

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

NATÁLIA GUGLIELMI LUMMERTZ SILVA

**APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE (EFFICIENT
BREACH THEORY) NO DIREITO BRASILEIRO: UMA INTERPRETAÇÃO DO
DIREITO CONTRATUAL EMPRESARIAL A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO**

Florianópolis

2019

NATÁLIA GUGLIELMI LUMMERTZ SILVA

**APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE (EFFICIENT
BREACH THEORY) NO DIREITO BRASILEIRO: UMA INTERPRETAÇÃO DO
DIREITO CONTRATUAL EMPRESARIAL A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA
DO DIREITO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Centro de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto

Florianópolis

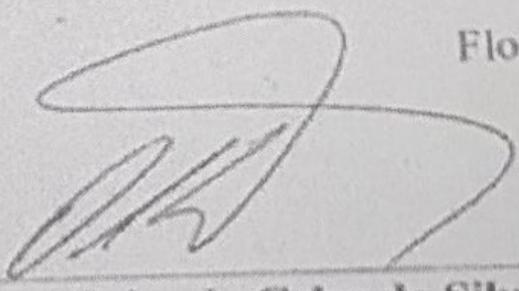
2019

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

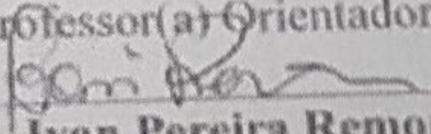
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "INADIMPLEMENTO EFICIENTE (EFFICIENT BREACH): INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL EMPRESARIAL A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Natália Guglielmi Lummertz Silva**, defendido em **01/07/2019** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

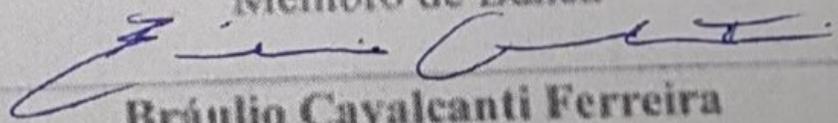
Florianópolis, 1 de Julho de 2019



Orlando Celso da Silva Neto
Professor(a) Orientador(a)



Ivan Pereira Remor
Membro de Banca



Bráulio Cavalcanti Ferreira
Membro de Banca



**Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO**

**TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA**

Aluno(a): Natália Guglielmi Lummertz Silva

RG:

CPF: 100.791.379-70

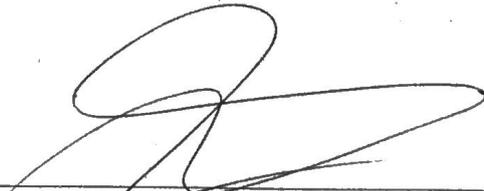
Matrícula: 14201257

**Título do TCC: INADIMPLEMENTO EFICIENTE (EFFICIENT
BREACH): INTERPRETAÇÃO DO DIREITO CONTRATUAL
EMPRESARIAL A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO
DIREITO**

Orientador(a): Orlando Celso da Silva Neto

Eu, **Natália Guglielmi Lummertz Silva**, acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 1 de Julho de 2019



Natália Guglielmi Lummertz Silva

Aos meus pais, Vinícius e Simone, por tudo que sempre fizeram para que eu tivesse uma bela formação. Aos meus irmãos, Valentina e Pedro, pelo apoio sempre que necessito. Ao meu namorado, Vinícius, pela motivação e compreensão.

AGRADECIMENTOS

Chegar ao fim deste trabalho é a ilustração do fechamento de um ciclo muito importante em minha vida. Nesses quase cinco anos que estive no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, aprendi as mais valiosas lições e vivi experiências engrandecedoras.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Vinícius e Simone, por terem me proporcionado a educação necessária para chegar até aqui. Muito obrigado pelos conselhos, cobranças e por exigirem sempre o melhor de mim. Não poderia deixar de agradecer também aos meus irmãos Valentina e Pedro por todo o apoio oferecido. Agradeço ao meu namorado Vinícius, pelo carinho e companheirismo na conclusão desse trabalho.

Agradeço também às grandes amigas que fiz nessa caminhada, em especial à Bruna Krieger, Karolina Dib, Ana Júlia Feiber e Kristyan Quadros que fizeram meus dias sempre mais felizes e completos, principalmente nesses tempos turbulentos de final de graduação.

Agradeço ao grandes amigos que fiz nas gestões chapa 1 Voar Mais Alto, Nova Estação, Pode ser Diferente e Rumos Certos pelas lições e experiências possibilitadas durante nossa convivência em prol de um curso melhor. As reuniões, imersões e eleições estarão sempre em minha mente como uma boa recordação. O meu muito obrigada a todos vocês em nome dos meus parceiros de jornada política, Murillo Preve, Hamilton Zardo, Paulo Henrique Ribeiro, Luís Guilherme Ribeiro e Isadora de Fragas. Agradeço pelo companheirismo e por terem estado ao meu lado nos melhores momentos desses cinco anos de graduação.

Agradeço também ao meu orientador, Prof. Dr. Orlando Celso da Silva Neto, pelo suporte durante a elaboração deste trabalho. Igualmente, agradeço aos membros banca, Braulio Cavalcanti e Ivan Pereira Remor pelo aceite do convite.

Por fim, agradeço a todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigada.

RESUMO

Com base na Análise Econômica do Direito, a teoria do inadimplemento eficiente permite o descumprimento voluntário do contrato quando os ganhos obtidos pela parte inadimplente se mostrarem tão lucrativos que a parte que inadimpliu poderá compensar as perdas percebidas pela outra parte, de forma que nenhuma delas fique em uma situação pior do que se encontraria se o contrato tivesse sido cumprido. O resultado proveniente da inadimplência seria, portanto, eficiente. Com base nisso, a finalidade do presente trabalho é analisar a possibilidade de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente no direito brasileiro para casos envolvendo o descumprimento de contratos empresariais. Para tanto, a partir de pesquisa bibliográfica na literatura nacional e internacional, será exposto um panorama das peculiaridades dos contratos comerciais e dos principais conceitos da teoria contratual econômica, com ênfase na teoria do inadimplemento eficiente, bem como serão apresentados os principais institutos jurídicos brasileiros que podem obstar a importação da teoria norte-americana para o ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Análise Econômica do Direito. Teoria do inadimplemento eficiente. Contratos empresariais. Inadimplemento voluntário.

ABSTRACT

Based on the study of Law and Economics, the theory of efficient breach states that sometimes breaching a contract can be so profitable for the party who breaches that he will be able to compensate the other party so that neither will be economically worse off than if the contract had been performed. The outcome of that breach will therefore be efficient. The aim of this study is to analyze the possibility to apply the efficient breach theory in the Brazilian legal system. To do so, from a bibliographic research in the Brazilian and international literature, a panorama of the peculiarities of commercial contracts and the main concepts of the economic contractual theory will be exposed, with emphasis on the theory of efficient breach, alongside with the most important Brazilian legal institutes that may impede the importation of the American theory into the Brazilian legal order.

Keywords: Law and Economics. Efficient breach theory. Commercial contracts. Voluntary breach.

LISTA DE FIGURAS

| | |
|---|----|
| Figura 1 – <i>Agency game</i> na ausência de um contrato..... | 37 |
| Figura 2 – <i>Agency game</i> na presença de um contrato..... | 38 |

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED – Análise Econômica do Direito

Art. – Artigo

CC – Código Civil

CPC – Código de Processo Civil

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJSP - Tribunal de Justiça de São Paulo

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 11 |
| 2 CONTRATOS EMPRESARIAIS NO DIREITO BRASILEIRO | 13 |
| 2.1 CONCEITO DE CONTRATOS EMPRESARIAIS NO DIREITO BRASILEIRO ... | 13 |
| 2.2 O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS COMERCIAIS: A UNIFICAÇÃO DOS CÓDIGOS CIVIL E COMERCIAL | 15 |
| 2.3 PRINCÍPIOS E VETORES DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS NO DIREITO BRASILEIRO | 18 |
| 2.3.1 Princípios dos contratos empresariais | 18 |
| 2.3.1.1 Princípio da liberdade contratual | 19 |
| 2.3.1.2 Princípio do consensualismo | 21 |
| 2.3.1.3 Princípio do relativismo contratual | 22 |
| 2.3.1.4 Princípio da força obrigatória dos contratos..... | 22 |
| 2.3.2 Vetores dos contratos empresariais | 23 |
| 2.3.2.1 A função econômica dos contratos empresariais: a busca do lucro, o egoísmo e o oportunismo dos empresários | 24 |
| 2.3.2.2 Alocação de riscos e erros na negociação dos contratos empresariais | 24 |
| 2.3.2.3 Usos e costumes, segurança e previsibilidade e a presunção de agentes econômicos ativos e probos | 26 |
| 3 CONTRATOS SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A TEORIA DO INADIMPLENTO EFICIENTE (EFFICIENT BREACH THEORY) | 28 |
| 3.1 BREVE HISTÓRICO DO MOVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO | 28 |
| 3.2 OS PRINCIPAIS CONCEITOS E INSTRUMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO | 31 |
| 3.2.1 Eficiência | 32 |
| 3.2.1.1 Eficiência de Pareto | 32 |
| 3.2.1.2 Eficiência de Kaldor-Hicks | 33 |
| 3.2.2 Externalidades, custos de transação e o Teorema de Coase | 34 |
| 3.3 DIREITO CONTRATUAL SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO | 36 |

| | |
|---|----|
| 3.4 A TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE (EFFICIENT BREACH THEORY) | 39 |
| 3.4.1 Conceito de inadimplemento eficiente | 39 |
| 3.4.2 O inadimplemento e a culpa contratual | 41 |
| 3.4.3 Métodos de indenização por inadimplemento eficiente | 43 |
| 3.4.3.1 Indenização prefixada no contrato e a precificação das cláusulas contratuais..... | 43 |
| 3.4.3.2 Consequências do inadimplemento em caso de silêncio do contrato..... | 44 |
| 4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO EFFICIENT BREACH NO DIREITO BRASILEIRO | 46 |
| 4.1 AS DIFERENTES ORIGENS DA TEORIA CONTRATUAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO | 46 |
| 4.2 OS POSSÍVEIS IMPEDIMENTOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO EFFICIENT BREACH NO DIREITO BRASILEIRO | 48 |
| 4.2.1 A cláusula geral de boa-fé e o abuso de direito | 49 |
| 4.2.2 Cláusulas penais | 52 |
| 4.2.3 As obrigações alternativas e o princípio da força obrigatória dos contratos | 54 |
| 4.2.4 Tutela de cumprimento específico da obrigações de fazer | 56 |
| 4.3 ANÁLISE DO CASO SCHINCARIOL VS. ZECA PAGODINHO SOB O PRISMA DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE | 58 |
| 5 CONCLUSÃO | 64 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 66 |

1 INTRODUÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina tem como base teórica a Análise Econômica do Direito e o Direito Contratual Empresarial, com foco principal no estudo da teoria do inadimplemento eficiente (*efficient breach theory*) e os possíveis obstáculos à sua importação ao ordenamento jurídico brasileiro.

A delimitação do tema busca meios de viabilizar o descumprimento voluntário dos negócios jurídicos quando os lucros obtidos pela parte inadimplente se mostrarem superiores às perdas percebidas pela “vítima” do inadimplemento, caso em que o credor deve ser ressarcido de forma a ficar na mesma situação que ficaria se o contrato fosse cumprido, especificamente no que se refere aos contratos empresariais, dadas as suas características peculiaridades e funcionais para o desenvolvimento do fluxo das relações econômicas.

No que diz respeito às justificativas do presente trabalho, diante da situação atual de amplo dirigismo contratual, tem-se a necessidade de buscar alternativas voltadas para a garantia da liberdade individual dos agentes econômicos. Isso porque os contratos empresariais no Brasil (e, normalmente, nos países que possuem como sistema o *civil law*) não são analisados através de uma perspectiva econômica, sob o prisma da eficiência, mas através de princípios "socializadores" como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, conforme os contratos civis em geral, que são contrários à sua função mercadológica e acabam por prejudicar a alocação eficiente de riscos dos agentes nas negociações.

Dessa forma, o interesse da autora está em fazer um estudo a respeito das particularidades dos contratos empresariais e, dentro deste recorte, realizar uma análise a respeito da Análise Econômica do Direito e da teoria do inadimplemento eficiente, a qual permite que as partes analisem as perdas e ganhos prováveis com um possível inadimplemento e, de acordo com a sua experiência/consciência/riscos calculados, possam escolher livremente continuar ou não com o pacto avençado, conforme for mais eficiente.

A problemática central reside no exame da possibilidade de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente no direito brasileiro para casos envolvendo o descumprimento voluntário de contratos empresariais e dos eventuais impedimentos da importação da teoria norte-americana.

Apresenta-se como hipótese a possibilidade de importação da teoria e a sua aplicação aos contratos empresariais, desde que considerados estes últimos como pertencentes a um ramo autônomo do direito contratual, que possui particularidades e restrições à aplicação de certos princípios e normas do direito civil.

Para responder tal questionamento, por meio do método dedutivo, divide-se a monografia em 3 capítulos.

O primeiro capítulo deste trabalho tratará do conceito dos contratos empresariais e da sua disciplina jurídica, além de apresentar seus princípios basilares e os vetores que impulsionam esses vínculos jurídicos tão indispensáveis para o fluxo das atividades econômicas.

O segundo capítulo será dedicado ao exame dos contratos sob o prisma da Análise Econômica do Direito. Para esse fim, será feito primeiramente um breve histórico do movimento, passando por seus principais conceitos e instrumentos e, por fim, será apresentada a teoria do inadimplemento eficiente e as principais consequências do descumprimento voluntário dos contratos.

Serão expostos no terceiro capítulo, de início, as principais diferenças entre a doutrina contratual norte-americana e brasileira, para posteriormente passar à análise de alguns institutos legais que podem obstar a importação da teoria do inadimplemento eficiente ao ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, tratar-se-á do mais famoso precedente brasileiro a respeito do inadimplemento eficiente, o caso *Schincariol vs. Zeca Pagodinho*, com o propósito de averiguar as decisões prolatadas nas três instâncias jurídicas e as respectivas fundamentações utilizadas, além de demonstrar como a apreciação sob o ponto de vista da Análise Econômica do Direito poderia alterar o resultado prático da demanda.

Para a consecução desta monografia utilizou-se de artigos científicos, teses de doutorado e dissertações de mestrado que versam sobre partes do tema proposto, bem como doutrinas de cunho geral. Parte considerável da bibliografia utilizada é de língua estrangeira, sobretudo em inglês, tendo em vista a dificuldade de se achar material em língua portuguesa sobre o tema, especialmente sobre o capítulo 3. Todas as traduções foram realizadas pela autora, sendo de sua responsabilidade qualquer equívoco ou má interpretação.

2 CONTRATOS EMPRESARIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Diferentemente dos contratos civis em geral, as partes de um contrato empresarial, ao se vincularem, invariavelmente esperam atingir determinado objetivo econômico. A expertise presumida desses agentes, o risco natural de sua atividade e a eficiência que deve nortear a interpretação desses negócios jurídicos são apenas alguns exemplos da lógica própria a que estão submetidos.

O objetivo deste capítulo inicial é delimitar o que são os contratos empresariais e a sua disciplina jurídica, além de apresentar seus princípios basilares e os vetores que impulsionam esses vínculos jurídicos tão indispensáveis para o fluxo das atividades econômicas.

2.1 CONCEITO DE CONTRATOS EMPRESARIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Ao conceituar o termo "empresário", o Código Civil implicitamente definiu empresa como "atividade econômica organizada", ou seja, atividade com escopo de lucro e articulação de capital, insumos e tecnologia, desenvolvida para a produção ou a circulação de bens ou serviços. Empresário é, portanto, aquele que exerce empresa (RAMOS, 2017, p. 263).

A empresa não pode, contudo, ser observada de forma isolada. Considerando-a como agente econômico, tem-se que ela não apenas "existe", não vive envolvida apenas com os seus ajustes internos. Ela "age", revelando-se através de transações com terceiros. Tal interação entre a empresa e outros agentes se dá justamente por meio de contratos. O mercado corresponde, portanto, a um emaranhado de relações contratuais, uma verdadeira "teia" de contratos (FORGIONI, 2009, p. 23-25).

