

Da (im)possibilidade de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente em contratos futuros de *commodities* agrícolas

Lucas Müller ZANIZ*

Oswaldo Agripino de CASTRO JUNIOR**

RESUMO: O presente artigo objetiva discutir a possibilidade de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente em contratos futuros de *commodities* agrícolas. Dessa forma, o texto faz uma breve abordagem sobre os elementos relevantes desse tipo de contrato, que possui características específicas, bem como apresenta as características gerais desta teoria, originada no âmbito da “Análise Econômica do Direito”, escola de pensamento que prega a importância da utilização de conceitos próprios da Economia para um melhor entendimento e aplicação do Direito. Mais adiante, é discutido se tal teoria, oriunda da *Common Law*, é conciliável com o regramento (tanto material quanto processual) do Direito das Obrigações brasileiro. Por fim, é apresentada uma conclusão acerca da viabilidade de aplicação da teoria aos contratos em questão.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Obrigações; contrato futuro de *commodities* agrícolas; inadimplemento eficiente; Análise Econômica do Direito.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Os contratos futuros de *commodities* agrícolas: caracteres elementares; – 3. O inadimplemento eficiente e a evolução do conceito; – 4. Da possibilidade de recepção da teoria do inadimplemento eficiente pelo Direito brasileiro; – 5. Da incompatibilidade entre a teoria do inadimplemento eficiente e os contratos futuros; – 6. Considerações finais; – Referências.

TITLE: *About the (Im)Possibility of Applying the Efficient Breach Doctrine on Agricultural Commodities Futures Contracts*

ABSTRACT: *The aim of this article is to discuss the possibility of applying the efficient breach theory to agricultural commodities futures contracts. Therefore, at first, a quick approach is made to the most relevant elements of this type of contract, which have a very particular regulation. Next are presented the general characteristics of the refereed theory, originated in the scope of the "Economic Analysis of Law", a school of thought that preaches the importance of using economic concepts for a better understanding of Law and to the decision making. Further on, it is discussed whether such theory is reconcilable with the rules (both material and procedural) of the Brazilian Law of Obligations. In the end, it is presented a conclusion regarding the feasibility of applying said theory to such contracts.*

KEYWORDS: *Law of Obligations; agricultural commodities futures contract; efficient breach; Economic Analysis of Law.*

* Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica e Especialista em Direito da Aduana e do Comércio Exterior pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX) da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Advogado. E-mail: lucas.mullerzaniz@edu.univali.br.

** Professor do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Professor visitante do *International Maritime Law Institute* (IMO-IMLI). Professor convidado da Escola de Guerra Naval (EGN), da Marinha do Brasil. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). *Senior Fellow* do *Mossavar-Rahmani Center for Business and Government*, da *Harvard University* (2007-08). *Visiting Scholar* na *Stanford Law School* (2000). Advogado. E-mail: agripino@univali.br.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. The agricultural commodities futures contracts: elementary features; – 3. The efficient breach and its Evolution as a concept; – 4. About the possibility of reception of the efficient breach doctrine by the Brazilian Law; – 5. About the incompatibility of the efficient breach doctrine and the futures contracts; – 6. Final considerations; – References.

1. Introdução

Quando mencionado o vocábulo *commodity*, na maior parte das vezes, o interlocutor possui em mente matérias-primas, isto é, bens utilizados nas fases iniciais de um ciclo de produção, como grãos, minérios e combustíveis fósseis.¹

Nada obstante existirem outras definições e classificações possíveis, sobretudo a também usual distinção entre *commodities* primárias e secundárias (produtos derivados das *commodities* primárias, como é o caso do aço em relação ao ferro e da gasolina quanto ao petróleo),² a palavra é largamente subentendida em seu sentido genérico, para representar todas essas categorias, de modo que tal prática será mantida no presente artigo.

O foco deste estudo, como pode ser observado no próprio título, serão as *commodities* agrícolas. Referido conceito abrange não apenas grãos (como soja, milho e trigo), mas também proteínas (carnes, leite, ovos etc.) e seus derivados (laticínios, ovos etc.), dentre outras práticas agropecuárias.³

Estas, muitas vezes, também são descritas coletivamente sob a rubrica *soft* (inglês para “macia”), contrapostas às ditas *hard commodities* (isto é, *commodities* “duras”), sendo que habitualmente o que diferencia umas das outras é que as primeiras seriam aquelas “que já estão ‘prontas’ no chão” (como o petróleo, o carvão e o cobre), enquanto as últimas representariam tudo aquilo que antes precisa “crescer”.⁴

Mais especificamente, dentro do universo das *commodities* agrícolas, o cerne da discussão traçada adiante será o que envolve os chamados contratos futuros, ou seja, a venda antecipada das referidas *commodities*.

¹ PRIOLON, Joël. Introduction. In: PRIOLON, Joël (ed.). *Financial Markets for Commodities*. Hoboken, NJ: John Wiley & Sons, 2019. p. xiii.

² RADETZKI, Marian; WARELL, Linda. *A Handbook of Primary Commodities in the Global Economy*. 3^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020. pp. 28-33.

³ Por exemplo, o *Code of Laws of the United States of America*, compilação oficial de leis federais dos Estados Unidos da América, no § 1518 de seu *Title 7*, é dedicado inteiramente à regulação da agricultura e do seu mercado em todo o território do país, definindo frutas (nomeadamente laranjas, maçãs, uvas, dentre outras), crustáceos, moluscos, anfíbios, répteis e até mesmo madeiras como *commodities* agrícolas.

⁴ RADETZKI, Marian; WARELL, Linda. *A Handbook of Primary Commodities in the Global Economy*. p. 103.

A venda de *commodities* agrícolas de forma antecipada se dá pelas mais diversas razões, mas, primaz dentre todas, sem dúvida, pelo desejo das partes em reduzir os riscos atrelados à variação dos preços no mercado (e, por vezes, também do câmbio, no caso de determinadas *commodities*).

A oscilação dos preços das *commodities* em geral é constante. No caso das *commodities* agrícolas, são preponderantes fatores como a quebra da produção (sobretudo causada por distúrbios climáticos, como seca, chuvas e geadas), que geram desequilíbrios entre oferta e demanda em dado momento.⁵

Neste cenário, ao vendedor (particularmente quando este for o produtor) interessa a fixação antecipada dos valores da venda, posto que assim garantirá uma certa margem de rentabilidade (caso já saiba quanto deverá dispor para produzir a *commodity* em questão, como, por exemplo, despesas operacionais com sementes, fertilizantes, defensivos, equipamentos, mão-de-obra etc., na hipótese do cultivo de cultivos agrícolas – ou então ração, medicamentos, assistência veterinária etc., no caso de uma atividade pecuária).

Do mesmo modo, tal fixação prévia poder ser benéfica ao comprador, visto que a alta no preço da *commodity* pode comprometer a rentabilidade da sua atividade,⁶ sobretudo em mercados altamente competitivos, onde o repasse do aumento de custos ao consumidor final pode não ser possível.⁷

Ante tais circunstâncias, a notícia de episódios de quebras de contrato futuros não chega a ser surpreendente. Dada a frequência com que sucede a venda antecipada de *commodities agrícolas*, não é raro acontecer de o valor pré-fixado ser bastante discrepante daquele praticado no mercado na data da entrega da mercadoria, o que leva muitos a ficarem tentados a não cumprir o acordo.

