do (1) cumprimento da obrigação, (2) inexistência de obrigação ou contrato e (3) excludente de responsabilidade, inclusive com base na culpa, mas em hipóteses específicas.

Enquanto para o surgimento do direito à reparação por danos a averiguação da culpa é elemento primordial, para fins de resolução do pacto não possui o mesmo protagonismo, embora mantenha relevância. Isso porque, via de regra, não há distinção entre o inadimplemento imputável ao credor ou alheio às suas forças para florescimento do direito à resolução pelo credor desatendido. Entretanto, não haverá legitimidade à parte para resolver o pacto caso tenha sido igualmente responsável

¹⁰⁰ Embora não se possa considerar como uma cláusula, mas sim uma estipulação legal que cinge-se a regular a condição para exercício do direito resolutório previsto no art. 475.

¹⁰¹ *in* Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor, 2ª Ed., Aide, 2004, p. 226.

¹⁰² *in* Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro. Revista de Direito Privado, nº 19. Jul.-set. 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

pelo descumprimento da obrigação alheia (*mora creditoris*), de modo que a imputabilidade pela falta, passível de ser escusada por uma excludente, mostra-se relevante para a gênese do direito resolutivo, o que dependerá das circunstâncias do caso em apreço.

Quanto aos efeitos da resolução, ordinariamente esta possui caráter retroativo, restituindo-se as partes ao *status quo ante* com a ficção jurídica de que o contrato jamais existiu, em relação à obrigação originária. Por outro lado, nas relações de trato sucessivo, os efeitos se darão a partir do momento em que operada, notificada, declarada ou acordada a resolução, portanto, *ex nunc*¹⁰³. Em qualquer um dos casos, a responsabilidade contratual, que dá origem à vinculação secundária ou derivada, permite que a estes efeitos sejam acrescidas as perdas e danos.

2.2.1.3 A limitação pelo adimplemento substancial

O direito resolutório encontra barreira em uma figura importada pela doutrina e jurisprudência: a teoria do adimplemento substancial. Sua origem remonta à doutrina do *substancial performance* do direito inglês, surgida no século XVIII, a partir da relativização, pelas cortes de *equity*, do formalismo estrito no que tange à dicotomia entre cumprimento e descumprimento contratual¹⁰⁴. Sinteticamente, é aquele cumprimento tão próximo do resultado almejado que é retirada do credor da obrigação a possibilidade de resolver o contrato¹⁰⁵, por ser medida desproporcional se comparada à extensão da falta. Tendo a teoria do adimplemento substancial o objetivo de evitar a resolução, nada impede que o credor, por outro lado, enjeite o cumprimento do modo como está, e intente medida para que o devedor preste a obrigação faltante, ou corrija aquilo que fora efetuado de modo imperfeito, através da hipótese de execução coativa também prevista no art. 475 do Código Civil.

¹⁰³ RIZZARDO, *op cit*, p. 265. O mesmo entendimento é adotado em Portugal, conforme FARRAJOTA, *op cit*, p. 44.

¹⁰⁴ BECKER, Anelise, *idem*, p. 60.

¹⁰⁵ COUTO E SILVA, O princípio da boa-fé..., *op cit*, p. 42.

Até a internalização da Convenção de Viena, que passou a exigir uma “violação essencial do contrato” para autorizar a resolução, inexistia previsão expressamente positivada no ordenamento brasileiro para a aplicação desta doutrina¹⁰⁶, diferentemente de outros países de tradição continental¹⁰⁷. Porém, tal fato não impediu a sua aplicação¹⁰⁸ – e segue não impedindo para contratos fora do espectro de incidência da CISG – o que é feito por via reflexa, através de uma interpretação sistemática do ordenamento, residindo seu fundamento no cotejo entre a boa-fé e uma forma de prevenção ao enriquecimento ilícito¹⁰⁹. Um traço relevante é que a sua adoção desafia a natureza do inadimplemento, em regra, absoluto¹¹⁰, uma vez que o art. 475 não estabelece, *prima facie*, a gradação do descumprimento contratual como uma condicionante à determinada consequência, não sendo desarrazoado deduzir da literalidade da lei o caráter dicotômico entre cumprimento e descumprimento, sendo que este, em qualquer medida, autorizaria a resolução¹¹¹.

De qualquer modo, é cada vez mais corrente sua presença em julgados, os quais têm necessidade de superar esta aparente barreira legislativa para justificar sua aplicação. É o que ocorreu no julgamento do Recurso Especial nº 1.051.270/RS pelo Superior Tribunal de Justiça, que versava sobre um caso de *leasing* em que o adquirente havia adimplido com 31 das 36 parcelas contratadas, importando em pagamento superior a 86% do total. No acórdão, restou consignado que o art. 475 do Código Civil deveria ser interpretado de acordo com as cláusulas gerais previstas no *codex*, mormente a boa-fé objetiva e a função social dos contratos, de modo que, a partir deste raciocínio, a doutrina do adimplemento substancial “visa a impedir o uso desequilibrado do direito de resolução por parte do credor, preterindo desfazimentos desnecessários em prol da preservação da avença”. Assim, foi

¹⁰⁶ BECKER, Anelise, *idem*, p. 60.

¹⁰⁷ É o caso, por exemplo, do art. 802, 2, do Código Civil português e do art. 1.455 do *codice civile* italiano, em que ambos dispositivos fazem menção à “escassa importância” do inadimplemento.

¹⁰⁸ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 8, nº 32, out. 2007, p. 18.

¹⁰⁹ Por haver uma gradação do inadimplemento, seria possível que se suscitasse aplicação analógica do parágrafo único do art. 944 do Código Civil. A norma, entretanto, trata unicamente da redução da indenização em função da gradação da culpa, sendo que o objetivo precípua da teoria é vedar a resolução, de modo que inaplicável à espécie o dispositivo.

¹¹⁰ ASSIS, Araken de. *op cit*, p. 129.

¹¹¹ O entendimento se perfilha à lição de Clóvis do Couto e Silva, para quem a *substancial performance* “colide com a regra de que, não cumprido inteiramente o contrato, pode o credor exigir o adimplemento, ou resolver o contrato, pedindo perdas e danos” *in* O princípio da boa-fé... *cit*, p. 42.

mantida pela Corte Superior a decisão originária do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹¹² que não concedeu o pleito de reintegração do bem pela entidade arrendadora, ao entender se tratar de medida impositiva de lesão desproporcional.

A questão, daí, esbarra em outro problema identificado por Anelise Becker, de que “não existe fórmula fixa para determinar o que seja adimplemento substancial de um contrato”¹¹³, cabendo ao magistrado a difícil missão de mensurar no caso concreto a extensão e importância do inadimplemento¹¹⁴, o que deixa os contratantes órfãos de qualquer baliza legal a lhes conferir uma previsibilidade quanto ao resultado de eventual julgado, fato que poderá ser determinante para a decisão de ingressar ou não em juízo ou ainda da posição que se adotará em negociação com a contraparte.

Importante ressaltar que o reconhecimento da sua ocorrência tem o condão de restringir o direito resolutório do credor da obrigação, mas não exime o devedor de pagamento da indenização correspondente pela parcela não satisfeita. Isso porque, sendo o caso de um contrato bilateral e sinalagmático, presume-se que o devedor da obrigação recebeu a integralidade de sua contraprestação, de modo que o eximir de qualquer responsabilidade sem que tenha cumprido a obrigação conforme pactuado importaria em enriquecimento ilícito do devedor – o que é notoriamente vedado pelo ordenamento. Ademais, pelas características da doutrina, é possível afirmar que as hipóteses possíveis de enquadramento no adimplemento substancial seriam aquelas atinentes ao adimplemento imperfeito, insatisfatório¹¹⁵ ou incompleto, considerando-se que em qualquer um dos casos a parcela inadimplida tenha sido ínfima se comparada ao que tenha sido cumprido. Neste sentido, a contribuição de Ruy Rosado é de que “a prestação imperfeita, mas que significou o

¹¹² TJRS, AC nº 70006790851, 14ª Câmara Cível, Relator: Sejalmo Sebastião de Paula Nery, 15/03/2007.

¹¹³ BECKER, Anelise. *idem*, p. 63; problema igualmente identificado por SCHREIBER, *op cit*, p. 19.

¹¹⁴ Como ocorreu no acórdão Recurso Especial nº 1.051.270/RS do Superior Tribunal de Justiça já referido supra, em que constou assim: “Apenas se afirma que o meio de realização do crédito por que optou a instituição financeira não se mostra consentâneo com a extensão do inadimplemento e, de resto, com os ventos do Código Civil de 2002”.

¹¹⁵ ASSIS, Araken de. *op cit*, p. 131.

adimplemento substancial da obrigação, autoriza o pedido de indenização¹¹⁶, o qual endossou a posição defendida anteriormente por Clóvis do Couto e Silva¹¹⁷.

2.2.2 Inadimplemento Antecipado

Dentro do direito contratual, o vencimento de uma obrigação é elemento essencial, sendo o momento a partir do qual poderá se tornar exigível a prestação e, caso a mesma não tenha sido efetuada, ocorrerá a consolidação da inadimplência. Esta visão clássica veio a ser desafiada pela *anticipatory breach theory*, que consiste na possibilidade de se considerar um inadimplemento ficto pelo devedor ainda antes do seu vencimento, conhecido por manifestação expressa neste sentido ou mesmo por suas atitudes, que indicam de modo inequívoco ao credor da obrigação futura, ainda antes do seu vencimento, que a mesma não será adimplida. Tal figura se amoldaria à concepção de Clóvis do Couto e Silva acerca da relação obrigacional como um processo constante, de fases subsequentes¹¹⁸.

A condição para a sua ocorrência é que, naturalmente, a prestação ainda não esteja vencida¹¹⁹, e que seja exigível em data futura não próxima, de modo que só será possível nos contratos bilaterais¹²⁰, de execução diferida ou de trato sucessivo com termo¹²¹.

A manifestação expressa do futuro devedor remonta ao instituto da *repudiation* do direito inglês, razão pela qual estariam excluídas, portanto, a dificuldade de cumprimento e a impossibilidade temporária¹²². A sua definição é elaborada com precisão por Joana Farrajota, *verbis*:

¹¹⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Comentários... *op cit*, p. 575.

¹¹⁷ COUTO E SILVA, Clóvis do. O princípio da boa-fé... *op cit*, p. 42.

¹¹⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo, *op cit*. Adotando a mesma fundamentação, SCHREIBER, *op cit*, p. 12-14.

¹¹⁹ BECKER, Anelise. Inadimplemento Antecipado do Contrato, *op cit*, p. 72; e FARRAJOTA, *op cit*, p. 75.

¹²⁰ FARRAJOTA, *op cit*, p. 74.

¹²¹ Nos contratos de trato sucessivo com prazo indeterminado não se aplicaria a quebra antecipada, na medida em que é inerente a este tipo de pacto a denúncia por qualquer uma das partes a qualquer tempo, cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições.... *op cit*, p. 128.

¹²² AGUIAR JÚNIOR, Extinção... *op cit*, p. 127.

O termo «*repudiation*» (ou «*renunciation*») é usado nas ordens jurídicas inglesa e norte-americana para designar as situações em que uma das partes contratantes, seja pelas suas declarações, seja pela sua conduta, indicia que não cumprirá a respectiva obrigação. Acrescente-se ainda que, muito embora em sentido estrito, a *repudiation* dependa da existência de uma intenção de não cumprir, na prática a verificação desta intenção tende a ser irrelevante para a qualificação de uma actuação como *repudiation*.¹²³

Não é a toa que o *leading case* desta matéria deu-se nas cortes de *common law* britânicas, no paradigmático *Hoechster versus De la Tour*¹²⁴. Neste feito, Hoechster celebrou contrato de trabalho com a empresa demandada para iniciar o labor em data futura. Entretanto, antes da data para início, a empresa desistiu da contratação, comunicando à Hoechster. Esta, então, ajuizou demanda indenizatória em face da contraparte, alegando que a manifestação de que não cumpriria o pactuado consistia propriamente em um inadimplemento. A defesa do réu baseou-se na tese de que a manifestação de *repudiation* era uma proposta para extinção do contrato, e que, caso aceita, geraria efeitos imediatos, liberando os contratantes do vínculo e eximindo-os de qualquer responsabilidade indenizatória, mas que, caso não houvesse acerto neste sentido, se deveria aguardar até a data do vencimento para consolidar o inadimplemento, permanecendo o futuro credor pronto para que o pacto fosse adimplido até o vencimento, entendendo que não seria possível abrir-lhe a via indenizatória antes do termo para cumprimento. Todavia, o Tribunal deu ganho de causa ao autor, por entender que “não aparenta existir razão para impor à outra parte que aguarde até o dia do vencimento para buscar o remédio judicial”¹²⁵. Este, inclusive, é o fundamento utilizado até hoje para justificar a quebra antecipada do contrato, em que se distingue a *actual breach* – aquela em que já ocorreu o inadimplemento após o vencimento da obrigação – da *immediate breach*.

Joana Farrajota ainda demonstra o raciocínio econômico por trás do entendimento da Corte inglesa, uma vez que seria ineficiente a todas as partes que se aguardasse até a data do vencimento, pois, caso efetivamente o autor tivesse de aguardar até esta data, teria de se preparar para cumprir o contrato, incorrendo em gastos que teriam de ser ressarcidos no pleito indenizatório posterior, enquanto

¹²³ FARRAJOTA, *op cit*, p. 62.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 69-72.

¹²⁵ Tradução do livre do original: “there seems no reason for requiring that other to wait till the day arrives before seeking his remedy by action”.

poderia, caso liberado antecipadamente, procurar outro emprego, de modo que, ao se admitir a resolução antecipada do vínculo, “os custos decorrentes da cessação do contrato em análise e, bem assim, o montante da indemnização devida pelo réu, seriam minimizados”¹²⁶. Assim, seu surgimento segue a doutrina do *loss mitigation*¹²⁷, princípio de que as partes devem envidar esforços para, seja no caso de adimplemento como na sua impossibilidade, reduzir ao máximo eventuais prejuízos e custos desnecessários – e que muito se aproxima do conceito de eficiência que será abordado no capítulo 3. É justamente esta ideia de evitar prejuízos previsíveis que fundamenta a sua aplicação, pois permite à parte credora da obrigação – a quem o direito, ordinariamente, visa tutelar nesta relação – a mitigação dos óbices para a desvinculação do pacto, garantindo rapidamente a retomada de sua liberdade negocial e de empenhar recursos e esforços na consecução dos seus objetivos – o que igualmente reduziria os prejuízos monetários que inexoravelmente teria de suportar ao longo do tempo. Pertinente, neste sentido, rememorar a habitual lucidez de Daniel Ustárroz, para quem a doutrina do rompimento antecipado ganha ainda mais relevo hodiernamente, *verbis*:

*Nos dias atuais, em que a velocidade das transações comerciais é imperiosa para a segurança das relações sociais, de todo conveniente que, uma vez evidenciada a impossibilidade da prestação, as partes sejam liberadas do pacto e possam buscar a satisfação por outro relacionamento.*¹²⁸

Natural que, por quebrar paradigmas clássicos de matéria contratual, a teoria tenha encontrado resistência¹²⁹, mas superou-as, vindo a se consolidar no direito inglês e também no estadunidense, além de ser incorporada em algumas codificações continentais e de *soft law*¹³⁰, já que, efetivamente, não haveria

¹²⁶ *Ibidem*, p. 71.

¹²⁷ SNYDER, William F. Contracts: Duty to Mitigate Damages upon Anticipatory Breach of Forward Contract of Sale. Michigan Law Review. Vol. 47, No. 4, Fev., 1949, p. 538-547; MARTINS-COSTA, A Boa-Fé no Direito Privado, *op cit*, p. 544-566, ressaltando este dever como corolário da boa-fé; BECKER, Anelise. Inadimplemento... *op cit*, p. 74. Este princípio também é adotado para os danos decorrentes de qualquer quebra contratual na Alemanha, de acordo com o §254 do BGB cf. SCALISE JR., *op cit*, p. 745-747, para quem "the existence of a duty to mitigate imposed upon the nonbreaching party insures the breaching one that compensable damages will not significantly escalate above the damage calculation at the time of the breach".

¹²⁸ USTÁRROZ, *op cit*, p. 181.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 71-72.

¹³⁰ É o caso do *Codice civile* italiano e do Código espanhol, bem como da Convenção de Viena (CISG) e a Common European Sales Law (CESL), os quais serão abordados no ponto 2.2.2.3.

justificativa plausível para a manutenção de um contrato quando já houve a perda da confiança quanto ao cumprimento do pacto, inexistindo interesse social para a manutenção do vínculo que se encontra incontestavelmente maculado¹³¹. No Brasil, o tema foi brevemente tratado por Clóvis do Couto e Silva, ao sinalizar a recepção pelo direito alemão da *anticipated breach*, aduzindo que esta teoria fora denominada como “quebra positiva do contrato”^{132,133}. Ruy Rosado, por sua vez, divide a violação positiva em duas modalidades, quais sejam, o descumprimento dos deveres secundários – também chamados de deveres laterais e acessórios – oriundos da boa-fé, e a quebra antecipada do contrato¹³⁴, sendo, em verdade, apenas esta que encampou a doutrina do *repudiation* –justamente a ora abordada, que, de acordo com as modalidades já referidas, poderá ocorrer de maneira explícita ou tácita, de acordo com a forma como o inadimplente ficto manifesta o futuro descumprimento da obrigação.

Em função de suas características, especialmente o elemento volitivo de não cumprir o contrato e possivelmente se desvincular do liame que une os contratantes, pode-se afirmar que esta modalidade poderia ser utilizada para a aplicação da teoria da quebra eficiente do contrato, como será demonstrado no capítulo 4 adiante.

2.2.2.1 Explícita

Nesta modalidade, adviria da manifestação “inequívoca e definitiva”¹³⁵ de uma das partes de que não irá cumprir a avença¹³⁶, demonstrando o elemento volitivo na

¹³¹ AGUIAR JÚNIOR, Extinção... *op cit*, p. 128.

¹³² COUTO E SILVA, O princípio da boa-fé... *op cit*, p. 36. Acompanhando este entendimento, FRADERA, A quebra positiva do contrato, *op cit*, p. 146-147.

¹³³ O tema foi tratado com maior profundidade por Anelise Becker, em artigo publicado na Revista de Direito do Consumidor onde comenta acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que houve a aplicação da teoria do inadimplemento antecipado em julgamento de 1983, da Apelação Cível nº 582000378 *in* BECKER, Anelise. Inadimplemento... *op cit*, p. 68-78.

¹³⁴ AGUIAR JÚNIOR, Extinção... *op cit*, p. 125-126. Embora não justifique o fundamento, Araken de Assis também demonstra sua preferência terminológica por esta expressão, ao comentar, sobre o referido instituto, que “se designa como quebra positiva do contrato ou, quiçá mais propriamente, como inadimplemento antecipado” *in* Resolução... *op cit*, p. 105.

¹³⁵ FARRAJOTA, *op cit*, p. 73.

¹³⁶ Ruy Rosado informa que não se tem aceitado que esta manifestação decorra de interpelação da contraparte, pois “seria uma maneira de obter o vencimento antecipado” devendo partir espontaneamente do inadimplente ficto para que seja válida e surta efeitos. O eminente civilista, entretanto, considera que tal posição deve ser vista com reserva, já que não haveria mal algum uma parte precaver eventuais perdas demonstrando interesse nas informações sobre o cumprimento do

manifestação. Caso se considerasse a inviabilidade de prestação futura, aferida desde já pelo devedor e manifestada ao credor, não seria o caso de inadimplemento antecipado, mas sim de impossibilidade superveniente, resolvendo-se o contrato e apurando-se eventual culpa do credor a fim de verificar a existência do dever de indenizar. Da mesma forma, também não ocorre a quebra antecipada quando uma das partes propõe a alteração dos termos contratuais¹³⁷, uma vez que, de tal comportamento, se denota justamente a intenção de cumprir a obrigação, ainda que não da forma originalmente estabelecida, não se adequando ao espírito da quebra antecipada. A declaração, portanto, tem que se dar “em condições tais que exprimam uma absoluta e inequívoca intenção de repúdio ao contrato, de forma séria e definitiva”¹³⁸. Não é por outra razão que Franco Carresi enumerou a declaração antecipada de inadimplemento entre as circunstâncias que devem ser equiparadas ao inadimplemento¹³⁹, produzindo os mesmos efeitos.

Entretanto, a *anticipatory breach* não consiste em um direito ao rompimento do vínculo pela parte que pretende descumprir-lo, mas no mero reconhecimento de um inadimplemento antecipado ou ficto. Assim, diante da manifestação inequívoca da parte de que não irá cumprir o contrato, as cortes entenderam que tal recusa antecipada deveria ser interpretada como uma proposta de distrato¹⁴⁰. Tal abordagem foi a forma adotada de não onerar demasiadamente a parte teoricamente adimplente, que só poderia se desligar do contrato, sob uma perspectiva conservadora, a partir do inadimplemento após o vencimento da obrigação.

Nestas circunstâncias, diante da manifestação da parte de que não irá honrar o compromisso, cabe ao credor, então, aceitar ou rejeitar o repúdio. Caso aceite, seria mais lógico às partes que o rompimento se desse através de negociação direta entre elas, em vez de submeter a questão ao arbitramento judicial, como sustentado

contrato, especialmente nas hipóteses em que há indícios de que o mesmo não será cumprido *in* Extinção... *op cit*, p. 129.

¹³⁷ FARRAJOTA, *op cit*, p. 73.

¹³⁸ AGUIAR JÚNIOR, Extinção... *op cit*, p. 128.

¹³⁹ CARRESI, Franco. *Il Contratto*. v. XXI, t. 2, Giuffrè: Milano, p. 900-901.

¹⁴⁰ FARRAJOTA, *op cit*, p. 69.

por Steven Shavell através de argumentos jurídico-econômicos¹⁴¹. O acerto negocial para extinção do contrato seria benéfico não apenas pela redução de custos, mas essencialmente pela eliminação das incertezas decorrentes da situação, estando as partes sujeitas a comportamento potencialmente prejudicial da contraparte, como o ajuizamento de processos judiciais, o que acarretaria ainda maior demora. Tal hipótese, de modo geral, não é interessante para nenhuma das partes, especialmente para aquela que propôs o fim do contrato. Caso acertem amigavelmente, será o caso, portanto, de distrato¹⁴², e não de resolução.

Dentre os comportamentos possíveis ao credor da obrigação futura, prudente o alerta feito por Anelise Becker, de que o credor poderia manter-se inerte diante de um anúncio da intenção de não cumprir o contrato, dando a notícia por ineficaz, e aguardar até o termo, quando se configuraria, inequivocamente, o inadimplemento; entretanto, caso tivesse ciência de que a contraparte descumpriria a obrigação, não seria possível cumprir com a sua parte para que, vencido o prazo e caracterizado o efetivo descumprimento, pudesse cobrar a integralidade da indenização, vez que tal hipótese importaria em abuso de direito¹⁴³.

2.2.2.2 Implícita

Pode ser interessante à parte, em vez de comunicar o inadimplemento futuro, simplesmente não cumprir sem nada dizer. Em função disso, considerou-se a possibilidade de o credor da obrigação não vencida, verificando o comportamento desidioso do devedor, presumir que a promessa não será honrada. Tal suposição se infere a partir da ausência de realização de medidas preparatórias, bem como de desídia ou negligência com aspectos que seriam relevantes para o cumprimento da

¹⁴¹ “The parties should want to maximize joint value essentially because, if a proposed remedy does not lead to the highest joint value, both parties can be made better off by agreeing to another remedy, generally after making a suitable price adjustment. If, for instance, they were contemplating specific performance but that remedy would lead to lower joint value than a damage measure, both the seller and the buyer can be made better off by changing from specific performance to the damage measure, after lowering the price to compensate the buyer if the buyer is made worse off because no longer guaranteed performance.”, embora reconheça o autor que dependerá do caso, pois “Of course, in such circumstances, sellers might also negotiate for their release, but that would involve bargaining costs and might not result in an agreement” *in* Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis in Texas Law Review, vol. 84, nº 4, 2006, p. 832-833.

¹⁴² RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade, vol. III. São Paulo: Max Limonad editor, (Ano não referido na edição) p. 99-100.

¹⁴³ BECKER, Anelise. Inadimplemento... *op cit*, p. 73-74.

obrigação, colocando-se, portanto, em posição de que não poderá cumpri-la. Neste caso, tal qual na manifestação expressa de vontade, é possível que tal medida seja intencional (exemplo: venda do estoque antes da data da entrega da safra), mas não necessariamente, já que também ocorrerá em situações de culpa (exemplo: ausência de cuidados com o objeto, levando ao seu perecimento).

Entretanto, tais características trazem consigo os riscos da subjetividade interpretativa, pois não basta a opinião pessoal do credor. Para que se possa considerar efetivamente a ocorrência do inadimplemento antecipado, deve haver um grau considerável de certeza, acima de dúvidas, que não pode causar questionamentos a um observador imparcial, como seria o caso do juiz, caso se submetesse a questão à sua apreciação. De qualquer modo, deverá haver uma interpretação subjetiva, mas a condição para sua verificação é de que seja efetivamente objetiva, até porque não seria prudente às partes que fossem tomadas pela emoção para emitir suas opiniões quanto ao rompimento antecipado ou não, uma vez que a submissão desnecessária da questão a juízo traria não apenas custos, mas inegavelmente prejudicaria a relação entre as partes.

2.2.2.3 Posituação e aplicação no Brasil

A consequência prática da teoria da *anticipatory breach* é presumir o inadimplemento ficto de uma obrigação, em tese ainda não vencida, possibilitando ao credor da obrigação que será futuramente descumprida tomar as medidas legais cabíveis na defesa de seus interesses, reduzindo prejuízos que teria caso fosse aguardar o efetivo vencimento da prestação.

Ainda que tenha origem nas cortes de *common law*, há legislações continentais que preveem a aplicação da violação antecipada do contrato, ainda que com algumas restrições, como ocorre na codificação civil italiana¹⁴⁴ e espanhola¹⁴⁵,

¹⁴⁴ O art. 1.219 do Codice Civile fala especificamente da constituição em mora, e não necessariamente de direito resolutivo: "1. Il debitore è costituito in mora mediante intimazione o richiesta fatta per iscritto. 2. Non è necessaria la costituzione in mora: 2) quando il debitore ha dichiarato per iscritto di non volere eseguire l' obbligazione;"

¹⁴⁵ Art. 1.503: Si el vendedor tuviere fundado motivo para temer la pérdida de la cosa inmueble vendida y el precio, podrá promover inmediatamente la resolución de la venta.

tendência também verificada em normativas de *soft law*, caso da CESL¹⁴⁶. No caso do Brasil, até aderir à Convenção de Viena sobre contratos internacionais (CISG), inexistia disposição específica sobre a quebra antecipada do contrato, circunstância que se alterou a partir da internalização da norma internacional¹⁴⁷, em 2014. Porém, mesmo antes da vigência do texto normativo, já se defendia a aplicação da teoria, v.g. no enunciado nº 437 da V Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, em 2012, o qual, fazendo referência ao art. 475 do Código Civil, expressa que "[a] resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do inadimplemento antecipado". A despeito de inexistir regra específica então, o ordenamento também não proíbe o seu aproveitamento, como sustentava Daniel Ustárroz, para quem, "se houver sérios indícios objetivos, no sentido de que o contrato será descumprido por uma parte, não há razão para mantê-lo"¹⁴⁸. Da mesma forma ponderou Luis de Andrade¹⁴⁹, que, em aprofundado artigo sobre o tema, enfrentou e afastou potenciais óbices tanto de ordem processual¹⁵⁰ como material^{151,152} invocados pela doutrina para barrar sua aplicação, concluindo pela possibilidade de aproveitamento da quebra antecipada no Brasil. Assim, mesmo que se entendesse que os efeitos da CISG pudessem ser irradiados somente em

¹⁴⁶ Common European Sales Law, art. 116: O comprador pode resolver o contrato antes do prazo de cumprimento se o vendedor tiver declarado, ou resultar manifesto por outro modo, que haverá incumprimento da obrigação e se o incumprimento for de natureza tal que justifique a resolução.

¹⁴⁷ Art. 72: (1) Se, antes da data do cumprimento do contrato, for manifesto que uma parte cometerá uma violação fundamental do contrato, a outra parte pode declarar a resolução deste. (2) Se dispuser do tempo necessário, a parte que pretender declarar a resolução do contrato deve notificar a outra parte, em condições razoáveis, para permitir a esta dar garantias suficientes da boa execução das suas obrigações. (3) As disposições do parágrafo anterior não se aplicam se a outra parte declarou que não executaria as suas obrigações.

¹⁴⁸ USTÁRROZ, *op cit*, p. 180.

¹⁴⁹ ANDRADE, Luis Tomás Alves de. O Inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 14, nº 56, out.-dez. 2011, p. 160-165.

¹⁵⁰ Luis Tomás Alves de Andrade (*Ibidem*, p. 160-161) refere, equivocadamente, que Araken de Assis (Resolução... *op cit*, p. 104-107) invocaria os arts. 580 e 618, III, do CPC como barreiras à aplicação da teoria do adimplemento antecipado. A ponderação do autor gaúcho, entretanto, cinge-se a inviabilidade da "demanda de cumprimento". De qualquer modo, Andrade sustenta que, em se tratando a quebra antecipada de um instituto de direito material, não seriam os dispositivos instrumentais - que deveriam acompanhar a evolução do direito civil moderno - a inviabilizar a sua aplicação. Ademais, cabe observar que tais normas se referem apenas à ação executiva.

¹⁵¹ Os dispositivos seriam os arts. 333 e 939 do Código Civil. O autor, entretanto, argumenta que, ainda que as hipóteses do art. 333 sejam taxativas, sendo o objetivo da norma justamente proteger o credor, obstaculizar a aplicação da *anticipatory breach* iria de encontro à própria *mens legis*, ao passo que o art. 939 trataria de hipótese distinta da quebra antecipada *in ibidem*, p. 163-165

¹⁵² De se notar que em um dos pioneiros estudos sobre o tema no Brasil, Vera Fradera identifica dificuldade para a aplicação da "quebra positiva do contrato" à época, em função da inexistência, então, de cláusula gerais como o §242 do BGB, acerca da boa-fé. Entretanto, a autora conclui que a partir da adoção do Código Civil de 2002, as possibilidades de aplicação serão maiores, face à inserção de norma que tal no art. 422 *in A* quebra positiva do contrato, *op cit*, p. 150-151.

contratos internacionais, a doutrina tratou de justificar a aplicação da teoria do inadimplemento antecipado sem condicionantes à espécie contratual.

De fato, é possível verificar casos na jurisprudência brasileira em que foi utilizada teoria da *anticipatory breach*. Além do julgado abordado por Anelise Becker em seu estudo sobre o tema, oriundo do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul¹⁵³ em 1983, há precedente paradigmático do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial nº 309.626, de relatoria do Min. Ruy Rosado, assim ementado:

PROMESSA DE COMPRA E VENDA. Resolução. Quebra antecipada do contrato.

- Evidenciado que a construtora não cumprirá o contrato, o promissário comprador pode pedir a extinção da avença e a devolução das importâncias que pagou.

*- Recurso não conhecido.*¹⁵⁴

É justamente nos casos de confissão de atraso na entrega de imóveis em construção que se vê com frequência a sua incidência nos repositórios jurisprudenciais, sendo possível verificar diversas ocorrências em que Tribunais de Justiça estaduais solveram as lides com base na teoria do inadimplemento antecipado¹⁵⁵, reconhecendo a sua aplicação. Apesar disso, deve-se salientar que a adoção desta teoria não é uma realidade incontestável na *praxis* forense brasileira, sendo possível encontrar exemplos de julgados recentes em que não se reconheceu o inadimplemento antecipado, mesmo quando confessado pelo devedor da obrigação¹⁵⁶ - o que se pode creditar, ao menos em parte, à inexistência de previsão legal expressa, dificultando a aceitação e difusão da teoria.

¹⁵³ TJRS, AC nº 582000378, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Athos Gusmão Carneiro, j. 8/2/1983.

¹⁵⁴ STJ, REsp 309.626/RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, 4ª Turma, DJ 20/08/2001, p. 479.

¹⁵⁵ V.g., TJSP, AC 0110649-33.2003.8.26.0000, rel. Des. Piva Rodrigues, 9ª Câmara de Direito Privado, j. 09/03/2010; TJDF, AC 0001518-85.2002.807.00001, rel. Des. Hermenegildo Gonçalves, 1ª Turma Cível, j. 13/05/2002; TJRJ, AC 0117017-71.2008.8.19.0002, rel. Des. Célia Maria Vidal Meliga Pessoa, 18ª Câmara Cível, j. 07/01/2011; TJSC, AC 2011.056969-4, rel. Des. Jorge Luis Costa Beber, 4ª Câmara de Direito Civil Julgado, j. 07/08/2013.

¹⁵⁶ É o que ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde a 19ª Câmara Cível, quando do julgamento da AC nº 70057245961, (rel. Des. Mylene Maria Michel, 08/05/2014), entendeu que, apesar de correspondência da construtora aos promitentes compradores anunciado o atraso da entrega de imóvel em um ano (superior, portanto, aos 180 dias usualmente tolerados), "não há como reconhecer o inadimplemento contratual, antecipadamente", já que à época do ajuizamento da ação, ainda não havia escoado o prazo de tolerância, considerando-se os autores carecedores de ação.

De qualquer modo, a partir da sua adoção, exsurge um novo debate no tocante ao efetivo alcance prático da medida: seria a presunção equivalente *in totum* ao inadimplemento, possibilitando a adoção de todas as medidas cabíveis a uma obrigação vencida e descumprida? Em todos os julgados referidos em que adotada a tese, tratava-se de pleito resolutório intentado pelo credor da obrigação não vencida, buscando a resolução do pacto, normalmente cumulada com pedido indenizatório. Todavia, seria possível imaginar que uma parte, por razões suas, pretenda que a prestação seja cumprida, a despeito de manifestação em sentido contrário do devedor. Neste caso, poderia a parte que será futuramente lesada pelo inadimplemento propor demanda a obrigar o inadimplente ficto a cumprir a obrigação?

Joana Farrajota entende que não, pois a parte pode aceitar o repúdio, abrindo-lhe margem para pleitear a partir desde momento a resolução do contrato e a indenização correspondente, mas que, caso rejeite o repúdio, optando pela manutenção do contrato, deverá aguardar “até ao momento de vencimento da obrigação e, só aí, perante o efetivo incumprimento, reagir”¹⁵⁷, tal qual sustenta Araken de Assis¹⁵⁸. Porém, tal fundamento não parece suficiente a embasar tal posição, o que conduz a questionar a posição da eminente civilista. Ora, ocorrida a hipótese, abre-se a possibilidade de um credor presumido ajuizar a ação judicial que julgar mais adequada para atender aos seus interesses – e equiparando-se o descumprimento ficto ao efetivo inadimplemento¹⁵⁹, não haveria porque restringir as hipóteses que a lei coloca à disposição do credor, entre elas, de obrigar o credor a cumprir a obrigação¹⁶⁰. Além disso, sendo a própria teoria oriunda do *duty to mitigate loss doctrine* – a qual, inclusive, está positivada no Brasil pela internalização da CISG^{161,162} –, nada mais adequado do que tomar as medidas cabíveis desde o

¹⁵⁷ FARRAJOTA, *op cit*, p. 78.

¹⁵⁸ De acordo com o autor, “o veto a demanda de cumprimento, claríssimo no art. 618, III, do CPC, não se reproduz relativamente ao remédio resolutivo. As hipóteses de quebra positiva do contrato se diluem no quadro geral do inadimplemento absoluto e permitem, como de regra, a resolução” *in* Resolução... *op cit*, p.106-107.

¹⁵⁹ Segundo Franco Carresi, “Tanto all’inadempimento, al quale deve equipararsi ad ogni effetto l’anticipata dichiarazione del debitore di non volere o anche di non potere (o di non essere tenuto ad adempiere” *in* Il Contratto... *op cit*, p. 900-901.

¹⁶⁰ SCHREIBER, *op cit*, p. 10-12. O autor ainda sugere aplicação analógica do art. 477 do CC.

¹⁶¹ Art. 77: A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluindo os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá

momento do repúdio para garantir o cumprimento da obrigação. No que tange ao procedimento, apenas seria possível uma ação executiva caso se considerasse como efeito imediato do inadimplemento ficto o vencimento antecipado da obrigação, pois somente assim se atenderia ao requisito da exigibilidade expresso no art. 580 do CPC. Por outro lado, não haveria necessidade de adotar tal premissa para a propositura de uma demanda de caráter mandamental¹⁶³, podendo-se imaginar uma medida de cunho cautelar, pela natureza do rito processual, ou a busca pela tutela inibitória, a fim de que cessem condutas da parte que venham a dificultar a prestação, como na depreciação do bem objeto da obrigação¹⁶⁴, ou, ainda, impedir a celebração de um outro negócio.

Independente de posição que se tome, é sobremodo relevante a análise do comportamento da contraparte mediante a manifestação expressa ou implícita de que o contrato não será cumprido, a fim de prever sua reação – fator relevante não apenas no aspecto jurídico como também essencial na tomada de decisão das partes envolvidas. Pela experiência na *praxis* negocial, é possível identificar uma tendência de que esta circunstância conduzirá os contratantes à negociação, independente da regra indenizatória incidente¹⁶⁵, seja para alteração das condições, possibilitando a continuidade da relação, ainda que sob novos termos, como para definir eventuais valores a serem pagos ou restituições para encerramento do vínculo, a fim de tornar desnecessário o debate judicial destas questões. Tais medidas, além de evitarem os custos inerentes à própria litigância, também eliminam a incerteza quanto ao pronunciamento judicial sobre o caso, o que certamente traz angústia às partes e possibilidade de engessamento de recursos, sem falar nos

pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

¹⁶² O Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, proposto pela Profa. Vera Fradera, sugere uma interpretação do art. 422 do Código Civil inspirada na norma do CISG, tendo sido aprovado com a seguinte redação: “Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

¹⁶³ Em sentido contrário, Araken de Assis defende que o art. 518, parágrafo único (atualmente apenas art. 518, após a reforma processual de 2006) e o art. 618, III, do CPC, “criam óbice à demanda de cumprimento, seja em procedimento executivo (...) seja mediante a via larga do processo de conhecimento *in* Resolução... *op cit*, p. 106.

¹⁶⁴ Ao tratar das possibilidades conferidas ao credor da obrigação antecipadamente inadimplida, Judith Martins-Costa leciona que “ou exerce a pretensão resolutória ou pede a manutenção do contrato, se não tiver necessidade de atos cooperativos por parte do devedor” *in* A Boa-fé no Direito Privado, *op cit*, p. 685.

¹⁶⁵ BISHOP, William. The choice of remedy for breach of contract (1985) *in* GOLDBERG, Victor P. (org.). Readings in the Economics of Contract Law. New York: Cambridge University Press, 2006, p. 123.

riscos de interpretação equivocada pelo magistrado e a dificuldade inerente para arbitramento de indenização satisfatória. Assim, dependendo do mercado em que se está inserido e da facilidade de trocas, quando os custos de transação não são proibitivos, a renegociação¹⁶⁶ parece ser, ao menos em tese, uma alternativa que atenderia aos interesses de todas as partes envolvidas na operação. Isto não importa dizer, todavia, que a mesma será exitosa, mas que ao menos as partes, ou uma delas, tentará a composição para evitar a possível judicialização que se seguiria, esta sim seguramente mais dispendiosa.

2.2.3 Exercício de cláusula ou faculdade extintiva

Além das causas já referidas, que decorrem de alguma espécie de inadimplemento, há possibilidade de o contrato ser extinto por direito potestativo das partes, seja por autorização legal, previsão contratual, ou por exteriorização de vontade de todos os contratantes, a partir do interesse superveniente comum de pôr termo ao vínculo. Estas espécies pertencem ao gênero que passou a se chamar de resilição voluntária¹⁶⁷, que poderá, de acordo com a modalidade, ser bilateral ou unilateral, sendo a primeira chamada de distrato (art. 472 do Código Civil) e a segunda de denúncia (art. 473). Sobre a extinção voluntária dos contratos, preciosa é a lição de Vincenzo Roppo:

Os mecanismos de resolução voluntária extinguem o contrato com força de uma vontade negocial das partes do mesmo contrato. Esta vontade pode ser de tudo externa ao contrato objeto da resolução, como no distrato, que é um contrato posterior e diverso daquele que se extingue. Pode ser de tudo interna ao contrato, como na condição resolutiva, onde o fato extintivo é o conteúdo do próprio contrato que se submete à extinção. Pode ser interna e externa, como na resilição convencional, que desfaz o contrato graças a uma vontade negocial interna do contrato (a cláusula resilitória estipulada pelas partes) conjuntamente a uma vontade negocial externa (a declaração unilateral do manifestante).^{168,169}

¹⁶⁶ A renegociação, entretanto, traz um elemento de risco para os contratos, pois não há como se aferir *ex ante*, mesmo quando os custos transacionais permitem, que haverá êxito na nova pactuação. Sobre o tema, relacionado à incompletude contratual, v. ponto 3.2.5 adiante.

¹⁶⁷ Segundo Caio Mário da Silva Pereira, “A palavra resilição, defendida em nome da boa técnica, é a que melhor traduz este fenômeno jurídico, mais significativa do que resolução, rescisão ou revogação, cada uma com o seu significado específico” *in* Instituições... *op cit*, p. 127-128.

¹⁶⁸ Note-se que o autor, para a extinção convencional (entre nós, distrato), utilizou a expressão “resolução voluntária”. De fato, é possível que haja também resolução, conquanto haja correspondência com os efeitos decorrentes desta modalidade extintiva.

É da própria natureza do contrato a assunção de obrigações entre as partes, o que fazem livremente. Esta é, essencialmente, sua principal diferença para o estudo do direito das obrigações *strictu sensu*, pois enquanto estas unem as partes por determinação da lei, o contrato é o ato voluntário que estabelece o liame entre os pactuantes, de acordo com as suas preferências, em face da sua autonomia. E dentro desta liberdade dispositiva, podem pactuar tudo aquilo que a lei não lhes veda. Assim, tal qual as suas vontades convirjam, é possível às partes a estipulação de uma cláusula que as libere do contrato, extinguindo-o, sem que a contraparte tenha incorrido em qualquer falta ou que sequer tenha de justificar sua escolha; é o que Fernando Araújo chamou de “condições de arrependimento” (*regret contingency*)¹⁷⁰. Assim, a mesma força que cria o vínculo entre as partes pode autorizá-las a rompê-lo, passando a ser verdadeira faculdade ofertada pelo instrumento, hipótese que passou a ser tratada como resilição convencional¹⁷¹.

A resilição voluntária poderá ser unilateral ou bilateral, as quais diferem em forma e requisitos. Isso porque a unilateral depende necessariamente de uma cláusula no instrumento, enquanto a bilateral não partilha da premissa, já que as partes poderão operar o distrato desde que haja consenso entre as mesmas para encerramento do vínculo contratual, o que se faz pela celebração de um novo negócio jurídico com eficácia extintiva do pacto original – uma espécie de *contrato liberatório*¹⁷² –, e que deverá, ainda, corresponder à forma deste, consoante determina o art. 472 do código. Por outro lado, a lei não prevê formalidade específica para o exercício da resilição unilateral convencional, devendo observar a disposição contratual a respeito – e, caso o contrato silencie quanto à mesma, perfectibiliza-se com a declaração de vontade à outra parte, contanto que haja confirmação de ciência da mesma. Igualmente, sua eficácia dependerá do que foi

¹⁶⁹ ROPPO, *op cit*, p. 939. Tradução livre do original: “I meccanismi di risoluzione volontaria estinguono il contratto in forza di una volontà negoziale delle parti del contratto stesso. Questa volontà può essere del tutto esterna al contratto oggetto di risoluzione, come nel mutuo dissenso, che è un contratto ulteriore e diverso da quello che si scioglie (24.2). Può essere del tutto interna al contratto, come nella condizione risolutiva (27.8): dove il fattore estintivo è contenuto nello stesso contratto che subisce l'estinzione. Può essere per parte interna e per parte esterna, come nel recesso convenzionale (24.5-6): che scioglie il contratto grazie a una volontà negoziale interna al contratto (la clausola di recesso concordata fra le parti di questo) congiuntamente a una volontà negoziale esterna a essa (l'unilaterale dichiarazione del recedente).”

¹⁷⁰ ARAÚJO, *op cit*, p. 625.

¹⁷¹ USTÁRROZ, *op cit*, p. 166.

¹⁷² PEREIRA, *op cit*, p. 128.

pactuado pelos contratantes e como estará redigida a cláusula no contrato, podendo ser imediata ou dependente de aviso prévio, e se cabível de forma vazia ou demande justa causa¹⁷³. Ainda, em função de estar prevista no contrato, mesmo que o objetivo visado quando foi constituído não tenha sido atingido, não há que se falar em inadimplemento do pacto, mas tão somente de exercício de faculdade prevista no instrumento.

Além da modalidade convencional, oriunda de previsão no contrato, há também a rescisão legal, chamada de denúncia¹⁷⁴, que poderá ocorrer nas hipóteses previstas na lei, como nos contratos de locação que vigem por tempo indeterminado. Esta hipótese também se manifesta na revogação¹⁷⁵, pelo outorgante, de mandato, depósito, comodato e doação com encargo, por exemplo, a qual, quando é realizada pelo outorgado (mandatário, depositário, comodatário, donatário), dá-se o nome de renúncia, em face de sua essência, notadamente abdicativa¹⁷⁶. Nestas espécies contratuais, justifica-se a rescisão pela própria natureza da relação, cujo substrato fático consiste em outorga de uma parte à outra, ausente o sinalagma¹⁷⁷, o que autorizaria o exercício da faculdade liberatória pela mesma forma que foi criada, que é a vontade de uma das partes¹⁷⁸.

Este tipo de cláusula tem sido frequentemente utilizada – e noticiada, em face da exposição midiática – não só em relações contratuais ordinárias, como as empresariais, mas notadamente nos contratos que envolvem atletas profissionais de alto desempenho, mormente futebolistas. Desde o advento da Lei nº 9.615/98 (Lei

¹⁷³ ROPPO, *op cit*, p. 542.

¹⁷⁴ PEREIRA, *op cit*, p. 129. A expressão, também utilizada comumente para o fim de relação locatícia que vige por tempo indeterminado (podendo ser *cheia* ou *vazia*).

¹⁷⁵ Orlando Gomes entende que, nas hipóteses de revogação, seria inadequado o emprego da expressão “denúncia” *in Contratos*, *op cit*, p. 186-187.

¹⁷⁶ GOMES, *Contratos... op cit*, p. 187.

¹⁷⁷ E propriamente em função desta característica inerente a estas espécies contratuais que não há previsão legal de rescisão para os contratos sinalagmáticos. Para estes, a possibilidade de extinção por manifestação unilateral legal é, nos pactos de trato sucessivo por tempo indeterminado, também chamada de denúncia, mas que, em razão dos efeitos, será caso de resolução, e não rescisão, conforme visto no ponto 2.2.1 supra.

¹⁷⁸ A este respeito, Araken de Assis leciona sobre a etimologia da expressão *revogação*, que seria a retirada da *vox* (voz), subtraindo-a do suporte fático do negócio jurídico, e extinguindo-o, por consequência *in Resolução... op cit*, p. 88-89.

Pelé), que acabou com a figura do “passe”¹⁷⁹, a solução adotada pelos clubes brasileiros para manter o vínculo de um atleta foi a celebração de contratos longos e a fixação de multas para a hipótese de rompimento unilateral do pacto, sendo vulgarmente chamada de “cláusula rescisória”. Apesar da denominação inadequada, vez que rescisão não é¹⁸⁰, mas sim resilição¹⁸¹, a função do dispositivo é permitir que o contrato seja rompido mediante o pagamento de um valor pré-liquidado – sendo que, nestes contratos especificamente, existe limitação legal que guardará relação com a remuneração do atleta¹⁸². Importante salientar que esta disposição não deve ser confundida com a cláusula penal, visto que esta, em princípio, não extingue o contrato – embora seja possível, no caso de redação híbrida com a cláusula resolutiva do art. 474 do Código Civil –, mas apenas estabelece o valor a ser pago a título de danos no caso de incumprimento do mesmo¹⁸³, mantendo-se, em princípio, o pacto – diferentemente da “cláusula rescisória”, que importa no rompimento do vínculo contratual.

Por se tratar de resilição, seus efeitos são *ex nunc*¹⁸⁴. Porém, no caso de ocorrer em contrato de execução diferida, como na compra e venda, passível a restituição às partes ao *status quo ante*, pois a liberdade resilitória da parte que recebeu pagamento e ainda não entregou o bem teria de ser mitigada, já que, caso não o fosse feito, importaria em enriquecimento ilícito. Regra semelhante se encontra no parágrafo único¹⁸⁵ do art. 473, que limita o exercício de denúncia.

¹⁷⁹ Antes, mesmo após findo o contrato de trabalho entre o atleta e a agremiação esportiva, permanecia um vínculo chamado de passe, e o desportista só poderia assinar contrato com uma nova equipe mediante a transferência deste “passe”, o que restringia o livre exercício da profissão.

¹⁸⁰ O instituto da rescisão, em verdade, é aquele referente à anulação de um contrato por vício oriundo da gênese do pacto, como incapacidade ou vício de consentimento. Seguramente, não é esta a função desempenhada da referida cláusula na espécie contratual em comento. A respeito, v. USTÁRROZ, *op cit*, p. 165-166.

¹⁸¹ Interessante notar que a lei também não adotou esta denominação, mas sim a expressão “cláusula indenizatória desportiva”, quando devida pelo atleta à agremiação esportiva para resilir o contrato, e “cláusula compensatória desportiva”, quando devida pelo clube ao desportista mediante encerramento prévio do contrato, conforme art. 28, I e II, e §5º, II.

¹⁸² De acordo com a Lei Pelé (Lei nº 9.615/98), a cláusula indenizatória – equivocadamente chamada de multa rescisória – para liberação do atleta para o mercado interno poderá ser fixada em até 2000 vezes o valor do salário médio (art. 28, §1º, I), não havendo limite para a sua estipulação em transações internacionais (inciso II).

¹⁸³ COSTA, *op cit*, p. 793.

¹⁸⁴ PEREIRA, *op cit*, p. 129.

¹⁸⁵ “Se, porém, dada a natureza do contrato, uma das partes houver feito investimentos consideráveis para a sua execução, a denúncia unilateral só produzirá efeito depois de transcorrido prazo compatível com a natureza e o vulto dos investimentos”.

2.2.3.1 Cláusula resolutive expressa e Condição resolutive

Não há que se confundir, todavia, a rescisão convencional com a cláusula resolutive e a condição resolutive. Enquanto a primeira, abordada supra, decorre do exercício potestativo, por meio de manifestação de vontade durante a execução do contrato, para extinguir o contrato com efeitos *ex nunc*, autorizada por uma previsão contratual neste sentido, as demais são a consequência extintiva de uma hipótese contida no programa pactual, e não dependem de ingerência das partes durante a execução do mesmo, mas apenas que a tenham previsto no instrumento contratual durante a sua fase de formação.

Cláusula resolutive é justamente aquela prevista no art. 474 do *codex*, que importa em resolução do pacto pelo descumprimento da parte, com efeitos *ex tunc*. Já a condição resolutive, por outro lado, como o próprio nome já sugere, é fruto de uma disposição das partes que “subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto”, com define o art. 121 do Código Civil; esta circunstância pode ser inerente ao comportamento das partes ou álea externa. Apesar de institutos afins, vê-se que a semelhança reside na extinção do pacto, posto que seus efeitos são distintos, já que o exercício potestativo de cláusula liberatória importa em rescisão, enquanto nas duas outras modalidades ocorre a resolução, com efeitos normalmente *ex tunc*¹⁸⁶.

Tanto a condição resolutive como a cláusula resolutive expressa operam-se automaticamente, dispensando a propositura de demanda com este fim¹⁸⁷ ou sequer a notificação à contraparte para que surta seus efeitos. Ainda, diferentemente da cláusula resilitória, que poderá ou não ser exercida, prevista no art. 474 do Código Civil, não pode ser considerada como o exercício de faculdade contratual, uma vez que seus efeitos operam de pleno direito, sem a necessidade de interpelação à contraparte, verificado o inadimplemento ou a circunstância prevista no contrato. Importante salientar que, no caso da convenção resolutive expressa, não perdura na doutrina a discussão acerca do grau ou importância do inadimplemento,

¹⁸⁶ A exceção é nos contratos de trato sucessivo, cujos efeitos da resolução serão *ex nunc*, conforme já abordado no ponto 2.2.1.2 supra.

¹⁸⁷ ASSIS, Araken de. Resolução... *op cit*, p. 128.

convergindo-se para a posição de que mesmo nos casos de simples mora opera-se a extinção do vínculo¹⁸⁸.

A solução adotada pelo ordenamento brasileiro, porém, distingue-se da sistemática positivada em outras codificações modernas¹⁸⁹, nas quais a cláusula resolutiva não se opera automaticamente, sendo considerada uma faculdade da parte adimplente que, para exercê-la, deverá informar à contraparte esta intenção¹⁹⁰. Nestes casos, a resolução só surte efeitos a partir do recebimento ou ciência do destinatário da notificação. Ou seja, no Brasil, não haverá diferença prática entre a cláusula resolutiva e a condição resolutiva quanto a aplicação e efeitos, residindo a divergência entre o fato gerador dos seus efeitos, já que uma decorre do inadimplemento e outra da ocorrência de circunstância prevista no pacto. Da mesma forma, não se aplicará no direito brasileiro a distinção proposta por Antunes Varela acerca da diferença verificada em Portugal entre cláusula resolutiva e condição resolutiva, de que esta “arrasta consigo a imediata destruição da relação contratual, logo que o facto futuro e incerto se verifica”, ao passo que aquela “apenas concede ao beneficiário o poder de resolver o contrato” tão logo verificado o fato previsto¹⁹¹, já que no Brasil tanto uma quanto a outra se operam de pleno direito. A distinção entre elas residirá apenas na origem do fato, pois a cláusula resolutiva produz efeitos com o inadimplemento de uma das partes das obrigações convencionadas, ao passo que a condição resolutiva “subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto que quando implementada lhe retira a eficácia, rompendo a relação jurídica anteriormente formada”¹⁹², vigorando o negócio jurídico enquanto não se realizar o evento objeto da condição. Nada impede, porém, que, dentro da autonomia das partes, seja formulada uma cláusula exótica “resolutiva

¹⁸⁸ SILVA, Luis Renato Ferreira da. Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e a sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 90.

¹⁸⁹ É o caso, por exemplo, da Itália, em que o art. 1.453 preconiza que, verificado o fato previsto na cláusula resolutiva, “la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della clausola risolutiva”, tratando-se, portanto, de uma *faculdade* da parte, operada por mera declaração.

¹⁹⁰ A despeito das previsões legais, a solução dada jurisprudencialmente nem sempre segue a letra da lei. É o exemplo da França, onde, embora o art. 1.184 do *code civil* determine que a resolução se opere judicialmente, há uma tendência doutrinária e jurisprudencial de mitigação deste formalismo no sentido de limitar tal obrigatoriedade; na Itália, situação semelhante, em que, a despeito do art. 1.453 determinar que a resolução se opera pela via judicial, o ordenamento conta com diversas exceções, sendo esta uma tendência nas codificações de *soft law in FARRAJOTA*, *op cit*, p. 32-37.

¹⁹¹ ANTUNES VARELA, *op cit*, p. 276.

¹⁹² TJES, AC 24980042899, rel. Des. Manoel Alves Rabelo, 4ª Câmara Cível, DJ: 12/09/2003.

condicionada”, pela qual, verificada a ocorrência de determinado fato futuro e incerto (condição), fica facultado a uma ou todas as partes o exercício da previsão resolutiva.

O art. 474 do Código Civil também menciona a cláusula resolutiva tácita, a qual depende de interpelação judicial para operar seus efeitos. Tal norma, cotejada com o art. 475, que garante ao credor de obrigação inadimplida o direito à resolução do pacto, faz supor que cláusula tácita esteja presente em todos os contratos bilaterais em que não houve a pactuação explícita¹⁹³, sendo materializada justamente na prerrogativa – dentre as possibilidades ofertadas – no art. 475. A dualidade entre a modalidade tácita e expressa, entretanto, ainda não está suficientemente pacificada na jurisprudência, como aponta Judith Martins-Costa ao criticar decisão do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 969.596/MG¹⁹⁴, em que a Corte não procedeu à adequada diferenciação entre a cláusula resolutiva tácita e a resolutiva expressa, cujos efeitos são nitidamente distintos¹⁹⁵.

2.3 Indenização (perdas e danos)

A extinção do contrato, quando não ocorrida pelo seu adimplemento, normalmente traz consigo um dever indenizatório, justamente uma das consequências da responsabilidade contratual – à exceção da ocorrência de força maior ou onerosidade excessiva, consideradas excludentes de responsabilidade. No caso do inadimplemento por uma das partes, a previsão está contida no mesmo art. 475 do Código Civil que faculta a resolução, o qual permite ao credor da obrigação contratual inadimplida postular, conjuntamente à resolução, indenização por perdas e danos. Interessante notar que nos países de *common law* há regra semelhante, mas que nestes sistemas a indenização é a regra, conforme já salientado supra,

¹⁹³ GOMES, Contratos, *op cit*, p. 172 e 174.

¹⁹⁴ STJ, AgRg no REsp nº 969.596/MG, 4ª Turma, Relator Min. João Otávio de Noronha, DJ de 27/05/2010.

¹⁹⁵ De acordo com a professora gaúcha, “[a] decisão não foi acertada (...) por não ter atentado para a distinção entre resolução tácita do contrato (parte final do art. 474 e art. 475 do Código Civil) com a cláusula resolutiva expressa que opera de pleno direito (art. 474, primeira parte).” *in* A Boa-Fé no Direito Privado, *op cit*, p. 678.

sendo possível o cumprimento forçado somente nos casos em que se considerar insuficiente a reparação pecuniária, como é caso de prestações infungíveis¹⁹⁶.

Já nos casos de exercício de cláusula extintiva, é corriqueiro que o próprio pacto preveja as consequências de sua invocação, seja pela parte credora de obrigação como por aquela que exerce a faculdade liberatória sem motivo. Ainda assim, será necessário apurar, em qualquer um dos casos, quem foi a parte que deu causa ao rompimento do vínculo, a fim de verificar se serão as disposições contratuais ou legais que deverão incidir, inclusive para saber se haverá necessidade de reparação de danos, ou mesmo a incidência de cláusula penal.

Porém, junto da indenização emergem algumas dúvidas quanto à sua incidência, extensão e mesmo quanto à possibilidade de renúncia das partes. Em função disso, abordaremos os fundamentos do dever de indenizar, destacando as suas circunstâncias autorizadoras, a extensão da indenização e as causas legais e dispositivas que limitam e excluem o dever reparatório.

2.3.1 Bases teóricas do dever de indenizar

Conforme já visto, o fim do vínculo contratual pode ocorrer por razões inerentes ao próprio programa contratual ou, se não, de modo mais traumático. Quando se fala em “quebra contratual”, está-se diante de uma situação em que permanecia uma obrigação que foi frustrada, com o fim do liame que unia os contratantes – assim, o contrato será destruído, cessando seus efeitos e obrigações¹⁹⁷ ali dispostos e dando causa a uma segunda fase, a qual se chama de responsabilidade contratual e que dá origem ao dever de reparar o dano causado pelo inadimplemento.

A doutrina, ao proceder à análise das obrigações jurídicas, as distingue em primárias ou secundárias¹⁹⁸, também chamadas de originárias e sucessivas¹⁹⁹. As

¹⁹⁶ Thomas J. Miceli refere que a execução forçada “is rarely used, being limited to cases in which the court views money damages as an inadequate substitute for performance” *in* Economics of the Law: torts, contracts, property, litigation. New York: Oxford University Press. 1997, p. 87.

¹⁹⁷ A partir deste momento, as obrigações contratuais originárias cessam, dando origem a direitos e deveres “sucessivos”. Sobre obrigações originárias e sucessivas, cf. PERES, *op cit*, p. 25-27.

¹⁹⁸ COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo, *op cit*, p. 81-83; WALD, *op cit*, p. 45

primeiras seriam aquelas cujo cumprimento estaria atrelado à observância de comportamentos esperados de acordo com uma fonte originária de obrigações, sejam elas fruto de imposição pelo ordenamento jurídico ou decorrente da autonomia privada da parte, que se comprometeu a efetuar determinada prestação (v.g., contratos ou manifestações unilaterais de vontade). No caso de descumprimento de um dever originário, surgiria uma nova relação obrigacional, derivada – porém, independente – da primeira, de cunho patrimonial, que é justamente o que se chama de “responsabilidade”; é a consequência do não atendimento da obrigação anterior²⁰⁰. Conforme já salientado no ponto 2.2 supra, só há que se falar em responsabilidade contratual a partir do inadimplemento da prestação pactuada, não sendo diferente na hipótese delitual, em que inexistente responsabilidade civil até que tenha havido violação de uma conduta legalmente regulada; até que isso ocorra, existe tão somente um dever de conduta, de não causar dano a outrem. No momento em que ocorre o dano, surge o dever de repará-lo. Portanto, a responsabilidade é a materialização jurídica, de caráter sucessivo, do descumprimento de uma norma anterior, criando uma nova relação obrigacional de reparação pelo ato ilícito perpetrado²⁰¹.

Ainda que ordinariamente se possa imaginar que as relações não coexistam, tal assunção se mostra equivocada diante das faculdades ofertadas ao credor da obrigação inadimplida²⁰², quais sejam, a exigir o seu cumprimento concomitantemente à reparação dos danos decorrentes da mora – denotando o caráter subsidiário da responsabilidade²⁰³, justamente a incumbida por “reparar”. Não é por outra razão que, na seara dos contratos, inexistente “responsabilidade contratual” até que ocorra o seu inadimplemento²⁰⁴. Ainda assim, não é o mero descumprimento de obrigação originária que faz florescer o direito reparatório; é necessário o preenchimento dos requisitos autorizadores da indenização, cujo

¹⁹⁹ PERES, *op cit*, p. 25-26.

²⁰⁰ No mesmo sentido, Joana Farrajota indica que, segundo a majoritária doutrina alemã, “surge (...) por efeito da resolução uma nova relação obrigacional, retroactiva, de liquidação”; ressalva, porém, que tal entendimento não obteve receptividade na doutrina portuguesa – *op cit*, p. 43.

²⁰¹ Poderia se considerar como o equivalente material para os pedidos sucessivos na *praxis* processual, em que um só é considerado caso desatendido o primeiro, cf. art. 289 do Código de Processo Civil de 1973, cuja redação foi alterada no Código de Processo Civil de 2015, no art. 326, para serem chamados de “pedidos subsidiários”.

²⁰² COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo, *op cit*, p. 83.

²⁰³ PERES, *op cit*, p. 26.

²⁰⁴ USTÁRROZ, *op cit*, p. 181.

elemento essencial, no direito brasileiro, é o dano, o qual deverá vir associado à culpa – a exceção das hipóteses em que cabível a responsabilidade objetiva.