A celebração de negócios jurídicos no âmbito empresarial "define, de certa forma, a atuação da empresa no mercado, por meio de seu relacionamento com os demais entes que nele atuam, como clientes, fornecedores, consumidores e parceiros". Aliás, os contratos "são tão importantes para a vida empresarial que se pode definir a empresa a partir deles, como o fez Ronald Coase em seu livro "The nature of the firm" (MEIRELES;NETO, 2016, p. 111-112).

Conforme Fábio Ulhoa Coelho, os contratos são vínculos obrigacionais que têm a existência e a extensão das suas obrigações definidas parte pela lei e parte

pela vontade das partes. Se, no exercício de sua liberdade, alguém quer se obrigar perante outrem, o direito reconhece eficácia a tal intenção, garantindo a sua realização por meio do aparelho de coerção estatal (2016, p. 225-226).

São diversos os contratos que os empresários individuais, as EIRELI e as sociedades empresárias celebram no exercício de suas atividades econômicas. Tais acordos podem ser estritamente empresariais, quando firmados somente entre empresários, ou existenciais, caso em que se sujeitarão a disciplina diferenciada, como os contratos firmados com pessoas físicas em geral, os contratos com empregados, os contratos com consumidores e os contratos com a Administração Pública (RAMOS, 2017, p. 624).

No mesmo sentido, afirmam Vanessa Meireles e Orlando Celso da Silva Neto (2016, p. 113):

Define-se, pois, os contratos empresariais como “aqueles celebrados entre empresários” ou empresas (se compreendidas como sinônimo de empresário, na praxe do mercado). São os chamados pelos administradores e economistas estadunidenses de contratos business to business (B2B). Por sua composição presumidamente simétrica, aos contratos empresariais é dispensado tratamento diferenciado em relação aos demais negócios jurídicos, firmados por particulares, com consumidores (business to customer – B2C), com trabalhadores, etc. Nesses contratos, há maior exigência quanto ao conhecimento das partes do objeto contratado, e suas implicações práticas e legais, em detrimento da incidência do dirigismo contratual pelo Estado, defendido pelos contratualistas contemporâneos.

Com exceção dos contratos disciplinados em legislação esparsa, todos contratos privados, típicos e atípicos, empresariais ou existenciais, obedecem aos regramentos previstos no Código Civil de 2002. A autonomia do ramo dos negócios jurídicos empresariais é, portanto, de ordem doutrinária e jurisprudencial, em razão das características peculiares desses acordos no contexto do mercado.

Nas palavras de Paula Forgioni (2009, p. 28):

A atenção do comercialista recai necessariamente sobre os contratos interempresariais, ou seja, aqueles celebrados entre empresas, i.e., em que somente empresas fazem parte da relação. Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais como aqueles em que ambos (ou

todos) os polos da relação tem sua atividade movida pela *busca do lucro*. É preciso reconhecer: esse fato imprime viés totalmente peculiar a tais negócios jurídicos.

Inevitável, aqui, a referência à eventual caracterização de empresários como consumidores, ao considerá-los, no caso concreto, como destinatários finais do produto ou serviço negociado, nos termos artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. Nesses casos, a sociedade empresária estaria submetida à lógica específica do sistema consumerista por ser considerada hipossuficiente em relação à contraparte (FORGIONI, 2009, p. 30). Para alguns autores, como o professor Fábio Ulhoa Coelho, os contratos empresariais podem ser submetidos ao CDC ou ao CC, a depender da presença de vulnerabilidade econômica de uma parte em face da outra (2016, p. 224-225).

Contudo, conforme Daniela Santos Bomfim e Fredie Didier Júnior, os contratos empresariais possuem racionalidade própria, que não se confunde com a racionalidade dos contratos de consumo. Não se pode pretender, portanto, aplicar a *ratio* do sistema consumerista aos contratos empresariais, sob pena de ferir a lógica do mercado e atingir o fluxo interempresarial (2017, p. 305-330).

Dessa forma, o presente trabalho se volta para os contratos estritamente empresariais que, de forma geral, "se caracterizam pela equivalência de poderes e forças entre as partes contratantes, não havendo relação de hipossuficiência e/ou desequilíbrio no que tange às questões contratuais" (COMPARATO, 1981, p. 251).

Os contratos empresariais possuem, portanto, características que tornam injustificável a aplicação desatenta e genérica de certas regras do Código Civil, conforme analisaremos adiante, que limitam ou relativizam a imprescindível liberdade para a celebração de contratos mercantis. Antes, contudo, examinaremos o processo unificação do regime jurídico dos contratos civis e mercantis.

2.2 O REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS COMERCIAIS: A UNIFICAÇÃO DOS CÓDIGOS CIVIL E COMERCIAL

O regime jurídico dos contratos civis e comerciais nem sempre foi uno. Em verdade, até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, os contratos mercantis eram regidos por disciplina própria disposta no Código Comercial de 1850. O novo

Código Civil não apenas revogou a primeira parte do Código Comercial de 1850, mas também alterou a teoria básica que orientava a disciplina privada da economia brasileira até então.

No direito de tradição romano-germânica há basicamente dois sistemas de disciplina privada da economia: o sistema francês, no qual as atividades econômicas estão sujeitas a subregimes que se qualificam como civis ou comerciais, e o sistema italiano, que estabelece um regime geral de regras para o exercício todas as atividades econômicas (COELHO, 2012, p. 31).

O Código Comercial de 1850, inspirado diretamente no *Code de Commerce* francês, tem como fundamento a teoria dos "atos de comércio", que permitiu a objetivação do tratamento jurídico da atividade mercantil. Por meio dessa teoria é que o direito comercial, antes considerado como "direito dos comerciantes", restrito a uma certa categoria de profissionais organizados em corporações próprias, se tornou a disciplina de um conjunto de atos que poderiam ser praticados por qualquer cidadão (COELHO, 2012, p. 31).

O regulamento 737, também de 1850, apresenta em seu artigo 19 uma relação de atos de comércio ("mercancia"), isto é, atos que estavam sujeitos a tratamento específico pelos então existentes Tribunais do Comércio, quais sejam: (a) A compra e venda ou troca de móveis ou semoventes, ou para alugar o seu uso; (b) As operações de câmbio, banco e corretagem; (c) As "empresas" de fábricas; de "com missões"; de depósitos; de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos; (d) Os seguros, fretamentos, risco, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo; e (e) A armação e expedição de navios.

Na Itália, em 1942, surge o *Codice Civile* italiano, que reuniu em uma única lei todas as normas de direito privado. Neste período, o núcleo conceitual do direito comercial deixou de ser os "atos de comércio" para ser a "empresa".

Na década de 1970, a doutrina comercialista brasileira iniciou a aproximação do direito privado brasileiro ao modelo italiano, sendo que já nos anos 1980 diversos julgados já mostravam-se guiados pela teoria da empresa. A partir dos anos 1990, pelo menos três leis (Código de Defesa do Consumidor, Lei de Locações e Lei do Registro do Comércio) foram editadas sem nenhuma inspiração na teoria dos atos de comércio (COELHO, 2012, p. 49-50).

A entrada em vigor do Código Civil de 2002 conclui a transição para o estabelecimento de um regime geral de disciplina privada da atividade econômica, de forma a abranger as normas de direito civil e de direito empresarial em um único diploma legislativo, com base na teoria da empresa.

Com a unificação do direito privado, o Código Comercial teve sua primeira parte revogada (à exceção do contrato de transporte marítimo e dos previstos em leis extravagantes) e toda a matéria contratual passou a ser regida pelo Código Civil de 2002, tornando necessário justificar o emprego da expressão “contratos empresariais” (NEGRÃO, 2018, p. 224).

É fato que a pretendida unificação efetivou-se no plano formal, visto que os contratos cíveis e empresariais regem-se, desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002, pelas regras gerais dispostas no Título V, do Livro I, da sua Parte Especial (artigos 421 a 480) e temos hoje uma série de regras no Código Civil que disciplinam as atividades empresariais (vide Títulos I a IV, do Livro II, da Parte Especial - "direito de empresa") (RAMOS, 2017, p. 585).

Entretanto, não há como tratar de forma idêntica os contratos firmados por pessoas comuns, a fim de regular uma ou outra relação obrigacional, e os contratos firmados entre empresários no exercício de sua atividade econômica. A unificação não se deu, portanto, no plano substancial e o direitos civil e comercial continuam a existir como ramos autônomos (MIGUEL, 2006, p. 67).

Nas palavras de Waldírio Bulgarelli (BULGARELLI, 2001, p. 159):

a unificação das normas de direito comercial às de direito civil numa disciplina privatista geral, quer especificamente no campo das obrigações, quer de maneira geral, abrangendo toda a matéria, não apaga a profunda distinção existente entre essas normas, umas dizendo respeito e se destinando a regular as atividades das pessoas e dos bens e suas relações envolvendo família e sucessões e outra referindo às atividades da produção e circulação de riquezas.

Assim, muitos contratos atípicos e, em diversos casos, contratos em espécie, possuem a mesma disciplina legal, sejam eles empresariais ou civis. É o caso do contrato de compra e venda que, apesar de possuir regramento próprio (arts. 481 a 532 do CC), será qualificado conforme as partes contratantes. Se celebrado por empresários no exercício de atividade econômica organizada (art. 966, CC), será

contrato empresarial e estará sujeito à interpretação conforme as características de contratos desse ramo (RAMOS, 2017, p. 632).

Delimitado o conceito de contratos empresariais como vínculos jurídicos entre empresários sujeitos à disciplina do Código Civil de 2002, forçoso demonstrar suas características peculiares, seus princípios e vetores, que, fundados na livre iniciativa e concorrência, visam limitar as hipóteses de revisão judicial e modular a boa-fé e a função social.

2.3 PRINCÍPIOS E VETORES DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Ao mesmo tempo em que os agentes econômicos estão inseridos em um ambiente hostil e de concorrência constante, a relação entre empresários pode permitir e estimular a eficiência do mercado ao desenvolver um ambiente racional que tende à diminuição dos custos de transação e, portanto, ao incremento das relações econômicas.

Conforme Paula Forgioni, o contrato empresarial tem como função "favorecer a circulação dos bens que são objeto de propriedade, de forma que ele é, por isso mesmo, o centro da vida dos negócios, o instrumento por excelência da vida econômica" (2009, p. 114-115).

Existe uma base ideológica nos contratos empresariais, sendo imperial, portanto, que sejam interpretados conforme a lógica de mercado que determina seus princípios e vetores, tendo como base, principalmente, o seu fio condutor: a obtenção de vantagem econômica.

2.3.1 Princípios dos contratos empresariais

No campo do direito empresarial, mostra-se evidente o princípio filosófico fundamental da autonomia da vontade que, nas palavras de Orlando Gomes (2008, p. 25), nada mais é do que o poder dos indivíduos de "suscitar, mediante declaração de vontade, efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica".

O princípio da autonomia da vontade dá origem a quatro outros princípios propriamente jurídicos: a liberdade contratual, o consensualismo, a força obrigatória dos contratos e o efeito relativo dos contratos.

2.3.1.1 Princípio da liberdade contratual

Alguns autores desdobram o princípio da autonomia da vontade em duas vertentes: *liberdade de contratar*, que assegura a faculdade de realizar ou não um contrato e *liberdade contratual*, que permite às partes determinar o conteúdo do acordo. (RAMOS, 2017, p. 634)

Conforme o princípio da liberdade contratual, qualquer um deve ser livre para decidir se quer contratar, com quem e determinar as cláusulas que lhe convenham. Assim, todos os contratos empresariais que as partes prevejam que lhes será favorável devem, em princípio, poder ser concluídos, na medida em que se voltarem para uma circulação de bens e serviços mais eficiente e valorizada (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p. 406).

Assim, no âmbito do direito empresarial é de extrema importância que a liberdade contratual sirva de norte interpretativo para garantir a segurança jurídica que, quando ausente, se manifesta como obstáculo ao desenvolvimento econômico (RAMOS, 2017, p. 634).

Isso não significa que a liberdade de contratar seja irrestrita; mesmo no campo do direito comercial, ela se põe como limitada são somente pela lei, mas também pela maximização do bem estar pelo controle de externalidades negativas (ver tópico 3.2.2), por exemplo. Porém, é inegável que, de todas as áreas do direito, a empresarial é "a arena na qual a liberdade econômica assume quadrantes mais largos" (FORGIONI, 2009, p. 115).

Sabe-se que no Direito Civil tradicional, a liberdade contratual era limitada, tão somente, pela ordem pública e pelos bons costumes. Priorizava-se o individualismo, visando proteger a vontade criadora das partes e assegurar a realização dos efeitos desejados pelos contratantes. A própria concepção de vínculo contratual centrava-se na ideia de valor da vontade como elemento principal, como fonte única e como legitimação para direitos e obrigações oriundas da relação jurídica contratual. Esta é a chamada liberdade de contratar lastreada em uma visão liberal e individualista do Direito Civil (FINKELSTEIN, 2016, p. 274).

Hoje, contudo, o ordenamento jurídico tem procurado cada vez mais assegurar o equilíbrio entre os contratantes na tentativa de socializar o direito privado. Com o advento do Código Civil de 2002, que tem como um dos seus princípios norteadores a socialidade, e do movimento de constitucionalização do

Direito Civil, rompeu-se o sistema individualista e patrimonialista em prol de fins sociais e das "exigências do bem comum". Nesse contexto de promoção de valores sociais, impõe-se que a liberdade de contratar respeite os princípios como a função social dos contratos e a boa-fé objetiva.

Hoje a liberdade contratual não se trata somente do "dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação, podendo ser ampliada em decorrência da aplicação dos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva". Ao firmarem um contrato, as partes estarão sujeitas a deveres e obrigações para além daqueles previstos expressamente nas cláusulas ajustadas (MEIRELES;NETO, 2016, p. 121-122).

O princípio da função social do contrato deve estar presente na relação entre as partes contratantes e nos efeitos que o contrato pode causar em face de terceiros alheios ao negócio jurídico. Assim, dispõe expressamente o art. 421 do Código Civil que "a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".

Ocorre que a função social dos contratos empresariais deve ser analisada conforme o contexto em que as relações comerciais se inserem, de forma a somente impor aos agentes o dever de realizar sua função econômica dentro da sociedade, qual seja, fazer circular riquezas e não prejudicar os interesses extracontratuais de terceiros ou da coletividade (LOPEZ apud NEGRÃO, 2018, p. 228).

Essa é a ideia trazida no Enunciado 26 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, que afirma que o cumprimento da função social do contrato empresarial se dá "quando não acarreta prejuízo a direitos ou interesses, difusos ou coletivos, de titularidade de sujeitos não participantes da relação negocial".

O princípio da boa-fé objetiva, por sua vez, trata-se de cláusula geral de conteúdo vago e aberto, disposta nos artigos 113 e 422 do Código Civil. Ao apreciar um contrato, a cláusula geral de boa-fé "não se busca fazer uma investigação psicológica para concluir se o sujeito pretendia ou não agir de forma honesta, leal e correta (boa-fé subjetiva), mas extrai-se, em determinado contexto social e em certo momento histórico, qual é o padrão de conduta do homem probo no entendimento daquela sociedade" (MEIRELES;NETO, 2016, p.125).

Para evitar equívocos, é importante frisar que, em relação aos contratos empresariais, o referido princípio deve tomar como "regra de conduta" não o homem

médio regular, mas aquele envolvido em relações mercadológicas. Sobre a aplicação do princípio da boa-fé objetiva nos contratos empresariais foi aprovado, por exemplo, o Enunciado 27 da I Jornada de Direito Comercial do Conselho da Justiça Federal, que dispõe que “Não se presume violação à boa-fé objetiva se o empresário, durante as negociações do contrato empresarial, preservar segredo de empresa ou administrar a prestação de informações reservadas, confidenciais ou estratégicas, com o objetivo de não colocar em risco a competitividade de sua atividade”.

2.3.1.2 Princípio do consensualismo

A informalidade é uma das principais características dos negócios mercantis na medida em que, do ponto de vista econômico trata-se de redução dos custos de transação (ver tópico 3.2.2). No direito comercial, a forma assumida pelos negócios é instrumental ao bom fluxo de relações econômicas e o tráfico não pode ser obstado por formalismos inúteis (FORGIONI, 2009, p.160-161).

Assim, o princípio da autonomia das partes se estende, também, à forma dos contratos empresariais. Pelo princípio do consensualismo, em regra, basta a concordância das partes para a constituição e o aperfeiçoamento do vínculo entre empresários (COELHO, 2012, 461).