Tal fenômeno já foi visto com certa reiteração, por exemplo, no mercado de soja. Como amplamente reportou a imprensa especializada à época, foram ajuizadas diversas ações judiciais por produtores visando o descumprimento de contratos futuros da *commodity* na safra de 2003/04, diante da expressiva variação entre o preço fechado no momento

⁵ SCHOUGHANA, Félix; SHENG, Hsia Hua; DECOTELLI, Carlos Alberto. *Gestão de riscos no agronegócio*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 15.

⁶ MICELI, Wilson Motta. *Derivativos de Agronegócios: Gestão de riscos de mercado*. 2ª ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017. p. 19.

⁷ SCHOUGHANA, Félix; SHENG, Hsia Hua; DECOTELLI, Carlos Alberto. *Gestão de riscos no agronegócio*. p. 36.

da contratação e aquele que a soja alcançou na data da entrega (um aumento de 70%, de US\$ 10 para US\$ 17 a saca). Como resultado, deixaram de ser entregues quase uma tonelada do produto, importando em um prejuízo estimado em R\$ 1,2 bilhão aos compradores.⁸

Esta realidade desafiante torna a discussão acerca da possibilidade de recepção no Brasil da doutrina do inadimplemento eficaz (*efficient breach*), oriunda dos Estados Unidos, um assunto de muita relevância.

Fruto da escola de pensamento denominada *Law & Economics*, que defende o emprego de conceitos provenientes da ciência econômica para examinar os efeitos das normas jurídicas e das decisões judiciais (faceta descritiva) e até mesmo propor formas teoricamente mais eficazes de aplicação do Direito (faceta normativa), a doutrina (ou teoria) do inadimplemento eficaz dos contratos é uma das criações mais influentes desta.

Tendo aparecido pela primeira vez no artigo *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*, de Robert L. Birmingham, então professor da Escola de Direito da Universidade de Indiana, e publicado em 1970, a ideia geral da doutrina é a de que a Análise Econômica do Direito pode fornecer uma solução mais adequada para o problema da reparação de danos na hipótese de quebra de contrato do que as providas pelas teorias jurídicas baseadas em conceitos abstratos como o de “justiça”, demasiadamente subjetivos na ótica dos defensores daquela.⁹

Quando há um descumprimento contratual, a medida indenizatória tradicional é buscar garantir à parte prejudicada uma compensação que lhe coloque em uma posição tão boa quanto a que teria caso o contrato tivesse sido cumprido (embora esta não seja a regra em todas as áreas do Direito, por certo).

Nesta perspectiva, Birmingham propõe que considerações de eficiência econômica sejam prestigiadas, dado que estas não apenas teriam o mesmo condão de proteger os legítimos interesses do prejudicado, mas ainda estimulariam uma realocação otimizada dos ativos economicamente relevantes objetos do contrato, de modo a favorecer o funcionamento

⁸ REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERSZTAJN, Decio. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, jan./jul. 2011, p. 171; REZENDE, Christiane Leles. Estudo de caso: Cumprir ou não cumprir? O caso dos contratos de soja verde. In: SÁ, Camila Dias de et al. *Estratégias de comercialização no agronegócio: Estrutura de mercado e coordenação contratual*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015. p. 113.

⁹ BIRMINGHAM, Robert L. *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency*. *Rutgers Law Review*, Newark, v. 24, 1970. p. 292.

do mercado como um todo.¹⁰

Salta aos olhos a aparente semelhança entre o fenômeno da quebra dos contratos futuros de *commodities* agrícolas em virtude da variação entre os preços na data do contrato e na entrega da mercadoria e as situações em que a doutrina do inadimplemento eficiente teoricamente seria aplicável.

Contudo, o argumento aqui apresentado é o de que tal percepção é incoerente com a *raison d'être* dos contratos futuros, que têm características muito particulares e demandam uma abordagem também muito particular.

Com este norte em vista, o presente estudo abordará, em sua primeira parte, as configurações gerais dos contratos futuros em questão, nomeadamente dos contratos a termo negociados em balcão, mais expostos à quebra voluntária.

Na sequência, na segunda parte, será tratada, de modo não exaustivo, a doutrina do inadimplemento eficiente propriamente dito, abordando, na sequência, na terceira parte, como ela pode se coadunar com o Direito dos Contratos brasileiro, apontando a necessidade de eventuais “ajustes”.

Por fim, na quarta parte, a partir da congregação entre os atributos mais destacados dos contratos futuros de *commodities* agrícolas, serão indicados alguns motivos pelos quais a doutrina do inadimplemento eficiente não é compatível com esta modalidade contratual.

A investigação limitou-se à revisão bibliográfica, sem pretensões de conferir sistematicidade ao tema ou reconstruí-lo historicamente. A intenção foi propor uma discussão acerca dos limites da doutrina/teoria abordada, a partir das particularidades de um arquétipo contratual específico. Embora não tenha sido realizado qualquer levantamento e/ou tratamento de dados, em certas passagens o estudo sugere a necessidade de que tal conduta seja empreendida para que seja possível aferir de maneira empiricamente fundada a ideia exposta.

2. Os contratos futuros de *commodities* agrícolas: caracteres elementares

Como já adiantado, no mercado de *commodities* agrícolas é frequente a venda antecipada do produto, dada a grande volatilidade dos seus preços que, muitas vezes, são

¹⁰ BIRMINGHAM, Robert L. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency, p. 292.

influenciados pelas praças internacionais (como é o caso da soja, em que a formação do preço nos principais portos exportadores leva em consideração a cotação da *commodity* na Bolsa de Chicago).¹¹

Como é intuitivo, o mercado relativo a uma determinada *commodity* gira em torno da premissa de que o produto será entregue pelo produtor. Todavia, como já referido alhures, isto pode não vir a ocorrer, por uma série de motivos (desde uma quebra de safra, até a recusa do produtor em performar o acordo).

Neste cenário, é natural que o mercado elaborasse mecanismos de alocação de riscos, visando reduzir incertezas e tornar mais previsíveis os possíveis ganhos esperados pelos agentes participantes.

Portanto, uma considerável parte destes instrumentos disponibilizados aos agentes no mercado não envolvem o compromisso direto de entrega física da *commodity*, mas sim são derivados destes compromissos (por tal razão, são chamados de *derivativos*).

Dentre os *derivativos*, o mais conhecido é, provavelmente, o contrato futuro, dispositivo negociado em bolsas de valores. Tais contratos, via de regra, não estabelecem a entrega física da mercadoria.¹² Sua liquidação, geralmente, é apenas financeira: o comprador, quando adquire o contrato, paga um valor “x” pelo mesmo. Quando este contrato vencer, o seu valor poderá ser, grosso modo, “x+1” ou “x-1” (ou seja, terá variado para cima ou para baixo).

Se o contrato tiver variação positiva, isto é, se o seu preço no vencimento for superior ao do momento da compra, o comprador terá embolsado referida diferença. Por outro lado, se o contrato tiver variação negativa, terá prejuízo.

