

## O inadimplemento eficiente do contrato: perspectivas de aplicação no direito civil brasileiro

Raphael Marcelino de Almeida NUNES\*

**RESUMO:** O artigo tem por objetivo promover análise a respeito da teoria do inadimplemento eficiente do contrato, notadamente pelo exame da quebra contratual e seus efeitos. Nesse sentido, são discutidas, na perspectiva de direito comparado, as incompatibilidades e eventuais contribuições advindas da referida teoria em relação ao sistema *civil law*, e, especificamente, ao ordenamento jurídico brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito civil; direito das obrigações; inadimplemento contratual; teoria do inadimplemento eficiente do contrato.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; – 2. A teoria do inadimplemento eficiente do contrato; – 3. Breves notas a respeito do inadimplemento contratual e a responsabilidade civil no direito civil brasileiro; – 4. Óbices e perspectivas para a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente; – 5. Conclusão; – 6. Referências bibliográficas.

**TITLE:** *The Efficient Breach of Contract: Perspectives of Enforcement in Brazilian Civil Law*

**ABSTRACT:** *The article aims to analyze the theory of efficient breach of contract, by examining the contractual breach and its effects. It presents discussions regarding the incompatibilities and contributions which may derive from this theory towards the civil law system, and, in particular, to Brazilian legal system.*

**KEYWORDS:** *Civil law; contract law; breach of contract; efficient breach of contract theory.*

**CONTENTS:** *1. Introduction; – 2. The efficient breach of contract theory; – 3. Brief comments on contract breach and damages in Brazilian civil law; – 4. Incompatibilities and perspectives of enforcement of the efficient breach theory; – 5. Conclusions; – 6. References.*

### 1. Introdução

Objetiva-se, neste trabalho, a apresentação de análise acerca da teoria do inadimplemento eficiente do contrato, como perspectiva de discussão sobre a quebra contratual e seus efeitos, cotejando-a com as normas constantes do sistema normativo do direito civil brasileiro a respeito do tema. Pretende-se, dessa forma, promover discussões acerca de possíveis contribuições que poderiam advir do referido instituto, diante das particularidades próprias dos sistemas da *common law* e da *civil law*.

---

\* Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo (“USP”). Mestre e Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (“UnB”). E-mail: raphaelmanunes@gmail.com.

A teoria do inadimplemento eficiente do contrato diz respeito a um instituto da *common law*, notadamente do sistema norte-americano, e tem suas origens nos estudos de *law and economics* desenvolvidos naquele país.

A propósito, atribui-se a Robert Birmingham, sob influência dos trabalhos de Ronald Coase e Richard Posner,<sup>1</sup> a origem da primeira proposta conceitual de quebra eficiente do contrato, em seu artigo *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, de 1970<sup>2</sup>.

Trata-se, pois, de instituto recente, com origem bem delimitada, e de aplicação restrita a determinado arcabouço normativo-institucional, mais precisamente naquele verificado na *common law* norte-americana.

Não obstante, tal como é próprio das recentes contribuições dos estudos de *law and economics*, a viabilidade e aplicabilidade do referido instrumento teórico não está longe de discussões e polêmicas, ainda que no âmbito de seu próprio sistema de origem, conforme será explicitado adiante.

Ainda assim, é de se indagar se, de fato, o referido instituto não poderia, de algum modo, suscitar reflexões a respeito de possíveis contribuições – e respectivos obstáculos – no âmbito de nosso contexto jurídico-institucional, alinhado com o sistema *civil law*. Essa é, especificamente, a formulação que se pretende responder nesta oportunidade.

Nesse sentido, é de se reconhecer que os estudos de direito comparado podem ser considerados como importantes indutores de diálogo entre sistemas distintos, e, dessa forma, também podem servir como instrumentos de enriquecimento do debate a respeito de ferramentas e institutos jurídicos nacionais, na medida em que são cotejados com experiências e perspectivas diversas.

Essa premissa não implica, todavia, na conclusão de que é possível importar soluções alienígenas para problemas locais, como forma de aperfeiçoamento dos instrumentos já existentes. É necessário, antes de tudo, compreender-se a realidade do contexto onde se insere o problema de que se pretende tratar, o que inclui considerar o arcabouço

---

<sup>1</sup> MACNEIL, Ian R. Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky. *Virginia Law Review*. v. 68 n.5. 1982. p. 947.

<sup>2</sup> BIRMINGHAM, Robert L., *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*. Articles by Maurer Faculty. Paper 1705. 1970. Pp. 273-292.

normativo existente, a trajetória e os mecanismos institucionais estabelecidos. Deve-se, igualmente, diante do cenário normativo-institucional posto, estabelecer o caminho metodológico de análise do instituto estrangeiro vis-à-vis a realidade local, de modo que seja possível formular conclusões a respeito de possíveis contribuições advindas do instituto do direito comparado analisado.

Diante do exposto, portanto, para se alcançar os objetivos pretendidos, inicialmente será apresentada a teoria do inadimplemento eficiente do contrato, com o estabelecimento de sua definição, principais características e respectivas consequências da sua aplicabilidade no sistema *common law*.

Na sequência, serão brevemente discorridas as principais normas do nosso sistema de inexecução das obrigações e respectivas consequências, com vistas a viabilizar o cotejo analítico com o objeto deste estudo.

Por fim, serão discutidos a viabilidade e respectivos problemas relacionados ao emprego da perspectiva do inadimplemento eficiente no âmbito da dogmática do direito civil brasileiro.

## **2. A teoria do inadimplemento eficiente do contrato**

Ronald Coase<sup>3</sup>, ao estabelecer, como objeto de análise, os custos econômicos envolvidos nas transações, colocou em destaque a racionalidade puramente econômica como perspectiva de compreensão de determinados fenômenos jurídicos. Esse novo prisma de percepção viabilizou, portanto, o surgimento de critérios de validação de operações com fundamento em referências puramente econômicas (como a referência de eficiência de Pareto).

A partir das análises desenvolvidas por Coase, Robert Birmingham, em seu trabalho acima mencionado, que trata especificamente do problema da quebra contratual e da respectiva mensuração dos danos, coloca em questão o emprego absoluto de critérios morais (como o princípio da autonomia, que em última análise fundamenta o do *pacta sunt servanda*) para a avaliação da legitimidade da conduta das partes contratantes de um negócio jurídico.

---

<sup>3</sup> COASE, Ronald H.. The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics, v. 3. The University of Chicago Press. 1960. Pp. 1-44.