É certo que a ausência dessa característica não desqualifica o acordo como empresarial. Dentre os contratos comerciais existem também contratos solenes, em relação aos quais o direito requer a elaboração de um certo instrumento contratual, e os contratos reais, para os quais, além do consentimento, é imprescindível a tradição (RAMOS, 2017, p. 636).

Na área comercial, as formalidades somente se justificam quando úteis para a facilitação do fluxo de relações econômicas, aumentando a segurança e a previsibilidade dos agentes, e não a fins insensatos, desconectados do mercado. Na linguagem própria dos economistas, "as formalidades diminuem os custos de transação quando asseguram determinadas garantias ao negócio (FORGIONI, 2009, p. 160-161).

Exemplo disso são os contratos de compra e venda que, em razão da propriedade imobiliária se transferir mediante registro, na ausência de documento

formal que facilite a comprovação da operação os custos de transação seriam muito mais elevados (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p. 407).

2.3.1.3 Princípio do relativismo contratual

A autonomia da vontade determina, também, que a relação contratual produz efeitos somente entre as partes contratantes. A feição subjetiva do princípio do relativismo contratual impõe que terceiros alheios ao negócio jurídico não serão atingidos por seus efeitos, isto é, não podem ser credores ou devedores de obrigações neles estipulados. A feição objetiva do referido princípio, por sua vez, determina que o contrato também não atingirá bens estranhos ao seu objeto (NEGRÃO, 2018, p. 239).

Assim, sem a anuência de terceiro, não se pode presumir que o contrato lhe confira um ganho. Um contrato que dê vantagem às partes ao preço de perda imposta a terceiro cria, na leitura econômica, uma externalidade (ver tópico 3.2.2) (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p. 407).

2.3.1.4 Princípio da força obrigatória dos contratos

O princípio da força obrigatória determina que os direitos e deveres assumidos no contrato valem como lei entre as partes. É fundado na necessidade de garantir a segurança jurídica nas relações comerciais, na medida em que determina a impossibilidade de uma das partes rescindir ou alterar o contrato unilateralmente. Representado pela cláusula *pacta sunt servanda*, trata-se de cláusula geral de irrevocabilidade e intangibilidade implícita a todos os contratos. (FINKELSTEIN, 2016, p. 276).

Conforme o ensinamento de Paula Forgioni, se lhes fosse permitido, "os agentes econômicos valer-se-iam dos contratos para vincular apenas seus parceiros comerciais, e nunca a si próprios". Isso porque, em certo momento, pode surgir em uma das partes o desejo de se livrar da amarra contratual para seguir outro caminho. Assim, a força obrigatória dos contratos viabiliza a própria existência do mercado e é imprescindível ao giro mercantil na medida em que freia o natural oportunismo dos agentes econômicos (2009, p. 109).

No direito civil em geral, o princípio da força obrigatória é excepcionado pela aplicação da chamada teoria da imprevisão, representada pela cláusula rebus sic stantibus, segundo a qual "os direitos e deveres assumidos em determinado contrato podem ser revisados se houver uma alteração significativa e imprevisível nas condições econômicas que originaram a constituição do vínculo contratual". Ocorrendo tal alteração, rompe-se o equilíbrio contratual, o que autoriza a revisão do contrato. No âmbito dos contratos empresariais, contudo, "é temerário admitir a rescisão ou a revisão de contratos com base na onerosidade excessiva, ainda que esta seja decorrente de situações extraordinárias e imprevisíveis" (RAMOS, 2017, p. 637-638).

Uma vez firmado o contrato, as partes ficam obrigadas a executá-lo nos termos acordados e o juiz a conferir-lhe efeito sem modificá-lo. Isso dá a segurança que permite às partes planejarem seus negócios. A possibilidade de discutir as prestações ajustadas aumentaria os custos de transação para as partes contratantes e, portanto, atrasaria a conclusão de contratos. Os mercados são "sistemas de cooperação" que permitem descobrir e criar novas formas de contratar. Esses sistemas funcionam "desde que as inovações gerem ganhos para aqueles que tiveram a intuição e ousaram concretizá-las deixando, igualmente, a seu cargo eventuais insucessos". É o preço dos desenvolvimentos da sociedade. (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 407).

2.3.2 Vetores dos contratos empresariais

Além dos princípios normalmente destacados pela doutrina brasileira, Paula Forgioni, explorando a lógica específica do sistema comercial em seu livro "Contratos Empresariais", traz a ideia de "vetores de funcionamento" dos contratos mercantis. A autora destaca que a lógica peculiar dos contratos comerciais viabiliza o fluxo de relações econômicas e a interação entre as empresas. Nesse sentido, o estudo da matéria requer o estabelecimento de diretrizes comuns a todos os contratos mercantis para demonstrar o funcionamento dessa categoria autônoma de negócios jurídicos.

2.3.2.1 A função econômica dos contratos empresariais: a busca do lucro, o egoísmo e o oportunismo dos empresários

Conforme examinado anteriormente, nos contratos interempresariais todas as partes são movidas pela busca do lucro, característica fundamental a partir da qual se desdobram as demais peculiaridades dos negócios mercantis sendo que o contrato é justamente o instrumento para atingir esse fim maior.

Os contratos empresariais nascem justamente da necessidade prática dos comerciantes de realizar trocas, daí a sua natureza mercadológica. A sua interpretação deve então partir do pressuposto de que, ao se vincularem, as partes acreditam que estão satisfazendo seus interesses, isto é, que o acordo lhes será mais vantajoso do que desvantajoso. Por isso, é impossível pensar os contratos mercantis distanciados da necessidade que buscam cumprir, da sua razão de ser, isto é, da sua função econômica (FORGIONI, 2009, p.115-142).

Por exercer empresa, o agente econômico é naturalmente egoísta e perseguirá sempre os seus interesses em primeiro lugar. O egoísmo será tolerado pela ordem jurídica na medida em que incrementar o fluxo de relações econômicas, pois são muitas as situações em que o comportamento individualista traz melhorias para o mercado. A concorrência, por exemplo, somente é possível porque uma empresa busca superar a outra na sua busca pelo lucro. Por conta disso, o egoísmo pode ser útil ao sistema e levar ao desenvolvimento (FORGIONI, 2009, p. 159-160).

Desdobramento direto do egoísmo do ente econômico é seu oportunismo, "que o mantém à espreita, visando a identificar e a usar em seu favor todas as oportunidades que surgirão, ainda que em detrimento dos outros". O egoísmo (característica do agente) e oportunismo (o agir impelido pelo egoísmo) são características da empresa que algumas vezes, devem ser toleradas e, em outras, evitadas e proibidas conforme o interesse geral do comércio. A disciplina dos contratos deve buscar a moderação do oportunismo, por exemplo, quando implicar em aumento geral dos custos de transação (FORGIONI, 2009, p. 160).

2.3.2.2 Alocação de riscos e erros na negociação dos contratos empresariais

Ao interpretar um contrato empresarial, deve-se pressupor que as partes analisaram o contexto, precificaram a sua prestação de acordo com os seus custos

estimados e com a sua expectativa futura de lucro, e alocaram os riscos estimados entre elas durante a negociação (LOPES, 2011, p. 94).

Nem todos têm o mesmo desejo e aptidão para enfrentar um determinado risco. Assim, cada um determinará seu nível máximo de risco, sempre buscando a quem transferi-lo. Dessa forma, a alocação de risco nos contratos empresariais é dimensão importante em todas as transações (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p. 40).

No mesmo sentido é o ensinamento de Cláudia Cristina Cristofani (1990, p. 21):

Por outro lado, não se pode olvidar que o conteúdo do pactuado, a estipulação mesma das contraprestações às partes, é grandemente concebido tendo como escopo não o desejo finalístico das partes em si, ou o bem da vida buscado pelos contratantes, mas sim a melhor divisão de risco. Vale dizer, prestações contratuais são vistas como a possível distribuição de incentivos para o melhor cumprimento, em ambiente de assimetria informativa e incertezas.

Antes mesmo de envidar esforços para contratar com terceiros, o empresário irá ponderar se produzir internamente determinado bem ou serviço lhe seria mais vantajoso. Somente em caso negativo é que o negócio com terceiros será realizado. Os contratos são, portanto, resultado da análise de custos das escolhas dos agentes. É claro que tal expectativa pode restar frustrada e aí mora o risco do negócio.

O agente econômico pode, portanto, se equivocar em suas jogadas e previsões, e esses enganos são previstos e desejados pelo sistema jurídico, pois "viabilizam o diferencial competitivo". As diferentes estratégias dos agentes econômicos e dos resultados obtidos "dá vida ao ambiente de competição do mercado". Assim, o erro de um agente em detrimento de outro estimula a concorrência e "dá vantagem competitiva aos agentes que melhor souberem fazer uso dos recursos disponíveis" (MEIRELES;NETO, 2016, p. 114).

Ademais, nenhuma interpretação de contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o fator erro do sistema, neutralizando os prejuízos que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Se não considerarmos que uma empresa pode ter adotado uma estratégia equivocada, jamais entenderemos um prejuízo suportado por uma das partes na

execução do negócio, que simplesmente decorre do risco natural da atividade. Tal verificação tem efeitos práticos relevantes para o direito. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro ou prejuízo, mas apenas a agir conforme o direito (FORGIONI, 2009, p. 149).

2.3.2.3 Usos e costumes, segurança e previsibilidade e a presunção de agentes econômicos ativos e probos

Os usos e costumes refletem complexa interação entre texto normativo, atos dos comerciantes e jurisprudência. Presume-se que os empresários agirão em conformidade com um modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de planejar sua jogada com maior margem de segurança. A consolidação de costumes tende a indicar o melhor caminho a ser seguido e gera legítimas expectativas de atuação por parte dos demais agentes econômicos. Assim, o reconhecimento da força vinculante dessas regras permite o cálculo de jogadas, facilita as contratações e reduzindo os custos das negociações (FORGIONI, 2009, p. 134-135).

Os custos de transação tendem a reduzir-se em mercados nos quais os agentes econômicos confiam no comportamento dos outros, ou seja, em que se pode legitimamente esperar/prever a adoção de determinadas atitudes pelos parceiros comerciais. Dessa forma, a disciplina dos contratos empresariais deve também privilegiar a confiança; quanto maior o grau de confiança existente no mercado, menores os custos de transação e mais "azeitado" o fluxo de relações econômicas (FORGIONI, 2009, p. 130).

Nos contratos empresariais, é presumido, por exemplo, o profissionalismo no exercício da atividade econômica organizada, lhe sendo vedado, em grande parte das vezes, alegar amadorismo ou desconhecimento do negócio (MEIRELES; NETO, 2016, p. 111).

Nesse sentido, para que produzam a riqueza que almejam, os contratos empresariais necessitam de um ambiente juridicamente seguro e previsível. Isso porque a ausência de proteção da legítima expectativa das partes dificulta o "giro comercial" e a fluidez das relações econômicas (FORGIONI, 2009, p. 117-118).

Os agentes econômicos são caracterizados por uma "esperteza própria" que lhes torna capazes de atuar no mercado. O ordenamento jurídico pressupõe (ou deveria pressupor) que eles são "*ativos e probos*", isto é, que de forma prudente e

sensata avaliaram os riscos da operação e, utilizando de sua liberdade econômica, acreditando que o contrato lhes seria vantajoso, vincularam-se (FORGIONI, 2009, p. 118-220).

Presume-se, portanto, que "o empresário age com expertise na organização e no exercício da atividade econômica", o que pode ser entendido também como "dever de diligência e esclarecimento de cada parte (empresa) ao contratar" (MEIRELES;NETO; 2016, p. 114).

Conforme Paula Forgioni, essa imposição de padrão jurídico facilita as contratações ao legitimar as partes a presumirem que seus parceiros comerciais detêm as informações relevantes à contratação, passíveis de serem obtidas a custo razoável. O ordenamento exige, portanto, que o empresário empregue a "diligência normal dos homens prudentes para granjear as informações referentes à contratação. Não lhe é reclamado mais, pois isso aumentaria sobremaneira os custos de transação" (2009, p. 162).

Por outro lado, a empresa que detiver grau de informação inferior àquele que dela seria esperado deverá suportar os eventuais prejuízos decorrentes dessa falta. Muitas vezes, o agente econômico tem consciência de que possui quantidade de informações aquém do ideal. Se segue com negócio, deverá arcar com os riscos correspondentes a essa sua estratégia (FORGIONI, 2009, p. 162).

Conforme afirma Cláudia Cristofani, a informação é imperfeita e custosa e assimetrias informativas, por vezes insuperáveis a custo razoável, determinam o comportamento de agentes. Não obstante tais vicissitudes, a informação exerce crucial influência na tomada de decisão, determinando a qualidade da escolha (1990, p. 30-31)

Evidente que tal presunção não permite o comportamento predatório e espera-se que sejam reveladas as informações importantes para a contratação, desde que a prestação dessas informações não implique custos irrazoáveis para a parte. A omissão, por uma empresa, de dado relevante para o negócio do qual tem ciência costuma ser entendida como contrária ao padrão de comportamento esperado do agente econômico (FORGIONI, 2009, p. 163).

3 CONTRATOS SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE (EFFICIENT BREACH THEORY)

No início da década de 1960, desenvolveu-se nos Estados Unidos o movimento hoje conhecido como Análise Econômica do Direito (AED), que utiliza-se do instrumental analítico e empírico da economia, especialmente da microeconomia, a fim de compreender, explicar e prever a lógica (racionalidade) do ordenamento jurídico (POSNER, 2010, p. 14).

Até recentemente, o Direito restringia o uso da economia à áreas como direito concorrencial, direito bancário e direito tributário. O estudo da *Law and Economics*, denominação da AED nos Estados Unidos, propõe uma releitura do direito inspirada em conceitos econômicos (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p. 6-8), principalmente sob o ponto de vista da maximização da eficiência e do bem-estar social.

Essa corrente questiona e reinventa tradicionais áreas do direito, como a propriedade, os contratos, o direito e o processo penal, o direito constitucional, entre outros (COOTER;ULEN, 2011, p. 4).

Após o estudo do conceito dos contratos empresariais e suas peculiaridades, neste capítulo exploraremos a história da análise econômica do direito e seus principais conceitos e instrumentos, buscando compreender a função dos contratos sob o prisma da AED e apresentar, ao final, a teoria do inadimplemento eficiente, que propõe a ideia de que o descumprimento dos contratos pode otimizar o bem-estar da sociedade.

3.1 BREVE HISTÓRICO DO MOVIMENTO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A ideia de recorrer a conceitos econômicos para melhor compreender o direito não é nova. Remonta aos filósofos jusnaturalistas do século XVII, como Maquiavel, Hobbes e Locke (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p. 8).

O próprio princípio utilitarista do século XVIII, qual seja, o máximo de satisfação para o maior número de pessoas como medida do que é certo ou errado, é uma forma evoluída do direito natural e constitui o fundamento do que posteriormente viria a se consolidar como a moderna teoria econômica. Como precursores do movimento que depois viria a se chamar "Direito e Economia",

temos, em especial, David Hume, Cesare Beccaria, Jeremy Bentham e Adam Smith. David Hume, por exemplo, "ênfatiza a necessidade de garantir a estabilidade do direito de propriedade e de realizar o *enforcement* das obrigações contratadas com vistas a desencadear processo de cooperação e proporcionar paz e segurança social" (BATTESINI, 2010, p. 22).

Foi na Europa, no século XIX, que efetivamente ocorreu o movimento de reunião do direito e da economia, a chamada "primeira onda" da AED. Iniciou-se em especial na Alemanha, com o advento da escola histórica, que destacou a necessidade de compreender o direito e a economia "de forma orgânica", refletindo sobre os "pontos de contato entre os fenômenos jurídicos e econômicos", o seu conjunto de fatores socialmente relevantes e suas implicações para o desenvolvimento da economia (BATTESINI, 2010, p. 23- 26).

O atual movimento da AED tem, contudo, origem norte-americana e liga-se a duas correntes antecedentes. A primeira é a teoria econômica chamada "imperialismo econômico", que utiliza-se de ferramentas econômicas fora do seu campo tradicional para analisar fenômenos como a política, a discriminação, a família e outros. A outra é o movimento jurídico que se manifestou no período entre guerras, o dito "realismo jurídico" (*legal realism*), cujos seguidores consideravam que "a ciência econômica e a sociologia eram não apenas disciplinas conexas, mas que, de alguma forma, faziam parte do direito" (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015,p. 8).