Neste ponto reside a principal vantagem do contrato futuro: como ele é negociado em bolsa, o risco de inadimplemento das partes é mitigado, visto que a instituição, no mais das vezes, efetua o ajuste diário das posições.¹³

Para tanto, a bolsa em que o contrato estiver sendo negociado exige dos participantes o depósito de uma margem de garantia. Deste modo, dado que a cotação do contrato se dá

¹¹ MICELI, Wilson Motta. *Derivativos de Agronegócios: Gestão de riscos de mercado*, p. 62.

¹² MICELI, Wilson Motta. *Derivativos de Agronegócios: Gestão de riscos de mercado*, p. 71.

¹³ SCHOUGHANA, Félix; SHENG, Hsia Hua; DECOTELLI, Carlos Alberto. *Gestão de riscos no agronegócio*. p. 24.

diariamente em pregão, a bolsa realiza também diariamente os débitos e os créditos na conta em que referida margem está depositada, de acordo com a oscilação diária do preço do contrato.¹⁴

Se, na liquidação do contrato, determinada parte tiver saldo positivo na referida conta, a margem de garantia será devolvida (ou seja, terá servido como caução).¹⁵ Assim, a chance de inadimplência na data do vencimento do contrato é bastante baixa, visto que, por certa ótica, o ajuste diário força diariamente o “pagamento” do próprio contrato (além disso, a maioria das bolsas possuem os chamados “membros de compensação” – agentes do mercado que atuam como garantidores na hipótese de inadimplemento de uma das partes).¹⁶

Tal situação possibilita a exigência de margens de garantia menores do que as que seriam necessárias, caso as posições contratuais fossem liquidadas apenas na data do vencimento, visto que, neste caso, o impacto da oscilação nos preços seria sentido de uma só vez pelas partes.¹⁷

Além disto, com o ajuste diário, é possível às partes avaliar constantemente se a sua posição (e conseqüente exposição ao risco) continua a ser vantajosa. Não é incomum a reconsideração da conveniência do contrato pela parte quando instada pela bolsa a aumentar a sua margem de garantia (episódio conhecido como “chamada de margem”), por conta do valor depositado inicialmente não mais ser suficiente para cobrir os ajustes diários.¹⁸

Quando isto ocorre, a liquidez proporcionada por um contrato negociado em bolsa de valores permite à parte insatisfeita com a oscilação dos preços negociar sua posição contratual com um terceiro.¹⁹ Na verdade, essa é uma das características mais prezadas de um ativo listado na bolsa: a possibilidade de se desfazer dele com maior facilidade.

¹⁴ MICELI, Wilson Motta. *Derivativos de Agronegócios: Gestão de riscos de mercado*. p. 75.

¹⁵ SHOUCIANA, Félix; SHENG, Hsia Hua; DECOTELLI, Carlos Alberto. *Gestão de riscos no agronegócio*. p. 29.

¹⁶ SHOUCIANA, Félix; SHENG, Hsia Hua; DECOTELLI, Carlos Alberto. *Gestão de riscos no agronegócio*. p. 33.

¹⁷ SHOUCIANA, Félix; SHENG, Hsia Hua; DECOTELLI, Carlos Alberto. *Gestão de riscos no agronegócio*. p. 25.

¹⁸ SHOUCIANA, Félix; SHENG, Hsia Hua; DECOTELLI, Carlos Alberto. *Gestão de riscos no agronegócio*. p. 30.

¹⁹ SHOUCIANA, Félix; SHENG, Hsia Hua; DECOTELLI, Carlos Alberto. *Gestão de riscos no agronegócio*. p. 25.

Como pode ser observado, o inadimplemento, sobretudo a recusa da entrega do produto, nos contratos futuros negociados em bolsas de valores não chega a ser um problema que tire o sono das partes.

Isto corre, mormente, porque, através do mecanismo de ajustes diários, as partes têm diminuída a sua tentação para inadimplir, mesmo naquela minoria de contratos que possuem como requisito a entrega da coisa (o que não tem tanto impacto, visto que a diferença entre os preços praticados nos mercados à vista e futuro na data do vencimento do contrato futuro tendem a convergir, dado que praticamente sempre haverá comprador disposto, em qualquer dos mercados, a vender no outro enquanto persistir a discrepância).²⁰

O mesmo, entretanto, não pode ser dito quanto aos chamados contratos “a termo”. Tais contratos, a rigor, também são contratos futuros (neste sentido, os contratos acima descritos seriam contratos futuros *stricto sensu*), dado que sua arquitetura igualmente envolve a venda antecipada de um produto.

Os contratos “a termo” são realizados fora do ambiente institucional de uma bolsa de valores, geralmente no mercado de balcão. Este mercado, por sua vez, poderá ser “organizado” ou “não organizado”. A diferença entre ambos, de forma resumida, é que, no primeiro, a negociação dos valores mobiliários deverá ser registrada (podendo ter sua divulgação diferida), bem como que é admitida a atuação direta dos interessados na compra ou na venda do ativo, sem a necessidade de intervenção de um intermediário. Além disto, a administração do mercado de balcão organizado deverá ser exercida apenas por entidades autorizadas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM).²¹

Neste sentido, a ausência no mercado a termo de um mecanismo que “renove” constantemente o comprometimento das partes (como faz o ajuste diário no mercado futuro, através da sucessiva redistribuição de ganhos e perdas) torna muito mais provável um inadimplemento, tanto do comprador quanto do vendedor, se presente uma grande oscilação entre o preço contratado e aquele praticado pelo mercado à vista no vencimento do contrato.²²

Além disto, a menor liquidez do mercado a termo (muitas negociações sequer são

²⁰ MICELI, Wilson Motta. *Derivativos de Agronegócios: Gestão de riscos de mercado*. p. 76.

²¹ Vide as disposições dos Capítulos II, III e IV da Instrução CVM nº 135, de 10 de junho de 2022.

²² MICELI, Wilson Motta. *Derivativos de Agronegócios: Gestão de riscos de mercado*. p. 20.

públicas) geralmente não permite a convergência entre o preço contratado e aquele encontrado à vista, diferentemente do que ocorre no mercado futuro.

Por fim, cabe mencionar que afora os contratos a termo negociados em balcão, é também habitual a contratação da venda futura de *commodities* agrícolas diretamente entre o produtor e o comprador (frequentemente *tradings* ou indústrias processadoras), sem a intervenção de intermediários (como instituições financeiras).²³

Tais contratos, que, diferentemente daqueles negociados nos mercados futuro e a termo, não são classificados como valores mobiliários, podem envolver tanto o pagamento diferido da mercadoria quanto o pagamento antecipado. Há, ainda, casos em que o pagamento (ou parte dele) sequer ocorre através de pecúnia, mas sim pela oferta de insumos ao produtor (os chamados “*barters*”).

O risco do inadimplemento está presente em todas essas modalidades contratuais praticadas fora do mercado futuro propriamente dito (o da bolsa de valores), razão pela qual frequentemente há discussões na esfera judicial acerca da possibilidade de resolução ou revisão do contrato, usualmente baseadas no argumento de que a oscilação do preço foi majorada para além do normal por conta de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis.