Nesse sentido, defende a utilização, como critério de verificação de legitimidade da conduta da parte contratante, no lugar do direito natural, a eficiência econômica eventualmente gerada em decorrência da performance (ou não) da promessa contratual. Assevera, dessa forma, que o repúdio às obrigações deve ser incentivado quando o promitente está apto a lucrar com o seu inadimplemento, após colocar o promissário em uma posição tão boa quanto teria ocupado caso a prestação tivesse sido cumprida.<sup>4</sup> Assim, portanto, conclui o referido autor:

*The general damage remedy for breach of contract, which seeks to place the injured party in as good a position as he would have occupied if the agreement had been performed, has usually been defended through an appeal to subjective concepts of natural justice. A less introspective justification is available. Such protection of the expectation interest is also dictated by considerations of economic efficiency, since it encourages optimal reallocation of factors of production and goods without causing material instability of expectations. More rigorous adherence to this standard would promote proper functioning of the market mechanism. Encouragement of repudiation where profitable through elimination of moral content from the contract promise might also be socially desirable.<sup>5</sup>*

Em essência, a teoria do inadimplemento eficiente do contrato, originalmente, propunha a adoção de critérios decorrentes da análise econômica do direito para estabelecer a legitimidade da conduta da parte contratante. Objetivou, portanto, posicionar-se como alternativa aos critérios fundamentados, em *ultima ratio*, em valores de natureza jusnaturalistas.

De fato, ao se estabelecer uma transação comercial, alerta Peter Linzer, as partes levam em consideração, apenas e tão-somente, aspectos econômicos; ou seja, para “fazer dinheiro”, e não, propriamente, em razão de algum valor moral ou pessoal mais

---

<sup>4</sup> BIRMINGHAM, Robert L., Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. Articles by Maurer Faculty. Paper 1705. 1970. P. 284.

<sup>5</sup> BIRMINGHAM, Robert L., Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. Articles by Maurer Faculty. Paper 1705. 1970. P. 292.

elevado. Por essa razão, podem ser integralmente compensados pela reparação econômica dos danos resultados pela quebra. Diante disso, assevera que, apesar da preocupação com a necessidade de fazer as partes manterem suas palavras, em situações de mercado convencionais, *law & economics*, e, indiscutivelmente, o senso comum perdoam a deliberada e intencional quebra contratual.<sup>6</sup>

Em linhas gerais, portanto, a teoria se fundamenta na premissa de que a parte contratante que não cumpre determinada obrigação incrementa o bem-estar social se os benefícios decorrentes da quebra contratual superarem as perdas verificadas pela contraparte adimplente<sup>7</sup>. Desse aspecto, assim, decorreria a característica “socialmente desejável” a que alude Robert Birmingham no excerto acima transcrito.

O clássico exemplo ilustrativo do inadimplemento eficiente do contrato, trazido por Peter Linzer, seguiria a seguinte formulação.

Athos é proprietário de uma fábrica de marcenaria com a capacidade de produção de um projeto relevante. Ele é contratado para fornecer 100.000 cadeiras para Porthos por \$10 a cadeira, o que resultaria em um lucro de \$2 por cadeira, ou o total de \$200.000. Antes do início da produção, Aramis, que vende mesas, procura Athos para contratá-lo para produzir 50.000 mesas, ao preço de \$40 por mesa. Considerando que Athos consegue produzir mesas ao custo de \$25 por unidade, será possível a obtenção de lucro líquido de \$750.000, caso dedique sua produção exclusivamente para atender Aramis. No modelo econômico hipotético, Porthos, no caso de quebra contratual de Athos, poderia contratar D’Artagnan para fabricar as cadeiras, com um sobrepreço de 20% a mais, em relação ao preço praticado por Athos. Adicionalmente, Porthos poderia ter \$100.000 a mais de custos necessários para suportar despesas decorrentes da gestão administrativa resultante do atraso (como, p. ex, reparação de clientes pelo atraso na entrega das cadeiras). Nessa hipótese, Porthos teria uma perda equivalente a \$300.000 em razão da quebra contratual, cuja reparação integral poderia ser suportada por Athos, a quem caberia, ainda assim, um lucro de \$450.000; ou seja, o

---

<sup>6</sup> LINZER, Peter. On the Amorality of Contract Remedies – Efficiency, Equity, and the Second “Restatement”. *Columbia Law Review*. V. 81, N. 1. Columbia Law Review Association, Inc. (Jan. 1981) pp. 115-116.

<sup>7</sup> No dizer de Peter Linzer “A corollary to Pareto optimality is the so-called Kaldro-Hicks Compensation Principle, which posits that a benefit to one individual, even if it carries with it a loss to another, increases society’s welfare so long as the benefited party is able fully to compensate the losing party and to remain better off than before.” LINZER, Peter. On the Amorality of Contract Remedies – Efficiency, Equity, and the Second “Restatement”. *Columbia Law Review*. V. 81, N. 1. Columbia Law Review Association, Inc. (Jan. 1981) pp. 113-114.

dobro do lucro originalmente previsto para o caso de performance do contrato inicial com Porthos.<sup>8</sup>

Analisando a hipótese sob a perspectiva de *law and economics*, caso Athos fosse obrigado – por um *specific performance remede* – a realizar a prestação pactuada com Porthos, penderia sobre Athos uma determinação que resultaria no desperdício de seus próprios recursos produtivos, para a satisfação do crédito originalmente pactuado, sem que disso decorresse qualquer benefício, do ponto de vista econômico, para Porthos. Da mesma forma, a solução da *specific performance* obstaría, ainda, as transações de Aramis e D’Artagnan, o que contribuiria para um cenário de menor potencial de bem-estar social. Em suma, tratar-se-ia de um modelo altamente ineficiente, pois impede que os recursos sejam alocados ao agente que os valoriza mais.

O modelo de Linzer é denominado por Ian Macneil – crítico, por sinal, da teoria – de modelo simples de inadimplemento eficiente do contrato.<sup>9</sup> Evidentemente que o modelo em questão foi objeto de significativos apontamentos, tanto por parte de adeptos quanto por não adeptos à análise econômica do direito.

Eric Posner, por sua vez, traz um modelo de análise que contempla a comparação dos *remedies* disponíveis, para o fim de destacar, dentre eles, qual estaria mais afinado com o argumento da teoria do inadimplemento eficiente do contrato.<sup>10</sup>

No modelo de Posner, um Vendedor produz uma determinada ferramenta pelo Custo de \$2. Um Comprador 1 atribui à ferramenta o Valor de \$10. Ambos concordam em um Preço em \$6. Diante desse contexto, Posner apresenta dois cenários: (i) no primeiro o Comprador 2 atribui à ferramenta o Valor de \$8; (ii) no segundo, o Comprador 2 atribui o Valor de \$16. Suponhamos que o Comprador 2, em ambos os cenários, está disposto a pagar pelo Preço o equivalente ao Valor atribuído (no primeiro cenário \$8 e no segundo, \$16).