Ao final da década de 1940, com a atuação pioneira de Aaron Director, economista que lecionava a matéria de direito concorrencial na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago, a frutífera interação entre direito e economia suscitou a realização de estudos econômicos abrangendo as demais áreas do direito. Os trabalhos de Aaron Director conduziram à publicação, em 1958, do *Journal of Law and Economics*, que se tornou o principal veículo para a difusão das empreitadas dos economistas na área do direito (BATTESINI, 2010, p. 46-48).

Na década de 1960 foram publicados os marcos teóricos do início da chamada "segunda onda" da AED: o artigo de Ronald Coase intitulado *The Problem of Social Cost*, que lhe valeu o prêmio Nobel em 1991 e o artigo *Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*, de Guido Calabresi (BATTESINI, 2010, p. 46-48).

O economista Ronald Coase não só revelou a importância de que "as cortes considerem os efeitos econômicos de suas decisões", mas também, de forma mais

ampla, de que a análise do sistema jurídico como um todo seja feita considerando fatores econômicos. Mais especificamente, o problema que Coase apresenta é como estruturar o sistema jurídico de forma a proporcionar o aumento da eficiência alocativa, ou seja, potencializar a produção a baixos custos com o máximo de benefícios aos consumidores e à sociedade. Propunha métodos, portanto, para evitar o dano social mais grave, visto que as externalidades negativas dos contratos particulares representam custos sociais (BATTESINI, 2010, p. 48-51).

As inovadoras proposições teóricas formuladas por Coase, a partir da análise da temática das externalidades negativas, desencadearam a progressiva realização de estudos acadêmicos ao longo da década de 1960 e seguintes, período que registra outras relevantes contribuições que marcam a transição para o novo paradigma de análise integrativa direito-economia, destacando-se os estudos desenvolvidos por Anthony Downs, James Buchanan, Gordon Tullock, Gary Becker, George Stigler, Friedrich Hayek, Armen Alchian, Harold Demset, Douglass North, Warren Samuels e Pietro Trimarchi (BATTESINI, 2010, p. 56-71).

A obra *Economic Analysis of Law* (1973), de Richard Posner, constitui o marco principal da aceitação do movimento da AED. A obra, escrita por um jurista, foi definitiva para a entrada do estudo da economia nas faculdades de direito norte-americanas como principal fonte de renovação da teoria do direito. Até os cursos clássicos, como direito das coisas, direito dos contratos e responsabilidade civil foram modificados (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p.11).

Outra razão do sucesso da obra de Richard Posner na comunidade jurídica norte-americana reside na teoria de que o sistema do *common law* pode ser explicado como um sistema voltado para a maximização de riqueza na sociedade. Nesse sentido, a contribuição de Posner para a Análise Econômica do Direito está associada a uma pressuposição simples que demonstrou enorme produtividade: o *common law* pode ser entendido como um sistema de regras projetado para produzir resultados economicamente eficientes (BATTESINI, 2010, p. 73).

O intenso debate acadêmico conduziu ao fracionamento do movimento da AED, com sua articulação em diversas correntes de pensamento, como a Escola Austríaca, que acentua a subjetividade dos valores e a incerteza inerente a todas as atividades econômicas, tendo como seu ponto central a noção de ordem social espontânea; os institucionalistas e os neoinstitucionalistas, que enfatizam o papel desempenhado pelas instituições e "sua ação coletiva, controlando, liberando e

expandindo a ação individual”; a escola do *public choice*, que utiliza de fundamentos econômicos no estudo do mercado político e do direito público; a escola de Yale (*New Haven*), que enfatiza a existência de falhas de mercado que necessitam de alguma forma de intervenção governamental, a qual deve ser realizada considerando não apenas os custos e benefícios mensuráveis pecuniariamente, mas com preocupação com o impacto distributivo, com a justiça e a equidade; e a Behavioral Law and Economics (direito e economia comportamental), verificado-se, também, a existência de abordagens instrumentais complementares, dentre as quais se destaca a teoria dos jogos (BATTESINI, 2010, p. 82-99).

A Escola de Chicago, vertente mais difundida e influente do *Law and Economics*, tem como centro a aplicação do instrumental analítico microeconômico para a promoção de eficiência econômica. Faz-se necessário, portanto, aprofundar os estudos em alguns dos principais conceitos e instrumentos de análise dos negócios jurídicos oferecidos pela AED.

3.2 OS PRINCIPAIS CONCEITOS E INSTRUMENTOS DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A teoria econômica parte da premissa de que os recursos são escassos, enquanto que as demandas humanas são ilimitadas. A escassez impõe fazer escolhas. Diante do caso concreto, as pessoas listam os resultados desejados (valores), identificam as ações que podem ser tomadas (opções), determinam em que medida cada ação contribui para o resultado desejado e a que custo (valorização), e adotam aquela que provavelmente trará o maior benefício (escolha). Presumimos que os seres humanos, sem necessariamente seguir tal procedimento, tomam suas decisões como se o fizessem (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 25-31).

É o modelo da escolha racional, que supõe que os humanos escolherão, sempre, entre as opções disponíveis, aquela que lhes ofereça a maior satisfação. Os homens são, portanto, "*rationally self-interested*". Calculam os custos e benefícios das opções disponíveis e escolhem a alternativa que maximizará o seu bem-estar, ou seja, aquela que for mais eficiente (COOTER; ULEN, 2011, p. 230-231).

A própria ideia do comércio e, por derivação, dos contratos, é baseada na ideia de que, para o adquirente, a coisa comprada é mais rara do que para o vendedor. As duas partes não valorizam o bem da mesma forma. É essa,

justamente, a razão de terem ambas interesse na transação (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p. 28).

A decisão que será tomada dependerá, logicamente, das informações disponíveis, das demais opções e das consequências que o homem consegue prever naquele momento. Ou seja, as pessoas escolhem a melhor opção dentre as que conhecerem. Talvez, no futuro, a escolha poderá parecer-lhe ineficiente, o que não a torna racionalmente errada (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p. 32).

Importa compreender, portanto, os principais conceitos e instrumentos de análise dos contratos oferecidos pela Análise Econômica do Direito, a começar pela eficiência.

3.2.1 Eficiência

Para maximizar o bem-estar dos particulares e, assim, o da sociedade em geral, os contratos devem ser eficientes. Ao analisar os custos e benefícios das opções disponíveis, as partes devem ter em mente - e os empresários naturalmente o fazem - a busca pela alocação de riscos mais eficaz possível. Para explicar a eficiência, os economistas utilizam dois principais conceitos: o conceito de Pareto e o conceito de Kaldor-Hicks.

3.2.1.1 Eficiência de Pareto

Denominada em referência ao seu inventor, o italiano Vilfredo Pareto, a eficiência de Pareto, também chamada de eficiência alocativa, se dá quando não for possível alocar os recursos de forma a melhorar a situação de alguém (em sua própria opinião) sem piorar a situação de outrem (em sua própria opinião). O conceito de eficiência é, portanto, subjetivo (COOTER;ULEN, 2011 p.14).

Mercados que funcionam evoluem na direção de um estado de equilíbrio geral que é, ao mesmo tempo, um ótimo de Pareto: nenhuma mudança na alocação dos recursos poderá melhorar a posição de um ou mais participantes sem que algum outro fique pior. Tal aferição fundamenta a intuição de economistas que seguem Adam Smith, segundo o qual mercados livres servem ao interesse público (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p. 112).

Nesse sentido, com relação aos contratos, afirmam Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau que “o direito dos contratos deve permitir que as pessoas obtenham o que desejam” e a eficiência de Pareto é justamente permitir a obtenção de ganhos recíprocos para as partes (ganho de Pareto), de um resultado ganha-ganha (2015, p. 405).

Ocorre que o critério de Pareto pode ser rigoroso ao considerar uma ação ineficiente apenas por gerar um pequeno dano a alguém, ainda que propicie grandes benefícios para a sociedade. Além disso, a eficiência paretiana sofre críticas do ponto de vista da desigualdade social, visto que a impossibilidade de melhorar a vida dos desafortunados sem piorar a dos ricos pode alcançar a eficiência paretiana.

Além disso, a eficácia idealizada por Pareto desconsidera o efeito das externalidades. Isso porque, ainda que as transações sejam feitas na base do consenso, não há como ignorar que os efeitos dessas transações, por vezes, causam impacto a terceiros que não participaram desse negócio. Como consequência, a melhora de Pareto até pode ser utilizada para avaliar uma operação específica, mas não se mostra adequada para avaliar classes de operações, onde seria impossível obter o consenso de todos os envolvidos (FORNARI, 2016, p. 29).

3.2.1.2 Eficiência de Kaldor-Hicks

Para escapar da rigidez imposta pela eficiência de Pareto, propôs-se o critério de eficiência de Kaldor-Hicks, que ocorre quando o ganho obtido por um indivíduo supera as perdas de outros indivíduos, admitindo a possibilidade de compensação oriunda do acréscimo na riqueza total. Permite, portanto, mudanças no sistema jurídico em razão da possibilidade de acréscimo na riqueza da sociedade como um todo (MERCURO;MEDEMA 2006, p.105).

Em outras palavras, a eficiência de Kaldor-Hicks permite a existência de vencedores e perdedores na transação, exigindo-se, no entanto, que os vencedores ganhem mais do que os perdedores percam. Se essa condição for satisfeita, os vencedores podem compensar os perdedores e ainda restar com um saldo positivo (COOTER;ULEN, 2011, p. 42).

Evidentemente que o conceito de Kaldor-Hicks não se encontra isento de críticos que afirmam, por exemplo, que o referido critério negligencia o problema da distribuição em detrimento do nível de riqueza. Robert Cooter e Thomas Ulen (2011,

p.31-32) rebatem tal questionamento ao defenderem que não cabe ao Judiciário, através do Direito privado, preocupar-se com a redistribuição de riqueza, mas apenas com a eficiência, devendo a justiça social estar a cargo das políticas públicas.

3.2.2 Externalidades, custos de transação e o Teorema de Coase

Ao firmarem contratos os empresários podem, e provavelmente irão, causar danos ou benefícios a terceiros. Esses efeitos irradiados dos negócios jurídicos são chamados de externalidades. De forma geral, é socialmente desejável e eficiente que os negociantes pensem para além do seu próprio interesse, de forma a reduzir as externalidades negativas e a aumentar externalidades positivas.

Quando uma parte se vê prejudicada por outra, cabe à lei ditar se essa última possui tal direito de interferência, ou se é aquela tem o direito de se ver livre dessa invasão. A resposta que vem à mente, de início, é "quem causa o dano, deve indenizar". Contudo, uma análise sob o ponto de vista da eficiência requer "dar o direito a quem o valoriza mais" (COOTER;ULLEN, 2011, p. 84).

Nesse sentido, conforme Ronald Coase, as externalidades não devem ser internalizadas, necessariamente, pela parte que as causou, mas pela parte que a absorver com menor custo. Assim, afirma Coase que a solução socialmente desejável para externalidades negativas pode também envolver atitudes das "vítimas", quando essas puderem reduzir as externalidades de uma forma mais barata que os causadores do dano (apud KAPLOW;SHAVELL, 2002, p. 1693).

Por exemplo, se uma fábrica gera uma poluição equivalente a R\$ 1.000,00 (mil reais) que pode ser prevenida por um aparelho que custa R\$ 100,00 (cem reais), pode-se esperar que uma potencial vítima pague a fábrica para que instale o aparelho. Um acordo entre as partes por qualquer valor entre R\$ 100,00 e R\$ 1.000,00 seria mutuamente benéfico.

Mas negociar também gera custos às partes, como por exemplo o tempo despendido na discussão, o auxílio de um advogado, o eventual aluguel de uma sala, possíveis litígios, etc. Para determinar esses e outros custos envolvidos em uma negociação, Ronald Coase usou o termo "custos de transação". De forma geral, os custos de transação podem ser classificados conforme os três estágios das negociações: custos de pesquisa, custos da negociação em si e custos de

execução. Esses custos variam ao longo de um espectro de zero ao infinito, dependendo da transação (COOTER;ULEN, 2011, p. 84-90).

Conforme explicitado no capítulo 2, em nossa sociedade, nem todos tem o mesmo desejo nem a mesma aptidão para enfrentar um risco definido. Cada um calculará os custos de uma transação e determinará seu nível máximo de risco, sempre buscando a quem transferi-lo. Pode-se considerar, no que tange à transferência de riscos, que sua alocação nos contratos é dimensão importante em todas as transações (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p. 40).

Segundo a teoria de Ronald Coase, assumindo a situação ideal de ausência de custos de transação, as partes iniciarão um processo de negociação, que será invariavelmente bem sucedida, com as partes chegando a um acordo mutuamente benéfico e uma solução eficiente para o problema das externalidades associados à transação (BATTESINI, 2010, p. 123).

Os custos de transação são, portanto, fatores que impedem a negociação. Pela teoria de Ronald Coase, inexistindo custos de transação, nenhuma externalidade poderia ocorrer, porque tudo estaria internalizado no contrato (MACKAAY;ROUSSEAU, 2015, p. 218).

Assim, o problema de alocação de responsabilidades/externalidades por parte do ordenamento jurídico se torna irrelevante em face de uma negociação bem sucedida entre as partes, quando então a alocação de recursos será eficiente, independente da regra jurídica. É o que se convencionou denominar teorema de Coase: "Quando os custos de transação são nulos, uma negociação privada resultará no uso eficiente dos recursos, independentemente das normas jurídicas postas" (COOTER;ULEN, 2011, p. 84-85). É somente quando a negociação falha que o Direito é necessário e desejável.

No mesmo sentido, Battesini afirma que em condições ideais de clara definição dos direitos e de custos de transação nulos, as partes desencadeiam processo de cooperação, procedem à negociação de forma a atingir solução eficiente de mercado, realizando o uso mais valioso dos recursos escassos, sem a necessidade de ação reguladora do Estado (2010, p. 49).

É claro que, como se sabe, não se pode conceber uma realidade de negociação sem custos de transação. Nesse sentido, Coase adiciona que quando os custos de transação são suficientemente baixos, os recursos serão usados eficientemente, ainda não importando a atribuição inicial de responsabilidade pela

ordem jurídica. De forma resumida, o Teorema de Coase, quando aplicado para resolver disputas reais, tem a seguinte implicação: quando os custos das transações são baixos, as partes que disputam estão na melhor posição para resolver eficientemente a questão por meio de negociações.

A importância dos trabalhos de Coase é justamente a "representação de um mundo econômico repleto de custos de transação, subordinando a própria existência dos sistemas jurídicos para lidar e solucionar com os custos transacionais" (FORNARI, 2016, p. 46).

3.3 DIREITO CONTRATUAL SOB O PRISMA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Conforme Robert Cooter e Thomas Ulen (2011, p. 277-283), a teoria contratual econômica deve responder duas perguntas fundamentais: "Quais promessas são vinculantes?" e "Qual deve ser a consequência para o inadimplemento de promessas vinculantes?"

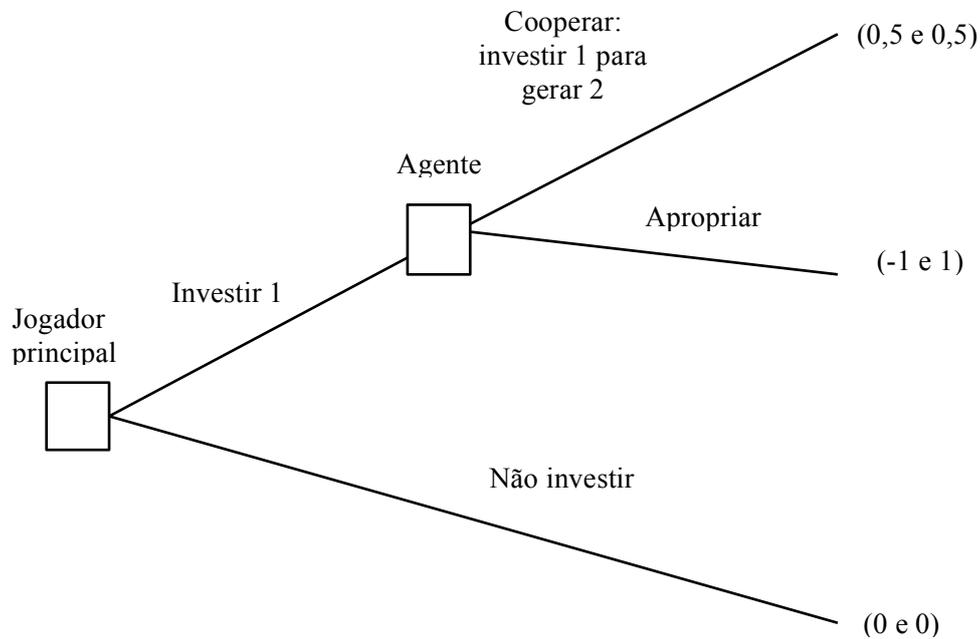
De início, os autores afirmam que as promessas vinculantes são "aquelas que as partes assim quiserem que sejam". Após a promessa, o tempo passa e a sua execução se torna incerta e arriscada. Assim, o Estado, ao dar garantia às promessas, dá a ambas as partes o que elas querem e facilita a cooperação entre elas (2011, p. 283).