Quanto à sua natureza, pode-se dizer se tratar de direito autônomo, com caráter sancionatório²⁰⁵, não necessariamente vinculado à resolução, tanto que pode ser pleiteado também nos casos de execução forçada. Ruy Rosado diverge da posição, segundo o qual o fundamento da indenização não seria a sanção, mas a equivalência, “cujo equilíbrio a indenização procura restabelecer”²⁰⁶.

2.3.2 Requisitos para indenização

No âmbito da responsabilidade delitual, o requisito central para que haja o dever de indenizar é a ocorrência de um dano, em qualquer de suas esferas, devendo ainda a parte que se diz lesada demonstrar que o mesmo decorreu de ato ilícito, *i.e.*, descumprimento de obrigação originária; a partir daí, deve-se estabelecer o nexo de causalidade entre ambos, podendo ainda ser necessária demonstração de culpa do causador do dano, ou dispensando-a nos casos de aplicação da teoria objetiva. A lei, ao estabelecer a possibilidade de o credor da obrigação contratual inadimplida pleitear indenização, atrai um elemento semelhante ao da responsabilidade aquiliana à espécie contratual, qual seja, a reparação do dano²⁰⁷. Embora os requisitos sejam análogos, há uma sistemática lógica diversa para sua incidência entre as duas esferas de responsabilidade nominadas, mormente no que tange à presunção de culpa^{208,209} e à dispensa probatória quanto ao ato ilícito.

Isso porque, tal qual ocorre na responsabilidade delitual, na seara contratual o dano segue como condição do pleito indenizatório²¹⁰, pela simples razão de que não

²⁰⁵ ASSIS, Araken de, *op cit*, p. 145.

²⁰⁶ AGUIAR JÚNIOR, Extinção... *op cit*, p. 267.

²⁰⁷ Este fenômeno de aproximação entre a responsabilidade contratual e delitual foi identificado por Fernando Araújo (*cit*, p. 706-707), salientando a “progressiva subordinação dos quadros do ‘contract’ ao do ‘tort’”, que levou a teses extremistas, como a defendida por Grant Gilmore, que anunciavam a “morte” do contrato *in* The Death of Contract, *op cit*.

²⁰⁸ ZIMMERMANN, *op cit*, p. 794-795, apontando que esta presunção deriva desde o Direito Romano, tendo sido acatada pelo BGB.

²⁰⁹ Em sentido contrário, defendendo a “morte da responsabilidade contratual”, CATALAN, Marcos Jorge. A Morte da Culpa na Responsabilidade Contratual. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2013. Trata-se, todavia, de posição minoritária na doutrina.

²¹⁰ ANTUNES VARELA, *op cit*, p. 104.

haveria justificativa lógica de tornar indene aquele que não foi lesado em qualquer de suas esferas²¹¹. Talvez mais claro do que a justificativa pela conjugação dos arts. 186 e 927 do Código Civil seja a redação do art. 944, a qual determina que “[a] indenização mede-se pela extensão do dano”, sendo que a subsunção da norma permite concluir que, ausente o dano, não há o que se indenizar²¹²; eventual condenação, nestas circunstâncias, importaria em enriquecimento ilícito, vedado em codificações civis modernas²¹³. Ademais, o mesmo deve ser comprovado de modo cabal, à exceção das hipóteses em que é considerado *in re ipsa* por previsão legal²¹⁴. A norma não especifica que as “perdas e danos” tenham de ser necessariamente pecuniárias, como habitualmente se poderia pensar, abrindo margem a pedidos baseados em outras espécies de danos, como o moral²¹⁵ ou estético, os quais, ainda que de difícil mensuração, serão arbitrados e resolvidos na via indenizatória em espécie.

Na responsabilidade civil, para o surgimento do direito à reparação, é notória a necessidade de comprovação do ato ilícito bem como do nexo de causalidade entre a conduta antijurídica do agente e o dano sofrido pela vítima, agregados ao dano. No âmbito contratual, remanesce o dever de se estabelecer o liame de causalidade, a fim de demonstrar que os prejuízos eventualmente suportados decorreram da relação obrigacional disposta no contrato. Este dever subsiste, pois é

²¹¹ CATALAN, Marcos Jorge. Descumprimento Contratual – Modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Ed. Juruá: Curitiba, 2007, p. 213.

²¹² Este raciocínio não se aplica aos países em que se admitem os *punitive damages*, onde não é necessária a materialização e comprovação de um dano, bastando a conduta antijurídica do agente para que seja condenado à indenização.

²¹³ V.g., art. 884 do Código Civil brasileiro; §812 do BGB; art. 473º do Código Civil português.

²¹⁴ É o que ocorre com a mora nas prestações pecuniárias (arts. 404 e 407 do Código Civil), a reprodução não autorizada de obra literária, científica e artística (art. 103, par. único, da Lei nº 9.610/98), cobrança de dívida paga ou superior ao débito (art. 940 do Código Civil) e do segurador que expede a apólice mesmo ciente que passado o risco a que se visa cobrir (art. 773 do Código Civil). Há, ainda, a cláusula penal, que, por se tratar de pena convencional, não presume o dano, mas o dispensa, admitindo-se exceções; sobre a mesma, v. ponto 2.3.4.2.1.

²¹⁵ Um exemplo que se tem visto com razoável constância nos repositórios jurisprudenciais diz respeito à condenação de planos de saúde por danos morais por descumprimento contratual nas hipóteses em que os segurados, quando necessitaram fazer uso da cobertura em face de enfermidade, não receberam a prestação contratada, configurando-se em recusa indevida. A este respeito, o STJ pacificou a matéria, v.g.: “Conquanto geralmente nos contratos o mero inadimplemento não seja causa para ocorrência de danos morais, a jurisprudência desta Corte vem reconhecendo o direito ao ressarcimento dos danos morais advindos da injusta recusa de cobertura de seguro saúde, pois tal fato agrava a situação de aflição psicológica e de angústia no espírito do segurado, uma vez que, ao pedir a autorização da seguradora, já se encontra em condição de dor, de abalo psicológico e com a saúde debilitada” (STJ, AgRg nos EDcl no REsp 1169523, Rel. M. Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 2/9/2011)

possível que duas partes, ainda que vinculadas contratualmente, possam gerar danos uma a outra decorrente de situação absolutamente estranha ao adimplemento do pacto, a qual deverá ser resolvida, nesta hipótese, pelos meios da responsabilidade delitual.

Por outro lado, no que tange à necessidade de ocorrência de ato ilícito, diverge a doutrina quanto à sua configuração como requisito para o surgimento do direito indenizatório. A ficar apenas com os expoentes de cada corrente, Ruy Rosado identifica a ocorrência de “ação ilícita praticada contra o contrato”²¹⁶ quando a relação contratual é rompida pelo incumprimento imputável ao devedor da obrigação, entendendo, portanto, a própria infração contratual como *ato ilícito*. De outra banda, Agostinho Alvim defende que, de acordo com a técnica legal do Código de Beviláqua, a violação do contrato não importa em ato lícito tampouco ilícito, sendo este caracterizado pela culpa aquiliana, inerente à seara extracontratual²¹⁷, incorrente, portanto, no âmbito dos contratos; de acordo com este raciocínio, o dever indenizatório na responsabilidade contratual prescindiria de ato ilícito, haja vista que a própria invocação da responsabilidade já pressupõe a inadimplência aos termos assumidos no pacto. É possível notar que esta posição se aproxima do paradigma contratual apresentado por Oliver Holmes, de que inexistem um “dever de cumprir” (*duty to perform*) o estipulado no contrato, mas sim duas opções lícitas, de fazê-lo ou de ressarcir os prejuízos da contraparte²¹⁸. Em termos práticos, independe a posição que se adote, haja vista que, seja pela presunção do ato ilícito ou pela sua dispensa, o exercício do direito reparatório pela parte lesada mostra-se idêntico, e, de qualquer modo, mais facilitado no âmbito contratual do que na esfera delitual.

No que tange à culpa, importante referir que houve uma época em que a responsabilidade era consequência desta, e não necessariamente do dano; atualmente, “[o] elemento culpa, indicado por alguns doutrinadores como o ímã centralizador de uma noção geral de responsabilidade, não representa mais o ponto

²¹⁶ AGUIAR JÚNIOR, *op cit*, p. 64.

²¹⁷ ALVIM, Agostinho, *op cit*, p. 129.

²¹⁸ HOLMES JR., *The Path of The Law... op cit*, p. 76.

central do dever de indenizar”²¹⁹, dando lugar ao dano como elemento nuclear do dever indenizatório, conforme já referido. Ainda assim, a culpa desempenha papel importante na responsabilidade contratual, já que o descumprimento não imputável ao devedor da obrigação o libera do cumprimento, bem como o exime da reparação subjacente, havendo responsabilidade apenas no inadimplemento faltoso.

A sua averiguação possui sistemática interessante, já que a evolução do Direito conduziu a um movimento em que se criaram, entre outras medidas, presunções que autorizavam a concepção de culpa no caso concreto sem a necessidade de que a mesma fosse provada, ainda que esta presunção não esteja expressamente disposta na lei²²⁰. Estas presunções tiveram como consequência processual a inversão dos ônus probatórios²²¹, mormente de demonstrar a excludente de culpa, que passam a ser do imputado devedor da obrigação²²². Em razão disso, conclui-se que a presunção na responsabilidade contratual é *juris tantum*, pois há elementos de mitigação e até exclusão da responsabilidade com base na aferição da culpa, tal qual ocorre na culpa concorrente, na *exceptio non adimpleti contractus* ou na impossibilidade superveniente²²³. Posição idêntica defende Ruy Rosado, para quem “só há indenização pelos danos para o caso de resolução com culpa do devedor”²²⁴, posteriormente seguido por Daniel Ustárroz que, ao ponderar a respeito da mora, defende que “dependerá fundamentalmente da culpa do devedor”, que poderá “afastar a figura da mora, demonstrando que o inadimplemento não lhe pode ser imputável”²²⁵. Tais fundamentos parecem irrefutáveis, suficientes a suplantarem a posição de corrente minoritária²²⁶ que defende a “morte da culpa” na responsabilidade contratual.

²¹⁹ LEONARDO, Rodrigo Xavier, *op cit.*

²²⁰ Diferentemente, em Portugal, “a lei estabelece uma presunção de culpa do devedor: portanto, sobre ele recai o ônus da prova”, como informa Mário Júlio de Almeida Costa *in* Direito das Obrigações, *op cit*, p. 1037.

²²¹ *Idem*, p. 584-585.

²²² *Idem*, p. 225.

²²³ Segundo Mário Júlio de Almeida Costa, a *impossibilidade superveniente* conduz à extinção da obrigação, “embora ligando-se-lhe efeitos diversificados, conforme se verifica culposa ou não”, *in op cit*, p. 1034. Orlando Gomes denomina a *impossibilidade não culposa* de *inexecução involuntária*, a qual deve advir de caso fortuito ou força maior *in* Contratos, *op cit*, p. 176.

²²⁴ AGUIAR JÚNIOR, *Extinção... cit*, p. 265.

²²⁵ USTÁRROZ, *op cit*, p. 174.

²²⁶ Por todos, CATALAN, Marcos, para quem, “na seara da responsabilidade contratual, se uma presunção for considerada absoluta, a culpa não passará de um vocábulo inútil” *in* A Morte da Culpa... *op cit*, p. 222-225.

É notório que as presunções de direito material foram criadas como o fito de facilitar a reparação de danos, através de uma eficiente realocação dos ônus processuais, mormente probatórios, tal qual ocorreu com o surgimento da responsabilidade civil objetiva²²⁷. Com relação à culpa da parte contratualmente inadimplente, não foi diferente, de modo que sua aplicação atende aos princípios da equidade e economia processual, pois seria o critério mais adequado de distribuição dos ônus probatórios entre as partes. Isso porque, se incumbisse à vítima do inadimplemento comprová-lo, haveria não só uma maior dificuldade para obtenção de provas quanto ao descumprimento alheio, mas também o dispêndio desnecessário de recursos, ao passo que, atribuindo-se ao réu o ônus de demonstrar o cumprimento da obrigação – caso este ponto fosse controvertido –, a prova seria mais simples e acessível. Assim, ao propor demanda com base na responsabilidade contratual, basta ao credor arguir o descumprimento do pacto, recaindo sobre o réu o ônus de desconstituir sua presumida responsabilidade em sua defesa, baseado em elementos probatórios sólidos.

A adoção desta medida – cujo efeito prático é justamente a inversão do ônus probatório se comparado à técnica processual ordinária, a partir da presunção em favor do autor – mostra-se eficiente, incumbindo ao réu a demonstração de qualquer fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, determinado pelo art. 333, II, do CPC. O Código de Processo Civil de 2015 mantém a regra em seu art. 373, II, e traz também novidade em seu §1º, ao facultar ao juiz a estipulação de ônus probatórios de maneira diversa “Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário”, norma que, sob o ponto de vista da possibilidade de acarretar presunções e também da eficiência, merece ser celebrada.

Apesar de diferenças procedimentais, é possível perceber muitos aspectos comuns à responsabilidade aquiliana e a contratual, em que há sobreposição de diversos elementos. Neste cotejo, talvez o elemento de maior importância seja a culpa, justamente por ser o item que destoa em uma e outra modalidade. Esta

²²⁷ DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 51-80.

diferença, entretanto, não diz respeito à ausência em uma e presença em outra, já que pertinente em ambas, mas apenas ao modo de sua aferição. Assim, dentro das teorias da responsabilidade civil, a contratual não poderia ser objetiva²²⁸ – onde não se perquire quanto à culpa – tampouco subjetiva pura, mas sim uma espécie *sui generis*, equivalente à responsabilidade subjetiva com presunção de culpa, admitindo-se prova em contrário daquele contra quem se reputa culpado²²⁹. Sobre o ponto, a lição de Rodrigo Leonardo²³⁰, *verbis*:

Na responsabilidade civil delitual, o ônus da prova do autor, em regra, é muito amplo, englobando a prova do ato imputável, do nexos de causalidade, do dano e da culpa; já na responsabilidade civil contratual, o ônus da prova do autor corresponde, normalmente, à demonstração da existência da relação contratual seguida da alegação do inadimplemento.

Vistos os requisitos para averiguar o direito e dever de reparação, passa-se à análise quanto aos métodos indenizatórios.

2.3.3 Métodos de reparação

Conforme já salientado supra, a extensão da indenização à parte credora da obrigação descumprida é possivelmente um dos pontos mais controversos e, simultaneamente, instigantes do estudo da responsabilidade contratual. E seria impossível tratar do assunto sem mencionar a relevância que teve o artigo de Fuller & Perdue publicado em 1936 no Yale Law Journal, intitulado “The Reliance Interest in Contract Damages”²³¹, cuja importância levou Fernando Araújo a qualificá-lo como “o texto mais influente em toda a Teoria do Contrato”²³². No estudo, os autores analisam as possibilidades de indenização, elencando três possibilidades: (i) *restitution*, que seria o retorno da parte inadimplente ao *status quo*, devolvendo ao credor quaisquer bens ou valores que já tenha recebido por conta do contrato e ainda os ganhos advindos do descumprimento; (ii) *reliance*, consistente

²²⁸ Salvo as exceções legais, como nos contratos regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, em que ocorre a responsabilidade pelo fato do produto e do serviço.

²²⁹ Uma possibilidade de inversão desta presunção é pela prova, pelo devedor da obrigação, que ocorreu injusta recusa no recebimento pelo credor, caso de *mora creditoris*.

²³⁰ *in* Responsabilidade civil contratual e extracontratual: *op cit*.

²³¹ FULLER, L. L. & PERDUE JR, William R. The Reliance Interest in Contract Damages, 46 Yale Law Journal, 1936-37, p. 52-96.

²³² ARAÚJO, Fernando, *op cit*, p. 691.

no retorno da vítima do descumprimento ao *status quo ante*; e (iii) *expectation*, em que se colocaria o credor da obrigação na mesma posição que estaria caso o contrato tivesse sido regularmente cumprido, o que o tornaria indiferente entre o cumprimento ou a quebra da contraparte²³³. Posteriormente, a doutrina²³⁴ evoluiu no estudo da matéria, vislumbrando quatro novas hipóteses de reparação ao inadimplemento: (iv) execução coativa, (v) danos punitivos; (vi) cláusula penal e (vii) danos consequenciais²³⁵.

De fato, não há quem questione quanto à necessidade de que a parte lesada seja “perfeitamente indenizada”²³⁶; por outro lado, é no tocante à extensão desta indenização que se centram muitos dos conflitos doutrinários que perduram²³⁷, fazendo com que o tema seja um dos mais instigantes da responsabilidade contratual. Possivelmente o ponto central deste debate seja o de saber se a reparação deve abarcar apenas o interesse contratual negativo, ou seja, os efetivos prejuízos que se teve com a celebração do pacto, retornando-se vítima do inadimplemento ao *status quo ante* (dano *in contrahendo*), ou se deve ser contemplado o interesse contratual positivo, notadamente a parcela que a parte deixou de lucrar em função do descumprimento (dano *in contractu*). Em outras palavras, se a indenização deveria abarcar os danos emergentes, os lucros cessantes, ou ambos.

A divergência quanto ao enquadramento dos lucros cessantes e danos emergentes aparentemente se manifesta apenas na doutrina lusitana²³⁸, não chegando a ser expressivo a ponto de causar dificuldade na sua definição no

²³³ MAHONEY, Paul G. Contract remedies: general in DE GEEST, Gerrit (editor). Contract Law and Economics (Encyclopedia of Law and Economics, 2nd ed., vol. 6). Northampton e Cheltenham: E. Elgar, 2011, p. 155.

²³⁴ POSNER, Richard. Economic Analysis of Law, *op cit*, p. 149; ARAÚJO, *op cit*, p. 694-695.

²³⁵ Esta modalidade, menos conhecida, sugeria que a parte deveria ser indenizada pelas perdas indiretas ou conexas ao descumprimento; a tradição da *common law* rejeita a sua aplicação, cf. POSNER, Richard, *idem*, p. 158.

²³⁶ Para prestigiar a expressão utilizada com propriedade por Fernando Araújo in Teoria Económica do Contrato, *op cit*, p. 735.

²³⁷ USTÁRROZ, *op cit*, p. 182-186.

²³⁸ Enquanto Mário Júlio de Almeida Costa entende que os danos emergentes e lucros cessantes estão compreendidos tanto no interesse contratual positivo quanto negativo (*cit*, p. 1046), Fernando Araújo, analisando o histórico artigo de Fuller & Perdue (*cit*), defende que os lucros cessantes dizem respeito tão somente à modalidade positiva in Teoria Económica do Contrato, *cit*, p. 692. Parece-nos mais apurada a teoria de Araújo, pois somente pelo interesse positivo que seria possível “colocar o credor frustrado na situação em que estaria se o contrato tivesse sido regularmente cumprido”.

Brasil²³⁹, de modo que é seguro adotar a posição de que aqueles correspondem ao prejuízo verificado pela redução do patrimônio (investimento) até o momento do inadimplemento, enquanto estes representam o que se deixou de auferir em face do inadimplemento²⁴⁰.

Digno de atenção a terminologia utilizada para se referir a estas possibilidades, pois ao leitor desatento poderão parecer contrárias. Enquanto é possível observar na doutrina lusitana a preferência pela expressão “interesse contratual” positivo e negativo²⁴¹, tanto a doutrina²⁴² como a jurisprudência²⁴³ brasileiras referem-se ao “dano” positivo e negativo. Ocorre que “dano” e “interesse contratual” são expressões contrárias, razão pela qual o “dano positivo” será o “interesse contratual negativo”, e vice-versa²⁴⁴. De qualquer modo, “o que mais

²³⁹ Os conceitos são apresentados com habitual precisão por Sergio Cavalieri Filho, *verbis*: “O ato ilícito pode produzir não apenas efeitos diretos e imediatos no patrimônio da vítima (dano emergente), mas também mediatos ou futuros, reduzindo ganhos, impedindo lucros, e assim por diante. Ai teremos o lucro cessante. É a consequência futura de um fato já ocorrido. (...) Na trilha do nosso Antônio Lindbergh Montenegro, que, por sua vez, se funda em Adriano De Cupis, pode-se dizer que, se o objeto do dano é um bem ou interesse já existente, estaremos em face do dano emergente; tratando-se de bem ou interesse futuro, ainda não pertencente ao lesado, estaremos diante do lucro cessante. Consiste, portanto, o lucro cessante na perda do ganho esperável, na frustração da expectativa de lucro, na diminuição potencial do patrimônio da vítima. Pode decorrer não só da paralisação da atividade lucrativa ou produtiva da vítima, como, por exemplo, a cessação dos rendimentos que alguém já vinha obtendo da sua profissão, como, também, da frustração daquilo que era razoavelmente esperado” *in* Programa de responsabilidade civil. 9ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2010, p. 74-75.

²⁴⁰ “De fato, os lucros cessantes têm direta relação com o que se deixou de ganhar” - STJ, AREsp 316555, Rel. Min. Marco Buzzi, Decisão Monocrática, Data da Publicação: 02/06/2015.

²⁴¹ ARAÚJO, *op cit*, p. 693, *et al*.

²⁴² É o caso de Maria Helena Diniz, para quem “Dano positivo ou emergente, que consiste num déficit real e efetivo no patrimônio do credor, isto é, numa concreta diminuição em sua fortuna, seja porque se depreciou ou ativo, seja porque aumentou o passivo, sendo, pois, imprescindível que o credor tenha, efetivamente, experimentado um real prejuízo, visto que não são passíveis de indenização danos eventuais ou potenciais. (...) Dano negativo ou lucro cessante ou frustrado, alusivo à privação de um ganho pelo credor, ou seja, ao lucro que ele deixou de auferir, em razão do descumprimento da obrigação pelo devedor.” *in* Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º volume, Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1983, p. 329-330. A exceção fica por conta de Pontes de Miranda, que utiliza com propriedade o “interesse contratual” positivo e negativo *in* Tratado... vol. XXXVIII, *op cit*, p. 319 e 340.

²⁴³ “O suposto prejuízo sofrido pelas empresas possui natureza jurídica dupla: danos emergentes (dano positivo) e lucros cessantes (dano negativo).” - STJ, REsp 1347136/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, 1ª Seção, julgado em 11/12/2013, DJe 07/03/2014.

²⁴⁴ Mário Júlio de Almeida Costa não estabelece esta distinção entre interesse e dano *in* Direito das Obrigações, *op cit*, p. 598-599 e 1044-1045. Paulo Mota Pinto, não procede à mesma diferenciação, mas o faz ao criticar a utilização da expressão “dano”, defendendo o uso de “interesse contratual” por mais tecnicamente adequado à sua significação na seara contratual *in* Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 856-858.

importa não é tanto a terminologia como a unidade substancial da noção que com ela se designa”²⁴⁵, sobre o que não paira maior controvérsia.

Almeida Costa²⁴⁶ identifica que a solução adotada em Portugal é pela exclusão dos lucros cessantes, uma vez que, caso prevalecesse entendimento diverso, seria contraditório ao credor da obrigação optar pela resolução do contrato e requerer, ainda, indenização pelo que deixou de ganhar. O tema foi estudado com profundidade por Mota Pinto²⁴⁷ em alentada tese, na qual, partindo da premissa da exclusão do dano positivo, identificou uma tendência de alteração jurisprudencial deste entendimento nas Cortes Superiores portuguesas, ainda que tímida, é verdade, mas que passaram a incluí-lo nas indenizações por inadimplemento contratual.

No Brasil não é diferente, inexistindo uniformidade doutrinária quanto ao tema. Para Araken de Assis, existe uma “total incompatibilidade lógica”²⁴⁸ entre a teoria do interesse contratual positivo e a eficácia extintiva da resolução, uma vez que seria um contrassenso conceder uma indenização que coloca o credor na mesma posição que estaria se o pacto tivesse sido cumprido, se os efeitos da resolução são retroativos. Por outro lado, Daniel Ustárroz defende que o ordenamento deu suporte à inclusão dos danos positivos na indenização por inadimplemento, fundamentando sua posição na necessidade de respeito à equidade, a qual restaria desatendida caso, incorrendo o devedor em culpa, houvesse o simples retorno patrimonial ao *status quo*, sem aproveitar-lhe os benefícios que o cumprimento do contrato traria²⁴⁹. Embora esta conclusão quanto à extensão da indenização pareça a mais adequada, a fundamentação adotada levaria a crer que a indenização, no caso de descumprimento culposos, teria um caráter semelhante aos *punitive damages* do direito anglossaxão. Com isso, mais singela e apurada a justificativa, mais uma vez, que prestigia a literalidade da lei, a qual não inseriu apenas o ressarcimento dos “danos” – o que poderia, por si só, ser fruto de

²⁴⁵ PINTO, Paulo Mota. *op cit*, p. 857.

²⁴⁶ in Direito das Obrigações, *op cit*, p. 1044-1045.

²⁴⁷ PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I e II. Coimbra, 2007.

²⁴⁸ ASSIS, Araken de. *op cit*, p. 146.

²⁴⁹ USTÁRROZ, *op cit*, p. 185.

longos debates – mas a colocou ao lado das “perdas”, evidenciando a intenção do legislador de estender o alcance da indenização aos *expectation damages*, posição defendida também por Ruy Rosado²⁵⁰, entre nós, e por Vincenzo Roppo²⁵¹, na Itália, ao comentar o art. 1.218²⁵² do *codice civile*. Ainda que se pretendesse discutir o alcance da expressão “perdas e danos”, a lei fornece a sua definição no art. 402 do Código Civil, determinando que deve contemplar o que a parte efetivamente perdeu somado ao que razoavelmente deixou de lucrar; curiosamente, no artigo subsequente, que também define as perdas e danos, a lei as caracterizou como *prejuízos efetivos e os lucros cessantes*²⁵³. De qualquer modo, restou evidenciado que o ordenamento jurídico brasileiro contempla tanto o interesse contratual positivo quanto negativo na indenização prevista no art. 475 do Código Civil.

Ainda assim, possível a reflexão quanto à adequação de uma terceira corrente híbrida, a qual demandaria o afastamento da apreciação positivista da lei, para adentrar-se na seara lógico-racional proposta por Araken de Assis quanto aos modelos apresentados, cuja solução dependeria das circunstâncias do caso concreto. Isso porque não pareceria adequado tratar de forma idêntica a hipótese de inadimplemento, em que o credor da obrigação opta pelo pleito resolutório cominado com indenizatório, daquela em que há a quebra do contrato pelo próprio devedor da

²⁵⁰ O civilista faz menção ao art. 402 do Código Civil para sustentar que as perdas e danos englobam, além do que se perdeu, o que razoavelmente se deixou de lucrar *in Extinção... cit*, p. 268-269. Marcos Catalan comunga da opinião, embora ressalve que a expressão perdas e danos “não traduz a exata noção de sua amplitude” *in Descumprimento Contratual*, p. 215-216.

²⁵¹ ROPPO, *op cit*, p. 949. No mesmo sentido, Franco Carresi cosigna que no caso de a parte lesada promover a demanda de cumprimento e não conseguir a execução coativa da prestação, o seu direito “si convertirà allora nel diritto al risarcimento del danno e cioè a una somma di denaro di importo equivalente alle utilità che dall’adempimento (o dall’esatto adempimento) di quella prestazione avrebbe tratto (*id quod interest*).” *in Il Contratto, op cit*, p. 904.

²⁵² “Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.” O dispositivo deve ser analisado em conjunto com o art. 1.223 do diploma civil, assim redigido: “Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta.”

²⁵³ No que tange à verificação dos lucros cessantes, é possível identificar certa rigidez jurisprudencial quanto aos requisitos probatórios para a sua concessão. Exemplo disso se verifica no julgamento pelo STJ dos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 790.903/RJ, (Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 10/02/2014) onde constou que “Os lucros cessantes correspondem ao que a empresa autora razoavelmente deixou de lucrar como consequência direta do evento, não se compreendendo nesta rubrica danos hipotéticos, baseados em mera expectativa de ganho, a depender de fatos eventuais e circunstâncias futuras.”. Todavia, reconhecer que tais danos correspondem ao que razoavelmente se deixou de ganhar, mas exigir prova concreta, seria uma demasia, até porque, caso fosse possível esta demonstração, não haveria a necessidade de da expressão “razoavelmente”, de modo que cabível certa relativização probatória.

obrigação, seja por *anticipatory breach* ou exercício de cláusula extintiva. Neste sentido, a ponderação de Antunes Varela ganha relevo, segundo a qual “[d]esde que o credor opte pela resolução do contrato, não faria sentido que pudesse exigir do devedor o ressarcimento do benefício que normalmente lhe traria a execução do negócio”²⁵⁴. Seria possível diferenciar este caso das hipóteses em que houve o inadimplemento definitivo imputável ao devedor ou o rompimento do contrato por este, em que a premissa da opção do credor pela resolução não seria válida, de modo que não haveria contrassenso em garantir a indenização pelo interesse positivo, colocando o credor da prestação na mesma situação que estaria caso a avença tivesse sido adimplida, já que não teria sido sua opção a resolução do pacto. Todavia, pela singeleza da redação do art. 475, seria difícil defender e convencer a subsunção desta solução heterodoxa, evidenciando que tal abordagem possui um caráter muito mais propositivo do que propriamente positivo-analítico.

Na perspectiva processual, o pedido de perdas e danos contrapõe-se aos pleitos resolutorio e executivo no que tange à distribuição dos ônus probatórios. Enquanto nas ações que definem o rumo do contrato – se extinto ou se forçadamente cumprido – cabe ao credor da obrigação apenas alegar o descumprimento, recaindo ao suposto inadimplente opor e comprovar em sua defesa que cumpriu a obrigação, o mesmo não ocorre na indenização, que deverá necessariamente ser comprovada pela parte inocente – a menos que haja cláusula penal, quando tal prova é dispensada. Tal ônus decorre da regra contida no art. 333, I, do CPC²⁵⁵, uma vez que os danos patrimoniais jamais poderão ser presumidos ou hipotéticos, reclamando prova cabal do montante necessário ao ressarcimento do patrimônio lesado para o deferimento do pedido indenizatório. Ainda que se entenda da possibilidade de ressarcimento dos danos positivos, em que será necessário fazer uma estimativa, a mesma só poderá ocorrer se estiver embasada em elementos técnicos oriundos de provas sólidas, não sendo possível a livre estipulação pelo julgador.

²⁵⁴ ANTUNES VARELA, *op cit*, p. 108. Ruy Rosado destaca que a “doutrina estrangeira”, seguindo raciocínio análogo, defende o interesse negativo pelo fato de o credor optar pela resolução, *in* Extinção... *op cit*, p. 268.

²⁵⁵ A norma manteve-se no CPC/2015, no art. 373, I.

2.3.4 Limitadores e excludentes da indenização

A responsabilidade contratual encontra alguns elementos que são capazes de, quando não excluir, limitar a responsabilidade do inadimplente no que tange à indenização prevista no art. 475 do Código Civil. Nestes casos, “o princípio da reparação integral pode ser excepcionado, tanto por previsão legal quanto pela manifestação de vontade das partes”²⁵⁶. Tais meios podem ser classificados em duas espécies distintas: as *ope legis* e as facultativas ou convencionais, que resultam da autonomia dispositiva das partes no próprio instrumento contratual²⁵⁷.

2.3.4.1 Legais

Caso o contrato não preveja o montante indenizatório para a hipótese de inadimplemento da obrigação, deverão as partes observar se o caso não se enquadra nas hipóteses elencadas na legislação para reduzir ou até mesmo isentar a parte inadimplente de reparar a contraparte pelos danos suportados. Para tanto, essencial ter presente que a indenização, além de ter no dano o seu elemento nuclear, possui como acessório indissociável a culpa²⁵⁸, pois “sempre quando não verificada a culpa, afasta-se a indenização por perdas e danos”²⁵⁹. Em função da presunção de culpa da parte inadimplente, será dela o ônus de provar a excludente de responsabilidade²⁶⁰, que deverá ser arguida tempestivamente em defesa, sob pena de preclusão.

A hipótese clássica de excludente de responsabilidade é do caso fortuito e da força maior, que remonta ao Direito Romano²⁶¹, positivado no art. 393 do Código Civil. Apesar de remanescerem debates quanto à diferença conceitual entre os dois, a doutrina vem reconhecendo como impertinente esta bifurcação, haja vista a

²⁵⁶ PERES, *op cit*, p. 41.

²⁵⁷ Poderia se cogitar, também, de serem lançadas em pacto autônomo, porém, tendo em vista que o instrumento visaria a regular a relação contratual anterior, deveria ser considerado um aditivo à relação pretérita, em face do princípio integrativo dos contratos.

²⁵⁸ Excetuadas as hipóteses de responsabilidade objetiva, em que não se perquire quanto à culpa.

²⁵⁹ RIZZARDO, *op cit*, p. 263.

²⁶⁰ AGUIAR JÚNIOR, *Extinção...* *op cit*, p. 227-228.

²⁶¹ BAREA, Margarita Castilla. *La Imposibilidad de Cumplir los Contractos*. Madrid: Dykinson, 2001, p. 57.

igualdade de efeitos atribuída pela lei a ambas hipóteses²⁶². Em termos práticos, “[o] inadimplemento fortuito não origina, de regra, a responsabilidade do devedor. É princípio geral de Direito que o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito”²⁶³, assinalando, entretanto, que há exceções, como as hipóteses que se amoldam à teoria dos riscos. O conceito desta excludente também é alvo de divergência²⁶⁴, parecendo mais adequada a corrente objetiva, que valoriza a natureza dos fatos que impediram a prestação de ocorrer, marcados pela irresistibilidade e inevitabilidade, além da imprevisibilidade.

O caso fortuito ou a força maior acarretarão a impossibilidade de prestar a obrigação assumida, de modo que a inexecução será *fortuita* ou *involuntária*. Para que haja a excludente, esta impossibilidade deve ser superveniente à celebração do pacto²⁶⁵, pois, caso a parte tenha assumido a obrigação sabendo que naquele momento não teria como prestá-la, mas confiando que no futuro teria condições, e tal fato não se verifique, considera-se que assumiu este risco e responde pelos prejuízos, não cabendo opor a impossibilidade como excludente. Seria, portanto, excludente de responsabilidade a “impossibilidade superveniente por fato não imputável ao devedor”²⁶⁶. Esta impossibilidade pode ser de ordem objetiva ou subjetiva, também denominadas, respectivamente, de absoluta e relativa²⁶⁷. Será objetiva quando a impossibilidade diga respeito à própria prestação em si, tal qual ocorre no perecimento do bem; já a subjetiva ocorrerá quando o impedimento recair unicamente sobre a pessoa do devedor, mas que ainda possa ser realizada por outrem. Esta classificação mostra-se relevante para a próprio enquadramento como excludente de responsabilidade, uma vez que se entende que apenas a impossibilidade objetiva tem o condão de isentar o devedor de ressarcir as perdas e danos da contraparte, como sustenta Orlando Gomes²⁶⁸. Todavia, soa acertada a ponderação proposta por Antunes Varela de que nas prestações infungíveis a

²⁶² Neste sentido, Orlando Gomes, *Obrigações... op cit*, p. 175-176; Mário Júlio de Almeida Costa, *cit*, p. 1072-1073; e Marcos Catalan, que ainda alerta sobre a impropriedade técnica legislativa de se utilizar, por vezes, de uma ou outra expressão e, em diversas passagens, de ambas, *in Descumprimento... cit*, p. 190.

²⁶³ GOMES, *Obrigações... op cit*, p. 178.

²⁶⁴ Sobre o tema, *idem*, p. 175-178.

²⁶⁵ GOMES, *Contratos... op cit*, p. 177.

²⁶⁶ ANTUNES VARELA, *op cit*, p. 65.

²⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, *Comentários... op cit*, p. 546.

²⁶⁸ GOMES, *Contratos... op cit*, p. 177.

hipótese subjetiva também opere como excludente²⁶⁹, pois, nestes casos, a subjetiva equipara-se à objetiva, merecendo o mesmo tratamento.

O grau de culpa também será relevante para mitigação do *quantum indenizatório*²⁷⁰, pois ainda que a indenização deva corresponder à exata extensão do dano, de acordo com o art. 944 do Código Civil, o seu parágrafo único prevê a possibilidade de redução equitativa do montante devido pelo magistrado quando “houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano”. Mas, mesmo na hipótese de haver circunstância em tese mais gravosa do que a culpa, como se poderia imaginar que houve dolo no descumprimento, as perdas e danos só incluem os “prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato”, conforme prescreve o art. 403 do Código Civil.

Outro caso clássico de isenção de responsabilidade é, nos contratos sinalagmáticos, o da exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti contractus*), em que não se pode exigir o cumprimento de uma prestação caso a outra parte esteja inadimplente. Esta solução foi adotada no ordenamento brasileiro, vigendo atualmente no art. 476 do Código Civil, que reproduziu o art. 1.092 da codificação anterior, evidenciando a possibilidade de a culpa pelo descumprimento não ser daquele a quem se cobra a inadimplência, mas sim da parte que se alega credora, que, em verdade, deixou de cumprir anteriormente a sua parte no pacto. Pelo mesmo princípio, mas em hipótese distinta, se o descumprimento ocorreu em função de ação do próprio credor da obrigação, como seria caso tenha se recusado a receber a prestação, será caso de *mora creditoris*, e não a *mora debitoris*, o que isenta o devedor de responsabilidade, pois não foi ele que deu causa ao inadimplemento. O mesmo raciocínio conduz à conclusão de que a culpa concorrente não será um excludente de responsabilidade, mas sim mero limitador da mesma, remanescendo o dever de cumprimento da obrigação na parte que era possível, e respondendo, no limite da sua culpa, pelo inadimplemento desta parcela. Uma das consequências da sua verificação é restringir o direito resolutório, tanto

²⁶⁹ ANTUNES VARELA, *op cit*, p. 71. Segundo o autor, “tratando-se de prestação não fungível, ou seja, de prestação em que, pela sua natureza intrínseca, pela estipulação das partes ou por disposição da lei, o devedor não possa ser substituído por terceiro, basta a impossibilidade subjectiva para que a obrigação se extinga”.

²⁷⁰ Daniel Ustárróz sustenta que “o temperamento vem com a recepção da culpa como critério norteador para aferição da soma indenizatória” *in* Responsabilidade Contratual, *op cit*, p. 186.

pela parcial imputação de causa à parte como também pela aplicação do brocardo *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

Há, por fim, o fato de terceiro, cuja incidência não é simples. O tema foi abordado com a habitual lucidez por Agostinho Alvim, que comenta a doutrina dos irmãos Mazeaud, os quais defendiam a necessidade de o devedor ser responsabilizado pelo fato de todos que lhe substituam ou auxiliem na execução de suas obrigações, cabendo ao obrigado, tão somente, ação regressiva contra o efetivo culpado pelo descumprimento^{271,272}. Tal entendimento permanece atual, cabendo o fato de terceiro, enquanto excludente de responsabilidade, somente nas hipóteses em que a conduta do terceiro tenha sido causa exclusiva para o incumprimento da obrigação²⁷³ e sua interferência tenha fugido do controle e vontade da parte inadimplente – incorrendo, portanto, *culpa in vigilando ni eligendo*. Das excludentes de responsabilidade abordadas, esta é a que dependerá com maior força da análise do caso concreto, pois há hipóteses em que, mesmo existindo o fato de terceiro, subsiste a responsabilidade da parte inadimplente, inclusive em razão da natureza da obrigação, como ocorre nos casos em que a mesma pode ser incluída na teoria dos riscos²⁷⁴.

2.3.4.2 Facultativos

Além das limitadoras e excludentes de responsabilidade que operam pela lei, ainda é lícito às partes estipular, dentro de sua autonomia privada, cláusulas expressas que restrinjam ou eliminem a responsabilidade no caso de inadimplemento²⁷⁵, tendo, portanto, natureza dispositiva, capazes de alterar as consequências previstas na legislação. Além disso, serão necessariamente cláusulas de caráter acessório, pois dependem da existência e validade do contrato para terem eficácia²⁷⁶.

²⁷¹ ALVIM, *op cit*, p. 240-241.

²⁷² Marcos Catalan destaca que o movimento de mitigação do fato de terceiro enquanto excludente de responsabilidade seria uma consequência da tendência hodierna de socialização dos riscos, *in* Descumprimento, *op cit*, p. 198-199.

²⁷³ *Idem, ibidem*.

²⁷⁴ Sobre o tema, COSTA, *op cit*, p. 611-656; e GOMES, *Obrigações, op cit*, p. 217-227.

²⁷⁵ COSTA, *op cit*, p. 1041.

²⁷⁶ PERES, *op cit*, p. 42.

Dentre os requisitos de validade destas disposições, está a paridade contratual²⁷⁷, que visa a impossibilitar a imposição quando o poder econômico entre as partes é incompatível com a livre estipulação e barganha – razão pela qual tais cláusulas são consideradas nulas em certos notoriamente díspares, como em contratos de consumo e contratos de trabalho. Nos contratos empresariais, a averiguação deverá ocorrer no caso concreto, seguindo exemplo que já ocorre em cláusulas compromissórias de arbitragem ou de eleição de foro.

Uma possibilidade de cláusula é a que limita os danos advindos da inexecução do contrato. Não se confunde, todavia, com a cláusula penal, que é a liquidação *ex ante* destes danos. Consequência é que, havendo cláusula limitativa, a indenização deverá ser liquidada pelas partes ou judicialmente, chegando ao valor da reparação, de modo que o devedor não poderá ser compelido a pagar acima daquele montante. Todavia, caso os danos sejam inferiores, a indenização corresponderá ao valor apurado²⁷⁸, diferentemente da cláusula penal que, ao já liquidar os danos, prevê um valor fixo.

Já as cláusulas que importam em renúncia geral antecipada à indenização são, via de regra, nulas. Em Portugal, o art. 809 do Código Civil determina a nulidade da “cláusula de renúncia antecipada pelo credor a qualquer direito que lhe seja atribuído em caso de não cumprimento do devedor”²⁷⁹. No Brasil, posição semelhante é adotada sob o fundamento de que haveria uma necessidade de manter a efetividade das obrigações (decorrente da força vinculativa do contrato – *pacta sunt servanda*) bem como na impossibilidade de haver estipulações contratuais estritamente potestativas, face à vedação contida no art. 121 do Código Civil de 2002. Por outro lado, caso a cláusula preveja a isenção de responsabilidade apenas em determinadas situações, não haveria porque não ser admitida, desde que respeitadas as demandas condições para sua validade e eficácia, como a sua livre estipulação, verificada a partir da paridade negocial entre as partes quando da celebração do pacto, sob risco de permitir a sua imposição – o que se pretende evitar.

²⁷⁷ *Idem, ibidem.*

²⁷⁸ GOMES, Obrigações... *op cit*, p. 186.

²⁷⁹ FARRAJOTA, *op cit*, p. 30.

É necessário alertar que tais cláusulas não possuem eficácia absoluta. Parcela significativa da doutrina²⁸⁰ defende a nulidade da cláusula limitativa ou extintiva do dever de indenizar quando o contratante agiu com dolo²⁸¹ perante o credor da obrigação. Contudo, prudente a análise criteriosa do próprio conceito de dolo, a fim de averiguar qual conduta se quer coibir com tal medida. Dolo pode ser definido como o resultado admitido pela parte como consequência possível de suas ações²⁸², ou, em sentido mais estrito, como conduta intencional dirigida a um resultado ilícito²⁸³. Ora, se as partes estipulam uma cláusula limitativa do direito indenizatório, o fazem justamente porque preveem a possibilidade de descumprimento próprio e alheio, o que possivelmente trará prejuízos pecuniários à contraparte, e a estipulam como forma de predefinir – e limitar – os riscos no caso de inexecução. Ainda que haja o descumprimento intencional de uma obrigação, não deverá a cláusula limitativa ser invalidada por dolo²⁸⁴ – enquanto mera admissão da possibilidade de ocorrência de danos em face do inadimplemento, que é ínsita à estipulação destas cláusulas – a menos que o inadimplemento fosse planejado pela parte desde a celebração do pacto, com o intuito de prejudicar sua contraparte, hipótese em que restaria configurada a má-fé. Em face disso, a fim de evitar problemas conceituais, parece mais adequado o entendimento externado por Fábio Peres, que defende a inaplicabilidade das referidas cláusulas “na verificação de uma violação frontal à ordem pública e à boa-fé objetiva”²⁸⁵. De fato, tais cláusulas jamais poderiam configurar um escudo intransponível a comportamentos evitados de má-fé, como se poderia supor no caso em que uma das partes pretende, desde a formação do contrato, não cumpri-lo, mas dá seguimento à negociação e firma o pacto com cláusula de não indenizar, unicamente no intento de prejudicar a contraparte,

²⁸⁰ Por todos, ALVIM, *op cit*, p. 296.

²⁸¹ Antonio Junqueira de Azevedo indica que serão nulas as cláusulas que (1) exonerem o agente em caso de dolo, (2) vão diretamente contra norma de ordem pública, (3) isentem de indenização o contraente, em caso de inadimplemento da obrigação principal, e (4) interessem diretamente à vida e à integridade física das pessoas naturais *in* (Parecer) 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 *in* Estudos e Pareceres de Direito Privado. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 201

²⁸² LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 284.

²⁸³ CAVALIERI FILHO, *op cit*, p. 31.

²⁸⁴ Exemplo disso é que a legislação brasileira não distingue sequer o inadimplemento contratual culposo do intencional, já que em ambos a indenização corresponderá às perdas e danos da parte frustrada, conforme determina o art. 403 do Código Civil – o qual usa a expressão “dolo” para qualificar a inexecução.

²⁸⁵ PERES, *op cit*, p. 172-173.

inibindo-a de realizar outros negócios. Evidente que em tal hipótese, a cláusula não prevaleceria, já que contrária ao mais elementar senso de justiça; o fundamento, entretanto, seria a má-fé da parte, e não o dolo enquanto mera admissão de um resultado negativo à contraparte.

Por outro lado, se os contratantes limitarem eventuais danos pela estipulação de uma cláusula neste sentido, deram-se por satisfeitos com a eventual indenização pactuada no caso de inadimplemento ou rompimento pela contraparte. O fato de o descumprimento ser volitivo, como no caso de ter surgido uma oportunidade de negócio melhor a um deles, e que seja inviável a concomitância das prestações, não há que se falar em má-fé, já que o credor da obrigação será adequadamente indenizado, em critérios por ele mesmo aceitos – contanto que a estipulação tenha se dado de forma paritária na formação contratual, conforme já salientado supra – e a parte inadimplente terá lucros maiores. A albergar este entendimento, válida a lembrança à posição manifestada por Oliver Holmes²⁸⁶, segundo o qual, ao assinar um contrato, a parte não está se obrigando a cumprir a obrigação, mas tão somente limitando as suas opções de adimpli-lo ou pagar os danos correspondentes, raciocínio que dá suporte à aplicação das cláusulas limitadoras mesmo quando o inadimplemento for intencional.

Pertinente, após esta abordagem, a análise detida das duas espécies mais usuais de cláusula limitativa e excludente do dever de indenizar, quais sejam, a cláusula penal e a cláusula cruzada de não-indenizar.

2.3.4.2.1 Cláusula penal

Dentre as disposições que regulam privadamente a responsabilidade contratual, a cláusula penal é seguramente a mais conhecida e adotada, objeto de regulação expressa pelo Código Civil nos arts. 408 a 416 e que elimina o requisito do dano decorrente do inadimplemento para que surja o direito à indenização. A disposição nada mais é do que a estipulação convencional das partes que liquidam *ex ante* as perdas e danos para o caso de inexecução culposa da obrigação – até

²⁸⁶ HOLMES JR., *op cit.*

porque não haveria sentido em prever cláusula penal para descumprimento fortuito, uma vez que é considerado como excludente de responsabilidade, conforme visto supra.

A verdade é que, no direito brasileiro, não seria adequado falar unitariamente da cláusula penal, mas sim das cláusulas penais. Isso porque, a despeito de a legislação ter disposto o tema de maneira uniforme, a cláusula penal engloba duas estipulações de essências distintas, e cujas características irão ditar a sua natureza, se moratória ou compensatória²⁸⁷. A primeira, a despeito de eventual confusão que o nome possa gerar, não diz respeito apenas às hipóteses de mora, mas sim tem caráter sancionatório sobre qualquer modalidade de inadimplemento, mesmo o absoluto, ao passo que a segunda visa a pré-estabelecer as perdas e danos (danos emergentes e lucros cessantes) decorrentes da não prestação da obrigação no vencimento. Não pareceria inviável, inclusive, a fixação de duas cláusulas penais compensatórias no mesmo contrato, sendo uma para a hipótese de mora e a outra para o incumprimento definitivo. Em face das características, é inviável a cumulação da cláusula compensatória com a apuração de perdas e danos, como tem corretamente entendido a jurisprudência superior, embora peque, por vezes, na fundamentação²⁸⁸.

Em alguns casos, a aferição sobre a natureza de determinada cláusula penal pode ser tormentosa, já que nem sempre vem definida a causa que dá suporte à sanção. Nestes casos, o adequado seria verificar o seu enquadramento no contexto contratual, bem como cotejar os valores da penalidade com o da obrigação em questão, a fim de analisar o seu caráter, critério defendido pela doutrina e adotado

²⁸⁷ Seriam, assim, o mesmo que, respectivamente, as *penalty rules* e as *liquidated damages clauses* da *common law*.

²⁸⁸ V.g., no REsp 1335617/SP, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 22/04/2014, embora a conclusão a que chegou o acórdão, pela inviabilidade de cumulação de perdas e danos com a cláusula de cunho compensatório, seja acertada, da sua fundamentação constam alguns equívocos, como quando alude que "nas compensatórias, a indenização fixada contratualmente serve não apenas de punição pelo inadimplemento como ainda de pré-fixação das perdas e danos correspondentes"; ocorre que a compensatória não possui, tecnicamente, o caráter de "punição" pelo inadimplemento; este viés seria apenas da cláusula de natureza moratória. O mesmo ocorre no REsp 1355554/RJ, Rel. Ministro Sidnei Beneti, 3ª Turma, DJe 04/02/2013, em que não há reparo quanto à conclusão da decisão, mas a fundamentação padece de algumas inconsistências técnicas, como condicionar a natureza da cláusula à extensão do descumprimento (se total ou mora), limitando a moratória às hipóteses de mora.

pelo Superior Tribunal de Justiça²⁸⁹. Outra distinção relevante entre as duas modalidades é que a multa a que corresponde a cláusula dita moratória só poderá ser fixada privadamente entre as partes, não havendo supletivo legal, ao passo que a compensatória, caso não escrita, será apurada em perdas e danos, como determina o art. 475 do Código Civil.

Para os fins do presente estudo, ainda que ambas modalidades sejam relevantes, mostra-se mais pertinente o aprofundamento sobre a estipulação de cunho compensatório, a qual, mesmo com o nítido caráter ressarcitório, ainda é objeto de debate acerca de sua função, mormente se seria uma forma de limitar a responsabilidade pelo inadimplemento²⁹⁰ ou de agravá-la além dos limites que a lei estabelecerá²⁹¹, servindo como estímulo ao adimplemento. Embora a função da cláusula penal seja de liquidar anteriormente os danos, inegável que poderá ter também função limitadora dos mesmos, até porque as proposições não são excludentes, na medida em que muitas vezes não é possível concluir *ex ante*, quando da redação da cláusula, ou seja, anteriormente à execução do contrato, se o valor estipulado será inferior ou superior ao que eventuais danos decorrentes do inadimplemento seriam, caso fossem liquidados. A este respeito, pertinente a menção à posição defendida por Pinto Monteiro em sua alentada monografia sobre o tema, que identifica no conceito clássico da cláusula penal uma estipulação que visa simultaneamente a estimular o rigoroso cumprimento das obrigações assumidas bem como a liquidar previamente o dano, “dispensando o credor, em caso de inadimplemento, de recorrer à indemnização, que ela substitui”²⁹². Ainda, prossegue em questionar esta concepção unitária-mista da cláusula penal, para propor uma

²⁸⁹ É possível verificar a convergência doutrinário-jurisprudencial no acórdão do REsp nº 734520/MG, Relator Min. Hélio Quaglia Barbosa, 4ª Turma, DJ 15/10/2007, p. 279, *verbis*: "Num primeiro momento, na falta de critérios mais precisos para se definir quando é compensatória ou moratória a cláusula penal, recomenda a doutrina "que se confronte o seu valor com o da obrigação principal, e, se ressaltar sua patente inferioridade, é moratória" (Caio Mário da Silva Pereira); in casu, como registrado no acórdão guerreado, a cláusula penal foi fixada em 10% do valor do contrato, o que, à luz do critério acima traçado, exterioriza e denota sua natureza moratória". Este mesmo acórdão foi utilizado na fundamentação de outro recente julgado da Corte, no AgRg no AgRg no AREsp 336.129/MG, Rel. Ministro Marco Buzzi, 4ª Turma, DJe 24/06/2015.

²⁹⁰ “A prática mostra que tais convenções visam, em regra, a limitação da responsabilidade, embora, não raro, possa tratar-se do seu agravamento” *in* COSTA, Mário Júlio de Almeida, *op cit*, p. 1042.

²⁹¹ ANTUNES VARELA, *op cit*, p. 137. O autor identifica, em verdade, uma função dúplice na cláusula penal, servindo tanto para a majoração da indenização atribuída pela lei, como também para facilitar o cálculo da indenização exigível.

²⁹² PINTO MONTEIRO, António Joaquim de Matos. Cláusula penal e indemnização – 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2014. p. 5, 8-9.

abordagem de segregação dos seus referidos efeitos de acordo com a sua intenção e, naturalmente, redação.

Porém, é inequívoco que sua adoção facilita o trabalho das partes para apuração dos valores²⁹³, possuindo o efeito prático de eximir a comprovação e liquidação dos danos para que as partes se atenham unicamente à cobrança do valor arbitrado por elas mesmas. No âmbito da análise econômica do direito, esta característica possui especial pertinência no estudo das hipóteses de eficiência contratual e da *efficient breach theory*²⁹⁴, a qual será abordada no capítulo 4, uma vez que autoriza às partes saberem, com relativa segurança, os custos de eventual rompimento ou inadimplemento contratual, facilitando o processo decisório em contraposição às incertezas caso os mesmos tivessem de ser apurados *ex post*²⁹⁵.

Tendo em vista que a estipulação da cláusula penal é acessória e dispositiva, a mesma se insere dentro do amplo princípio da liberdade contratual e da autodeterminação das partes. Porém, sua aplicação não é irrestrita, devendo obedecer às limitações e hipóteses de mitigação previstas em lei, como no caso de redução equitativa da penalidade no caso de adimplemento parcial (art. 413 do Código Civil) e o limite de sua fixação ao valor da prestação objeto do vínculo (art. 412). Ocorre que, em face do mesmo art. 413, a estipulação também sofrerá redução equitativa pelo juiz caso “o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio”. Relevante também a determinação do art. 409, segundo o qual a cláusula penal será uma alternativa a benefício do credor nos casos de total inadimplemento da obrigação, entendendo-se que poderá a parte optar pela sua aplicação ou pela liquidação dos danos. Tais características demonstram a relatividade da liberdade contratual, podendo se questionar a conveniência e pertinência da tutela judicial que mitiga a liberdade e o direito de autodeterminação dos contratantes, ponto que será

²⁹³ ANTUNES VARELA, *op cit*, p. 138.

²⁹⁴ Teoria segundo a qual um contrato só será cumprido quando os ganhos advindos da sua execução suplantem aqueles obtidos pelo seu descumprimento, considerando-se eficiente, caso contrário, a quebra do vínculo contratual na busca por uma adequada alocação de recursos e consequente ganhos para toda a coletividade. Sobre o tema, conferir POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 151 e seguintes.

²⁹⁵ Sobre o tema, conferir GOETZ, Charles J. & SCOTT, Robert E. *Liquidated Damages, penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach* in *Columbia Law Review*, Vol. 77, nº 4, 1977, p. 555-594.

novamente discutido nos capítulos 4 e 5²⁹⁶. Ainda assim, mesmo que a legislação imponha regras que prejudiquem a fixação da indenização e a almejada previsibilidade, poderá ser interessante sua adoção em diversos casos que não ultrapassem os extremos legais, além de eliminar os custos de transação²⁹⁷ para liquidação de eventual indenização.

2.3.4.2.2 Cláusula cruzada de não indenizar

A cláusula cruzada de não indenizar, inspirada na *cross-waiver of liability* estadunidense, é a disposição através da qual as partes abrem mão reciprocamente do direito à indenização pelo descumprimento da outra parte. Sua eficácia restringe-se à exoneração da indenização, não configurando excludente de responsabilidade, pois, adotada em sua essência, subsistem os direitos ao credor da obrigação de resolver o contrato ou de obrigar o devedor ao seu cumprimento.

Como bem apontado pelo professor Junqueira de Azevedo em parecer sobre o tema, não se trata de um instituto jurídico autônomo, pois possui uma relação de interdependência com a renúncia a direito²⁹⁸. Mesmo quando esta disposição liberatória não derivar de cláusula contratual, mas de efetiva renúncia *ex post* a crédito indenizatório – que se reveste das características de ato unilateral – há inegavelmente a participação da contraparte na respectiva relação jurídica, quando existente ainda um contrato válido, bem como aproveita das consequências jurídicas, nuances que a transformam em negócio causal, passível de ser desfeito quando verificada a má-fé superveniente do beneficiário²⁹⁹.

O jurista paulista ainda aponta que, em face do princípio da equidade, consideram-se abusivas as cláusulas que coloquem em risco o equilíbrio contratual, cuja verificação se dá pela disparidade de direitos e obrigações entre os

²⁹⁶ Especificamente, a questão será abordada nos itens 4.7.4 e 5.1.3 adiante.

²⁹⁷ Sobre o conceito de custos transacionais, ver seção 3.2.4 adiante.

²⁹⁸ *in* Cláusula cruzada de não indenizar... *op cit*, p. 198.

²⁹⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. (Parecer) Renúncia a direitos contratuais. Dolo e descumprimento dos deveres decorrentes da boa-fé objetiva por parte do beneficiário da renúncia. Não-verificação da pressuposição e desaparecimento da base do negócio. Anulabilidade da renúncia e restituição do enriquecimento sem causa *in* Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado. Saraiva: São Paulo, 2009, p. 91-99.

contratantes, de modo que a condição para sua validade seria a utilização da modalidade cruzada (*cross-waiver of liability*³⁰⁰), em que a isenção de responsabilidade pecuniária beneficie a todas as partes envolvidas – o que a diferenciaria da cláusula simples de não indenizar, que, além de desprestigiada³⁰¹, tem possibilidade de validade e eficácia muito restrita³⁰². Ademais, sua validade deve ser verificada no caso concreto³⁰³, admitindo-a somente nas hipóteses em que foi estipulada livremente, sem imposição de uma parte à outra³⁰⁴, e que não importe em desequilíbrio contratual³⁰⁵ – características que, ainda que usuais no direito mercantil, nem sempre serão observadas pela eventual disparidade econômica entre as partes. Pelo mesmo raciocínio, sua estipulação em contratos consumeristas e trabalhistas é, via de regra, nula, já que nas relações dessa natureza seria presumível a disparidade, e não equilíbrio, entre os contratantes, além de se questionar a livre estipulação. O mesmo poderia se imaginar dos contratos de adesão, embora não seja esta característica que a torna nula, mas sim o exame das circunstâncias inerentes à avença, sendo possível imaginar pactuações comerciais por adesão sem que haja desequilíbrio econômico ou informacional, de modo que possível a subsistência da disposição nesta modalidade contratual³⁰⁶, ainda que mais restrita.

Quando não for na modalidade cruzada, a ausência de reciprocidade na cláusula de não indenizar – equivocadamente chamada também de “cláusula de irresponsabilidade”, uma vez que não isenta a parte faltosa de reponsabilidade, mas

³⁰⁰ AZEVEDO, *in* Cláusula cruzada de não-indenizar... *op cit*, p. 198. Esta cláusula é praticamente um requisito nos contratos de exploração espacial, diante dos riscos e incertezas envolvidos, garantindo que não haverá danos a serem ressarcidos. Seria possível traçar um paralelo entre o seu desenvolvimento para a exploração espacial, como forma de mitigar os riscos da incerteza, e o surgimento das sociedades anônimas, que também eram uma forma de estimular as navegações limitando-se a responsabilidade com as Companhias das Índias Orientais.

³⁰¹ DIAS, José Aguiar. *op cit*, p. 765-776.

³⁰² Cf. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 4: responsabilidade civil – 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 475-478.

³⁰³ Antônio Junqueira de Azevedo indica que serão nulas as cláusulas que (i) exonerem o agente em caso de dolo, (ii) vão diretamente contra norma de ordem pública, (iii) isentem de indenização o contraente, em caso de inadimplemento da obrigação principal, e (iv) interessem diretamente à vida e à integridade física das pessoas naturais *in* (Parecer) Cláusula cruzada de não-indenizar... *op cit*, p. 201

³⁰⁴ USTÁRROZ, *op cit*, p. 186-187.

³⁰⁵ PEREIRA, Vinicius. Cláusula de Não Indenizar: entre riscos e equilíbrio. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 101.

³⁰⁶ *Idem*, p. 101-116.

apenas em relação à obrigação indenizatória³⁰⁷ – dificulta a sua aplicação, na medida em que sua eficácia depende da manutenção da proporcionalidade e de uma contrapartida a justifica-la³⁰⁸, algo semelhante ao *consideration* da *common law*³⁰⁹. Em Portugal, por exemplo, seria nula tal disposição por força do art. 809 do Código Civil, em face de que “esses direitos constituem a armadura irredutível do direito de crédito, neles reside a força intrínseca da juridicidade do vínculo obrigacional”³¹⁰. No Brasil, Ruy Rosado sustenta sua inadequação por se mostrar contrária à lei e ao interesse público³¹¹.

³⁰⁷ A despeito de ser a expressão adotada por Aguiar Dias (*op cit*, p. 765), acompanhamos a posição de Mario Júlio de Almeida Costa (*op cit*, p. 789), que reputa mais apropriada a designação “convenções de exclusão de indemnização”, e Carlos Roberto Gonçalves (*op cit*, p. 475).

³⁰⁸ PEREIRA, Vinicius. *op cit*, p. 60-67.

³⁰⁹ Sobre o tema da *consideration*, vide SILVA, Luis Renato Ferreira da, *op cit*, p. 57-59.

³¹⁰ ANTUNES VARELA, *op cit*, p. 133-134.

³¹¹ AGUIAR JÚNIOR, Extinção... *op cit*, p. 271.

3. Premissas de *Law and Economics* para o Direito Contratual

Feita a abordagem sobre os conceitos clássicos de responsabilidade contratual, passa-se à análise das premissas de *Law and Economics* incidentes à espécie contratual, disciplina que vem ganhando crescente destaque no Brasil, na esteira do desenvolvimento já percebido em outros países, especialmente nos Estados Unidos. Ainda assim, por se tratar de uma doutrina que ainda não está consolidada nacionalmente, é pertinente, antes de passar à apreciação da teoria da quebra eficiente do contrato, proceder à revisão de seus conceitos básicos, cujo conhecimento é fundamental para a adequada compreensão do tema.