Do ponto de vista da eficiência econômica, a ferramenta deve ser atribuída ao Comprador 2 apenas no cenário 2, em que o Comprador 2 se dispõe a pagar pelo preço

---

<sup>8</sup> LINZER, Peter. On the Amorality of Contract Remedies – Efficiency, Equity, and the Second “Restatement”. *Columbia Law Review*. V. 81, N. 1. Columbia Law Review Association, Inc. (Jan. 1981) pp. 115-116.

<sup>9</sup> MACNEIL, Ian R. Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky. *Virginia Law Review*. v. 68 n.5. 1982. P. 951.

<sup>10</sup> POSNER, Eric A. *Contract Law and Theory*. 2ª Ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer. 2016. Pp. 178-181.

de \$16. No cenário 1, a ferramenta deve ser atribuída ao Comprador 1, que estaria disposto a pagar pelo Valor de \$10.

Diante desse cenário, a análise da quantificação da reparação, considerando os cenários de *nominal damages*, *punitive damages* e *expectation damages*, poderia ser representada, do ponto de vista da análise econômica do direito, da seguinte forma<sup>11</sup>:

Valor do Comprador	Payoff do Vendedor	Nominal: Damages ("d")=1	Punitive: d = 100	Expectation: d = v1-p	Resultado eficiente
8	Performance: p - c	6 - 2 = 4	6 - 2 = 4	6 - 2 = 4	
8	Quebra: p2 - c - d	8 - 2 - 1 = 5	8 - 2 - 100 = - 94	8 - 2 - 4 = 2	
8	Escolha	Quebra	Performance	Performance	Performance
16	Performance: p - c	6 - 2 = 4	6 - 2 = 4	6 - 2 = 4	
16	Quebra: p2 - c - d	16 - 2 - 1 = 13	16 - 2 - 100 = - 86	16 - 2 - 4 = 10	
16	Escolha	Quebra	Performance	Quebra	Quebra

Nos cenários apresentados, portanto, o *payoff* do Vendedor é quantificado, no caso da performance, pelo preço menos o custo. No caso da quebra, o *payoff* é alcançado pelo preço, menos o custo, menos os "*damages*", representados pelo "d", acima.

Assim, no primeiro cenário, o Vendedor apenas terá um *payoff* que justifique economicamente a quebra, na hipótese em que os *damages* são calculados pelo valor de \$1 atribuído aos *nominal damages*. Nas demais, será mais eficiente a performance, uma vez que o valor de \$100 atribuído aos *punitive damages* indicará a performance; assim como o valor dos *expectation damages*, alcançados pela diferença entre o Valor 1, a que o comprador valorizava o bem, menos o preço P, pelo qual estava disposto a pagar.

<sup>11</sup> POSNER, Eric A. Contract Law and Theory. 2ª Ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer. 2016. P. 179

No segundo cenário, a quebra se justifica tanto no cenário de *nominal damages* quanto no cenário de *expectation damages*. Na situação de aplicação de *punitive damages*, não fará sentido o pagamento da reparação, mas sim, a realização da prestação.

Diante desse cenário, a teoria do inadimplemento eficiente do contrato defende que a forma de cálculo da reparação pelo critério de *expectation damages* seria o ideal, pois indicaria, em ambas as hipóteses, a conduta mais eficiente do Vendedor. Tal característica decorreria do fato de que, ao se mensurar a reparação pelo critério de *expectation damages*, o modelo “internalizaria” as *externalities*, pois imporia ao Vendedor a obrigação de suportar exatamente os custos percebidos pelo Comprador em decorrência da quebra contratual, resultando, dessa forma, na decisão mais eficiente quanto à quebra ou performance.

A teoria do inadimplemento eficiente, todavia, não está indene de críticas, tal como mencionado anteriormente. De fato, os próprios adeptos das ferramentas advindas com a análise econômica do direito promovem importantes críticas.

Ian Macneil, de início, crítica o modelo simples de Linzer por não considerar propriamente, em seus cálculos, os custos de transação envolvidos. Argumenta que, em seu modelo inicial, não contempla as possíveis interações humanas consubstanciadas em renegociações contratuais, sejam elas anteriores ou posteriores à quebra, que poderiam alterar substancialmente as variáveis envolvidas nos cálculos.<sup>12</sup>

Eric Posner, assim como o faz Ian Macneil, critica o modelo por não considerar a possibilidade de se realizar negociações posteriores. Isso porque, no caso da fixação de *nominal damages*, conforme a hipótese acima, o Comprador 1 poderá aumentar a oferta para o Vendedor – caso sua valoração do bem comporte – para evitar a quebra. Do mesmo modo, no caso de *punitive damages*, o Vendedor poderá negociar algum tipo de pagamento ao Comprador 1 para que possa se liberar da obrigação contratual, caso o Comprador 2 tenha uma valoração que assim permita.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> Nesse sentido, assevera o autor: “*The bias against cooperation demonstrated by the simple-efficient-breach theory should surprise no one familiar with the neoclassical model. Such a bias is not limited to this particular fallacy, but is one towards which the neoclassical model inevitability and always tends. That model postulates individuals acting as if the relations in which those individuals exist have no effect on their behavior. Cooperative behavior postulates relations. A model assuming always relations slips with the greatest of ease at any stage into favoring uncooperative and – ironically enough – highly inefficient human behavior*”. MACNEIL, Ian R. Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky. Virginia Law Review. v. 68 n.5. 1982. P. 969

<sup>13</sup> POSNER, Eric A. Contract Law and Theory. 2ª Ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer. 2016. P. 180.

O referido modelo, por sua simplicidade, também não mensura outras decisões eventualmente relevantes envolvidas no desenvolvimento da relação obrigacional.

Mais incisivamente, Eric Posner, é taxativo ao afirmar que “a economia falhou em explicar o direito contratual”, pois, segundo o referido autor, “não explica por que as perdas e danos são o remédio-padrão indenizatório, por exemplo, ou por que a cláusula penal definida no contrato nem sempre tem o cumprimento obrigado”.<sup>14</sup>

Nesse particular, muito embora não se esteja – ainda – fazendo um paralelo entre o sistema *civil law* e *common law*, no que concerne ao tema em discussão, são muito oportunas as observações de Clóvis do Couto e Silva no sentido de que a relação obrigacional não se trata de um evento estanque, mas sim dinâmico, ou, em suas palavras, como “algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento, à satisfação dos interesses do credor”.<sup>15</sup>

No desenvolvimento da relação obrigacional – bem compreendido o seu caráter dinâmico – inúmeras condutas são estabelecidas, por ambas as partes, cada qual com seus respectivos impactos econômicos, resultando em uma grande quantidade de variáveis. Nesse contexto, por exemplo, inserem-se o problema dos contratos coligados, questões relacionadas à disponibilização de informações sensíveis, eventuais investimentos decorrentes do estabelecimento do vínculo contratual, a questão da perda de uma chance, dentre outros.