Para tratar da necessidade de *enforcement* dos contratos, os autores descrevem uma situação chamada *agency game* (2011, p. 283):

Nesse jogo, o primeiro jogador (jogador principal) decide colocar ou não um item valioso sob o controle de um segundo jogador (agente). O primeiro jogador pode ser um investidor em uma empresa, um consumidor adiantando o pagamento para a aquisição de bens, alguém que deposita dinheiro no banco, o comprador de um seguro, [...]. Quando o primeiro jogador colocar seus bens sob o controle do segundo jogador, o segundo jogador decidirá se irá "cooperar" ou "apropriar". Cooperar é produtivo, enquanto apropriar é redistributivo. A produtividade pode assumir a forma do lucro do investimento, do excedente da venda ou dos juros de um empréstimo. As partes dividem o produto da cooperação entre elas, de modo que ambas se beneficiam. Em contraste, a apropriação redistribui do

primeiro jogador para o segundo jogador. Os números indicam a diferença do patrimônio dos dois jogadores antes e depois de jogar o jogo de agência.

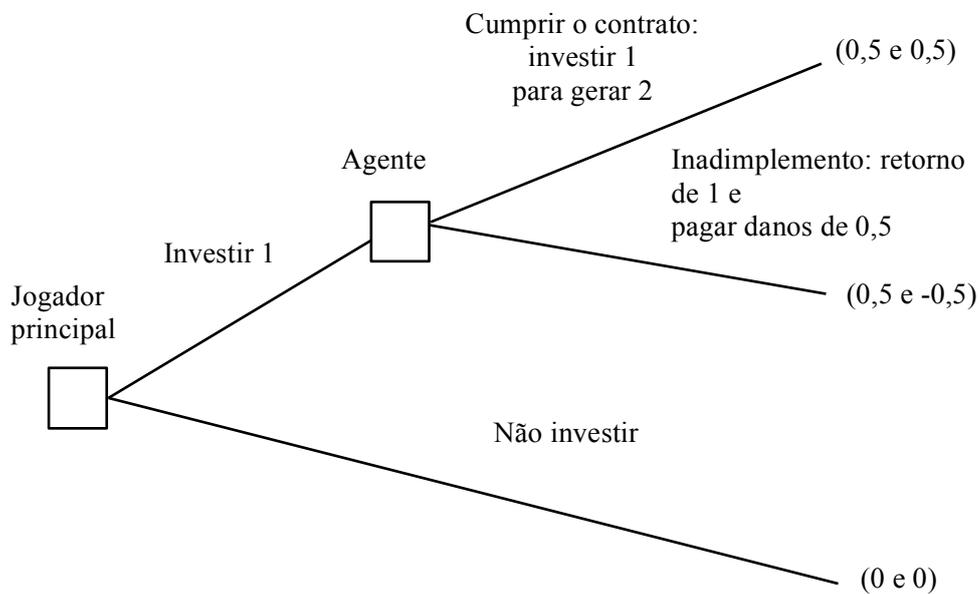
FIGURA 1 - *Agency game* na ausência de um contrato



Fonte: Adaptação de Cooter e Ulen (2011)

Conforme se depreende da imagem acima, se o primeiro jogador investir, o segundo receberá mais se apropriar-se do investimento do que se cooperar. Assim, a melhor jogada para o segundo jogador é apropriar-se do investimento. O primeiro jogador pode antecipar que o segundo apropriará seu investimento e decidir não investir. A melhor solução para o primeiro jogador é, portanto, não investir. Assim, sem a garantia de cumprimento do contrato, a conclusão do jogo é que as partes não realizarão o investimento (COOTER;ULEN, 2011, p. 283-284).

Em contraste, considere-se que as partes conseguem fazer um contrato vinculativo: o segundo jogador oferece a sua cooperação por um investimento do primeiro jogador, que aceita. Assumiremos que a lei determinará perdas e danos caso o segundo jogador descumpra o acordo e aproprie o investimento do primeiro jogador (COOTER;ULEN, 2011, p. 284):

FIGURA 2 - *Agency game* na presença de um contrato

Fonte: Adaptação de Cooter e Ulen (2011)

Conforme a imagem acima, se o primeiro jogador investir, independente da atitude do segundo jogador, ele receberá de volta o seu investimento de 1 mais 0,5 de lucro. Se, contudo, deixar de investir, o lucro do primeiro jogador é 0. Nessa situação, investir é a melhor jogada para o primeiro jogador e cooperar é a melhor jogada para o segundo jogador (COOTER;ULEN, 2011, p. 285).

Nesse sentido, o propósito fundamental do direito contratual é permitir que as pessoas cooperem ao converter soluções não cooperativas em soluções cooperativas. Investir e cooperar são produtivos, enquanto que não investir não muda nada e apropriar meramente distribui dinheiro de um jogador para o outro. Reformulando a frase anterior: "o propósito fundamental do direito contratual é permitir que as pessoas convertam jogos com soluções ineficientes em jogos com soluções eficientes" (COOTER;ULEN, 2011, p. 285).

No sistema jurídico americano há três medidas básicas para o cálculo de perdas e danos: lucros cessantes (*expectation damages*), danos emergentes (*reliance damages*) e direito restitutivo (*restitution damages*). As perdas e danos por lucros cessantes colocam o credor no lugar que estaria se o devedor tivesse cumprido o contrato, ou seja, é a melhor opção para o credor. As perdas e danos por danos emergentes normalmente se aplicam quando há o rompimento indevido das negociações ou quando o contrato é inválido, colocando as partes na situação que

estariam se o contrato nunca tivesse sido firmado, ou seja, é indenização pelos danos gerados pela confiança que uma parte depositou na outra para realizar o contrato. Por último, o direito de restituição obriga quem recebeu valores a restituí-los, de forma a colocar as partes no *status quo ante* (TIMM, 2010, p. 105-108).

Para Cooter e Ullen, a resposta para a segunda pergunta, qual seja, "qual deve ser a consequência para o inadimplemento de promessas vinculantes?" é o uso perfeito do critério dos lucros cessantes (*expectation damages*), que é o critério mais comum para o inadimplemento contratual nos Estados Unidos. Essa é a melhor resposta para garantir que os contratos tenham um nível eficiente de compromisso e para compensar totalmente as vítimas de inadimplemento (2011, p. 291).

3.4 A TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE (*EFFICIENT BREACH THEORY*)

É altamente provável que o desajuste do contrato ocorra ao longo de sua existência. Visando a afastar o rompimento posterior da avença, as empresas costumam prever, no momento inicial da contratação, mecanismos que visam a pacificar controvérsias futuras. Por conta da incompletude contratual inerente às avenças, o risco do rompimento sempre ameaçará os agentes econômicos. (FORGIONI, 2009, p. 153-154)

Ao firmarem contratos, os agentes creem estar diante da melhor alternativa conforme os recursos que possuem. A racionalidade humana não é, porém, ilimitada. As partes não conseguem antecipar todas as contingências negativas ou positivas que irão encontrar pela frente. Os contratos não contêm — e não podem mesmo conter — previsão sobre todas as vicissitudes a serem enfrentadas pelas partes. Contratos são, assim, intrinsecamente incompletos, e eventos futuros podem transformá-los em avenças ineficientes, cuja insistência no cumprimento acarretará em destruição de recursos.

3.4.1 Conceito de inadimplemento eficiente

Os empresários podem se deparar, por exemplo, com a seguinte situação: Imagine que A prometa produzir um aplicativo para B, que deve ser entregue no dia 02 de agosto. No dia 02 de julho, A descobre que produzir um aplicativo custa mais

do que ele antecipou e mais do que o valor que B dá ao aplicativo (contingência negativa). Ou, em um cenário alternativo, A descobre que C dá muito mais valor ao aplicativo do que B, então entregá-lo a C lhe traria mais lucro (contingência positiva). Assim, o inadimplemento pode se dar por motivos oportunistas (como o advento de um terceiro com uma proposta melhor) ou não (custo maior que o esperado), o que pode ser eficiente ou não.

Em qualquer dos casos, cumprir o contrato com B seria, em tese, ineficiente. Em tese porque o simples prejuízo (valor pago por B menos os custos de produção de A) não determina, por si só, que a parte deverá descumprir o contrato. O prejuízo não pode ser analisado isoladamente, mas deve incluir também valores como possíveis sanções por inadimplemento (consequências judiciais), a futura impossibilidade de contratar com B no futuro e a possível perda de confiança do mercado em A (consequências extrajudiciais) (LOPES, 2011, p. 95).

Para evitar a ineficiência, o não cumprimento do contrato pode ocorrer de duas formas: A pode descumprir o contrato e sofrer as consequências, sejam elas decorrentes de indenização fixada por terceiro (juiz ou árbitro) ou de valor já pré-fixado pelas partes no contrato; ou, alternativamente, A pode renegociar o contrato com B, de forma a realizar um distrato, o que normalmente envolve dar a B alguma coisa que B dá mais valor do que o cumprimento da antiga obrigação. Mas o que determina qual atitude deve ser empregada? (COOTER;ULEN, 2011, p. 262-263)

De início, vale lembrar que conforme explanado no tópico 3.2.2, de acordo com o Teorema de Coase, em um mundo de custos de transação nulos, esse problema simplesmente não existirá. Os contratos eficientes serão cumpridos e as partes de um contrato ineficiente irão negociar até distratar voluntariamente o contrato, partilhando entre si o excedente (FILHO, 2007, p. 6).

Contudo, se o problema a ser tratado é a análise de relações contratuais ineficientes e como o Direito deve tratá-las, deveremos necessariamente trabalhar com a hipótese de custos de transação positivos. As diferentes consequências se darão conforme a extensão dos referidos custos (FILHO, 2007, p. 22).

Assim, ainda conforme as ideias de Ronald Coase, quando os custos de transação forem baixos, as partes negociarão. Os agentes dividirão o lucro oriundo da substituição do antigo contrato por um mais eficiente, que terá seus termos determinados conforme o poder de barganha das partes que, por sua vez, pode

sofrer influência da consequência legal prevista pelo ordenamento em caso de falha na negociação (isto é, para o inadimplemento) (COOTER; ULEN, 2011, p. 263).

Quando a negociação falha ou quando os custos de transação são altos, a alternativa mais eficiente será o inadimplemento. Em outras palavras, se o custo de cumprimento para A for maior que o benefício que A obtém do contrato, A deverá descumprir o contrato, reparar os danos sofridos por B, entregando-lhe a totalidade dos benefícios que receberia e, ainda assim, ficar melhor do que se cumprisse o contrato. Com o inadimplemento, A ficará melhor e B não ficará pior do que se o contrato fosse adimplido (eficiência de Kaldor-Hicks) (LOPES, 2011, p. 89).

Esse é o conceito da teoria inadimplemento eficiente (*efficient breach theory*), primeiramente introduzida por Robert Birmingham no seu artigo "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency" (1970), mas que ganhou notoriedade após a primeira edição do livro *Economic Analysis of Law*, em 1972, de Richard Posner (KLASS, 2014, p. 366).

Segundo a enciclopédia jurídica da Cornell Law School, a teoria do inadimplemento eficiente consiste na ideia geral de que "as partes devem ser livres para, em determinadas situações, descumprirem o contrato quando os custos com o cumprimento forem superiores às consequências do inadimplemento, desde que que arquem com os danos gerados" (CORNELL, 2019).

Em linhas gerais, essa teoria afirma que o inadimplemento de um contrato aumenta o bem estar social. Isso porque se o custo para A cumprir o contrato for maior do que o lucro a ser auferido por B, então o cumprimento do contrato não será socialmente desejável (FILHO, 2011, p. 3).

Conforme Richard Posner, se A descumprir um contrato com B para vender para C porque C pagará mais que os danos que A pagará a B pelo inadimplemento, o descumprimento aumenta o produto social: B não ficará em situação pior, e A e C estão ambos em situação melhor (POSNER, 2009, p. 1351).

3.4.2 O inadimplemento e a culpa contratual

Dizer que a eficiência será favorecida com o inadimplemento de um contrato pode parecer uma ideia conflitante com a teoria econômica, em especial, contrária à noção de que a garantia de um resultado eficiente passa pelo respeito aos contratos (*pacta sunt servanda*). Entretanto, o conflito é apenas aparente (FILHO, 2007, p. 4).

Uma vez admitido que a racionalidade humana é limitada, que os contratos são intrinsecamente incompletos e que eventos futuros podem transformá-los em acordos ineficientes, é economicamente favorável que se previna a destruição de recursos (FILHO, 2007, p. 4).

Além disso, conforme a teoria contratual de Oliver Wendell Holmes, os contratos nada mais são do que opções de cumprir a obrigação avençada ou de descumpri-la e pagar perdas e danos. Nesse sentido, nenhuma culpa pode ser imposta a quem descumprir um contrato, mesmo que deliberadamente. O inadimplemento contratual não é, portanto, imoral (HOLMES apud POSNER, 2009, p. 1350).

Segundo Posner, em seu artigo *Let us never blame a contract breaker*, demonizar o inadimplemento motivado e ordenar a execução específica de um contrato trata-se de encorajamento a condutas ineficientes ao obrigar alguém a oferecer um produto ou serviço para uma parte que dá menos valor a ele do que terceiros. Para o autor, há um "elemento de perversão" na alegação de que violações deliberadas e eficientes devem ser desencorajadas. "Violações eficientes são eficientes" (2009, p. 1353-1354).

As violações involuntárias, por sua vez, é que costumam ser ineficientes, visto que oriundas de uma falha nos cálculos de uma das partes de sua capacidade de cumprir os termos contratuais com os quais havia concordado. Assim, se há culpa no direito contratual, deve ser relacionada à parte negligente. Quem pratica o inadimplemento eficiente e, portanto, aumenta o produto social, não tem "culpa" (POSNER, 2009, p. 1353 -1354).

Além disso, em uma situação de proibição de inadimplementos eficientes, o promitente só poderia sair do contrato negociando com a outra parte. Assim, cada parte tentaria maximizar sua parcela do valor excedente da violação, tornando a negociação dispendiosa e tendente à falhar. Se falhar, o excedente é perdido, o que gera um custo social e não apenas privado (POSNER, 2009, p. 1353).

Posner afirma também que não existe um dever geral de boa fé na teoria contratual do *common law* visto que, por exemplo, ao oferecer um preço baixo por um produto, você não é obrigado a dizer ao vendedor que pensa que o produto está subprecificado em relação ao valor de mercado. "Você não é obrigado a ser uma boa pessoa". É permitido auferir lucros em razão de assimetria de informações. Se assim não fosse, não haveria incentivo para os agentes econômicos buscarem

informações sobre o valor real de seus ativos. "Isso é um exemplo do tradicional paradoxo econômico de que um vício privado pode ser uma virtude pública" (2009, p. 1357-1358).

3.4.3 Métodos de indenização por inadimplemento eficiente

Uma análise completa da teoria do inadimplemento eficiente passa, ainda, pelos possíveis métodos a serem adotados para a indenização em caso de descumprimento contratual. De início, pode-se imaginar duas situações: a presença critério de indenização prefixado no contrato ou o silêncio do contrato sobre esse aspecto, fazendo com que a indenização seja fixada por terceiro, seja ele juiz ou árbitro.