A partir da exposição de suas premissas teóricas, será possível conhecer o ferramental econômico que se encontra à disposição dos juristas, mormente na seara contratual, de extrema utilidade para a análise positiva e normativa da legislação, além de permitir sua utilização como método integrativo da interpretação jurídica.

3.1 O que é *Law and Economics*

Sinteticamente, *Law and Economics*, ou análise econômica do direito³¹², é o estudo integrado do direito e da economia, como o próprio nome sugere, mormente das leis e demais fenômenos jurídicos pelo espectro teórico fornecido pela ciência econômica, verificando os incentivos que o ordenamento jurídico e o mercado – enquanto conjunto de circunstâncias próprias a cada negócio jurídico – oferecem ao comportamento dos agentes.

Para tanto, é imprescindível superar a equivocada ideia de que a economia se restringe ao estudo matemático dos fenômenos da moeda, como inflação ou políticas monetárias e fiscais; em verdade, é muito mais do que isso, já que

³¹² Importante salientar que parte da doutrina vem sustentando ser preferível a utilização da expressão “Direito e Economia” – ou *Law and Economics* – por ser mais ampla e não transmitir uma ideia reducionista da linha teórica à mera investigação econômica do Direito, até mesmo porque, em realidade, as relações entre essas duas áreas, no âmbito do movimento, são proficuamente recíprocas. A este respeito, MILLER, Geoffrey P.; *Law and Economics versus Economic Analysis of Law in NYU Law and Economics Research Paper*, New York, nº 11-16, abr. 2011. A despeito desta ponderação, não se vislumbra qualquer viés reducionista ou distintivo nas expressões, razão pela qual as expressões serão empregadas como sinônimos.

proporciona uma teoria científica para prever estímulos e comportamento. Quando cotejada com o direito, é possível vislumbrar os efeitos das sanções legais sobre a conduta humana, ou seja, é o instrumental com o qual se cria uma teoria comportamental para compreensão e previsão das consequências sociais³¹³ aos estímulos criados pelas leis³¹⁴. A partir destes resultados, será possível averiguar se são desejáveis ou não diante da política que se quer promover. É necessário ter presente que leis e os demais atos normativos são instrumentos para atingir objetivos sociais relevantes, aos quais usualmente atribui-se o nome de políticas públicas. Seus exemplos são vários, como redução da criminalidade, promoção do bem-estar, manutenção da paz social, erradicação da pobreza, favorecimento às trocas comerciais etc. A partir da eleição e identificação clara destes objetivos, o ordenamento jurídico deve amoldar-se para a persecução destas políticas, valendo-se, para tanto, de um critério coerente que oriente não só o processo legislativo como também a interpretação jurídica das normas já existentes³¹⁵.

Reside justamente na eleição deste critério norteador do processo de criação e subsunção normativa um debate infundável; de fato, é um assunto que sempre inquietou a doutrina jurídica, havendo respeitáveis posições que defendem métodos como a justiça, igualdade, equidade, dignidade, justiça social, dentre tantos outros que não cabe aqui nominar. Porém, traço comum a estes exemplos é justamente o subjetivismo conceitual que lhes acompanha. Nesta toada, tendo como fundamento a premissa econômica básica de que as necessidades humanas são infinitas, mas os recursos disponíveis são limitados, a *Law and Economics* propõe que a eficiência alocativa seja o critério norteador para a consecução destes objetivos, uma vez que, qualquer que seja a política pública almejada, “não existe justificativa moral ou ética para que sua implementação seja realizada de forma a gerar desperdícios”³¹⁶.

³¹³ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia in TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012 p. 29.

³¹⁴ COOTER, Robert. ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 25. Para chegar a esta aproximação entre economia e a lei, os autores justificam que o comportamento a incentivos legais seria semelhante àqueles fornecidos pela teoria dos preços no mercado.

³¹⁵ GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 20.

³¹⁶ GICO JR., *op cit*, p. 27.

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 eficiência³¹⁷, a qual também deve ser a matriz interpretativa judicial para dirimir controvérsias.

Tendo em conta que a avaliação normativa utiliza como parâmetros os seus objetivos e consequências, fica claro se tratar de uma teoria eminentemente consequencialista³¹⁸. Além disso, é marcada por valorizar a previsibilidade e a confiança institucional, denotando seu viés pragmático e aproximação com o positivismo jurídico³¹⁹. Tais características conduzem a outro traço relevante, que é a tendência a refutar a principiologia moral. Neste sentido, relevante a contribuição de Nicholas Georgakopoulos, que, ao salientar que a relatividade moral é uma preocupação antiga da filosofia, demonstra que traz consigo a possibilidade de o mesmo preceito moral ganhar acepções distintas dependendo da situação em que se insere, bem como conduzir a conclusões diferentes dependendo de quem a interpreta³²⁰. Estas características demonstram que, caso se pretenda orientar um ordenamento jurídico com objetividade e abstração, a adoção de princípios morais deve ser evitada, sob pena de trazer consigo a incerteza decorrente do subjetivismo interpretativo intrínseco à moralidade. Assim, sendo a análise econômica do direito

³¹⁷ MICELI, Thomas J. *Economics of the Law...* *op cit*, p. 3.

³¹⁸ GEORGAKOPOULOS, *op cit*, p. 22.

³¹⁹ SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Northampton e Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2005, p. 4. Os autores também entendem haver traços que aproximam a *law and economics* do deontologismo.

³²⁰ GEORGAKOPOULOS, *op cit*, p. 30.

marcada pelo pragmatismo e também pela segurança jurídica, estimula a criação de regras uniformes e de aplicação geral, as quais são justamente a antítese da relatividade moral³²¹.

No mesmo sentido é a clássica lição de Oliver Holmes, para quem a fraseologia moral tende a distorcer a interpretação do direito, concluindo nos seguintes termos:

Eu espero que os meus exemplos tenham mostrados os perigos, tanto especulativos como práticos, de confundir moralidade com direito, e a armadilha que a linguagem legal nos apresenta durante este caminho. De minha parte, seguidamente me questiono se não seria vantajoso se toda palavra de significância moral pudesse ser banida da lei, e adotando-se outras palavras que deveriam representar as ideias legais desprovidas de qualquer sentido que não a própria lei. Deveríamos abortar grande parte de registros históricos e associações éticas, mas, por nos livrarmos desta desnecessária confusão, devemos ganhar muito mais pela clareza de pensamento.³²²

Para o presente estudo, a principal abordagem é quanto às sanções e soluções jurídicas impostas para o caso de quebra ou extinção voluntária dos contratos, a partir da qual será possível analisar os incentivos que a lei fornece para o cumprimento dos mesmos, se são adequados e também desejáveis, e contrastando a eventual permissividade ou reprovabilidade da lei sob o viés da almejada eficiência.

3.2 Conceitos fundamentais

Conforme já referido, a premissa básica para o desenvolvimento da teoria econômica é que os recursos disponíveis são limitados, enquanto as necessidades

³²¹ “Economic analysis of law seeks to develop rules that will apply in every case and promote welfare in the sense that they will satisfy our preferences as much as possible. The ambition of developing rules of general application is the antithesis of moral relativity” - *Idem, ibidem*.

³²² HOLMES JR., *op cit*, p. 78-79. Tradução livre do original: “I hope that my illustrations have shown the danger, both to speculation and to practice, of confounding morality with law, and the trap which legal language lays for us on that side of our way. For my own part, I often doubt whether it would not be a gain if every word of moral significance could be banished from the law altogether, and other words adopted which should convey legal ideas uncolored by anything outside the law. We should lose the fossil records of a good deal of history and the majesty got from ethical associations, but by ridding ourselves of an unnecessary confusion we should gain very much in the clearness of our thought.”

humanas são ilimitadas, de modo que o seu estudo se destina a apurar como devem ser utilizados estes recursos para atingir o maior nível possível de satisfação das necessidades humanas³²³, minimizando os custos na consecução dos objetivos. A eficiência, conceito de suma importância, é o estágio em que se atinge este resultado; caso não haja eficiência, ocorrerá desperdício, o que é indesejável sob o ponto de vista da coletividade na medida em que os recursos limitados devem ser divididos entre todos.

Para compreensão do objeto do presente estudo, serão apresentados os conceitos fundamentais da análise econômica do direito relacionados aos contratos, que vão desde a relação entre valor e utilidade, excedente econômico, eficiência, racionalidade dos agentes na tomada de decisões, custos de transação e incompletude contratual. A partir desta exposição, será possível, no próximo capítulo, passar à abordagem propriamente da teoria da quebra eficiente do contrato, uma vez que estabelecidos os conceitos elementares ora apresentados.

3.2.1 Valor, utilidade e excedente econômico

Inicialmente, importante analisar a definição conceitual de valor. Na verdade, há duas perspectivas simultâneas de valor, sendo uma objetiva, atribuída pelo mercado a determinado bem, e outra subjetiva, que é a percepção de cada indivíduo da valia daquele bem para si. Os mesmos estão diretamente atrelados à utilidade atribuída por cada um deles àquele item.

O mercado pode definir que um corte de cabelo masculino, por profissional gabaritado, custe 50 unidades monetárias, a partir do cotejo entre oferta, demanda e qualidade do serviço. Porém, para um homem careca, o valor é zero, pois o serviço não lhe agrega nada. Em função disso é que o conceito de valor está atrelado à utilidade, a qual será medida de acordo com critérios pessoais de preferências, podendo ser monetários, sentimentais, artísticos, sensoriais, ou qualquer outro que faça dar a preferência a um item em relação a outro. É esta diferença de utilidade que faz com que sejam atribuídos diferentes valores, e que possibilita as trocas de

³²³ SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 3.

mercado, as quais só ocorrerão quando ambas partes valorizarem mais aquilo que receberão do que a contrapartida oferecida³²⁴.

Nestes casos, tais transações podem acarretar excedente econômico, sendo certo que a tendência do mercado é que os bens passem das pessoas que lhe dão menor valor para as que lhe dão maior valor³²⁵. Este excedente econômico é, portanto, fruto da diferença do valor subjetivo atribuído por elas. Assim, a utilidade não é apenas uma preferência pessoal, mas o próprio instrumento utilizado para a aferição subjetiva do valor de um bem, que também servirá para o cômputo do excedente econômico da operação. Somente através da atribuição de valores à utilidade é que será possível ordenar as alocações possíveis de recursos³²⁶ e, a partir de então, averiguar quais transações podem ser consideradas eficientes e, também, geradoras de excedente econômico.

Estes conceitos ficam mais claros com outro exemplo: um cidadão recebe, em meio à herança de seu avô, uma camiseta da seleção brasileira de futebol utilizada por Pelé na Copa do Mundo de 1970. Como o herdeiro não se interessa pelo esporte, não dá valor algum ao objeto, que para ele não passará de uma roupa velha. Entretanto, a peça é tida como uma raridade por colecionadores, que estariam dispostos a pagar um valor considerável por ela. Assim, para o herdeiro, a camisa possui valor ínfimo, digamos, de 10 unidades monetárias, sendo esta a quantia que este bem agrega ao seu patrimônio. Há um colecionador, porém, que atribui o valor de 1000 unidades monetárias para a mesma camisa, e que estaria disposto a pagar esta quantia ao herdeiro para tê-la. Assim, antes da troca, o herdeiro possui um item de valor 10 (a camisa) e o colecionador possui um bem de valor 1000 (dinheiro). Dadas estas circunstâncias, é possível dizer que o herdeiro e o colecionador realizarão a troca em qualquer valor entre 11 e 999 unidades monetárias, na medida em que cada uma das partes receberá algo em valor superior ao que dará em contrapartida, o que só é possível graças à diferença de valor atribuído por cada uma delas, ao passo que esta decorre da utilidade distinta

³²⁴ ARAÚJO, *op cit*, p. 625.

³²⁵ TIMM, Luciano Benetti; GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos *in* TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 160-161.

³²⁶ MICELI, utilizando uma fórmula matemática para sistematizar esta operação, a denomina de “social-welfare function” *in* Economics of the Law... *cit*, p. 4-5.

do bem. Se o negócio for finalizado em 700 unidades monetárias, o colecionador terá um item que para si vale 1000 e ainda mais 300 de dinheiro, de modo que o seu patrimônio, que era de 1000, passou para 1300. O mesmo ocorre com o herdeiro, que possuía um item em seu patrimônio para o qual atribuía o valor de 10 e, com a troca, passou a ter outro bem de valor 700. Assim, pode-se dizer que a troca foi eficiente, com a geração de riqueza de 990, que será o resultado da diferença entre os valores atribuídos pelas partes aos bens envolvidos na troca.

Portanto, o valor que cada parte dá a determinado bem irá variar substancialmente de acordo com a utilidade subjetiva atribuída ao mesmo. Porém, o valor subjetivo não é composto apenas pela utilidade; exemplo disso é que não raro se vê pessoas falando que determinados objetos possuem “valor sentimental”, circunstância que é capaz de lhes majorar o valor. E mais, esta avaliação subjetiva poderá ser determinante para a compreensão do valor objetivo. Imagine-se que no exemplo do corte de cabelo, o mesmo seja oferecido em um bairro onde a maioria da população seja careca. Como o serviço não tem utilidade para a maioria do público alvo, representativo aqui do “mercado”, o valor objetivo do mesmo será conseqüentemente alterado.

3.2.2 Eficiência

A eficiência é pedra de toque da análise econômica do direito. As principais correntes de *Law and Economics* partilham o mesmo objetivo, que é a sua promoção. Mas como definir “eficiência”? E por que um termo aparentemente tão distante do mundo jurídico clássico, cuja preocupação muitas vezes se centra em conceitos abstratos e complexos, poderia ser tão essencial para a análise legal, a ponto de despertar interesse tão aguçado de juristas e economistas?

Em uma primeira abordagem, não seria difícil imaginar alguns possíveis conceitos para eficiência. Dir-se-ia que a consecução de um objetivo com o menor custo possível seria eficiente, se comparada a outra em que o dispêndio foi maior. Também é utilizada como sinônimo para competência, podendo-se dizer que um profissional é mais eficiente do que outro, pois atinge melhores resultados em

menos tempo, por exemplo. Nestas situações, *eficiência* é uma característica que se atribui a uma situação ou pessoa baseada na comparação a outra, em que houve maior dispêndio de tempo ou de recursos, por exemplo. Portanto, a eficiência será verificada a partir da comparação entre situações, sendo este o critério de sua averiguação.

A partir da premissa de que os recursos disponíveis são limitados, gerar desperdícios seria indesejado e poderia trazer prejuízos coletivos, de modo que a alocação destes recursos deve ser eficiente. Um exemplo prático é relativo ao consumo de recursos naturais, como a água, em que amplas campanhas procuram conscientizar para o uso adequado, a fim de que não haja desperdício, permitindo a sua utilização por mais tempo e mais pessoas. E é justamente esta alocação eficiente dos recursos que deve ser buscada pelo direito, a fim de evitar desperdícios desnecessários de recursos que se revertem em prejuízo coletivo, de modo que este estágio também é chamado de “eficiência alocativa”.

Assim, eficiência é a circunstância em que a alocação de recursos está no ponto cujo valor atribuído aos mesmos está maximizado³²⁷, denotando seu caráter comparativo. Há, porém, divergências quanto aos modos de aferição e obtenção deste estado de eficiência, valendo-se a doutrina de teorias que fornecem um substrato técnico para a mensuração quantitativa da eficiência, necessária na comparação entre duas situações, que é o método prático por excelência para a aplicação de qualquer modelo consequencialista, como se propõe a ser a *Law and Economics*. Dentre os modelos de destaque na ciência econômica para a eficiência alocativa, destacam-se o de Pareto e o de Kaldor-Hicks.

O primeiro remonta ao início do século XX, quando Vilfredo Pareto, sociólogo, economista e cientista político que cunhou o conceito de eficiência alocativa como sendo a circunstância em que não será possível mais melhorar a posição de um dos agentes sem reduzir o nível de satisfação das demais partes envolvidas, o que poderá ser obtido a partir da comparação entre uma situação original e outra hipotética. No momento em que não for mais possível encontrar uma situação

³²⁷ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 15-16.

hipotética em que nenhuma das partes possa estar em condição melhor³²⁸ sem que isso implique em prejuízo de qualquer um dos demais, será atingida a “eficiência de Pareto”.

A partir desta matriz, é possível identificar dois conceitos dentro das ideias paretianas no que tange a esta metodologia comparativa. Sinteticamente, se diz que uma situação é “Pareto superior” quando, em comparação a outro cenário, uma das partes está melhor sem que a outra esteja pior; é, portanto, uma característica comparativa entre dois cenários. Já o “ótimo de Pareto”, também chamado de eficiência paretiana ou eficiência alocativa, é quando não existem mais situações Pareto superiores possíveis, uma vez que as partes já estão na melhor alocação de recursos, não sendo possível que nenhuma delas melhore sem que a outra piore; ainda que seja também uma característica, é possível afirmar que se trata de um estado de eficiência plena. Sinteticamente, eficiência paretiana é “a situação em que os recursos são alocados de modo que ninguém melhorará sem que alguém piore”³²⁹.

A despeito da proeminência obtida e inegável valor acadêmico do conceito paretiano, o mesmo foi objeto de pertinentes críticas³³⁰ que alertaram sobre a inviabilidade prática de sua aplicação, na medida em que é praticamente impossível realizar uma transação cujos efeitos não se estendam a terceiros alheios à relação – característica que se acentua na era moderna, com a celeridade e abrangência das relações. Com isso, a avaliação da eficiência fica prejudicada sob este aspecto, dada a impossibilidade de apurar todos os efeitos internos e externos de determinadas situações, para saber se, dentre a totalidade dos envolvidos direta e indiretamente na hipótese, nenhum saiu prejudicado. Todos estes fatores fazem com que a sua aplicação limite a adequação normativa do critério de eficiência proposto por Pareto, razão pela qual passou a ser rejeitada por parcela da doutrina.

³²⁸ Esta situação “melhor” ou “pior” diz respeito aos critérios pessoais de utilidade do próprio agente, pois somente ele poderá afirmar, de acordo com suas preferências, se a situação que mais lhe agrada é uma ou outra, cf. COOTER e ULEN, *Direito & Economia... op cit*, p. 38.

³²⁹ BERTRAN, Maria Paula. *Interpretação Contratual e Análise Econômica do Direito – o caso da revisão dos contratos de leasing*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 56.

³³⁰ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 17-18; e MICELI, *op cit*, p. 4, *et al.*.

Atualmente, o critério mais utilizado tem sido o proposto por Nicholas Kaldor e John Hicks, que passou a ser chamada de teoria de Kaldor-Hicks³³¹, a ponto de Richard Posner afirmar que, em 90% das vezes que economistas fazem menção à eficiência, estão se referindo a este conceito³³² – embora nos textos doutrinários seja rara a manifestação expressa de qual a teoria de eficiência se está empregando³³³. Ela se 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.

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 sociedade³³⁴. Além disso, em um estágio que seria Kaldor-Hicks eficiente (mas que não seria Pareto eficiente), em que a soma dos benefícios de uns supera a soma dos prejuízos dos demais, aqueles em posição vantajosa poderiam compensar as partes lesadas, e ainda lhes restaria um excedente econômico para si, razão pela qual esta teoria também é chamada de “superioridade potencial de Pareto”. Richard

³³¹ MICELI, *op cit*, p. 4.

³³² POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 18.

³³³ A despeito da posição de POSNER, não há consenso doutrinário sobre a adoção de uma teoria soberana para guiar o conceito de eficiência. Exemplo é menção, por COOTER e ULEN (*in Direito & Economia... cit*, p. 64) de que o critério de Kaldor-Hicks possui “desvantagens claras como orientação para políticas públicas”, ainda que não justifiquem as razões que sustentam tal afirmação. SHAFFER e OTT (*op cit*, p. 30-35) sustentam que o método apresenta algumas inconsistências, mas restritas a questões governamentais que importam em alteração de preços.

³³⁴ Um exemplo disso é a tributação sobre grandes fortunas, ou de alíquota progressiva de imposto de renda, cujos recursos obtidos, em tese, possuem uma utilidade marginal maior para os estratos sociais inferiores do que para os contribuintes mais abastados, podendo ser considerada uma medida eficiente, para o exemplo, em uma política de distribuição de renda, já que o recurso foi, mesmo que indiretamente, para aquele que mais lhe dá valor.

Posner³³⁵ e Mota Pinto³³⁶ veem esta hipótese de compensação como uma mera faculdade, ao passo que Cooter e Ulen a colocam como um requisito para a ocorrência da eficiência³³⁷ – o que poderia sugerir uma tendência distributiva destes autores, ausente em Posner e Pinto.

De uma forma ou de outra, a eleição de um conceito de eficiência será fundamental para, no capítulo 4, compreender a teoria da quebra eficiente do contrato, uma vez que as concepções de Pareto e de Kaldor-Hicks tenderão a efeitos teóricos distintos, justamente pela diferenciação da premissa da eficiência.

3.2.3 Racionalidade

É unívoco dentre os estudiosos do tema o pioneirismo de Richard Posner como o doutrinador que difundiu os conceitos atinentes à *Law and Economics*, não sem enfrentar grande resistência³³⁸. A premissa de que parte o professor estadunidense é de que o princípio ético que deve nortear as escolhas humanas é o da maximização da riqueza³³⁹. O fato de ser pioneiro – e, conseqüentemente, mais exposto às críticas – aliado à ausência de vaidade acadêmica permitiu que Posner revisse sua teoria inicial, até atingir o presente momento em que relativizou posições anteriores para defender um maior pragmatismo nas escolhas econômicas do indivíduo³⁴⁰, devendo o direito estimular tais escolhas, uma vez que traria maior benefício à sociedade como um todo através da adequada alocação de recursos, que não deveriam ser gastos com custos de transação desnecessários, o que importaria em desperdícios e teria o potencial de tornar as medidas ineficientes. Com isso, passou a admitir que a maximização da riqueza é um dos critérios disponíveis para o processo de tomada de decisão, e não o único, preferindo sugerir a “maximização racional da utilidade como uma ferramenta útil para a análise do

³³⁵ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 17-18.

³³⁶ “para outra corrente, baseada no critério de Kaldor-Hicks, bastaria que os benefícios excedessem o prejuízo, com um ganho líquido independentemente da realização efectiva da compensação” *in* Interesse Contratual Negativo... vol. I, *op cit*, p. 367, nota 1108.

³³⁷ COOTER e ULEN, *Direito & Economia... cit*, p. 64.

³³⁸ RIBEIRO & GALESKI JUNIOR, *op cit*, p. 61, em referência às críticas proferidas por Duncan Kennedy e Ronald Dworkin.

³³⁹ POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1983, p. 67-76.

³⁴⁰ MATHIS, Klaus. *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*. Tradução de Deborah Shannon. New York: Springer, 2009, p. 144.

processo cognitivo, mas não necessariamente uma completa descrição da realidade”³⁴¹.

A partir do momento em que a economia disponibiliza o ferramental para prever o comportamento humano mediante os incentivos que a lei traz, ou deveria trazer³⁴², é importante aprofundar também o estudo sobre o processo de tomada de decisão pelos indivíduos, a partir de um método cognitivo chamado pensamento racional. Levando em consideração a premissa econômica fundamental, de que se vive em um mundo cujos recursos são limitados e as necessidades humanas ilimitadas, entende-se que esse processo decisório, via de regra, terá como objetivo a maximização da utilidade do seu resultado para as partes envolvidas. Em outras palavras, a análise econômica do direito parte de um entendimento segundo o qual as escolhas feitas pelos agentes, sejam eles públicos ou em relações privadas, serão racionais e visam a maximizar o benefício com o menor dispêndio de recursos na tomada de decisões e práticas de atos, o que fazem na busca do seu interesse particular³⁴³. Ainda que não façam este raciocínio deliberadamente, é o que ocorre intuitivamente ao se atribuir valores de acordo com a utilidade nas trocas comerciais. No direito contratual não é diferente, 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-estar³⁴⁴, materializadas normalmente, mas não só, no lucro. Ao estabelecer este critério como o norteador da conduta pessoal, vê-se também a íntima conexão que possui com a filosofia utilitarista³⁴⁵ - o que não deve ser censurado, mas sim estimulado, na

³⁴¹ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 4. Tradução livre do original: “The assumption of rational utility maximization is a useful tool of analysis rather than a complete description of reality”, após relatar que “economists generally prefer to speak of ‘utility’ than of self interest”.

³⁴² Segundo Nicholas Georgakopoulos, “Economic analysis of law takes the position that the proper ideal of the legal system is the promotion of social welfare, that is, the maximization of the satisfaction of individuals’ preferences” *in Principles and Methods...*, *op cit*, p. 21.

³⁴³ SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 5. Nicholas Georgakopoulos salienta, por outro lado, que valores morais podem nublar a percepção quanto a esta premissa: “Moral philosophy or moral instinct can be a hurdle on the path to economic analysis of law. One who believes in morality may reject the predictive aspect of economic analysis that individual pursue their own self-interest” *in Principles and Methods...*, *op cit*, p. 21.

³⁴⁴ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 5.

³⁴⁵ ARAÚJO, *op cit*, p. 736. MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015, p.12. GEORGAKOPOULOS sofisticou o conceito, ao afastar a *law and economics* das teorias de “ação utilitária” e aproxima-la de uma “regra e preferência utilitarista”, cujo foco não é o prazer, mas a satisfação de preferências pessoais: “This

medida em que o dispêndio de recursos desnecessários é indesejável perante toda a sociedade³⁴⁶.

Uma vez que “o agente, quando escolhe de forma racional, faz isso de acordo com o padrão das suas informações ou da forma como as analisa”³⁴⁷, tem-se que o conceito de racionalidade é objetivo, ainda que o agente avalie suas opções a partir de sua percepção subjetiva, mas sempre buscando a maximização do seu bem-estar a partir da utilidade atribuída às consequências de suas escolhas. Isto é, será observada à medida que a parte busque intencionalmente seus interesses pessoais³⁴⁸, desimportando se, perante os demais, tais preferências sejam compartilhadas ou até reputadas adequadas. Assim, a racionalidade não é julgada sob a percepção coletiva, mas sim sobre a avaliação pessoal do agente sobre o que lhe traz maior utilidade³⁴⁹. Galeski Jr. e Ribeiro ilustram esse conceito com o exemplo do cidadão que prefere gastar o seu dinheiro para alimentar um vício em vez de utilizá-lo para adquirir remédios que necessita para manter a saúde, salientando que “nem assim não estará agindo de forma não-racional, porque dada a condição pessoal do agente, o indivíduo pode entender que a conduta lesiva lhe traz mais utilidade do que os medicamentos”³⁵⁰. O conceito apresentado por Ivo Gico Jr. é deveras claro:

[D]izer que o agente econômico é racional significa supor que cada pessoa possui gostos específicos, que chamamos de preferências. Não se fazem julgamentos de valor em relação a estas preferências (de gestibus non est disputandum), nem se tenta entender por que cada pessoa gosta de uma coisa ou outra. A teoria econômica é uma teoria sobre os meios empregados pelas pessoas para alcançarem seus fins (comportamentos) e não sobre os fins que elas buscam (motivação).³⁵¹

Com isso, a racionalidade dependerá de percepções subjetivas idiossincráticas, decorrentes da utilidade que cada pessoa atribui a determinadas

description of the economic analysis of law stresses the focus on rules and the satisfaction of preferences. These two features clearly distinguish economic analysis of law from hedonism or ‘act-utilitarian’ theories and place it near those of ‘rule utilitarianism’ and ‘preference utilitarianism’.” *in op cit*, p. 21-22.

³⁴⁶ Será analisado, também, no ponto 4.4.3 as vantagens de se estimular o comportamento egoísta.

³⁴⁷ RIBEIRO & GALESKI JR., *op cit*, p. 81.

³⁴⁸ FORGIONI, Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 68.

³⁴⁹ RIBEIRO & GALESKI JR., *op ci*, ,p. 82.

³⁵⁰ *Idem, ibidem*.

³⁵¹ GICO JR., *op cit*, p. 25.

variáveis – cuja diferença de avaliação e utilidade é justamente o que permite as trocas no mercado³⁵². É o caso dos bens imateriais a que se deve atribuir um valor, como se diria de uma conquista amorosa, da satisfação de comer um prato requintado ou da emoção de assistir a uma partida de futebol em um lugar privilegiado do estádio. São circunstâncias que apenas requintam a complexidade deste processo cognitivo, que ainda pode ser acrescida de critérios de ordem moral-social³⁵³, ética religiosa³⁵⁴, étnica, entre outros. A efetiva influência dos mesmos, todavia, dependerá essencialmente do negócio que se está diante bem como do mercado em que se está inserido³⁵⁵. De qualquer modo, não é porque os valores são de difícil aferição que os agentes não atribuirão, ainda que inconscientemente, valores aos mesmos, o que normalmente não ocorre por arbitramento, mas sim pela escolha comparativa entre dois cenários hipotéticos vislumbrados a partir das possíveis decorrências das suas escolhas, no que Cooter e Ulen chamam de “custo de oportunidade”, critério usado no método analítico-comparativo para valorar a alternativa que foi deixada de lado³⁵⁶.

Da mesma forma, não se desconsidera que as atitudes e escolhas nem sempre são guiadas pela razão³⁵⁷, mas por movimentos impulsivos ou outros motivos que se afastam da racionalidade estrita³⁵⁸. De fato, a economia não ignora que, para tomar decisões, as partes não dispõem de todas as informações pertinentes, as quais podem ser desconhecidas, imprecisas, sigilosas ou até adquiríveis, mas cujos custos de obtenção não sejam compensatórios à vantagem que tê-las traria para o processo decisório. Esta dificuldade de se ter todas as informações e dados pertinentes é um exemplo de externalidade, que são barreiras intrínsecas ao jogo do mercado reputado ideal, cuja consideração permite que o

³⁵² TIMM, Luciano Benetti. GUARISSE, João Francisco Menegol. Análise Econômica dos Contratos *in* TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 161.

³⁵³ WILKINSON-RYAN, Tess, Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. Michigan Law Review, Vol. 108, 2010, p. 645.

³⁵⁴ Sobre o tema, vide WEBER, Max. A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo. São Paulo: Livraria Pioneira Editora. 1967.

³⁵⁵ A influência de moralidade será abordada no ponto 4.7.3 adiante.

³⁵⁶ COOTER & ULEN, *op cit*, p. 53. No mesmo sentido, RIBEIRO & GALESKI JÚNIOR, *op cit*, p. 81.

³⁵⁷ POSNER, Richard. Economic Analysis of Law, *op cit*, p. 4-5

³⁵⁸ Uma área que muito desenvolveu estudos sobre escolhas irracionais é a de propaganda e marketing, que normalmente não atendem a critérios racionais. Pesquisas neste campo estabelecem tendências comportamentais a partir das escolhas de consumidores em determinados cenários, destacando-se a que rendeu a Daniel Kahneman o Prêmio Nobel de Economia em 2002. Sobre o tema, conferir BAR-GILL, Oren. Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets. Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 7-26.

mesmo seja analisado sob uma perspectiva mais conectada com a realidade. Justamente em decorrência destas características que a doutrina neoinstitucionalista passou a criticar a premissa da escolha racional como originalmente formulada, por entender que seria possível tão somente uma “racionalidade limitada”³⁵⁹ (*bounded rationality*), a qual só seria plena para proceder a uma escolha ótima caso se dispusesse da integralidade das informações necessárias para avaliar todas as consequências possíveis – o que é um cenário utópico, especialmente diante da assimetria informacional que existe no mercado. Além disso, a teoria relaciona que existem custos na obtenção e processamento mesmo das informações disponíveis, as quais também enfrentam o limite de capacidade cognitiva humana³⁶⁰. Em função disso, os agentes valem-se de regras simplificadoras (heurísticas) para avaliar situações complexas a fim de tomar a decisão no tempo disponível para tanto³⁶¹, o que normalmente é feito por análises comparativas de custo de oportunidade. Assim, a concepção da racionalidade limitada não nega o pressuposto de que os agentes econômicos se comportam intencionalmente de acordo com a lógica nos processos decisórios, limitando-se a ponderar que o exercício desta racionalidade ocorrerá de acordo com os limites da própria capacidade cognitiva e nuances do mercado em questão³⁶².

Como qualquer teoria comportamental generalista, sofre com a complexidade humana e as diversas exceções que sempre poderão ser invocadas, de modo que na maioria das vezes haverá argumentos para criticá-la. Ainda assim, a despeito de eventuais dificuldades que enfrenta, a doutrina ainda entende que o abandono da teoria da racionalidade parece prematuro³⁶³, pois ainda se oferece como uma aproximação aceitável à previsibilidade reativa do comportamento humano aos incentivos oferecidos pelo mercado e pela legislação³⁶⁴.

³⁵⁹ GEORGAKOPOULOS, *op cit*, p. 59. Este é um ponto decisivo para a divergência entre a corrente da Escola de Chicago, fundada por Coase e Posner, e a Escola Neoinstitucionalista, de Douglas North e Oliver Williamson.

³⁶⁰ Mesmo Richard Posner abandonou a teoria da racionalidade plena que outrora defendia, reconhecendo as limitações práticas inerentes ao processamento das informações e custos transacionais *in* *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 4 e 833.

³⁶¹ MACKAAY, Ejan. *The Law and Economics for Civil Law Systems*. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2013, p. 421.

³⁶² FORGIONI, Teoria Geral..., *op cit*, p. 69.

³⁶³ MACKAAY & ROUSSEAU, *op cit*, p. 37.

³⁶⁴ *Idem, ibidem*.

3.2.4 Custos de transação

Ponto nodal para a teoria econômica aplicada ao direito diz respeito aos custos de transação, sobre cuja existência não pairam mais dúvidas, mesmo para os críticos da teoria jus econômica. Tratam-se dos gastos colaterais associados à consecução de um objetivo. 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 negócio³⁶⁵. Anteriormente, parte da doutrina econômica procedia suas análises em cenários de mercado ideais, livres de custos transacionais. Porém, o avanço doutrinário permitiu que o estudo considerasse as origens, incidência e ramificações dos custos de transação³⁶⁶, revelando a sua importância, na medida em que a avaliação da viabilidade econômica dos negócios interempresariais, bem como da eficiência, só será passível de análise funcional a partir da adequada identificação destes custos transacionais e compreensão da sua influência no processo decisório³⁶⁷.

A sua sistematização é creditada a Ronald Coase em seu célebre artigo intitulado *The Problem of Social Cost*, dando origem ao chamado Teorema de Coase³⁶⁸, que consiste, sinteticamente, na ideia de que, ausentes custos transacionais, os recursos serão alocados junto àqueles que lhes atribuem o maior valor. Porém, no desenvolvimento das atividades econômicas, as partes devem considerar tais custos, que irão variar de acordo com o mercado, a complexidade do negócio, as informações e os processos envolvidos. Do referido artigo, se extrai a valiosa passagem a seguir transcrita:

³⁶⁵ De acordo com Maria Paula Bertran, custos de transação são “os custos incorridos pelas partes no processo de efetivação de uma negociação”, *op cit*, p. 61.

³⁶⁶ WILLIAMSON, Oliver. Transaction Costs Economics: The Governance of Contractual Relations in *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, nº 2, out., 1979, p. 233. Segundo Paula Forgioni, “Muitos aspectos da função econômica dos negócios interempresariais somente podem ser dimensionados a partir desses custos e de sua influência na mecânica da decisão empresarial” in *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, *op cit*, p. 63

³⁶⁷ FORGIONI, *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*, *op cit*, p. 63.

³⁶⁸ Parte da doutrina sustenta que Coase jamais formulou expressamente o teorema, cf. SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 87. A expressão também não foi cunhada pelo próprio Coase, que credita a sua formulação a Stigler, cf. COASE, Ronald. Notes on the Problem of Social Cost in *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: The University of Chicago Press, 1988, p. 157.

Para concretizar uma transação no mercado, é necessário descobrir quem é aquele com quem se deseja tratar, informar à pessoa desta intenção e sob quais condições, conduzir negociações que levam à barganha, para redigir um contrato, adotar as medidas necessárias para se certificar que os termos do contrato estão sendo observados, e assim sucessivamente.”³⁶⁹

Além disso, caso haja uma controvérsia a ser solucionada em decorrência da execução ou interpretação do contrato, as partes incorrerão em despesas com honorários de advogados, emolumentos, despesas judiciais ou arbitrais, tempo negociando, entre outras, as quais podem ser inseridas dentro do conceito de custos de transação. Portanto, pode-se dizer que não são apenas os gastos necessários para a conclusão de um negócio, mas também os custos agregados para se chegar a uma situação fática ou jurídica diversa, seja através da garantia de um direito ou assunção de uma obrigação, como também uma declaração judicial que põe fim a incerteza quanto à determinada situação.

A tentativa de redução destes custos é seguidamente almejada pelos agentes econômicos do mercado, sendo isto que levou Paula Forgioni a sustentar que “o interesse pelo estudo dos custos de transação tem como razão cardeal a empresa e as opções que faz no exercício de sua atividade”. De fato, quando são excessivamente altos, podem tornar proibitivo o objetivo almejado³⁷⁰, sendo considerados uma externalidade negativa, na medida em que arrefecem o tráfico comercial. Outrossim, a sua adequada percepção, compreensão e capacidade de redução poderá evidenciar uma agilidade do agente que lhe trará benefícios, pela economia que irá gerar no desenvolvimento de sua atividade, podendo ser o diferencial para se destacar e até sobreviver em um ambiente competitivo. Assim, partindo desta premissa que os agentes seguem a *golden rule* do mercado corporativo, qual seja, tentar diminuir os custos para alavancar lucros, percebe-se que estão, em verdade, buscando a eficiência, essencial no ramo comercial.

³⁶⁹ COASE, The Problem of Social Cost, *op cit*, p. 114. Tradução livre do original: “In order to carry out a market transaction, it is necessary to discover who it is that one wishes to deal with, to inform people that one wishes to deal and on what terms, to conduct negotiations leading up to a bargain, to draw up the contract, to undertake the inspection needed to make sure that the terms of the contract are being observed, and so on”.

³⁷⁰ Segundo Coase, seguindo o raciocínio exposto na passagem transcrita, “[t]hese operations are often extremely costly, sufficiently costly at any rate to prevent many transactions that would be carried out in a world in which the pricing system worked without cost”, *idem, ibidem*.

Exemplo disso no desenvolvimento da atividade ocorrerá durante 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 reguladas³⁷¹. Em função disso que ordinariamente opta-se por redigir o pacto apenas com disposições que reputam mais realistas³⁷² e que justifiquem o dispêndio inerente à negociação e formalização. Apesar da possibilidade de reduzir os custos transacionais, haja vista que disposições contratuais podem ser consideradas potencialmente elimináveis³⁷³, as partes racionalmente analisam o retorno agregado àquele custo e, quando julgarem que o *trade off* é positivo, incorrerão voluntariamente no mesmo³⁷⁴.

Outro ponto relevante é a íntima relação que os custos de transação possuem com o Direito. Isso se dá na medida em que o mercado, ainda que tenha capacidade de criar regras próprias para autorregulação em determinados aspectos, depende necessariamente da organização estrutural proporcionada por um sistema jurídico-legal, a fim de trazer confiança e segurança aos agentes nele inseridos e criar, por consequência, um ambiente convidativo às transações comerciais. Custos transacionais são justamente a antítese deste cenário, uma vez que são capazes de tornar proibitivas as transações que ocorreriam em um ambiente de custos baixos, além de diminuir o espectro de possibilidades comerciais, reduzindo a dinamicidade do mercado. O que se busca é justamente o contrato, já que, naturalmente, a maior diversidade dentro de um mercado permite a abertura de mais canais comerciais e estimula a salutar competição, sendo estes traços de um cenário mais propenso ao desenvolvimento, com benefícios diretos a toda sociedade. Fica clara, assim, a relação entre custos de transação, mercado, Direito e estímulo econômico, não

³⁷¹ MAHONEY, *op cit*, p.157.

³⁷² O que dá origem à premissa da incompletude contratual, analisada no tópico seguinte.

³⁷³ A maioria das espécies contratuais, em verdade, poderia ser considerada dispensável, haja vista a liberdade de forma na contratação, admitindo-se, inclusive, o contrato verbal. Contudo, a instrumentalização do pacto se mostre, por outro lado, como medida normalmente eficiente, haja vista que dispensa o transtorno probatório de demonstrar a existência da avença e os termos pactuados, conforme será abordado no capítulo 4.

³⁷⁴ Este tema, especificamente sobre a cláusula penal, será abordado no item 4.8.

sendo à toa que os estudos de economia política, cujo pioneirismo é creditado a Adam Smith, surgiram a partir do interesse pelo Direito e a sua importância para o funcionamento dos mercados³⁷⁵.

Estas formulações afetam diretamente o âmbito empresarial, na medida em que a doutrina econômica entende a essência da empresa como “uma forma de organização dos recursos que pode superar o mercado minimizando os custos de transação”³⁷⁶. Cabe ao Direito, assim, viabilizar meios de reduzir estes custos de transação³⁷⁷, uma vez que o desenvolvimento do mercado dependerá dos estímulos advindos da estrutura jurídica no qual se funda, a fim de favorecer os mecanismos de coordenação das atividades empresariais. Consequentemente, isso permitirá o adequado desenvolvimento das atividades econômicas, através de um sistema que permita igualdade, transparência, segurança e dinamicidade³⁷⁸, decorrentes diretos da redução dos custos de transação e que importa, ao fim, em promoção da eficiência³⁷⁹.

Diversos são os exemplos de arranjos jurídico-legais que promovem a eficiência ao reduzir custos de transação. O fenômeno da integração contratual, em que regras externas se agregam às disposições contratuais, no que não conflitem com estas, para regular a relação, pode ser considerado eficiente, na medida em que exime as partes de negociarem e redigirem aqueles termos. Isso pode ocorrer pela eleição de legislação aplicável à relação³⁸⁰ ou mesmo as regras já dispostas na legislação de regência. Outra hipótese bem marcante é o disposto no art. 113 do Código Civil, que determina que a interpretação dos negócios será de acordo com “a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. A norma pode ser considerada uma positivação da *lex mercatoria*³⁸¹, na medida em que a prática habitual do mercado

³⁷⁵ SALAMA, Bruno Meyerhof. Apresentação in SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). Direito e Economia: textos escolhidos. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 13.

³⁷⁶ MACKAAY & ROUSSEAU, *op cit*, p. 519.

³⁷⁷ RIBEIRO & GALESKI JUNIOR, *op cit*, p. 107.

³⁷⁸ FORGIONI, Paula. Interpretação dos Negócios Empresariais in FERNANDES, Wanderley (coord.). Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 104-105.

³⁷⁹ SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 7.

³⁸⁰ Cláusulas que elegem os Princípios UNIDROIT ou a Convenção de Viena para regular a relação, por exemplo.

³⁸¹ O dispositivo do Código Civil não é inovador neste sentido, haja vista que o art. 130 do Código Comercial de 1850 já determinava que as palavras dos contratos e convenções mercantis deveriam ser entendidas “segundo o costume e uso recebido no comércio, e pelo mesmo modo e sentido por

em que está inserido deverá ser observada pelas partes, e caso não o seja, poderá ser considerada violada a avença. Na prática, trata-se de um instrumento que garante a proteção à confiança e também à boa-fé, e que propicia um ambiente negocial mais eficiente. Caso o ordenamento não privilegiasse tais preceitos, haveria uma preocupação muito maior das partes em redigir contratos perfeitos, sem margem para interpretações dúbias e prevendo uma maior quantidade de possíveis contingências, o que aumentaria significativamente os custos transacionais.

Por vezes, porém, é o próprio mercado que vislumbra possibilidades *interna corporis* de redução destes custos, podendo ser citado o exemplo clássico da criação dos cadastros de proteção ao crédito, como SPC e SERASA. Anteriormente ao seu advento, antes de ingressar em um negócio com um novo parceiro comercial, o agente buscava informações a respeito do mesmo, sendo a reputação talvez a mais eficaz. Todavia, o custo de obtenção era alto, como o tempo gasto para consulta junto aos demais membros do mercado, além de um inerente risco de imprecisão, mormente em mercados massificados; dependendo do vulto e complexidade do negócio, os custos talvez não compensassem. Assim, agentes do mercado desenvolveram os cadastros de inadimplentes, dedicados unicamente a armazenar e disponibilizar, mediante pagamento, dados reputacionais sobre crédito de determinada parte, o que reduziu sensivelmente os custos de obtenção destas informações, com maior grau de confiabilidade.

Ponto relevante e que permite uma análise dupla neste arranjo institucional diz respeito ao Poder Judiciário. A primeira é quanto aos custos de transação que gera ou reduz, mas que não dependem da sua utilização direta em um caso concreto, pois leva em consideração a sua eficiência, agilidade e confiabilidade, a fim de que os agentes econômicos avaliem a segurança que terão dentro daquele mercado. Ambientes seguros reduzem custos de transação, na medida em que dão a certeza às partes que seus direitos serão respeitados e, caso não o sejam, que haverá uma atuação segura e eficaz que os garantirá. Por outro lado, ambientes de

que os negociantes se costumam explicar, posto que entendidas de outra sorte possam significar coisa diversa”.

instabilidade político-institucional, insegurança jurídica e alto índice de corrupção³⁸² são desfavoráveis para o desenvolvimento comercial, pois geram incerteza, a qual leva os agentes a refletirem sobre a conveniência e quererem garantias de que seus direitos serão preservados, o que importa em maiores custos para a obtenção de informações dos parceiros e também na busca *ex ante* de meios alternativos para solução de eventuais conflitos, o que configura uma barreira para a alocação e transferência de recursos neste tipo de mercados.

O segundo aspecto diz respeito ao efetivo acesso ao Poder Judiciário, já que não basta, para análise de eficiência, que o mesmo seja confiável, mas excessivamente caro, já que tal característica acaba limitando o acesso dos agentes em face destes custos transacionais. Efetivamente, as elevadas despesas atinentes à submissão de uma questão a juízo fazem com que as partes dentro de um mercado organizado busquem soluções alternativas³⁸³, caso da autocomposição setorial e da arbitragem, ou insiram instrumentos no próprio contrato como forma de evitar o conflito e permitir a sua adaptação a circunstâncias futuras^{384,385}. Assim, a desejável segurança institucional advinda de um Judiciário eficaz e confiável torna-se seletiva quando o acesso não é possível, devido aos elevados custos transacionais. A respeito dos custos relacionados à litigância, Nicholas Georgakopoulos sugere que não são unicamente desperdícios, pois, ao promover

³⁸² Tamanha a relevância desta mazela estrutural que o relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime refere que “A corrupção é o maior obstáculo ao desenvolvimento econômico e social no mundo” *in* <http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_corruption/Campanha-2013/CORRUPCAO_E_DESENVOLVIMENTO.pdf>, acesso em 20/2/2016. Não é diferente a posição do Banco Mundial, em sua cartilha *Helping Countries Combat Corruption: The Role of the World Bank*, *verbis*: “Corruption is a complex phenomenon. Its roots lie deep in bureaucratic and political institutions, and its effect on development varies with country conditions. But while costs may vary and systemic corruption may coexist with strong economic performance, experience suggests that corruption is bad for development. It leads governments to intervene where they need not, and it undermines their ability to enact and implement policies in areas in which government intervention is clearly needed—whether environmental regulation, health and safety regulation, social safety nets, macroeconomic stabilization, or contract enforcement.”, disponível em <<http://www1.worldbank.org/publicsector/anticorrupt/corruptn/cor02.htm>>, acesso em 20/2/2016.

³⁸³ AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos Contratos *in* ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Organizadores). Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 120

³⁸⁴ PINHEIRO, Armando Castelar. Magistrados, Judiciário e Economia no Brasil *in* ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Organizadores). Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 247. Exemplos destas cláusulas seriam as de reajuste automático de preços e condições de acordo com índices e fatos externos ao cumprimento, bem como a cláusula de *hardship*.

³⁸⁵ Outro exemplo digno de referência é o art. 190 do CPC/2015, que permite às partes a composição no que tange às regras processuais irão presidir eventual julgamento da questão.

uma disputa judicial, provocam a manifestação judicial sobre determinada questão controvertida, trazendo um benefício social pela criação do precedente, preenchendo as lacunas do direito³⁸⁶. Da mesma forma, seria possível dizer que, sob o ponto de vista estritamente econômico, custos transacionais são indesejados, mas se poderia argumentar que os mesmos, em uma análise distributiva, permitem a ocupação dos intermediários que operam estas atividades acessórias, garantindo-lhes renda³⁸⁷ e, conseqüentemente, movimentando a economia.

Ainda que seja possível vislumbrar algum efeito positivo decorrente da incidência de custos de transação, não significa que os mesmos sejam desejáveis, especialmente por uma perspectiva mais ampla. A interpretação do Teorema de Coase permite concluir que a redução dos custos não só favorece as transações como também fará com que os bens sejam alocados àqueles que mais lhe dão valor, em negócios que irão gerar excedente econômico. Além disso, a redução destes custos por um agente seguramente será uma vantagem, por reduzir as barreiras à celebração de negócios, sendo este o objetivo almejado em mercados competitivos, através da constante busca pela eficiência. Assim, pode-se concluir que os custos transacionais existem e devem ser considerados no desenvolvimento da atividade pela empresa, mas que a sua redução é um objetivo dos agentes, do próprio mercado (enquanto instituição incorpórea) e também do ordenamento jurídico, a fim de facilitar e estimular a atividade econômica.

3.2.5 Incompletude contratual

Premissa básica nos estudos de direito contratual é a incompletude dos instrumentos. Não se trata de adjetivar negativamente a redação do pacto, mas sim de reconhecer a impossibilidade de se prever, no instrumento contratual, todas as circunstâncias e acontecimentos supervenientes à sua formação que poderão alterar

³⁸⁶ GEORGAKOPOULOS, *op cit*, p. 105. A assertiva foi elaborada à luz do sistema de *common law*, embora também possa ser parcialmente aplicada ao sistema romano-germânico, no sentido de interpretação da norma em questão e uniformização jurisprudencial, que é efetivamente um ganho coletivo, especialmente sob uma perspectiva da previsibilidade institucional.

³⁸⁷ Este ponto de vista pode ser relacionado com a ideia exposta por Richard Posner a respeito de um ponto negativo sobre a doutrina da maximização da riqueza (*in Economics of Justice, op cit*, p. 76): "Another implication of the wealth-maximization approach, however, is that people who lack sufficient earning power to support even a minimum decent standard of living are entitled to no say in the allocation of resources unless they are a part of the utility function of someone who has wealth".

sua execução. Ejan Mackaay conceitua o que seria a utopia de um contrato completo:

Um contrato completo é aquele em que hipoteticamente as partes que estão presumidamente perfeitamente informadas e agindo racionalmente previram a solução para qualquer contingência que possa surgir durante a execução do mesmo. Em tal contrato, todos os percalços foram internalizados.

Um contrato completo não é uma descrição da realidade; é uma construção hipotética que permite imaginar como as partes teriam negociado sobre uma contingência em particular, caso tivessem se disposto a isso – o equilíbrio a que elas teriam chegado, considerando que o acordo deveria ser entabulado de forma a proporcionar um ganho a ambas.³⁸⁸

Imagine-se o trabalho – e os custos de transação associados – a debater, concordar e redigir um contrato que preveja todas as contingências que possam surgir durante a sua execução. Determinados eventos, ainda que possam ser relevantes para a execução do pacto, são tão improváveis que não é vantajoso às partes discutirem as consequências daquele suposto fato, caso ocorra, para a relação contratual. Assim, as partes “assumem a incompletude natural dos contratos de associação como risco contra o qual se protegem na medida do possível e do que se apresenta economicamente razoável”³⁸⁹, importando em dizer que só haverá dispêndio de energia e recursos para negociar e estabelecer as provisões que se apresentem prováveis ou previsíveis, e cujos riscos sejam suficientes a motivar tais custos transacionais.

Entretanto, não será apenas a probabilidade de ocorrência de determinado evento que será determinante ou não para que conste do programa contratual. Em face da racionalidade inerente aos agentes econômicos, os quais deverão

³⁸⁸ MACKAAY, The Law and Economics for Civil Law Systems, *op cit*, p. 428. Tradução livre do original: “A complete contract is one in which hypothetically parties assumed to be perfectly informed and acting rationally have provided a solution for any contingency that may arise during the performance of the contract. In such a contract, all mishaps have been internalized. A complete contract is not a description of reality; it is a hypothetical construct allowing one to imagine how parties would have negotiated about a particular contingency, had they taken the trouble to do so – the equilibrium they would have arrived at, considering that the agreement had to be framed so as to procure a gain to both of them”. Acrescentando a esta ideia, Fernando Araújo (*op cit*, p. 696) define o contrato completo Pareto eficiente como aquele em que “não poderia ser renegociado de modo mutuamente vantajoso – identificando todos os possíveis estados supervenientes e definindo os deveres das partes em cada um desses estados, exigindo o cumprimento nalgumas circunstâncias e exonerando o devedor noutras, mormente naqueles que o incumprimento promoveria um incremento de bem-estar total”.

³⁸⁹ FORGIONI, Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 186

considerar os custos transacionais para a avaliação da conveniência de determinada medida, caso o custo de comprovar a ocorrência de um fato em juízo seja excessivamente alto, não há motivo para inseri-lo no contrato, ocorrendo o mesmo quando a prova atinente àquela contingência se mostrar impossível, de acordo com o raciocínio desenvolvido por Steven Shavell³⁹⁰. Além disso, as consequências da incompletude não são gravosas às partes³⁹¹, na medida em que a legislação prevê tanto cláusulas gerais como regras específicas para regular a relação contratual.

A incompletude contratual possui dois aspectos distintos: um pela desnecessidade e outro pela impossibilidade. Esta é decorrente da racionalidade limitada, pois há um limite cognitivo na capacidade humana de prever todos os fatos supervenientes à formação do contrato que poderão alterar o seu equilíbrio e comprometer de algum modo o seu cumprimento. É dentro deste espectro que se insere a teoria da imprevisão, como no caso da onerosidade excessiva superveniente, cuja condição é a incidência de fatores externos ao contrato ou às partes que não poderiam ter sido antevistos pelos contraentes quando da celebração da avença, justificando-se a excepcional intervenção judicial no pacto³⁹².

Já a desnecessidade pode ser cindida em duas causas correlatas, porém distintas. Uma delas advém do entendimento de que as partes, mesmo que possam supor a ocorrência de determinadas contingências, reputam que as mesmas são tão improváveis de acontecer que não compensariam os gastos inerentes à negociação e pactuação das consequências; ou seja, entendem que a sua estipulação seria ineficiente. A outra razão da desnecessidade diz respeito ao fenômeno da

³⁹⁰ SHAVELL, Is Breach of Contract Immoral?, *op cit*, p. 447 e seguintes.

³⁹¹ De acordo com Shavell, *in* Foundations of Economic Analysis of Law. Cambridge: Harvard University Press, 2004, 299-301: "In strict logic, this is not an independent reason for incompleteness but rather one that complements the previous reasons: the lower are the losses from incompleteness, the more likely it is that parties will find the costs of writing or enforcing terms not worthwhile bearing, and the more likely they will not find it worthwhile incurring the costs of rendering a variable verifiable to the court."

³⁹² Sobre o tema, vide FRANTZ, Laura Coradini. Revisão dos contratos. Elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007; KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código do consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente. São Paulo: Atlas, 2006; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006. Há, por outro lado, críticas à intervenção judicial nas estipulações contratuais, mormente pelas notórias barreiras informacionais e interpretativas da vontade das partes pelos julgadores e desconhecimento das especificidades de suas atividades econômicas. Por todos, MACKAAY, Law and Economics for Civil Law Systems, *op cit*, p. 429.

integração contratual no pacto particular, em que passam a fazer parte do pacto normas alheias àquelas expressamente pactuadas pelas partes, as quais podem ter origem legal ou extralegal, e que tornariam dispensável sua reprodução em cláusulas contratuais. Karl Larenz já salientava que seria arriscado deixar ao arbítrio do juiz a regulação pela interpretação nos casos em que as partes não tenham previsto determinado acontecimento, uma vez que haveria grande insegurança jurídica^{393,394}. Em função disso, o ordenamento jurídico prevê disposições *standard* para as espécies típicas e frequentes de contratos, como normas complementares dispositivas, sendo lícito aos contratantes disporem de modo diverso³⁹⁵, mas, no silêncio, presume-se escrita a previsão legal³⁹⁶. Estas *default rules*, efetivamente, irão definir como as partes redigirão os contratos, bem como quais lacunas poderão deixar e quais devem prever no instrumento³⁹⁷, podendo ser consideradas, via de regra, como eficientes, na medida em que eliminam custos de transação associados à redação contratual de todas as hipóteses que seriam naturalmente integradas, inclusive aqueles referentes aos usos e costumes.

A integração de normas legais, naturalmente, são as decorrentes da lei, como aquelas que escusam o cumprimento da obrigação quando a contraparte não cumpre com a sua obrigação, tal qual o princípio *exceptio non adimpleti contractus*, ou definem a multa e os juros para o caso de impontualidade no pagamento. Extralegais são formas de integração contratual que não decorrem diretamente da lei, ainda que possam ter origem nela³⁹⁸. É o caso, por exemplo, da utilização dos usos e costumes para interpretação dos contratos, os quais, ainda que prescritos em

³⁹³ LARENZ, Karl. Derecho Civil – Parte General. Tradução de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 750-751.

³⁹⁴ Raciocínio semelhante é adotado comumente nas cortes de *common law*, onde se entende que ninguém melhor que as partes para adequar o instrumento, e que seria arriscado e impreciso deixar ao alvitre dos julgadores supor o que é melhor para os contratantes nestas situações; a este respeito, v. SLATER, Scott D. Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG in 12 Florida Journal of International Law (Summer 1998), p. 231-262. Mackaay, em raciocínio similar, defende que a regulação do contrato pelas cortes é conhecida como o problema da interpretação contratual *in Law and Economics...*, *op cit*, p. 429.

³⁹⁵ Há questões de ordem pública, entretanto, que não prevalecem nos contratos, como sugere Vincenzo Roppo (Il Contratto, *op cit*, p. 461), ao mencionar o caso das regras que exprimem conteúdo desaprovado pelo ordenamento, as quais serão “expulsas” do programa contratual e substituídas por aquelas especificadas no ordenamento, referindo-se ao art. 1.339 do *codice civile*.

³⁹⁶ LARENZ, *idem*, *ibidem*.

³⁹⁷ WILKINSON-RYAN, *op cit*, p. 649

³⁹⁸ Vincenzo Roppo elenca, ainda, a figura do juiz como fonte externa heterônoma integrativa do contrato *in Il Contratto*, *op cit*, p. 461.

lei, não são regulados diretamente por ela, mas apenas determinam a sua integração à outra norma externa à lei – a qual conta, ainda, com o caráter da mutabilidade. Outra hipótese decorre da discussão acerca da possibilidade de o comportamento das partes ser forma integrativa do contrato, podendo-lhe alterar tacitamente o conteúdo³⁹⁹, como ocorre com a *surrectio* e a *suppressio*⁴⁰⁰.

A incompletude traz, naturalmente, questões atinentes à interpretação dos pactos, na medida em que, justamente por não ser completo, é possível que as estipulações contratuais, face a alguma circunstância que se confrontem, apresentem redação ambígua, permitindo mais de um entendimento possível⁴⁰¹. Em face disso, a tendência seria de que as partes quisessem que os pactos fossem interpretados de acordo com o que teriam negociado e pactuado caso tivessem o tempo e esforço para especificar um contrato mais detalhado⁴⁰², o que, em teoria, lhes seria desejável, pois permitiria que se abstivessem de desenhar um contrato complexo, já que as lacunas serão interpretadas - e os procedimentos criados - como elas teriam desejado. O problema, contudo, é que colocar este raciocínio em prática é demasiadamente complexo, senão impossível, seja pela falta de informações pela Corte como por eventuais divergências que poderiam advir na negociação pelas partes, de modo que a possibilidade de erro na avaliação por um terceiro (juiz ou árbitro) é significativa⁴⁰³ – fato que as partes, se não têm, deveriam

³⁹⁹ Pertinente, a este respeito, a análise de Paula Forgioni a respeito do acórdão do Supremo Tribunal Federal nos Embargos ao RE 6.151/DF, o qual concluiu pela relativização escrita e mutabilidade tácita do pacto de acordo com o comportamento superveniente das partes *in* Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 207-210.

⁴⁰⁰ É o que se depreende da posição recente do STJ, no julgamento do REsp nº 1.374.830/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe 03/08/2015, em que, baseado no princípio da boa-fé, entendeu, em ação que visava a cobrança relativa à não aquisição de cotas mínimas em contrato de distribuição de combustíveis, inviável a cobrança quando houve tolerância da infringência por dilatado período de tempo. Da ementa do acórdão se extrai que “Segundo o instituto da *suppressio*, o não exercício de direito por seu titular, no curso da relação contratual, gera para a outra parte, em virtude do princípio da boa-fé objetiva, a legítima expectativa de que não mais se mostrava sujeito ao cumprimento da obrigação, presente a possível deslealdade no seu exercício posterior. 4. Hipótese em que a recorrente permitiu, por quase toda a vigência do contrato, que a aquisição de produtos pelo posto de gasolina ocorresse em patamar inferior ao pactuado, apresentando-se desleal a exigência, ao fim da relação contratual, do valor correspondente ao que não foi adquirido, com incidência de multa. Assim, por força do instituto da *suppressio*, não há ofensa ao art. 921 do Código Civil de 1916”.

⁴⁰¹ Paula Forgioni indica que esta “imprecisão da expressão do acordo” seria a terceira causa de manifestação da incompletude contratual, além da desnecessidade e impossibilidade *in* Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 72

⁴⁰² *Idem* p. 301-303

⁴⁰³ Segundo Steven Shavell (Foundations of Economic Analysis of Law. Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 303-304): “Incomplete contracts that do not contain literal gaps always

ter presente, o que poderia ser um estímulo à negociação privada para a solução da lide ou demais soluções heterônomas, em face da incerteza e desgaste inerentes ao litígio⁴⁰⁴.

De fato, a integração contratual pode causar alguma divergência quanto ao seu efetivo conteúdo, pois, caso submetida a uma corte, dependerá da subsunção de um terceiro, que possivelmente tem menos condições de compreender o que as partes teriam acertado àquele respeito, mas que conta, ao menos, com a isenção para proceder a esta análise. Não se pode negar que a integração contratual tem a força de impor às partes obrigações que não foram expressamente contratadas⁴⁰⁵, e que, mesmo quando não prescreve condutas diretamente, permite a interpretação das lacunas deixadas no contrato, para atingir um “regulamento completo”⁴⁰⁶. O fato é que os contratos são efetivamente incompletos, mas a característica não importa em uma análise depreciativa, pois, sob uma perspectiva tanto macro quanto microeconômica, se mostra desejável na medida em que reduz custos transacionais. De qualquer modo, a existência de barreiras inerentes a uma contratação perfeita transfere ao Direito positivo a missão de “criar o quadro de incentivos que faça os contratos incompletos aproximarem-se do funcionamento dos contratos completos e Pareto-eficientes”, conforme preceitua Fernando Araújo⁴⁰⁷.