A inserção dessas inúmeras variáveis, portanto, tornam o modelo sensivelmente mais complexo do que a hipótese original de Linzer. Daí porque é válido concluir que a teoria não é suficiente para estabelecer, por si só, um critério de legitimidade de determinado *remedie*, ainda que sob a perspectiva exclusiva da análise econômica do direito.

### **3. Breves notas a respeito do inadimplemento contratual e a responsabilidade civil no direito civil brasileiro**

---

<sup>14</sup> POSNER, Eric. A. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?. São Paulo: Saraiva. 2010. P. 77.

<sup>15</sup> Silva, Clovis do Couto e. A obrigação como processo. Reimpressão. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006, p. 17

A disciplina do inadimplemento contratual é, como se viu acima, bastante complexa. A experiência prática traz inúmeras circunstâncias e variáveis em que se pode verificar o inadimplemento, do que resulta, cada uma a seu modo, em uma consequência distinta em relação à respectiva responsabilidade.

De fato, a título de ilustração, menciona-se que o inadimplemento pode ser absoluto ou relativo, imputável ou não imputável, substancial ou de pequena monta, antecipado ou mesmo após a entrega da prestação principal, pode recair sobre obrigações principais ou acessórias, ou, ainda, sobre a prestação em si ou sobre deveres laterais. Para cada hipótese haverá uma resposta específica em termos de consequências e eventual responsabilização do devedor.

Diversas, igualmente, poderão as soluções para as mesmas circunstâncias encontradas nos ordenamentos jurídicos, ainda que no âmbito de países afiliados ao sistema *civil law*.

No sistema italiano, por exemplo, e de forma análoga ao artigo 475 do nosso Código Civil, o artigo 1453 do *Codice Civile* faculta, em contratos sinalagmáticos, à parte adimplente, a escolha entre a resolução do contrato ou a efetivação da prestação (ou *specific performance*, para voltarmos às expressões anteriormente utilizadas).

O direito de escolha, todavia, não é absoluto, conforme esclarece Vincenzo Roppo. Há situações em que o inadimplemento, por caracterizar-se como justificado, não dará ensejo ao direito de opção pela contraparte, como, por exemplo, nas hipóteses em que se verifica a falta com o dever de cooperação; naquelas em que houve a tolerância com o inadimplemento; ou naquelas em que o próprio credor da parcela inadimplida já o estava inadimplente em relação às suas próprias obrigações (exceção do contrato não cumprido).<sup>16</sup>

Da mesma forma, também a mitigar a regra que permite a escolha por parte do adimplente, artigo 1455 prevê a impossibilidade da medida resolutória caso o inadimplemento seja de pouca importância.

Diferentemente, por exemplo, o nosso Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 20, que trata dos vícios na prestação de serviços, nas hipóteses de inadimplemento

---

<sup>16</sup> ROPPO, Vincenzo. *Il Contratto*. 2ª ed. Milão: Giuffrè Editore. 2011. Pp. 897-898

absoluto ou relativo, faculta ao consumidor a reexecução dos serviços, a restituição imediata da quantia paga ou o abatimento proporcional do preço. Note-se, que o Código não repete a norma do artigo 1455 do *Codice Civile*, e prevê, inclusive, a possibilidade de resolução, com a restituição ao *status quo ante*, diante de disparidade entre o objeto da prestação e o que consta de embalagens e recipientes, sem qualquer referência à extensão ou gravidade da mora ou parcela inadimplida.

Ainda que seja possível identificar regramentos diversos em sistemas de direito pertencentes à mesma tradição, ainda mais profundo aparenta ser o abismo entre a percepção do inadimplemento obrigacional existente entre os sistemas da *civil law* e *common law*, notadamente o norte-americano, sob influência da *law & economics*.

A esse respeito, é significativa a distância da compreensão que se relatou acima daquela manifestada por Agostinho Alvim, em sua clássica obra “Da inexecução das obrigações e suas consequências”. Bastante representativa das diferenças, é a associação realizada pelo referido autor entre o inadimplemento contratual e a reprovabilidade subjetiva resultante das “*más inclinações*” ou “*fraqueza do entendimento, responsável pelas contradições entre as pessoas de boa-fé.*”<sup>17</sup>

Nesse sentido, assevera Agostinho Alvim que o cânone fundamental do capítulo “*dos efeitos das obrigações*” é, exatamente, “*as obrigações assumidas devem ser fielmente executadas*”.<sup>18</sup>

A esse respeito é de se notar que o Código Civil de 1916 previa em seu artigo 1.056 que “*não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos*”. Nada obstante, como ressalta Agostinho Alvim, o referido dispositivo não excluía “*e nem podia excluir*”, o direito de que disporia o credor de exigir o cumprimento integral da obrigação, como decorrência

---

<sup>17</sup> Em suas próprias palavras, esclarece Agostinho Alvim: “*Se as leis, na sua acepção mais vasta, são as relações necessárias que derivam da natureza das coisas (cf. Montesquieu, Esprit des Lois, pág. 3), a infração da lei ou do avençado é, por sua vez, uma lei, pressupostas as nossas más inclinações, e, mesmo sem elas, a simples fraqueza do entendimento, responsável pelas contradições entre as pessoas de boa fé*”. ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 1980. P. 3

<sup>18</sup> ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 1980. P. 5.

do entendimento que se trata de regra fundamental, em matéria de efeitos das obrigações, de modo que nem sequer precisaria estar expressa no Código.<sup>19</sup>

É interessante notar a carga axiológica que norteia a compreensão da questão do inadimplemento obrigacional. Segundo o referido autor, dois são os fatores que, em regra, levariam o devedor a cumprir suas obrigações. O primeiro, em suas palavras, “*a simples ética: a voz da consciência, o hábito adquirido pelo homem bem educado*”. Na hipótese do não cumprimento do dever moral, “*haveria sempre o temor da reprovação pública*”.

O segundo seria, exatamente, a sanção civil que resultaria como consequência do descumprimento. Nesse caso, o credor poderia, ainda, compelir o devedor a realizar a prestação devida, com o acréscimo dos encargos da mora.<sup>20</sup>

A disciplina do nosso Código Civil de 1916 a respeito do tema dos negócios jurídicos, como se sabe, tem profundas raízes no *Code Civil* francês, que, por sua vez, foi inspirado nos valores do liberalismo clássico. Em seu artigo 1.134, a propósito do negócio jurídico, expõe a essência de tais valores, ao estabelecer que: “*As convenções legalmente formadas têm força de lei para aqueles que as fizeram*”.