3.4.3.1 Indenização prefixada no contrato e a precificação das cláusulas contratuais

Quando em face de contratos que predeterminam um critério de indenização, é necessário ter em mente que essa estipulação fez parte da alocação de riscos entre as partes e afetou outros termos do contrato. Suponhamos que quando da negociação A e B devem decidir o critério de indenização em caso de descumprimento de A, sendo que A prefere indenização por lucros cessantes, que lhe permitirá ficar com todos os ganhos de eventual inadimplemento, e B prefere a execução específica, que lhe dá a chance de apropriar alguns desses ganhos ao forçar A a "comprar" o distrato. Ao negociar o método da indenização, as partes demandarão concessões para desistir da sua escolha preferida. Assim, o valor das prestações contratuais levam em conta a forma de indenização escolhida (KLASS, 2014, p. 380).

Nesse sentido, o critério escolhido dá a parte que inadimpliu o direito à consequência para a qual ela pagou. No exemplo acima, a escolha pela indenização preferida de A significa que B pagou menos pelo produtos para que o A conseguisse ficar com todos os ganhos de eventual descumprimento. Dessa maneira, quaisquer ganhos que o inadimplemento eficiente dará a A *ex post* já foram pagos *ex ante* na forma de cláusulas contratuais mais favoráveis a B (KLASS, 2014, p. 381).

Portanto, ao interpretar um contrato empresarial, deve-se ter em mente que cada parte precificou sua prestação de acordo com os custos de transação

estimados e com a sua expectativa futura lucro. É certo que, como dito anteriormente, essas expectativas podem não se confirmar na realidade, visto que os contratos são naturalmente incompletos (LOPES, 2011, p. 94).

Nesse sentido, é eficiente permitir que as partes descumpram o contrato e garantir que a fórmula de indenização escolhida seja a executada sem qualquer interferência de terceiros (judiciário ou árbitros), visto que, tendo precificado o inadimplemento corretamente, a lei deveria querer que a parte, às vezes, escolha inadimplir (KLASS, 2014, p. 362).

Além disso, o efeito no preço demonstra uma característica específica do direito contratual. Diferentemente das demais áreas do direito, as obrigações contratuais são criadas pelos próprios indivíduos que estarão sujeitos a elas. As partes, no momento da formação do contrato, provavelmente saberão mais do que o legislativo ou judiciário sobre como uma ou outra escolha de critério de indenização será mais eficiente e influenciará nas decisões que as partes tomarão. Ou seja, as próprias partes preferem remédios mais eficientes (KLASS, 2014, p. 383).

3.4.3.2 Consequências do inadimplemento em caso de silêncio do contrato

Em casos de ausência de indicação contratual a respeito das consequências do inadimplemento contratual, pode-se imaginar duas posturas básicas que um ordenamento pode determinar: ressarcimento *in natura*, isto é, a execução específica da obrigação inadimplida, ou impor ao devedor o pagamento de perdas e danos. Uma das principais diferenças dos sistemas do *common law* e do *civil law* é justamente a prioridade dada a cada uma delas: o *civil law* dá preferência a execução específica e o *common law* dá preferência ao pagamento de perdas e danos (LOPES, 2011, p. 17).

A diferença entre as duas consequências pode ser facilmente percebida. Perdas e danos dão à parte que inadimpliu a chance de escolher cumprir o contrato ou inadimplir e pagar danos, conforme o que lhe for mais benéfico economicamente. Em contraste, a execução específica dá à vítima o direito de cumprimento do contrato, independentemente dos custos envolvidos. Dessa forma, para Robert Cooter e Thomas Ulen, perdas e danos são sempre eficientes e a execução específica, quando exercida em situações erradas, pode ser ineficiente (2011, p. 265).

A distribuição do excedente oriundo da quebra eficiente favorece a parte que descumpriu quando a consequência prevista pelo sistema para o inadimplemento é perdas e danos. Quando a consequência prevista é a execução específica, contudo, a distribuição do excedente aparenta favorecer a vítima.

Isso porque, embora o critério de execução específica pelo inadimplemento pareça beneficiar um comprador, por exemplo, que é vítima do descumprimento contratual, em verdade essa regra normalmente custará a todos os compradores no momento de formação dos contratos, que pagarão preços mais elevados por seus acordos. Onde o efeito de preço existir, indenizações eficientes permitem que ambas as partes aumentem seu ganho individual e aumentam a possibilidade total de ganhos futuros dos contratos (KLASS, 2014, p. 381-383).

A versão mais simples da teoria do inadimplemento eficiente recomenda, portanto, que a condenação seja por lucros cessantes porque permite que as partes somente cumpram o contrato quando for eficiente, isto é, quando o adimplemento aumentar o bem estar da sociedade como um todo (KLASS, 2014, p. 362).

Assim, deve-se compreender que o ponto central da escolha do critério de indenização deve ser a eficiência. Primeiro, porque uma função do direito contratual é permitir que as partes atinjam seus objetivos. Segundo, como explicado acima, o critério de indenização normalmente afeta os preços.

4 APLICAÇÃO DA TEORIA DO EFFICIENT BREACH NO DIREITO BRASILEIRO

Nos capítulos anteriores, foi delimitado o conceito de contratos empresariais e a sua disciplina jurídica, seus princípios e vetores, e foi apresentado o movimento da Análise Econômica do Direito, seus principais conceitos e, por fim a teoria do inadimplemento eficiente.

Cabe, neste terceiro capítulo, tecer comentários a respeito da diferença da origem da teoria contratual no sistemas jurídicos norte-americano, berço da teoria do inadimplemento eficiente, e brasileiro, a fim de retomar a análise da disciplina jurídica dos contratos empresariais e apontar os principais institutos jurídicos do ordenamento jurídico brasileiro que podem entravar (ou impedir) a aplicação no ordenamento pátrio.

Ao final, exploraremos o mais famoso precedente brasileiro a respeito do inadimplemento eficiente, o caso *Schincariol vs. Zeca Pagodinho*, com o propósito de averiguar as decisões prolatadas nas três instâncias jurídicas e fundamentação jurídica utilizada, além de demonstrar como a apreciação sob o ponto de vista da AED poderia alterar o resultado da demanda.

4.1 AS DIFERENTES ORIGENS DA TEORIA CONTRATUAL NOS SISTEMAS JURÍDICOS NORTE-AMERICANO E BRASILEIRO

Pode-se afirmar que existe uma grande diferença cultural entre os juristas brasileiros e os norte-americanos. E existem razões históricas para isso, já que no sistema jurídico do *common law*, os contratos evoluíram da *lex mercatoria*, isto é, da prática comercial, e no *civil law* evoluíram do direito canônico. É evidente qual sistema teria mais probabilidade de produzir um direito com base na eficiência (POSNER, 2009, p. 1352).

A doutrina brasileira define o contrato como o "acordo de vontades, ou o acordo para criar, transmitir e extinguir obrigações". Nesse sentido, pode-se dizer que há certa coincidência do instituto do contrato entre a doutrina jurídica brasileira e a norte americana, apesar de serem estes últimos mais avessos a grandes teorias, principalmente em matéria contratual (TIMM, 2010, p. 83-84).

Na teoria contratual do *civil law*, permeada pelo conceito de boa-fé, encorajar o descumprimento de um contrato é imoral, o que faz com que, de início, o sistema

se recuse a reconhecer a possibilidade de um inadimplemento eficiente. Além disso, o fato de que o sistema romano-germânico se fundamenta na máxima do *pacta sunt servanda*, classificar alguns descumprimentos contratuais como "eficientes" seria dar liberar uma conduta que é proibida desde o início do direito romano. Assim, permitir ou encorajar inadimplementos conflitaria com a moral fundacional ligada aos contratos (SCALISE, 2007, p. 722-723)

Para além do conceito acima referido, conforme Luciano Bennetti Timm (2010, p. 85):

o contrato, entre os norte-americanos, é percebido como instrumento a serviço do funcionamento do mercado e de dispersão do poder decisório e, portanto, de democratização no seio da sociedade, já que são os indivíduos, em suas interações de mercado, que passam a definir o que produzir e consumir, e de modo mais eficiente (fato não admitido de modo explícito pelos principais tratadistas brasileiros e, provavelmente, mesmo não aceito subjetivamente pela grande maioria deles).

Ademais, o direito norte-americano é lastreado no princípio da liberdade contratual, sendo grande a resistência dos tribunais em interferir no contrato negociado entre os particulares. No *common law* não há, como no Brasil, a restrição sobre a autonomia privada chamada função social do contrato (TIMM, 2010, p. 86).

No Brasil, a autonomia privada é limitada não apenas pela função social do contrato, mas também pela ordem pública ou quando o ato contrariar manifestamente os limites impostos pela boa-fé e pelos bons costumes. Ferir esses limites caracteriza ato ilícito, não cabendo espaço ao exercício da autonomia (GONÇALVES, 2018, p. 374).

A visão a respeito do inadimplemento também é diferente no *common law*, onde a responsabilidade por descumprimento contratual é objetiva. No Brasil, em geral, é necessário que haja culpa do agente e uma pessoa estará em mora com um contrato somente caso fosse razoável esperar que ela agisse de outra forma.

Além disso, a preferência dos sistemas de *civil law* de dar o direito de execução específica à "vítima" também desencoraja inadimplementos eficientes (POSNER, 2009, p. 1351-1352). Para Scalise, por exemplo, só se pode falar em termos de inadimplemento eficiente quando a consequência para a quebra contratual é perdas e danos. Assim, o fato de o ordenamento jurídico pátrio conferir

a tutela específica como opção ao credor isoladamente poderia ser uma barreira suficiente para o reconhecimento da teoria do inadimplemento eficiente (2007, p. 727).

Percebe-se, portanto, que apesar de serem o conceito e os elementos de contrato semelhantes no Brasil e nos Estados Unidos, o Código Civil brasileiro nos afasta do direito contratual norte-americano pela sua principiologia. Se a análise dos contratos hoje no Brasil "recebeu fortes doses de critérios publicistas, que oferecem aos juízes brasileiros uma maior discricionariedade de revisar e alterar cláusulas contratuais", nos Estados Unidos os magistrados têm seu poder "limitado por doutrinas criadas pelos próprios tribunais, de baixa margem de intervenção" na autonomia privada (*pacta sunt servanda*). Essa é, certamente, uma forte razão para a expansão do direito contratual norte-americano pelo mundo globalizado, visto que as partes têm a garantia de que suas negociações e alocações de risco não serão alteradas pelas cortes. Se ainda pensamos em um sistema de mercado, isso pode ser um "indicativo de que devemos pensar em "reprivatizar" nosso direito contratual" (TIMM, 2010, p. 88).

4.2 OS POSSÍVEIS IMPEDIMENTOS DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO EFFICIENT BREACH NO DIREITO BRASILEIRO

Passaremos a analisar agora os principais possíveis conflitos da incorporação da teoria norte-americana ao ordenamento brasileiro, que não se pretendem exaurientes, existindo, possivelmente, outras incompatibilidades não exploradas.

Os institutos tratados nesse tópico são (a) a cláusula geral de boa-fé imposta pelo artigo 422 do Código Civil e a possibilidade de caracterização de abuso de direito, repudiado pelo artigo 187; (b) as cláusulas penais, que possivelmente incompatibilizam a ideia inicial de indenização plena do credor; (c) a inexistência de alternatividade das obrigações, possibilitada pelo artigo 252, e o princípio da força obrigatória dos contratos; e (d) a possibilidade de exigência de tutela de cumprimento específico da obrigação, garantida pelos Códigos Civil e Processual Civil.

4.2.1 A cláusula geral de boa-fé e o abuso de direito

O ordenamento jurídico brasileiro considera que a segurança das relações jurídicas depende da lealdade, da confiança recíproca, da justiça, da equivalência das prestações e da coerência. O conjunto desses valores constitui dever geral de conduta chamado boa-fé objetiva. Assim, embora haja a contraposição de interesses ao firmar um contrato, a conduta das partes se subordina a regras comuns e básicas da honestidade (RIZZARDO, 2018, p. 33).

Buscando aproximar o direito da "realidade social", o Código Civil de 2002 determinou que o princípio da boa-fé objetiva seja observado em todas as fases do contrato, isto é, desde as negociações até a fase de execução. Dispõe em seu art. 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão, como em execução, os princípios de probidade e boa-fé".

Nas palavras de Juliana Krueger Pela (2016, p. 82):

À semelhança do que se observa em outros ordenamentos de origem romano-germânica, entende-se, no Brasil, que 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.

Para Carlos Roberto Gonçalves, a boa-fé significa comportar-se como homem correto e guarda relação justamente com o princípio de direito segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. A boa-fé impõe às partes contratantes a não violação da confiança alheia (2018, p. 254).

Assim, para Alex Barreto Viana Rosito, parece que a mera indenização dos danos intentada pela teoria do inadimplemento eficiente não se justifica, na medida em que não garante às partes o resultado que pretendiam com o contrato (2018, p. 10).

Nesse contexto, costuma-se dizer ainda que "o efficient breach protege o comportamento oportunista. Não pune o deliberado inadimplemento, até o estimula, já que equipara o descumprimento deliberado ao culposo", permitindo que a parte "saia" do contrato quando lhe convier, simplesmente pagando uma multa (PELA, 2016, p. 81)

Além disso, para Caio Mário, os direitos existem em razão de uma certa finalidade social. A ordem jurídica assegura ao indivíduo exercer o seu direito sem que o seu exercício possa causar a alguém um mal desnecessário. Todo direito se faz acompanhar de um dever de exercê-lo perseguindo a harmonia das atividades. Assim, comete abuso de direito (art. 187 do Código Civil) e responderá por perdas e danos o titular do direito que o exercer além dos limites da normalidade ou regularidade. Basta verificar se o titular do direito o exerceu excedendo os limites impostos pela sua destinação econômica ou social. Pode haver abuso no exercício do direito em duas hipóteses: quando alguém age unicamente para prejudicar a outrem ou sem motivo legítimo ou quando age de maneira incorreta ou infundada, independentemente da intenção de prejudicar (2018, p. 327-332).

Na medida em que eventual rescisão ou inadimplemento decorre de mero interesse individual de uma das partes, que voluntariamente se abstém de adimplir com suas obrigações, poderia perceber-se certo grau de excessividade em sua conduta. (ROSITO, 2018, p. 15)

Sob essa perspectiva, ao inadimplir voluntariamente, o titular do direito "excederia os limites de seus direitos contratuais, atribuindo-lhes finalidade diversa daquela pactuada e daquela econômica e socialmente esperada (PELA, 2016, p. 82)

Portanto, analisando o debate à luz dos artigos 187 e 422 do Código Civil, poderia verificar-se o conflito entre o inadimplemento voluntário e a finalidade socialmente esperada e os bons costumes, elementos bastantes à configuração de abuso de direito e ato contrário à boa-fé objetiva, ou seja, de ato ilícito.

Ocorre que, como explanado no primeiro capítulo deste trabalho, ao apreciar um contrato empresarial e os institutos jurídicos presentes no Código Civil, o intérprete deve partir de um padrão de conduta não do homem médio regular, mas daquele envolvido em relações mercadológicas.

Ao buscar o lucro, é natural que o agente econômico persiga seus interesses em primeiro lugar e seja egoísta. Como dito anteriormente, o egoísmo e o oportunismo, embora aparentemente contrários aos fins sociais, serão tolerados pela ordem jurídica na medida em que incrementam o fluxo de relações econômicas, pois são muitas as situações em que o comportamento individualista traz melhorias para o mercado.

Nesse sentido, a boa-fé objetiva apenas se apresenta como um impedimento a teoria do inadimplemento eficiente se desconsiderada a peculiaridade dos contratos empresariais perante os demais negócios jurídicos.

Conforme afirma Richard Posner (apud TIMM, 2010, p. 87):

Ocorre que a particular confusão que a visão moralista vaga da boa-fé gera é a crença de que todo contrato estabelece um dever fiduciário (de agir em favor dos interesses de outro contratante). [...] O dever de boa-fé, portanto, não é uma faceta do Estado social paternalista ou a sedimentação de uma vertente altruísta do direito contratual [...].

Da mesma forma, é impossível pensar os contratos mercantis distanciados da necessidade que buscam cumprir, da sua razão de ser, isto é, da sua função econômica, devendo ser mitigada a análise do ponto de vista social a respeito dos contratos empresariais.