3.3 Por que é desejável? (ou “A falsa dicotomia entre eficiência e justiça”)

A crítica à *Law and Economics* refere-se também à suposta dicotomia entre justiça e eficiência. De fato, a análise econômica do direito não possui o condão de definir o que é ou não justo, bem como diferir o certo do errado, uma vez que se tratam de conceitos valorativos e, portanto, subjetivos⁴⁰⁸. Ainda assim, Schäfer e Ott

involve such ambiguities about the parties' real desires, so that the need for judicial interpretation is not clear, and the possibility that courts would err in determining what the parties want may increase as a consequence.”

⁴⁰⁴ PINHEIRO, *op cit*, p. 245.

⁴⁰⁵ FORGIONI, Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 189-191.

⁴⁰⁶ ROPPO, Il Contratto, *op cit*, p. 460-461.

⁴⁰⁷ ARAÚJO, *op cit*, p. 696.

⁴⁰⁸ GICO JR., *op cit*, p. 27.

sintetizam com clareza a paradoxal relação entre eficiência alocativa e justiça, e como esta depende daquela:

Uma sociedade é considerada eficiente se, e apenas se, de acordo com as dotações dadas, não for mais possível melhorar a situação de nenhum indivíduo sem que nenhum outro seja prejudicado. Em outras palavras, dados os recursos inicialmente disponíveis e a sua alocação, os membros de uma sociedade atingiram o mais alto nível de utilidade. Deve estar claro que a sociedade com instituições eficientes e um sistema legal não é necessariamente justa. Deve ser o caso que se deva aceitar a perda de eficiência para atingir determinados objetivos normativos. Uma sociedade completamente ineficiente é, entretanto, uma sociedade injusta.⁴⁰⁹

O argumento é semelhante ao que foi adotado, no Brasil, por Ivo Gico Jr., *verbis*:

Se os recursos são escassos e as necessidades potencialmente ilimitadas, todo desperdício implica necessidades humanas não atendidas, logo, toda definição de justiça deveria ter como condição necessária, ainda que não suficiente, a eliminação de desperdícios (i.e., eficiência). Não sabemos o que é justo, mas sabemos que a ineficiência é sempre injusta, por isso, não consigo vislumbrar qualquer conflito entre eficiência e justiça, muito pelo contrário, uma é condição de existência da outra.⁴¹⁰

Ainda que a eficiência possa ser o critério norteador da criação legislativa e da interpretação jurídica, não significa que os demais devam ser excluídos. Para que haja eficiência, é necessária previsibilidade e confiança institucional, o que só é garantido através de segurança jurídica, pois, sem ela, é difícil imaginar um cenário que possa estimular a eficiência econômica, demonstrando a interdependência entre os conceitos. Ainda, no caso de haver contraposição entre eficiência e segurança jurídica para a interpretação de determinada norma já existente, esta deve prevalecer, pois sem ela a primeira também desaparecerá⁴¹¹.

⁴⁰⁹ SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 8. Tradução livre do original: "A society is considered efficient if, and only if, under the given endowments it is no longer possible to improve the welfare of any individual and at the same time no individual had been made worse off. In other words, given the resources initially available and their allocation, the members of a society have achieved the highest possible level of utility. It should be clear that a society with efficient institutions and a legal system is not necessarily just. It may be the case that one has to accept a loss of efficiency in order to achieve particular normative goals. A completely inefficient society is, however, an unjust one."

⁴¹⁰ GICO JR., *op cit*, p. 28.

⁴¹¹ Em sentido contrário, SCHÄFER e OTT reconhecem que o conflito entre princípios não significa que um deva necessariamente prevalecer, mas sustentam, exemplificativamente, que seria irrazoável manter uma decisão judicial sob o argumento de que prestigiaria a segurança jurídica se uma

A segurança jurídica é um estágio em que há confiabilidade nas instituições e na lei, marcada pela previsibilidade, devendo ser este, em conjunto com a eficiência, um objetivo do ordenamento e dos aplicadores do direito. Por esta razão, a adoção de critérios subjetivos e não-abstratos, como a “justiça”, deve ser evitada, como prudentemente alertam de Galeski Jr. e Ribeiro:

*(...) a elaboração e interpretação do Direito deve se dar de forma determinável, sendo defesas concepções não-uniformes, como o ideal de justiça, sob pena de se comprometer a segurança e a previsibilidade das relações.*⁴¹²

Evidente que não se pretende defender a criação de um sistema ou uma sociedade injusta. De fato, a definição de justiça é tormentosa⁴¹³, uma vez que não se trata de um conceito abstrato, mas sim de uma expressão que depende de interpretação com alta carga axiológica para fazer sentido; em verdade, suas diferentes acepções permitem o desmembramento entre justiça formal e material. A concepção no seu aspecto material⁴¹⁴ é aquela feita no caso concreto, através de um senso subjetivo entre o certo e o errado, permeado muito mais por julgamentos morais do que por necessariamente por normas positivadas no ordenamento jurídico. Por outro lado, a justiça formal materializa-se no tratamento equânime de todos e respeitando as normas vigentes e conhecidas, utilizando-se conceitos claros e que não dependam de apreciações subjetivas, marcado, portanto, por igualdade, clareza e previsibilidade; poderia ser chamada também de justiça objetiva.

mudança de entendimento deixaria a sociedade em melhor situação, *op cit*, p. 8. Evidente que há hipóteses em que se admite a relativização da segurança jurídica, mas apenas em escala ínfima, como a alteração de entendimento jurisprudencial, que faz parte do próprio processo evolutivo do Direito. O argumento dos autores, todavia, parece simplista, tanto pela dificuldade de discussão genérica, e não em caso concreto, como pelo fato de que qualquer circunstância que retire a segurança jurídica é nociva, em algum grau, à sociedade; outrossim, a segurança jurídica é o pressuposto de um ordenamento jurídico e instituições confiáveis, sendo justamente a confiança elemento chave para o desenvolvimento do mercado, o qual trará, ainda que não imediatamente, benefícios sociais pelo desenvolvimento econômico.

⁴¹² RIBEIRO & GALESKI JR., *op cit*, p. 79.

⁴¹³ POSNER, *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 35.

⁴¹⁴ Esta perspectiva é apresentada por Fernando Araújo sob o nome de “justiça correctiva”, a qual surgiu como uma forma de restabelecer a justiça comutativa e que se baseia em comparações binárias e intersubjetivas, “de acordo com princípios de uma moral particular, ocasionalmente casuística até (...)”, *op cit*, p. 490-490.

Dentre ambas, é defensável que a justiça formal é a que deve ser perseguida⁴¹⁵, pois é a que garante isonomia e segurança jurídica, demonstrando a maior proximidade com o texto constitucional⁴¹⁶. Além disso, conduz a um sistema que preza pela previsibilidade, elemento decorrente da superior de segurança jurídica e que favorece a dinâmica das relações econômicas⁴¹⁷, estimulando a eficiência macroeconômica para a persecução das políticas públicas. Tais fatos evidenciariam que a eficiência e a justiça, como já apontado, não são conceitos contraditórios, mas que convivem harmonicamente e, mais que isso, cuja coexistência é desejável dentro de uma sociedade, promovidos pelo ordenamento jurídico e instituições fortes e confiáveis.

É importante salientar que mesmo Richard Posner, um dos expoentes da análise econômica do direito, reconhece que, quando se trata de justiça, nem todas as escolhas normativas podem ser explicadas matematicamente pela economia⁴¹⁸; de fato, conforme sustentado por Schäfer e Ott na passagem supratranscrita, é necessário, por vezes, abandonar a eficiência a fim de promover outras políticas públicas. Tais perspectivas, entretanto, não são capazes de invalidar a prevalência da perspectiva objetiva de justiça, na medida em que esta permitirá um maior grau de isonomia e segurança jurídica – objetivos de qualquer sociedade – que ficariam prejudicados por alguém que defendesse uma noção radical de justiça material no caso concreto a qualquer custo, aproximando-se perigosamente de um “justiceiro” na mesma medida em que se afasta da efetiva “justiça”. As hipóteses suscitadas pelos autores são restritas e, ao adotar tais medidas, os governantes devem estar

⁴¹⁵ Justiça formal e material diferem entre si pelo subjetivismo da primeira e abstração da segunda. O conceito de justiça material, aquela feita no caso concreto, deve ser evitado, sob o risco do magistrado que pretende ser justo acabar se tornando um justiceiro. Já a justiça formal é salutar ao sistema, pois consiste no tratamento igualitário a todos, aplicando-se isonomicamente as regras, garantindo a segurança jurídica e confiabilidade institucional, por mais que isso venha a ferir circunstancialmente um “senso de justiça” subjetivo. Como exemplo, imagine-se que há provas de que um político praticou atos de corrupção lesivos ao erário, mas que tais provas foram obtidas de maneira ilícita. Justiça material seria a condenação do agente, pois não pairam dúvidas de que praticou o ato ímprobo, já que há provas irrefutáveis do fato. Contudo, a Constituição Federal veda o uso de provas ilícitas, de modo que a justiça formal seria a sua absolvição. Em outras palavras, a justiça formal é o que impede o arbítrio, que conduziria a estado de incerteza e inconfiabilidade, situações que a Constituição de 1988 visivelmente tentou abolir.

⁴¹⁶ A vedação, pela Constituição, da utilização de provas ilícitas, *ex vi* art. 5º, LVI, é um exemplo claro disso. Ainda que se tenha uma prova ilícita não deixe dúvida que, em dado caso, o suspeito é culpado de um crime, não há como condená-lo, o que mostra a preferência constitucional pelo conceito de justiça formal à material.

⁴¹⁷ RIBEIRO & GALESKI JR., *op cit*, p. 79.

⁴¹⁸ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 35.

cientes que se afastam da eficiência em nome de um outro objetivo, sempre de acordo com o texto constitucional e legal. Ainda que visem a fins nobres, tais políticas não podem ser tomadas de forma irresponsável, sob pena de configurarem medidas de caráter populista, sem sustentação econômica no mercado e nas forças do próprio Estado, e cujos efeitos podem acabar se tornando nocivos a longo prazo pelo enfraquecimento do ambiente de mercado, tornando-o pouco atrativo a investimentos e causando uma gradual queda econômica.

Neste sentido, a eficiência se apresenta como desejável método interpretativo quando a simples apreciação semântico-litera não se mostrar suficiente à subsunção da norma ao caso concreto. Inobstante, também se revela como um critério norteador seguro para o processo legislativo, já que proposições valorativas não podem ser testadas ou invalidadas, não passando no teste científico, diferentemente do que ocorre com as teorias econômicas e a própria eficiência alocativa, que são postas à prova⁴¹⁹, podendo-se diferenciar e eleger as hipóteses que apresentam os melhores resultados para a consecução dos objetivos almejados. A este respeito, Ivo Gico Jr. refere que em sociedades com distribuição de renda tão díspares, que dificultam ainda mais a adoção de um critério ético dominante que permitiria, com razoável aceitação pela sociedade, diferenciar o que é justo do injusto, “a eficiência seja utilizada como uma aproximação (*proxy*) da justiça”⁴²⁰.

Além disso, não se pode olvidar que existe atualmente no Brasil o princípio da função social dos contratos. Dotado de tanta vagueza conceitual quanto o conceito de justiça, sua interpretação foi objeto de estudos por parte da doutrina, que entenderam pelo fim do instrumento contratual sob uma perspectiva individualista, o qual está inserido no bojo do mercado e da sociedade, e cujos efeitos se expandem para além dos contraentes⁴²¹, razão pela qual deve ser interpretado sob um viés coletivo. A este respeito, Anelise Becker, em estudo sobre a força vinculativa dos contratos, assim conclui:

⁴¹⁹ GICO JR., *op cit*, p. 29.

⁴²⁰ *Idem, ibidem*.

⁴²¹ A função social do contrato, em cotejo com a análise econômica e, especialmente, a quebra eficiente do contrato, será abordada nos itens 4.7.1 e 4.7.2 adiante.

*Hoje, quando a vontade, até há pouco considerada a viga mestre do edifício contratual, cede a cada dia mais terreno à noção de equivalência objetiva, mantém-se o respeito à palavra dada desde que o contrato seja útil e justo: a liberdade contratual deixa de ser considerada como um valor em si, para tornar-se um instrumento daqueles que são os valores superiores: a justiça e a utilidade social.*⁴²²

Por certo que “justiça” e “utilidade social” são expressões de grande amplitude conceitual, já que admitem uma série de interpretações distintas entre si. Entretanto, também é possível estabelecer um liame entre a eficiência aqui descrita e a “utilidade social” referida. Isso porque a eficiência é justamente a alocação adequada de recursos, cujos benefícios revertem, mesmo que indiretamente, a toda sociedade. A partir desta perspectiva, a análise econômica do direito, sobretudo no ramo da teoria do contrato, a despeito de seu viés marcadamente utilitarista, “privilegia os efeitos públicos das soluções propostas”⁴²³, mostrando a sintonia com a função social do instrumento contratual. Com isso, a eficiência mostra-se como um caminho seguro ao aplicador do direito, que não conflita com a ideia de justiça, até porque serve, na maioria das vezes, como método interpretativo a suportá-la, eliminando qualquer ideia equivocada de dicotomia ou incompatibilidade entre estes conceitos.

3.4 Críticas

Não se ignora que a utilidade da convergência econômica para a interpretação jurídica está longe do consenso, encontrando muita resistência entre juristas⁴²⁴. De fato, os modelos clássicos de ensino econômico, permeados por incógnitas e gráficos, como não é raro encontrar na doutrina seminal, não são exatamente convites à aceitação do paradigma econômico para aplicação no direito, considerando que juristas normalmente são avessos a estes instrumentos matemáticos, o que acaba por dificultar a sua difusão. Todavia, a análise econômica do direito pode ser utilizada sem a aplicação técnica-matemática, contanto que haja compreensão dos conceitos envolvidos e se saiba avaliar quais condutas são

⁴²² BECKER, Anelise. Teoria geral da lesão nos contratos. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 54

⁴²³ ARAÚJO, *op cit*, p. 490-491.

⁴²⁴ Como identificado por POSNER, *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 34.

desejáveis para promover a eficiência, passando à previsão dos estímulos que devem ser criados para favorecer as tendências comportamentais almejadas.

A própria doutrina jus-econômica identifica alguns pontos que foram objeto de crítica, como o marcado viés utilitarista da teoria⁴²⁵, embora entenda que este comportamento produz efeitos positivos à sociedade, visto que mesmo a eficiência individual produz benefícios coletivos, na medida em que evita o desperdício. Já Richard Posner, além de superação da crítica quanto à eventual incompatibilidade com a ideia de justiça, também refere a crítica à doutrina de que as premissas normativas da *Law and Economics* seriam inaplicáveis na prática, pelo fato de o direito supostamente priorizar normas sociais fundamentais, objeção que o autor desafia sob o argumento de que a eficiência certamente é um dos elementos cuja consideração é necessária dentro do sistema ético de sociedade baseada em uma economia de mercado⁴²⁶, mesmo para a promoção destes objetivos sociais.

Galeski e Ribeiro Junior sintetizam outras críticas ao arcabouço teórico da *Law and Economics*:

Compiladas as críticas, eram basicamente as seguintes: considerando que a eficiência na aplicação do Direito é o objetivo da Análise Econômica do Direito, quanto aos direitos de propriedade não poderia se defender tal enfoque, porque sempre haveria uma possibilidade de alocação de recursos mais eficiente, o que ficou conhecido como a tese circular da eficiência; em segundo lugar, não é possível pôr à prova de refutação a tese da eficiência, pois não é possível prever quais são os custos possíveis na alocação dos recursos para um estado mais eficiente, ou seja, a própria passagem pode redundar em uma alocação menos eficiente pelo custo incidente e ainda não previsto; a terceira crítica se refere ao caráter naturalmente estático que deve ter a solução eficiente, uma vez que encontrada, deve ser mantida, o que contraria a dinamicidade do sistema jurídico, que muda de acordo com os valores da sociedade; a quarta crítica advém dos adeptos da Escola Austríaca, no sentido de que é impossível encontrar um critério de eficiência com base em medir as “perdas” e “ganhos” das pessoas, pois esses conceitos são subjetivos e não pode ser mensurados; a quinta, versa sobre a impossibilidade de estabelecer uma lógica que justifique o porquê do sistema da Common Law ser considerado mais eficiente, tendo em vista que os juízos, no mais das vezes, não se atentam para tal critério em suas

⁴²⁵ MACKAAY & ROUSSEAU reconhecem que a doutrina os coloca “sob óptica próxima do utilitarismo e nos expomos às objeções de quem se opõe a esta filosofia” in *Análise Econômica do Direito*, *op cit*, p. 12.

⁴²⁶ POSNER, *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 34.

*decisões; por fim, a sexta crítica é no sentido de que, ainda que o núcleo comum das decisões na Common Law possa refletir uma eficiência lógica, algumas legislações modernas têm um óbvio propósito redistributivo (e eficiente) como reflexo das exigências dos cidadãos em relação aos seus representantes eleitos.*⁴²⁷

Conforme referido, o objetivo deste capítulo era apenas a apresentação de um panorama geral da *Law and Economics*, expondo alguns conceitos fundamentais da sua aplicação ao direito contratual, a fim de fixar as premissas teóricas fundamentais para a compreensão da quebra eficiente do contrato, que será exposta no próximo capítulo. Em função disso, não caberia aqui proceder à abordagem de todas as vertentes da análise econômica, tampouco ao enfrentamento de suas respectivas críticas. Ainda assim, relevante mencionar que o desenvolvimento da teoria jus-econômica levou Mackaay e Rousseau a afirmarem que é a corrente intelectual que mais influenciou o mundo jurídico norteamericano nos últimos cinquenta anos, de modo que, mesmo que se discorde de suas premissas, metodologia ou conclusões, não pode ser ignorada e completamente esvaziada.

Seguramente que posições mais radicais, em qualquer doutrina que seja, ensejarão maior resistência à sua difusão e aceitação, não sendo diferente com a *Law and Economics*; da mesma forma, será muito difícil explicar todos os fenômenos jurídicos por meio desta abordagem. Talvez o que falte para uma aceitação ainda maior do paradigma seja uma abordagem mais ponderada – considerando que a relativização de algumas posições radicais seja justamente parte do processo evolutivo da doutrina – como fizeram Schäfer e Ott na passagem supratranscrita no item 3.3, segundo a qual a análise econômica do direito é desejável, mas sem desconsiderar que será necessário, diante da complexidade social e econômica contemporânea, bem como dos objetivos perseguidos pelo Estado, que se abandone a eficiência em alguns momentos a fim de promover outras políticas públicas que se reputeem mais relevantes naqueles casos determinados.

⁴²⁷ RIBEIRO & GALESKI JUNIOR, *op cit*, p. 62-63.

De fato, nenhuma teoria jamais conseguirá unanimidade⁴²⁸, especialmente quando o objeto de estudo for tão abrangente quanto o presente, pois enfrentará as vicissitudes da confrontação casuística, em que sempre será possível encontrar algum exemplo onde seu emprego soe inadequado. Tal fato, todavia, assim como as críticas⁴²⁹, não invalida suas proposições nem esvazia a abordagem jus-econômica como método, servindo para reflexão e eventual evolução dos institutos em análise, constituindo-se a doutrina sob exame em importante ferramenta de auxílio da interpretação jurídica e de criação legislativa. Além disso, o fato de romper com uma visão tradicional da análise jurídica também causa resistência inicial à sua aceitação. Todavia, o viés pragmático e objetivo mostra-se como uma abordagem interessante para explicar diversos fenômenos jurídicos e estímulos correspondentes, necessários para a previsibilidade da eficácia e eficiência de políticas públicas, inclusive legislativas, mostrando-se ainda mais relevante durante uma época em que se veem crises sociais emergindo no mundo, muitas das quais contribuíram, direta ou indiretamente, para a adoção de medidas que levaram ao inchamento dos Estados – onde não houve a adequada análise da eficiência e capacidade econômica para suportá-las. Assim, dada a importância estrutural das instituições jurídicas, a análise econômica do direito apresenta-se como uma metodologia analítico-funcional do direito útil ao período histórico atual.

⁴²⁸ Maior exemplo é a existência de divergências “internas” entre os próprios defensores da *law and economics*, defendendo diferentes correntes, como é possível perceber quando Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau censuram Richard Posner pela “astúcia” na tentativa de “escamotear a dificuldade” advinda de determinados fundamentos da abordagem, *in* *Análise Econômica do Direito*, *op cit*, p. 12.

⁴²⁹ Como exemplo, este autor possui reservas quanto a alguns aspectos metodológicos da análise econômica da responsabilidade aquiliana – as quais não convém expor aqui –, o que não invalida o seu estudo ou premissas, tampouco importa em crítica à integralidade da teoria, cujas abordagens se mostram deveras úteis à compreensão dos fenômenos jurídicos estudados.

4. A quebra eficiente do contrato (*efficient breach theory*)

Em linhas gerais, a teoria em exame defende o descumprimento das obrigações contratuais quando se verificar que o adimplemento será menos vantajoso do que o desatendimento da obrigação, devendo a parte ter o mínimo de previsibilidade para antever os gastos e benefícios, a fim de apurar o resultado em cada um dos cenários e decidir o que mais lhe convém. Diante disso, não será aplicada apenas mediante o descumprimento de um contrato, dando origem à mora, mas também é possível pelo exercício de uma faculdade extintiva do pacto, como denúncia ou resilição, por exemplo – hipóteses em que não há o risco da parte frustrada requerer o cumprimento forçado do contrato inadimplido.

Pela sua natureza, a teoria tem aplicação em contratos de execução diferida, já que normalmente não há razão para celebrar contratos de trocas instantâneas. Ninguém vai a uma loja de roupas, ou ao supermercado, e faz um contrato para aquela transação; as trocas são imediatas, não havendo que se prever contingências. Mesmo em relações empresariais, as trocas ordinárias não raro prescindem da formalização de um pacto escrito, sendo habitual transações em que a materialização se dê pelo simples envio de uma fatura. Em função disso, convém questionar a razão pela qual as pessoas celebram contratos – utilizada, aqui, na acepção de um instrumento escrito e formal. Para eliminar riscos e incertezas que uma simples combinação verbal poderia trazer? Um contrato escrito possui maior valor do que um acerto não instrumentalizado?

A análise econômica do direito oferece fundamentos para esta reflexão. Steven Shavell, por exemplo, menciona que a justificativa deriva da possibilidade de provisão futura de bens e serviços (admitindo que será desnecessário para bens disponíveis em um mercado organizado), para realocação ou compartilhamento de riscos, como ocorre nos contratos de seguro; para evitar a diferença de opinião sobre eventos futuros; e quando há execução diferida⁴³⁰. Já Cooter e Ulen sustentam que a principal razão é para assegurar a executabilidade⁴³¹, na medida

⁴³⁰ SHAVELL, Foundations of Economic Analysis of Law, *op cit*, p. 296-297.

⁴³¹ COOTER & ULEN, *op cit*, p. 208. Apesar de se tratar de aparente neologismo, “executabilidade” é a expressão utilizada na tradução da obra ao português na edição consultada.

em que a palavra empenhada e o acerto informal não possuem esta prerrogativa, e é essa segurança – de demandar judicialmente na eventualidade de algo sair errado – que se busca. Embora o raciocínio seja compreensível, é possível chegar a outra conclusão, partindo das mesmas premissas: as partes o fazem por uma questão de eficiência. Isso porque mesmo o contrato verbal poderia ser cobrado judicialmente, uma vez que, ao menos no Brasil, é assegurada a liberdade de forma na pactuação, conforme o art. 107 do Código Civil, que encampou o que se tem chamado de *princípio do consensualismo* – a par, claro, das situações em que a lei exige a forma escrita⁴³². A despeito da liberdade de forma, não há paridade entre as mesmas, já que inviável a execução do contrato verbal, pois título executivo extrajudicial não seria na medida em que desatendidos os requisitos formais para tanto⁴³³; ainda assim, seria possível a propositura de ação ordinária, em que seria necessário comprovar judicialmente a existência da própria avença bem como dos termos pactuados, acarretando um maior desgaste de tempo e recursos, o que traria demasiados ônus se comparados à facilidade com que se formaliza um acordo de vontades. Assim, a celebração de contrato escrito, mais do que garantir a “executabilidade”, possui uma eficiente eficácia probatória, pois é uma forma de relativo baixo custo para eliminar possíveis discussões judiciais, o que dependerá, naturalmente, do tipo de transação, do valor do negócio e também das nuances do mercado em que está inserto. Portanto, assume-se que, ao formalizar o contrato cujos termos já foram acertados oralmente, as partes entenderam que o custo transacional para tanto compensa a segurança e até a facilidade que lhes traz⁴³⁴.

De qualquer modo, a teoria da quebra eficiente será aplicada tanto para contratos verbais como escritos, embora se reconheça que sua incidência se dará em maior escala nos negócios empresariais de maior complexidade, até porque diferidos, que ordinariamente são instrumentalizados em contratos escritos. Feita esta introdução, passa-se à exposição do conceito de quebra eficiente do contrato, abordado desde a sua origem histórica e desenvolvimento, expondo seus requisitos,

⁴³² Como é o caso, *v.g.*, dos contratos administrativos, contrato de trabalho e promessa de compra e venda de imóveis.

⁴³³ O CPC garante força executiva apenas ao “documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas”, conforme dispõe o art. 585, II, do CPC/1973, reproduzido no art. 784, III, do CPC/2015.

⁴³⁴ FORGIONI, Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 206.

dificuldades de implementação, sem deixar de expor as críticas à teoria, bem como os cenários em que se verifica sua prática.

4.1 Conceito

Sob a perspectiva econômica, um contrato eficiente é aquele que aumenta a utilidade das partes através da alocação de recursos a quem lhes atribuir o maior valor⁴³⁵. E, naturalmente, quando um contrato é celebrado, os agentes envolvidos, racional ou intuitivamente, entenderam que a assunção das obrigações dispostas na avença era a melhor alocação disponível para cada um deles naquele momento – desimportando, até porque impossível aferir, se o fizeram por raciocínio econômico-financeiro ou para eventual mitigação de riscos⁴³⁶. Ocorre que, após a conclusão do contrato, mas antes ou durante o seu cumprimento, é possível que haja uma alteração de circunstâncias atinentes ao pacto, de modo que a alocação original de recursos se revele não mais vantajosa. O raciocínio desenvolve-se na hipótese de que, se o cumprimento do contrato não for o modo mais adequado para a alocação dos recursos envolvidos – leia-se, os valores para pagamento, o serviço a ser prestado, o bem a ser entregue etc – o fluxograma de eficiência demandaria que o mesmo não fosse cumprido, de modo que estaria se prestigiando a perspectiva funcional do contrato⁴³⁷. Assim, “quando o futuro diverge do que uma parte esperava, esta pode concluir que a contrapartida que irá receber pelo contrato deixou de ser mais valiosa do que a prestação que deve fornecer”⁴³⁸.

A partir destas premissas, apresenta-se a teoria da quebra eficiente do contrato, a qual parte do pressuposto que um contrato só será cumprido quando os

⁴³⁵ SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 321.

⁴³⁶ É o que ocorre, por exemplo, quando uma parte define a venda de um bem. Por vezes, ainda que ache o valor ofertado inferior ao que poderia obter em outra negociação, teme que as propostas mais vantajosas não se concretizem, e que a oferta seja revogada. Nesses casos, o critério de conveniência e oportunidade se sobrepõe ao estritamente econômico-financeiro.

⁴³⁷ Anderson Schreiber defende justamente o exame da “causa em concreto” do porque o contrato foi firmado, de modo que se superaria a forma e conteúdo para se valorizar a função, o porquê da firmatura da avença *in* A tríplice transformação do adimplemento..., *op cit*, p. 15-17. Ora, ordinariamente os contratos são assinados, especialmente os comerciais, para alocar os recursos e, com isso, gerar lucro; se a alocação daqueles recursos se mostrar não mais tão vantajosa quanto originalmente, cai igualmente a função *a quo*, justificando-se a medida também sob esta perspectiva.

⁴³⁸ MAHONEY, *op cit*, p. 155. Tradução livre do original: “When the future diverges from what a party expected, he may conclude that the performance he will receive under the contract is no longer more valuable than the performance he must provide”.

ganhos advindos da sua execução superarem aqueles obtidos pelo seu descumprimento – ou que os prejuízos com esta ação serão superiores aos que incorreria com o adimplemento da prestação. Em face da sua clareza e poder de síntese, reproduz-se novamente a definição fornecida por Richard Posner, já transcrita na introdução deste trabalho:

[Uma] parte é estimulada a quebrar o seu contrato simplesmente porque o seu lucro advindo da quebra excederia o seu lucro se prestasse a obrigação. Ela o fará se o lucro também excedesse a expectativa de lucro da contraparte com o cumprimento da obrigação, e, portanto, os danos advindos do rompimento. Então, neste caso, indenizar os danos não impedirá a quebra do contrato. E nem deveria. É uma quebra eficiente.⁴³⁹

Adotando-se este conceito, a quebra eficiente seria, pois, Pareto superior⁴⁴⁰. 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. Partindo desta mesma perspectiva paretiana de ganhos privados e sociais, através da melhor alocação dos recursos disponíveis, Fernando Araújo exalta o estudo da *efficient breach*, entendendo não “haver mais legítimo candidato ao galardão de «promotor de eficiência» em toda a área dos contratos”⁴⁴¹.

A teoria pressupõe que a aferição da conveniência de romper o contrato, almejando a eficiência, advirá de um cálculo, em que serão considerados todos os custos e ganhos obtidos com o cumprimento, os quais serão contrapostos com o

⁴³⁹ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 151. Tradução livre do original: “[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.”

⁴⁴⁰ Richard Posner reconhece que, nesta modalidade, a eficiência seria paretiana (*idem, ibidem*), a despeito de já ter se manifestado, na mesma obra, pela superação deste critério em favor do conceito de Kaldor-Hicks, *idem*, p. 18.

⁴⁴¹ ARAÚJO, *op cit*, p. 735-736.

resultado decorrente do seu inadimplemento. Para a correta identificação destes, é necessário que a parte que toma a decisão de colocar esta doutrina em prática tenha conhecimento sobre as consequências do descumprimento contratual, bem como sobre a extinção do contrato por uma das partes, devendo estimar a indenização devida à contraparte, elemento essencial no cálculo do custo e conveniência⁴⁴². Além desta, a equação deve contemplar também custos transacionais e demais perdas inerentes, incluindo as subjetivas, como o risco de um prejuízo reputacional. Depois de levar em consideração estes custos, se uma das partes ainda decidir por inadimplir o contrato, é porque os benefícios sociais da quebra excedem os custos sociais⁴⁴³.

Importante referir que, ainda que o conceito se aproxime das premissas da onerosidade excessiva, nem sempre a quebra do contrato decorrerá de uma dificuldade em cumpri-lo. É possível que, após a celebração da avença, sobrevenha uma oportunidade comercial mais vantajosa a uma das partes, e que demande aqueles mesmos recursos já destinados à prestação contratual original, de modo que seria impossível efetuar as duas prestações, tendo-se de optar por uma delas. Assim, a quebra será eficiente se o lucro obtido com o novo negócio for suficiente para indenizar o contratante original (ou “comprar-lhe a liberação” do contrato) e, ainda assim, o resultado ser positivo, gerando excedente econômico.

A doutrina amolda-se essencialmente a contratos sinalagmáticos. Não haveria sentido sustentar e desenvolver uma teoria sobre a possibilidade de inadimplemento e rompimento do vínculo em um contrato que pode ser revogado a qualquer tempo, como é o caso do mandato. Na prática, a quebra eficiente pode acontecer, essencialmente, em dois cenários: através do descumprimento do contrato – o que dependerá de uma cláusula resolutiva expressa, ou que a parte frustrada não exerça o seu direito ao cumprimento forçado e opte pela resolução do pacto – ou pelo exercício de cláusula extintiva, como a resiliatória. Embora se pudesse imaginar o distrato como uma terceira via, tecnicamente não configura uma quebra, embora

⁴⁴² Justamente em função disto que foi apresentado no capítulo 2 um estudo acerca das consequências jurídicas de cada uma das referidas hipóteses, mormente quanto ao alcance da indenização correspondente.

⁴⁴³ BAIRD, *op cit*, p. 58, em clara referência à teoria do custo social, de Ronald Coase. A respeito, v. COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*, *op cit*.

seja uma solução potencialmente mais vantajosa às partes, já que elimina o risco de eventual discussão judicial posterior; nestes casos, a quebra eficiente seria apenas potencial e, a despeito de não ter sido efetivada, foi útil para guiar a parte sobre qual o caminho mais vantajoso. As circunstâncias do contrato e do ordenamento a que ele se submete é que determinarão se poderá ser uma decisão unilateral da parte que promove a quebra eficiente, se há um risco inerente ao inadimplemento ou se dependerá da cooperação entre as partes para que ocorra; em qualquer um dos casos, deverá haver a extinção das obrigações contratuais originárias. Com isso, a expressão “quebra”, quando se trata especificamente da doutrina em tela, deve ser compreendida de forma mais abrangente do que até então tratada, englobando tanto as situações que dizem respeito ao inadimplemento da obrigação contratual como ao exercício de faculdade extintiva, tal qual ocorre na invocação de cláusula que autoriza a rescisão unilateral.

Prudente relatar que a aleatoriedade é, em tese, incompatível com a ideia de alteração das circunstâncias⁴⁴⁴, na medida em que o risco é inerente ao negócio. Ainda, a análise da eficiência deve ser feita sob uma perspectiva macroeconômica, de modo que quebras contratuais, ainda que isoladamente vantajosas, podem se revelar ineficientes em uma perspectiva de escala⁴⁴⁵, como seria, por exemplo, nos contratos de seguro, em que a negativa de adimplir com o valor segurado acabaria, a médio ou longo prazo, levando à extinção do mercado securitário. Assim, a teoria da quebra eficiente não se aplica aos contratos aleatórios⁴⁴⁶.

4.2 Origens

Apesar de não se falar ainda em quebra eficiente do contrato, as premissas teóricas que permitiram o seu surgimento devem-se ao protagonismo de Oliver Holmes no final do século XIX⁴⁴⁷, especialmente na elaboração de uma nova perspectiva da interpretação jurídica, em que defendia o distanciamento entre ética e

⁴⁴⁴ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006, p. 167.

⁴⁴⁵ TIMM, Direito Contratual Brasileiro, *op cit*, p. 197-198.

⁴⁴⁶ Juliana Pela, referindo-se à doutrina de Richard Epstein, aponta que contratos de propriedade intelectual também não se sujeitariam a quebras eficientes *in* PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais *in* Revista Jurídica Luso-Brasileira, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1096.

⁴⁴⁷ SCALISE JR., *op cit*, p. 722.

moral, servindo tal premissa a sustentar a posição de “[o] dever de cumprir um contrato na *common law* consiste em uma previsão de que você deve pagar uma indenização pelos danos se você não o cumprir – e nada mais”⁴⁴⁸. Justamente em função desta visão pragmática, associada ao afastamento de conceitos ético-morais, é que se permitiu interpretar que o “dever” de cumprir contratos seria, na verdade, mais uma opção entre efetivamente cumpri-lo ou pagar os danos correspondentes⁴⁴⁹.

Embora a responsabilidade contratual seja um tema clássico de direito civil, a doutrina credits a Robert Birmingham o pioneirismo na apresentação e sistematização do conceito da quebra eficiente do contrato⁴⁵⁰, em artigo publicado em 1970 sob o título *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*⁴⁵¹. A ideia exposta no ensaio era justamente que a quebra contratual deveria ser estimulada sempre que a parte inadimplente pudesse auferir mais lucros com o descumprimento, contanto que se deixe a contraparte em uma situação idêntica à que estaria caso o pacto fosse cumprido, já que tal medida se aproximaria de um ótimo de Pareto⁴⁵², baseando tais conclusões em premissas de ordem econômica. Mesmo com o desenvolvimento de toda a ideia, o autor em momento algum utilizou a expressão *efficient breach of contract*.

Tem-se notícia que a expressão que veio a representar a teoria foi adotada pela primeira vez por Goetz e Scott⁴⁵³, os quais partiam desta premissa de que no

⁴⁴⁸ 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.” *in* The Path of the Law, *op cit*, p. 76. O artigo foi publicado pela primeira vez na Harvard Law Review, nº 10, em 1897.

⁴⁴⁹ Joseph M. Perillo sustenta que esta visão proposta por Holmes, em verdade, seria fruto de uma interpretação equivocada do seu texto *in* Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference, 68 Fordham L. Rev. 1085, 2000. Todavia, não 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”.

⁴⁵⁰ PINTO, *op cit*, p. 366; MCNEIL, *op cit*, p. 947, nº 2.

⁴⁵¹ BIRMINGHAM, Robert L. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency in 24 Rutgers Law Review, 1969-1970, p. 273-292.

⁴⁵² BIRMINGHAM, *op cit*, p. 284: “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”.

⁴⁵³ GOETZ & SCOTT, *op cit*, como informa MACNEIL, *op cit*, p. 947.

direito contratual moderno inexisteria um dever de cumprir os contratos, mas sim as “opções holmesianas” já referidas, justificando este entendimento pela ausência de danos punitivos pelo descumprimento contratual, circunstância que permitiria esta perspectiva⁴⁵⁴. De fato, o argumento é persuasivo, pois na medida em que as sanções para o descumprimento dos contratos estão previstas na legislação, e por vezes no próprio contrato, caso a parte esteja disposta a suportá-las, nada a impede que tome este caminho.

Obviamente que analogias com o direito penal não são válidas, na medida em que o seu cunho não é compensatório, mas punitivo (comprovado pelo fato de que não prevê o ressarcimento da vítima no crime, que até poderia ser buscado na esfera cível), de modo que não se poderia dizer que, se a parte está disposta a cumprir a pena correspondente ao crime, ela estaria autorizada a cometê-lo. Todavia, nada impede que tome esta decisão conscientemente, caso repare vantajosa. Ainda assim, o que fica desta reflexão é que, 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 medida⁴⁵⁵. 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 punitivos⁴⁵⁶.

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, esta concepção não encontra barreira na maioria dos ordenamentos jurídicos modernos.

⁴⁵⁴ *Idem*, p. 558, nº 19.

⁴⁵⁵ ARAÚJO, *op cit*, p. 739.

⁴⁵⁶ A este respeito, v. 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.

Esta perspectiva se manifesta com maior intensidade na esfera mercantil, em que é da essência da relação econômica a constante celebração de contratos, sejam formais ou verbais, e que, diante da dinamicidade do mercado, podem vir a ser considerados posteriormente como uma alocação inadequada dos recursos disponíveis. Com isso, cabe ao agente resolver, a partir da análise das circunstâncias de cada caso, pela continuidade ou rompimento da relação, suportando as consequências em cada uma das hipóteses. É possível identificar na *praxis* comercial a preocupação com um cenário que permitiria esta flexibilidade aos agentes, verificado pela previsão em contratos mercantis deste tipo de contingência através da inserção de cláusula resilitória, permitindo o “direito de retirada” mediante o pagamento de um valor pré-fixado (cláusula penal compensatória).

Este tipo de raciocínio está umbilicalmente atrelado à atividade comercial, de modo que a teoria da quebra eficiente não inovou em absolutamente nada, vindo apenas a sistematizar sua identificação e forma de apurar a conveniência deste rompimento contratual, o que deve ser feito, para atingir a eficiência almejada, através do atendimento de critérios coletivos, e não individuais, o que poderia inseri-la dentro da função social dos contratos e demonstrando um lado positivo para a quebra contratual.

4.3 Desenvolvimento

Desde a pioneira apresentação de Robert Birmingham, não se passou sequer meio século – o que, sob o ponto de vista jurídico-institucional, é pouco tempo. O conceito apresentado era, até certo ponto, singelo. Ainda assim, por se tratar de um tema de fronteira, chamou a atenção da doutrina, que se dedicou ao seu estudo e permitiu sua evolução acadêmica, seja através de sugestões como de críticas. Ainda que estas venham a ser tratadas no ponto 4.6 adiante, é pertinente destacar dois pontos suscitados por críticos à doutrina que, em vez de enfraquecê-la, permitiram sua evolução, quais sejam, a consideração dos custos transacionais e as dificuldades de estimar os custos do inadimplemento, pois, além da indenização

correspondente, é possível que haja perdas subjetivas, como as reputacionais⁴⁵⁷, cujo arbitramento é tormentoso para o adequado cálculo da conveniência e consequente eficiência da quebra.

Doutrinariamente, diversas foram as contribuições doutrinárias para o aperfeiçoamento e difusão da teoria, inclusive com professores de renome, de onde se podem destacar, no direito anglo-saxão, Richard Posner⁴⁵⁸, Peter Linzer⁴⁵⁹, Richard Craswell⁴⁶⁰ e Steven Shavell⁴⁶¹; na língua portuguesa, o melhor estudo a respeito se deu sob a pena de Fernando Araújo⁴⁶².

Apesar de ser uma teoria que rompe com alguns paradigmas clássicos do direito contratual, especialmente da *pacta sunt servanda*⁴⁶³, não quer dizer que deva ser sumariamente rechaçada; muito antes pelo contrário, pois é ressabido que a evolução do direito só foi possível a partir da revisão de conceitos antigos, que já não condiziam com o contexto político, econômico e social vigente, devendo os institutos jurídicos acompanharem-nos neste desenvolvimento. Nesta toada, é possível traçar um paralelo com o surgimento da cláusula *rebus sic standibus*, a qual também desafiou institutos contratuais clássicos, inclusive a própria força vinculante dos contratos, e hoje é uma realidade jurídica consolidada, inclusive no Brasil⁴⁶⁴; seu desenvolvimento deu origem ao que se chama de “teoria da imprevisão”, e foi uma

⁴⁵⁷ A questão reputacional, de extremo relevo, será abordada com maior profundidade nos pontos 4.7.3 e 4.7.4 adiante, em que será possível verificar as posições da doutrina a respeito, incluindo autores como David Friedman, Steven Shavell, Eric Posner e Max Weber.

⁴⁵⁸ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, cuja primeira edição foi publicada em 1973.

⁴⁵⁹ LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies, *op cit*, publicada na *Columbia Law Review* em 1981.

⁴⁶⁰ Mormente pelos artigos Contract Remedies, Renegotiation and the Theory of Efficient Breach (*in* 61 *South California Law Review*, 1988), Expectation Damages and Contract Theory Revisited (*in* *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 325*, 2006) e When is a Willful Breach 'Willful'? The Link Between Definitions and Damages (*in* *Michigan Law Review*, Vol. 107, 2009).

⁴⁶¹ O tema foi abordado tanto em sua obra *Foundations of Economic Analysis of Law* (Cambridge: Harvard University Press, 2004) como em artigos, v.g., Is Breach of Contract Immoral? (*in* *Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 531*, 2005), Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis (*in* *Texas Law Review*, vol. 84, nº 4, 2006) e Why Breach of Contract May Not Be Immoral (*in* *Michigan Law Review*, Vol. 107, nº 8, 2009).

⁴⁶² ARAÚJO, Teoria Económica do Contrato, *op cit*, p. 735-760.

⁴⁶³ Conforme Peter Linzer (*op cit*, p. 115), “Although these positions conflict with the notion of *pacta sunt servanda* and with the moral view developed above, they do make some sense. People generally enter into commercial contracts and routine labor contracts for purely economic reasons and can therefore be fully compensated with damages for injuries caused by breach.”

⁴⁶⁴ *Ex vi*, CDC, art. 6º, V; Lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), art. 57, § 1º, e art. 65, II d; e Código Civil de 2002, arts. 317 e 478.

resposta ao cenário de instabilidade político-econômica nos períodos pós-guerra⁴⁶⁵. Na verdade, 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 cumprimento⁴⁶⁶.

Além disso, muito mais do que uma questão meramente matemática ou jurídica, o tema é, de fato, relevante para uma abordagem hodierna do contrato, especialmente pela transformação do instituto a partir do gradual afastamento da perspectiva individualista dos contratos, para se aproximar de um viés coletivo-social contratual, mudança que se deu muito em homenagem à sua função social. A este respeito, pertinente a observação de Luciano Timm, para quem a análise econômica do direito se coaduna com esta nova percepção do contrato, *verbis*:

*A existência de interesses coletivos dignos de tutela nas relações contratuais – tão defendida pelo solidarismo jurídico – não é desconsiderada pelo modelo econômico do contrato. No entanto, conforme o paradigma do Direito e Economia, o bem-estar social, em uma relação contratual individualizada, somente pode ser identificado na estrutura do mercado subjacente ao contrato que está sendo celebrado e ao processo judicial relacionado ao litígio a ele pertinente. Vale dizer, a sociedade ou a “igualdade” não são representadas pela parte mais fraca de uma específica relação contratual ou por um demandante no litígio, mas sim pelo grupo ou cadeia de pessoas integrante de um específico mercado.*⁴⁶⁷

A partir daí, pode-se falar que, diante destas modificações na seara contratual verificadas nas últimas décadas, a quebra eficiente insere-se dentro da chamada função social dos contratos, pois é uma medida que gera ganhos além das partes,

⁴⁶⁵ O seu surgimento é creditado a Windscheid e Oertmann, cabendo a Larenz a sua sistematização, através da Teoria das Bases Contratuais. A pressuposição teórica, entretanto, remonta ao Direito Canônico durante a época medieval, mormente por Santo Agostinho e São Tomáz de Aquino, quando se viu a necessidade de flexibilizar as rígidas disposições contratuais em face dos conflitos bélicos da época. Com a estabilidade político-social após a Revolução Industrial e Revolução Francesa, afastou-se a concepção relativista, ressurgindo a concepção clássica da *pacta sunt servanda*, que prestigiava a liberdade contratual. Porém, com novos cenários de incerteza e instabilidade presentes no final do século XIX até o segundo período pós-guerra, voltou ao centro dos debates jurídicos, ganhando força e positividade. No Brasil, ganhou notoriedade doutrinária com Clovis do Couto e Silva (RT 655, 1990).

⁴⁶⁶ Neste sentido é a teoria de Steven Shavell, *in* *Is Breach of Contract Immoral?*, *op cit*, p. 441-445, 448-450. O ponto de vista de Shavell será abordado novamente, com mais profundidade, no ponto 4.7.3.

⁴⁶⁷ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 197.

na medida em que promove uma eficiência coletiva. Não se pode olvidar que, conforme se extrai da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “A função social infringida ao contato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico”⁴⁶⁸. 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.

Além do aspecto doutrinário, o desenvolvimento da teoria da quebra eficiente do contrato passou a contar com respaldo jurisprudencial, mormente nos Estados Unidos. É o caso, por exemplo, do caso *Patton v. Mid-Continent Systems, Inc*⁴⁶⁹, em que Richard Posner, como juiz da U.S. Court of Appeals for the Seventh Circuit, decidiu – e foi acompanhado pelos seus pares – que não se deve barrar uma quebra voluntária quando a mesma se mostrar eficiente, e a indenização devida à contraparte deve se limitar aos efetivos danos, como se vê pelo trecho da decisão a seguir transcrito:

*Mesmo que a quebra contratual seja deliberada, 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, uma quebra eficiente pode ser barrada, e não é o intuito da lei este resultado.*⁴⁷⁰

É possível encontrar, dentro da jurisprudência estadunidense, outros julgados que abordam a temática da quebra eficiente, como em *Northpointe Holdings, LLC v. Nationwide Emerging Managers, LLC*, em que a decisão atesta expressamente que

⁴⁶⁸ STJ, REsp nº 803.481/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 28/06/2007, DJ 01/08/2007, p. 462.

⁴⁶⁹ 841 F.2d 742 (7th Cir. 1988)

⁴⁷⁰ Tradução livre do original: “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”.

“a lei de Delaware reconhece os princípios da quebra eficiente”⁴⁷¹. Todavia, não se trata de uma posição consolidada, mesmo nos Estados Unidos. Por enfrentar algumas concepções contratuais clássicas, naturalmente a doutrina enfrentou resistência à sua aplicação⁴⁷², como se verifica pela posição adotada pela Corte de Apelação do Distrito de Columbia ao julgar o caso *Sundberg v. TTR Realty, LLC*⁴⁷³, em que, após proceder a uma análise doutrinária da quebra eficiente, julgaram contra os apelantes, que alegavam o direito de quebrar o contrato, rechaçando as premissas expostas por Oliver Holmes, *verbis*:

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

⁴⁷⁴

Como se vê, o argumento utilizado tem essência moralista – o que pode ser entendido, sob a dialética jurídico-positivista, como uma petição de princípio –, que configuraria potencialmente uma efetiva barreira ao exercício da quebra eficiente. Todavia, este debate possui pertinência nos ordenamentos que expressamente

⁴⁷¹ Superior Court of Delaware, New Castle County. C.A. No. N09C-11-141 ALR. "2. Id. at 896 (explaining the termination provisions of the Purchase Agreement). Nationwide's termination of NorthPointe was an efficient breach of the Purchase Agreement. Efficient breach is "[a]n intentional breach of contract and payment of damages by a party who would incur greater economic loss by performing under the contract." Black's Law Dictionary 183 (7th ed. 2001). The principles of efficient breach contemplate economic efficiency by "giving the other party an incentive to break the contract if, but only if, he gains enough from the breach that he can compensate the injured party for his losses and still retain some of the benefits from the breach." Restatement (Second) of Contracts, ch. 16, reporter's note, intro. note (1981). Indeed, Delaware law recognizes the principles of efficient breach. *Bhole, Inc. v. Shore Invs., Inc.*, 67 A.3d 444, 453 n.39 (Del. 2013) ("Where a party effectively breaches a contract, the typical measure of damages is a non-breaching party's 'expectation' [damages].") (internal citation omitted); *E.I.DuPont de Nemours & Co. v. Pressman*, 679 A.2d 436, 445-46 (Del. 1996); *NAMA Holdings, LLC v. Related WMC LLC*, 2014 WL 6436647, at *30 (Del. Ch. Nov. 17, 2014)."

⁴⁷² As críticas serão abordadas no ponto 4.6 adiante.

⁴⁷³ *Sundberg v. TTR Realty, LLC*, 11/12/2014, District of Columbia Court of Appeals. No. 14-CV-374

⁴⁷⁴ Tradução livre do original: "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.").

vedam a prática da quebra contratual deliberada, seja pela permissão à parte frustrada de exigir o cumprimento forçado do pacto como pela condenação ao pagamento de indenizações superiores ao dano, como no caso dos danos punitivos. Ainda assim, não se pode negar que a moralidade desempenha um papel importante em determinados mercados – tema que será abordado com mais profundidade no ponto 4.7.3 – notadamente na inquietação que a dualidade entre lei positivada e moral traz a juristas, sob vieses delicados e complexos. Neste sentido, parece-nos sensata a hipótese levantada por Georges Ripert, de que a influência da moral existe no ordenamento, mas não deve se estender além do processo de criação da lei:

*O legislador deve, pois, evitar o papel de moralista. Ele é o técnico encarregado de forjar a regra e de lhe dar a sua sanção. Pesam sobre ele todas as forças morais dando-lhe o seu impulso, mas a regra moral passando pelas suas mãos deve sair transformada e ser apresentada como regra jurídica.*⁴⁷⁵

No caso do Brasil, não se tem notícia da menção expressa à teoria da quebra eficiente em nenhum julgado disponível nos repositórios jurisprudenciais, o que é compreensível, até certo ponto, pela novidade do tema e a sua incipiente exploração pela doutrina nacional. Tais fatos, porém, não significam que não seja possível a sua incidência, sem falar dos casos não judicializados em que pode ter sido colocada em prática, de modo que o capítulo 5 será dedicado exclusivamente à análise da presença ou ausência das condições para a aplicação no Brasil da quebra eficiente.

4.4 Requisitos

Conforme visto, o conceito da quebra eficiente é, em certa medida, simples. Porém, desde a apresentação de uma situação contratual cujas circunstâncias autorizem supor que uma quebra seria eficiente, exige-se a presença de alguns requisitos, como a justa indenização à parte frustrada e a previsibilidade dos custos decorrentes do rompimento do pacto, pois, como a decisão de descumprir ou extinguir o contrato acarreta sérias consequências, é necessário que a parte aja com

⁴⁷⁵ RIPERT, Georges. A Regra Moral nas Obrigações Civis – 2ª edição. Tradução da 3ª edição francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002, p. 387. A despeito de se concordar com o cenário exposto, o autor utiliza-o como exemplo ilustrativo para, depois, recusá-lo, defendendo uma aproximação maior entre direito e moral, mesmo na subsunção da norma.

a segurança de que o cálculo de conveniência esteja correto, já que só assim será possível alcançar a eficiência almejada. Estas condições possuem uma série de especificidades, sobre as quais a doutrina já dedicou considerável atenção, em função da sua importância. Com isso, feita a apresentação da doutrina da quebra eficiente, passa-se à análise dos requisitos nucleares para que a situação em exame se enquadre dentro da teoria.

4.4.1 Justa indenização

Elemento essencial para que a quebra seja considerada eficiente é que a parte adimplente do contrato seja perfeitamente indenizada, ou que haja justa indenização⁴⁷⁶. Seja de uma ou outra forma, os adjetivos que caracterizam – e condicionam – a reparação trazem consigo uma dificuldade ao intérprete, que é justamente estabelecer qual seria o modelo e extensão compensatória adequados. Isto porque, conforme visto no ponto 2.3.3, diversos são os métodos de indenizar, variando em modo e especialmente extensão. Atentos a esta dificuldade, estudiosos do tema dedicaram-se à solução do problema, cientes da relevância da indenização na aferição de eficiência na quebra de um contrato, já que esta classificação só será possível quando o remédio jurídico para o inadimplemento da obrigação for a reparação pecuniária; caso a situação permita ao credor da obrigação exigir-lhe o cumprimento, e o faça, não subsistirá a quebra e a obrigação será, via de regra, adimplida, de modo que a discussão sobre eficiência teria contornos meramente hipotéticos⁴⁷⁷.

No âmbito da responsabilidade aquiliana, a indenização visa a reparar o mal causado pelo ofensor, restituindo a vítima ao *status quo ante*. Nos ordenamentos em que a indenização possui caráter sancionatório-pedagógico, como é o caso de alguns estados norte-americanos, além da reparação do dano efetivamente suportado há condenações em danos punitivos, de modo que a indenização pode ser superior ao valor que restituiria a parte ao estado anterior. No Brasil, por outro

⁴⁷⁶ Parece que seria tecnicamente mais adequado dizer que a indenização deve ser justa, até porque mais factível a justiça objetiva do que a busca pelo montante indenizatório perfeito, inclusive pela notória dificuldade das cortes em arbitrarem uma indenização adequada e satisfatória, como identificado por ARAÚJO, *op cit*, p. 699-700.

⁴⁷⁷ SCALISE JR., *op cit*, p. 726. Sobre as dificuldades impostas pela execução coativa da obrigação, v. o ponto 4.7.1 adiante.

lado, não há previsão de indenização com este caráter punitivo⁴⁷⁸ para as relações pessoais, sendo que a indenização se mede pela extensão do dano, como determina o art. 944 do Código Civil. Assim, na esfera delitual, a indenização deve proporcionar à vítima o retorno ao estado anterior ao dano.

Na seara contratual, existe uma modalidade indenizatória que cumpre função semelhante, chamada de *reliance damages*^{479,480}, em que a parte adimplente seria indenizada pelos gastos e investimentos que teve na expectativa de execução do contrato. Contudo, ao celebrar a avença, as partes almejam uma melhoria em seu status, prevendo que, através do cumprimento das obrigações estabelecidas no instrumento, advenham lucros mediatos ou imediatos, não raro abdicando de outras oportunidades para focar na execução daquele pacto; ou seja, há uma expectativa de ganhos com o cumprimento do contrato, capaz de gerar o excedente econômico cobiçado. Em função disso, a simples restituição dos gastos incorridos até o momento de eventual quebra seria suficiente apenas para reparar os danos emergentes decorrentes do desenlace contratual, mas não abarcaria os lucros cessantes, de modo que se permitiria concluir que, diante da expectativa criada, a parte restaria subindenizada neste cenário. Atenta a esta questão, a doutrina vislumbrou que uma quebra contratual só poderia ser eficiente, pelo prisma paretiano, caso nenhuma parte envolvida saísse prejudicada com a medida, e isso só ocorreria caso as vítimas do descumprimento ou extinção do pacto fossem indenizadas na totalidade dos ganhos que adviriam caso fosse cumprido⁴⁸¹ – que é justamente o conceito de *expectation damages*, a qual compreende a soma entre danos emergentes e lucros cessantes⁴⁸², adotada no Brasil através do art. 475 do Código Civil. De fato, somente assim a indenização será efetivamente “justa”, pois,

⁴⁷⁸ A hipótese de a indenização fugir aos critérios de extensão correta do dano, revestindo-se de caráter sancionatório, ocorre em condenações em Ações Cíveis Públicas. Não se ignora, também, que, a despeito de inexistir previsão legal para danos punitivos e que a indenização mede-se pela extensão do dano, os Tribunais seguidamente valem-se dos danos morais como forma de aplicar o chamado “caráter punitivo-pedagógico” da condenação.

⁴⁷⁹ Abordado no ponto 2.3.3, ao analisar as modalidades indenizatórias propostas por Fuller e Perdue.

⁴⁸⁰ No caso, a expressão *reliance* pode ser traduzida como confiança, sendo que tais danos dizem respeito essencialmente aos investimentos realizados pela parte adimplente decorrentes da confiança de que o pacto seria cumprido

⁴⁸¹ MICELI, *op cit*, p. 71. Douglas Baird, apesar de não afastar a sua incidência, reconhece que a regra de *expectation damages*, como qualquer *default rule*, apresenta eventuais imperfeições *in Reconstructing Contracts*, *op cit*, p. 76.

⁴⁸² SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 326.

mediante a utilização deste critério, seria indiferente à parte frustrada o recebimento da prestação contratual, o seu descumprimento ou mesmo a extinção unilateral do vínculo⁴⁸³; tal circunstância ainda eliminaria qualquer discussão acerca da eventual imoralidade da medida, uma vez que, como sustenta Steven Shavell, admitindo-se que os contratos são incompletos e não contemplam todas as hipóteses possíveis, caso as partes previssem a ocorrência das circunstâncias que ensejaram o interesse pela quebra de uma delas – como seria o caso da maior onerosidade para o cumprimento do que os custos do inadimplemento – teriam acordado pela liberação do cumprimento⁴⁸⁴ - mediante, claro, o pagamento de indenização correspondente.

De acordo com Serenity Wang, o princípio da compensação justa não admite que a reparação seja inferior à integralidade dos ganhos que adviriam do seu cumprimento, tampouco superior a este patamar, residindo justamente neste ponto médio, *verbis*:

Lucros cessantes são concebidos para colocar a parte adimplente 'o benefício da sua contrapartida ao lhe garantir um valor pecuniário que, na medida do possível, o colocará em uma posição tão boa quanto estaria caso o contrato tivesse sido cumprido'. Os danos contratuais são limitados, entretanto, pelas efetivas perdas suportadas pela parte lesada e não podem colocá-la em uma posição melhor que estaria caso a obrigação contratual fosse satisfeita. Este é o princípio da justa compensação, a ideia que a lei apenas concederá os danos pela 'perda ou lesão efetivamente suportada'.⁴⁸⁵

A doutrina, de fato, converteu majoritariamente a aceitação desta regra indenizatória como a ideal não apenas por critérios de justiça, mas também

⁴⁸³ SHAVELL, Steven. Is Breach of Contract Immoral?, *op cit*, p. 441-444, 449-450.

⁴⁸⁴ *Idem, ibidem*. Segundo o autor “under the expectation measure of damages for breach, the seller will fail to perform in the same contingencies as the seller would be permitted not to perform in a complete contract. Accordingly, breach should not be characterized as immoral under our assumptions”. Esta fundamentação será abordada com maior profundidade no ponto 4.7.3 adiante.

⁴⁸⁵ WANG, Serenity. An Austrian perspective on the law of liquidated damages: the case for an all-enforcement rule. 84 Temp. L. Rev., 2012, p. 796. Tradução livre do original: “Expectation damages are designed to give the nonbreaching party “the benefit of his bargain by awarding him a sum of money that will, to the extent possible, put him in as good a position as he would have been in had the contract been performed.” Contract damages are limited, however, by the actual loss sustained by the nonbreaching party and cannot place the injured party in a better position than he would have been had performance been rendered. This is the principle of just compensation, the idea that the law will only award damages for “the loss or injury actually sustained.”

econômicos⁴⁸⁶, na medida em que *expectation damages* promovem a eficiência, pois garantem que a promessa será mantida apenas se o pacto permanecer mutualmente benéfico⁴⁸⁷, de modo que “a regra, além de ser simples, tornaria o mundo um lugar melhor”⁴⁸⁸. Corolário lógico é que quebras contratuais só ocorrerão quando forem eficientes, já que a parte inadimplente internaliza os custos da quebra para a vítima⁴⁸⁹, que não terá qualquer prejuízo, sendo indiferente ao cumprimento ou não da prestação pela regra indenizatória.

Além disso, caso as indenizações fossem em valores inferiores, haveria maior incidência de quebras⁴⁹⁰, 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. Contudo, este cenário induz a um problema de *over-reliance*⁴⁹¹, já que a certeza da indenização conforme os prejuízos não a deteria de realizar investimentos incautos visando à conclusão do negócio, criando um panorama favorável ao *moral hazard*⁴⁹² – de modo que, caso não haja o cumprimento da obrigação, o montante indenizatório será conseqüentemente maior do que se agisse com maior temperança, o que não é desejável sob o ponto de vista da eficiência, diminuindo,

⁴⁸⁶ Posner, a despeito de reconhecer que “the expectation measure is not perfect”, salienta que é a que “may better approximate the victim’s actual economic loss than the reliance measure, as well as produce better incentives”, além de assegurar que o bem acabe nas mãos de quem lhe atribui o maior valor, *op cit*, p. 152-158.

⁴⁸⁷ BAIRD, *op cit*, p. 60. O autor ainda defende que a maior contribuição de Richard Posner para a teoria contratual foi a definição precisa do valor que um inadimplente deve pagar à contraparte, correspondente aos ganhos que teria com o cumprimento da avença, p. 58.

⁴⁸⁸ *Idem*, p. 58. O exemplo utilizado pelo autor é o de que, se uma pessoa tem um contrato para cortar a grama na propriedade do vizinho no sábado, mas as suas habilidades são melhor utilizadas na realização de uma cirurgia cerebral, o mundo estará em uma situação melhor com a quebra da promessa, pois o vizinho poderá encontrar outro para realizar a prestação e o cirurgião poderá cobrir os custos adicionais que o vizinho incorreu, e a vida de uma terceira pessoa teria sido salva. A regra, assim, torna o mundo um lugar melhor.

⁴⁸⁹ *Idem, ibidem*.

⁴⁹⁰ MICELI, *op cit*, p. 64.

⁴⁹¹ *Idem*, p. 73-74.

⁴⁹² ARAÚJO, *op cit*, p. 696. Sobre o conceito de moral hazard, v. FORGIONI, Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 146-147.

consequentemente, as hipóteses da *efficient breach*⁴⁹³. Como solução a este problema, a doutrina sugere a adoção de regras que limitem a indenização por danos⁴⁹⁴, como a adoção de regras de *comparative negligence*⁴⁹⁵, bem como a limitação aos danos previsíveis⁴⁹⁶.