Trata-se, pois, de uma manifesta reverência à ideia de autonomia, um dos fundamentos do liberalismo clássico, notadamente de Kant, para quem a autonomia constitui o cerne de sua filosofia moral.<sup>21</sup>

Conforme aponta Otávio Luiz Rodrigues Junior, o modelo teórico fundamentado na autonomia da vontade e na força obrigatória dos contratos é um produto próprio do liberalismo. Assevera, o referido autor, que a máxima *pacta sunt servanda* (“os contratos devem ser respeitados”) não se encontrava nas tradicionais fontes do direito romano. Daí porque houve a necessidade de se recorrer a um processo criativo que teve como fundamento um fragmento do *Digesto*, 2, 14, 1 *pr*, de Ulpiano: “*Quid enim tam congruum fidei humanae quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?*”: o que

---

<sup>19</sup> ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 1980. P. 6.

<sup>20</sup> ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5ª ed. São Paulo: Saraiva. 1980. Pp. 6-7.

<sup>21</sup> KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Editora Martin Claret. 2002

haverá de ser mais compatível com a fé humana do que respeitarem, os homens, aquilo que foi por eles pactuado?<sup>22</sup>

De fato, o princípio da autonomia da vontade e o princípio da força obrigatória dos contratos são os pilares desse modelo. Para Otávio Luiz Rodrigues Junior, o primeiro fornece os elementos de legitimidade para o segundo.<sup>23</sup>

Nessa linha, San Tiago Dantas afirma que o direito dos contratos, em sua “*forma evolutiva final*”, se encontra fundamentado em três princípios: (i) o princípio da autonomia da vontade; (ii) o princípio da supremacia da ordem pública; e (iii) o princípio da obrigatoriedade das convenções, limitada pela escusa de força maior.<sup>24</sup>

Em linhas gerais, o princípio da autonomia, segundo o ferido autor, seria representado pela liberdade de contratar, ou seja, de contrair ou não o vínculo obrigacional. O referido princípio seria limitado pelo segundo, qual seja a supremacia da ordem pública, na medida em que este último impede a estipulação de contratos em contrariedade à lei e aos bons costumes, e impõe a obediência a normas específicas de caráter imperativo. O terceiro princípio seria, tão-somente, uma formulação diversa da autonomia da vontade, de modo que “*enquanto o princípio da autonomia da vontade mira essencialmente o momento da estipulação e da conclusão do contrato, o da obrigatoriedade mira os seus efeitos e consequências.*”<sup>25</sup>

O modelo da autonomia da vontade – assim como os postulados do neoliberalismo clássico – passaram por significativas transformações durante o século XX, notadamente no período pós-guerra.

A concepção metafísica que estabeleceu as bases do direito privado, aos poucos sucumbiria a uma realidade bem mais cruel que a tipologia idealizada de igualdade e liberdade entre os homens, formada aprioristicamente.

---

<sup>22</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2006. P. 17.

<sup>23</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2006. P. 22.

<sup>24</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. Evolução Contemporânea do Direito Contratual. In: Problemas de direito positivo: estudos e pareceres / San Tiago Dantas. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004. P. 4.

<sup>25</sup> SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. Evolução Contemporânea do Direito Contratual. In: Problemas de direito positivo: estudos e pareceres / San Tiago Dantas. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004. Pp. 5-6.

Nesse contexto, surge a ideia de função social da propriedade, a impor, segundo Léon Duguit, ao detentor de uma riqueza a observância, em seu domínio, do dever de cumprir uma função social, sob pena da intervenção estatal apta a compeli-lo a agir dessa maneira.<sup>26</sup>

Tratou-se, a rigor, de uma, dentre várias facetas da denominada publicização do direito civil, que acabou por relativizar o princípio da autonomia da vontade – evoluindo-o à ideia de autonomia privada – e propiciando a relativização do princípio da força obrigatória dos contratos.

Diga-se de passagem, aliás, que se verificar, nesse contexto, a origem da teoria da imprevisão, notadamente a partir do surgimento do Decreto Real nº 739, de 1915, na Itália, e da Lei Failliot na França de 1918.<sup>27</sup>

A nossa disciplina contemporânea do inadimplemento contratual e de suas consequências, evidentemente, reflete a inspiração liberal clássica do Código Civil de 1916, devidamente relativizada com as influências das teorias críticas que nortearam a mudança de paradigma do Estado Liberal para o Estado Social, na primeira metade do Século XX.

Nesse sentido, é possível concluir que o princípio da força obrigatória dos contratos, consubstanciado na máxima *pacta sunt servanda*, ainda se revela vigente e importante na disciplina dos negócios jurídicos.

O Código Civil, em seu artigo 475, prevê que a parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

Assim como no direito italiano, a faculdade do credor não é absolutamente discricionária.

A regra geral, privilegiada tanto no nosso Código Civil e reforçada pelo novo Código de Processo Civil, é a de preservação do vínculo obrigacional. A resolução é a exceção.

---

<sup>26</sup> DUGUIT, L. Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon. Paris: Librairie Félix Alcan. 1912. P. 21.

<sup>27</sup> A propósito do tema: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A. 2006. Pp. 28-31

De fato, o artigo 475 do Código Civil trata, a rigor, da hipótese de inadimplemento absoluto da obrigação, ou seja, dos casos em que a obrigação não poderá ser cumprida, seja por impossibilidade material, seja por não se relevar a sua utilidade ao credor. A faculdade de se pleitear a resolução do contrato, portanto, se refere à hipótese de inadimplemento absoluto – e não à relativa (mora).

Isso porque o artigo 475 deve ser interpretado concomitantemente com o parágrafo único do artigo 395, que prevê que *“se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”*

A verificação da utilidade da prestação não é, propriamente, uma discricionariedade do credor, haja vista que a nossa sistemática é, por princípio, contrária ao exercício arbitrário de posições jurídicas. Assim, para que o critério da utilidade (ou inutilidade) seja preenchido, haverá de se avaliar a existência dos aspectos subjetivo e objetivo. No dizer de Judith Martins-Costa: *“pelo primeiro, se aprecia ou a vontade das partes ou a chamada ‘inutilidade subjetiva’, qual seja, inutilidade que resultaria para o credor se cumprida fosse a prestação morosa; e há o critério objetivo, atado ao interesse do sinalagma, sendo composto pela conjugação entre os interesses subjetivos objetivamente detectáveis à luz do programa contratual”*.<sup>28</sup>

O aspecto subjetivo, portanto, está relacionado ao interesse próprio do credor, fundamentado na sua legítima expectativa criada com a estipulação da avença. Já o elemento objetivo considera, especificamente, o aspecto econômico que, normalmente, decorreria em consequência do cumprimento adequado da prestação. Quanto a esse segundo aspecto, assevera Judith Martins-Costa:

O que esta objectividade quer significar é, antes, que a importância do interesse afectado pelo incumprimento, aferida embora em função do sujeito, há-de ser apreciada objectivamente, com base em elementos susceptíveis de serem valorados por qualquer pessoa (designadamente, pelo próprio devedor ou pelo juiz) e não segundo o juízo valorativo arbitrário do próprio credor<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. Pp. 752-753.