Entretanto, matéria tão interessante quanto é a interrogação acerca da viabilidade de extinção do contrato futuro (aqui referido *lato sensu*) envolvendo a compra e venda de *commodities* agrícolas quando o cumprimento do contrato por uma das partes não seja uma medida eficiente. Isto é, admitir que não seja adimplido o contrato mesmo quando ausentes eventos extraordinários e/ou imprevisíveis, mas sim porque simplesmente é concebível uma alternativa mais eficiente (isto é, que gere melhores resultados para os envolvidos).

3. O inadimplemento eficiente e a evolução do conceito

Como ressaltado na introdução do presente artigo, a tese de que seria possível o inadimplemento eficiente de obrigações foi pela primeira vez proposta por Robert L. Birmingham, em 1970.

²³ REZENDE, Christiane Leles. Estudo de caso: Cumprir ou não cumprir? O caso dos contratos de soja verde. In: SÁ, Camila Dias de *et al.* *Estratégias de comercialização no agronegócio: Estrutura de mercado e coordenação contratual*. p. 101.

Antes de todo o mais, cumpre ressaltar que a teoria da *efficient breach* já não ocupa um lugar de destaque no ambiente da Análise Econômica do Direito há muito tempo, dado que o seu foco de certo modo exagerado na dicotomia “adimplemento / inadimplemento” não se justifica em muitos casos.²⁴

Isto ocorre porque, por exemplo, a aferição da eficiência de um inadimplemento deve levar em conta não apenas seus efeitos *ex nunc*, mas também ter em consideração possíveis reflexos *ex tunc* – isto é, quando a quebra do contrato impacta o negócio antes mesmo de acontecer.²⁵

Imagine-se o caso de um contrato de compra e venda de um certo insumo agrícola (uma colheitadeira, por exemplo). Neste sentido, a decisão do comprador sobre as características da máquina a ser adquirida é influenciada por uma série de questões, como a extensão da área a ser cultivada, o seu relevo, a distância entre o local da colheita e o do armazenamento etc.

Assim, caso as particularidades do terreno e a logística da operação permitam o deslocamento da própria máquina até o local de armazenamento, poderá ser preferida uma colheitadeira de maior porte, com tanque graneleiro apto a proporcionar o rendimento esperado. Todavia, na hipótese de existirem obstáculos, como uma grande distância a ser percorrida pela máquina, poderá ser mais proveitoso investir também em carretas graneleiras (as chamadas “bazucas”), para que estas efetuem referido trajeto até o local de depósito enquanto aquela continua a operar.

Neste cenário fictício, fica claro que o raciocínio econômico a ser engendrado pelo comprador da colheitadeira não se resume ao preço para adquirir o insumo, mas também a outros investimentos necessários para que a operação do mesmo seja a mais produtiva possível.

Partindo desta perspectiva, caso a tese do inadimplemento eficiente dos contratos seja algo possível, isto é, que possua sólida recepção pelo sistema jurídico local, é bem provável que tal circunstância afete também o raciocínio econômico das partes contratantes.

²⁴ KATZ, Avery W. Economic Foundations of Contract Law. In: KLASS, Gregory; LETSAS, George; SAPRAI, Prince. *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 184.

²⁵ KLASS, Gregory. Efficient Breach. In: KLASS, Gregory; LETSAS, George; SAPRAI, Prince. *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014. p. 375.

No exemplo acima, se o comprador sabe que o contrato de compra e venda poderá ser rompido pelo vendedor caso o inadimplemento seja considerado eficiente por um magistrado (na hipótese de a disputa ser levada ao Poder Judiciário), ele poderá pensar duas vezes ao investir em outros insumos, complementares ao emprego da colheitadeira (como as citadas carretas graneleiras).

Em um primeiro momento, isto pode não parecer impactar a avaliação da eficiência de um possível inadimplemento do contrato, dado que a aquisição do maquinário acessório poderia também ocorrer em um momento posterior, caso de fato ocorra o adimplemento.

Todavia, nem sempre a realidade acompanha o simplismo de raciocínio que, às vezes, acompanha a teoria do inadimplemento eficiente. Basta imaginar que os equipamentos acessórios sejam importados, não possuindo similares nacionais (ou que a diferença de preço e qualidade seja muito grande entre o produto importado e o nacional, justificando a preferência pela importação).

Neste caso, o comprador da colheitadeira terá bons motivos para adquirir com antecedência tais insumos, visto que de um processo de importação pode derivar uma série de imprevistos aptos a impactar sobremaneira seus custos (como a oscilação do câmbio, o aumento de preços de frete e prêmios de seguro da carga, os sempre presentes risco de bloqueios na aduana e greves que resultem no atraso na entrega, dentre inúmeras outras variáveis).

Ocorre que se a quebra do contrato for aceitável pelo sistema jurídico, não será irracional ao comprador passar a considerar a possibilidade de não adquirir antecipadamente os insumos acessórios, postergando a decisão apenas para depois do adimplemento, se este, de fato, vier a ocorrer.

Ou seja, em tese a admissibilidade da teoria do inadimplemento eficiente pode servir como um incentivo para o comprador não buscar a eficiência máxima na sua operação²⁶ (que seria alcançada, no exemplo dado, pela aquisição prévia das carretas graneleiras). Isto é, a chance de que a quebra contratual ocorra e seja autorizada pelo sistema jurídico importaria em um custo de transação extra, oculto à primeira vista.

²⁶ KLASS, Gregory. Efficient Breach. p. 375.

Claro que pode ser objetado que tal circunstância não afasta a teoria, dado que bastaria acrescentar tal custo no cômputo a ser efetuado para aferir a eficiência do inadimplemento (isto é, se o mesmo é justificável ou não).

Entretanto, deve ser ressaltado que este é apenas um exemplo de efeitos “camuflados” que podem decorrer da aceitabilidade de quebras contratuais com base na teoria do inadimplemento eficiente. Muitas outras situações poderiam ser imaginadas (e muitas outras sequer são imagináveis, mas ainda assim tendem a ocorrer na prática).

Além disto, deve ser observado que o referido cálculo da eficiência não vem pronto, não “cai do céu”. Sua aferição não ocorre automaticamente, ela depende de esforços das partes. E tais esforços, por consequência, também têm um custo (isto é, o próprio aferimento é um considerável custo de transação).

Frequentemente tais discussões acerca da viabilidade do inadimplemento eficiente tendem a acabar perante um juiz togado, o que faz as partes incorrerem em despesas com custas judiciais e periciais, advogados etc.²⁷

Do mesmo modo, a possibilidade de quebra contratual pode levar as partes a tomarem precauções contra a mesma, que também tendem a majorar os custos da transação, como a pesquisa da própria indústria da outra parte, em busca de indícios de que o inadimplemento possa ser encarado como uma opção caso algum evento (que possa ser antevisto) ocorra.²⁸

Tal complexidade dos impasses tem levado os teóricos adeptos da Análise Econômica do Direito a vislumbrarem que o inadimplemento eficiente, para de fato ser eficiente, requer, muitas vezes, medidas auxiliares, como a estipulação de um dever contratual de cooperar com a aferição da indenização (por exemplo, determinando a obrigação do inadimplente de prestar contas quanto aos números que “justificam” o inadimplemento).²⁹

Outro ponto suscitado pelos analistas econômicos do Direito é o de que a teoria do inadimplemento eficiente restringe o teorema de Coase ao momento da decisão pelo

²⁷ KLASS, Gregory. Efficient Breach. p. 369.