Porém, inerente a qualquer regra indenizatória, a dificuldade de as cortes aferirem com precisão o adequado valor reparatório⁴⁹⁷ se manifesta com maior intensidade no caso de *expectation damages*. Isso porque os julgadores, no arbitramento desta indenização, ainda precisam imaginar o hipotético cenário do cumprimento do contrato, custos a serem descontados e resultados a serem obtidos, operação complexa e que fica ainda mais dificultada pela informações e percepções subjetivas limitadas⁴⁹⁸, sem falar em dificuldades probatórias para que se vislumbre este cenário⁴⁹⁹. Certamente esta missão seria facilitada caso houvesse um substituto equivalente à prestação, o que ocorrerá mais facilmente quando se tratar de prestação fungível. Nesta hipótese, em vez de supor o ganho que adviria da prestação, é possível que a indenização seja correspondente aos custos incorridos para obter a prestação substitutiva, correspondente à diferença de preço acertada mais os gastos incorridos na sua implementação^{500,501}, como prevê o art. 249 do Código Civil para os casos de obrigação de fazer.

⁴⁹³ MICELI, *op cit*, p. 74. Este é justamente o problema das *penalty rules*, pois tanto ela quanto a própria indenização, quando tiverem caráter sobre-compensatório, acabará com o virtual “estado de indiferença”, estimulando, ainda, que a parte que se beneficiaria com o incumprimento dificulte o adimplemento da obrigação.

⁴⁹⁴ *Idem*, p. 84-86.

⁴⁹⁵ Tal regra se mostraria ainda mais eficaz quando aliada à dificuldade probatória em juízo e a regra da onerosidade excessiva, cf. SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 328.

⁴⁹⁶ Chamado na doutrina estrangeira de *foreseen damages*, esta peculiaridade é negligenciada no âmbito do direito do consumidor, onde a obtenção de informações sobre a importância da prestação, quando não é dificultada pela massificação das relações, chega a ser inócua. Todavia, não se pode dizer o mesmo na seara empresarial, em que a troca de informações relevantes é parte importante do processo negocial, especialmente estimulando esta cooperação informacional através desta regra. Assim, se um dos contraentes não revela ao outro detalhes que não seriam estritamente necessários, mas que seriam recomendáveis para deixar a contraparte ciente da importância daquela obrigação, bem como da extensão dos danos no caso de inadimplemento, não pode ser beneficiada por omitir tais dados. Este ponto será abordado propriamente no tópico seguinte (4.4.2).

⁴⁹⁷ ARAÚJO, *op cit*, p. 699-700, SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 326-327.

⁴⁹⁸ GOETZ & SCOTT ainda mencionam que tal arbitramento será objetivo, e não contemplará as compensações subjetivas, negligenciadas pelo mercado, *op cit*, p. 570 e 576.

⁴⁹⁹ É o mesmo problema relativo aos lucros cessantes, já abordado no ponto 2.3.3 supra. A respeito da jurisprudência brasileira sobre o tema, v. nota de rodapé nº 253 supra.

⁵⁰⁰ Esta regra está positivada no art. 75 da CISG: “Se o contrato for rescindido e se, em modo e prazo razoáveis após a rescisão, o comprador proceder a uma compra substitutiva ou o vendedor a uma venda substitutiva, a parte que exigir a indenização poderá obter a diferença entre o preço do contrato e o preço estipulado na operação substitutiva, assim como quaisquer outras perdas e danos

Fica claro que, quando não há cláusula pré-liquidando os danos, há uma dificuldade de encontrar o ponto correto da indenização⁵⁰². De fato, a estipulação de cláusula penal compensatória poderia facilitar o cálculo a ser realizado pelas partes de se seria mais vantajoso cumprir ou não o contrato, em face da suposta previsibilidade dos custos indenizatórios pelo descumprimento ou quebra do contrato, além de permitir que seja arbitrado o valor subjetivo, decorrente da utilidade idiossincrática, da prestação⁵⁰³. Todavia, o ordenamento jurídico brasileiro traz algumas exceções à sua aplicação⁵⁰⁴, as quais fazem com que a confiança na sua aplicação diminua, acarretando novos custos transacionais decorrentes da renegociação e litigância⁵⁰⁵. Poder-se-ia argumentar que a mitigação das penalidades contratuais excessivas poderia favorecer quebras contratuais, porém a redução do montante indenizatório livremente pactuado pelas partes não só traria insatisfação ao credor, como também sua conveniência poderia ser questionada, haja vista a notória dificuldade das cortes em arbitrar indenizações adequadas, mormente pelas barreiras informacionais. Assim, ainda que o novo valor arbitrado fosse reforçado pela chancela judicial, a medida teria chance de ser ineficiente, caso a parte frustrada restasse subindenizada na avaliação objetiva de mercado em que atua.

Ademais, seria possível argumentar que, ainda que as partes tenham convencionado *ex ante* o valor da cláusula penal como sendo aquele com o qual se

exigíveis de acordo com o artigo 74". No mesmo sentido, Peter Linzer (*op cit*, p. 115), invocando a seção 2-712 do Uniform Commercial Code, conclui que a regra compensa o comprador com "the difference between the cost of cover and the contract price, together with incidental and consequential damages". Ainda, BAIRD, *op cit*, p. 65. Tal fato mostra que improcede o exemplo suscitado por Juliana Pela para barrar a aplicação da teoria no Brasil, de que os custos para contratar o substitutivo à prestação inadimplida, especialmente quando houve majoração do preço, como nos contratos de transporte ou contratos futuros, não seriam contemplados pela indenização correspondente *in* "Inadimplemento eficiente"..., *op cit*, p. 1093 e 1098-1099.

⁵⁰¹ Caso a parte frustrada encontre um substitutivo mais barato, os únicos danos seriam os custos transacionais relativos à implementação; seria, outrossim, a materialização de uma quebra eficiente, no que se chama de *win-win situation*. Reconhece-se, porém, que não é corriqueira a concreção fática desta hipótese.

⁵⁰² BISHOP, *op cit*, p. 124.

⁵⁰³ GOETZ & SCOTT defendem conceito semelhante, sustentando que o respeito às indenizações fixadas em contrato permite maior previsibilidade e reduz custos transacionais, da mesma forma que criticam a mitigação e inaplicabilidade pelas cortes de *common law* das *penalty rules*, *in* Liquidated Damages Penalties and the Just Compensation Principle... *op cit*, p. 587.

⁵⁰⁴ Conforme visto no ponto 2.3.4.2.1 retro.

⁵⁰⁵ A este respeito, GOETZ & SCOTT, *op cit*, p. 568, defendem que os custos de transação para efetivar o *just compensation principle* são determinantes para os incentivos de renegociar ou não, sendo especialmente relevantes os custos de litigância.

sentiriam satisfeitas caso a avença não fosse cumprida, não seria insensato pensar que, no curso da sua execução, o mesmo venha a ser considerado por qualquer uma delas como insuficiente, em função de significativas alterações circunstanciais⁵⁰⁶ a que as partes estejam comercialmente envoltas, e que o objeto do contrato tenha se revestido de importância e urgência que não havia antes. Nesta hipótese, a indenização conferida à parte adimplente seria inferior àquela que compensaria adequadamente o credor da obrigação, ou que se poderia chamar de “justa indenização”, o que tornaria *a priori* desatendida um dos requisitos para a *efficient breach*, que é o atendimento da condicional paretiana⁵⁰⁷, já que uma das partes estaria em situação pior se comparado ao cumprimento do contrato. Todavia, deve-se partir da premissa de que, ao negociarem a estipularem a indenização, as partes tinham conhecimento dos riscos e benefícios desta decisão⁵⁰⁸; se uma das partes operou de forma ingênua ou negligente no arbitramento *ex ante* deste valor, não seria razoável e sequer coerente que o ordenamento jurídico a eximisse da responsabilidade livremente assumida, especialmente quando se trata de um contrato mercantil, onde se presume que haja maior diligência e precaução dos seus gestores e agentes⁵⁰⁹. Caso assim fizesse, estar-se-ia sob risco de vilipendiar a confiança depositada pela contraparte, gerando uma crise de confiança institucional que acabaria por acarretar custos de transação ainda maiores. Assim, se as partes estabeleceram livremente que aquele valor contido no contrato era suficiente para indenizá-las no caso de descumprimento da contraparte seria justo mantê-la⁵¹⁰. Além disso, a experiência demonstra que, nos contratos empresariais, a cláusula penal normalmente vem acompanhada de faculdade resilitória ou cláusula resolutiva expressa – cuja natureza, para fins de praticar uma quebra eficiente, se confunde – de modo que, ao inserir este tipo de previsão, o próprio contrato previu a hipótese do rompimento volitivo do vínculo, fosse ele eficiente ou não.

⁵⁰⁶ PELA, *op cit*, p. 1096.

⁵⁰⁷ Seria possível, entretanto, a verificação da eficiência sob o espectro proposto por Kaldor-Hicks. A respeito da importância do conceito de eficiência adotado, vide ponto 4.4.3 adiante.

⁵⁰⁸ "The parties must be assumed to have taken all the expected costs in consideration at the time they elected to negotiate an agreed damages provision" cf. GOETZ & SCOTT, *op cit*, p. 587.

⁵⁰⁹ LUPION, *op cit*, p. 142-145.

⁵¹⁰ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 160, em referência à executabilidade das penalty rules (correspondente à cláusula penal moratória), seguidamente negada nos países de common law, é desejável quando estabelecida livremente pelas partes.

Porém, como já referido, o conceito almejado é o de “justa indenização”, não podendo ser esta mais justa do que o valor atribuído livremente pelas próprias partes, ainda que possa ser inferior ao montante necessário a colocar a parte frustrada no “estado de indiferença” em um dado caso concreto. Além disso, não se pode olvidar que a proteção à confiança também é um método eficiente de redução de custos transacionais⁵¹¹ – embora seja impossível estipular uma regra geral sobre qual seria o mais eficiente, o que só será possível na análise casuística. Assim, para 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.

4.4.2 Previsibilidade

Para que uma parte tome a decisão de efetuar uma quebra eficiente, é necessário que o ordenamento jurídico, bem como o cenário político-institucional do ambiente em que a relação está inserida, forneçam um mínimo de segurança à parte. Isso porque a teoria da *efficient breach*, mesmo que lide com algumas variáveis de alta subjetividade, possui um caráter essencialmente matemático, de

⁵¹¹ MACKAAY & ROUSSEAU, *op cit*, p. 430. Os autores aduzem que “a confiança permite economizar precauções que seríamos levados a adotar se ela não existisse, seguindo a lógica do cálculo racional diante de risco (...). A confiança desempenha importante papel na economia de mercado. Enquanto os agentes econômicos confiam reciprocamente uns nos outros, mais contratos serão concluídos e mais ganhos recíprocos resultarão entre desconhecidos do que se assim não fosse. O bem-estar coletivo aumenta se há melhora da confiança recíproca”. Em abordagem acerca das vantagens da simplificação contratual, ARAÚJO, *op cit*, p. 189-196.

modo que a viabilidade e conveniência dependem da certeza dos valores consequentialistas atribuídos nesta equação, em que as perdas e ganhos devem estar bem definidas – ou com um grau de indefinição relativamente baixo, que permita a decisão racional de correr o risco. Efetivamente, a tomada da decisão dependerá de um cálculo de conveniência, onde serão analisadas, de um lado, o custo e o benefício advindos da prestação da obrigação, contrastados com as perdas e ganhos com o inadimplemento ou exercício de faculdade extintiva.

Diante disso, favorece esta previsibilidade a estipulação *ex ante* da indenização pelo rompimento, mostrando que as cláusulas contratuais que limitam ou eximem o dever de indenizar são desejáveis neste cenário, pois “asseguram às partes um conhecimento prévio das regras que definirão o montante máximo da indenização”⁵¹², o que facilita sobremaneira o cálculo matemático para aferir a conveniência econômica de cumprir o pacto ou de rompê-lo. Não se pode ignorar, por outro lado, que, como a experiência demonstra que poucos contratos são rompidos⁵¹³, seria ineficiente sob o ponto de vista macroeconômico a adoção de tais cláusulas em todos os contratos, pois se mostraria um dispêndio desnecessário de recursos. Ainda assim, a avaliação da conveniência de sua estipulação se dará caso a caso pelas partes, não agregando necessariamente tais custos, mas servindo como um fator de segurança contratual; neste sentido, pode ser interpretada analogicamente como um contrato de seguro bilateral, tal qual preconizou Richard Posner ao sustentar que “se você promete ou o cumprimento ou uma compensação em vez do cumprimento, você está me segurando contra as consequências do inadimplemento”⁵¹⁴.

Todavia, nos sistemas em que não há respeito à autonomia privada das partes na estipulação de tais cláusulas – como ocorre no Brasil, pelo teor dos arts. 410 e 413 do Código Civil, ou nos países de *common law*, quando não garantem a execução de *penalty rules* – as quais são seguidamente mitigadas ou ignoradas pelo Judiciário, cria-se um cenário de incerteza institucional às partes. De fato, a

⁵¹² PERES, *op cit*, p. 42-43.

⁵¹³ USTÁRROZ, *op cit*, p. 171.

⁵¹⁴ POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker *in* Michigan Law Review, Vol. 107, nº 8, 2009, p. 1351.

dificuldade se revela em sistemas que não garantem esta segurança às partes, podendo ser um fator de inibição a quebras eficientes, como sustenta Ronald Scalise Jr.:

*Em uma jurisdição na qual a aferição dos danos não está adequadamente desenvolvida na jurisprudência, sendo deixada à determinação do juiz, o cálculo de vendedor será dificultado pela incerteza. [A dificuldade de aferir o montante] adiciona maior incerteza à responsabilidade do vendedor; (...) Estes fatores combinados significam que as ocorrências de uma quebra intencional, e especialmente uma quebra eficiente, provavelmente serão reduzidas e, portanto, menos relevantes.*⁵¹⁵

Ademais, a previsibilidade favorece cenários de confiança institucional, em que as partes se sentem seguras para negociar as previsões contratuais indenizatórias e resolutivas, pois sabem que as mesmas serão cumpridas ou, caso contrário, confirmadas judicialmente. Esta confiança institucional vem acompanhada da sempre desejável segurança jurídica, a qual depende de condições estruturais e econômicas favoráveis e que conduzem a um cenário que favorece as trocas comerciais, em parte decorrente da redução dos custos transacionais⁵¹⁶. Com muita pertinência, Paula Forgioni remete à necessidade de segurança e previsibilidade no Direito como requisito ao estímulo econômico e adequada regulamentação das relações mercantis, concluindo, com apuro, que "os textos normativos devem permitir adequada equação entre necessidade de segurança/previsibilidade e adaptação/flexibilização do direito"⁵¹⁷. Partilha-se deste entendimento, na medida em que é através de uma segurança político-jurídico-institucional que as partes se sentirão respaldadas, sendo que em ambientes onde há corrupção, inconfiabilidade e morosidade judicial, instabilidade econômica e política, não há estímulo para que os agentes do mercado façam investimentos e realizem trocas comerciais.

A falta de previsibilidade não diz respeito apenas a questões conjunturais sobre a indenização, mas também se revela na atribuição de valor às variáveis da

⁵¹⁵ SCALISE JR., *op cit*, p. 748. Tradução livre do original: "In a jurisdiction in which the damage assessment is not well developed in the jurisprudence and is left to the judge's determination, the seller's calculation will be complicated by uncertainty." [A dificuldade de aferir o montante] "adds further uncertainty to the seller's liability; (...) These factors combine to mean that instance of intentional breach, much less efficient breach, are likely to be reduced and thus less relevant".

⁵¹⁶ FORGIONI, Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 102.

⁵¹⁷ FORGIONI, Interpretação dos negócios empresariais, *op cit*, p. 127.

equação do cálculo de conveniência, especialmente quando as mesmas são dotadas de alto grau de subjetivismo ou diante da impossibilidade de serem arbitrados. Exemplo emblemático desta circunstância diz respeito à perda reputacional⁵¹⁸ da parte que quebra o contrato, a qual, embora externa à relação contratual direta, é um fator importante – e, por vezes, determinante – para estimar as vantagens de colocar a *efficient breach* em prática, pois poderá afetar a própria eficiência.

Interessante notar que a doutrina de *Law and Economics* tem especial interesse na previsibilidade dos danos contratuais, verificado pelo assíduo estudo do paradigmático caso *Hadley v. Baxandale*⁵¹⁹, que deu origem à chamada *regra de Hadley*, segundo a qual, sinteticamente, uma parte não pode ser condenada a indenizar a contraparte relativamente a danos além do que tinha ou deveria ter conhecimento. Esta regra foi positivada na Convenção de Viena, art. 74, 2ª parte, que limita as perdas e danos decorrentes de violação de contrato àquelas que “a parte inadimplente tinha ou devesse ter previsto no momento da conclusão do contrato, levando em conta os fatos dos quais tinha ou devesse ter tido conhecimento naquele momento, como consequência possível do descumprimento”. Não seria possível atestar a eficiência global desta previsão⁵²⁰, até porque dependerá de uma série de variáveis que não convém enumerar⁵²¹, mas obviamente que tal dispositivo seria peça importante no comportamento das partes, especialmente na fase de formação dos contratos, por criar um estímulo à divulgação de informações privadas⁵²², como a necessidade da prestação, a efetiva utilidade e o valor atribuído à mesma, reduzindo, por consequência, a assimetria informacional. As efetivas consequências de sua adução, naturalmente, só podem

⁵¹⁸ O tema será abordado propriamente nos pontos 4.6.3 e 4.6.5 adiante.

⁵¹⁹ 1854, 9 Ex. 341, 156 Eng. Rep. 145. No emblemático caso inglês, um moinho ficou parado por conta no problema em uma peça. Em função disso, encomendou a peça do fornecedor, o qual entregou-a com atraso, descumprindo, assim, o contrato. No pleito de danos, Hadley postulou os danos de toda a plantação perdida decorrente do atraso na entrega, ao passo que a Corte limitou os danos àqueles que poderiam ter sido previstos e conhecidos pelo fornecedor, Baxandale porque ele não sabia e não tinha como saber a importância dada pela prestação pontual tampouco a extensão das consequências para o caso de atraso no cumprimento, dados que não haviam sido informados.

⁵²⁰ Para uma análise mais aprofundada sobre a previsibilidade e a eficiência do standard gerado a partir do caso *Hadley v. Baxandale*, v. VAN WIJCK, Peter. *Foreseeability in DE GEEST*, Gerrit (editor). *Contract Law and Economics* (Encyclopedia of Law and Economics, 2nd ed., vol. 6). Northampton e Cheltenham: E. Elgar, 2011, p. 225-238.

⁵²¹ *Idem*, p. 236.

⁵²² *Idem*, p. 226 e 235.

ser avaliadas nos pactos que não contenham cláusula limitadora de responsabilidade, o que a experiência indica não ser habitual no caso de contratos mercantis, os quais normalmente já preveem as consequências, inclusive pecuniárias, para o inadimplemento por meio de *self tailored rules*.

Ainda assim, seria possível questionar o enquadramento da previsibilidade como um requisito à quebra eficiente, pois nada impede que uma parte, movida por impulso e irracionalmente, resolva resilir ou quebrar um contrato, sem averiguar adequadamente as consequências, as quais, posteriormente, após descontar os custos advindos do ato, resultem em uma quebra eficiente. Neste caso, mesmo que não soubesse ou planejasse, a decisão se revela acertada, ao menos sob os aspectos eficiente e econômico. O mesmo poderia ocorrer com uma parte mais diligente, mas que, em um cenário de insegurança, decide arriscar pela quebra, e, ao final, se revela que a decisão foi acertada. Seja de uma ou outra maneira, mesmo que se questionasse a imprescindibilidade da previsibilidade, certamente não se poderia negar que a mesma é altamente desejável, já que favorece a aferição pretérita à quebra da sua conveniência e, conseqüentemente, eficiência, cujo cálculo meticuloso se manifesta com ainda maior intensidade quando consideramos a racionalidade dos agentes envolvidos aos contratos mercantis.

4.4.3 Eficiência – e a importância do seu conceito

No capítulo anterior, foram expostos conceitos essenciais de *Law and Economics*, de onde se destaca a eficiência, sugerindo-a, inclusive, como uma matriz interpretativa da lei para os casos em que a mera leitura semântico-literal não se mostrar suficiente à aplicação no caso concreto, atentando-se para o seu caráter social, haja vista os ganhos coletivos quando medidas eficientes são adotadas. Na oportunidade, também foram apresentadas as duas principais correntes sobre eficiência, justamente a perspectiva de Pareto e a de Kaldor-Hicks.

A doutrina majoritária que abordou o tema da quebra eficiente do contrato, todavia, não indica expressamente qual dos conceitos de eficiência é adotado em suas análises, o que permite uma investigação a partir das premissas conceituais

expostas. Esta identificação afeta sobremaneira os casos que podem ser considerados como eficientes, haja vista que a concepção paretiana exige que nenhuma parte saia prejudicada pela quebra contratual, demandando indenização que a coloque no “estado de indiferença”, ao passo que na visão de Kaldor-Hicks é possível que haja prejuízo a uma das partes, desde que os benefícios às demais sejam superiores à soma dos danos. A partir daí, é possível concluir que, a depender do critério escolhido, poderá variar também a regra indenizatória apta a favorecer quebras eficientes.

Não se pode olvidar, inclusive, que toda eficiência de Kaldor-Hicks é uma potencial eficiência paretiana, pois seria possível à parte que está em vantagem recompor os prejuízos suportados pela adversa – tornando-a, pois, indene – e ainda assim obter ganhos com a situação. Inclusive, conforme já exposto no ponto 3.2.2, a doutrina debate se esta hipótese de reparar a parte lesada seria apenas uma possibilidade ou se, para que fosse considerada eficiente, haveria um dever de fazê-lo, o que se aproximaria da concepção de Pareto, ainda que indiretamente.

Diante disso, a despeito das manifestações de Richard Posner que o critério paretiano de eficiência seria inadequado⁵²³, sustentando a prevalência hodierna da proposição de Kaldor-Hicks, a essência da doutrina da quebra eficiente sustenta-se em premissas notadamente paretianas⁵²⁴. É o caso, por exemplo, da conceituação proposta por Ronald Scalise Jr., segundo quem a teoria da quebra eficiente preconiza que, em alguns casos, quebrar um contrato será tão lucrativo para a parte inadimplente que ela será capaz de compensar a contraparte de modo que nenhuma delas estará em situação econômica pior em relação ao que estariam caso o contrato tivesse sido cumprido⁵²⁵.

A despeito das formulações teóricas propostas pela doutrina, nada impede que se divirja das mesmas, através de novas proposições. Inclusive, em face do movimento de relativização do individualismo do contrato que vem se verificando

⁵²³ O autor chega a sugerir que 90% das vezes em que economistas se referem à eficiência, é ao critério de Kaldor-Hicks, e que as condições para uma situação Pareto superior quase nunca se verificam no “mundo real” *in* Economic Analysis of Law... *op cit*, p. 18.

⁵²⁴ ARAÚJO, *op cit*, p. 735.

⁵²⁵ SCALISE JR., p. 722.

nas codificações modernas⁵²⁶, há um fértil campo para o desenvolvimento de argumentos que se coadunem com esta novel percepção do instrumento contratual pelo seu caráter social. Com isso, ainda que houvesse prejuízo a alguma das partes, um ganho coletivo poderia ser considerado desejável a partir da matriz de Kaldor-Hicks, em face de uma melhor alocação de recursos perante a coletividade⁵²⁷, quando não possível a paretiana. Este conceito, todavia, estaria sujeito a críticas, possivelmente ainda mais contundentes do que as já recebidas pela vertente paretiana da quebra eficiente, na medida em que estar-se-ia defendendo o inadimplemento contratual com o prejuízo a uma das partes, ante o não ressarcimento integral do dano causado pela falta; importaria, em verdade, no sacrifício de um em face de um potencial benefício de vários. Sem entrar no mérito jus-filosófico da proposição, não haveria justa indenização nesta hipótese, ainda que pudesse ser considerada eficiente sob a perspectiva coletiva.

Tal circunstância, 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”. Além disso, em eventual conflito principiológico, a segurança jurídica e a proteção à confiança triunfariam, já que a quebra ainda seria desejável e eficiente. A este respeito, convém reiterar a referência à pesquisa realizada por Wilkinson-Ryan, onde demonstra uma percepção social de que a estipulação de cláusula pré-liquidando os danos é uma autorização, mesmo que tácita, ao seu exercício deliberado⁵²⁸, de modo que não haveria razão para sancionar uma quebra contratual, mesmo que intencional. Em verdade, sob uma perspectiva econômica, quebras voluntárias, mas eficientes, são o

⁵²⁶ LUPION, *op cit*, p. 32-37.

⁵²⁷ De acordo com Thomas Miceli, “Breach of contract is socially desirable when nonperformance yields a greater net value than performance, given the buyer’s sunk investment in reliance”, *op cit*, p. 72.

⁵²⁸ WILKINSON-RYAN, *op cit*, p. 654-655.

mesmo que quebras involuntárias⁵²⁹, não havendo relevância em aferir esta distinção.

A despeito destas construções de eficiência coletiva, que tornaria desejável a quebra do contrato, possivelmente as partes nele envolvidas não partilhem desta visão coletivo-social, bastando que o descumprimento seja eficiente para si, guiando seu comportamento e decisões com base em uma *self efficiency* de caráter utilitarista⁵³⁰. Tal característica se revela ainda mais acentuada nos contratos mercantis, em que o norte da bússola que move os seus agentes é a obtenção do lucro e a satisfação dos acionistas, à frente dos demais objetivos sociais e comerciais⁵³¹. A este respeito, pertinente a referência à Paula Forgioni, que expõe com a habitual lucidez e precisão:

*Ninguém cogita ou pode legitimamente imaginar que empresas “amem o próximo como a si mesmas”; atos de liberalidade são estranhos ao tráfico mercantil. Por ser empresa, entende-se que o ente 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 o seu escopo adiante daquele do parceiro.*⁵³²

Ainda que se pudesse discutir eventual moralidade ou conflito com a boa-fé⁵³³ desta proposição, não há qualquer impeditivo legal a este tipo de comportamento, cabendo tão somente ao próprio mercado o mero desestímulo à prática, caso se entenda efetivamente inadequado, através de mecanismos próprios⁵³⁴. Caso se entendesse indesejável este tipo de prática, só poderiam ser combatidos por meio do ordenamento jurídico com regras indenizatórias mais severas para tais situações – o que não é o caso do Brasil, onde o grau de culpa serve apenas para minorar

⁵²⁹ POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 149.

⁵³⁰ ARAÚJO, *op cit*, p. 736. A respeito, vide, também, GEORGAKOPOULOS, *op cit*, p. 21-22.

⁵³¹ Obviamente que isto dependerá do tipo de empresa, de sua missão e valores, sem falar no nicho de mercado em que atua. Todavia, dentro do ambiente competitivo empresarial, o comum é o “instinto de sobrevivência”, que só será possível com a obtenção de lucro dentro de uma economia de mercado.

⁵³² FORGIONI, Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 112.

⁵³³ Tais tópicos serão abordados com a adequada profundidade nos itens 4.7.2 e 4.7.3 adiante.

⁵³⁴ O tradicional exemplo é o do mercado de diamantes da Antuérpia, em que não há contrato e os negócios são celebrados verbalmente, baseados na confiança da contraparte. Caso haja alguma prática repudiável, ou simplesmente fora dos usos do tráfico, o agente é automaticamente eliminado do mercado, pois ninguém mais negociará com ele.

eventual indenização⁵³⁵, mas não para agravá-la, já que o valor da indenização corresponderá à extensão do dano, ou seja, seu arbitramento levará em consideração o critério do prejuízo da vítima, independente da reprovabilidade do comportamento do ofensor. Todavia, é possível interpretar que a ausência de previsão legal impedindo este tipo de prática importa justamente em uma autorização tácita, não se podendo desconsiderar que comportamentos egoístas no âmbito empresarial sejam não só tolerados, mas por vezes até desejáveis, pois, dentro do ambiente competitivo em que estão inseridas estas relações, permitem a identificação dos mais competentes na consecução dos seus objetivos, gerando uma espécie de “seleção natural empresarial” e estímulos à competência e à própria atividade econômica⁵³⁶.

Assim, nos casos em que uma quebra se verifique eficiente apenas pelo critério de Kaldor-Hicks, sua identificação conceitual seria pertinente para fins judiciais de cálculo indenizatório apenas nos países em que o ordenamento jurídico prevê o pagamento de sanções pecuniárias superiores ao efetivo prejuízo da contraparte, como é o caso dos danos punitivos⁵³⁷, de modo que a caracterização da quebra eficiente poderá ser um relevante subsídio decisório para a limitação desta condenação. No Brasil, entretanto, o sistema não prestigia a função sancionatória, mas sim a meramente reparatória, de modo que a condenação indenizatória limitar-se-á à extensão do dano, não sendo possível superar este valor pela vedação ao enriquecimento ilícito, seguindo as orientações dos arts. 944 e 884 do Código Civil, respectivamente. Todavia, a utilização deste critério poderia servir também como fundamento a barrar o pleito de cumprimento forçado formulado pela parte frustrada, como será abordado no ponto 4.7.1.

Nada impede, é verdade, que se adote uma concepção de quebra eficiente sob o viés de Kaldor-Hicks, justificando-a pela geração de excedente de riqueza,

⁵³⁵ Cf. art. 944, parágrafo único, do Código Civil. Neste sentido, SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção. São Paulo: Atlas, 2012, p. 70-74; e Enunciado nº 46 da I Jornada de Direito Civil do CJF.

⁵³⁶ FORGIONI, Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 112.

⁵³⁷ Richard Posner chega a afirmar que os *punitive damages* encorajam quebras ineficientes (*in Economic Analysis of Law... op cit*, p. 151), sendo esta medida apenas desejável nos casos de descumprimento contratual por seguradoras (*in POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker, op cit*, p. 1354), hipótese em que a teoria da quebra eficiente não pode ser aplicada.

mas não livre de críticas, já que traria prejuízos a uma das partes. Além disso, estar-se-ia contrariando a doutrina clássica que aborda o tema, a qual adota conceitos nitidamente paretianos, critério que, além de poder ser considerado mais conservador e também socialmente aceitável, seria o mais recomendável, especialmente ao se considerar que a quebra eficiente é um tema de fronteira no direito civil, encontrando resistência entre contratualistas ortodoxos⁵³⁸.

4.5 Custos de transação associados

Assim como a teoria jus-econômica dá grande valor aos incentivos criados pela legislação, também os aborda a partir de uma análise dos custos de transação associados, de modo que, ao falar da quebra eficiente, naturalmente devem ser sopesados os gastos operacionais atinentes à prática. Todavia, conforme já salientado, diversos são os fatores que determinam a incidência e extensão destes custos, os quais dependerão sobretudo das características ínsitas ao mercado em que o próprio contrato está inserido e suas disposições, de modo que se torna impossível identificá-los com precisão em uma abordagem teórica. Ainda assim, linhas gerais podem ser traçadas, as quais servirão como guias para uma análise casuística.

De acordo com a teoria econômica, os contratantes se vinculam pelo instrumento através de uma decisão racional e intencional. Durante a formação e execução do mesmo, esta racionalidade conduz a que tomem precauções cujos custos sejam inferiores ao problema que se quer evitar, considerando a probabilidade de sua ocorrência⁵³⁹; ainda que não o façam deliberadamente, o fazem inconscientemente. A partir deste raciocínio, Ejan Mackaay conclui que o direito contratual visa a minimizar o custo de imprevistos e a sua prevenção nos contratos⁵⁴⁰. E um contrato bem desenhado, já antevendo a possibilidade de aplicação do rompimento eficiente, é capaz de reduzir sensivelmente os custos transacionais para esta hipótese.

⁵³⁸ As críticas serão abordadas no ponto 4.6 adiante.

⁵³⁹ MACKAAY, The Law and Economics for Civil Law Systems, *op cit*, p. 421-422.

⁵⁴⁰ *Idem*, p. 424.

É possível identificar na cláusula penal compensatória e na previsão que autoriza a rescisão imotivada os dois elementos *ex contractu* que mais influenciarão os custos transacionais. Nestas circunstâncias, existe praticamente um “direito de retirada” do contrato, cuja contraprestação é o pagamento do valor indenizatório já disposto no próprio instrumento contratual. Assim, não haveria, em princípio, necessidade de formalizar um novo instrumento para o distrato, de modo que bastaria a comunicação à contraparte, da forma prevista na avença, aliada ao pagamento do valor estipulado para dar por encerrada a relação, sendo que os custos, nesta hipótese, seriam possivelmente baixos, correspondendo às despesas para comunicar ou obedecer à alguma outra formalidade que o contrato haja previsto, como notificação extrajudicial, ou a confirmação de ciência da parte contrária. Com isso, faria diferença para a aferição dos custos de transação a previsão existente no contrato e até a disponibilidade do outro contratante, caso o domicílio seja em outra cidade, se recuse a assinar, estatutariamente necessite de mais representantes do que estão disponíveis; enfim, há uma série de maneiras de se dificultar, caso queira, a efetivação da medida, de modo que os custos transacionais poderão sofrer influência direta do comportamento das partes e das previsões contratuais, além de barreiras eventualmente impostas pelo próprio mercado. Fica claro, porém, que a cooperação trará vantagens às partes, sobretudo no longo prazo⁵⁴¹, tendo como efeito a diminuição de tais despesas.

Por outro lado, caso não haja no pacto a previsão destas disposições, os custos transacionais serão alterados significativamente, pois, a fim de evitar um provável processo judicial, a parte em vias de romper o contrato teria interesse em procurar o lado contrário para buscar uma composição e formalizar um distrato – hipótese em que o poder de barganha será polarizado favoravelmente ao credor da obrigação, especialmente se o sistema prever a possibilidade de exigir o cumprimento forçado da obrigação inadimplida; ocorre que isto dependerá, também, da casuística, pois os custos da litigância poderão ser proibitivos, de modo que o silêncio eventualmente favoreça à parte inadimplente, a qual poderá apostar nas barreiras judiciais à satisfação do crédito da contraparte como estratégia mais

⁵⁴¹ FORGIONI, Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 178-181. ARAÚJO, *op cit*, p. 380-385.

conveniente à consolidação de sua posição. De qualquer modo, via de regra, é possível apontar a tendência de que, caso não ocorra a composição amigável para encerrar o vínculo, a matéria seja judicializada, tanto para fixação dos danos como para, eventualmente, obrigar ao cumprimento. Assim, os custos transacionais seriam eminentemente relativos à litigância.

Interessante observar que os mercados que favorecem a comunicação entre as partes, conseqüentemente, facilitam a negociação, de modo que os custos transacionais serão reduzidos nestas circunstâncias. Porém, a repactuação das condições que já foram estabelecidas seguramente trará custos⁵⁴², por vezes altos e que poderão até ser proibitivos, de modo que o acerto extintivo também se torna uma medida distante; assim, caso o rompimento do contrato continue sendo viável (*i.e.*, eficiente), o risco de enfrentar um processo judicial acaba sendo a medida mais atrativa. Assim, a capacidade e pré-disposição da contraparte em litigar também deverão ser consideradas pela parte que pretende descumprir um contrato, as quais poderão ser determinantes para a tomada da decisão de efetuar uma quebra eficiente.

De fato, é possível afirmar que comumente a parte mais significativa dos custos transacionais será referente à litigância que advirá do descumprimento das obrigações contratuais⁵⁴³. Isso porque as despesas atinentes ao debate judicial ou arbitral não costumam ser baratas, pois envolvem a contratação de advogados, o pagamento de custas judiciais, honorários periciais, sem falar no tempo gasto durante esta discussão, o qual, aliado à incerteza de qualquer questão submetida à apreciação de um terceiro, traz consigo a mesma incerteza no que tange ao resultado. Estes últimos elementos, a despeito de não possuírem um valor pecuniário direto, também agregam custos indiretos, como a própria impossibilidade de alocar os recursos de modo eficiente pois devem ser provisionados para um eventual insucesso. A facilidade de ingresso no Judiciário ou os mecanismos de barreira impostos pela legislação terão relação direta com a possibilidade de judicialização da questão.

⁵⁴² MAHONEY, *op cit*, p. 165.

⁵⁴³ RIBEIRO & GALESKI JUNIOR, *op cit*, p. 137.

A verdade é que, mesmo nas hipóteses em que há cláusula de liquidação de danos ou mesmo resilitória, sempre há a possibilidade de uma parte ingressar com uma ação judicial para pleitear a sua majoração ou o cumprimento da obrigação – ainda que o direito não lhe assista. Caso esta hipótese represente um efetivo risco, seria prudente que as partes, diante de circunstâncias em que o rompimento do contrato se mostrasse a melhor solução, tentassem uma composição para o distrato, agregando gastos que, de acordo com o contrato, sequer seriam necessários. Para evitar que isso ocorresse, caberia ao ordenamento jurídico fornecer instrumentos para evitar a litigância frívola, como imposição de multas, regras de sucumbência e até reparação de danos (em que estariam incluídos os custos transacionais) em que o réu injustamente incorreu, de modo que tais condenações funcionassem como desincentivos à prática processual ineficiente.

Da mesma forma, os mecanismos que punem a parte perdedora – caso dos ônus sucumbenciais no Brasil, à semelhança do *fee shifting* norte-americano – também terão protagonismo para averiguar a viabilidade de se ingressar com uma demanda judicial, na medida em que, a depender do quanto se permite ressarcir a parte vencedora, esta poderá ou não estar disposta a ingressar em juízo⁵⁴⁴. Ainda que haja condenação da parte perdedora em custas e honorários sucumbenciais, os patamares módicos com que estes são fixados pelo Judiciário fazem com as partes vencedoras também tenham um custo agregado, em tese, não recuperável. Antevendo isto, poder-se-ia imaginar que os contratos poderiam vir a prever a cobrança de honorários contratuais da parte prejudicada, além da própria verba sucumbencial, como se vê, exemplificativamente, nos contratos de locação, os quais habitualmente contemplam, além das penalidades já previstas para o caso de mora, que o valor do débito seja acrescido de um percentual a título de honorários contratuais do exequente caso seja necessário o ajuizamento de ação judicial. Todavia, é possível notar certa resistência em garantir a exequibilidade de tais disposições⁵⁴⁵, posicionamento que foi alvo de crítica por parte de Goetz e Scott,

⁵⁴⁴ SCALISE JR., *op cit*, p. 752.

⁵⁴⁵ Sobre a posição jurisprudencial brasileira sobre o tema, v. o item 5.1.2 adiante.

para quem os custos de renegociação e litigância serão mais altos quando o sistema não respaldar as penalidades contratuais estipuladas privadamente pelas partes⁵⁴⁶.

Não se pode negar, também, os efeitos reflexos que uma quebra eficiente pode gerar. É o caso, por exemplo, da desconfiança que poderá trazer à parte, ao mercado ou ao ordenamento jurídico, dependendo da frequência e do resultado da prática, sendo notório que a tutela da confiança geralmente promove a eficiência ao reduzir custos transacionais⁵⁴⁷, na medida em que as partes não sentem a necessidade de se proteger excessivamente e buscar todas as informações uma da outra, reduzindo os gastos operacionais durante a negociação, formação e mesmo execução do contrato⁵⁴⁸. Ainda que se possa inferir que mercados instáveis e inconfiáveis acarretam custos de transação, sua aferição e quantificação são inviáveis *ex ante* no caso do rompimento eficiente, dada a subjetividade das variáveis envolvidas e mesmo a racionalidade limitada, que não permite antever com precisão todas as consequências futuras de atos presentes.

Pelo que se viu, os custos de transação não podem ser encarados isoladamente, mas sim de forma conjuntural, já que irão variar de acordo com as características do mercado, as previsões do ordenamento jurídico, o teor do próprio contrato e o poder de barganha de cada contratante. Todas estas circunstâncias serão fundamentais para se prever o comportamento das partes, o qual também influenciará sobremaneira os custos transacionais da operação. Assim, conclui-se que todas as etapas não esperadas do procedimento – ou mesmo esperadas, mas desnecessárias – acarretam custos transacionais que, para os fins da busca pela eficiência, deveriam ser eliminados. Um ordenamento eficiente é aquele cujos estímulos permitem frear medidas ineficientes, sendo, uma delas, a redução dos custos de transação. Diante das dificuldades de aferição *ex ante* destes, o que está ao alcance das partes para se ter ao menos uma estimativa mais realista dos

⁵⁴⁶ GOETZ & SCOTT, *op cit*, p. 587. Sobre a justificativa para a mitigação de danos excessivos acertados privadamente *ex ante*, cf. MICELI, *op cit*, p. 84-86.

⁵⁴⁷ FORGIONI, Teoria Geral dos Contratos Empresariais, *op cit*, p. 95-99.

⁵⁴⁸ Excesso de confiança, por outro lado, também pode trazer prejuízos, como investimentos antes da execução do contrato, pela certeza de cumprimento da contraparte – medida que aumentaria os danos indenizáveis no caso de quebra contratual. A este respeito, v. COOTER, Robert D.; PORAT, Ariel. Getting Incentives Right – Improving Torts, Contracts and Restitution. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2014, p. 97-101.

mesmos é que a análise seja conjuntural entre as soluções jurídicas ofertadas e o ambiente mercadológico-institucional.

4.6 Posições contrárias

É normal que o conceito da quebra eficiente, quando apresentado pela primeira oportunidade, suscite questionamentos acerca das suas premissas teóricas e até da viabilidade prática, muito em decorrência da ideia incutida no pensamento jurídico, e mesmo popular, de que contratos devem ser cumpridos. Todavia, exemplos não faltam de que a evolução do Direito passou a mitigar a rigidez do conceito da *pacta sunt servanda*, como é possível notar pelo surgimento e consolidação da cláusula *rebus sic standibus* nas codificações civis, que pode ser materializada com exemplos como a onerosidade excessiva, advinda da teoria da imprevisão. De qualquer modo, a quebra com um paradigma contratual clássico fez com que o tema fosse objeto de forte oposição, como identificado por Fernando Araújo:

E no entanto este é um ponto de contenção entre os defensores e os opositores da abordagem económica à Teoria do contrato, diríamos mesmo o maior ponto de discórdia – e, para aqueles que resistem à expansão da “Law and Economics”, o “calcanhar de Aquiles” deste paradigma doutrinário: para muitos, tratar-se-ia do encorajamento de uma conduta irresponsável, do apelo à subversão dos termos que historicamente sustentaram a instituição “contrato” e permitiram – e permitem – a sua prevalência quase universal.⁵⁴⁹

As objeções à teoria não se limitaram aos aspectos técnico-jurídicos de sua concepção, incluindo também nuances extralegais, como uma eventual imoralidade da medida. Algumas delas, de fato, pertinentes, serviram para a própria evolução teórica, permitindo a adaptação a fim de adequá-la à realidade prática. Exemplo disso é que, embora a teoria tenha avançado significativamente desde a abordagem inicial proposta por Robert Birmingham, parte da doutrina ainda se apresenta negligente a alguns aspectos relevantes ao tratar da *efficient breach*, como os custos de transação envolvidos. De fato, não raras são as análises que levam em conta cenários onde os custos de transação são inexistentes – circunstância

⁵⁴⁹ ARAÚJO, *op cit*, p. 736.

verificada não apenas na quebra eficiente do contrato, mas em diversas outras abordagens de *Law and Economics*. O recorrente equívoco foi objeto de prudente crítica formulada por Ian Macneil⁵⁵⁰ ao analisar a teoria sob exame, para quem análises livres de custos transacionais não teriam valor no “mundo real”. O autor ainda ressalta que não são apenas os custos inerentes ao negócio específico que definirão se uma quebra poderá vir a ser eficiente ou não, mas sim os custos de transação aplicáveis àquele negócio de acordo com as regras legais e peculiaridades de cada caso, importando, logo, em uma análise conjuntural, *verbis*:

*O modelo deve ser usado ou com todos os custos de transação pertinentes excluídos, com todas as limitações analíticas decorrentes, ou com todos os custos transacionais pertinentes incluídos. De outra forma, a análise não revela nada tanto sobre o mundo real como sobre um analítico-útil mundo místico.*⁵⁵¹

Além disso, significativa parte da doutrina, ao tratar da teoria sob o viés estritamente acadêmico, acabou por distanciar-se da realidade prática – conforme observado pela análise crítica de Daniel Friedmann⁵⁵² e Eric Posner⁵⁵³, que questionam as formulações teóricas sobre a quebra contratual eficiente, demonstrando que, diferentemente de outras áreas, se está longe de uma convergência doutrinária, conforme apontado pelo último⁵⁵⁴.

A maioria das objeções formuladas por Joseph Perillo⁵⁵⁵ foram reproduzidas por Mota Pinto, sendo que este enumerou ao longo de mais de vinte páginas diversas críticas à teoria da quebra eficiente, dentre as quais se pode destacar a prevalência na maioria das codificações continentais da execução específica em face da resolução, a veemente censura do descumprimento voluntário em alguns ordenamentos, punindo-o com maior rigor se comparado ao meramente culposo

⁵⁵⁰ MACNEIL, Ian R. Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky in *Virginia Law Review*, Vol. 68, Nº 5, 1982, p. 952.

⁵⁵¹ *Idem, ibidem*. Tradução livre do original: “[T]he model must be used either with all pertinent transaction costs excluded, with all the analytical limitations that entails, or with all pertinent transaction costs included. Otherwise the analysis reveals nothing about either the real world or about an analytically useful, mythical world.”

⁵⁵² FRIEDMANN, Daniel. The Efficient Breach Fallacy in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 18, nº 1, 1989, p. 1-24.

⁵⁵³ POSNER, Eric. Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?, *op cit*, p. 829-880.

⁵⁵⁴ *Idem*, p. 830. No mesmo sentido, PERILLO, *op cit*, p. 29.

⁵⁵⁵ PERILLO, Joseph M., *op cit*.

(citando os exemplos da Itália e França), a necessidade de prestigiar a força vinculativa do contrato, a fundar a “certeza do cumprimento”, e de “moralizar a atuação do mercado”, fazendo referência à boa-fé, e, por fim, alude que a garantia do cumprimento reduziria custos de transação, sem explicar as razões – embora seja possível presumi-las⁵⁵⁶.

Tal qual as demais, algumas críticas de fato são procedentes. Todavia, não se está a pregar a aplicação irrestrita da teoria, já que se reconhece inviável quando expressamente contrária à lei, ou quando sua vedação é reflexa, por meio da adoção de remédios indenizatórios que inviabilizam a eficiência da quebra⁵⁵⁷. 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, pelo simples fato de ser isoladamente eficiente, mas sim uma teoria que, como bem identificado pelo autor português, está efetivamente entre o descritivismo econômico e o prescritivismo normativo⁵⁵⁸, que tem como objetivo identificar, através do instrumental fornecido pela ciência econômica, o arcabouço teórico para fundamentar a adoção de medidas eficientes pelas partes e também pelo julgador, no processo de subsunção da norma, quando o ordenamento jurídico já lhe permite; ao mesmo tempo, aponta as vantagens de favorecer este tipo de medidas para sugerir eventuais reformas legislativas que se mostrem vantajosas para o melhor desenvolvimento dos mercados.

Em função disso, é preciso relevar a crítica destrutiva, uma vez que os seus apontamentos, em vez de invalidar por completo a concepção acadêmica da quebra eficiente, servem para instigar a reflexão e evolução por parte da doutrina – a menos que os opositores efetivamente identifiquem alguma incompatibilidade insuperável, o que não parece ter sido o caso. Além disso, deve-se ter presente que a abordagem

⁵⁵⁶ PINTO, *op cit*, p. 375-396.

⁵⁵⁷ Como é o caso da *disgorgement*, em que todos os lucros advindos da quebra ao inadimplente sejam repassados ao credor da obrigação, a qual impossibilita quebras eficientes na medida em que não gera excedente de riqueza, cf. SCALISE JR., *op cit*, p. 734-735. Esta é a solução adotada na Alemanha, no §285 do BGB, como informam SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 325

⁵⁵⁸ PINTO, *op cit*, p. 376.

de uma teoria jurídico-comportamental jamais se esgota ou é plena, pois está em constante evolução, devendo acompanhar as alterações da sociedade, conquanto mantenha harmonia com o direito positivado. Com isso, pode-se afirmar que a crítica traz consigo aspectos positivos de justamente testar as hipóteses teóricas levantadas pela teoria da quebra eficiente, o que autoriza o aperfeiçoamento do instituto e garante vasto campo para o aprofundamento acadêmico e posterior aplicação prática. Tem-se um exemplo desta proveitosa crítica na identificação de que a doutrina que defendia a aplicação da teoria comumente negligenciada o cômputo de variáveis não monetárias, como a reputação e a própria consciência moral de algumas partes, no cálculo da eficiência. Estes pontos foram abordados através da pesquisa empírica realizada por Wilkinson-Ryan, que, entre as conclusões, apontou no seguinte sentido:

Entretanto, a premissa econômica de que agentes racionalmente busquem a maximização da riqueza não consegue ponderar importantes valores não-monetários compartilhados e incentivos que amoldam o comportamento de maneira previsível.⁵⁵⁹

Assiste razão à autora na sua conclusão, na medida em que o mercado onde a relação está inserida pode valorizar sobremaneira a reputação, de modo que, caso afeita às concepções clássicas de contrato, possivelmente não toleraria um descumprimento intencional, ainda que fosse eficiente. Isso aponta que a incidência da teoria pressupõe a compreensão e aceitação das suas premissas, o que não raro dependerá, além do mero conhecimento da teoria, também de uma mudança cultural dos agentes⁵⁶⁰, uma vez que a valoração subjetiva de aspectos morais é uma realidade em diversos meios⁵⁶¹.

Não se pode deixar de notar, ainda, o exame crítico realizado por Mackaay e Rousseau, os quais, a despeito estudarem e defenderem das premissas da *Law and*

⁵⁵⁹ WILKINSON-RYAN, *op cit*, p. 633. Tradução livre do original: “However, the economic assumption of rational wealth-maximizing actors fails to capture important, shared, nonmonetary values and incentives that shape behavior in predictable ways”. Dentre as críticas formuladas por Paulo Mota Pinto também está a desconsideração pela perda reputacional da parte que descumpra intencionalmente um contrato *in Interesse Contratual...*, *op cit*, p. 381.

⁵⁶⁰ Fernando Araújo expõe que as normas sociais muito frequentemente constituem barreiras à admissão do incumprimento eficiente, justamente pelo aspecto moral contrário à medida *in Teoria Económica do Contrato*, *op cit*, p. 738.

⁵⁶¹ PERILLO, *op cit*, p. 29-30.

Economics que visam à eficiência, entendem que a adoção da teoria traria consequências indesejáveis sob uma perspectiva macroeconômica:

De prever que a 'ruptura eficaz' produziria sinais perversos para o planejamento dos negócios. Introduz elemento de incerteza contra o qual os interessados desejam tomar precauções ou se garantir. Ou seja, pode minar as normas sociais que, complementares ao direito, asseguram a moldura para o bom funcionamento dos negócios.⁵⁶²

Tal análise, entretanto, parece desconsiderar as absorções do direito civil advindas da teoria da imprevisão, com a qual a quebra eficiente muito se assemelha, e que as partes já levam – ou deveriam levar – em consideração no momento da formação e execução do contrato. A contrastar com este entendimento, bastaria verificar aquele manifestado por Steven Shavell, de que as partes, se a formalização de um contrato completo não fosse impossibilitada pelos custos transacionais e pela racionalidade limitada, teriam acordado pela liberação do cumprimento caso presentes as circunstâncias para uma quebra eficiente⁵⁶³.

Logo, é inegável que a quebra eficiente, como se esperaria de um tema de fronteira, foi alvo de várias objeções. Contudo, 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.

Com isso, passa-se a analisar no próximo item especificamente as potenciais barreiras à *efficient breach theory*, o que irá auxiliar no objetivo descritivo do presente estudo sobre quais as circunstâncias, dentro de cada ordenamento, em que poderá haver o descumprimento eficiente, além de sugerir, como inspiração normativa, os caminhos que a regem, especialmente no que tange aos remédios contratuais, sejam acerca da execução coativa como da extensão indenizatória.

⁵⁶² MACKAAY & ROUSSEAU, *op cit*, p. 491.

⁵⁶³ SHAVELL, *Is Breach of Contract Immoral?*, *op cit*, p. 441-445, 448-450.

4.7 Potenciais barreiras

Uma questão que invariavelmente surge tanto para os neófitos como para estudiosos da quebra eficiente dos contratos são os possíveis óbices que a sua aplicação encontraria dentro dos mercados em que estão inseridos. O fato de romper com o dogma moral de que os contratos devem ser cumpridos, ao defender a inexecução volitiva de um contrato, poderia provocar estranheza naqueles não familiarizados com as raízes e condições do instituto, motivo suficiente para que fossem suscitadas barreiras à sua prática – sendo este desconhecimento uma possível causa de resistência à difusão da teoria.

Tais fatos normalmente vêm acompanhados de questionamentos acerca da viabilidade prática da quebra eficiente, especialmente quando confrontados por questões de ordem ética e moral. É compreensível que, dentro de uma perspectiva conservadora, seja suscitado que o descumprimento intencional de um contrato seria capaz de violar a boa-fé, a qual, ao deixar de ser tendência para virar uma realidade em grande parte das legislações continentais, importaria em um obstáculo para que uma parte descumprisse a avença. Por outro lado, ainda que a teoria parta de premissas com vinculação utilitarista, os conceitos de eficiência adotados possuem nítida inclinação coletivo-social, materializada na preocupação dos seus defensores de que os direitos dos credores das obrigações descumpridas sejam respeitados⁵⁶⁴. Entretanto, decretar uma solução universal sempre traz consigo os riscos de impertinência diante das especificidades de um caso concreto; ainda assim, é inerente ao ordenamento jurídico a apresentação de soluções uniformes. A despeito disso, a complexidade jurídico-social em que se vive torna imperioso que a análise sobre a efetiva viabilidade, bem como eventuais barreiras, não leve em conta apenas aspectos jurídicos, mas também sociais, econômicos, políticos e estruturais, que permitem um espectro conjuntural mais abrangente.

Efetivamente, existem barreiras tanto práticas – *i.e.*, decorrente de provisões contidas no ordenamento jurídico – como frutos de meras convenções sociais. O que será demonstrado é que estas, além de não terem o caráter cogente de uma

⁵⁶⁴ ARAÚJO, *op cit*, p. 737

provisão legal⁵⁶⁵, possuem um campo de influência restrito aos ambientes de mercado que se coadunam com as suas práticas, e que o meio empresarial, pelas características que lhe são peculiares, tolera muito mais as premissas, e especialmente as consequências, da quebra eficiente. Ademais, aspectos estruturais, como os atinentes à segurança jurídica, também emergem, em face da necessária previsibilidade para a apuração racional do cálculo de conveniência e oportunidade, a partir da antevisão dos resultados apurados entre custos e ganhos. Todavia, instituições instáveis, inconfiabilidade judicial, legislação vacilante ou mesmo incerteza política podem dificultar significativamente este cálculo e, inclusive, inviabilizá-lo – sem falar da atribuição de valores a variáveis incomensuráveis, o que é outro ponto tormentoso para a aferição da efetiva eficiência da medida em estudo.

Nos tópicos a seguir, serão aprofundadas estas concepções, a fim de fornecer elementos para identificar as hipóteses em que efetivamente há barreiras ao exercício da quebra eficiente, sejam elas juridicamente cogentes, estruturais ou socialmente convencionadas, ou demonstrando as razões pelas quais não são impeditivos, bem como as hipóteses em que a suposição será meramente circunstancial, dependente, portanto, da casuística. Ainda que os eventuais óbices possuam pontos de convergência, as peculiaridades de cada um dos temas demandam que sua análise seja realizada em itens separados, o que permite o aprofundamento em questões específicas de cada um destes argumentos.

4.7.1 Execução forçada

Tendo a *efficient breach* como premissa a não satisfação do objeto contratual, seja pelo exercício de faculdade liberatória, ou pelo seu descumprimento, imperiosa a análise das respostas que a legislação dá a estas circunstâncias, especialmente em face da possibilidade de execução forçada do contrato (*specific performance*), exposta no Capítulo 2. De fato, sendo a eficiência o objetivo almejado pela teoria, e advindo a mesma do não-cumprimento da obrigação contratual, fica desde já claro

⁵⁶⁵ Max Weber aponta que a convenção social, ao contrário da lei, não conta com o aparato coativo, mas que mesmo costumes, ainda que livre de convenções, possuem importância econômica significativa, ao ditar e também estimular comportamentos *in* Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva – vol. 1. Brasília: Editora UnB. 1991, p. 215.

que uma irrestrita possibilidade de requerer a execução do mesmo importaria em uma potencial barreira à promoção de quebras eficientes^{566,567}.

Ao exercer faculdade liberatória, como é o caso de cláusula resilitória, não há razão para se preocupar com a possibilidade de execução específica, na medida em que foi convencionada pelas partes esta possibilidade como forma de desenlace do vínculo. Por via reflexa, a mesma situação ocorre no caso de o instrumento conter condição resolutive ou cláusula resolutive⁵⁶⁸, em que o descumprimento importa automaticamente na resolução do pacto, devendo ser apurada tão somente a indenização correspondente, de modo que a extinção do vínculo também será, embora indiretamente, uma faculdade da parte, bastando para tanto o inadimplemento da obrigação na extensão e modo dispostos no instrumento.

Todavia, nos casos em que não é possível a extinção direta do vínculo, em que inexistente previsão legal ou contratual para a resilição, bem como ausente cláusula resolutive expressa, a questão apresenta-se tormentosa para a incidência da quebra eficiente. Não tanto nos sistemas de *common law*, é verdade, pois a solução padrão nos casos de inadimplemento contratual é a indenização, admitindo-se a execução forçada somente nos casos em que se considera que a indenização não é o remédio adequado⁵⁶⁹, como se poderia supor nas prestações infungíveis. Entretanto, conforme já referido supra, a legislação brasileira não estabelece uma ordem de preferência entre as soluções ofertadas pelo art. 475 do Código Civil, cabendo ao credor escolhê-las indistintamente, apresentando-se, portanto, como uma possível barreira à quebra eficiente.

Nestas circunstâncias, a parte que está em vias de inadimplir um contrato buscando a eficiência correrá o risco de a contraparte postular o cumprimento da avença. Em face disso, ou fará uma aposta que, diante do descumprimento, a vítima

⁵⁶⁶ “And a general entitlement to specific performance would thwart some efficient breaches” cf. POSNER, Richard. *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 171. Mackaay e Rousseau elencam que a quebra eficiente “pressupõe que as perdas e danos, e não a execução em espécie, sejam a sanção usual para a inexecução” *in Análise Econômica do Direito*, *op cit*, p. 489.

⁵⁶⁷ Paul Mahoney aduz que a execução forçada é, analogicamente, uma sanção punitiva que visa a impedir as quebras contratuais *in Contract remedies: general*, *op cit*, p. 164.

⁵⁶⁸ Sobre o tema, vide o ponto 2.2.3.1 supra.

⁵⁶⁹ MAHONEY, *op cit*, p. 164.

irá requerer a resolução do pacto, ou correrá o risco de que a mesma exija o seu cumprimento, o que potencialmente majoraria os seus custos. Nesta última hipótese, a legislação processual oferece meios coercitivos para compelir ao cumprimento, inclusive com a expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse⁵⁷⁰, quando a obrigação inadimplida for de entregar um bem; em se tratando de obrigações de fazer ou não fazer, o meio coercitivo ordinário é a fixação de astreintes⁵⁷¹. Nestes casos, dado que a coerção é pecuniária, se poderia aventar a hipótese de que, mesmo arbitradas tais penalidades, a parte inadimplente insistisse na sua conduta, a fim de forçar a contraparte a aceitar a resolução do pacto, dando origem a uma verdadeira “queda de braço”. Ainda que este cenário hipotético fosse possível, é altamente improvável que o descumprimento permanecesse como a medida mais eficiente após a contabilização destas sanções, especialmente diante da faculdade dada ao magistrado de alterar o valor ou a periodicidade da multa, a fim de garantir efetividade medida⁵⁷², configurando-se assim em um risco demasiado a quem pretende insistir na inadimplência. Além disso, não se poderia descartar que a vítima da quebra, ciente destas possibilidades, estaria estimulada a forçar o cumprimento do pacto, pois poderia, com a fixação das astreintes, tentar auferir lucros superiores ao que receberia pela via indenizatória originária, em comportamento de discutível oportunismo – e seguramente ineficiente.

Conforme já referido no ponto 4.4.1, somente com a aplicação de um remédio indenizatório pela extinção do vínculo que será possível aferir a eficiência do feito sob exame; caso a parte exerça seu direito de exigir o cumprimento, a discussão da eficiência pelo descumprimento se tornaria estritamente hipotética, sem valor prático⁵⁷³. Contudo, 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-literal, sob risco de gerar insegurança jurídica, a partir do momento em que são tuteladas judicialmente concepções que não derivam

⁵⁷⁰ É o que dispõe o art. 461-A, §2º, do CPC/1973, norma reproduzida no art. 538 do CPC/2015.

⁵⁷¹ Art. 461, §3º, do CPC/1973, que passou a ser regulado nos arts. 536 e 537 do CPC/2015.

⁵⁷² Art. 461, §6º, do CPC/1973, e art. 537, §1º, do CPC/2015.

⁵⁷³ SCALISE JR., *op cit*, p. 726, 729-730.

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 sociedade⁵⁷⁴. Neste sentido, fundado na função social dos contratos⁵⁷⁵, 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 coletivos⁵⁷⁶; 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 conseqüente geração de riqueza.

A confortar esta apreciação, o Enunciado nº 26 da I Jornada Comercial do Conselho da Justiça Federal dispõe que: “O contrato empresarial cumpre sua função social quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial”; muito mais do que não causar prejuízos, a eficiência proposta traz benefícios coletivos⁵⁷⁷. Por outro lado, a análise estritamente literal dos dispositivos pertinentes, sem o auxílio das

⁵⁷⁴ LUPION, *op cit*, p. 32-37.

⁵⁷⁵ Normalmente, a função social do contrato vem acompanhada da boa-fé, já que são as duas principais cláusulas gerais que consubstanciam os princípios sociais norteadores do instrumento contratual. Sobre o tema, *v.* BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos: interpretação à luz do código civil*. São Paulo: Saraiva, 2009.

⁵⁷⁶ LUPION, *op cit*, p. 28-29.

⁵⁷⁷ Na doutrina, SCHÄFER e OTT sustentam que a legitimidade de um contrato advém como cumprimento de sua função econômica, a partir do incremento da utilidade para ambas partes; apenas o não cumprimento desta função – justificado unicamente por um dever moral – que tornaria desejável a intervenção externa no contrato *in* *The Economic Analysis...* *op cit*, p. 296-297.

cláusulas abertas interpretativas⁵⁷⁸, denota uma opção político-legislativa distinta, já que a execução específica reduz as hipóteses de quebra eficiente⁵⁷⁹, seja por não permitir o descumprimento pela parte, que poderá ser obrigada judicialmente a cumprir a prestação, como também pelo próprio risco de ser coagido a fazê-lo no caso de rompimento unilateral do contrato, gerando um *deterrence effect* que pode constranger a própria proposição do inadimplemento de uma parte à outra, mesmo quando poderia ser de mútuo interesse.