Na medida que a finalidade dos contratos comerciais é a obtenção de vantagem financeira individual, presumir que a parte estaria excedendo sua liberdade contratual pela mera pretensão de maximização de lucro iria de encontro com a característica básica do estado liberal no qual eles se inserem. Conforme explanado no capítulo 3, a teoria do inadimplemento eficiente se justifica economicamente ante a inexistência de danos ao credor indenizado e a vantagem auferida pelo devedor, que se desonera de contrato concebido como ineficiente. Assim sendo, é economicamente justificável a aplicação a teoria, que tratar-se-ia exatamente da finalidade econômica pretendida pelos contratos comerciais. Assim, tal critério de apuração de abuso pelo devedor não se caracterizaria (ROSITO, 2018, p. 15-16).

Nesse mesmo sentido, as obrigações contratuais são criadas pelos próprios indivíduos que estarão sujeitos a elas. Ao interpretar um contrato empresarial especificamente, deve-se ter em mente que cada parte precificou sua prestação de acordo com os custos de transação estimados e a sua expectativa de lucro. Essas estipulações fazem parte da alocação de riscos entre as partes e afetou outros termos do contrato.

Pressupondo-se que os agentes econômicos são ativos e probos, presumindo-se que precificaram o inadimplemento corretamente, o ordenamento deveria querer que a parte, às vezes, escolha inadimplir em prol da eficiência.

4.2.2 Cláusulas penais

Demonstra-se relevante a confrontação da teoria do inadimplemento eficiente com o instituto das cláusulas penais no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente a respeito dos artigos 408, 410 e 412 do Código Civil.

A cláusula penal é uma obrigação acessória a um contrato, pela qual se estipula pena ou multa destinada a evitar o inadimplemento da obrigação principal ou o retardamento de seu cumprimento. É estabelecida como reforço ao acordo, com a finalidade de fixar previamente a liquidação de eventuais perdas e danos devidas por quem descumpri-lo (GONÇALVES, 2018, p. 417).

A possibilidade de sua aplicação demanda a resolução voluntária e culposa do contrato, sem abranger a involuntária, ou aquela em que houve impossibilidade de cumprimento por fatos alheios à vontade das partes, conforme dispõe o art. 408 do Código Civil: "Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora." (RIZZARDO, 2018, p. 263).

Nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves (2018, p. 418):

A cláusula penal tem dupla função: a) atua como meio de coerção (intimidação), para compelir o devedor a cumprir a obrigação e, assim, não ter de pagá-la; e ainda b) como prefixação das perdas e danos (ressarcimento) devidos em razão do inadimplemento do contrato. A finalidade de semelhante pena contratual ou pena convencional é, em primeiro lugar, estimular o devedor ao cumprimento do contrato. Ademais, por intermédio dessa instituição se garante ao credor uma indenização pelos danos ocasionados pela infração contratual de natureza não patrimonial ou cujo montante, no caso, lhe seria difícil provar.

Desta maneira, a estipulação de cláusula penal manifesta a intenção das partes de livrar-se dos incômodos da comprovação dos prejuízos e de sua liquidação. Desse modo, basta ao credor provar o inadimplemento, ficando

dispensado da prova do prejuízo para que tenha direito à multa. É o que proclama o art. 416 do Código Civil: "Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo" (GONÇALVES, 2018, p. 419).

Se as partes convencionaram cláusula penal para a hipótese de total descumprimento da obrigação, trata-se de benefício à disposição e escolha do credor. Esse dispositivo equivale, no presente Código, ao art. 410, com a seguinte redação: "Quando se estipula a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor" (RIZZARDO, 2018, p. 263-266).

O valor da multa contratual é limitado, conforme dispõe o art. 412 do Código Civil: "o valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal". Não é possível cumulá-la com outras perdas e danos, devendo o credor fazer a opção por uma delas, como consta expressamente do parágrafo único do art. 416 do Código Civil: "Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver feito, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente" (GONÇALVES, 2018, p. 419-420).

Além disso, a parte inadimplente não pode deixar de cumprir a cláusula penal "a pretexto de ser excessiva, pois o seu valor foi fixado de comum acordo. Da mesma forma, não pode o credor pretender aumentar o seu valor, a pretexto de ser insuficiente". Resta a "vítima" deixar de lado a cláusula penal e pleitear perdas e danos. O ressarcimento do prejuízo será, nesse caso, integral. A desvantagem é que terá de provar o prejuízo alegado (GONÇALVES, 2018, p. 419).

Apesar de a irredutibilidade constituir um dos traços característicos da cláusula penal, dispõe o art. 413 do Código Civil que "a penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio". Considerou o legislador, assim, justo dar tratamento diferenciado àqueles que cumpriram parcela da obrigação, ao mesmo tempo que impôs ao juiz o dever de reprimir abusos. A disposição é de ordem pública, podendo a redução ser determinada de ofício pelo magistrado (GONÇALVES, 2018, p. 422).

Conforme Alex Barreto Viana Rosito, sendo a cláusula penal benefício do credor e sendo o seu valor limitado, poderia se dizer que resta demonstrada a incongruência na pretensão da teoria do inadimplemento eficiente de plena reparação dos danos sofridos pela parte. Assim sendo, caso a cláusula penal se demonstre insuficiente à adequada indenização das partes, a eficiência restaria viciada (2018, p.18).

Ocorre que, conforme demonstrado no capítulo 3, a eficiência na Análise Econômica do Direito não é um conceito econômico objetivo. É, em verdade, um conceito subjetivo que leva em conta a opinião dos sujeitos. A eficiência alocativa analisa a satisfação de preferências individuais: uma situação é eficiente "se for impossível mudá-la de forma a fazer uma torná-la melhor (na sua própria opinião) sem colocar a outra parte em uma situação pior (novamente, na sua própria opinião)" (COOTER;ULLEN, 2011, p. 14). Assim, a situação "melhor" ou "pior" diz respeito aos critérios pessoais de utilidade do próprio agente, pois somente ele poderá afirmar, qual situação mais lhe agrada.

Nesse sentido, o fato de ser o inadimplemento voluntário um benefício ao devedor e a cláusula penal um benefício ao credor, não impede a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente. A "vítima" poderá escolhê-la, ou não, em face de uma situação de descumprimento contratual. Analisará os custos de transação da escolha da cláusula penal (que possui limitação do valor indenizatório) ou da indenização por perdas e danos e, qualquer que seja o resultado, será eficiente.

No mesmo sentido, o fato de a cláusula penal ser instituto previsto para hipóteses de inadimplemento culposo, não é impedimento para aplicação da teoria no ordenamento jurídico brasileiro. Isso porque, se tratando de culpa *latu sensu*, ou seja, incluindo a conduta dolosa, o inadimplemento voluntário abarcaria a cláusula penal. Ainda na hipótese de culpa *strictu sensu*, o dolo no inadimplemento apenas impedirá a aplicação da cláusula penal e determinará a indenização em perdas e danos, o que também não deixa de ser eficiente.

4.2.3 As obrigações alternativas e o princípio da obrigatória dos contratos

Conforme afirma Juliana Krueger Pela, poderia argumentar-se que, "se as partes pretendiam dar ao devedor a opção de cumprir ou pagar a multa, deveriam ter estipulado obrigação alternativa prevista no artigo 252 do Código Civil" (2016, p. 83).

Nas obrigações alternativas, os objetos estão ligados pela palavra “ou”, podendo haver duas ou mais opções, que se exaurem com a simples prestação de um dos objetos que as compõem (GONÇALVES, 2018, p. 54).

Assim, havendo o interesse em possibilitar o inadimplemento, incumbiria às partes "determinar em contrato a alternatividade entre a prestação do objeto inicialmente pretendido e o pagamento de indenização, seja essa pré-determinada ou não". Dessa forma, a presunção do inadimplemento como faculdade garantida ao devedor imputaria aos contratantes a "insegurança de ficar sem a obtenção do resultado originalmente pretendido, mas tão somente com a indenização correspondente, inobstante a inexistência de qualquer disposição legal ou contratual nesse sentido, desvirtuando-se, portanto, a próprio intuito da liberdade contratual" (ROSITO, 2018, p.13).

Evidente que dizer que a eficiência será favorecida com o inadimplemento de um contrato aparenta ser uma ideia conflitante com a própria teoria econômica, em especial com a garantia da segurança e previsibilidade e com o princípio da força obrigatória dos contratos, que garante o fluxo das relações econômicas. Entretanto, como oportunamente esclarecido, o conflito é apenas aparente.

Conforme exposto no terceiro capítulo, o sistema jurídico do *common law* dá abertura para a teoria contratual de Oliver Wendell Holmes, que considera que os contratos nada mais são do que opções de cumprir a obrigação avençada ou de descumpri-la e pagar perdas e danos. Portanto, o descumprimento jamais poderia ser imoral (HOLMES apud POSNER, 2009, p. 1350).

Sabe-se que, contudo, a teoria base do sistema romano-germânico, em contrário, considera o descumprimento deliberado imoral e contrário aos seus princípios fundantes. Entende que somente garantindo o cumprimento do contrato é que será possível dar segurança às relações.

Nesse sentido, a única forma de conceber a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente seria justamente a separação do estudo dos contratos empresariais e dos contratos cíveis em geral, conforme exposto no segundo capítulo, em razão da peculiaridade desses tipos de negócios jurídicos. Isso porque os contratos comerciais não são apenas regulados pelas regras legais, mas também por consequências extrajudiciais tão ou mais importantes, como a reputação dos agentes no mercado. Existe uma peculiaridade nesses tipos de negócio jurídicos.

Assim, considerando que o sistema do *civil law* admite a mitigação da força obrigatória dos contratos em virtude de princípios como a boa-fé e a função social, poderia se vislumbrar a possibilidade de examinar os contratos empresariais sob o ponto de vista de seus princípios e vetores característicos e sob o ponto de vista a Análise Econômica do Direito, principalmente da eficiência.

Isso porque a limitação da racionalidade humana e a incompletude contratual são pilares da AED, que considera que eventos futuros podem transformar os contratos em acordos ineficientes e é economicamente favorável que se previna a destruição de recursos (FILHO, 2011, p. 4).

4.2.4 Tutela de cumprimento específico da obrigações de fazer

Por fim, considerando que a teoria do inadimplemento eficiente tem como premissa o descumprimento do objeto do contrato, o quarto – e talvez mais importante – obstáculo reside na proteção dada ao credor, pelos direitos material e processual brasileiro, de, quando em face do inadimplemento contratual, poder escolher valer-se da execução específica.

Atualmente, como se pode verificar pelos artigos 139, IV, 497 a 500, 536, §§ 1º e 4º, e 537, §1º, do Código de Processo Civil, admite-se que sejam determinadas medidas para obrigar o devedor a cumprir obrigações de fazer em geral, o que pode ser feito mediante a cominação de multa diária (astreintes) ou qualquer outra medida que o magistrado julgar pertinente.

O artigo 499 do Código de Processo Civil dispõe que “a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático correspondente”. Aduz o art. 500 que a “indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação”. As perdas e danos constituem, pois, o mínimo a que tem direito o credor, podendo pleiteá-las cumulativamente à execução da obrigação (GONÇALVES, 2018, p. 90).

De forma semelhante, o Código Civil, em seu artigo 475, trata da faculdade da parte lesada de escolher a resolução ou a execução do contrato, garantindo a essa, em qualquer dos casos, eventuais perdas e danos. Nesse ponto são harmônicos, portanto, os direitos material e processual. Não estabelecendo uma ordem de preferência entre as soluções ofertadas pelo art. 475 do Código Civil, o ordenamento

deixou livre ao credor a faculdade escolher a consequência que preferir o que se mostra como um possível impedimento ao inadimplemento eficiente. Isso porque, conforme Robert Cooter e Thomas Ulen, perdas e danos são sempre eficientes e a execução específica, quando exercida em situações erradas, pode ser ineficiente (2011, p. 265).

Entretanto, conforme Marcos Brossard Iolovitch (2016, p. 170):

Ocorre que, ainda que o cumprimento forçado da obrigação imponha barreiras à *efficient breach*, deve-se ter em mente que os contratos empresariais habitualmente contém 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.

Nesse sentido, o artigo 474 do Código Civil dispõe que caso as partes tenham previsto cláusula resolutiva no contrato, seus efeitos operam-se de pleno direito. Assim, "o descumprimento importa automaticamente na resolução do pacto, devendo ser apurada tão somente a indenização correspondente". (IOLOVITCH, 2016, p. 64).

Além disso, a legislação civilista e processual não impede expressamente que as partes pactuem no contrato a renúncia prévia a qualquer pedido de tutela específica em caso de inadimplemento. Assim, seria essa uma forma de mitigar o efeito da preferência da consequência em casos de inadimplemento escolhida pelos sistemas de *civil law*. Seria necessário, para tanto, novamente examinar os contratos empresariais sob o ponto de vista de seus princípios e vetores característicos, os quais impõem uma maior autonomia e liberdade contratual aos agentes econômicos.

De qualquer modo, nas palavras de Marcos Brossard Iolovitch (2016, p. 164-169):

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 resolutiva 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 adequado, como se

poderia supor nas prestações infungíveis. (...) 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 comercial.

Cumprido salientar que a adoção pelo ordenamento jurídico de um sistema baseado no princípio da reparação integral, que impõe àquele que causa dano a outrem a sua plena reparação, ainda que posterior, garantindo à parte lesada o retorno seu *status quo* ante. "Ocorre que tal necessidade de indenização acaba por induzir a uma atitude do judiciário que incentiva – ou pelo menos deixa de repudiar – o desapego ao vínculo contratual, demonstrando, portanto, plena dissonância ao que buscou o legislador preservar". Assim, em que pese a já examinada tendência do ordenamento jurídico brasileiro em preferir a tutela específica, o que se verifica nos Tribunais é uma inclinação - tanto dos magistrados quanto das partes - a limitarem-se à mera compensação dos danos, abstendo-se de preservar o contrato, conforme positivado pelo legislador, devido ao embaraço de impor-se às partes a efetiva continuidade do vínculo obrigacional, fato que não pode ser desconsiderado. (ROSITO, 2018, p. 12)

4.3 ANÁLISE DO CASO SCHINCARIOL vs. ZECA PAGODINHO SOB O PRISMA DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE

Dos múltiplos exemplos de inadimplemento eficiente ocorridos no Brasil, nenhum é tão emblemático e repercutido quanto o caso do cantor Zeca Pagodinho e da cervejaria Schincariol. Embora a natureza empresarial do contrato possa ser contestada por uma das partes ser um artista, "não se nega que esse contrato e principalmente seu descumprimento seguem uma lógica empresarial", sendo que houve, na verdade, "o rompimento do contrato para favorecimento de uma cervejaria concorrente" (PELA, 2016, p. 77).

O caso pode ser assim resumido: o cantor foi contratado pela cervejaria Schincariol, com cláusula de exclusividade, para atuar em uma campanha da marca Nova Schin pelo valor de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais). No negócio jurídico

firmado entre o cantor e a cervejaria, eram previstas duas multas: uma por descumprimento do contrato (20% do valor do contrato) e outra decorrente do reconhecimento de que o inadimplemento se deu por culpa do contratado (35% do valor do contrato), somadas à restituição dos valores pagos aos Réus.

Ainda na vigência do contrato, o cantor gravou outra propaganda, desta vez para a Brahma (Ambev), cervejaria concorrente, enaltecendo as qualidades da cerveja Brahma e se referindo à Nova Schin como “paixão de verão”, uma “ilusão”.

Em decorrência desses eventos, a Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A ajuizou ação indenizatória em face de JGS Produções Artísticas e Jesse Gomes da Silva Filho (Zeca Pagodinho).

Conforme Juliana Krueger Pela, as principais questões da demanda, de modo geral, podem ser assim apresentadas: “poderia o cantor descumprir deliberadamente o contrato, em especial a cláusula de exclusividade, desincumbindo-se do vínculo apenas mediante o pagamento da multa prevista?” Ou não, já que a multa negociada poderia ser qualificada como insuficiente para compensar o inadimplemento? (2016, p. 77-78)

O juízo de primeiro grau¹, deu procedência à ação para condenar os réus, solidariamente, a pagar à autora o valor de R\$ 930.000,00 a título de danos materiais, equivalente ao pagamento de ambas as multas contratuais, somadas à restituição do valor recebido pela prestação do serviço. Além disso, foram os réus condenados ao pagamento de R\$ 930.000,00 a título de danos morais.