²⁸ CRASWELL, Richard. Precontractual Investigation as an Optimal Precaution Problem. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 17, n. 2, jun. 1988, p. 426.

²⁹ KLASS, Gregory. Contracting for Cooperation in Recovery. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 117, n. 1, oct. 2007, p. 12.

“adimplemento ou inadimplemento” do contrato. Resumindo grosseiramente, o referido teorema é frequentemente empregado pelos defensores do inadimplemento eficiente no sentido de que os ativos que são objeto do contrato terminarão, ao fim e ao cabo, nas mãos do agente econômico que mais der valor aos mesmos (isto é, quem estiver disposto a pagar mais).³⁰

Além dessa leitura de Ronald Coase ser um tanto expansiva em relação à ideia exposta pelo autor em seu estudo original (em que não se cogita tal raciocínio para defender o descumprimento de contratos, mas sim para analisar os reflexos econômicos da intervenção judicial e/ou legal na distribuição dos custos sociais, como custos de transação que são),³¹ tem se apontado que o inadimplemento não poderá ser tido por eficiente caso não permita negociações pós-contratuais entre as partes contratantes, quando possíveis.

Isso se dá porque, a princípio, nada impede que tais negociações sejam tão ou mais eficientes do que a quebra do contrato em si (por exemplo, em um cenário em que as partes acordem um “preço de saída”, situação em que se terá a substituição da obrigação inicial por outra mais vantajosa para ambos).³²

Todas essas considerações (e são apenas algumas, dentre várias outras que poderiam ser mencionadas) denotam uma conclusão que pode parecer uma obviedade: a teoria do inadimplemento eficiente deve ser encarada, na verdade, como uma subteoria que é uma das alternativas de uma teoria maior: a teoria dos “remédios” contratuais eficientes.³³

Dado que, como observado, a simples possibilidade de uma das partes requisitar a quebra eficiente de um contrato tem o condão de influir nos custos do mesmo, parece correto deduzir que haverá casos em que outras opções tragam mais benefícios para ambas as partes (isto é, com custos menores).

Ante tal compreensão, há mesmo quem defenda que, em muitos casos, é possível a disponibilização às partes de opções semelhantes às *opções* do mercado financeiro³⁴

³⁰ KLASS, Gregory. Efficient Breach. p. 372.

³¹ COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, oct. 1960, p. 1.

³² KLASS, Gregory. Efficient Breach. p. 373.

³³ KLASS, Gregory. Efficient Breach. p. 384.

³⁴ Aqui não nos referimos ao vocábulo “opções” em seu sentido amplo, mas sim à espécie de derivativo, que surgiu primeiramente negociada em bolsa como “opções de ações”, no ano de 1973, na *Chicago Board Options Exchange* (CBOE), que até hoje mantém o maior volume de negociações deste tipo de derivativo no mundo. A importância deste mercado está relacionada à sua flexibilidade, que proporciona uma grande variedade de estratégias operacionais, tanto sob o ponto de vista de quem busca especular, quanto de quem

(contratos em que uma das partes compra ou vende um ativo subjacente por um preço determinado em uma data determinada).

Isto é assim porque as diferentes alternativas de remédios contratuais podem criar um cenário em que as partes poderão, cada uma a seu critério, no ato da negociação dos preços do contrato, estabelecer posições que funcionarão como cobertura (*hedge*), tornando este mecanismo de opções potencialmente mais eficiente do que deixar a definição do remédio contratual para depois do ato ou fato que desafie economicamente o adimplemento do contrato.³⁵

Em outras palavras, para resumir o ponto, tem-se que o inadimplemento eficiente é um conceito em constante evolução dentre os adeptos da Análise Econômica do Direito, não se podendo sintetizar uma regra geral para defender que não cumprir um contrato é a medida mais eficiente. Como exposto, será necessário levar em consideração todas as características do negócio jurídico em questão, a fim de encontrar a solução que promova o melhor resultado possível para ambas as partes.

4. Da possibilidade de recepção da teoria do inadimplemento eficiente pelo Direito brasileiro

Do exposto até aqui, não seria surpresa se o inadimplemento eficiente saltar aos olhos do leitor como um antagonista da tutela específica, ferramenta colocada à disposição do credor nas obrigações de fazer e não fazer pelo *caput* do art. 497 do Código de Processo Civil, que estabelece que “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 mesmo ocorre com as obrigações que possuem como objeto a entrega de coisa, dispondo o *caput* do art. 498 do Código de Processo Civil que “na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação”.

visa proteção contra as flutuações do mercado do qual a opção deriva (*hedge*). Sobre o tema, ver: CUNHA, Jefferson da; COSTA JR., Newton C. A. da. Influência e Causalidade entre o Mercado de Ações e o Mercado de Opções: Revisão de Literatura e Novos Resultados. *Revista de Administração Contemporânea*, Maringá, v. 10, n. 1, jan./mar. 2006, p. 31-54.

³⁵ MAHONEY, Paul G. Contract Remedies and Options Pricing. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 1995, p. 144.

De fato, da simples leitura dos artigos em questão, bem como do art. 499 que lhes segue, nota-se a clara opção do legislador pátrio pelo adimplemento das obrigações, mesmo que pelo jugo do Poder Judiciário: 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.

Válido mencionar que o art. 500 complementa o art. 499 firmando 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”.

Ocorre que os dispositivos do Código de Processo Civil devem ser lidos sistematicamente. Como visto, a teoria do inadimplemento eficiente não prega simplesmente que toda e qualquer obrigação deixe de ser cumprida, mas sim apenas aquelas em que, comprovadamente, o inadimplemento é mais eficiente do que o adimplemento.

Além disto, deve ser acrescentado: o inadimplemento deve ser eficiente tanto para o devedor, quanto para o credor da obrigação. Como Richard Posner, um dos grandes entusiastas da teoria, passou a pontuar jocosamente a partir da 3ª edição de sua icônica obra *Economic Analysis of Law*, se o devedor buscar o inadimplemento meramente por oportunismo, sem que reverta em qualquer benefício ao credor, o leitor poderia utilizar o próprio livro de Posner para arremessá-lo contra o referido devedor.³⁶

Neste sentido, deve ser observado que o art. 8º do Código de Processo Civil determina que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”.

Isto é, o referido dispositivo, que assume a feição de postulado normativo aplicativo, impõe ao magistrado, quando da aplicação do ordenamento jurídico, o dever de agir com proporcionalidade e razoabilidade, prestigiando a legalidade, a publicidade e a eficiência.

É de se assinalar que postulados normativos aplicativos são, conforme Humberto Ávila, normas de segundo grau, que trazem diretrizes metódicas que se dirigem ao intérprete

³⁶ POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 3ª ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986. p. 105.

relativamente à interpretação (e aplicação) de outras normas (de primeiro grau). São, portanto, metanormas.³⁷

Deste modo, a primazia da tutela específica na execução das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, que parece tão evidente à primeira vista, não é na realidade tão “preto no branco”.