Outra saída ao risco do cumprimento forçado advém da hipótese de renegociar com a contraparte⁵⁸⁰, seja para a liberação da obrigação⁵⁸¹ como eventual alteração das condições do contrato, a fim de que o seu cumprimento volte a ser vantajoso a ambas partes neste caso – hipótese em que não subsistiriam as condições à incidência da teoria. No caso do distrato, ainda que seja exitoso, não seria considerado uma quebra eficiente propriamente, por faltar-lhe a unilateralidade no rompimento do vínculo; de qualquer modo, a presença das condições para a caracterização do eventual descumprimento antes da composição a tornaria um “rompimento eficiente potencial” – fator capaz de alterar o poder de barganha das partes durante a negociação. Tal medida é possível em qualquer etapa do processo obrigacional, seja antes da sua execução, durante a mesma ou na iminência de ocorrer uma quebra de contrato. Outrossim, ocorrerá independentemente do teor do contrato ou da regra indenizatória prevista na legislação. A despeito disso, pode-se afirmar que um sistema que permita ao credor exigir o cumprimento forçado da obrigação estimula a renegociação⁵⁸², a qual seria uma saída interessante, dentro da autodeterminação das partes, livrando-as das incertezas inerentes ao resultado

⁵⁷⁸ Como podem ser chamados dispositivos que permitem um maior espectro interpretativo na aplicação das normas e regras pelo magistrado, flexibilizando suas prescrições literais, como se entender ser o caso do dever de boa-fé e da observância da função social.

⁵⁷⁹ ARAÚJO, *op cit*, p. 695, nota 4.072. Em sentido contrário, Thomas Miceli sustenta que mesmo o cumprimento forçado conduzirá à eficiência, vislumbrando-a em um cenário de renegociação *in Economics of the Law*, *op cit*, p. 87-88.

⁵⁸⁰ Paulo Mota Pinto sugere que a renegociação é uma terceira alternativa ao que chama de “dilema holmesiano” das duas opções. O autor, entretanto, mostra-se contrário à proposição de Holmes *in Interesse Contratual Negativo e Interesse Contratual Positivo*, Volume I, *op cit*, p. 391.

⁵⁸¹ William Bishop sugere, analogicamente, que esta operação seria a “compra da liberdade” da parte em relação ao dever de cumprir a sua obrigação, cf. BISHOP, *op cit*, p. 124. A “libertação” também é utilizada por ARAÚJO, *op cit*, p. 737.

⁵⁸² BISHOP, *op cit*, p. 123. De acordo com SCHÄFER & OTT, “specific performance will actually lead both parties to find some bargain which leads to efficiency and will satisfy the aggrieved party” *in The economic analysis of civil law*, *op cit*, p. 330.

de eventual questão submetida ao Judiciário⁵⁸³ bem como do desgaste na relação que tal circunstância acarretaria. Entretanto, a própria renegociação traz consigo um risco, pois não há garantia de que será exitosa⁵⁸⁴, havendo maiores dificuldades de barganha – e, conseqüentemente, dificultando a consecução do seu objetivo – quando houver monopólio bilateral⁵⁸⁵.

Entretanto, renegociações e repactuações são caras, na medida em que acarretam um aumento dos custos transacionais⁵⁸⁶, os quais, a depender da extensão e complexidade do negócio, bem como das peculiaridades do mercados e facilidades disponibilizadas, poderão inviabilizar a solução consensual. Claro que nem sempre será assim, havendo situações em que, se comparados aos custos da litigância, *i.e.*, o dispêndio de submeter a questão ao Judiciário, a solução amigável mostre-se mais vantajosa sob o aspecto econômico, operando como estímulo à negociação, devendo-se considerar, ainda, que as partes já demonstraram habilidade negocial, comprovada pela simples existência de contrato as unindo⁵⁸⁷. Durante as tratativas, a tendência é que haja um poder maior de barganha no que tange à definição das condições para encerramento do vínculo por parte do possível credor⁵⁸⁸, o que dependerá tanto do poder econômico das partes, do mercado em que se está inserido – que também definirá a possibilidade de repetição do negócio – e do nível de transparência e de assimetria informacional. Nestes casos, não haverá diferença entre o excedente de riqueza gerado, mas apenas alteração na sua distribuição, em face da alteração de polaridade no poder de barganha⁵⁸⁹. Além disso, tendo em vista que um dos pressupostos da *efficient breach* é justamente a previsibilidade de custos e ganhos com a medida, onde a parte que rompe o vínculo não negligencia os custos transacionais que a operação acarreta, dificilmente haverá a recusa da parte adimplente em negociar a solução, na medida em que os custos transacionais que uma discussão judicial ou arbitral acarreta são elevados para

⁵⁸³ De acordo com Thomas Miceli, se apresenta como vantagem na medida em que as próprias partes são muito mais aptas a chegarem a uma solução que lhes agrade do que os tribunais, dada, especialmente, a limitação informacional das cortes, associada aos custos de obtê-las e aos subjetivismos inerentes à sua fixação *in Economics of the Law, op cit*, p. 88.

⁵⁸⁴ SHAVELL, Is breach of contract immoral?, *op cit*, p. 448.

⁵⁸⁵ POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker, *op cit*, p. 1.353.

⁵⁸⁶ MAHONEY, *op cit*, p. 164-166. BAIRD, *op cit*, p. 59.

⁵⁸⁷ MICELI, *op cit*, p. 87-88.

⁵⁸⁸ SCALISE JR., *op cit*, p. 733.

⁵⁸⁹ *Idem*, p. 733-734.

ambas partes. Ainda que acredite ter razão, a parte adimplente incorre em gastos dificilmente recuperáveis, como honorários advocatícios e taxas da corte, além da perda pecuniária e de tempo decorrente da alocação e provisionamento de recursos durante o trâmite, sem falar na incerteza que qualquer discussão jurídica pode gerar quanto ao resultado, circunstâncias indesejadas mesmo àqueles que possuem confiança na sua posição ou tese defendida.

De qualquer modo, a dificuldade gerada à teoria da *efficient breach* pela possibilidade irrestrita de obrigar o credor a cumprir a obrigação evidencia que a *common law* apresenta-se como um ordenamento mais propenso à sua ocorrência, sendo este um dos exemplos que levaram Richard Posner a sustentar que tal sistema é superior ao romano-germânico no estímulo à atividade comercial⁵⁹⁰. Contudo, a regra indenizatória não escapa ilesa de críticas, mormente no que tange à dificuldade de as cortes arbitrarem o nível adequado de indenização, como sintetizou Paul Mahoney:

Restaria, então, evidente que expectation damages são preferíveis à execução forçada, porque esta resultaria, algumas vezes, em cumprimento mesmo quando o inadimplemento trouxesse maior geração de riqueza. Por outro lado, deve estar claro que a hipótese de que as cortes podem calcular adequadamente a soma de dinheiro suficiente a tornar o credor da obrigação indiferente em relação à indenização e a quebra do contrato não será sempre válida, particularmente quando um substituto à prestação não está disponível. Nestas circunstâncias, cabe aos tribunais estimar o valor subjetivo que o credor atribui à prestação.⁵⁹¹

Em face desta dificuldade de arbitramento do valor subjetivo atribuído a uma indenização sem substituto no mercado é que a execução coativa da obrigação se mostra como remédio apropriado para estes casos, como na hipótese dos

⁵⁹⁰ Para chegar a esta conclusão, o autor analisa a diferença nas concepções contratuais entre cada um dos sistemas jurídicos, sugerindo que sua causa tenha relação com a origem da cada um, uma vez que a *common law* é inspirada na praxis mercantil, ao passo que a *civil law* remonta ao direito canônico *in Let us never blame a contract breacher, op cit*, p. 1.352.

⁵⁹¹ MAHONEY, *op cit*, p. 164-165, em tradução livre do original: "It would then seem clear that expectation damages are preferable to specific performance, because the latter would sometimes result in performance even though nonperformance would result in greater joint wealth. On the other hand, it should be clear that the assumption that courts can adequately calculate a sum of money sufficient to make the promise indifferent between damages and breach is not always accurate, particularly where cover is not possible. In such circumstances, the courts are left to estimate the subjective value that buyer attaches to performance".

chamados *unique goods*⁵⁹², que correspondem aos bens ou até prestações infungíveis – e que atrairia a incidência dos arts. 247 e 248 do Código Civil. Nestas situações, os obstáculos ao adequado arbitramento indenizatório pelos tribunais ficam ainda mais evidentes, seja pela inexistência de substituto comparável no mercado como pela extrema subjetividade do valor pessoal atribuído pelas partes àquela prestação, incrementando sobremaneira, assim, o risco de subcompensação – possivelmente a pior situação consequência para quem almeja a eficiência, a uma, por não atingi-la, a duas, por estimular quebras ineficientes⁵⁹³, trazendo descontentamento e incerteza ao mercado, fatores que, combinados, geram um indesejável efeito cascata com prejuízo à coletividade, pelo aumento de custos transacionais e desestímulo mercantil – demonstrando a importância do ordenamento jurídico e da segurança institucional às partes como promotores da eficiência e propulsores econômicos. Assim, se entende mais seguro à salvaguarda do interesse coletivo a tutela específica nestas hipóteses⁵⁹⁴, a partir da ponderação dos eventuais prejuízos que dificultariam a quebra eficiente e os demais efeitos que a subindenização traria; de se notar, todavia, que a experiência demonstra serem proporcionalmente poucos os casos que atendem a tais características⁵⁹⁵.

Por fim, a partir do aparente dualismo apresentado nos sistemas de *common law* e romano-germânico, de prevalência de regra indenizatória no primeiro e da execução coativa no segundo, soa mais adequada uma solução híbrida, em que a medida legal irá variar de acordo com a natureza da obrigação inadimplida, exemplo que já se adota na França no art. 1.142 do *code civil*⁵⁹⁶.

De fato, ainda que o cumprimento forçado da obrigação imponha barreiras à *efficient breach*, deve-se ter presente que os contratos empresariais habitualmente contêm regramento que prevê contingências desta ordem, mormente com cláusulas resolutivas automáticas e pré-fixação de danos, o que lhes garante maior previsibilidade e controle pelos agentes envolvidos. Além disso, há também a via

⁵⁹² MICELI, *op cit*, p. 87; MAHONEY, *op cit*, p. 165.

⁵⁹³ Risco demonstrado no caso *Peevyhouse v. Garland Coal Mining Co.*, em que esta, uma empresa de mineração, se comprometeu a, após explorar os minérios na propriedade dos *Peevyhouses*, iria reparar os danos causados à terra, cf. MICELI, *op cit*, p. 88.

⁵⁹⁴ MAHONEY, *op cit*, p. 165.

⁵⁹⁵ MICELI, *op cit*, p. 87.

⁵⁹⁶ “Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d’inexécution de la part du débiteur”.

negocial, prática habitual no mundo corporativo, a qual se mostra desejável, *prima facie*, na medida em que permite eliminar as incertezas e o desgaste decorrentes de um litígio, servindo a execução coativa, por vezes, como uma “alavanca”⁵⁹⁷ para esta prática.

4.7.2 Boa-fé

Não paira mais controvérsia tanto sobre a importância⁵⁹⁸ como pela necessidade de todas as partes se comportarem de acordo com a boa-fé, tanto na formação dos contratos como durante o seu cumprimento, estando tal determinação expressamente prescrita no ordenamento jurídico brasileiro, *ex vi* art. 422 do Código Civil. E, ao se conferir a interpretação mais dilatada ao dispositivo⁵⁹⁹, naturalmente não seria diferente para o exercício do direito extintivo ao pacto, em que a boa-fé poderá operar como um limite a esta faculdade⁶⁰⁰. Em face disso, uma análise superficial poderia suscitar questionamentos sobre a compatibilidade da teoria da quebra eficiente com o princípio da boa-fé, uma vez que aquela pressupõe a extinção deliberada do pacto antes do seu cumprimento integral, seja através de cláusula autorizativa, seja pelo inadimplemento, atos que são contrários à ideia de que os contratos são celebrados para serem cumpridos. Com isso, por se tratar de um conceito jurídico indeterminado⁶⁰¹, a resposta dependerá da sua definição e alcance, sendo necessário abordar as características da boa-fé objetiva como padrão de comportamento a ser observado, a fim de apurar sua correta definição e critérios de aplicação.

⁵⁹⁷ ARAÚJO, *op cit*, p. 739.

⁵⁹⁸ A respeito dos dispositivos legais que consagraram o dever de observar a boa-fé, Ejan Mackaay salienta o seu papel fundamental nos países de *civil law*, destacando especialmente sua função no direito contratual: “the aim of contract law could be summarised as ensuring that parties deal with one another in good faith” *in* Law and Economics for Civil Law Systems, *op cit*, p. 431.

⁵⁹⁹ Seria possível argumentar que a boa-fé deveria ser observada na formação e execução do contrato, ao passo que, aqui, está-se a tratar de etapa distinta, que é a que põe fim ao vínculo contratual. Entretanto, não se está a adotar esta concepção restritiva da boa-fé, seja porque destoa da *mens legis* do dispositivo, seja porque sua interpretação sistemática em conjunto com os arts. 113 e 187 do Código Civil autoriza esta concepção dilatada da sua incidência durante todo o processo obrigacional, contemplando, inclusive, a fase de extinção.

⁶⁰⁰ Judith Martins-Costa adverte que “o princípio da boa-fé [incide] como um limite ao exercício da denúncia”, tal qual ocorre no exercício da cláusula resolutiva e no direito resolutivo por inadimplemento *in* A Boa-Fé no Direito Privado, *op cit*, p. 663, 671-672.

⁶⁰¹ Judith Martins-Costa chega a referir que a boa-fé consiste “em uma noção permeada por alto grau de vagueza semântica” *in* A Boa-Fé no Direito Privado, *op cit*, p. 287. No mesmo sentido, GILLETTE, Clayton P.; Limitations on the obligation of good faith *in* Duke Law Journal, nº 4, 1981, p. 643-647.

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. Em face desta situação, a doutrina passou a defender 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”⁶⁰². 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 comerciais, historicamente com práticas e regulações próprias, as quais são, inclusive, fonte de direito⁶⁰³.

Uma das consequências identificadas desta interpretação e adequação é “a substituição do antagonismo pelo dever de cooperação e da solidariedade (...) deve ter o alcance e efeitos apropriados ao ambiente de competição e concorrência que ocorre nas relações empresariais”⁶⁰⁴. A corroborar com este entendimento, a I Jornada de Direito Comercial do Conselho de Justiça Federal, realizada em 2013, editou o Enunciado nº 29, o qual dispõe que: “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”. Portanto, as peculiaridades atinentes ao ambiente empresarial em que está inserido é que amoldarão a adequada extensão e a própria conceituação dos deveres da boa-fé nesta espécie contratual^{605,606}. Justamente por estas razões é que o estudo da

⁶⁰² FORGIONI, *op cit*, p. 104. Em semelhante sentido, Judith Martins-Costa assevera, ao tratar de relações empresariais, que “a incidência do princípio da boa-fé é, neste campo, peculiarizada por alguns traços que vale a pena destacar, na medida em que infletirão nas tonalidades que aqui o revestirão” *in* A Boa-Fé no Direito Privado... *op cit*, p. 282.

⁶⁰³ É o caso, por exemplo, da adoção da *lex mercatoria*, positivada no art. 113 do Código Civil, ao determinar que os negócios jurídicos serão interpretados de acordo com “a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

⁶⁰⁴ LUPION, Ricardo. Boa-fé objetiva nos contratos empresariais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 149-150.

⁶⁰⁵ Tais circunstâncias mercadológicas, em relação à incidência da boa-fé, “afastam presunções que não se afinam com a peculiaridades do Direito Empresarial” *in* MARTINS-COSTA, *op cit*, p. 290.

⁶⁰⁶ Em julgamento decidido por maioria, o STJ mitigou a aplicação da boa-fé em questão de ordem empresarial, prestigiando a autonomia privada ao argumento de que “...embora modernamente tenha cedido espaço para outros princípios (como a boa-fé objetiva e a função social do contrato), apresenta-se, ainda, como pedra angular do sistema de direito privado”. (STJ, REsp 1158815/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 17/02/2012, por maioria). Em outro

boa-fé não se pode dar de forma genérica, devendo ser específico para o ambiente em que será aplicado. Exemplo disso é a absoluta discrepância entre os deveres decorrentes da boa-fé no direito do consumidor em comparação ao direito empresarial.

Prudente ponderar que a boa-fé, enquanto cláusula geral, não fornece uma tipicidade de comportamento objetivamente definida, mas sim enunciados que conclamam o juiz a aplicar princípio⁶⁰⁷, abrindo margem ao caráter moralista que Oliver Holmes procurou evitar⁶⁰⁸, e permitem ao intérprete maior abertura na construção de significados de acordo com o caso concreto⁶⁰⁹ – o que não elimina o problema de sua indeterminação. Em função disso, uma aplicação irrestrita do princípio da boa-fé parece não só indesejável⁶¹⁰ como, também, pouco realista; até porque “não tem uma significação suficientemente precisa para constituir uma obrigação jurídica e dar lugar a uma sanção direta”^{611,612}. A crítica é endossada por Judith Martins-Costa, profunda estudiosa da temática da boa-fé, a qual aponta entre as conclusões de sua obra a carência de tratamento dogmático adequado, o que acaba por fomentar a confusão com “outras noções também dotadas de alta vagueza semântica”, como a função social do contrato, equidade, dignidade da pessoa humana, e que tais circunstâncias trazem graves riscos ao potencial do instituto, o qual acaba servindo, equivocadamente, como fundamento a decisões

precedente, também da 3ª Turma do STJ, foi provido o recurso em exame ao argumento de que “o princípio do pacta sunt servanda, embora temperado pela necessidade de observância da função social do contrato, da probidade e da boa-fé, especialmente no âmbito das relações empresariais, deve prevalecer.” (REsp 1413818/DF, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, 3ª Turma, DJe 21/10/2014, unânime).

⁶⁰⁷ AGUIAR JÚNIOR, Comentários... *op cit*, p. 175.

⁶⁰⁸ Sobre a noção de boa-fé na seara contratual, a dialética proposta pelo autor em seu clássico *The Path of the Law* ganha especial relevo, pois faz uma invejável defesa da análise “desapaixonada” do direito, desprovida de valores éticos e morais, chegando a sustentar que a “fraseologia moral” tende a distorcer a lei, conforme demonstrado no ponto 3.1 supra *in HOLMES JR.*, *op cit*, p. 74-84.

⁶⁰⁹ FACHIN, Luiz Edson. Contrato e Ordem Pública. *Jornal Carta Forense*. São Paulo, 02/12/2009, Entrevista. Disponível em <<http://www.carteforense.com.br/conteudo/entrevistas/contrato-e-ordem-publica/5001>>. Acesso em 26/02/2016.

⁶¹⁰ GILLETTE, *op cit*, p. 620, 629-630, 642.

⁶¹¹ AGUIAR JÚNIOR, Comentários..., *op cit*, p. 114, nota 115, ao comentar a obra de PUIG, Pascal. *La qualification du contract d'entreprise*. Paris: Panthéon-Assas, 2002, p. 588.

⁶¹² Conforme Rafael Naranjo de la Cruz, “[n]o se puede pretender ver en la buena fe un mandato de defensa del ordenamento jurídico en su totalidad. Así pues, no todo aquél que infringe el ordenamento lesiona la buena fe”, *in Los límites de los derechos y fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid: Centro de Estudios políticos y constitucionales, 2000, p. 249 *apud* AGUIAR JÚNIOR, Comentários... *op cit*, p. 114,

voluntaristas⁶¹³. A dificuldade de delimitar critérios específicos para a caracterização da boa-fé é exposta com brilhantismo por Fernando Araújo:

Há ainda muitas demarcações tradicionais e heranças idiossincráticas nas famílias de direitos para poder esperar-se que o espraiar das doutrinas da boa fé contratual possa fazer-se sem equívocos, e até ocasionalmente sem distorções e exotismos. De seguro, há por ora apenas o reconhecimento consensual de que a boa fé contratual pode desempenhar funções de “excludere”, de barreiras contra condutas que possam considerar-se de má fé, funções “expressivas” de consolidação de práticas de “honestidade” e de “razoabilidade” – como se julga ser alcançável através do reconhecimento generalizado do “implied covenant of good faith” (...).”⁶¹⁴

Clóvis do Couto e Silva, ao analisar a inserção deste princípio nas codificações continentais europeias, deu especial destaque ao §242 do BGB alemão, advertindo que “[n]ão era um dispositivo posto dentro do ordenamento com a finalidade de legitimar a criação jurisprudencial, sobretudo para reduzir os rigores da aplicação do direito estrito”⁶¹⁵. Não se ignora que uma interpretação excessivamente abrangente e moralista deste tipo de preceito traria perigos consigo, pois poderia transformar sua aplicação “num pretexto legitimador do activismo judicial”, que, se levada ao extremo dos “delírios do moralismo judicial”⁶¹⁶, causaria interferência nos critérios econômico-estratégicos definidos pelas partes na execução do contrato. É justamente em face desta imprecisão da norma de conduta que ganha relevo a função do julgador, o qual deve aplicar o princípio da boa-fé nas relações empresariais com parcimônia e temperança, a fim de atender às exigências da técnica judicial apropriada, evitando, assim, subjetivismos que criam cenários de indesejável insegurança jurídica às partes⁶¹⁷. Não foi por outra razão que Ricardo Lupion alertou que “[n]os contratos empresariais, é preciso cautela para evitar que a boa-fé objetiva seja arguida para 'reescrever o contrato' ou para 'criar direitos ou deveres que não decorram da relação contratual existente’”⁶¹⁸. A preocupação se mostra pertinente, na medida em que, nesta espécie de relação contratual mercantil, é necessário que a boa-fé não seja desvirtuada para uma confusão com equidade

⁶¹³ MARTINS-COSTA, A Boa-Fé no Direito Privado, *op cit*, p. 693.

⁶¹⁴ ARAÚJO, *op cit*, p. 570-571.

⁶¹⁵ COUTO E SILVA, O princípio da boa-fé..., *op cit*, p. 34.

⁶¹⁶ ARAÚJO, *op cit*, p. 574.

⁶¹⁷ AGUIAR JÚNIOR, qual? Comentário? p. 115.

⁶¹⁸ LUPION, *op cit*, p. 154. Sobre o tema, ver o precedente norteamericano Kham & Nate's Shoes no. 2, Inc. v First Bank of Whiting, United States Court of Appeals, Seventh Circuit, 908 F.2d 1351 (1990).

durante o processo interpretativo – já que a disparidade faz parte do jogo empresarial, mormente nas apostas contratuais que consubstanciam alocação de riscos pelos seus agentes – tampouco conduza a alguma espécie de “consumerismo”, como prudentemente alerta Paula Forgioni, aduzindo que este é um equívoco corrente de doutrinadores “não habituados à dinâmica do mercado”⁶¹⁹.

A partir destas ponderações, parece adequada a sensata solução adotada por Judith Martins-Costa, a qual, a partir do contraste da boa-fé com o princípio da liberdade de iniciativa econômica, bem como relevada a autonomia privada dos agentes do mercado, sugere que a boa-fé nos contratos empresariais deve ser pautada pela “previsibilidade de condutas gerada ou pela prática seguida pelos contratantes (...) ou pelos usos do setor”, para concluir que “os deveres de agir segundo a boa-fé não de ser aferidos de modo coligado ao que normalmente acontece no setor de mercado onde atuam os contratantes”⁶²⁰. A partir desta pertinente conclusão, a matriz norteadora destes padrões procedimentais deve ser a proteção à confiança – inegavelmente, o fim último da boa-fé – seja na forma de confiabilidade, credibilidade, previsibilidade e segurança jurídica.

Em face destas premissas, é necessário, portanto, apontar quais seriam na prática os padrões comportamentais ínsitos à boa-fé a serem observados na prática contratual empresarial. É comum vê-los nominados como deveres de transparência, lealdade, lisura, cooperação, informação, honestidade, coerência, entre outros semelhantes. Sabe-se que estes “deveres” não estão expressos textualmente na lei, sendo, portanto, frutos de interpretações doutrinárias do que seria o significado e alcance da expressão “boa-fé”, circunstância que abriria margem à sua contestação em face da imprecisão conceitual prática do termo⁶²¹. A fim de evitar dificuldades e

⁶¹⁹ FORGIONI, *op cit*, p. 104.

⁶²⁰ MARTINS-COSTA, A Boa-Fé no Direito Privado, *op cit*, p. 289.

⁶²¹ Sobre a vagueza conceitual, Eleonora Melato aduz que a imposição de um dever de boa-fé durante a fase negocial, nos moldes do correspondente dever durante a execução do pacto já firmado, seria “impraticável” em decorrência da sua “vagueza” conceitual, pois não há um *standard* objetivo para defini-la, de modo que o judiciário poderia ir além do objetivo imediato de prevenir e punir comportamentos oportunistas para, “sucumbindo à tentação”, punir quaisquer outros comportamentos que entendesse não éticos *in* MELATO, Eleonora C. Precontractual Liability *in* DE GEEST, Gerrit (editor). Contract Law and Economics (Encyclopedia of Law and Economics, 2nd ed., vol. 6). Northampton e Cheltenham: E. Elgar, 2011, p. 22, fazendo referência ao trabalho de SHELL, 1991.

debates desta ordem, especialmente pelas especificidades dos contratos empresariais, uma solução criteriosa seria que estes comportamentos a serem observados fossem pautados muito mais pelos usos do mercado que está inserto do que pela boa-fé isoladamente, conferindo uma baliza mais segura para a sua determinação, a teor do que determina o art. 113 do Código Civil.

Com isso, verifica-se que o dever de cooperação terá de ser relativizado, na medida em que é ínsito aos contratos empresariais eventuais desequilíbrios na relação⁶²², já que o contrato importa em alocação de recursos e riscos, não sendo raras as situações em que o prejuízo alheio seja o lucro próprio, justamente o objetivo almejado com a celebração do pacto e a própria razão de existir da empresa. Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que a boa-fé deve ser aplicada com maior cautela nas relações empresariais, e que, caso uma parte tenha adentrado em um contrato e cometido um erro de estimativa quanto ao mesmo, deveria respeitar as suas bases, mesmo que desvantajosas, pois estava ciente dos seus riscos, não sendo possível a revisão de suas cláusulas⁶²³.

Subsistiriam deveres como o de informação, o qual deve ser interpretado de acordo com o dever de probidade e razoabilidade nas relações contratuais, já que informações estratégicas estão naturalmente excluídas. A este respeito, a doutrina italiana salienta que, durante a formação dos contratos, entre os principais deveres decorrentes da boa-fé, está o de comunicar à contraparte dados e informações relevantes; porém, não se trata de um dever absoluto, sendo difundida a ideia de que há obrigação de compartilhar somente aquilo que for capaz de condicionar a validade ou eficácia do contrato⁶²⁴. É importante esta restrição à necessidade de compartilhamento de todas as informações, até porque a assimetria informacional sobre a utilidade de determinado bem ou serviço em questão é um dos elementos chave da barganha negocial, especialmente nos contratos mercantis⁶²⁵. Ainda

⁶²² GILLETTE, *op cit*, p. 632, 649-652 e 655-656.

⁶²³ STJ, REsp 1158815/RJ, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, 3ª Turma, DJe 17/02/2012, provendo Recurso Especial, por maioria.

⁶²⁴ ROPPO, Vincenzo. *op cit*, p. 177.

⁶²⁵ Em posição extrema, Richard Posner (Let us never blame a contract breaker, *op cit*, p. 1357-1358) sustenta que não existe um dever geral de boa-fé no direito contratual. A despeito de reservas que tal premissa um tanto abrangente de que parte o doutrinador possa gerar, a reflexão quanto ao seu exemplo é válida: se, em uma negociação, um potencial comprador oferecer ao vendedor um preço

assim, a divulgação de informações entre as partes é uma forma de cooperação duplamente benéfica à relação, já que podem sentir uma crescente confiança na adequada conduta da outra parte, além de, segundo Ejan Mackaay, ser um promotor da eficiência, pois quando as partes detêm informações precisas e suficientes, os contratos que entabulam tendem a ser Pareto eficientes⁶²⁶.

Intimamente ligados ao dever de informação estão os deveres de conduta pautados pela lealdade e honestidade, corolários da transparência. Isso porque a parte leal deve comunicar prontamente à contraparte circunstâncias e fatos relevantes que podem influenciar os rumos da execução do contrato e o próprio interesse na manutenção do mesmo. Assim, especificamente no caso da quebra eficiente, verificadas as circunstâncias e condições para a sua prática – as quais, por certo, alheias à vontade das partes – e admitindo-se a inexistência de dispositivo liberatório, caberia ao pretense executor da quebra comunicar à contraparte tal fato, bem como a sua intenção de não cumprir o contrato (dando causa, inclusive, ao inadimplemento antecipado do contrato, analisado no item 2.2.2) tão logo tenha conhecimento das mesmas, inclusive como uma forma de mitigar eventuais danos decorrentes da demora. No caso de haver cláusula resilitória, o dever de informação, transparência e boa-fé se materializa pela simples comunicação de que irá exercê-lo, o que é plenamente lícito, sem qualquer oposição à boa-fé, pois previsto contratualmente pelas partes. A corroborar esta posição, cabe reforçar a posição da doutrina de que o princípio da boa-fé objetiva “não implica que os contratos devam ser mantidos contra a vontade dos contratantes”⁶²⁷, tampouco “obriga as partes a manterem-se vinculadas *ad aeternum*”⁶²⁸, reforçando a coexistência pacífica entre o princípio e a doutrina da quebra eficiente do contrato.

Nada obstante, apenas a título de argumento, de se notar que a inobservância de alguma das condutas norteadas pela boa-fé não possui, *prima*

baixo por determinado item, o comprador não tem obrigação de avisar que o produto está subavaliado, pois inexistente dever de ser altruísta; é permitido às partes lucrarem com a assimetria informacional - e pode-se dizer que isso ocorre o tempo todo na *praxis* comercial. De fato, a fundamentação é pertinente, pois, do contrário, não haveria qualquer estímulo para a descoberta de informações sobre o real valor daquele item, servindo justamente esta assimetria, *in casu*, como propulsor econômico.

⁶²⁶ MACKAAY, Law and Economics for Civil Law Systems, *op cit*, p. 440-441.

⁶²⁷ MARTINS-COSTA, *op cit*, p. 670.

⁶²⁸ *Idem, ibidem*.

facie, força para subtrair-lhe a validade ou eficácia, senão atuando como auxiliar na interpretação legal, sendo considerada uma norma de responsabilidade e, como tal, fonte de obrigação de indenizar⁶²⁹. Tal característica permite concluir que, ainda que se considerasse que a quebra eficiente seria atentatória à boa-fé⁶³⁰ – debate meramente hipotético, pois já se mostrou falsa a premissa –, a cláusula geral não teria o condão de invalidar o ato praticado, na medida em que a questão teria de ser resolvida em perdas e danos, na extensão destes (art. 944 do Código Civil), os quais seriam idênticos, à toda evidência, aos que seriam apurados na própria via indenizatória pela extinção do vínculo⁶³¹.

Além disso, 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?⁶³²) de mitigar o próprio prejuízo⁶³³ –, 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 mesmo permanecesse “rentável”, por assim dizer,

⁶²⁹ GILLETTE, *op cit* p. 628-629; MARTINS-COSTA, *op cit*, p. 431-432. Da mesma forma, extrai-se da jurisprudência do STJ que “a violação a qualquer dos deveres anexos implica em inadimplemento contratual de quem lhe tenha dado causa” (STJ, REsp nº 595631/SC, Rel. Mina. Nancy Andrighi, 3ª Turma, julgado em 8/6/2004) - precedente referido por LUPION, *op cit*, p. 57.

⁶³⁰ Posição defendida por Juliana Pela, para quem, ao menos no Brasil, “o inadimplemento deliberado contraria a boa-fé objetiva. Isso porque a contratação impõe às partes o dever de cooperar para a boa execução do contrato” *in* “Inadimplemento Eficiente”..., *op cit*, p. 1098. A autora ainda sustenta que a caracterização da quebra eficiente como um abuso de direito, regulado no art. 187 do Código Civil, poderia transformar a prática em ato ilícito; ocorre que o inadimplemento contratual, quando não há cláusula resilitória, já é ato ilícito, e se resolverá na via indenizatória de mesma forma que seria caso considerado abuso de direito ou não, sem efetiva repercussão prática ulterior.

⁶³¹ GILLETTE, *op cit*, p. 641. Ao ressaltar o caráter não-autônomo da boa-fé, o autor afirma que “the victim of a contractual breach is entitled to recovery on the breach and nothing more”, p. 631. Eventual debate, aí, se restringiria à possível existência de cláusula limitadora de danos, a qual poderia ser mitigada para apurar o efetivo valor dos mesmos. Reitera-se, entretanto, que a discussão é estritamente hipotética.

⁶³² Sobre a distinção entre dever e ônus, v. PAULA RAMOS, Vitor. Ônus da prova no processo civil: do ônus ao dever de provar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 53-68.

⁶³³ Conforme já visto no ponto 2.2.2.3, o *duty to mitigate loss principle* está positivado na CISG, no art. 77 Sobre o tema, v. MARTINS-COSTA, *op cit*, p. 554-566.

reforçando este argumento. Outra hipótese, identificada por Ruy Rosado⁶³⁴, é a de que a boa-fé traria, entre seus deveres, uma obrigação geral de renegociação, tanto nos casos de disparidade nas prestações como nos de dificuldade de execução por uma das partes, circunstâncias normalmente verificadas previamente a uma quebra eficiente.

Em face do exposto, pode-se perceber que a lei, ao adotar a boa-fé como critério objetivo de comportamento das partes, o fez como forma de privilegiar a proteção à confiança, cujo efeito reflexo, seja ou não intenção do legislador, é a promoção da eficiência⁶³⁵, na medida em que as partes aderentes sentem-se protegidas contra prejuízos oriundos de comportamentos levianos e até oportunistas. A partir desta ideia, fica claro que a quebra eficiente não pode ser enquadrada nestas duas indesejáveis categorias, seja porque é uma medida que busca promover a eficiência – o que, do contrário, acarretaria uma incoerência lógica – seja pelo fato de que a quebra eficiente não traz prejuízos nem danos, pois parte da premissa de que o sujeito passivo do rompimento contratual será adequadamente indenizado⁶³⁶.

Claro que há casos em que o comportamento durante a execução do contrato se distancia da boa-fé, os quais a lei visa a repelir, existindo certamente um aspecto ético na regra, mas não podendo se descartar um benefício de eficiência econômica, já que a proteção à boa-fé incentiva as transações e favorece a confiança recíproca, diminuindo custos transacionais agregados à fiscalização da contraparte. Um exemplo é o do contratante que dá claros sinais de que vai perpetuar o vínculo de prazo indeterminado por longo período, induzindo a contraparte a realizar investimentos e recusar outros negócios, quando, em verdade, já tem presente que romperá o contrato. Evidente que, por mais que pudesse se considerar eficiente o

⁶³⁴ AGUIAR JÚNIOR, Comentários... *op cit*, p. 96.

⁶³⁵ FORGIONI, *op cit*, p. 102.

⁶³⁶ Segundo Clóvis do Couto e Silva identifica no fenômeno do voluntarismo jurídico, em especial no século XIX, um “esvaziamento na aplicação do princípio da boa-fé”, que teria ocorrido tanto no direito continental como também nos sistemas de *common law*, sendo consequência do individualismo e liberalismo econômico da época (*in* O princípio da boa-fé no Direito brasileiro e português, *op cit*, p. 34) Não se pode negar que a teoria da quebra eficiente possui, em seu viés político-econômico, conotação liberal. Contudo, uma conclusão instantânea de que qualquer tese inspirada nos ideais liberais seja contrária à boa-fé importaria em falso silogismo, uma vez que plenamente possível a coexistência entre o ideário liberal e a boa-fé, como se percebe, exemplificativamente, pelos usos do tráfico de mercado.

rompimento sob a perspectiva da parte que operou a denúncia, haverá inequívoca falta do dever de boa-fé. Esta prática, por exemplo, já é repudiada pelo próprio ordenamento, no art. 473, parágrafo único, do Código Civil, nos casos em que a parte denunciada efetuou investimentos ainda não amortizados confiando na continuidade da relação.

Contudo, não se podem radicalizar posições, especialmente na prática jurídica, cujas peculiaridades verificadas no caso concreto podem alterar substancialmente o julgamento que se faz. Quando a parte que age de maneira leal e transparente, e tão logo verifica a intenção de se liberar do vínculo contratual, comunica à contraparte tal desejo, não irá agir de má-fé; muito antes pelo contrário, pois pode ser considerado um ato de boa-fé, na medida em que cumpriu com o dever de informação, agindo, pois, com lealdade e transparência⁶³⁷. Em face disso que a aferição da boa-fé é extremamente subjetiva e dependerá necessariamente das circunstâncias inerentes ao caso concreto. Ainda assim, é possível afirmar que, em regra, não há conflito entre a quebra eficiente e a boa-fé⁶³⁸, de modo que esta não configuraria, *prima facie*, uma barreira ao exercício da teoria em estudo.

4.7.3 Moralidade

É interessante perceber que, ao tratar do tema do descumprimento contratual, é comum notar-se um dogma de que existe um dever não escrito de cumprimento dos pactos⁶³⁹, decorrente tanto da moral como da sanção atrelada ao seu descumprimento. De fato, subsiste ainda uma enraizada ideia de que o primeiro motivo para o cumprimento da obrigação é a “simples ética: a voz da consciência, o hábito adquirido pelo homem bem educado”, que levaria ao temor da reprovação pública mesmo àqueles que não possuíssem “uma consciência tão bem formada”, e, somente em segundo lugar, porque são providas de sanção, como já se referiu

⁶³⁷ O fato de agir com boa-fé não exige a parte de obedecer a regra do art. 473, parágrafo único, quando houve investimentos pela contraparte que ainda não foram recuperados na relação duradoura.

⁶³⁸ Fernando Araújo sugere que, em certa medida, a boa-fé é um promotor da eficiência, na medida em que a sua invocação “como cláusula geral dispensa formulações muito precisas, e por isso reduz custos de informação, de busca, de estipulação, de prevenção, ao mesmo tempo que autoriza o inacabamento contratual” *in* Teoria Económica do Contrato, *op cit*, p. 573-574.

⁶³⁹ Richard Posner informa que é uma opinião difundida a de que quebrar um contrato deliberadamente é um ato equivocado *in* Economics... *op cit*, p. 170

alhores acerca do pensamento de Agostinho Alvim⁶⁴⁰. Prudente rememorar, igualmente, a já exposta posição de Orlando Gomes, para quem o princípio da boa-fé aplicada aos contratos impunha este dever como corolário do postulado da fé jurada, “segundo o qual todo homem deve honrar a palavra empenhada”⁶⁴¹. A obrigação é vista como a situação de fato em que as pessoas se encontram “adstritas a certa conduta”⁶⁴², sendo considerado um dever jurídico⁶⁴³. De igual relevo a prudente advertência de Clóvis do Couto e Silva, para quem não seria possível judicializar deveres morais “sem abrir brecha nas bases da ciência jurídica”⁶⁴⁴.

A contrario sensu, já foi abordada no ponto 2.1 supra a posição defendida por Oliver Holmes segundo a qual inexistiria um dever de cumprir contratos, mas sim a opção entre cumpri-lo ou pagar os danos correspondentes pelo incumprimento – concepção originada em período anterior às provisões de execução coativa. Mesmo com a posterior positivação destas, ainda é possível que circunstancialmente a medida não seja viável ou vantajosa, além de ser possível às partes desenharem um contrato cujas disposições o faça se encaixar no perfil proposto pelo autor estadunidense, demonstrando que a concepção holmeasiana não se exauriu. Além disso, a aplicação da tutela específica não se dá por critérios morais, mas sim legais, fazendo ecoar ainda as ideias por ele defendidas.

É fato que o ordenamento jurídico rege condutas possíveis e veda outras indesejáveis para que se torne possível viver em sociedade⁶⁴⁵. E é justamente através desta regulação normativa que é possível averiguar o grau de repreensão atribuído pelo legislador – na busca do chamado *deterrence effect* – como um reflexo da posição social sobre o tema. A este respeito, pertinente a observação de Fernando Araújo, *literis*:

Além disso, há que reconhecer também que as sanções contratuais, as reacções ao incumprimento das obrigações contratuais, podem ser

⁶⁴⁰ ALVIM, *op cit*, p. 14 – já referido no item 2.1.

⁶⁴¹ GOMES, Orlando.p. 108.

⁶⁴² COSTA, *op cit*, p. 65.

⁶⁴³ *Idem*, p. 66.

⁶⁴⁴ COUTO e SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo, *op cit*, p. 89.

⁶⁴⁵ WEBER, Max. Economia e Sociedade, *op cit*, p. 209-227.

*reformuladas como “preços” (possivelmente com a exceção da realização coactiva da prestação), como liability rules que não vedam absolutamente condutas (se é que alguma vez é dado ao Direito, desde a abolição da pena de morte, vedar absolutamente condutas), antes procuram disciplinar condutas tornando nítido o custo da infração, neste caso o custo do incumprimento, maior ou menor quanto maior ou menor for o peso desincentivador das sanções.*⁶⁴⁶

Porém, não parece existir uma única disposição legal que impõe o “dever” de cumprir contratos, mesmo que haja sanções para o desatendimento obrigação. De qualquer modo, a discussão se tornaria, em verdade, irrelevante sob uma perspectiva estritamente consequencialista⁶⁴⁷, pois a partir do momento em que não há previsão no ordenamento para a condenação em danos punitivos, tampouco as regras indenizatórias inviabilizem a quebra eficiente⁶⁴⁸, o dispositivo que estabelece uma indenização pecuniária denota a existência de um preço que pode ser pago, caso superada a possibilidade de execução específica, possível através de cláusula resilitória ou resolutive expressa. Em uma leitura não livre de controvérsia – porém, sob a ótica consequencialista, irretocável –, poderia se interpretar esta circunstância legal como um “direito de incumprir, que seria cedido, como uma opção, como uma faculdade alternativa, pelo credor ao devedor”⁶⁴⁹ – ponto de vista que seria reforçado pela estipulação de cláusula penal neste sentido⁶⁵⁰.

Ponto de vista interessante sobre o tema pode ser observado na pena de Steven Shavell⁶⁵¹ em ensaio que aborda justamente a suscitada imoralidade da quebra contratual, para concluir pela insubsistência da crítica. Para isso, parte da premissa da incompletude dos contratos, em que não é razoável, e sequer possível, celebrar um contrato em que se tenham previsto todas as contingências possíveis

⁶⁴⁶ ARAÚJO, *op cit*, p. 739.

⁶⁴⁷ Tal qual ocorrerá, sob este ponto de vista, com o debate acerca da eventual licitude ou não da medida, cuja utilidade será apenas para averiguar a necessidade ou não de indenizar, pela ocorrência de alguma excludente. Sobre o tema, vide FARRAJOTA, *op cit*, p. 49.

⁶⁴⁸ Como é o caso da *disgorgement*, descrita na nota de rodapé nº 557 supra.em que todos os lucros advindos da quebra ao inadimplente sejam repassados ao credor da obrigação, a qual impossibilita quebras eficientes na medida em que não gera excedente de riqueza, cf. SCALISE JR., *op cit*, p. 734-735. Esta é a solução adotada na Alemanha, no §285 do BGB, como informam SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 325.

⁶⁴⁹ ARAÚJO, *op cit*, p. 472.

⁶⁵⁰ De acordo com pesquisa conduzida por Wilkinson-Ryan, a existência de cláusula que liquida os danos advindos do incumprimento induz as partes, inconscientemente, a eliminar as barreiras ético-morais da quebra eficiente, *in* Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. Michigan Law Review, Vol. 108, 2010, p. 633-671.

⁶⁵¹ SHAVELL, Is Breach of Contract Immoral?, *op cit*, p. 441-445, 448-450.

durante a sua execução. Além disso, sustenta que o modo reparatório ideal para responsabilidade contratual seria o dos *expectation damages*, na medida em que tornaria o credor da obrigação indiferente entre o cumprimento ou a reparação pecuniária – que se equivaleriam. Em face destas premissas, o surgimento de uma circunstância durante a execução do pacto em que o custo do cumprimento seja tão alto a ponto de se tornar economicamente mais interessante à parte não o cumprir e assumir a responsabilidade pela indenização à contraparte, demonstra que, se as partes tivessem previsto esta hipótese ainda durante a formação do contrato, teriam racionalmente concordado em eximir o cumprimento, bastando o pagamento da respectiva indenização⁶⁵². Neste raciocínio, o “dever moral” das partes é determinado pelo que o contrato teria previsto caso tal hipótese fosse contemplada no instrumento. Assim, a quebra contratual seria eficiente⁶⁵³, e, ao mesmo tempo, não violaria a ordem moral ou ética.

Este método interpretativo foi chamado por Schäfer e Ott de *hypothetical intentions*⁶⁵⁴. Todavia, não é isento de críticas, como pela evidente dificuldade de supor, no caso concreto, qual teria sido o acordo das partes em face daquela circunstância não prevista, mesmo que haja uma série de normativas e *standards* de condutas, como a boa-fé, probidade, lealdade, entre outros postulados comportamentais que deveriam ser observados. Apesar das objeções, parece válido, ao menos em tese, o raciocínio proposto pelo professor americano, especialmente pelo subjetivismo da conceituação moral.

Mostra-se, assim, que apesar das preocupações expressadas acerca da moralidade e da necessidade de as partes manterem as promessas contratualmente empenhadas, o direito, a economia e possivelmente o senso comum perdoam a quebra deliberada nos contratos mercantis⁶⁵⁵, desde que eficiente, na medida em

⁶⁵² Douglas Baird sustenta que este racional integra a essência da *common law*: “The common law of contracts provides a sensible set of default rules that give most parties that for which they would bargain if they had the time and the money” in *Reconstructing Contracts*, *op cit*, p. 60.

⁶⁵³ Todavia, caso fosse outra a regra indenizatória que não *expectation damages*, é possível que o pensamento de Shavell não se aplique, já que seria possível a subindenização à vítima do rompimento, o que poderia tornar a quebra ineficiente sob a perspectiva paretiana; por outro lado, tal perspectiva ainda possível que atingisse a eficiência caso se aplicasse o conceito de Kaldor-Hicks, pois os benefícios da parte inadimplente com a quebra poderiam ser superiores aos prejuízos, o que só poderia ser aferido no caso concreto.

⁶⁵⁴ SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 301-302.

⁶⁵⁵ LINZER, *op cit*, p. 115-116.

que as partes aderem a contratos por razões estritamente econômicas, podendo ser compensadas da mesma forma. Pode-se até discordar da proposição de Oliver Holmes de um direito amoral, e da inexistência de um “dever” de cumprir contratos; porém, a sua conclusão de que a parte que assina um vínculo possui a faculdade de cumpri-lo ou de indenizar a contraparte não está distante do ordenamento jurídico brasileiro – especialmente no caso de haver uma cláusula penal, resilitória e resolutive no contrato em exame.

De qualquer modo, inexistindo diferença prática entre uma quebra contratual deliberada, seja pelo inadimplemento como pelo exercício de faculdade extintiva, ou não⁶⁵⁶, especialmente quando as consequências do ato são conhecidas da parte que o pratica e ainda assim decide fazê-lo, indenizando adequadamente a contraparte, há um esvaziamento, sob o ponto de vista jurídico-objetivo, do debate quanto a eventual ilicitude da medida, remanescendo tão somente quanto a aspectos ético-morais do cumprimento das obrigações. Não se ignora que tais fatores desempenham importante função na regulação jurídico-comercial, o que levou, inclusive, Georges Ripert a escrever sua obra *A regra moral nas obrigações civis*⁶⁵⁷. Apesar do seu inegável valor histórico, até pela contextualização evolutiva do pensamento, parece que esta “regra moral” suscitada, como não explicitamente positivada no ordenamento, será ditada pelas nuances do mercado em que se insere a relação, de modo que a sua expressão prática se dará por intermédio de consequências reputacionais⁶⁵⁸ decorrentes do comportamento das partes. Não se pode negar que o descumprimento deliberado de um contrato, ou a sua resilição antes de culminado o objetivo, possuem um alto potencial de afetar negativamente a imagem de um contratante, seja perante a opinião pública como diretamente no mercado, cujo efeito poderá ser antieconômico em ambiente de jogos repetitivos entre os mesmos agentes⁶⁵⁹ - ressaltando-se que em muito menor escala no caso

⁶⁵⁶ Sobre os efeitos de uma *willful breach*, v. CRASWELL, Richard, When is a Willful Breach 'Willful'? The Link Between Definitions and Damages. Michigan Law Review, Vol. 107, 2009.

⁶⁵⁷ RIPERT, *op cit.*

⁶⁵⁸ De acordo com Paul Mahoney, “a party who regrets entering into a contract will not perform unless he fears that the breach will result in sanctions by the other party (who might have required security for the performance) or by third parties (who might revise their opinion of the breacher and reduce their economic and/or social interactions with him accordingly)” in Contract remedies: general... *op cit*, p. 155.

⁶⁵⁹ FRIEDMAN, David D. Law's order: what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University, 2000, p. 145-146. Fernando Araújo salienta que, dentre os itens a

de exercício de faculdade resilitória. Seguindo este entendimento, David Friedman argumenta que a reputação talvez seja o mais importante método de compelir ao cumprimento dos acordos em nossa sociedade, apesar de nem sempre se mostrar tão interessante – ou relevado – pelos juristas⁶⁶⁰, cuja preocupação muitas vezes se restringe às consequências legais diretas, ao passo que esta seria, em verdade, uma decorrência extrajurídica. No Brasil, Paula Forgioni sustenta ponto de vista semelhante, de que “a boa reputação deve ser realmente adquirida pelo agente, mas também impele ao cumprimento das regras do mercado”⁶⁶¹, o que não significa dizer que a boa reputação será adquirida pelo cumprimento dos contratos, mas, se este for um fator relevante para o mercado, daí sim haveria relação para relevar tal consequência⁶⁶²; por outro lado, caso o mercado tolerasse quebras contratuais, ou a informação acerca desta prática ou da reputação fosse de difícil aquisição ou circulação, não seria um fator relevante a ser considerado pelo agente⁶⁶³.

Com isso, é possível afirmar que não existe uma vedação moral à quebra eficiente, na medida em que os reflexos prático-legais estão previstos na legislação ou são estipulados pelas partes no próprio instrumento contratual, os quais são, ou ao menos deveriam ser, claros e objetivos, sem um juízo axiológico. Por outro lado, o aspecto moral ganha contornos relevantes não por efeitos jurídicos, mas em função de consequências reputacionais que o inadimplemento contratual gera. Tudo isso, entretanto, dependerá de circunstâncias atinentes ao mercado sob análise⁶⁶⁴, especialmente sobre a tolerância à quebra contratual e a relevância e facilidade de circulação informacional. De qualquer modo, a moralidade não possui o condão de

serem ponderados para a quebra eficiente, está o valor dos “ganhos de permanência em relações longas”, *idem, ibidem*. MACKAAY, Law and Economics..., *op cit*, p. 485.

⁶⁶⁰ FRIEDMAN, David D., *op cit*, p. 145. Steven Shavell entendem que, quando os custos de litigar forem muito altos, apenas a reputação poderá ser um estímulo para o cumprimento dos contratos *in* Foundations of Economic Analysis of Law, *op cit*, p. 324. Confirmando este ponto de vista, a partir de uma abordagem sociológica, v. WEBER, Economia e Sociedade, *op cit*, p. 212-223.

⁶⁶¹ FORGIONI, *op cit*, p. 102. No mesmo sentido, TIMM, Direito Contratual Brasileiro..., *op cit*, p.193; SHAVELL, Foundations of Economic Analysis of Law, *op cit*, p. 323.

⁶⁶² Neste sentido, Fernando Araújo adverte sobre a necessidade de a parte que avalia exercitar a quebra eficiente de ponderar a sua prática “em ambientes que sejam avessos a um tal conceito” *in* Teoria Económica.... *op cit*, p. 737-738.

⁶⁶³ FRIEDMAN, *op cit*, p. 147.

⁶⁶⁴ De acordo com Steven Shavell: “Second, information aside, the reputational incentives of parties to adhere to their contracts may not be sufficient to induce that. Imagine a party who is not going to be transacting very often and whose transactions usually will be relatively modest in scope, but who is presently a party to a very large contract that it would benefit him greatly to breach. He may well rationally do so, paying little or nothing in damages, despite any loss to his reputation.” *in* Foundations of Economic Analysis of Law, *op cit*, p. 323-324.

barrar a quebra eficiente, mas poderá ser um fator que dificulte a sua prática, a ponto de Fernando Araújo reconhecer que “normas sociais, que já vimos tantas vezes promoverem a integração eficiente dos contratos, muito frequentemente constituem barreiras à admissão do incumprimento eficiente”⁶⁶⁵.

4.7.4 Inviabilidade de cálculo

Conforme já referido, ainda que não seja necessariamente um requisito, a previsibilidade será altamente desejável, especialmente quando as escolhas a fazer decorram de um processo cognitivo racional. Isso porque a conveniência de praticar uma quebra, a fim de saber se a mesma será vantajosa, decorrerá da elaboração de um cálculo em que deverão ser analisadas todas as variáveis possíveis. Todavia, questões político-conjunturais – sejam elas legais ou institucionais –, bem como a dificuldade de atribuir valores às variáveis subjetivas, podem prejudicar a precisão do cálculo, colocando em xeque justamente a eficiência pretendida.

Não se ignora, todavia, que as partes envolvidas dificilmente realizarão quebras visando à eficiência coletiva, mas sobretudo quando forem vantajosas para si; cabe ao ordenamento jurídico garantir que, nestas situações, seja também eficiente, colocando a contraparte potencialmente frustrada no virtual estado de indiferença entre o cumprimento e o recebimento da indenização correspondente, o que se atinge por meio de regras indenizatórias apropriadas. Além disso, é possível que os contratantes não desenvolvam todo o raciocínio proposto pela teoria, embora o façam instintivamente através de avaliação comparativa entre os possíveis cenários – método que, embora possa alcançar a eficiência, envolve riscos de negligenciar algum fator relevante. Por outro lado, diante não só dos atributos comuns aos agentes inseridos no contexto mercantil, mas dos seus deveres de diligência⁶⁶⁶, presume-se que a quebra eficiente ocorra de maneira deliberada, após a minudente análise *ex ante* das consequências do ato.

⁶⁶⁵ ARAÚJO, *op cit*, p. 738.

⁶⁶⁶ LUPION, *op cit*, p. 142-145.

O primeiro ponto a ser considerado nesta equação consequencialista é, naturalmente, o custo indenizatório à contraparte. A quebra eficiente parte da premissa de que o seu sujeito passivo será indenizado adequadamente, sendo a posição majoritária da doutrina de que o modo de atingir esta condição é através de uma regra de *expectation damages*, que corresponde às perdas e danos, uma vez que abarca os danos emergentes bem como os lucros cessantes. Desta regra advêm duas principais dificuldades: uma ao contraente potencialmente frustrado, pois o ponto em que se encontra esta “justa indenização” é de difícil aferição, e outra à parte que pretende romper o contrato, em face da dificuldade de prever com razoável margem de segurança a extensão dos danos, especialmente por imprevisibilidade judicial.

É praticamente consenso entre os estudiosos do tema que, ao se deixar para uma Corte arbitrar a indenização, é muito improvável que a mesma chegue ao valor que efetivamente coloque a parte frustrada no almejado estado de indiferença⁶⁶⁷, dificuldade inerente a qualquer prêmio indenitário⁶⁶⁸. Dependerá, por óbvio, da complexidade do negócio e especialidade do mercado; quando houver substitutivo equivalente no próprio mercado, a aferição da indenização é mais simples, pois contempla a diferença de preço entre o contratado e o substitutivo, os danos decorrentes da substituição – onde se incluirão custos transacionais e também o das oportunidades perdidas. Entretanto, é fato que terceiros externos à relação comercial entabulada – onde se incluem juízes e árbitros – evidentemente terão menor grau de informações sobre a importância e alcance prático do objeto contratual; além disso, o exercício de imaginar o estado hipotético em que as partes estariam caso o contrato tivesse sido cumprido é praticamente ilusório⁶⁶⁹, especialmente em mercados de maior complexidade. Da mesma forma, o exercício hipotético reveste-se de ainda maior complexidade ao se agregar elementos não-monetários na equação, cujo resultado deve ser valorado. De fato, devem ser

⁶⁶⁷ BISHOP, *op cit*, p. 124.

⁶⁶⁸ De acordo com Ronald Scalise Jr., “[a]lthough pure ‘efficient breach’ theory encourages breaches only if ‘full compensation’ can be made, in actual practice, however, ‘full compensation’ is often an illusion and the expectation measure of damages is frequently undercompensatory due in part to the variety of practical limitations on damage awards.” *in* Why No “Efficient Breach” in the Civil Law?, *op cit*, p. 738.

⁶⁶⁹ Richard Posner pondera que o lucro será difícil de estimar, especialmente nas relações diferidas, com dilatado prazo temporal, já que “[v]irtually, all costs are variable in the long run” *in* Economic Analysis of Law, *op cit*, p. 154.

consideradas não apenas as consequências pecuniárias, mas também as subjetivas e os custos transacionais, de modo que, a este respeito, parece irrefutável a posição de Mackaay e Rousseau de que, ao final, será difícil assegurar que a parte frustrada será inteiramente indenizada⁶⁷⁰, entendimento que é reforçado pela inter-relação entre valor objetivo e utilidade, a percepção desta por uma Corte seria de difícilíssima apuração⁶⁷¹. Tais fatos apontam para uma tendência de que o valor arbitrado seja inferior ao necessário para tornar a parte indene⁶⁷², demonstrando que condicionar a eficiência à justa indenização poderá configurar uma efetiva barreira à aplicação da teoria em comento.

O mesmo ocorre com a parte cujo cumprimento se tornou desinteressante, e que contabiliza o custo indenizatório com o qual terá de arcar. Isso porque, caso não haja composição amigável e a questão seja submetida a uma Corte, a medida em que esta não esteja suficientemente bem informada e necessite realizar o exercício hipotético de como a prestação teria afetado economicamente a parte frustrada – a partir de elementos que devem ser trazidos pelas próprias partes –, a incerteza deste cenário traz consigo o risco de que a avaliação judicial se dê em valores superiores ao que se tinha previsto inicialmente, de modo que a equação da conveniência da quebra pode se tornar, assim, negativa⁶⁷³. Há elementos que reduzem, em certa escala, a volatilidade das variáveis, como as regras de negligência⁶⁷⁴ e o dever de mitigar danos⁶⁷⁵; todavia, a incerteza da apreciação judicial é um risco que só poderá ser mitigado através de instituições sólidas e confiáveis, mas, ainda assim, dificilmente eliminado, pois a apreciação subjetiva acarreta estas dificuldades.

Como forma de superar estes problemas, que são de conhecimento prévio de todas as partes, as mesmas também podem estipular no contrato as penalidades pecuniárias para o caso de extinção unilateral do vínculo ou descumprimento da avença. Neste diapasão, Schäfer e Ott sugerem que, justamente em função destes

⁶⁷⁰ MACKAAY & ROUSSEAU, *op cit*, p. 490.

⁶⁷¹ PINTO, *op cit*, p. 390.

⁶⁷² BISHOP, *op cit*, p. 124

⁶⁷³ GOETZ & SCOTT, *op cit*, p. 586.

⁶⁷⁴ Conferir item 4.4.1.

⁶⁷⁵ Do direito anglossaxão, *duty to mitigate loss*, já abordado no item 2.2.2.3.

valores emocionais difíceis de serem contabilizados, os preços de mercado não seriam aptos para apurar indenizações, as quais só poderiam ser estimadas adequadamente pelas próprias partes⁶⁷⁶, de modo que crescem em importância tais estipulações privadas, como as cláusulas penais. Todavia, mesmo estas, que ordinariamente trazem maior previsibilidade às partes, sem falar na redução de custos transacionais, são objeto de mitigação judicial, de modo que a almejada segurança pode ficar sob risco. O exemplo no Brasil está na relativização da cláusula penal contida no art. 413 do Código Civil, em que o valor pecuniário livremente pactuado pelos contratantes poderá ser objeto de revisão judicial, a partir de apreciações “equitativas” do magistrado, naturalmente evitadas do subjetivismo que se pretende afastar⁶⁷⁷; o sistema ainda restringe sua fixação nos arts. 411 e 412, que limitam os valores ou os casos em que as partes poderiam livremente dispor. No direito anglossaxão, a vedação às *penalty clauses* padece da mesma sina⁶⁷⁸.

Também influi na aferição da eficiência a estimativa dos custos transacionais agregados ao rompimento do contrato, os quais não costumam ser negligenciáveis em operações comerciais, de modo que devem ser incluídos na equação da eficiência e conveniência⁶⁷⁹. Dentre estes, pode haver aqueles atinentes a uma negociação com a contraparte para um distrato, ou, caso houvesse cláusula resolutória expressa, apenas para acertar o valor da indenização a ser paga, custos estes que, mesmo que altos, normalmente podem ser razoavelmente estimados. Todavia, há também a possibilidade de que a contraparte ingresse em juízo, de modo que tais gastos operacionais seriam significativamente majorados, tanto pela contratação de advogados, pagamentos de custas judiciais, sem falar na incerteza do resultado advindo de decisão judicial, como o custo pelo tempo, onde se incluem corolários como juros e correção monetária. Porém, em face da imprevisibilidade de

⁶⁷⁶ SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 329. Defendendo a prevalência das estipulações privadas, PINTO, Paulo Mota, Interesse Contratual..., *op cit*, p. 373.

⁶⁷⁷ Paul Mahoney aponta a existência de indícios de que as cortes tendem a fixar indenizações mais altas quando a quebra for oportunista, conceito igualmente subjetivo e, portanto, que agrega riscos, especialmente em se tratando de um rompimento intencional *in* Contracts remedies: general, *op cit*, p. 159.

⁶⁷⁸ Como informam GOETZ & SCOTT, *op cit*, p. 575-577, 586-588; WALT, Steven. Penalty clauses and liquidated damages, p. 178 *in* DE GEEST, Gerrit (organizador). Contract Law and Economics (Encyclopedia of Law and Economics, 2nd ed., vol. 6). Northampton e Cheltenham: E. Elgar, 2011.

⁶⁷⁹ MACNEIL, Efficient Breach of Contract..., *op cit*, p. 952.

tantos elementos, os quais não estão sob o controle da parte que planeja executar uma quebra eficiente, vê-se que há uma evidente dificuldade em estimar os custos de transação⁶⁸⁰, sendo relevante que se tenha conhecimento dos gastos previstos para efetuar uma eventual renegociação como para uma potencial litigância⁶⁸¹ antes de efetuar a quebra, a fim de tomar, estrategicamente, a decisão acertada, que poderá, inclusive, ser a de adimplir com a obrigação, ainda que tal medida possa parecer anti-econômica em uma análise superficial.