<sup>29</sup> MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. P. 754.

O Código de Processo Civil também procura prestigiar o cumprimento específico da obrigação, no lugar de simplesmente determinar-se a reparação por perdas e danos. A título de exemplificação, verifica-se que o artigo 497 atribui ao juiz a prerrogativa de determinar que sejam praticadas as condutas que resultem na satisfação da prestação avençada: “na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

O artigo 536 reforça, ainda, os poderes do juiz para determinar o cumprimento específico, atribuindo, em seus parágrafos, a faculdade de estabelecer diversas medidas para compelir o devedor a efetivar a prestação, incluindo a imposição de multas e a determinação de busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento da atividade nociva. Da mesma forma, o artigo 538, relacionado à tutela da obrigação de entregar coisa, repete a disciplina do artigo 536.

Nesse contexto, é importante destacar a regra do artigo 499 que especifica 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 equivalente.”. Cabe reiterar, também em relação a esse dispositivo, os comentários acima realizados em relação à limitação da discricionariedade do credor.

Verifica-se, portanto, que, em nosso sistema, há uma regulação normativa específica quanto às consequências do inadimplemento.

Não caberia, dessa forma, em nosso sistema, ao menos do ponto de vista normativo, as discussões desenvolvidas por determinados autores da escola de *law & economics*, relativas à valoração qualitativa dos *remedies*, para fins de verificação da legitimidade por critérios de bem-estar social.

Do ponto de vista dogmático-normativo, caberia, tão-somente, a análise do que as consequências da inexecução do contrato *são* e não do que *deveriam ser*.

Isso não significa, todavia, que não se possam extrair, à nossa realidade, contribuições importantes da doutrina da análise econômica do direito, notadamente da teoria do inadimplemento eficiente, conforme se verificará adiante.

#### 4. Óbices e perspectivas para a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente

Atualmente, é inequívoca a existência de certa aproximação entre os sistemas *civil law* e *common law*.

É de se destacar, por exemplo, os esforços empenhados por parte de nossa doutrina para reconhecer, no Brasil, a existência de um sistema de precedentes<sup>30</sup>, com elementos de semelhança àquele verificado na tradição da *common law*. De fato, a sistemática da repercussão geral, a adoção do efeito vinculante às súmulas editadas pelo Supremo Tribunal Federal, bem como os instrumentos de resolução de demandas repetitivas, trouxeram relevante valorização às decisões judiciais, e, conseqüentemente, à jurisprudência.

Apesar de tais fatos, todavia, concluir pela existência em nosso direito de um modelo de precedentes é operação eivada de polêmicas.

Em sentido oposto, também se verifica um movimento em países de tradição *common law* de relevante produção legislativa, bastante compatível (ao menos em número) com a atividade legiferante de países da *civil law*.

Nada obstante, não é possível, tal como alertado acima, o intercâmbio indiscriminado de institutos e instrumentos jurídicos para a solução de problemas de contextos diversos para os quais foram criados.

Não é razoável, da mesma forma, supor o extremo oposto; ou seja, que as experiências desenvolvidas alhures em nada tenham a contribuir com nosso sistema.

No que concerne especificamente aos institutos da análise econômica do direito, há que se fazer, inicialmente, uma distinção importante.

A análise econômica do direito pode ser classificada em duas principais vertentes: (i) a dimensão normativa; e (ii) a dimensão positiva. A primeira tem entre seus objetivos analisar fenômenos jurídicos prospectivamente, de modo a avaliar sob um critério

---

<sup>30</sup> Sobre o tema: Marinoni, L. G. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito - UFPR, n. 49, 2009.

valorativo de natureza finalística, a legitimidade de determinada conduta, instrumento ou instituição. Ou seja, almeja valorar, notadamente do ponto de vista de critérios de eficiência econômica, determinado objeto do sistema jurídico. A segunda pretende, diferentemente, fornecer elementos e perspectivas econômicas para se compreender a realidade normativa posta.

Richard Posner, em sua posição original, defendia a maximização da riqueza como critério para a valoração do direito.<sup>31</sup> Trata-se da versão correspondente às origens da dimensão normativa da análise econômica do direito, com restrita aceitação atualmente.

De fato, as propostas utilitaristas para a formulação de critérios éticos ou de justiça – e nessas faz-se a inclusão da ideia da maximização da riqueza como fator de aumento do bem-estar social – têm emprego limitado, para dizer o mínimo, em análises dogmáticas do direito. Não é viável em nosso sistema, a não ser em limitadas hipóteses, especificar determinado critério de utilidade, como, p.ex., a maximização da riqueza, como elemento de identificação do que é ou do que não é direito.

Assim, no que concerne ao objeto da presente análise, a teoria do inadimplemento eficiente, em nosso sistema, de pouco serviria para definir, por si só, qual consequência da inexecução do contrato poderia ser aplicada a determinado caso concreto – se *specific performance*, se reparação por *expectation damages* ou qualquer outro *remedie* que seja eficiente, do ponto de vista da maximização da riqueza.

Antes mesmo de se ingressar na análise realizada por Eric Posner, a propósito da acuidade econômica do modelo e de sua capacidade de fornecer cenários precisos mediante a consideração de todas as variáveis envolvidas, seria impróprio, para a nossa tradição civilista, discutir a substituição de elementos fundamentados em aspectos morais (culpa moral, má-fé, penitência, etc.) por fatores econômicos relacionados à eficiência.

Se o nosso direito, neste particular, é permeável a valores morais – e as notas acima refletem claramente essa percepção – tal fenômeno ocorre na formação das normas jurídicas, que, atualmente, encontram-se positivadas no Código Civil. Ou seja, para que

---

<sup>31</sup> Para o referido autor, “The demand of justice is not independent of its price.” Posner, R. A. The Economic Approach to Law. *Texas Law Review*, 53, 757. 1975. P. 778.

se viabilize a discussão sobre a fonte axiológica das normas que regem o tema, haveria de se suprimirem as próprias normas, o que não seria possível no âmbito da aplicação das normas ao caso concreto por decisões judiciais.