Diante do dever do magistrado de, ao aplicar o ordenamento jurídico, observar a proporcionalidade e a razoabilidade das normas jurídicas incidentes no caso concreto, a fim de atender “aos fins sociais e às exigências do bem comum”, tem-se por admissível a existência de “zonas de penumbra”, nas quais a tutela específica poderá não ser o expediente mais adequado para a satisfação da obrigação, mesmo que esta seja plenamente possível ou que o credor insista em seu exercício.³⁸

Nestes cenários hipotéticos, em que o preto e o branco se tornam cinza, deverá o magistrado rejeitar a tutela específica das obrigações, sempre que a sua aplicação, por desproporcional ou irrazoável, atente contra os fins sociais e as exigências do bem comum que dão ensejo ao próprio prestígio dispensado pelo legislador à tutela específica na redação do Código de Processo Civil.

Assim, dessa leitura sistemática do ordenamento jurídico, abre-se uma janela de oportunidade para a recepção da teoria do inadimplemento eficiente, desde que, evidentemente, a sua aplicação no caso concreto possua o condão de melhor atender aos ditames do art. 8º do Código de Processo Civil do que o simples recurso à tutela específica.³⁹

Como o inadimplemento para ser tido como eficiente necessita trazer mais valor do que o adimplemento da obrigação tanto ao devedor quanto ao credor, é admissível crer que a aceitabilidade da teoria em determinados casos concretos possa produzir resultados mais pertinentes aos fins sociais e às exigências do bem comum do que meramente conceder a tutela específica.

³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 167.

³⁸ Ou seja, mesmo que não estejam presentes os critérios para a conversão em perdas e danos da prestação de fazer, não fazer ou entregar coisa, elencados pelo art. 499 do CPC.

³⁹ Ou da tutela do resultado prático equivalente, que é uma das alternativas expressamente colocadas à disposição do juiz, no caso das obrigações que tenham por objeto a prestação de fazer ou não fazer, conforme dispõe o *caput* do art. 497 do CPC.

É de se ter em mente que a constatação da eficiência do inadimplemento nem sempre será autoevidente. Na verdade, provavelmente quase nunca será. Deste modo, ao “cálculo” da eficiência devem ser acrescentados os custos da sua própria aferição, mormente quando o mesmo for suscitado em juízo, como já exposto anteriormente no decorrer do presente texto.

Assim, ainda que se admita que o inadimplemento eficiente possa em tese ser o meio mais apropriado para resolver uma disputa quanto ao cumprimento (ou não) de uma determinada obrigação, tem-se que, nada obstante, o juiz deve prestigiar a tutela específica, apenas adotando a teoria de viés econômico nos casos em que o devedor comprove de modo cabal que o inadimplemento trará mais benefícios para ambas as partes do litígio.

Além disso, deve ser pontuado que um dos elementos que compõem a metanorma do art. 8º do Código de Processo Civil é a obrigação de o magistrado, ao aplicar o ordenamento jurídico, observar a eficiência dos seus atos. Nisto, por certo, não estão apenas insertos os atos meramente procedimentais (a eficiência do processo em si), mas a eficiência do próprio ordenamento jurídico.

Isto é porque a redação do dispositivo em questão claramente não se restringe à aplicação das normas do Código de Processo Civil, mas estende-se a todo o ordenamento jurídico, em sua inteireza. A redação expressamente assim determina: “ao aplicar o *ordenamento jurídico* [...]”.

Em vista disto, tem-se uma nítida prescrição ao magistrado quanto ao modo de aplicar o direito material no caso concreto posto em juízo. A rigor, a disposição do art. 8º poderia muito bem-estar inserida no âmbito da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, pois seu teor manifestamente muito se assemelha com o de outros postulados normativos presentes naquela norma, como os trazidos pelos arts. 5º⁴⁰ e 20.⁴¹

Em outras palavras, o fato de a norma estar inserida no bojo do Código de Processo Civil é uma mera circunstância, não legitimando uma interpretação restritiva que limite a locução “ordenamento jurídico” apenas às normas jurídicas de cunho procedimental presentes no código em questão, sob pena de manifesta supressão do seu sentido.

⁴⁰ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

⁴¹ Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.

De outro modo não pode ser até porque uma parte considerável dos preceitos do Código de Processo Civil conferem eles próprios direitos materiais: a tutela específica, por exemplo, além de um procedimento típico da execução, toma para si também os predicados de um direito do credor.

Quando o art. 8º dispõe que, “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum”, por certo tem em conta ambas as faces dos *caputs* dos arts. 497 e 498: o procedimento (a concessão da tutela específica) e o direito material (a prerrogativa do credor de se valer da referida tutela).

Por fim, quanto à questão da primazia da tutela específica, deve ser tido ainda em consideração a disposição trazida pelo *caput* do art. 805 do Código de Processo Civil, que determina que “quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado”.

A princípio, permanece inalterado o legítimo interesse do credor na tutela específica das obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa, dado que o ônus de comprovar que tal tutela não é razoável, proporcional ou eficiente compete necessariamente ao devedor.

Entretanto, uma vez que este se libere deste fardo probatório, demonstrando categoricamente que o inadimplemento beneficiará mais ambas as partes do que a simples concessão da tutela específica, tem-se por satisfeita a exigência elencada no parágrafo único do referido art. 805 (“ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados”).

Neste cenário, caso o credor insista na tutela específica da obrigação, estar-se-á, provavelmente, diante de uma conduta abusiva. É inquestionável que a execução se faz no interesse do credor. Entretanto, faltar-lhe-á interesse processual na medida caso este seja incapaz de apresentar motivos para sustentar a sua preferência pela tutela específica ante a demonstração pelo devedor de que o inadimplemento seria mais profícuo para ambos, visto que tal tutela nem lhe será útil, bem como tampouco necessária.

Não será útil porque a parte é incapaz de justificar sua predileção pelo adimplemento, ante a evidência de que o inadimplemento lhe será mais benéfico; e não será necessária porque o devedor já apresentou uma alternativa mais proveitosa ao credor do que aquela que ele busca através da tutela específica.

Superada a interrogação suscitada acerca da suposta incompatibilidade entre a teoria do inadimplemento eficiente e o notável primado de que goza a tutela específica no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se ainda possíveis objeções no sentido de que referida teoria seria inconciliável com o princípio da boa-fé objetiva, cimentado no art. 422 do Código Civil.⁴²

O dispositivo em questão não exprime com clareza no que importaria “agir de acordo com a boa-fé”. Trata-se de uma cláusula geral propositalmente vaga, dado que direcionada a firmar um padrão de conduta ajustável aos valores que instruem o ordenamento jurídico. Esta vagueza se justifica diante da dificuldade (ou manifesta impossibilidade) de se “tipificar” com exatidão o comportamento esperado dos agentes. Desta forma, o legislador opta por recorrer a tal técnica, apta a propiciar, através da porosidade que lhe é intrínseca, a sistematização dos arquétipos valorativos que ingressam no bojo do Direito posto.⁴³

Por fugir ao escopo do presente estudo, optar-se-á por passar ao largo da vasta discussão doutrinária acerca do tema e atribuir ao referido princípio o significado pelo qual o mesmo é mais corriqueiramente identificado: o de uma tutela da lealdade e da confiança,⁴⁴ conceito este derivado da dicção do § 242 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)⁴⁵ – o Código Civil alemão.