Além de todos estes custos pecuniários, a situação fica ainda mais imprevisível ao se colocar na balança elementos subjetivos de difícil valoração, de onde se destacam as eventuais perdas reputacionais que uma quebra contratual deliberada, ainda que eficiente, poderia gerar. É inegável que, a despeito de o conceito de quebra eficiente se mostrar desejável sob uma perspectiva coletiva – pela adequada alocação de gastos, de modo que os benefícios serão não apenas individuais, mas sobretudo sociais – o dogma do “dever” de cumprir contratos ainda está incutido em diversos ambientes comerciais. Com isso, o valor da reputação no mercado, especialmente em relações repetitivas⁶⁸², poderá ser fundamental para aferição da conveniência da quebra. Todavia, antever a perda monetária decorrente de máculas reputacionais, mesmo que injustas, é inviável, o que torna praticamente impossível precificar⁶⁸³ esta variável – residindo aí uma das maiores dificuldades de resolver esta equação⁶⁸⁴.

Há um aspecto relevante sobre o valor da reputação, que é a facilidade com que esta informação circula e é obtida. Antes de celebrar um contrato, dependendo do objeto e do mercado em que se insere, é comum buscar informações acerca da parte com quem se está assumindo um compromisso, mormente acerca de sua capacidade de cumprir a avença e do seu histórico progresso, ou seja, da sua reputação. Porém, a obtenção de informações traz consigo custos transacionais que

⁶⁸⁰ RIBEIRO & GALESKI JUNIOR., *op cit*, p. 62.

⁶⁸¹ PINTO, *op cit*, p. 393.

⁶⁸² AIVAZIAN, Varouj A.; TREBILCOCK, Michael J.; PENNY, Michael. The Law of Contract Modifications: The Uncertain Quest for a Bench Mark of Enforceability, 1984, p. 202 *in* GOLDBERG, Victor P. (org.). Readings in the Economics of Contract Law. New York: Cambridge University Press, 2006.

⁶⁸³ MAHONEY, *op cit*, p. 155.

⁶⁸⁴ ARAÚJO, *op cit*, p. 737-738.

não podem ser negligenciáveis, ainda que em determinadas circunstâncias a averiguação das mesmas se mostre mais facilitada. Há contratos massificados em que este investimento não é compensado, como na prestação de serviços, em que as partes, deliberada ou inconscientemente, fazem um balanço e percebem que vale mais a pena correr o risco de falha da contraparte do que os custos agregados para a obtenção da informação – tal qual ocorre nas vendas à vista, quando é incomum haver a formalização de um contrato. O mesmo não ocorre nas vendas a prazo, ou parceladas, quando a reputação de bom pagador pode ser relevante para a celebração do negócio.

Na metade do século XX, as relações eram mais pessoalizadas e ocorriam em menor escala, o que favorecia a obtenção de informações, época em que o zelo pela reputação era conseqüentemente mais valorizado. Desde o final do século XX, uma significativa alteração do cenário foi possível de ser notada, com a crescente massificação das relações contratuais, que trouxe consigo a impessoalização das mesmas – contudo, a reputação seguia sendo um dado relevante em determinadas relações, ainda que houvesse uma maior dificuldade para apuração destes dados. Atento à dificuldade e custo de obtenção destas informações, o mercado criou mecanismos para suprir esta demanda, como ocorreu com o desenvolvimento dos cadastros de inadimplentes, que são uma forma razoavelmente barata de obter a informação quanto à reputação de bom pagador de uma parte – muito mais fácil, e eficiente, do que obter certidões negativas em cartórios de protesto, por exemplo. Mormente em mercados especializados e negócios mais complexos, a reputação segue como um elemento essencial para a celebração dos mesmos, sendo que a importância dada a estas informações pode ser percebida pela crescente relevância no mercado financeiro às avaliações elaboradas pelas agências de *ratings* acerca da reputação dos agentes do mercado, que não se restringem a empresas, incidindo também em relação a países⁶⁸⁵. Dependendo da extensão e magnitude no negócio que se está em vias de formalizar, as informações pertinentes à reputação e efetivas práticas tornam-se ainda mais relevantes, justificando investimentos significativos na

⁶⁸⁵ Caso relevante foi o ocorrido com a Argentina, em 2014, quando houve a moratória sobre o pagamento dos títulos pertencentes aos chamados “fundos abutres”. Situação semelhante foi verificada no Brasil no final de 2015 e começo de 2016, quando o país recebeu o rebaixamento do seu grau de investimento por agências de avaliação de riscos.

sua obtenção, como ocorre na realização de *due diligences*, procedimento muito comum em fusões e aquisições societárias.

A verdade é que nem sempre a reputação será um fator relevante, o que dependerá das nuances do mercado em que se está inserido. Tais características serão igualmente importantes quando a reputação se mostrar essencial à tomada de decisões, para que se possa averiguar se, caso presentes os requisitos para uma quebra eficiente, o mercado toleraria tal prática sem que houvesse mácula reputacional. Contudo, caso seja necessário precifica-la a fim de verificar a eficiência do descumprimento, dificilmente será possível fazê-lo com razoável segurança, conduzindo a um cenário de imprevisibilidade que fará com que as partes evitem a quebra contratual a todo custo⁶⁸⁶.

Mais do que tudo que já foi dito, elemento essencial para a análise consequencialista anterior à quebra eficiente, que guarda relação com os demais que já foram abordados, é a segurança jurídica. Conforme já visto, a mesma se constitui praticamente como requisito para o desenvolvimento da atividade econômica, através de estímulos que advêm, muito, da previsibilidade que traz às relações, aliado a uma estrutura político-institucional sólida e confiável. Para o caso específico da *efficient breach*, o respaldo do Poder Judiciário é fundamental na tomada de decisões, de modo que a morosidade judicial e incerteza interpretativa, por exemplo, criam um indesejável cenário de insegurança jurídica⁶⁸⁷; no momento que não se tem esta confiança e previsibilidade, a própria operação do direito fica prejudicada, desestabilizando as relações. A abordagem sociológica de Max Weber ratifica esta posição, para quem “[o] domínio universal da relação associativa de mercado exige, por outro lado, um funcionamento do direito calculável segundo regras racionais”⁶⁸⁸. A assertiva se encaixa com ainda mais propriedade para a doutrina sob exame, pois da mesma forma que sistemas confiáveis são mais eficientes⁶⁸⁹, a elaboração do cálculo analítico-comparativo entre o cumprimento ou

⁶⁸⁶ SCALISE JR., *op cit*, p. 745.

⁶⁸⁷ Não se pode desconsiderar que, em determinadas situações, pode ser vantajoso a uma parte a presença de tais mazelas, mas dificilmente nesta hipótese a quebra contratual seria eficiente.

⁶⁸⁸ WEBER, *op cit*, p. 227.

⁶⁸⁹ MAHONEY, *op cit*, p. 166-167.

não do contrato, que presume uma quebra como eficiente, também será favorecida em um mercado que garanta esta segurança jurídica-institucional; do contrário, os elementos integrantes desta equação não poderão ser aferidos com razoável segurança.

Assim, é possível perceber que a verificação dos aludidos óbices dependerá da casuística, em que será possível conhecer o nível de informação, os custos transacionais, a importância reputacional bem como os níveis de previsibilidade oferecidos pelo mercado e pelo ordenamento jurídico. A depender da conjuntura de todas estas informações, a realização do cálculo de conveniência – e eficiência – restará significativamente prejudicada, reduzindo sobremaneira as hipóteses de aplicação da quebra eficiente.

4.8 Requisitos conjunturais para a promoção da eficiência no rompimento dos contratos (cenário ideal)

Abordados os principais pontos da teoria da quebra eficiente, identificadas as críticas bem como as possíveis barreiras à sua efetivação, é possível traçar o que seria um cenário conjuntural ideal para que as quebras contratuais eficientes fossem colocadas em prática.

Inicialmente, o ordenamento jurídico deverá, se não permitir, ao menos tolerar a quebra eficiente. Isso ocorre essencialmente pela avaliação da regra indenizatória adotada para o caso de descumprimento do contrato, a qual deverá corresponder às perdas e danos⁶⁹⁰ – para permitir à parte frustrada que atinja, por meio da soma compensatória, o “estado de indiferença” – e jamais suplantá-la, de modo que danos punitivos e regras que repassam os lucros advindos da quebra à parte frustrada não poderiam integrar o rol de possibilidades ofertadas pela legislação. Da mesma forma, o sistema deve tratar uniformemente o inadimplemento voluntário e o culposo. 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

⁶⁹⁰ SHAVELL, Is Breach of Contract Immoral?, *op cit*, p. 441.

validade da cláusula limitadora de responsabilidade; caso padecesse de vício desta ordem, o ideal seria a sua anulação isolada, e jamais a adaptação pela Corte, que notoriamente não detém a capacidade para atribuir o valor adequado à mesma.

Além disso, ainda que não fosse medida essencial – pois não necessariamente constituirá óbice à quebra eficiente, embora possa sê-lo – seria extremamente proveitosa a aproximação dos regimes romano-germânicos com os sistemas de *common law* no que tange às consequências práticas pelo inadimplemento de obrigações contratuais, em que a indenização é a regra para os casos de danos por descumprimento, aceitando-se a execução específica somente quanto a reparação se mostrar inadequada⁶⁹¹. Outra saída que objetivamente atenderia à mesma finalidade, mas conjunturalmente menos interessante, seria a adoção de institutos doutrinários que visem a promover a eficiência como justificativa para relativizar a literalidade de disposições normativas através de interpretações sistemáticas e dilatadas, como já ocorre no Brasil com balizas interpretativas abertas constantes da própria legislação, caso da função social dos contratos e da boa-fé, que deram origem à teoria do adimplemento substancial, reconhecidamente sem substrato legal direto. Diz-se que não é ideal pelo fato de que, sob o prisma da segurança jurídica, sempre será desejável uma norma clara, cuja subsunção não deixe margem de dúvidas e não dependa de subjetivismos ou interpretações dilatadas⁶⁹². Todavia, a tendência que se verifica nas codificações civis é a da presença destas cláusulas abertas, cuja consequência é justamente a inversa do objetivo ora proposto. Além destas características, caso o ordenamento prestigie a teoria da imprevisão, mostraria também uma simpatia pelas premissas teóricas que embasam a quebra eficiente, bem como condições *prima facie* favoráveis à aplicação da quebra eficiente.

A par de aspectos jurídicos, foi demonstrado que a sua prática dependerá igualmente da tolerância por parte do mercado, na medida em que o descumprimento de obrigação contratual não raro é visto como uma atitude indigna, o que se refletiria muito mais em uma sanção moral-social do que necessariamente

⁶⁹¹ BISHOP, *op cit*, p. 123.

⁶⁹² A este respeito, a figura do “homem mau” proposta por Oliver Holmes caracteriza com perfeição o método de redação legislativa *in* *The Path of the Law*, *op cit*, p. 74.

jurídica. Assim, caso a parte não esteja disposta a suportar os danos reputacionais advindos de uma quebra deliberada, é necessário que (i) o mercado em que está inserido tolere esta prática, (ii) as informações não circulem com facilidade ou o custo de aquisição das mesmas torne o seu acesso proibitivo, ou (iii) que a reputação não seja um aspecto relevante.

Presentes as circunstâncias conjunturais supra, seria necessário verificar se o próprio contrato não traz nenhuma disposição que impossibilite ou dificulte o exercício de um rompimento eficiente. Com isso, um pacto cujos termos permitam a rescisão imotivada, com uma cláusula cruzada de não indenizar, atinente a um mercado não repetitivo ou onde a reputação não seja valorizada – ou em que a informação não circule facilmente – seria, do ponto de vista individual, o cenário ideal para que uma parte deixasse de cumprir um contrato quando vislumbrasse que a sua execução seria desvantajosa em relação ao descumprimento. Contudo, diante das premissas conceituadas que foram demonstradas, dificilmente seria uma quebra eficiente, isto é, desejável socialmente, já que uma das partes não seria adequadamente indenizada⁶⁹³. Assim, poderia ser incluída, dentre os requisitos ideais, a cláusula pré-liquidando os danos, pois reduziria custos transacionais⁶⁹⁴ e favoreceria a previsibilidade das partes, contanto que tais disposições e sanções privadamente entabuladas entre as partes sejam respeitadas pelas mesmas e convalidadas pelas cortes⁶⁹⁵, caso a questão seja a estas submetida; quanto menor a possibilidade de intervenção judicial no pacto, mais seguras estarão as partes.

Ainda sobre a cláusula penal, será efetivamente desejável e até eficiente sob o ponto de vista microeconômico, isto é, analisando-se apenas o caso concreto; todavia, tendo em vista que a experiência demonstra que uma parcela muito pequena dos contratos é descumprida e acaba gerando uma disputa, os custos de transação associados à negociação e estipulação de uma cláusula penal poderiam ser considerados ineficientes sob uma ótica macroeconômica⁶⁹⁶. De qualquer

⁶⁹³ A cláusula de não indenizar difere da cláusula penal estipulada em valor inferior aos danos. Isso não significa que deva ser automaticamente mitigada, mas tão somente que a ruptura do contrato, embora válida, não se enquadraria no conceito de eficiência.

⁶⁹⁴ GOETZ & SCOTT, *op cit*, p. 587.

⁶⁹⁵ PINTO, *Interesse Contratual...*, *op cit*, p. 373; RIBEIRO & GALESKI JUNIOR, *op cit*, p. 138.

⁶⁹⁶ Segundo Richard Posner, “very few contract disputes result in litigation, so that the transaction costs negotiating a change in a standard provision will therefore often exceed the benefits”,

maneira, como a estipulação deste tipo de disposição é facultativa, caberá às partes adotá-la ou não, sopesando os custos, riscos e benefícios da mesma, como uma espécie de *hedge* contratual⁶⁹⁷, de modo que a sua adoção pressupõe que se julgou conveniente o dispêndio destes custos transacionais para a sua estipulação – os quais, se não são internalizados, passam a ser agregados ao preço ajustado.

Outrossim, embora a via de renegociação permita a manutenção do pacto com alteração dos seus termos ou até o distrato amigável, seria questionável se poderia se enquadrar tal circunstância como uma quebra eficiente, na medida em que não houve descumprimento contratual ou extinção unilateral do pacto. Contudo, se a renegociação ocorreu a partir de circunstâncias em que o cumprimento seria ineficiente à parte se comparado ao inadimplemento da obrigação, a simples aceitação da contraparte mostra uma tolerância à prática, bem como medida desejável sob o prisma da eficiência alocativa, que é justamente o objetivo almejado pela teoria, a qual teria sido atingida, ainda que por via transversa. Richard Craswell identifica na possibilidade de renegociar o pacto um elemento chave para a *efficient breach, literis*:

*A situação mais frequentemente examinada foi de um vendedor que se obrigou por contrato a vender bens para um comprador, mas que é abordado por um segundo comprador que deseja os mesmos bens. A eficiência requer que estes bens sejam utilizados na maior e melhor de suas possibilidades; portanto, os mesmos devem terminar nas mãos do segundo comprador se, e apenas se, valorar estes bens mais do que o primeiro comprador. Isto levou analistas a questionarem: qual remédio dará ao vendedor o incentivo de quebrar e vender os bens para o segundo comprador apenas nos casos em que este atribuir maior valor aos bens do que o primeiro comprador? A resposta mais rápida a esta questão envolve três passos, sendo que o último conclui que a eficiência depende da facilidade de negociação ex post.*⁶⁹⁸

agregando, em nota de rodapé, que “this is a possible explanation for contract lawyers’ tendency, noted by Scott & Gulati, supra note 43, to swallow their objections to conventional contract terms that may not fit the circumstances of the particular contract in negotiation” in Let us never blame a contract breaker, *op cit*, p. 1.362.

⁶⁹⁷ *Hedge* é a operação utilizada no mercado financeiro para garantir contra oscilações do mercado e limitar as perdas, operando semelhante a um seguro, sendo o *hedge contratual* uma disposição do próprio contrato que exerça estas funções.

⁶⁹⁸ CRASWELL, Richard. Contract Remedies, Renegotiation and the Theory of Efficient Breach. 61 South California Law Review, 1988, p. 634. Tradução livre do original: “The situation most often modeled was that of a seller who has contracted to sell goods to one buyer, but who is then approached by a second buyer who wants to buy the same goods. Efficiency requires that the goods be put to their highest and best use; thus, the goods should end up in the hands of the second buyer if

Assim, relevante salientar que, dentro deste hipotético cenário ideal, para que a renegociação do pacto seja viável, os custos de transação para tanto devem ser baixos – medida que favoreceria a própria eficiência jurídico-institucional do ambiente de mercado. Este também seria beneficiado com regras que estimulassem as partes a efetuar o pagamento das indenizações correspondentes sem a necessidade de recorrer ao Judiciário, as quais deveriam, simultaneamente, frear a litigância temerária, sob risco de partes, mesmo cientes que o direito não lhes assiste, judicializarem a questão a fim de obterem vantagens com eventual poder de barganha; a adoção de regras que tais, assim, reduziriam as hipóteses de comportamentos oportunistas além de reduzir custos transacionais.

Cabe ressaltar que o fato de um sistema permitir que se aplique a teoria da quebra eficiente não significa que o mesmo estimule o descumprimento ou que se pregue o desrespeito ao instituto contratual; muito antes pelo contrário: a força vinculativa dos contratos é desejável e necessária, de modo que não se almeja a sua relativização irrestrita, medida que possivelmente traria efeitos nocivos sob uma perspectiva econômico-institucional. De fato, a segurança advinda da relação estabelecida pelo instrumento contratual é o alicerce da confiança relacional no mercado, sem o qual os custos transacionais naturalmente aumentariam, diminuindo o tráfico mercantil e correndo até risco de colapso do sistema. A teoria do rompimento eficiente se propõe unicamente a demonstrar que é interessante, tanto para as partes como para a coletividade, que naquelas específicas circunstâncias em que o cumprimento se tornou tão desinteressante a ponto de a indenização à contraparte se mostrar mais econômica, o inadimplemento será a melhor saída. Se o cumprimento se revestir de significativa importância para qualquer uma das partes, as mesmas são livres para pactuar privadamente uma regra indenizatória que corresponda a esta importância e desestimule a quebra do contrato mesmo nas situações desfavoráveis descritas.

and only if the second buyer values those goods more than the first buyer does. This led analysts to ask the following question: Which remedy will give the seller an incentive to breach and to sell the goods to the second buyer in only those cases where the second buyer values the goods more than the first buyer does? The earliest answer to this question involved three steps, the last of which concluded that efficiency depended on the ease of ex post renegotiation.”

4.9 Aplicação prática

Caso o ordenamento jurídico permita a ocorrência de quebra eficiente, a sua prática será um procedimento desenvolvido em distintas etapas. Poderia se elencar a própria formação do contrato como marco inicial, pois ali estarão dispostas as previsões que disciplinarão a relação e que poderão barrar, serem indiferentes ou favorecer uma quebra eficiente, caso se apresentem as circunstâncias para tanto. O óbice viria, essencialmente, pela fixação de cláusula penal em valor elevado, superior, até, aos efetivos prejuízos no caso de negociação. A prática seria facilitada caso houvesse cláusula resilitória ou resolutive expressa, bem como cláusula penal que não se mostrasse excessiva. As disposições não fariam tanta diferença caso inexistisse disciplina sobre nenhum destes pontos, que são os que detêm capacidade de efetivamente influenciar a viabilidade de uma quebra contratual eficiente. Salienta-se, outrossim, que embora não seja determinante, a redação adequada poderá facilitar sobremaneira a prática da quebra eficiente.

Posteriormente, após a conclusão do contrato, caberia identificar a ocorrência de circunstâncias que denotem a preferência econômica pelo descumprimento ou extinção do pacto quando contraposto ao seu cumprimento. Esta constatação depende de uma complexa equação matemática, em que é necessário precificar não apenas os custos e ganhos monetários como também os não pecuniários, residindo aí justamente o ponto mais tormentoso da prática. Como estipular o valor a que corresponde à perda reputacional? Como saber a repercussão que esta informação terá sobre outros agentes do mercado, e como influenciará potenciais negócios futuros? Possivelmente este seja o ponto mais difícil da aferição *ex ante* da eficiência, que poderá constituir óbice à aplicação da teoria em exame, pois tornaria inviável o cálculo da conveniência da quebra ao não ser possível estimar a efetiva extensão das perdas decorrentes do rompimento, inclusive pela restrição cognitiva decorrente da racionalidade limitada. Além das características do mercado, a fase em que se encontra o contrato poderia alterar a composição deste cálculo, se de trato sucessivo, ou simplesmente execução diferida, e se já houve cumprimento de uma das partes, que aguarda o adimplemento da outra, ou se não foram realizados

atos executórios ainda, se a obrigação é de dar ou essencialmente de fazer⁶⁹⁹, entre tantas outras variáveis que a infinidade de circunstâncias contratuais permitiria imaginar. O ponto chave é que a parte precisa, seja pelo cálculo matemático, como pelo simples exercício comparativo-consequencialista, mesmo que intuitivo, se certificar que o não cumprimento é realmente mais vantajoso; caso não haja esta certeza, poderá assumir um risco calculado, como ocorre em diversas decisões do mundo empresarial.

Porém, antes de executar a medida potencialmente terminativa, seria prudente, caso os custos transacionais permitissem, a renegociação⁷⁰⁰. Se a espécie contratual e os interesses em jogo não demandassem maior reserva informacional, possibilitando a ampla transparência, a parte hesitante em cumprir simplesmente exporia os fatos e dados que a levariam ao rompimento do vínculo, convidando a contraparte a adaptar os termos das obrigações, a fim de que volte a ser mutuamente benéfico, ou, caso não seja viável, ofertando a celebração de um distrato, o que evitaria eventuais discussões judiciais, acertando-se já os valores a serem pagos a título indenizatório. Neste caso, embora presentes as condições para a quebra eficiente, a mesma não terá ocorrido, já que a questão terá se resolvido por acordo de vontades bilateral; a quebra eficiente teria sido apenas potencial.

Todavia, a prática nem sempre funciona conforme preceitua a lógica teórica, pois não apenas os custos transacionais e a assimetria informacional poderiam influenciar significativamente este processo, como também algumas estratégias negociais e até mesmo decisões com motivação antieconômica, como seria o caso das decorrentes do sentimento de vingança. Assim, caso a renegociação para adequação do contrato ou celebração de distrato restem inexitosas, ocorrerá a quebra eficiente pelo exercício da faculdade liberatória ou descumprimento da obrigação, sendo esta a última *ratio* do procedimento, pagando-se a indenização correspondente ou aguardando a fixação judicial da mesma⁷⁰¹.

⁶⁹⁹ BISHOP, *op cit*, p. 125.

⁷⁰⁰ BAIRD, *op cit*, p. 75-76.

⁷⁰¹ Conforme analisado no item 4.7.1, a depender do tipo de obrigação e disposição do contrato, existe o risco de a parte frustrada requerer judicialmente o cumprimento forçado da avença, o que acabaria com a chance de quebra eficiente e ainda incorreria em maiores custos, de modo que tal hipótese deve ser sopesada pelo potencial inadimplente, configurando um risco calculado, caso queira prosseguir com a medida.

O ramo empresarial é efetivamente mais propenso à aplicação da teoria, pois as decisões estratégicas tendem a ser guiadas pela razão e eficiência econômica, de modo que existe uma maior tolerância a práticas que visem o lucro, presumindo-se que todos estes fatores sejam ordinariamente considerados quando da confecção do contrato, a fim de garantir as travas e liberações nas circunstâncias adequadas. Além disso, as relações mercantis, de um modo geral, não apresentam disparidade econômica que justifique a tutela para mitigar cláusulas limitativas do valor indenizatório, agregando maior previsibilidade. Tais características fazem com que, neste meio, quando uma parte pretenda encerrar o vínculo pelo descumprimento, o mero anúncio da sua intenção poderá, dentro da estratégia negocial adotada, estimular (ou até forçar) a contraparte a aceitar o distrato da avença – sendo relevantes as circunstâncias econômicas e mercadológicas em que o contrato e as partes estão inseridos, pois poderá determinar a qual lado pende o maior poder de barganha. Não se pode ignorar que tais fatores podem ser tão favoráveis à parte pretensamente inadimplente que a decisão mais conveniente seja justamente não proceder a qualquer aviso e simplesmente não cumprir a prestação no vencimento, criando um cenário que forçaria a contraparte credora a aceitar termos menos vantajosos em face da necessidade de dispor dos valores indenizatórios, levando-a a aceitar menos do que teria direito em eventual arbitramento judicial. Porém, mais uma vez, a hipótese dependeria muito da casuística, valendo a suposição apenas como exercício teórico, além de abrir margem à questionamentos sobre a sua boa-fé.

Um mercado que seguramente ostenta com frequência quebras eficientes é o desportivo, mormente futebolístico, nos contratos de atletas com as agremiações que defendem, conforme já analisado no ponto 2.2.3. Os contratos dos desportistas, por imposição legal⁷⁰², devem conter a “cláusula indenizatória desportiva” e, no chamado “mercado da bola”, é comum que outras equipes paguem esta multa para poder contratar o jogador já empregado. A prática é antiga e tolerada no meio, tanto que os mesmos jogadores não ficam com máculas na imagem, até porque se entende que este negócio costuma beneficiar tanto o atleta quanto sua antiga equipe se comparado ao contrato extinto, mostrando-se, *prima facie*, eficiente. Verdade que

⁷⁰² Art. 28, I, da Lei Pelé.

ainda podem existir resquícios de mágoa em alguns torcedores mais românticos, mas a maioria da torcida e mesmo dirigentes compreendem que o futebol, atualmente, representa um negócio e o atleta é um dos principais ativos, de modo que a prática não importa em prejuízo reputacional, retirando da equação o elemento possivelmente mais tormentoso da aferição da eficiência.

A reputação existe e, inclusive, é desejável, na medida em que coíbe comportamentos oportunistas, além de funcionar como um regulador social. Caso a sociedade não tolere quebras eficientes, ou ao menos os agentes daquele mercado específico, o problema seria muito mais cultural do que necessariamente jurídico, e aí estas normas funcionariam como as barreiras ao rompimento eficiente a que aludiu Fernando Araújo⁷⁰³. Aliás, o paradoxo da teoria foi muito bem identificado pelo autor, *verbis*:

*(...) se trata de resolver a tensão entre ganhos de eficiência, por um lado, e respeito pelos direitos do credor, por outro – sabendo-se que também estão em jogo outros valores, como o da certeza, o dos “ganhos de permanência” em relações longas, ou o dos ganhos de reputação que podem advir a um devedor pelo facto de se abster de ponderar o “incumprimento eficiente” em ambientes que sejam avessos a um tal conceito.*⁷⁰⁴

A despeito da inegável existência de repercussões morais e reputacionais em determinados mercados, inclusive com efeitos práticos, mostra-se relevante examinar a relação entre esta noção social entre certo e errado e as sanções legais. O ordenamento jurídica deveria, em tese, representar o desejo popular das regras de convívio da sociedade. Não por outra razão que as leis são, nos regimes democráticos, elaboradas a partir dos representantes do povo, que atuarão em nome das bandeiras que defenderam e pelas quais foram eleitos, sendo este o elo material entre a representatividade popular e as estipulações legislativas. Portanto, caso determinada prática seja reputada como indesejável pela sociedade, a lei deveria, idealmente, refletir esta percepção – embora se saiba que nem sempre assim será⁷⁰⁵ – normalmente através de medidas sancionatórias que importariam em

⁷⁰³ ARAÚJO, *op cit*, p. 738.

⁷⁰⁴ *Idem*, p. 737-738.

⁷⁰⁵ Não convém enumerar os motivos nesta sede, já que as hipóteses, de fato, são intermináveis, mas podem ir, por exemplo, desde a heterogeneidade da composição representativa, evolução social que não é concomitantemente acompanhada pela legislativa e indo até a interesses políticos pessoais ou

desincentivos. Assim, o peso da sanção reflete o grau de reprovabilidade da medida, sendo lógico que penas mais severas sejam atribuídas a práticas que se repute mais graves. Entre os crimes de furto, roubo e latrocínio, a pena é majorada de acordo com a crescente escala de violência empregada. No direito consumerista não é diferente, como se vê pelo art. 42, parágrafo único, do CDC, o qual determina que a cobrança indevida por parte de fornecedor ou prestador de serviço, quando se considerar “engano justificável”, deverá ser restituída na forma simples; quando não se entender escusável, entretanto, deverá ser repetida em dobro. Recentemente, entendeu-se no Brasil que as sanções aplicáveis à condução de veículo automotor após o consumo de bebidas alcoólicas não eram suficientes ao efeito dissuasório da medida, tampouco representavam o nível de reprovação da conduta, o que levou à alteração da lei para a imposição de penalidades mais severas⁷⁰⁶.

O raciocínio é ínsito à lógica de todo ordenamento jurídico, não sendo diferente para a seara contratual, em que as penalidades representarão o “custo da infração”, e serão proporcionais ao peso desincentivador da prática que sanciona⁷⁰⁷. A partir daí, interessa notar se o ordenamento distingue o descumprimento intencional do culposos; caso não o faça, é possível que o sistema se coadune ao conceito, já que, sob uma perspectiva econômica, quebras voluntárias, mas eficientes, são o mesmo que inadimplementos involuntários⁷⁰⁸. Caso a conduta fosse tão reprovável, seria o caso de majorar o rigor da sanção, a fim de atingir o efeito dissuasório da mesma; entretanto, por que não se faz? Seria possível responder argumentando que inexistiria justificativa para indenizar a parte frustrada além daquilo que receberia caso o pacto fosse cumprido, sem falar nos odiosos incentivos que tal medida geraria, os quais dificultariam o cumprimento alheio, e na vedação ao enriquecimento ilícito. Tal reflexão parece autorizar a conclusão de que a sociedade, em verdade, quer que a lei confira esta “liberdade” de descumprir o contrato caso o adimplemento se mostre excessivamente custoso e, por consequência, ineficiente; esta lógica já consta da teoria da imprevisão, cujas

de classe. Este tema seria suficiente a um estudo próprio, e desborda do objeto da presente dissertação, embora sejam dignos de nota os exemplos mencionados.

⁷⁰⁶ Lei nº Lei 12.760/2012, também chamada de “Lei Seca” que adotou a “tolerância zero”.

⁷⁰⁷ ARAÚJO, *op cit*, p. 739.

⁷⁰⁸ POSNER, *Economic Analysis of Law*, *op cit*, p. 149.

premissas se assemelham às da quebra eficiente. Raciocínio semelhante foi desenvolvido por Peter Linzer, *verbis*:

Enquanto seria possível restringir Athos ao tornar sua quebra contratual um crime, ao impor danos punitivos ou penalidades a ele, ou ao ordenar a execução forçada, a lei não faz isso. Em vez, a seção 2-712 do Código Comercial Uniforme compensa a parte frustrada pela exata perda que Porthos sofreu: a diferença entre o custo do substitutivo e o preço do contrato, juntamente com danos incidentais e consequenciais. Assim, a despeito da nossa preocupação de que as partes mantenham as suas palavras, ao menos na situação convencional de mercado que ilustramos, o direito, a economia e possivelmente o senso comum perdoam a deliberada e intencional quebra.⁷⁰⁹

Ainda que se pensasse o contrário, deve-se considerar que a *praxis* nem sempre respeitará a letra da lei. Isto pode ser notado a partir da perspectiva sociológica de que parte Max Weber, que o fez reconhecer que “[a] tendência a desprezar oportunidades econômicas somente para agir conforme as leis é naturalmente pequena, a não ser que uma convenção muito viva desaprove fortemente a evasão do direito formal”⁷¹⁰ – o que reforça a já citada importância da repreensão moral, e não apenas jurídica, no comportamento das partes.

Em sistemas romano-germânicos, a utilização do argumento econômico para justificar uma decisão judicial ainda é mais restrita se comparada à facilidade da *common law*, em que o julgador detém maior liberdade, especialmente por não estar adstrito a um texto normativo específico. Todavia, os magistrados de *civil law* não são meros burocratas aplicadores da letra fria da lei, havendo inegavelmente um processo interpretativo-hermenêutico, aliado a uma aplicação ao caso concreto, de modo que a positividade normativa não exclui o papel ativo da jurisprudência na evolução jurídica de um país⁷¹¹. Assim, a adoção de critérios de eficiência

⁷⁰⁹ LINZER, *op cit*, p. 115-116. Tradução livre do original: “While it would be possible to restrain Athos by making his breach of contract a crime, by imposing punitive damages or penalties on him, or by ordering specific performance, the law does not do this. Instead, section 2-712 of the Uniform Commercial Code compensates the aggrieved buyer for exactly the loss that Porthos suffered: the difference between the cost of cover and the contract price, together with incidental and consequential damages. Thus, despite our concern for holding parties to their word, at least in the conventional market situation that we have illustrated, law, economics, and arguably common sense all condone the deliberate and willful breach”.

⁷¹⁰ WEBER, *Economia e Sociedade*, *op cit*, p. 225.

⁷¹¹ SCALISE JR., *op cit*, p. 759-763. O autor ainda refere que, inegavelmente, a possibilidade de criação judicial seja mais circunspecta no sistema romano-germânico, mas que, quando é feita, não

econômica é viável, ainda que indiretamente, através das cláusulas abertas de interpretação, caso da boa-fé e função social dos contratos, as quais poderiam ser invocadas para auxiliar no processo de subsunção da norma ao negócio em exame, na medida em que exigir o cumprimento da obrigação em circunstâncias econômicas tão adversas não pareceria estar em harmonia com os princípios nominados, cabendo a lembrança à já mencionada teoria de Steven Shavell sobre a moralidade da quebra eficiente⁷¹².

A verdade é que a maioria das pessoas, independente do ramo em que atuam, faz intuitivamente o cálculo sugerido, dando-se o nome popular de “custo vs. benefício”, ou também “custo vs. oportunidade”⁷¹³. A teoria da quebra eficiente só veio a sistematizá-lo na seara contratual, conferindo-lhe uma metodologia para análise desta conveniência sob os parâmetros legais, bem como uma justificativa econômica do porquê seria desejável. Porém, não se trata de uma teoria de aplicação universal, na medida em que existem normas sociais e morais que, apesar de não contarem com coerção estatal, exercem inegável influência no comportamento das partes⁷¹⁴, praticamente inviabilizando-a em alguns casos. Além disso, as circunstâncias atinentes ao mercado serão determinantes para verificar a possibilidade aplicação da teoria, mormente pela importância da reputação – e o modo como seria afetada –, pois a dificuldade de precificá-la, para inserção neste cálculo de conveniência, é elemento capaz de inviabilizar a aferição da eficiência e, conseqüentemente, de barrar o rompimento do contrato em face da incerteza. De qualquer modo, as características do mercado empresarial tornam os contratos inseridos no seu microssistema mais propensos, em tese, à sua aplicação, uma vez que existe uma maior aceitação para práticas que visem ao lucro, contanto que estejam previstas no instrumento contratual, em que normalmente já existem as penalidades previstas para o caso de inexecução e extinção do mesmo, funcionando como uma cláusula liberatória.

se menciona diretamente ao que se referem, mas se faz travestidamente, por meio de analogias a outras normas ou princípios já existentes a fim de justificar a decisão.

⁷¹² Conforme já exposto no ponto 4.7.3, partindo da racionalidade limitada e também da inexorável incompletude contratual, caso as partes previssem as circunstâncias que levaram a um potencial cenário de quebra eficiente, teriam optado pela liberação do cumprimento, mediante o pagamento da condenação *in SHAVELL, Is Breach of Contract Immoral?*, *op cit*, p. 441-445, 448-450.

⁷¹³ PELA, *op cit*, p. 1100.

⁷¹⁴ WEBER, *Economia e Sociedade*, *op cit*, p. 223-226.

5 Possibilidades de aplicação da quebra eficiente no Brasil

O presente capítulo representará o cotejo da teoria da quebra eficiente do contrato, apresentada no antecedente, com as condições proporcionadas no Brasil acerca da responsabilidade contratual e também do exercício da retirada, expostas no capítulo 2. Porém, como se viu, a *efficient breach* não dependerá apenas de condições jurídicas, mas também de elementos extralegais atinentes ao mercado em que se inserem para ser aplicada, uma vez que algumas barreiras sociais são, por vezes, mais eficazes na dissuasão de comportamentos indesejáveis do que normas legais. Do mesmo modo, tais fatos têm como consequência a inexistência de uma resposta global sobre a viabilidade da quebra eficiente não só no Brasil, mas em qualquer país, já que as características de cada negócio e ambiente de mercado poderão ser determinantes para a sua prática, fazendo com que cada caso tenha de ser analisado individualmente.

Pode-se afirmar, assim, que o exame da viabilidade de aplicação da *efficient breach theory* no Brasil não é isolado, mas sim conjuntural. É possível expor com certeza apenas se a legislação oferece mecanismos para que se coloque em prática a teoria; a par disso, há elementos cuja análise é dotada de grande subjetivismo, caso das peculiaridades do mercado em que se está inserido, em que fatores como a reputação podem operar como inibidores *extra legis* do seu exercício. Ainda assim, para testar a hipótese no ordenamento brasileiro, é necessário, antes de mais nada, verificar se as duas premissas teóricas na qual a teoria se funda são válidas no país, a saber, a “teoria das opções” proposta inicialmente por Oliver Holmes, além da utilização do arcabouço teórico da *Law and Economics*, especialmente ao se considerar que o Brasil adota o sistema romano-germânico.

Inicialmente, deve-se ponderar que é inegável que a proposição holmesiana das opções dadas a parte, de cumprir o contrato ou pagar os danos, é alvo de divergências – e nem poderia ser diferente, já que é possível suscitar diversos argumentos contrários, como a consideração do inadimplemento como ato ilícito, a previsão de sanção pelo descumprimento ou até por critérios éticos e morais, alheios à lei. Contudo, o que não se pode negar é que, sob uma perspectiva

estritamente consequencialista, a proposição só pode ser refutada nas hipóteses em que a parte frustrada exigir o cumprimento forçado da obrigação⁷¹⁵, já que, caso contrário, o devedor da obrigação de fato poderá optar entre o cumprimento ou não. Ainda assim, não fará diferença se a obrigação for inadimplida propositalmente ou involuntariamente, mas de forma culposa, já que as consequências jurídicas serão rigorosamente as mesmas, a teor do art. 403 do Código Civil.

Ademais, estando a teoria subsidiada nas premissas de *Law and Economics*, cabível igualmente ver a possibilidade de utilizá-las no Brasil. Efetivamente, o sistema de *common law* é muito mais propício para a aplicação de tais fundamentos como *ratio decidendi*, na medida em que caberá ao julgador, de acordo com os critérios que entender pertinentes – que poderá ser a eficiência, por exemplo – decidir o caso concreto; o magistrado não estará amarrado às disposições codificadas, tal qual ocorre nos sistemas romano-germânicos, que ordinariamente restringiriam a sua aplicação, a partir da subsunção possível e da hermética – que garantem a salutar segurança jurídica, mas que, por outro lado, ainda que permitam em certa medida soluções baseadas no consequencialismo e na eficiência alocativa, encontram um campo mais restrito de incidência. Em função disso, é natural que o desenvolvimento doutrinário bem como a aplicação explícita e efetiva dos preceitos da *Law and Economics* tenha sido mais significativa em países de *common law*.

Porém, mesmo em ordenamentos de tradição romano-germânica, também é possível de ocorrer o processo de *judge-made law*. É o que acontece, por exemplo, quando determinada norma não é clara suficiente, ambígua ou simplesmente admite mais de uma solução ao caso concreto, de modo que ao julgador cabe aplicar, a partir de uma gama de soluções possíveis dentro da interpretação sistemática da legislação, aquela cujo resultado entenda mais benéfico dentro dos princípios orientadores do ordenamento⁷¹⁶ – cabendo notar que a eficiência vem prescrita no art. 37 da Constituição Federal e no art. 8º do CPC/2015. Além disso, a presença de cláusulas gerais ou abertas, como a boa-fé ou a função social, que dependem de uma compreensão subjetiva, permitem uma maior maleabilidade interpretativa na

⁷¹⁵ A qual, conforme já demonstrado alhures, é superada pela inserção de cláusula resilitória ou resolutive expressa.

⁷¹⁶ SCHÄFER & OTT, *op cit*, p. 15-16.

aplicação das normas e regras, razão pela qual se entendem como um voto de confiança ao juiz.

É interessante notar o estudo de Ronald Scalise Jr. que, ao analisar adoção da *efficient breach theory* na França e na Alemanha – de tradição romano-germânica –, identificou que o Judiciário destes países tem paulatinamente aplicado os conceitos de forma indireta, a despeito das amarras legislativas e mesmo com a separação dos poderes, *verbis*:

Mesmo que França e Alemanha tenham se afastado do formalismo estrito, os tribunais nestes países são muito mais circunspectos e reservados em suas criações judiciais. E, quando o criam, “eles tentam disfarçar estas invenções através de um véu de analogias de normas legais existentes ou com o significado ou objetivos da legislação em debate. Eles não invocam valores externos ou considerações de políticas públicas”⁷¹⁷

Tais fatos demonstram que, ainda que se repute que a maior liberdade conferida aos juízos de *common law* permite um desenvolvimento econômico superior, inclusive pelo favorecimento a decisões eficientes⁷¹⁸, isso não significa que o sistema romano-germânico não possa seguir o mesmo caminho. Inclusive, é possível que a legislação promova medida eficientes, ainda que este fundamento, quando uma questão seja submetida ao Judiciário, não integre expressamente a *ratio decidendi* da decisão, mas seja atingido pela mera subsunção da norma. Porém, não basta que o texto normativo promova a eficiência, pois, no que tange aos contratos, mormente os mercantis, a mesma dependerá também de uma conjuntura econômico-social, cujas regras são tão relevantes para a manutenção do negócio dentro do mercado organizado quanto as próprias leis a serem observadas.

⁷¹⁷ 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. 762, citando na passagem KIRCHNER, Christian. The Difficult Reception of Law and Economics in Germany, 11 Int'l Rev. L. & Econ. 277, 284 (1991). Tradução livre do original: "Although both France and Germany have moved away from strict formalism, courts there are much more circumspect and reserved in their judicial creations. And when they do create, "they try to disguise those inventions behind the veil of analogies to existent legal norms or the meaning or goals of the statute at stake. They do not invoke external values or consideration of public policy".

⁷¹⁸ Richard Posner aduz que este fato poderia ser explicado pelas origens de cada sistema, uma vez que a *common law* é inspirada na *praxis* mercantil, ao passo que a *civil law* remonta ao direito canônico *in* Let us never blame..., *op cit*, p. 1351-1352.

Em função disso, ao tratar especificamente dos contratos empresariais, a análise deve levar em consideração os aspectos próprios dos mesmos, contextualizando a *praxis* inerente ao mercado dentro do qual se inserem e as suas peculiaridades. Tais distinções são, de fato, relevantes, como se revela, exemplificativamente, na alteração dos deveres decorrentes da boa-fé nesta espécie de avença, conforme já demonstrado na seção 4.7.2. Com isso, deve ser visto que, neste meio, é expressiva a proporção dos pactos possui cláusula resolutiva expressa, bem como cláusula penal compensatória, sem falar nas que permitem a resilição imotivada, sendo estes fatores que auxiliam sobremaneira o cálculo da conveniência do rompimento do contrato – cabendo ao ordenamento garantir que o mesmo se opere apenas quando seja eficiente.

Todavia, deve-se verificar se, além destas condições jurídicas, demais elementos por vezes externos ao instrumento contratual, mas que influenciam na sua execução, de modo que, ainda que a lei ofereça instrumentos que favoreçam a utilização da teoria em exame, a casuística será determinante para verificar as condições da quebra eficiente. Dentre elas, pode-se citar a reputação das partes envolvidas, a moral e a ética, as quais muito tem a ver com a importância dada a estes elementos pelo mercado específico e a facilidade com que esta informação é obtida, bem como custos transacionais. Por se tratarem de aspectos muito específicos de cada ambiente negocial, a resposta sobre a viabilidade igualmente só poderá ser dada em um caso concreto, cabendo, aqui, apenas identificar os fatores a serem considerados pelas partes, servindo como orientação metodológica para a verificação no caso concreto.

Feitas tais considerações, é possível analisar se o Brasil, tanto sob a perspectiva jurídico-legal como por aspectos mercadológicos e sociais, oferece condições para a quebra eficiente do contrato. Adianta-se que a resposta é positiva. Todavia, o espectro de possibilidades é mais restrito do que o desenhado pela doutrina estrangeira como ideal, o que pode ocorrer por fatores estruturais de mercado ou institucionais, legais, judiciais ou até mesmo pela redação do contrato, cujos termos poderão ser determinantes para a viabilidade ou não da prática.

5.1 Condições jurídicas

De plano, passa-se a verificar a presença das condições jurídicas para o rompimento contratual eficiente no Brasil, as quais envolvem a análise de eventuais limitações impostas pela possibilidade de exigir o cumprimento forçado da obrigação, a regra indenizatória para o descumprimento contratual - e as referências jurisprudenciais de sua aplicação – e também se há respeito judicial às estipulações compensatórias privadas, a saber, a cláusula penal.

5.1.1 Cumprimento forçado e resolução

Conforme já visto no capítulo 2, a legislação brasileira confere à parte frustrada pelo descumprimento de um contrato as opções entre resolvê-lo ou exigir-lhe o cumprimento, sem prejuízo da reparação relativa às perdas e danos incorridos. Ademais, viu-se na seção 4.7.1 que o adimplemento forçado pode se constituir em uma barreira à prática da teoria sob exame, na medida em que se corre o risco de a contraparte exigir o adimplemento, medida cuja coerção pode se dar pelo arbitramento de astreintes, as quais agregariam despesas e novos custos transacionais, colocando em perigo a eficiência anteriormente verificada.

Assim, embora o descumprimento fosse eficiente, a parte inadimplente fica sujeita às ações da contraparte para concretizar o desejável rompimento do vínculo. Por certo que esta não é uma medida isolada e deve ser analisada conjuntamente a outros fatores dos quais dependerá, como os custos de acesso ao Judiciário – os quais serão abordados adiante – e a existência e facilidade da obtenção de substitutivos à obrigação, facilitada em mercados bem desenvolvidos e de prestações fungíveis. Neste caso, inclusive, quando o descumprimento se mostrar a medida mais eficiente, uma proposta de distrato em que o potencial inadimplente se compromete a pagar a diferença de preço entre o contratado e o substitutivo⁷¹⁹, acrescidos dos custos de transação – ou o valor estipulado na cláusula penal – seria conveniente tanto à parte que está prestes a descumprir, pois mitigaria o risco de

⁷¹⁹ Tal qual determinaria o art. 249 do Código Civil.

cumprimento coativo, quanto ao credor da obrigação, na medida em que corresponde exatamente ao que faria jus caso ingressasse em juízo. A renegociação, de fato, é o caminho mais seguro, não se olvidando que, conforme já exposto na seção 4.7.1, a existência da regra que permite ao credor frustrado exigir o cumprimento da avença polariza nesta o poder de barganha para eventual negociação.

Há, todavia, um entendimento que poderia superar esta potencial barreira. Conforme demonstrado no item 2.2.1.3, vem-se adotando nos tribunais brasileiros a teoria do adimplemento substancial como um limitador ao direito resolutório. 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 resolutório, o que obviamente não seria o caso em uma quebra eficiente. Todavia, o adimplemento substancial não possui amparo legal explícito, mas sim é fruto de uma construção doutrinária e interpretação sistemática da legislação, calcada em cláusulas abertas de hermenêutica, sobretudo a boa-fé e a função social dos contratos. Embora já se tenha ressalvado as consequências deste método interpretativo, da mesma forma que se tem adotado jurisprudencialmente esta doutrina para limitar o direito à resolução, a fundamentação da quebra eficiente também pode servir de substrato para limitar o direito à execução coativa. Já foi demonstrado que a eficiência é um objeto desejável não somente às partes, mas também à coletividade, pois evita desperdício de recursos. Igualmente, seria normal presumir que, caso as partes tivessem previsto as circunstâncias que conduziram à supressão do interesse em cumprir o pacto, teriam estipulado no contrato que tal circunstância liberaria o devedor de prestar a obrigação, limitando-se a pagar o valor correspondente à expectativa do credor, normalmente já fixado no contrato – atendendo-se, também, à boa-fé e à função social dos contratos com esta medida. Com isso, seria possível imaginar que tal qual o exercício resolutivo é limitado pela teoria do adimplemento substancial, por um dever de coerência, o cumprimento forçado também seja obstado pela aplicação da doutrina da quebra eficiente do contrato. Todavia, não se tem notícia da utilização deste argumento ainda na jurisprudência brasileira – o que poderia ser explicado pela pouca difusão da teoria no Brasil, onde ainda não foi profundamente explorada.

De qualquer modo, a apresentação deste estudo poderia contribuir para a reflexão sobre o tema e, quiçá, eventual aproveitamento pelo Judiciário de suas premissas teóricas quando confrontado com um caso em que aplicável o argumento.

A somar com o leque argumentativo para a interpretação sistemática, o ordenamento jurídico adotou as premissas da teoria da imprevisão, liberando o devedor de prestar a obrigação contratual quando verificadas as condições estabelecidas. Na verdade, não seria demais entender a onerosidade excessiva e a manifesta desproporção das prestações como uma materialização da quebra eficiente, ao menos em parte. Isso porque as normas previstas nos arts. 317, 478 e 480 do Código Civil devem ser entendidas como medidas cuja finalidade também se coaduna com a função social do contrato, pois não faria sentido, sob a perspectiva social em que o contrato se enquadra hodiernamente, afastando-se do individualismo de outrora, que se obrigue a manutenção de uma obrigação em condições que tragam prejuízos injustificados a uma das partes – o que também evidencia uma perspectiva econômica coletiva. Efetivamente, o fundamento teórico envolvido é semelhante ao da quebra eficiente, que contempla a preservação da comutatividade originalmente desenhada e, logo, da própria base jurídica do negócio, em que também consistem o interesse, viabilidade e proveito econômico do mesmo. Evidente que há elementos de aleatoriedade que devem ser suportados pelas partes, o que é inerente ao próprio negócio. Mas, assim como não é qualquer medida capaz de invocar a quebra da base jurídico-econômica do negócio para suscitar a imprevisão, não será qualquer desvantagem que fará com que o rompimento eficiente seja exercido. Neste aspecto, as barreiras extrajurídicas, como a moralidade, reputação e os custos de transação acabam sendo não de todo indesejáveis, pois fazem com que apenas os casos em que haja certeza da ineficiência no cumprimento que se aplique a teoria em exame.

Além disso, de acordo com a redação do próprio contrato, é possível que as partes, cientes de eventuais limitações impostas pela regra legal, abram mão, ainda que tacitamente, da possibilidade de exigir o cumprimento forçado no caso de inadimplemento. É o que ocorre quando se adora no instrumento cláusula resilitória e cláusula resolutive expressa, as quais inserem o contrato dentro da perspectiva

holmesiana já exposta alhures. Na primeira, sequer há necessidade de justificar os motivos pelos quais tenha sido exercida, cabendo a chamada “denúncia vazia” por mera manifestação volitiva por qualquer uma das partes, mediante o pagamento do valor estipulado na cláusula penal – cuja natureza, então, é além de compensatória ao credor da obrigação, também liberatória para o contratante que a exerce. Já a cláusula resolutiva contempla um acordo já previsto no programa contratual de que qualquer falha envolvendo o cumprimento da forma como originalmente desenhado terá como consequência a resolução automática da avença – onde, normalmente, também já consta a previsão da contraprestação pecuniária devida à parte frustrada. Ambas situações são expressamente albergadas pelo ordenamento jurídico, autorizando a sua prática. A partir desta análise, fica claro que enquanto a cláusula resilitória unilateral possui caráter eminentemente liberatório, tal característica também pode ser atribuída de modo reflexo à cláusula resolutiva, embora se classifique ordinariamente que sua função precípua seja coagir ao cumprimento, já que a disposição não raro vem acompanhada de expressivas multas. Desde que as mesmas estejam contempladas no cálculo da conveniência, a fim de verificar a eficiência da medida, não haveria, em tese, prejuízo ao ora afirmado.

Pode-se concluir, portanto, que sob o ponto de vista das consequências do inadimplemento, a faculdade ofertada ao credor da obrigação inadimplida de exigir o cumprimento pode se configurar uma barreira à quebra eficiente – embora não necessariamente o seja, dependendo, evidentemente, do caso concreto. 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. Ademais, não será em todos os casos, pois além de custos transacionais envolvidos na execução forçada, o próprio contrato pode tacitamente revogar este direito, seja pela cláusula resilitória como pela resolutiva expressa, que garantem, de formas distintas, o “direito de retirada” das partes, uma pelo exercício da faculdade, e a outra pelo simples descumprimento.

5.1.2 Regra indenizatória

Conforme já visto, a quebra eficiente pressupõe que a parte frustrada seja adequadamente indenizada; se não há indenização, não será eficiente, ainda que possa ser vantajoso para uma das partes – sendo a única exceção a esta regra o caso de cláusula cruzada de não indenizar ou se não houver dano decorrente do inadimplemento. De fato, ainda que as relações sinalagmáticas possam ser examinadas sob o viés da *consideration*, em que o binômio *benefit-detriment* torna presumível o prejuízo da parte frustrada pelo não cumprimento da prestação prometida⁷²⁰, há necessidade de comprovação do mesmo pelo credor frustrado caso não haja estipulação liquidando antecipadamente os danos.

De acordo com o exposto na seção 2.3, o ordenamento jurídico brasileiro determina que a reparação à vítima de inadimplemento contratual corresponda às “perdas e danos”. Tal expressão engloba não apenas o que se perdeu, mas também tudo aquilo que razoavelmente se deixou de ganhar – conceito que se coaduna com os *expectation damages* definidos pela doutrina como a regra desejável para promover quebras eficientes. Os dispositivos que regulam esta indenização, em tese, garantem o princípio da reparação integral à parte lesada. Contudo, a *praxis* demonstra que nem sempre será assim.

No caso dos danos emergentes, é imprescindível que contemplem todos os custos decorrentes do rompimento do contrato. Tais danos vêm previstos nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil, que atribuem ao contratante inadimplente a responsabilidade pelas perdas decorrentes do descumprimento, sem prejuízo da cobrança dos juros, atualização monetária e, também, honorários de advogado. Os dispositivos teoricamente englobaram o conceito dos danos emergentes em toda a sua extensão; todavia, nem sempre é aplicado *in totum*. Possivelmente a maior despesa – ou custo transacional – que uma parte incorre ao recorrer ao Judiciário para ser ressarcido dos danos advindos do inadimplemento contratual são os honorários advocatícios contratuais. Assim, não haveria maior dificuldade hermenêutica em identificar este custo como prejuízo decorrente do

⁷²⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira da, *op cit*, p. 57-60.

descumprimento, já que o inadimplente, ao não cumprir o acordo e tampouco pagar voluntariamente a indenização correspondente – normalmente, já liquidada no próprio contrato –, não deixa outra saída ao credor frustrado que não a cobrança judicial, a qual só pode ser feita através de advogado; portanto, a contratação deste só ocorreu por conta do comportamento do inadimplente, de modo que o valor gasto com os honorários seria passível de restituição sob a rubrica dos danos emergentes. Todavia, embora garantida em lei, é possível notar resistência judicial em incluir os honorários contratuais de advogado sob tal rubrica.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tal qual a Corte Estadual de Minas Gerais⁷²¹, possui entendimento majoritário de que é "abusiva a cláusula que estabelece honorários advocatícios, para a hipótese de futuro inadimplemento, por afronta aos princípios da probidade e boa-fé que devem nortear todos os contratos, na forma do art. 422 do CC"⁷²², aduzindo que, *in casu*, a locatária não poderia ser responsabilizada antecipadamente pelo pagamento decorrente da contratação de advogado pelo locador, entendendo que esta é atribuição exclusiva do julgador⁷²³ – o que demonstra a confusão entre honorários contratuais e sucumbenciais. Todavia, o STJ já tratou de distinguir a natureza das duas verbas, uma vez que "[a] previsão contratual de honorários advocatícios em caso de inadimplemento da obrigação decorre diretamente do art. 389 do CC, não guardando qualquer relação com os honorários de sucumbência"⁷²⁴.

⁷²¹ TJMG, Apelação Cível nº 10153120077968001, Relator: Leite Praça, 17ª Câmara Cível, Data de Julgamento: 09/07/2015, DJ 21/07/2015. Do acórdão, se extrai a seguinte fundamentação: "A interpretação literal e sistemática dos artigos 389, 395 e 404, do Código Civil leva à conclusão de que eles tratam de honorários advocatícios decorrentes da sucumbência, arbitrados em Juízo. Entender que a responsabilidade pelo pagamento de honorários advocatícios, contratados pelo vencedor da demanda, é atribuível à parte adversa sucumbente, importaria em conturbação social que não coaduna com o papel de pacificação da Jurisdição".

⁷²² TJRS, Apelação Cível nº 70064352487, 16ª Câmara Cível, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 18/06/2015. De outro julgado, em que se discutia o descumprimento contratual de plano de saúde, se extrai que "Não é possível a cobrança de honorários contratados para o ajuizamento de uma ação. Interpretação ampliada dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil que restou superada no âmbito do STJ" (TJRS, Embargos de Declaração nº 70068243880, 6ª Câmara Cível, Relator: Luís Augusto Coelho Braga, Julgado em 03/03/2016) – todavia, o julgado representativo do posicionamento do STJ adotado na fundamentação do acórdão não se aplicaria ao caso concreto, pois não fez precedente, mas apenas julgou concretamente um caso específico.

⁷²³ Posição também manifestada na Apelação Cível nº 70065119570, 19ª Câmara Cível, Relator: Eduardo João Lima Costa, Julgado em 13/08/2015.

⁷²⁴ STJ, AgRg no REsp 1312613/MG, Rel. Ministro Paulo De Tarso Sanseverino, 3ª Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014. No mesmo sentido é o Enunciado 426 da V Jornada de Direito Civil do CJF, segundo o qual "Os honorários advocatícios previstos no art. 389 do Código Civil não se

Destoando das cortes gaúcha e mineira, a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo⁷²⁵ segue o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual, ao reformar acórdão oriundo do TJRS, reconheceu o direito ao ressarcimento dos valores, já que "[e]sta Corte tem, de fato, adotado o entendimento de que, forçada a parte a ingressar em juízo para fazer valer direito violado pela parte contrária, os valores pagos ao advogado contratado integram as perdas e danos, os quais devem ser ressarcidos, provada a imprescindibilidade da ação e a razoabilidade do valor pago"⁷²⁶.

Ou seja, para que haja a reparação integral dos danos⁷²⁷, dependerá do Tribunal ao qual a questão seja oportunamente submetida, a menos que haja disposição – e meios – de conduzir o feito até as vias extraordinárias. Ocorre que o simples fato de a jurisprudência sobre o tema ser vacilante nas instâncias ordinárias já cria um cenário de insegurança e desincentivo à busca pela reparação integral, o que afeta negativamente e, a médio-longo prazo, aumenta os custos transacionais face à incerteza institucional, já retratada no item 4.7.4.

No que tange aos lucros cessantes, não é muito diferente. A despeito da boa intenção do legislador em incluir os ganhos que se deixaram de haver em face do rompimento do contrato, conforme dispõe o art. 402 do Código Civil⁷²⁸, tal verificação prática vem encontrando barreiras na *praxis* forense. Conforme já visto no ponto 2.3.3, a análise da jurisprudência permite identificar certa rigidez na

confundem com as verbas de sucumbência, que, por força do art. 23 da Lei n. 8.906/1994, pertencem ao advogado”.

⁷²⁵ TJSP, Apelação Cível nº 0013096-46.2010.8.26.0224, Relator: Gilberto Leme, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 26/10/2015. De acordo com o acórdão, “[o]s valores gastos com honorários advocatícios e despesas de locomoção, hospedagem e alimentação de seu advogado integram o valor devido a título de perdas e danos, consoante se depreende dos artigos 389, 395 e 404 do Código Civil. Convém anotar que seria violar os princípios elementares de direito concluir que os honorários advocatícios contratuais, porque decorrentes de avença estritamente particular, não podem ser ressarcidos pela parte sucumbente, já que esta não participou do ajuste, uma vez que os honorários contratados são gastos extrajudiciais retirados do patrimônio do lesado e que se fizeram necessários diante do inadimplemento das obrigações, notadamente em razão da exigência de contratação de advogado para defender os interesses do autor em ação movida pelo réu, que acabou sendo julgada extinta sem resolução do mérito por não ter o apelado comparecido na audiência designada.”.

⁷²⁶ STJ, REsp nº 1.369.703/RS, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJ 09/06/2015.

⁷²⁷ BAUMER, David; MARSHALL, Patricia. Wilful breach of contract for the sale of goods: can the bane of business be an economic bonanza?. Temple Law Review, vol. 65, 1992, p. 161-162.

⁷²⁸ O dispositivo contempla apenas a extensão e conceituação das perdas e danos, devendo ser interpretado em consonância com o art. 475 do Código Civil.

concessão de lucros cessantes, especialmente no que tange aos seus requisitos probatórios. Exemplo disso se verifica em recente julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, onde constou que "[o]s lucros cessantes correspondem ao que a empresa autora razoavelmente deixou de lucrar como consequência direta do evento, não se compreendendo nesta rubrica danos hipotéticos, baseados em mera expectativa de ganho, a depender de fatos eventuais e circunstâncias futuras"⁷²⁹. Todavia, ao reconhecer que tais danos correspondem ao que "razoavelmente" se deixou de ganhar e simultaneamente exigir prova concreta seria uma demasia, até porque, caso fosse possível esta comprovação, não haveria a necessidade da expressão "razoavelmente" no texto normativo, além do que tal rubrica necessariamente dependerá de "fatos eventuais e circunstâncias futuras". Claro que se deve atentar à regra de Hadley, para limitar os danos àqueles que poderiam ou deveriam ter sido previstos pelo inadimplente, mas ainda assim parece que seria cabível certa relativização probatória, a fim de atingir o objetivo colimado pela regra.

Esta circunstância corrobora o que já fora salientado nos pontos 4.4.1 e 4.7.1 da extrema dificuldade de as cortes arbitrarem o ponto correto da indenização, especialmente no que tange aos lucros cessantes, na medida em que é necessário imaginar as consequências do hipotético cumprimento, abatendo-se os custos e eventuais perdas, exercício deveras complexo para um terceiro que não integra a relação tampouco o mercado, não possuindo as informações necessárias para avaliar adequadamente sua extensão. Quem está em melhores condições de fazer esta aferição, em verdade, são as próprias partes, por meio das estipulações privadas quando ao alcance indenizatório no caso de inadimplemento, justamente as cláusulas penais.