No âmbito da *common law*, é possível aventar-se de maior abertura, por parte do Judiciário, para estabelecer normas jurídicas que não decorram diretamente de uma norma legislada, pelo emprego da sistemática de precedentes, e, notadamente, pela ferramenta do *stare decisis*.<sup>32</sup>

Por essa razão, portanto, não é possível a importação pura e simples das discussões atualmente encontradas nos Estados Unidos a propósito do inadimplemento eficiente do contrato, sob perspectiva de utilidade econômica.

Antes, porém, faz-se necessário verificar se existe permeabilidade, do nosso sistema posto, para o emprego de argumentos dessa natureza no âmbito da regulação específica do inadimplemento contratual e suas consequências.

Nesse contexto, uma resposta apressada poderia indicar o emprego dos critérios advindos com a análise econômica do direito, no particular, para o preenchimento, quando aplicáveis, dos princípios da função social e/ou do interesse público.

Nada obstante, é importante destacar que a sua conformação não é pré-determinada; depende, aprioristicamente, de um posicionamento quanto ao que seria, efetivamente, o interesse coletivo cujo princípio pretende tutelar.

O alcance do que *deve ser* o interesse coletivo a ser buscado pela aplicação da norma ao caso concreto envolve atividade interpretativa com alta carga axiológica. Nessa linha de raciocínio, para se concretizar o fim coletivo a que se propõe a o princípio da função social é possível – e, em determinadas circunstâncias, até desejável – que sejam empregadas ferramentas de natureza econômica que tenham como objetivo a maximização do bem-estar social. De fato, a determinação da função social pressupõe a identificação de uma finalidade específica almejada coletivamente. É consequência lógica, dessa premissa, a hipótese de adoção de critérios de natureza utilitarista.

---

<sup>32</sup> Nesse sentido, assevera Renè David: “a obrigação de recorrer às regras que foram estabelecidas pelos juízes (*stare decisis*), de respeitar os precedentes judiciais, é o correlato lógico de um sistema de direito jurisprudencial”. (David, R. Os grandes sistemas de direito contemporâneo (5ª ed. ed.). (H. A. Carvalho, Trad.) São Paulo: Martins Fontes. 2014, p. 428)

Em sintética conclusão, portanto, argumentos fundamentados em critérios de eficiência econômica decorrentes da teoria de que ora se trata poderiam, nesse contexto, ser empregados para a conformação, quando possível, do conteúdo dos princípios da função social da propriedade e do interesse público, pelas razões acima mencionadas, em análises das consequências do inadimplemento contratual.

Problema relevante, todavia, exsurge quando se analisa a própria adequação da aplicação dos referidos princípios, diante do arcabouço normativo já existente para a regulamentação do tema, notadamente no âmbito do Código Civil.

Na essência dessa discussão encontra-se o tema da autonomia do direito civil contemporâneo, e a complexa relação entre direito público e privado, abordado por Otávio Luiz Rodrigues Junior.<sup>33</sup> A propósito, relembra, o autor, da crítica desenvolvida por Antonio Junqueira de Azevedo quanto ao emprego excessivo e desnecessário da função social, boa-fé, ordem pública e interesse público, conceitos esses que ele, Antonio Junqueira de Azevedo, denominava, em conjunto, de “*o bando dos quatro*”.<sup>34</sup>

Por certo, portanto, não se defende a utilização do princípio da função social ou do interesse público como “cavalos de Troia”, para se empregar a expressão de Rodrigues Junior.<sup>35</sup> Diferentemente, propõe-se análise intrassistêmica, tal como acima explicitado, para que seja possível a colheita de contribuições advindas com os instrumentos acima descritos.

No que concerne ao inadimplemento e suas consequências, fundamentos decorrentes de análises econômicas relacionadas à eficiência das prestações e respectivos remédios podem ser empregados, efetivamente, para o preenchimento do conteúdo normativo de expressões de teor semântico aberto constantes do próprio ordenamento positivado.

---

<sup>33</sup> O tema foi explorado em sua Tese de Livre-Docência apresentada ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, posteriormente publicada: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2018.

<sup>34</sup> A propósito, assevera Antonio Junqueira de Azevedo: “Após o da lei, veio o paradigma do Juiz, daquele tempo em que o Estado era intervencionista; ele usava os famosos conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais. Esses conceitos jurídicos indeterminados eram principalmente o que chamo de ‘bando dos quatro’ – à moda daquela revolução cultural comunista –, quais sejam: função social, boa-fé, ordem pública e interesse público.” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo. (Orgs.). Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais) v. 3. Cap. 30. P. 622.

<sup>35</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2018. P. 338.

Nesse sentido, menciona-se a possibilidade de redução equitativa da cláusula penal, prevista no artigo 413, na hipótese em que “*o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio*”.

Nesse caso, para que seja possível o desenvolvimento de argumentos fundados em critérios objetivos no que concerne à natureza e finalidade do negócio – notadamente considerando as transações econômicas que constituem a regra geral – vis-à-vis a pretensa excessividade da penalidade contratual, certamente dever-se-ão ser empregadas ferramentas típicas da análise econômica do direito, com vistas a identificar o equilíbrio existente entre as pretensões econômicas inerentes ao contrato e a reparação pretendida.

Essa operação, quando atendidos os requisitos legais, representaria, em *ultima ratio*, a redução de uma cláusula desproporcional à razão de algo equivalente ao *expectation damages*, da doutrina estrangeira, acima explicitada.

A regra do artigo 413 do Código Civil é complementada, para os casos gerais de responsabilidade civil, com a do artigo 944, que explicita que a indenização se mede pela extensão do dano, e, especificamente, com o seu parágrafo único, que estipula que “*se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização*”.

Nessa linha de raciocínio, defende-se que as expressões “*excessiva desproporção*”, “*gravidade da culpa e o dano*” e “*redução equitativa*” não devem ser interpretadas, tão-somente, por critérios subjetivos relacionados à reprovabilidade da conduta do agente, sob a perspectiva de uma culpabilidade de perfil axiológico.

A análise da norma jurídica decorrente da aplicação do dispositivo em questão pressupõe a compreensão objetiva do negócio jurídico, em seu perfil material, ou seja, eminentemente econômico, notadamente quando se tratar de responsabilidade civil por *danos materiais* decorrentes de inadimplemento de cláusula contratual. Nessa hipótese, é necessária a análise de variáveis eminentemente econômicas envolvidas na operação, como, *v.g.*, finalidade econômica do negócio, expectativas mútuas de ganho, prejuízos materiais, lucros cessantes, custos de administração do inadimplemento (gastos com negociações com fornecedores, clientes, etc.), dentre outras eventualmente incidentes.