Acontece que, como pode ser extraído da redação do art. 422 do Código Civil, o modelo de conduta proveniente da boa-fé objetiva impõe-se à ambas as partes (“os *contratantes*”), não apenas ao devedor. Tal circunstância, inerente ao princípio em questão, já era notada por Clóvis do Couto e Silva muito antes do texto do mencionado dispositivo entrar em vigor junto ao Código Civil.⁴⁶

⁴² Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁴³ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para a sua aplicação*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 283.

⁴⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para a sua aplicação*. p. 489.

⁴⁵ § 242 *Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*. Na tradução feita por Antônio Menezes Cordeiro: “O devedor deve cumprir a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico jurídico” (vide CORDEIRO, Antônio Menezes. *Da Boa Fé no Direito Civil*. 7ª ed. Lisboa: Almedina, 2018. p. 325). Os vocábulos *Treu und Glauben*, embora em conjunto traduzidos usualmente pela doutrina como “boa-fé”, também podem ser vertidos para o vernáculo, individualmente, como “lealdade” (*Treu*) e “crença” (*Glauben*), no sentido de “acreditar em alguém”. A convergência entre os significados pode ser notada em expressões como “*in gutem Glauben handeln*” (“agir de boa fé”).

⁴⁶ SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 29.

Assim, é razoável entender que o inadimplemento eficiente não fere a boa-fé objetiva, tendo em vista que não se confunde com o mero inadimplemento da obrigação, mas sim à substituição do adimplemento por outra medida que, no caso concreto, se revela mais eficiente para ambas as partes.

Poder-se-ia dizer inclusive, sobretudo em contratos comerciais, que a obrigação foi adimplida, tendo em vista que não mais subsistirão interesses à prestação e de proteção ao credor (do contrário, não se poderá ter por “eficiente” o inadimplemento).⁴⁷

O mesmo pode ser dito quanto a outro princípio que assumiu destacada relevância no Código Civil de 2002: a função do social do contrato, estampada no *caput* de seu art. 421, em que se lê que “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”.

Muito pode ser dito acerca deste princípio cardinal da disciplina do Direito dos Contratos brasileiro, mas, para fins do presente estudo, resumimos nosso posicionamento na lição de Orlando Gomes, para quem “o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social”, disto derivando que “os contratos que regulam

⁴⁷ Toda relação obrigacional está baseada em um dever de prestar: dar, fazer ou não fazer. Esses deveres de prestação são contrapostos ao interesse à prestação. Assim, por exemplo, em um contrato de compra e venda, ao passo que o vendedor possui o dever de transferir o domínio da coisa vendida, ao comprador reflete o interesse de que o domínio da coisa vendida seja transferido para si (sendo ele próprio, o comprador, evidentemente devedor de outra prestação: pagar o preço da coisa que está sendo vendida – ao que corresponde o interesse do vendedor de recebê-lo). Nada obstante esta dinâmica de prestações, comumente referida pela doutrina como “obrigação principal”, existem outros deveres e interesses em jogo na maior parte das relações obrigacionais: (i) os deveres “acidentais” (ou “secundários”) de prestação; (ii) os deveres “anexos” (ou “instrumentais”) de prestação; e (iii) os deveres de proteção. À todas essas três ordens de deveres correspondem, naturalmente, interesses. Os deveres “acidentais” de prestação são geralmente divididos em duas espécies: os “meramente acessórios” e os “autônomos”. No primeiro caso enquadra-se, por exemplo, o dever de embalar adequadamente a coisa vendida; já no segundo a indenização por mora, no caso de atraso no cumprimento da obrigação “principal”. Os deveres “anexos” de prestação, por seu turno, são também referidos como “instrumentais”, porque estipulam não o conteúdo da prestação, mas sim o modo de prestar: a título de exemplo, o dever de informar satisfatoriamente as características e condições da coisa colocada à venda, ou a forma como deverá ocorrer o pagamento. Por fim, os deveres de proteção são aqueles que, como a própria nomenclatura denuncia, destinam-se a preservar as próprias partes contratantes. O interesse tutelado não é a prestação, mas sim a integridade da esfera jurídica das partes, na medida em que esta pode ser afetada pelo contrato. Este dever, inclusive, opera tanto “negativamente” (“não causar dano à outra parte”, por exemplo), como também “positivamente” (*v.g.*, não apenas “não causar dano”, mas ainda atuar ativamente para “mitigar o dano da outra parte – ou até mesmo o seu próprio”). Em resumo: os deveres obrigacionais coexistem aos interesses, que os justificam. Sem interesse do credor na prestação ou proteção, não há de se falar em dever do devedor. Neste sentido, um inadimplemento tido por eficiente deverá suprir todos os interesses do credor em jogo, mesmo aqueles de simples proteção, mormente aqueles em que digam respeito ao seu patrimônio e a sua reputação. Deste modo, o devedor que tencione valer-se do inadimplemento eficiente deverá demonstrar que, em que pese o descumprimento de algum dos referidos deveres, o “saldo” do inadimplemento ainda será mais benéfico ao credor do que o seu cumprimento. Em outras palavras, a análise da eficiência ou não de um inadimplemento não se resume à obrigação “principal”, mas também deverá levar em conta todos os demais interesses que possam ser afetados pelo mesmo. Para uma explanação mais profunda (e capaz) dos conceitos doutrinários relativos às obrigações expostos nesta nota de rodapé (embora sem fazer o paralelo com a teoria do inadimplemento eficiente), os autores indicam a leitura da obra *A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para a sua aplicação*, de Judith Martins-Costa, mencionada nas notas de rodapé acima, sobretudo das páginas 406 a 423.

interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos, não merecem proteção jurídica”.⁴⁸

Apesar do raciocínio do mestre baiano ter sido formulado ainda à época em que vigia o Código Civil de 1916, que não possuía disposição equivalente ao *caput* do art. 421 do *codex* de 2002, resta evidente a sua conformidade à nova ordem jurídica: a liberdade contratual deverá ser abrigada pelo Direito apenas quando seu propósito se revelar útil socialmente, calcando em proeminência a produtividade do fim almejado.

Tal pensamento abertamente guarda afinidade com a teoria que defende o inadimplemento das obrigações sempre que isto se revelar mais eficiente para ambas as partes do que o seu adimplemento.

Ora, se tanto o credor quanto o devedor retirarem maiores benefícios com o não cumprimento da obrigação do modo originalmente avençado, certamente estar-se-á prestigiando a função econômico-social do contrato, visto que o intuito da proteção jurídica destinada aos contratos (sobretudo os comerciais) é justamente tornar mais produtiva a distribuição de riquezas.

Se o inadimplemento for o caminho mais eficiente para alcançar referida produtividade, é em sua direção que deve andar quem pretenda promover a função social dos contratos.