A despeito destas dificuldades, ao menos em teoria, o ordenamento permitiria quebras eficientes, pois a regra indenizatória prevista na legislação é justamente aquela que virtualmente colocaria o credor em situação de diferença entre o cumprimento e o inadimplemento. Contudo, é altamente improvável que seja arbitrada indenização neste ponto ótimo, equivalente aos ganhos de adviriam do cumprimento, por todas as razões já expostas; na verdade, é utópico imaginar que

⁷²⁹ STJ dos EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 790.903/RJ, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, 4ª Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 10/02/2014.

um terceiro, com limitações informacionais e também cognitivas – decorrentes da racionalidade limitada –, possa encontrar este valor ideal, desejável para atingir o virtual estado de indiferença. Sob uma perspectiva subjetiva, assim, dificilmente será possível identificar uma quebra eficiente que se enquadre na concepção purista desenhada pela doutrina quando a indenização tiver de ser arbitrada por uma Corte⁷³⁰. Todavia, considerando que a eficiência deve ser objetiva, e não subjetiva, deve-se considerar que se um Tribunal julga que o valor arbitrado compreende as perdas e danos, deixando a parte frustrada indene, ao menos sob a ótica judicial a quebra poderá, sim, ser eficiente, mesmo sob o conceito paretiano. Estabelece-se, assim, um paradoxo entre a satisfação indenizatória objetiva e subjetiva.

Diante destes fatos, o problema para a eficiência, portanto, não reside na norma, mas sim na sua aplicação, que por vezes impõe barreiras ao atendimento do objetivo legal, que é o de promover o efetivo *restitutio in integrum*, de modo que o texto legal se coaduna com as premissas da quebra eficiente. Caso se entendesse como inadequada a prática, o ordenamento jurídico teria instrumentos para impedir a parte de efetuar uma quebra eficiente do contrato, seja pela criminalização do inadimplemento contratual, como pela imposição de danos punitivos e demais penalidades pecuniárias⁷³¹; todavia, não faz nem uma coisa nem outra, uma vez que as repercussões do descumprimento contratual são estritamente cíveis⁷³² e, além disso, não há danos punitivos, na medida em que a lei expressa ao determinar que a

⁷³⁰ Normalmente, entende-se que a indenização normalmente será inferior ao critério subjetivo da própria parte, já que o julgador não leva, e nem teria como levar, em consideração os valores idiossincráticos atribuídos ao cumprimento, razão pela qual a indenização é limitada à objetividade averiguada. Claro que é possível que a indenização seja superior ao que a parte frustrada auferiria, o que, perante ela, seria benéfico, ao mesmo tempo em que as possibilidades de eficiência no inadimplemento seriam menores, já que a margem de “eficiência”, *i.e.*, o excedente econômico, seria reduzida.

⁷³¹ LINZER, Peter, *op cit*, p. 115.

⁷³² Como já foi decidido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, quando empresa estabelecida há longa data na praça vendeu determinados produtos e, por dificuldades financeiras, não pode honrar a entrega, ao passo que o credor tentou a tipificação penal de estelionato, mas o acórdão confirmou a sentença absolviória, ao entender que a repercussão de tal ato é estritamente cível, como se vê pela fundamentação do acórdão: "Descumprimento que, embora intencional, não exorbita a esfera civil para adentrar na fraude penal, possibilitando ao prejudicado ajuizar no cível a rescindibilidade do ajustar, no qual, ademais, implícita a cláusula resolutiva, inclusive pleiteando perdas e danos. (...). Por mais que ocorra, a esperteza nas atividades comerciais não configura o delito de estelionato, resolvendo-se se for o caso, na esfera civil. Quando o fato contra jus não é de molde a provocar um intenso ou difuso alarme coletivo, cabível é a aplicação de mera sanção civil: ressarcimento do dano, execução forçada, restituição in pristinum, nulidade do ato". (TJSP, Apelação Crime nº 0059846-27.2002.8.26.0050, Relator: José Damião Pinheiro Machado Cogan, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 25/02/2011)

indenização no caso descumprimento doloso também se limitará às mesmas perdas e danos do meramente culposo, na dicção expressa do art. 403 do Código Civil. Além disso, a maior prova de que o ordenamento não veda o descumprimento intencional do contrato é que permite a inserção e atesta a validade de cláusula resilitória unilateral, cujo exercício sempre será volitivo e, nem por isso, ilícito. Tais fatos evidenciam que, se não há uma aceitação da quebra eficiente, existe ao menos uma tolerância à prática, na medida em que a legislação oferece, em tese, os meios adequados para o ressarcimento reputado ideal pela doutrina da *efficient breach*, ainda que sua aplicação nem sempre seja desejada.

Não se pode ignorar, todavia, que na difícil tarefa de arbitrar a indenização, cujo viés, ainda que não fosse o ideal, terá caráter também subjetivo, permitirá ao magistrado uma “punição às avessas”, valendo-se do valor condenatória para indiretamente sancionar alguma atitude que além de antijurídica repete imoral ou digna de penalização. Para evitar esta indesejada medida, seria prudente que as partes interessadas demonstrassem, diante desta circunstância, que a quebra foi eficiente e que a medida é desejável tanto individualmente quanto coletivamente, o que será facilitado a partir da maior difusão e aceitação do paradigma da teoria sob análise.

5.1.3 Respeito às estipulações privadas (cláusula penal)

É possível identificar, entretanto, duas circunstâncias que permitem superar as dificuldades inerentes ao arbitramento da indenização: a presença de cláusula penal, em que o valor da reparação já vem prescrito no próprio instrumento, e os mercados em que há substitutivo para a prestação, nos quais a aferição das perdas e ganhos é facilitada pela simples diferença do preço entre o contrato original e o que o substitui, acrescido dos demais custos transacionais decorrentes desta operação. Nestes casos, não será necessário proceder à análise do virtual resultado que adviria do cumprimento, tomentoso exercício, o que reduz sobremaneira as chances de erro na avaliação e arbitramento do montante indenizatório.

Inicialmente, necessário enfrentar a posição defendida por Juliana Pela de que o art. 408 do Código Civil constituiria óbice à utilização da cláusula penal no caso de uma quebra eficiente, sugerindo que só poderia ser invocada em descumprimentos culposos, e não nos intencionais⁷³³. De fato, o art. 408 refere que incorre o devedor na cláusula penal “que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação”. Entretanto, a expressão “culposamente” não está contrapondo “dolosamente”, mas sim o inadimplemento fortuito – já que, neste, não haveria responsabilidade; o vocábulo visa eximir o inadimplente do dever de ressarcimento pelo valor estipulado na convenção caso se verifique uma excludente de responsabilidade⁷³⁴. A reforçar este ponto de vista têm-se os arts. 402 e 403 do *codex*, de onde se extrai que, seja involuntário ou deliberado o descumprimento, a indenização será rigorosamente a mesma, correspondendo às perdas e danos – o que demonstra inexistir por parte do ordenamento, mormente sob a ótica da interpretação sistemática, tratamento diferenciado sob a perspectiva indenizatória para o inadimplemento intencional ou culposos⁷³⁵.

Por certo que a liquidação prévia dos danos decorrentes do descumprimento poderia facilitar o cálculo a ser realizado pelas partes para averiguar se seria mais vantajoso cumprir ou não o contrato, garantindo, em tese, a previsibilidade sobre os custos indenizatórios no caso de extinção prematura do vínculo contratual. Necessário verificar, todavia, se há possibilidade de interferência judicial nestas estipulações compensatórias privadas, podendo-se adiantar que esta análise, a partir do paradigma da quebra eficiente, possui duas faces diametralmente opostas e que, paradoxalmente, podem promover a eficiência.

Isso porque, caso se respeite a disposição particular, independentemente do valor arbitrado, haverá maior segurança às partes na fixação dos mesmos, trazendo igualmente a desejável previsibilidade, elemento que favorece sobremaneira quebras eficientes e também o planejamento dos contratantes, seja para a execução

⁷³³ PELA, *op cit*, p. 1098-1099.

⁷³⁴ Corroborando esta posição, Arnaldo Wald sustenta que “resolvida a obrigação principal sem culpa, não há como cobrar a cláusula penal” *in* Direito das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos, *op cit*, p. 196.

⁷³⁵ Paradoxalmente, Juliana Pela refere no mesmo artigo que “não há que se perquirir culpa no inadimplemento”, *op cit*, p. 1094.

da avença como para o provisionamento do valor a ser pago referente à cláusula penal, caso entendam necessário. O respeito às estipulações privadas, dentro da autonomia da vontade, confere, especialmente em contratos empresariais, uma maior margem de atuação aos agentes no mercado ao mesmo tempo em que favorece as trocas, em face da segurança jurídica que se fortalece. Entretanto, caso o cenário sugerisse que a aplicação da teoria seria o melhor caminho, mas houvesse uma cláusula penal estipulada em valor muito superior ao que seria o efetivo dano da parte frustrada, a quebra eficiente seria barrada pela mesma, medida que, sob o prisma isolada e estritamente econômico, seria ineficiente.

Por outro lado, ao se mitigar as cláusulas penais negociadas e acertadas livremente pelas partes, nos casos em que os valores pecuniários se mostrarem desproporcionais à utilidade que a prestação trará às partes, também favorecerá, em certas medidas, quebras eficientes, a despeito de não trazer a segurança jurídica como na outra hipótese. Caso o valor estipulado em contrato se mostre muito superior ao efetivo proveito econômico, esta cláusula poderá configurar uma barreira a uma potencial quebra eficiente, que seria superada caso a mesma fosse afastada e o valor indenizatório apurado por uma Corte, para que, se não corresponder, ao menos se aproxime do virtual “estado de indiferença”; assim, estar-se-ia afastando um potencial óbice à aplicação da teoria e, no caso concreto, promovendo a eficiência. Além disso, indenizações superiores ao proveito econômico do cumprimento poderiam favorecer um cenário de risco moral, embora seja a única medida possível a garantir a atribuição da utilidade objetiva e subjetiva à prestação⁷³⁶.

Isso significa afirmar que ambos os caminhos favorecem a eficiência? É possível dizer que sim, cada um à sua maneira; a questão inegavelmente é complexa. Mas caso se tenha de escolher um deles para presidir a orientação em determinado ordenamento jurídico, por uma questão de coerência como também em respeito à liberdade das partes em se autodeterminarem, a solução que prestigia a segurança jurídica deveria prevalecer, uma vez que, a médio-longo prazo, reduziria custos transacionais, além de fornecer um cenário mercadológico mais atrativo,

⁷³⁶ GOETZ & SCOTT, *op cit*, p. 574-577.

proporcionando maiores trocas comerciais e conseqüente desenvolvimento econômico. O cenário microeconômico, favorecendo a eficiência pontualmente nos casos concretos, cede às incertezas que tal medida acarreta macroeconomicamente, pois reduz a segurança jurídica e aumenta, em teoria, custos transacionais, sem falar que mercados institucionalmente inseguros são vistos com ressalvas para o desenvolvimento dos negócios. Ademais, é consenso a dificuldade de se estimar o valor que corresponderia à prestação por um terceiro que não integra a relação e tampouco o mercado, de modo, neste caso, seria mais seguro deixar hígidas as avenças particulares a este respeito, pois são as próprias partes que podem aferir melhor do que ninguém, já que detêm as informações pertinentes, o valor adequado.

De fato, é uma análise intrincada de ser feita, já que, como preconiza a corrente da racionalidade limitada, jamais será possível vislumbrar todas as contingências e circunstâncias futuras, de modo que os cenários serão restringidos pela capacidade cognitiva do intérprete. A despeito disso, entende-se que a segurança jurídica – que é eficiente, pois reduz custos transacionais e estimula o mercado – conceitualmente traz mais benefícios macroeconômicos do que a eficiência circunstancial.

É evidente que, ao se mostrar que no caso concreto sua estipulação foi fruto de algum vício de vontade, ou fixada em manifestação desproporção econômica e de poder de barganha entre os contratantes, circunstâncias que possam colocar em xeque se a pactuação foi efetivamente livre, seria desejável a mitigação da sua observância, justificando a invalidação da cláusula penal, ou, senão, sua readequação pelo juízo ao qual a lide é submetida. Porém, a medida só poderia ser autorizada mediante a comprovação concreta da alegada circunstância, ônus que incumbe à parte que alega – uma vez que, nos contratos mercantis, sob uma perspectiva judicial, é normal que se presuma a equivalência, ao menos dispositiva, entre os contratantes.

Feitas estas observações, pode-se ver que o ordenamento brasileiro se filia à segunda corrente, conforme já referido na seção 2.3.4.2.1, na medida em que traz

normas que restringem a autonomia das partes quanto à cláusula penal, seja pela sua limitação *ope legis* (art. 412 do Código Civil) como pela possibilidade dada ao julgador de reduzi-la quando, a partir de sua apreciação equitativa, entender que “o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio” (art. 413). Além disso, há também a faculdade dada ao credor pelo art. 409 de valer-se a cláusula penal ou, alternativamente, cobrar as efetivas perdas e danos no caso de inadimplemento total da obrigação, garantia que desbordaria do intuito com o qual a convenção fora celebrada pelos contraentes, e, como consequência, praticamente retira o benefício da previsibilidade, caso as prestações de cada parte sejam únicas e diferidas. No entanto, tais regras acabam estimulando às partes que, ao estipularem *ex ante* o valor referente tais danos, o façam sempre próximo ao efetivo valor que atribuem ao seu cumprimento, e jamais irrisórias ou exorbitantes – o que poderia favorecer a cenários que permitiriam mais quebras que seriam eficientes. Além disso, neste caso, dificilmente a parte credora afastaria a cláusula penal para perseguir as perdas e danos, uma vez que estaria se submetendo ao risco inerente à apreciação judicial de reduzir o valor estabelecido contratualmente através da aplicação dos demais dispositivos mencionados, sem falar no aumento dos custos transacionais que eventual litígio sobre este ponto traria, o que desinteressa a todos os envolvidos.

Neste aspecto, ainda que a legislação ofereça elementos que podem possibilitar quebras eficientes que restariam barradas caso se respeitasse a cláusula penal estipulada, a mitigação da mesma traz incerteza às partes seja na celebração do pacto como na previsibilidade quanto às consequências do eventual incumprimento, que era justamente um dos objetivos ao estipularem a convenção penal. Assim, ao mesmo tempo em que potencialmente cria cenários que favoreçam quebras eficientes, retira outro elemento desejável para a aplicação prática da teoria, razão pela qual se pode concluir que a legislação é simultânea e paradoxalmente eficiente e ineficiente, cada qual sob uma perspectiva distinta.

Além disso, deve-se ponderar que a relativização da autonomia contratual poderia se considerar uma intromissão exacerbada no direito de autodeterminação das partes, especialmente nos casos em que há paridade econômica e negocial

entre os contratantes, característica comum aos contratos empresariais, não justificando a tutela estatal que mereceriam, por exemplo, partes hipossuficientes, quando se poderia questionar a validade da cláusula.

5.2 Condições extralegais

Conforme já fora referido, há elementos extrajurídicos que influem significativamente no comportamento dos contratantes. Efetivamente, não basta que o ordenamento jurídico forneça condições de operar quebras eficientes se o mercado em que a relação se opera repudia a prática, já que, em futuros contratos, é possível que os agentes que detém a informação da quebra anterior estejam hesitantes em celebrar novo negócio, de modo que a eficiência imediata pode acarretar um prejuízo futuro superior. Além disso, toda operação, na prática, envolve custos transacionais, ainda que seja possível reduzi-los, o que faz com que sejam computados com o fito de averiguar a efetiva conveniência da mesma, considerando, também, aqueles decorrentes de eventual discussão judicial, cujos gastos igualmente devem ser sopesados pelas partes.

Tais elementos, que serão abordados a seguir, mostram-se, portanto, igualmente relevantes para averiguar as condições de aplicação da quebra eficiente do contrato, já que poderão ser determinantes entre a aplicação da teoria ou o cumprimento do pacto, quando verificado que, mediatamente, e medida seria prejudicial.

5.2.1 Moralidade

A quebra eficiente, da forma como originalmente concebida, não se baseia em argumentos morais, mas estritamente jurídicos. Richard Posner, por exemplo, defende que a própria lei, no caso das soluções adotadas para a liberação do devedor pela impossibilidade superveniente, vale-se de fundamentos eminentemente econômicos, e não morais, para justificar as medidas⁷³⁷. Porém, não

⁷³⁷ POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker, *op cit*, p. 1353.

se pode negar que a moralidade deve ser considerada na aplicação prática da teoria, enquanto um elemento nuclear a constituir a reputação da parte, por se tratar de um potencial inibidor da quebra eficiente, conforme abordado no item 4.7.3. De fato, não será a moral, isoladamente, que poderá tornar uma quebra potencialmente eficiente em ineficiente, mas sim a repercussão reputacional que este ato, eventualmente entendido como imoral ou antiético, poderá acarretar. Com isto, resta saber como ela influiria no Brasil, ciente, desde já, que poderá variar de acordo com o mercado em que se insere a relação contratual.

Dois estudos tentaram abordar este problema, especialmente no que tange à quebra eficiente, bem como as suas consequências. Em 1992, Baumer e Marschall publicaram o resultado de uma pesquisa em que entrevistaram 119 empresários, questionando-os sobre os efeitos de uma quebra contratual deliberada. Todavia, o teor dos exemplos utilizados na pesquisa denota que as quebras deliberadas eram oportunistas⁷³⁸, sugerindo um caráter enviesado do estudo. Ainda assim, é interessante notar que um dos entrevistados revela que o descumprimento de contratos – ainda que por razões econômicas, e não para tirar vantagem da situação – era uma prática razoavelmente costumeira na indústria em que atuava, e que, inclusive, os “custos de cancelamento” não recuperáveis já eram internalizados nos próprios contratos⁷³⁹, o que confirma a proposição ora defendida.

Além disso, a pesquisa, ao mesmo tempo em que critica a teoria da quebra eficiente por negligenciar custos transacionais, incorre em erro semelhante, ao ignorar os custos de transação acerca da circulação e obtenção das informações que fornece – ou seja, parte de um paradigma de plena informação, tão utópico quanto o que critica, acerca da ausência de custos transacionais. Além disso, a pesquisa ainda é falha pois não consta nenhuma informação sobre a indenização a ser paga à parte frustrada, elemento essencial para que se julgue adequadamente o eventual repúdio à prática.

⁷³⁸ É o caso do exemplo inicial adotado, em que a quebra deliberada ocorre quando um preço é estipulado no contrato e, posteriormente à entrega, em face do aumento do mesmo no mercado, o vendedor opta por não entregar o bem objeto do contrato, para tirar vantagem do maior preço no mercado *in* BAUMER & MARSCHALL, *op cit*, p. 164-165.

⁷³⁹ *Idem*, p. 165.

Tal ponto, todavia, foi abordado na já referida pesquisa conduzida por Wilkinson-Ryan⁷⁴⁰, em que expunha aos participantes cenários envolvendo quebras contratuais, sendo que em um havia cláusula penal liquidando os danos, e no outro não havia, mas era informado que os danos corresponderiam ao virtual estado de indiferença, cujo valor seria o mesmo da cláusula penal. Esta pesquisa deu origem ao artigo publicado em 2010, em que a autora comenta os resultados do estudo, de onde concluiu que a existência de cláusula que liquida os danos advindos do incumprimento induz as partes, inconscientemente, a eliminar as barreiras ético-morais da quebra eficiente⁷⁴¹, as quais ainda constituiriam óbices quando não houvesse a definição *ex ante* do valor que corresponderia ao direito de retirada⁷⁴².

Pode-se concluir, a partir destas pesquisas, que o elemento moral, de fato, é relevante para averiguar a extensão dos prejuízos da quebra eficiente e até determinar a sua viabilidade. De fato, tal qual identificado no paradoxo do respeito às estipulações privadas, ainda que uma quebra pudesse ser circunstancialmente eficiente, o alcance dos danos não deveria se limitar àquela operação isoladamente, mas sim conjunturalmente, pois deve-se computar também os danos reputacionais, os quais podem conduzir à não celebração de novos negócios pelo inadimplente, de modo que, em uma análise de longo prazo, os prejuízos poderiam ser superiores à economia decorrente da quebra, o que conduziria à ineficiência.

O desafio seria identificar justamente os mercados em que a moral e, conseqüentemente, a reputação não sejam elementos determinantes para a celebração de novos negócios. Como exemplo, já foram citadas as transações envolvendo jogadores de futebol⁷⁴³, em que a quebra eficiente é prática tolerada entre os agentes que atuam no ramo. Porém, para que a moral não seja um fator de inibição, há que se levar em consideração não apenas a tolerância comercial, já que é possível também explorar as falhas de mercado para viabilizar a prática, como ocorre com os custos transacionais e a assimetria informacional. Insere-se, aí,

⁷⁴⁰ WILKINSON-RYAN, *op cit.*

⁷⁴¹ *Idem*, p. 654, 659-660.

⁷⁴² Fernando Araújo refere que a estipulação de cláusula penal reforça a ideia da existência de um preço que pode ser pago para garantir um “direito de incumprir, que seria cedido, como uma opção, como uma faculdade alternativa, pelo credor ao devedor” *in* Análise Económica do Contrato, *op cit*, p. 472.

⁷⁴³ A respeito, conferir o item 4.9.

justamente o elemento negligenciado na pesquisa de Baumer e Marschall, a saber, a facilidade de circulação destas informações, bem como os custos para sua obtenção, elementos que permitiriam que esta consequência reputacional-moral fosse ignorada, mesmo que o mercado as valorize.

Tem-se como exemplo destes casos os mercados massificados, em que a circulação e obtenção destas informações não é fácil, como se percebe nas relações consumeristas, mormente no ramo de prestação de serviços ao consumidor, em que é comum ver empresas que atuam neste setor em listas de reclamações do PROCON com elevado número de queixas por parte dos clientes. Porém, ainda que gere um desgaste à imagem, é algo razoavelmente comum aos agentes destes mercados que, mesmo sabendo disso, é improvável que potenciais consumidores deixem de contratar com tais empresas⁷⁴⁴.

Por outro lado, caso se esteja falando de um negócio isolado, em que não haverá repetição ou habitualidade, o fator reputacional não será um impeditivo, pois não se vislumbra a possibilidade de a informação circular e vir a trazer algum prejuízo futuro. Por outro lado, caso seja um mercado especializado e de negócios repetitivos⁷⁴⁵, como no fornecimento de insumos, por exemplo, é normal que a informação circule com maior facilidade, devendo haver cautela sobre o efeito reputacional potencialmente negativo, especialmente se a repetição se dê entre os mesmos agentes ou que seja um número reduzido dos mesmos a atuar naquele segmento, já que tal fator facilitaria a circulação da informação.

Todo o negócio é uma análise de custo, benefício e, também, risco. Caso haja má reputação, o risco será avaliado, de modo que se a parte estiver disposta a compensar o risco através da redução do custo ao potencial contratante, estará ainda assim agindo racionalmente, permitindo a quebra eficiente e, mais, estimulando a competição comercial. Todavia, nestes casos, além da complexidade deste cálculo, pela notória dificuldade de prever tais consequências, a “margem de

⁷⁴⁴ Cabe lembrar que, conforme já exposto no item 4.1, a teoria da quebra eficiente não se harmoniza com a aleatoriedade, uma vez que o risco e a alteração das circunstâncias são inerentes ao negócio, sendo, portanto, inaplicável a contratos de seguro, sob pena de extinguir sua própria razão de ser.

⁷⁴⁵ AIVAZIAN, TREBILCOCK & PENNY, *op cit*, p. 202.

eficiência” que a quebra traria deveria ser grande, a fim de compensar o lucro que terá de abrir mão no futuro. Não se pode ignorar, todavia, que esta situação acabe aumentando custos transacionais, relativos às cautelas necessárias para a celebração de novos negócios.

Com isso, pode-se concluir que a moralidade pode, de fato, ser um fator de inibição à quebra eficiente, não necessariamente por uma questão de consciência – ainda que possa sê-lo – mas sim de eventuais prejuízos reputacionais que poderão, em uma perspectiva global, serem prejudiciais à imagem da parte. Caberá ao intérprete verificar, então, se o mercado em que está inserido tolera a quebra contratual deliberada, ou se valoriza o aspecto moral da palavra empenhada, a ponto de causar uma perda reputacional que traga prejuízos futuros superiores ao ganho econômico que obteria com o rompimento do contrato. Dentro desta análise, poderá explorar estas variáveis conjuntamente às falhas de mercado, a fim de verificar como a informação acerca da reputação circula dentro daquele ambiente negocial em exame.

5.2.2 Custos de transação

Ponto chave para a *Law and Economics*, corrente teórica que em que as premissas da quebra eficiente se sustentam, é a averiguação dos custos transacionais como condição para se chegar à desejada eficiência. Inclusive, a negligência quanto aos mesmos foi uma das principais críticas feitas à teoria da forma como originalmente concebida, e que conduziu à sua evolução para considerá-los no cálculo de conveniência e oportunidade. Entretanto, a despeito de não ser difícil conceituá-los, a identificação e mensuração *ex ante* traz algumas dificuldades.

No caso específico da quebra eficiente, as características do mercado em que está inserida a relação contratual, ainda que possam interferir, não terão um protagonismo tão grande na definição destes custos transacionais para a prática da quebra eficiente, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com os reflexos

reputacionais. Em verdade, dependerá muito mais da forma como estão redigidos os termos estabelecidos no pacto sob análise, que poderão reduzir sensivelmente os custos transacionais⁷⁴⁶, como no caso de cláusula resilitória imotivada e cláusula penal, caso constasse no instrumento que, para exercer a faculdade extintiva, bastaria a comunicação à contraparte acompanhada do pagamento do valor compensatório já estimulado. Este seria, possivelmente, o cenário em que os gastos operacionais estariam nos menores níveis.

Todavia, caso seja necessária a formalização de um instrumento liberatório – que se assemelharia muito mais a um distrato do que propriamente uma resilição – já é possível supor que haverá um incremento nos gastos operacionais para concretizar esta operação. O mesmo ocorreria caso se optasse pela renegociação, pois além da confecção do documento que formalizará a alteração ou extinção das condições originais, haverá os custos relativos às próprias tratativas, o que, a depender das eventuais barreiras físicas, comerciais, territoriais e até de comunicação, poderá ser extremamente custoso; assim, esta opção, embora tenha o condão de evitar repercussões judiciais futuras, sob o prisma restrito dos custos transacionais, será seguramente mais dispendiosa se comparada, por exemplo, ao mero descumprimento. Ainda assim, as partes vão encetar negociações quando os custos transacionais para tanto não forem proibitivos, e chegarão a um acordo quando vislumbrarem que a solução amigável, ainda que com alguma perda, suplanta os custos⁷⁴⁷ e riscos inerentes a uma discussão judicial ou arbitral – cumprindo reiterar que, conforme já mencionado, esta via comercial não se configure tecnicamente como uma quebra eficiente.

Caso não haja previsão resilitória no contrato, mas o mesmo conste com previsão resolutiva expressa, a operacionalização prática da *efficient breach* também não demandaria maiores custos transacionais imediatos, já que para o ato de

⁷⁴⁶ Juliana Pela sustenta que a solução que contempla cláusula penal “elimina custos de transação no desfazimento de relações contratuais”, podendo promover a eficiência in “Inadimplemento Eficiente”..., *op cit*, p. 1095.

⁷⁴⁷ Interessante, a este respeito, a posição defendida por Nicholas Georgakopoulos, de que os custos de transação da litigância, embora incorridos majoritariamente pelas partes envolvidas na disputa – já que uma parcela do sistema judicial é mantida pela coletividade, com dinheiro público – não são inteiramente indesejáveis, na medida em que prestam um serviço social, pois permitem a interpretação judicial dos dispositivos legais “by filling the gaps in the law” in *Principles and Methods of Law and Economics...* *op cit*, p. 105.

inadimplir, em si, bastaria ordinariamente a inércia para concretizá-lo. Naturalmente que, seja nesta ou em outra hipótese, haverá o custo atinente ao processo avaliativo quanto à eficiência e decisório pela quebra, os quais demandarão tempo e eventualmente até consultas a advogados, economistas ou demais agentes do mercado. Porém, em sociedades de médio a grande porte, estes custos normalmente já vêm internalizados dentro da própria estrutura empresarial, fazendo parte da rotina de acompanhamento das relações mercantis, quando não compõe a estrutura de preços já estabelecidas no próprio contrato.

Ainda, caso não haja previsão resilitória ou resolutive expressa, a prática também será pelo inadimplemento, mas a decisão quanto à conveniência da medida deverá ser analisada com maior cautela, haja vista a possibilidade de a contraparte exigir o cumprimento forçado da avença – e, conseqüentemente, de judicialização da questão, acarretando custos ainda maiores. Nestas circunstâncias, de fato, os riscos envolvidos são consideráveis, capazes de tornar a medida inicialmente eficiente em antieconômica. Ainda que se entenda, pelas circunstâncias do mercado e do caso concreto, que as chances de a parte frustrada requerer judicialmente o cumprimento da obrigação são pequenas, a probabilidade do caso ser submetido à apreciação judicial mantém-se alta caso o instrumento sequer contenha cláusula liquidando previamente os danos.

Na verdade, os efetivos custos decorrentes desta prática, caso a operacionalização da quebra se dê por meio do descumprimento do contrato, e não pela resilição, serão consequenciais⁷⁴⁸, como aqueles atinentes a eventual renegociação para estipulação de um distrato, evitando a judicialização da questão, ou mesmo aqueles relativos à litigância, quando for inevitável. De fato, é sob esta rubrica que estão possivelmente os mais expressivos gastos, conforme já abordado no ponto 5.1.2, onde se verificou que, ao menos em tese, a legislação desestimula a litigância frívola, favorecendo a parte vencedora na restituição dos prejuízos que

⁷⁴⁸ Dentre os custos transacionais consequenciais mediatos, poderiam ser incluídas as despesas que se terá na celebração de novos negócios, decorrente de eventual diminuição na confiança que se tem na parte – o que está associado às possíveis perdas reputacionais, já abordadas supra; no mesmo sentido, PELA, *op cit*, p. 1097. Ocorre que a sua estimação é efetivamente impossível, tanto pelo número de variáveis subjetivas quanto pela racionalidade limitada, que não permite prever com um mínimo de segurança as condições e conseqüências futuras, bastando reconhecer que é possível que se efetivem.

suportou. Todavia, a incerteza que pende durante a tramitação de um processo judicial também traz custos, os quais dificilmente são recuperáveis, situação em que eventual disparidade de poder econômico pode ser determinante, sendo este mais um elemento a ser considerado pelas partes.

Portanto, de um modo geral, os custos transacionais imediatos para efetivar uma quebra eficiente dificilmente serão elevados, já que, para inadimplir, basta a inércia da parte – embora se incorra em custos para chegar até esta decisão, os quais dependerão da complexidade do negócio. Tais gastos, porém, poderão ser sensivelmente reduzidos pela presença de cláusula resilitória e também penal, de onde se denota a relevância da redação do programa contratual. Esses efeitos serão sentidos tanto na eventual operacionalização da quebra como também na mitigação de possíveis custos consequenciais, especialmente os relacionados à litigância, sendo pertinente analisar as condições de acesso ao Judiciário, abordadas a seguir.

5.2.3 Acesso ao Judiciário

A facilidade de acesso ao Judiciário, os custos inerentes e demais características que envolvem o litígio judicial são fatores relevantes para averiguar as condições para uma quebra eficiente. Em um cenário ideal, a parte inadimplente pagaria voluntariamente o valor contratualmente estipulado na cláusula penal, ou procuraria o credor para composição acerca do valor indenizatório, circunstâncias que eliminariam a necessidade de buscar a tutela judicial para solver a questão, na medida em que se resolveria pela autocomposição. Contudo, isso só ocorrerá caso haja estímulos legais ou extralegais para tanto, no que se inclui a confiança da efetividade do Poder Judiciário no caso de resistência do devedor.

No Brasil, a Constituição Federal garante o amplo acesso ao Judiciário (art. 5º, XXXV). Todavia, há custos que podem, se não inviabilizar, ao menos dificultar tal ingresso, ao que se deve somar a eventual inconfiabilidade ou morosidade como elementos repelentes da busca pela tutela judicial. Ainda que haja uma ideia geral de que a justiça é lenta no Brasil, não é possível fazer tal afirmação de modo genérico, pois há juizados, câmaras e tribunais que são extremamente céleres no

juízo dos feitos, embora inegavelmente haja casos de injustificável retardo. Normalmente as partes detêm tais informações, a partir da consulta a agentes ou advogados que atuam na comarca onde a questão viria a ser submetida.

Não se pode olvidar que, conforme já dito, as partes não visam a uma eficiência coletiva, mas sim a vantagens pessoais; via de regra, caso seja possível não pagar a indenização à contraparte, aumentando seus lucros próprios, o farão, cabendo à lei garantir que isso não ocorra – e que a eficiência seja alcançada. Na prática, o valor reparatório pecuniário só não é pago voluntariamente porque não há incentivos para tanto, pois os inadimplentes podem contar com os custos de transação e as eventuais dificuldades decorrente da própria ineficiência do Judiciário para dificultar o pagamento à contraparte e se beneficiar disso, valendo-se destes fatos para aumentar o seu poder de barganha em eventual negociação liberatória. Tais fatos, ainda que possam beneficiar financeiramente a parte inadimplente, coloca em risco a almejada eficiência, na medida em que o credor pode não ser indenizado conforme deveria para atingir a condição paretiana.

A legislação prevê a restituição dos custos incorridos pela parte que busca o Judiciário – conquanto tenha razão em seu pleito e o mesmo seja julgado procedente –, incluindo honorários advocatícios contratuais⁷⁴⁹ e até custas judiciais adiantadas, esta pela regra da sucumbência. Além disso, os valores cobrados ainda são atualizados e sofrem a incidência de juros moratórios; teoricamente, não haveria perda ao credor. Ocorre que este, que está cobrando um valor a si devido, por vezes pode não possuir condições de incorrer nestas despesas sem o comprometimento do seu fluxo de caixa, ainda mais quando não há previsão de quando será efetivamente ressarcido, deixando-o em um dilema. Caso a situação seja efetivamente restritiva, é possível postular a isenção das custas judiciais através da concessão de assistência judiciária gratuita⁷⁵⁰.

⁷⁴⁹ A este respeito, vide ponto 5.1.2.

⁷⁵⁰ Verifica-se na práxis judicial uma maior resistência à concessão do benefício a pessoas jurídicas, que deverão comprovar do modo concreto a impossibilidade de custear as despesas. Esta cautela, contudo, é benéfica, pois a banalização da concessão favoreceria a litigância temerária, na medida em que eliminaria o custo e o risco de sucumbência, o que poderia criar situações de *hold up* pelos custos judiciais. Esta potencial distorção deve ser reduzida a partir da vigência do novo CPC, que instituiu regras de concessão parcial do benefício, de acordo com a capacidade da parte.

Há, ainda, um custo irrecuperável que é o da incerteza durante a tramitação do processo judicial⁷⁵¹. Caso estes gastos não-recuperáveis sejam superiores ao proveito que advirá da tutela judicial, a tendência é que a parte não acione o inadimplente judicialmente, buscando uma composição extrajudicial, ainda que em valor inferior ao que teria direito. Circunstâncias mercadológicas e financeiras tanto do inadimplente quanto do credor também deverão ser analisadas, pois havendo significativa desproporção de poder econômico, haverá também a alteração dos polos de barganha e força negocial – circunstâncias que só podem ser identificadas em análise de caso específico.

Outra possibilidade a ser considerada é a arbitragem. Normalmente mais célere, porém custosa, a adesão a esta modalidade alternativa de solução de conflitos vem ganhando crescente número de adeptos, o que se vê pelo interesse na inserção de cláusula compromissória nos pactos empresariais. Porém, quando assim o fazem, estão – ou, ao menos, deveriam estar – cientes dos custos do eventual litígio, de modo que não deve se constituir em uma barreira às partes para a submissão da causa, podendo operar, ainda, como um estímulo à composição amigável.

De um modo geral, havendo equivalência econômica entre as partes e disponibilidade para custear as despesas iniciais, o acesso ao Judiciário não é um problema. A sua importância se dá como um estímulo ao pagamento voluntário dos valores indenizatórios, seja os já previstos contratualmente como a busca pela composição extrajudicial, reduzindo, assim, os custos de todas as partes. Já a eventual morosidade ou inconfiabilidade podem se revelar como barreiras à submissão judicial de uma demanda, Porém, especialmente pelas dimensões continentais do Brasil, a jurisdição à qual a questão deverá ser submetida poderá ser determinante para aferir a celeridade e confiança, elementos que irão pesar na decisão de ingressar no Judiciário bem como têm potencial de afetar os polos de barganha em eventual negociação, além do potencial de se reverter em estímulo à composição extrajudicial da questão, ainda que em condições não tão favoráveis a que fariam jus por direito.

⁷⁵¹ A este respeito, vide ponto 4.7.1.

6 Conclusão

A partir do desenvolvimento do presente estudo, foi possível analisar aspectos relevantes da responsabilidade contratual, uma abordagem introdutória ao arcabouço teórica da *Law and Economics* atinente aos contratos e, por fim, cotejar os conceitos analisados para apresentar a teoria da quebra eficiente do contrato, tanto em seu aspecto teórico como prático. Ao questionar alguns dogmas contratuais clássicos, revela seu caráter fronteiro – fato comprovado pela ainda incipiente abordagem na doutrina brasileira, o que representou um desafio e, simultaneamente, estímulo ao seu estudo e responsabilidade por apresentá-lo. Porém, ainda que careça de maior difusão e seja objeto de resistência por parcela da doutrina, viu-se que, sob uma perspectiva consequencialista-pragmática, a reflexão tenda a conduzir à aceitação do paradigma proposto.

Não se pode descartar que eventual intolerância possa derivar muito mais de desconhecimento e até preconceito sobre a teoria do propriamente de discordância. É preciso deixar claro a quebra eficiente do contrato não prega a redução ou mitigação da indenização pelo rompimento a fim de favorecer a ocorrência de quebras de contrato, como se poderia equivocadamente imaginar. Muito antes pelo contrário, já que, se uma das partes não for adequadamente indenizada, não haverá eficiência⁷⁵². O que se pretende é justamente analisar a possibilidade de aplicação desta teoria no Brasil e, como efeito reflexo, inculir a ideia de acabar com o estigma moral sobre aqueles que quebram contrato quando esta medida não trouxer prejuízo a nenhuma das partes e ainda se mostrar desejável sob o ponto de vista coletivo.

Esta maior difusão se justifica ainda mais pelo caráter descritivo do fenômeno. Isso porque ela ocorrerá independente da vontade dos juristas, economistas, contratantes ou demais observadores, já que, sempre que uma parte achar que é mais conveniente descumprir um contrato do que o cumprir – valendo o mesmo raciocínio para as demais formas de extinção que dependem da decisão de uma das partes – agirá desta forma. A análise jurídica cinge-se a verificar se o ordenamento

⁷⁵² Ainda que fosse possível a ocorrência do modelo proposto por Kaldor-Hicks, não seria viável sob a ótica paretiana.

jurídico permite, e em quais circunstâncias, às partes que tomem esta decisão, operando a quebra eficiente, sendo o objetivo do presente trabalho identificar os cenários propícios à sua aplicação. Com isso, foi possível concluir que a quebra eficiente pode ser aplicada no Brasil. Contudo, não o será de forma irrestrita e universal como originalmente concebida, na medida em que há alguns obstáculos jurídicos e também extralegais à sua prática, sendo necessário analisar as circunstâncias de cada caso para atestar a sua viabilidade, de modo que seria possível, aqui, apenas apontar os caminhos a serem seguidos e elementos a serem sopesados nesta verificação.

A identificação destas barreiras dependerá de diversas variáveis, mormente dos termos contratuais e das circunstâncias conjunturais do mercado em que a relação se insere. O exemplo mais marcante de óbice jurídico é a possibilidade ofertada pela lei ao credor da prestação inadimplida de exigir o cumprimento forçado da mesma. Todavia, foi visto que esta dificuldade resta superada nos casos de haver previsão resilitória ou resolutive expressa. Ainda que não houvesse disposições que tais, utilizando-se a mesma fundamentação adotada para aplicar a teoria do adimplemento substancial como forma de mitigar o direito à resolução do contrato, face ao seu inadimplemento, seria possível relativizar a possibilidade de exigir o seu cumprimento quando demonstrada a eficiência do inadimplemento – argumento que ainda há de ser submetida à apreciação judicial.

Necessário ponderar, ainda que pareça óbvia, a distinção e independência entre direito e moral, sendo que esta não pode criar direitos, obrigações ou deveres, papel que cabe unicamente à lei. Portanto, fica claro que eventuais ilações de que a quebra eficiente seria “imoral” não se sustentam sob a ótica pragmática-jurídica, já que julgamentos morais não pautam a legalidade de condutas⁷⁵³ – embora tenham o poder de, em mercados onde a reputação é relevante, constituírem uma barreira extrajurídica à sua prática. Em face disso, deverá se verificar, no caso concreto, se a quebra eficiente é tolerada naquele nicho empresarial, ou, caso contrário, se haverá

⁷⁵³ A menos, é claro, que o próprio texto normativo elenque a moral como critério, tal qual se pode citar, exemplificativamente, o art. 37 da Constituição Federal, que elenca entre os princípios norteadores que orientarão a Administração Pública o da moralidade – o qual serviu de fundamento, inclusive, para a edição da Súmula Vinculante nº 13, que consolidou o entendimento jurisprudencial sobre a vedação à prática de nepotismo.

repercussão negativa futura pela prática. Inobstante, mostrou-se inexistir imoralidade na medida, seja pela inexistência de prejuízos a qualquer um dos envolvidos como pela harmonia com a função social dos contratos, que afastou a ideia individualista da avença para inseri-la em um conceito coletivo-social, ao qual se coaduna a ideia de eficiência alocativa. Pode-se concluir pela possibilidade de romper contratos sem que isso importe em uma violação moral.

Outro ponto cujo exame é fundamental diz respeito à existência, ou não, de cláusula penal. Ainda que a experiência demonstre a presença da mesma na ampla maioria dos contratos mercantis, na eventualidade de não haver a convenção particular liquidando *ex ante* os danos pelo descumprimento, viu-se que a legislação brasileira é irretocável no que tange à promoção da eficiência para o arbitramento do valor indenizatório, seja por não distinguir o inadimplemento culposo do intencional, como por garantir a indenização das perdas e danos tal qual proposto pela doutrina que defende a aplicação da teoria, que colocaria o credor da obrigação no virtual estado de indiferença entre o cumprimento ou a indenização. Sua importância se revela na medida em que as partes agirão de forma a preservar os seus interesses pessoais, e não almejarão a eficiência coletiva em detrimento da vantagem própria, cabendo, portanto, à lei promover este balanço. Contudo, a despeito da clareza destes dispositivos legais, sua aplicação ainda encontra resistência em alguns tribunais, fator que é capaz de comprometer a almejada eficiência paretiana. Tal dificuldade ocorre não só com os danos emergentes, mas essencialmente no arbitramento dos danos consequenciais pelas cortes, fruto da impossibilidade intrínseca de aferição decorrente da racionalidade limitada e também da assimetria informacional dos julgadores, os quais, por vezes, passam a exigir elementos probatórios concretos para comprovar um estado futuro. Resulta desta situação um paradoxo, de que como a eficiência e a indenização devem ser verificadas objetivamente, e sob a ótica judicial o valor arbitrado contemplou as perdas e danos, a parte frustrada estará indene, atendendo ao requisito paretiano, mesmo que o credor possa subjetivamente sentir-se subindenizado.

Como forma de resolver eventuais discrepâncias decorrentes destas dificuldades é que a cláusula penal se mostra como caminho mais seguro, pois estipulada livremente pelas partes, que foram capazes de precificar o valor que a

prestação teria para si. Porém, a legislação, neste ponto, pode ser alvo de crítica, pois, contrapondo-se à liberdade contratual e capacidade de autodeterminação das partes, autoriza uma excessiva intromissão judicial na mitigação da convenção pecuniária privada. Embora tais medidas isoladamente possam inclusive favorecer quebras eficientes, há dúvidas se, sob uma perspectiva macroeconômica, seriam efetivamente benéficas ou prejudiciais, pela majoração dos custos transacionais e até redução da atividade econômica, frutos da insegurança jurídica decorrente da intervenção judicial nos termos livremente entabulados pelas partes. Esta questão é efetivamente intrincada e cujo debate mais aprofundado seria profícuo à comunidade jurídica e empresarial, diretamente, e à população, indiretamente, já que beneficiários de uma economia mais desenvolvida e pujante que seria estimulada com um panorama de segurança jurídica.

De qualquer forma, a cláusula penal continua integrando o cenário mais propício à quebra eficiente, aliado à presença de cláusula resilitória ou resolutive expressa, elementos que favorecem a previsibilidade necessária à realização do cálculo de conveniência – e eficiência – relativos à possibilidade de quebra. De fato, a previsibilidade é um fator determinante para que as partes tenham condições de tomar a decisão racional de romper ou não o contrato. Além disso, esta análise será multifatorial, e deverá levar consideração não apenas a indenização a ser paga à contraparte e os ganhos advindos da quebra contratual, mas também eventuais reflexos futuros – de onde se destacou os efeitos reputacionais em mercados de negócios repetitivos. Por estas razões que se ressalta a necessidade de examinar conjuntamente as características atinentes ao mercado dentro do qual a relação se insere, pelo que se conclui que a eficiência só poderá ser atestada pela análise do caso concreto. Esta apreciação, efetivamente, é complexa, uma vez que há variáveis altamente subjetivas a serem ponderadas e que são capazes de colocar em xeque a certeza econômico-matemática atribuída conceitualmente à teoria, previamente a sua efetivação; ainda assim, caberá à parte avaliar a conveniência e os riscos de sua atitude contrastados com os potenciais benefícios, justificando-se, face às incertezas eventualmente verificadas, quando os ganhos decorrentes do inadimplemento sejam significativos. Talvez seja possível a redução das dificuldades apontadas, mesmo em relação a eventuais prejuízos reputacionais, com maior

transparência na relação entre as partes além de passar, também, pela maior difusão a aceitação do paradigma da quebra eficiente, rompendo com antigos dogmas jurídicos e sociais que podem se revelar incompatíveis com os tempos atuais e com as demandas do direito empresarial.

Na verdade, a despeito da aparente inovação jurídica, a quebra eficiente é prática comum no mundo comercial, pois ainda que não conscientemente, mas institivamente, as partes, ao verificarem que o cumprimento de um contrato se tornou economicamente desfavorável, procuram saber formas de desenlaçar o vínculo que as prende. Dentro das relações que se criam no mercado, é possível que o descumprimento seja uma medida extrema – e que, por vezes, poderá até trazer prejuízos futuros – de modo que eventual negociação para a liberação consensual pode se mostrar como medida mais conveniente. Para tanto, também deverão ser avaliadas complexas variáveis, especialmente dos custos transacionais para tanto, contrapondo-os à principal vantagem: evitar uma discussão judicial futura; neste caso, tecnicamente, não haveria uma quebra eficiente, mas sim um distrato. Ainda assim, a análise da matéria, como se procurou proceder e sistematizar, se reveste de importância para conhecer as possibilidades à disposição do contratante, bem como orientação às partes na confecção do contrato e na sua execução, podendo ser fundamental para a tomada de decisões estratégicas.

Por todas estas razões, a despeito de posições em contrário⁷⁵⁴, chega-se à conclusão que é possível aplicar a teoria da quebra eficiente no Brasil, ainda que de modo mais tímido do que concebido e desejado pela doutrina. Dependerá, todavia, das condições jurídicas estabelecidas no contrato e também de fatores extrajurídicos, mormente para que se certifique que normas sociais eventualmente incidentes não vedem a prática e, no caso de proibi-la, aferir se os danos advindos de sua violação, tais quais os reputacionais, não serão nocivos futuramente, de modo a fazer com que os ganhos advindos da aplicação da teoria sejam superados pelas perdas supervenientes, transformando a medida, em uma escala mais ampla, em ineficiente.

⁷⁵⁴ Como é o caso de Rachel Sztajn, em manifestação por meio de nota da tradutora *in* MACKAAY & ROUSSEAU, *op cit*, p. 491. Posição semelhante foi defendida por Juliana Pela, para quem, “no Brasil é juridicamente descabida a mera importação, ou transplante, da teoria do *efficient breach*.” *in* “Inadimplemento Eficiente”..., *op cit*, p. 1099.

Bibliografia

ADLER, Barry E., Efficient Breach Theory through the Looking Glass. *NYU Law Review*, Vol. 83, No. 6, 2008, p. 1679-1725.

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo código civil : da extinção do contrato*. Rio de Janeiro : Forense, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor: resolução: de acordo com o novo Código civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 2003.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1949.

ANDRADE, Luis Tomás Alves de. O Inadimplemento Antecipado do Contrato no Direito Brasileiro. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 14, nº 56, out.-dez. 2011, p. 145-172.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das Obrigações em Geral - vol. II*. 5ª Edição. Coimbra: Almedina, 1992.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria Económica do Contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por inadimplemento – 5ª Ed.*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVEDO, Antônio Junqueira. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAREA, Margarita Castilla. *La Imposibilidad de Cumplir los Contractos*. Madrid: Dykinson, 2001.

BAIRD, Douglas G. *Reconstructing Contracts*. Cambridge: Harvard University Press, 2013.

BAR-GILL, Oren. *Seduction by Contract: Law, Economics, and Psychology in Consumer Markets*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

BAUMER, David; MARSHALL, Patricia. Wilful breach of contract for the sale of goods: can the bane of business be an economic bonanza?. *Temple Law Review*, vol. 65, 1992, p. 159-186.

BECKER, Anelise. A doutrina do adimplemento substancial no Direito brasileiro e em perspectiva comparativista. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, volume 9, nº 1, nov. 1993, p. 60-77.

BECKER, Anelise. Inadimplemento Antecipado do Contrato. *Revista de Direito do Consumidor*, v. 12, São Paulo: RT, 1994, p. 68-78.

BECKER, Anelise. Teoria geral da lesão nos contratos. São Paulo: Saraiva, 2000.

BERTRAN, Maria Paula. Interpretação Contratual e Análise Econômica do Direito – o caso da revisão dos contratos de leasing. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BEZERRA DE MELO, Marco Aurélio. Novo Código Civil Anotado, Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2003

BIRMINGHAM, Robert L.; Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency *in* 24 Rutgers Law Review, 1969-1970, p. 273-292.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Função social dos contratos : interpretação à luz do código civil. São Paulo : Saraiva, 2009.

CASTRONOVO, Carlo (Org.). Principi di Diritto Europeo dei Contratti – Parte I e II. Milano (ITA) : Giuffrè. 2001.

CATALAN, Marcos Jorge. A Morte da Culpa na Responsabilidade Contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

CATALAN, Marcos Jorge. Descumprimento Contratual – Modalidades, conseqüências e hipóteses de exclusão do dever de indenizar. Curitiba: Ed. Juruá, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil - 9ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Atlas, 2010.

COASE, Ronald H. The Firm, the Market, and the Law. Chicago: The University of Chicago Press, 1988.

COOTER, Robert D.; PORAT, Ariel. Getting Incentives Right – Improving Torts, Contracts and Restitution. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2014.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito & Economia. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CORBIN, Arthur. Legal Analysis and Terminology, 29 Yale Law Journal, 1919, p. 163-173.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 12ª ed. rev. e act. Coimbra: Almedina, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CRASWELL, Richard. Against Fuller and Perdue. *University of Chicago Law Review*, Vol. 67, 2000, p. 99-161.

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 (August 16, 2006). Stanford Public Law Working Paper No. 925980; Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 325.

CRASWELL, Richard, When is a Willful Breach 'Willful'? The Link Between Definitions and Damages. *Michigan Law Review*, Vol. 107, 2009.

CUNHA SÁ, Fernando Augusto. Abuso do Direito, Coimbra : Almedina, 1997.

DE GEEST, Gerrit (organizador). Contract Law and Economics (Encyclopedia of Law and Economics, 2nd ed., vol. 6). Northampton e Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

DEFFAINS, Bruno; KIRAT, Thierry (organizadores). Law and Economics on Civil Law Countries. Amsterdam: Elsevier Science, 2001.

DIAMOND, Peter A., MASKIN, Eric. An equilibrium analysis of search and breach of contract, I: steady state. *in The Bell Journal of Economics*, Vol. 10, nº 1, 1979, p. 282-316

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro, 2º volume, Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 1983.

FARRAJOTA, Joana. A Resolução do Contrato Sem Fundamento. Coimbra: Almedina, 2015.

FERNANDES, Wanderley (coord.). Fundamentos e Princípios dos Contratos Empresariais – 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. 2ª edição – São Paulo : RT, 2010.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. A quebra positiva do contrato *in* Rev. AJURIS, Porto Alegre, vol. 15, nº 44, 1988, p. 144-152.

FRADERA, Vera Maria Jacob de (org.). O Direito Privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva - 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

FRANTZ, Laura Coradini. Revisão dos contratos. Elementos para sua construção dogmática. São Paulo: Saraiva, 2007.

FRIEDMAN, David D. Law's order : what economics has to do with law and why it matters. Princeton: Princeton University, 2000.

FRIEDMANN, Daniel. The Efficient Breach Fallacy *in* The Journal of Legal Studies, Vol. 18, nº 1, 1989, p. 1-24.

FULLER, L. L. & PERDUE JR, William R. The Reliance Interest in Contract Damages, 46 Yale Law Journal, 52, 373 (1936-37).

GEORGAKOPOULOS, Nicholas L. Principles and Methods of Law and Economics. Basic Tools for Normative Reasoning. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

GILLETTE, Clayton P.; Limitations on the obligation of good faith in Duke Law Journal, nº 4, 1981, p. 619-665.

GILMORE, Grant. The Death of Contract. 2nd ed. Columbus: The Ohio State University Press, 1995.

GOETZ, Charles J. & SCOTT, Robert E. Liquidates Damages, penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach *in* Columbia Law Review, Vol. 77, nº 4, 1977, p. 555-594.

GOLDBERG, Victor P. (org.). Readings in the Economics of Contract Law. New York: Cambridge University Press, 2006.

GOMES, Orlando. Contratos. 17ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1996

GOMES, Orlando. Obrigações – revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. 4: responsabilidade civil – 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010

HAICAL, Gustavo Luís da Cruz. O Inadimplemento Pelo Descumprimento Exclusivo de Dever Lateral Advindo da Boa-Fé Objetiva *in* RT 900, Outubro de 2010.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The Path of the Law *in* The Mind and Faith of Justice Holmes – His speeches, essays, letters and judicial opinions. New York: The Modern Library, 1943, p. 71-89.

KAPLOW, Louis and SHAVELL, Steven, Fairness versus Welfare Notes on the Pareto Principle, Preferences, and Distributive Justice (March 2003). Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 411.

KHOURI, Paulo Roberto Roque Antonio. A revisão judicial dos contratos no novo código civil, código do consumidor e Lei 8.666/93: a onerosidade excessiva superveniente. São Paulo: Atlas, 2006.

LARENZ, Karl. Derecho Civil – Parte General. Tradução de Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.

LARENZ, Karl. Derecho de Obligaciones, tomo I. Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Responsabilidade civil contratual e extracontratual: primeiras anotações em face do novo Código Civil brasileiro *in* Revista de Direito Privado, nº 19. Jul.-set 2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement *in* Columbia Law Review, v. 81, nº 1, 1981, p. 111-139.

LUPION, Ricardo. Boa-fé objetiva nos contratos empresariais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

MACKAAY, Ejan. The Law and Economics for Civil Law Systems. Cheltenham e Northampton: Edward Elgar, 2013.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. Análise Econômica do Direito. Tradução de Rachel Sztajn. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MACNEIL, Ian R. Efficient Breach of Contract: Circles *in* the Sky *in* Virginia Law Review, Vol. 68, nº 5, 1982, p. 947-969.

MARTINS-COSTA, Judith. A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

MATHIS, Klaus. Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law. Tradução de Deborah Shannon. New York: Springer, 2009.

MEDINA, José Miguel Garcia; MESQUITA, Renata Paccola. A responsabilidade contratual sob os princípios da nova teoria do contrato. *Revista dos Tribunais*, v. 896, jun. 2010

MELGARÉ, Plínio (Org.). O direito das obrigações na contemporaneidade: estudos em homenagem ao Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

MICELI, Thomas J. *Economics of the Law : torts, contracts, property, litigation*. New York: Oxford University Press. 1997.

MILLER, Geoffrey P.; *Law and Economics versus Economic Analysis of Law in NYU Law and Economics Research Paper*, New York, nº 11-16, 2011. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1804920>>, acesso em 22/3/2016.

MIRAGEM, Bruno. *Abuso do Direito : ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado - 2ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : RT, 2013.*

MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. *Cláusula penal e indemnização – 2ª reimpressão*. Coimbra: Almedina, 2014.

PAULA RAMOS, Vitor. *Ônus da prova no processo civil : do ônus ao dever de provar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais *in* *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Ano 2, nº 1, 2016, p. 1091-1103.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – vol. III. 3ª Edição*. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Lesão nos Contratos. 5ª Edição*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

PEREIRA, Vinicius. *Cláusula de Não Indenizar: entre riscos e equilíbrio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

PERES, Fábio Henrique. *Cláusulas Contratuais Excludentes e Limitativas do Dever de Indenizar*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

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

PINTO, Paulo Mota. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo – vol. I e II*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado, v. XXXVIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1962.

POSNER, Eric. Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure? *in* The Yale Law Journal, Vol. 112, nº 4, 2003, p. 829-880

POSNER, Richard A. & ROSENFELD, Andrew M. Impossibility and Related Doctrines in Contract Law: An Economic Analysis *in* The Journal of Legal Studies, Vol. 6, nº 1, 1977, p. 83-118.

POSNER, Richard A. Economic Analysis of Law. 8ª edição. New York: Aspen Publishers, 2011.

POSNER, Richard A. The Economics of Justice. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

POSNER, Richard. Let us never blame a contract breaker *in* Michigan Law Review, Vol. 107, nº 8, 2009, p. 1349-1364.

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). Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>>, acesso em 26/2/2016.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. Teoria geral dos contratos: contratos empresariais e análise econômica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

RIPERT, Georges. A Regra Moral nas Obrigações Civis – 2ª edição. Tradução da 3ª edição francesa por Osório de Oliveira. Campinas: Bookseller, 2002.

RIPERT, Georges. Aspectos jurídicos do capitalismo moderno (tradução de Gilda G. de Azevedo). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos – 14ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil - Dos Contratos e das Declarações Unilaterais da Vontade, vol. III. São Paulo: Max Limonad editor. (Ano não referido na edição)

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra (POR) : Almedina, 1988.

ROPPO, Vincenzo. Il Contratto del Duemila - terza edizioni. Turim (ITA): Giappichelli, 2011.

ROPPO, Vincenzo. Il contratto. Milão (ITA) : Giuffrè, 2001.

SALAMA, Bruno Meyerhof (Org.). Direito e Economia : textos escolhidos. São Paulo : Saraiva, 2010.

SALANIE, Bernard. The Economics of Contracts: primer, 2nd edition. Cambridge: MIT Press, 2005.

SAVI, Sérgio. Responsabilidade civil e enriquecimento sem causa: o lucro da intervenção. São Paulo: Atlas, 2012.

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. 721-766.

SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. The Economic Analysis of Civil Law. Northampton e Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2005.

SCHMIDT NETO, André Perin. Contratos na sociedade de consumo: vontade e confiança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista Trimestral de Direito Civil, Rio de Janeiro, v. 8, nº 32, out. 2007, p. 3-27.

SEN, Amartya. On Ethics & Economics. Oxford: Blackwell Publishing, 2013.

SHAVELL, Steven. Foundations of Economic Analysis of Law. Cambridge: Harvard University Press, 2004.

SHAVELL, Steven. Is Breach of Contract Immoral? *in* Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 531, 2005, Disponível no SSRN: <http://ssrn.com/abstract=868592> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.868592> - *in* Emory Law Journal, Vol. 56, nº 2, 2006, p. 439-460.

SHAVELL, Steven. Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An Economic Analysis *in* Texas Law Review, vol. 84, nº 4, 2006, p. 831-876

SHAVELL, Steven. Why Breach of Contract May Not Be Immoral *in* Michigan Law Review, Vol. 107, nº 8, 2009, p. 1569-1581.

SHREIBER, Anderson. A tríplex transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista trimestral de direito civil, RTDC, no Rio de Janeiro, v 8, nº 3., out. 2007.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SILVA, Luis Renato Ferreira da. Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e a sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Joaquim Marcelo Barbosa da. As cláusulas excludentes e limitadoras da responsabilidade contratual caso: caso fortuito e força maior. Revista de Direito Privado, v. 2, nº 6, abr./jun. 2001. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 98-123.

SLATER, Scott D. Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG in 12 Florida Journal of International Law (Summer 1998), p. 231-262

SNYDER, William F. Contracts: Duty to Mitigate Damages upon Anticipatory Breach of Forward Contract of Sale. Michigan Law Review. Vol. 47, No. 4 (Fev., 1949), p. 538-547.

SPIER, Kathryn E. and WHINSTON, Michael D. On the Efficiency of Privately Stipulated Damages for Breach of Contract: Entry Barriers, Reliance, and Renegotiation *in* The RAND Journal of Economics, Vol. 26, nº 2, 1995, p. 180-202.

STOLE, Lars A. The Economics of Liquidated Damage Clauses in Contractual Environments with Private Information *in* Journal of Law, Economics, and Organization. nº 8, 1992, p. 582-606.

TIMM, Luciano Benetti (Coord.). Direito e economia. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direito e economia no Brasil. São Paulo: Atlas, 2012.

TIMM, Luciano Benetti. Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ULEN, Thomas S. 1984. The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies *in* Michigan Law Review 83, p. 341-403.

ULEN, Thomas. The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies *in* Michigan Law Review Vol. 83, nº 2, nov., 1984, p. 341-403.

USTÁRROZ, Daniel. Responsabilidade contratual. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

USTÁRROZ, Daniel. Temas atuais de direito contratual. Porto Alegre: NotaDez, 2010.

VIANNA, Guilherme Borba. O prazo prescricional nas ações indenizatórias por violação (descumprimento) de contrato. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 101, nº 920, jun. 2012, p. 115-131.

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.

WANG, Serenity. An Austrian perspective on the law of liquidated damages: the case for an all-enforcement rule. *84 Temp. L. Rev.* 795-825 (2012)

WEBER, Max. *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*. São Paulo : Livraria Pioneira Editora. 1967.

WEBER, Max. *Economia e Sociedade : fundamentos da sociologia compreensiva – vol. 1 e 2*. Brasília : Editora UnB. 1991 e 1999.

WILKINSON-RYAN, Tess, Do Liquidated Damages Encourage Breach? A Psychological Experiment. *Michigan Law Review*, Vol. 108, 2010, p. 633-671.

WILLIAMSON, Oliver. Transaction Costs Economics: The Governance of Contractual Relations *in Journal of Law and Economics*, Vol. 22, nº 2, out., 1979, p. 233-261.

WILS, Wouter P. J. Who Should Bear the Costs of Failed Negotiations? A functional Inquiry into Precontractual Liability *in Journal des Economistes et des Etudes Humaines* 4, 1993, p. 93-134.

WRIGHT, Brian D. 1983. The Economics of Invention Incentives: Patents, Prizes, and Research Contracts. *American Economic Review* 73:691-707.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The Law of Obligations – Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford University Press, 1996.

ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel (Organizadores). *Direito & Economia : análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2005.