Nessas hipóteses, portanto, e consideradas as circunstâncias do caso concreto, a teoria do inadimplemento eficiente do contrato poderá fornecer ferramentas relevantes de análise, para o fim de conformação dos conceitos abertos previstos nos referidos dispositivos, desde que, evidentemente, aplicáveis.

Outra hipótese aventada – porém de aplicação bastante restrita – é a de resolução do contrato por onerosidade excessiva prevista no artigo 478 do Código Civil.<sup>36</sup>

Pela complexidade do tema, não é cabível, nesta oportunidade, a realização de exame pormenorizado dos requisitos formais, subjetivos e objetivos necessários para a verificação da aplicabilidade da teoria da imprevisão a casos concretos.

Trata-se, a rigor, de medida importante, no que concerne às consequências do inadimplemento, por se tratar, exatamente, de hipótese em que o devedor, legitimamente, está autorizado a se liberar de uma ordem para o cumprimento específico da obrigação. Para se realizar uma análise comparativa, é possível concluir que o artigo 478 estabelece, na hipótese que regula, os requisitos legais para que seja possível o *relief* da disciplina estrangeira.

Resumidamente, e em sua dimensão objetiva, o dispositivo exige, além da imprevisibilidade, uma modificação no equilíbrio contratual em decorrência de alteração superveniente de circunstâncias fáticas. O desequilíbrio, evidentemente, deverá ser aferido economicamente, e à luz das finalidades do próprio negócio.

Para tanto, as ferramentas apresentadas também poderão se demonstrar de utilidade para o fim de se estabelecer critérios objetivos para aferição das posições contratuais, eventuais cenários de cumprimento ou descumprimento contratual e respectivas consequências.

## 5. Conclusão

---

<sup>36</sup> Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Foram demonstrados os principais aspectos da teoria do inadimplemento contratual eficiente (*doctrine of efficient breach of contract*), assim como algumas de suas fragilidades, principalmente se considerado o propósito para o qual foi originalmente formulada.

Como se viu acima, a aceitação da teoria encontra resistências inclusive em seu país de origem e, especificamente, para os estudiosos de *law & economics*. Discute-se, inclusive, a pouca recepção da teoria em outros países afiliados à tradição da *common law*, como a Inglaterra.<sup>37</sup>

Além das críticas intrínsecas ao próprio modelo, no âmbito da *civil law* a recepção se torna ainda mais desafiadora.

De início, foi possível concluir pela incompatibilidade entre a versão original, com seus fundamentos pretensamente não axiológicos e seus propósitos prospectivos em relação à valoração dos “*remedies*”, para o fim de definir qual seria o mais adequado em função de critérios de eficiência econômica.

Afastou-se, pois, de nossa tradição *civil law* qualquer possibilidade de discussão a respeito da preferência ou não por esse ou aquele valor moral que instrui a carga valorativa da norma positivada, para o fim de estabelecimento da consequência do inadimplemento contratual mais consentânea com critérios de eficiência econômica.

Concluiu-se, por outro lado, que é possível, todavia, respeitadas as normas postas que regulam o inadimplemento contratual e suas consequências, a utilização de instrumentos e fundamentos elaborados no âmbito da teoria do inadimplemento eficiente do contrato.

Nesse sentido, muito embora seja possível a conformação do conteúdo normativo do princípio da função social e do conceito indeterminado do interesse público com fundamento em critérios provenientes da referida teoria, há que se ponderar, devidamente, a viabilidade da aplicação dos princípios diretamente aos casos concretos, sem a devida mediação pela legislação incidente. Promoveu-se, nessa linha

---

<sup>37</sup> SCALISE JUNIOR, 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*. v. 55. 2007. Pp. 763

de raciocínio, o devido apontamento ao uso excessivo e indiscriminado dos princípios como “cavalos de Troia” do ordenamento jurídico.

Por fim, demonstrou-se permeabilidade (muito embora limitada) das normas incidentes no tema ora em análise, de modo a viabilizar, nos termos acima explicitados, o uso de ferramentas e elementos de análise específicas de eficiência econômica.

## 6. Referências bibliográficas

ALVIM, Agostinho. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva. 1980.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. In: FACHIN, Luiz Edson e TEPEDINO, Gustavo. (Orgs.). Obrigações e contratos: contratos: princípios e limites. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais) v. 3. Cap. 30. Pp. 615 – 624

BIRMINGHAM, Robert L., Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. Articles by Maurer Faculty. Paper 1705. 1970. Pp. 273-292.

COASE, Ronald H.. The Problem of Social Cost. Journal of Law and Economics, v. 3. The University of Chicago Press. 1960. Pp. 1-44.

DAVID, R. Os grandes sistemas de direito contemporâneo (5<sup>a</sup> ed.). São Paulo: Martins Fontes. 2014

DUGUIT, L. Les Transformations Générales du Droit Privé Depuis le Code Napoléon. Paris: Librairie Félix Alcan. 1912. P. 21.

LINZER, Peter. On the Amoralité of Contract Remedies – Efficiency, Equity, and the Second “Restatement”. Columbia Law Review. V. 81, N. 1. Columbia Law Review Association, Inc. (Jan. 1981) pp. 111-139.

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos. São Paulo: Editora Martin Claret. 2002

MACNEIL, Ian R. Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky. Virginia Law Review. v. 68 n.5. 1982. Pp. 947-969

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018.

POSNER, Eric. A. Análise econômica do direito contratual após três décadas: sucesso ou fracasso?. São Paulo: Saraiva. 2010.

\_\_\_\_\_. Contract Law and Theory. 2<sup>a</sup> Ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer. 2016.

RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz. Direito civil contemporâneo: estatuto epistemológico, constituição e direitos fundamentais. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2018.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. Evolução Contemporânea do Direito Contratual. In: Problemas de direito positivo: estudos e pareceres. \_\_\_\_\_. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2004.

SCALISE JUNIOR, 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*. v. 55. 2007. Pp. 721-766

SILVA, Clovis do Couto e. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2006.

civilistica.com

Recebido em: 16.1.2019  
Aprovado em:  
25.11.2019 (1º parecer)  
10.12.2019 (2º parecer)

**Como citar:** NUNES, Raphael Marcelino de Almeida. O inadimplemento eficiente do contrato: perspectivas de aplicação no direito civil brasileiro. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 8, n. 3, 2019. Disponível em: <<http://civilistica.com/o-inadimplemento-eficiente/>>. Data de acesso.