Conforme pode-se verificar da fundamentação da sentença, o magistrado apontou que além de descumprimento da cláusula de exclusividade, os réus incorreram em ato ilícito ao violarem a probidade e a boa-fé objetiva, conforme trecho abaixo:

Todavia, ainda que a maioria da população sequer tenha acesso à quantia recebida pelo Réu (R\$ 600.000,00), é certo que não é o valor do contrato que obriga as partes, mas sim o caráter e a boa-fé de seus intervenientes. (...) O contrato foi subscrito pelas partes em plena vigência do novo código civil, de sorte que deveriam os réus observar o disposto no artigo 422 da referida lei federal, pautando-se pela boa-fé e pela probidade. (...) Está

¹ Sentença prolatada pela 36ª Vara Cível do Foro Central da Capital do Estado de São Paulo, nos autos de n. 04.109.435-2, em 11.12.2006.

demonstrado inequivocamente o ilícito contratual, por culpa exclusiva dos réus.

Embora tenha o magistrado feito referência à reprovabilidade da conduta do cantor, tal fato em nada alterou o resultado prático da lide, visto que, no entendimento do magistrado, foram aplicadas as multas previstas contratualmente pelas partes no âmbito de sua liberdade contratual. Note-se, ainda, que a multa aplicada superou o valor total da obrigação. Nesse sentido, pode-se considerar que o inadimplemento, em tese, foi eficiente.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP)², por sua vez, reformou parcialmente a sentença, conforme se depreende da ementa a seguir:

INDENIZAÇÃO - Danos morais e materiais - Contrato de utilização da imagem e voz de cantor em campanha publicitária de cerveja - Quebra do contrato, com o debande do artista para empresa concorrente - Violação do contrato, com efetivação de danos materiais e morais - Provimento parcial a ambos os recursos - Danos materiais a serem apurados em liquidação de sentença por arbitramento, proporcionalmente ao efetivo cumprimento do contrato de prestação de serviços - Dano moral, considerando a condição das partes e o valor do contrato, na quantia de R\$ 420.000,0 .

Para além da contrariedade do artigo 422 do Código Civil, o acórdão do TJSP apontou em sua fundamentação que trata-se de ato que despreza a funcionalidade econômico-social do contrato, a lealdade e a confiança e infringe o princípio da obrigatoriedade contratual:

Com a obra "Amor de Verão", não só expôs a falta de solidez da palavra empenhada, mas praticou explícita "infidelidade", passando ao motejo e à mofa, em relação aos produtos da autora, para fazer sobressair os da cervejaria concorrente, em absoluto desprezo ao princípio da probidade e da boa-fé contratual, conceito ético, mas também econômico, "ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue". (...)Persegue-se e ambos contratantes tem esse dever, 'a superação dos interesses egoísticos das partes e com a

²Apelação Cível nº 7.155.293-9 julgada pela Primeira Câmara de Direito Comercial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, com relatoria do Desembargador Pedro Ablas, em 09/04/2008.

salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através do comportamento fundido na lealdade e confiança" (Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, RT 819/382). (...) O princípio da probidade e boa-fé está presente no artigo 422 do Código Civil de 2002: "Os contratantes estão obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé". (...) A conduta do réu "Zeca Pagodinho" evidencia absoluta má-fé e não pode ser aceita como padrão de comportamento normal. O interesse egoístico, a quebra da lealdade e confiança, com infringência do princípio da obrigatoriedade contratual, importaram em rompimento deliberado do contrato e prejuízos à outra parte.

A respeito dos danos materiais, o acórdão do TJSP reduziu o valor dos danos materiais a serem pagos pelos Réus, visto que (i) somente a multa de 20% deve ser aplicada, senão restaria caracterizado o *bis in idem*, e (ii) embora os Réus tenham culpa no inadimplemento, a autora obteve ganhos com os serviços prestados, que devem ser deduzidos do montante de R\$ 600.000,00 a ser restituído:

Os autos noticiam que, embora desprezada pelos réus, receberam eles a vultosa quantia de R\$ 600.000,00, assumindo, na hipótese de quebra contratual, a obrigação de restituir tal importância, respondendo, ainda, por multa, em caso de descumprimento do contrato, desde que agissem com culpa. (...) Nada obstante tenha havido quebra do contrato, afigura-se excessivo o montante indenizatório de R\$ 1.860.000,00, conforme fixado em primeiro grau. (...) O cantor participou de comerciais e a autora admite o sucesso inicial da estratégia publicitária, transformando em sucesso de vendas a "Nova Schin" (fls. 6), com ganho por parte da autora, circunstância que não permite a devolução integral da quantia de R\$ 600.000,00. (...) Assim, cabe à prova pericial apurar a parte do contrato que foi desempenhada pelo artista, que fará jus ao pagamento proporcional em decorrência da prestação de serviço realizada, montante a ser apurado em liquidação por arbitramento, o que deverá ser abatido da quantia de R\$ 600.000,00, com a condenação dos réus à devolução do restante. (...) Devem, pois, os réus responder pela restituição, em favor da autora, da quantia a ser apurada, conforme especificado, acrescida da multa de 20% sobre o valor total do contrato (fls. 73) afastada a multa de 35%, que importaria em duplicidade.

Veja-se que, novamente, apesar das manifestações contrárias ao comportamento de Zeca Pagodinho, a boa-fé e a probidade em nada alteraram o resultado da lide. Além disso, se aproximando da regra do art. 412 do Código Civil, o Tribunal afastou a multa de 35% sobre o valor do contrato, restando apenas a de 20%.

Note-se, contudo, que atendendo ao artigo 413 do Código Civil, o valor referente à restituição (R\$ 600.000,00) foi diminuído proporcionalmente em razão da prestação de serviço realizada. Nesse sentido, o resultado prático da decisão foi pior à autora do que teria sido se tivesse sido aplicada a teoria do inadimplemento eficiente e a teoria contratual com base na AED. Isso porque, nesse caso, em razão da preservação da autonomia das partes o cantor deveria pagar a multa conforme previa o contrato, independentemente do serviço prestado.

Em terceira instância, o Superior Tribunal de Justiça (STJ)³, manteve o acórdão proferido pelo TJSP e outra vez mencionou, na própria ementa, a reprovabilidade da conduta dos Réus por tratar-se de ato contrário à boa-fé objetiva o que, novamente em nada alterou o resultado da demanda:

RECURSOS ESPECIAIS. RESPONSABILIDADE CIVIL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E CESSÃO DO USO DA IMAGEM E VOZ COM CLÁUSULA DE EXCLUSIVIDADE. ROMPIMENTO PELO CONTRATADO E PROMOÇÃO DO PRODUTO DA CONCORRENTE COM O OBJETIVO DE FERIR A IMAGEM DA AUTORA. (...) 6. Reprovabilidade do comportamento dos réus após o rompimento do vínculo contratual, passando a atuar na promoção do produto vendido pela principal concorrente da autora, com grave violação à ética contratual a ser observada em razão do princípio da boa-fé objetiva (art. 422 do CC/02). 7. Consideração do dolo e da malícia dos réus em ferir a imagem da autora, além da capacidade econômica das partes. (...)

Caso o caso em apreço fosse julgado conforme a teoria do inadimplemento eficiente, não seria necessária a análise da culpa ou das intenções do sujeito. Isso porque, a parte teria garantido o seu direito de descumprir o acordo, enquanto que o credor teria o direito de receber a indenização acordada no contrato. Além disso, o

³ Recurso Especial n. 1.203.153/SP, julgado pela Terceira Turma, com relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, em 02/06/2014.

cálculo dos danos seria feito conforme os lucros cessantes, garantindo à Autora o pagamento dos valores que teria recebido caso o contrato tivesse sido cumprido até o seu termo.

Respondendo à pergunta feita no início deste tópico, com base no resultado prático da demanda, é aceitável o inadimplemento deliberado do contrato caso haja circunstância de maior proveito para o devedor, desincumbindo-se do vínculo apenas mediante o pagamento da multa prevista.

5 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou expor o que é a teoria do inadimplemento eficiente e analisar se sua aplicação é possível no Brasil, especialmente no contexto dos contratos empresariais. Concomitante a isso, foram examinadas as peculiaridades dos contratos comerciais e a sua função no fluxo das atividades econômicas, além de apresentado o movimento da Análise Econômica do Direito, com ênfase no direito contratual.

No primeiro capítulo, após introdução sobre o conceito dos contratos empresariais e da sua disciplina jurídica, procurou-se evidenciar as suas peculiaridades através da apresentação dos seus princípios basilares e dos vetores que impulsionam esses vínculos jurídicos.

No início do segundo capítulo foi construída a origem do movimento da Análise Econômica do Direito, demonstrando os principais conceitos e instrumentos da AED: os conceitos de eficiência, de custos de transação, de externalidades e o Teorema de Coase, para uma maior compreensão dos fundamentos da Law and Economics. Mais adiante, foi explanada brevemente a ideia base da teoria econômica contratual de que os contratos são fonte de cooperação e de desenvolvimento, visando assentar as bases para, enfim, apresentar a teoria do inadimplemento eficiente. Ao final, foi demonstrado o conceito da teoria, a sua (des)conexão com a moralidade contratual e as consequências do descumprimento voluntário e os possíveis métodos de cálculo de indenização.

Finalmente, no terceiro capítulo, foram apresentados os possíveis obstáculos da importação da teoria do inadimplemento eficiente ao ordenamento jurídico brasileiro e analisado o famoso caso de descumprimento voluntário que envolveu o cantor Zeca Pagodinho e a cerveja Nova Schin.

Conclui-se ao final dessa pesquisa que somente seria juridicamente possível a importação da teoria do inadimplemento eficiente para o ordenamento pátrio se o direito contratual empresarial fosse efetivamente considerado como um ramo autônomo, destacando as diferenças funcionais dos contratos mercantis e aplicando-se seletivamente certas regras do Código Civil.

Por tratar-se de contratos entre profissionais que têm como seu centro de gravidade a questão da alocação de risco e o escopo de lucro, as partes avaliam seus riscos, definem quais irão assumir e estabelecem o planejamento ou programa

contratual, merecendo os agentes econômicos ter garantido o respeito à sua autonomia e liberdade.

O debate a respeito da eficiência e do descumprimento dos contratos empresariais não deve concentrar-se somente no direito contratual, que tem como função, nos sistemas de *civil law*, justamente criar formas de controlar o inadimplemento deliberado e dar segurança às relações jurídicas. Nesse sentido, é imperioso que a análise seja feita também sob o viés do direito concorrencial. É preciso tomar em conta o que o *efficient breach* significa no mercado, visto que o inadimplemento deliberado de contratos empresariais, em geral, tem motivações concorrenciais. Assim, não se trata apenas de discutir a moralidade do descumprimento, mas o que esse descumprimento gera para o mercado daquele empresário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATTESINI, Eugênio. **Direito e Economia: novos horizontes da responsabilidade civil no Brasil**. 2010. 450 f. Tese (Doutorado em Direito). -Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/142767/000734500.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 28 de jun. de 2019.

BOMFIM, Daniela Santos; DIDIER JUNIOR, Fredie. **Contrato empresarial. Contrato prorrogado por prazo indeterminado**. Possibilidade de denúncia vazia. Aviso prévio. Licitude. Enriquecimento sem causa. Parecer. a. 4, v. 10/2017, p. 305-330 São Paulo: Revista De Direito Civil Contemporâneo, 2017.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Decreto n. 737, de 25 de novembro de 1850. Determina a ordem do Juízo no Processo Commercial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/DIM0737.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Foro Central da Capital do Estado de São Paulo. Sentença dos autos de n. 04.109.435-2. Magistrado: Renato Acácio de Azevedo Borsanelli. São Paulo/SP, julgado 11 de dezembro de 2006.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 jun. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.203.153/SP, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Brasília/DF, julgado em 02 de junho de 2014.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível n. 7.155.293-9, Relator: Desembargador Pedro Ablas. São Paulo/SP, julgado em 09 de abril de 2008.

BULGARELLI, Waldírio. **Direito Comercial**. 16 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 1: direito de empresa. 20. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Curso de direito comercial**, volume 2: direito de empresa. 16 ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. **Manual de Direito Comercial: Direito de Empresa**. 28. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and economics**, 6. ed. Boston: Pearson, 2011.

CORNELL LAW SCHOOL. **Efficient Breach Theory**. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/efficient_breach_theory>. Acesso em: 28 jun. 2019.

CRISTOFANI, Cláudia Cristina. **Contratos relacionais, informação e resolução de litígios**. Revista do Tribunal Federal 4. Região, Porto Alegre, v. 1, n.1, jan./mar. 1990, p. 25-49. Disponível em: <<https://www2.trf4.jus.br/trf4/revistatrf4/arquivos/Rev96.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida Prado. **A teoria do inadimplemento eficiente (efficient breach theory) e os custos de transação**. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: <<https://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>>. Acesso em 28. jun 2019.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. **Manual de direito empresarial**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008975/>> Acesso em: 28 jun. 2019.

FORGIONI, Paula Andréa. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FORNARI, Homero José Nardim. **A análise econômica do direito e a redução das falhas de mercado pela contabilidade no processo de recuperação judicial**. 2016. 244 f. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo. Disponível em: <<http://tede.mackenzie.br/jspui/handle/tede/2860>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, vol. 2: teoria geral das obrigações. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

IOLOVITCH, Marcos Brossard. **Efficient breach theory** - A análise do rompimento eficiente dos contratos empresariais à luz da legislação brasileira e da law and economics. 2016. 248 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar (coord.). **Jornadas de direito civil I, III, IV e V: enunciados aprovados**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

KAPLOW, Louis; SHAVELL; Steven. **Economic analysis of law**. In: KAPLOW, Louis; SHAVELL; Steven. Handbook of Public Economics, vol. 3. Elsevier, 2002. Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/99_Economic_analysis_of_law.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019>.

KLASS, Gregory. **Efficient Breach**. In: KLASS, Gregory; LETSAS, George; SPRAI, Prince. *The philosophical foundations of contract law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 362-387. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1185>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Empresarial**. 2011. 263 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUO-S-8MQG8H/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o__dos__preju_zos_no_direito__contratual.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU Stéphane. **Análise Econômica Do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522497652/>. Acesso em 28 jun. 2019.

MEIRELES, Vanessa Zimmermann de; NETO, Orlando Celso da Silva. **Breves notas sobre o conteúdo e a extensão do dever de cooperação em contratos empresariais**. *Revista Justiça do Direito*, v. 30. n. 1, 2016, p.110-142. Disponível em:<<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/5899/3692>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

MERCURO, Nicholas; MEDEMA, Steven G. **Economics and the Law: from Posner to postmodernism and beyond**. 2 ed. 2006

MIGUEL, Paula Castello. **Contratos entre empresas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NEGRÃO, Ricardo. **Curso de direito comercial e de empresa**, vol. 2: títulos de crédito e contratos empresariais. 7 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PELA, Juliana Krueger. **"Inadimplemento eficiente" (efficient breach) nos contratos empresariais**. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS*, vol. XI, n. 2, 2016, p. 77-88. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/69111/39932>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

POSNER, Eric. **Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?**. São Paulo: Saraiva, 2010.

POSNER, Richard Allen. **Let Us Never Blame a Contract Breaker**. In: *Michigan Law Review*, vol. 107, n. 8, jun. 2009, p. 1349-1363. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol107/iss8/2/>. Acesso em: 28 jun. 2019.

RAMOS, André Santa Cruz. **Direito Empresarial**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530980108>. Acesso em: 28 jun. 2019.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530978525/>>. Acesso em: 28 jun. 2019.

ROSITO, Alex Barreto Viana. **Inadimplemento Eficiente nos Contratos Comerciais**: a teoria do efficient breach no ordenamento jurídico brasileiro. 2018. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. Disponível em: http://conteudo.pucrs.br/wp-content/uploads/sites/11/2019/01/alex_rosito.pdf. Acesso em: 28 jun. 2019.

SCALISE, Ronald J. **Why no 'efficient breach' in the civil law?**: A comparative assessment of the doctrine of efficient breach of contract. *The American Journal of Comparative Law*, vol. 55, n. 4, 2007, p. 721–766. Disponível em: <www.jstor.org/stable/20454595>. Acesso em: 28 junho 2019.

TIMM, Luciano Bennetti. **Common law e contract law**: uma introdução ao direito contratual norte-americano. In: POSNER, Eric. *Análise econômica do direito contratual: sucesso ou fracasso?*. São Paulo: Saraiva, 2010.