Não se deve descurar, entretanto, para que a teoria do inadimplemento eficiente possa ser coerentemente recepcionada pelo Direito brasileiro, requer que o descumprimento das obrigações seja admitido, apenas quando tal conduta necessariamente proporcionar ao credor um benefício que ele próprio não poderia alcançar através do adimplemento.

Do contrário, não se poderá falar em eficiência, visto que manter a promessa exordial ajustada entre as partes sempre produzirá melhores efeitos sociais do que quebrá-la. A violação do pacto assumido pode ser permitida exclusivamente quando a sua consequência for mais proveitosa para ambas as partes, principalmente o credor.

Não pode ser tolerada a mera substituição do adimplemento pelo inadimplemento, sem que disto resulte uma melhoria no estado que o credor estaria caso o contrato fosse adimplido, sob pena de se menoscabar a sua função social, dado que a utilidade de um contrato para a sociedade não se resume ao seu objeto, mas também à expectativa de que

⁴⁸ GOMES, Orlando. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. p. 23-24.

este seja, na medida do possível, cumprido.

Para que não seja afrontada a segurança jurídica, a inobservância do acordado requer em contrapartida um proveito maior para o credor do que a sua observância seria capaz de proporcionar. Apenas assim, poder-se-á afirmar que terá sido consumada a função social do contrato, vez que é racional supor que apenas uma distribuição mais eficiente das riquezas entre os membros da sociedade (considerando a totalidade dos contratos) pode tornar palatável a quebra da legítima expectativa de que os compromissos sejam cumpridos da forma como originalmente concebidos.

Ademais dos dois princípios acima mencionados (boa-fé objetiva e função social do contrato), outras objeções poderiam ser opostas à aplicação da teoria do inadimplemento eficiente no Direito brasileiro, como a hipótese de previsão de cláusula penal nos contratos, que teria justamente a finalidade de compelir o adimplemento da obrigação assumida pelo devedor, de modo que a autorização para que este descumpra o acordado seria um contrassenso.

Entretanto, além de esta contestação ser muito mais frágil do que as anteriores (vez que, por exemplo, a própria aplicação da cláusula penal poder ser, em muitos casos, ineficiente – e, portanto, inconciliável com a função social esperada do contrato), não é o foco do presente estudo exaurir todas as impugnações suscitadas por aqueles que negam a possibilidade de recepção da teoria no Brasil.⁴⁹

Por fim, deve ser pontuado que a teoria do inadimplemento eficiente se coaduna melhor com os contratos de natureza empresarial, que seguem a lógica da maximização do lucro, de modo que a sua aplicação nos contratos que não compartilham da mesma essência deve ser ponderada *cum granu salis*.

5. Da incompatibilidade entre a teoria do inadimplemento eficiente e os contratos futuros

Em arremate, explanados os contornos mais relevantes da teoria do inadimplemento eficiente e apresentadas algumas das circunstâncias que ensejariam a sua recepção pelo

⁴⁹ Para uma visão que encara como obstáculos alguns dos institutos jurídicos aqui narrados e mais alguns aqui não suscitados (como o argumento de que a não previsão de uma obrigação alternativa em determinado contrato impediria a aplicação da doutrina do inadimplemento eficiente no caso concreto), ver: PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, 2016, p. 77-88.

Direito brasileiro e das premissas a serem adotadas por aqueles que pretenderem aplicá-la, passa-se agora, em rápidas pinceladas, a discorrer o motivo pelo qual a referida teoria não possui solo fértil no campo dos contratos futuros.

Essa conclusão, na verdade, é bastante intuitiva. Contratos futuros são contratos que, por essência, demandam a expectativa de que sejam adimplidos, do contrário perdem sua própria razão de ser. O credor de um contrato futuro apenas adentra neste tipo de negócio jurídico se o cumprimento da obrigação não estiver aberto a “discussões”, seja qual for o objeto do contrato.

Poder-se-ia dizer, inclusive, que o objeto mediato da obrigação em um contrato futuro sequer é a entrega da coisa, mas a própria transferência do risco de uma parte à outra. Por exemplo, no caso de um contrato futuro que tenha por objeto a entrega de uma determinada *commodity* agrícola, o foco tanto do credor quanto do devedor não é prioritariamente a coisa em si, mas sim a assunção do risco da variação do preço da coisa no futuro por uma das partes.⁵⁰

Deste modo, uma das partes, mais tolerante ao risco, assume a obrigação de pagar determinado preço pela coisa no futuro, seja ele qual for, enquanto a outra parte, menos tolerante, aceita vender antecipadamente a coisa, buscando garantir um preço que entenda justo de antemão, sem a necessidade de expor-se à oscilação inerente ao mercado.

Se o inadimplemento das obrigações passar a ser admitido nesta modalidade de contratos, mesmo que apenas quando este for teoricamente eficiente, muito provavelmente a consequência disto será o desinteresse dos agentes que atuam no mercado assumindo riscos a continuarem a oferecer tais préstimos.⁵¹ Parece imprescindível nos contratos futuros a presunção de que a divisão dos riscos, da forma como inicialmente estabelecida, será respeitada.

⁵⁰ KLASS, Gregory. *Efficient Breach*. p. 377.

⁵¹ Ou então estes passarão a exigir “prêmios” maiores para assumir tais riscos, visando compensar eventuais tentativas de inadimplemento (que, via de regra, acabam perante o Poder Judiciário e levam tempo para serem definitivamente resolvidas). Este fenômeno é, por exemplo, descrito por Christiane Leles Rezende (Estudo de caso: Cumprir ou não cumprir? O caso dos contratos de soja verde. *In*: SÁ, Camila Dias de *et al. Estratégias de comercialização no agronegócio: Estrutura de mercado e coordenação contratual*, p. 112), que efetuou pesquisa quantitativa junto aos produtores de soja no Estado de Goiás, que relataram, depois de uma série de quebras de contratos de venda antecipada da *commodity* entre as safras de 2002 e 2005, que uma das consequências foi a menor oferta de contratos de venda antecipada e o aumento das exigências de garantias para a concessão de crédito.

Além disso, deve ser ressaltado que, sobretudo em contratos futuros que tenham por objeto *commodities* agrícolas, a parte compradora assume o risco da variação do preço justamente porque ela é quem detém maior conhecimento do funcionamento do mercado de derivativos. A sua tolerância ao risco não é infundada: o comprador assim age porque é do seu *métier* a dosagem destes.

Dessarte, parece um tanto irrazoável admitir o inadimplemento eficiente em contratos futuros de *commodities* agrícolas, dado que, como visto alhures, o vendedor, para justificá-lo, deverá demonstrar que não cumprir o contrato trará maiores benefícios ao comprador do que o cumprimento.

Isto, via de regra, seria crível caso o vendedor pudesse encontrar uma destinação à coisa vendida tão lucrativa ao ponto de o comprador jamais poder equiparar. Ocorre que tal cenário é extremamente improvável, porquanto a disposição à assunção de riscos pelo comprador sucede justamente do seu elevado *know-how*, que o coloca em uma posição de extrema vantagem perante o vendedor (que reconhece essa situação e busca socorro no contrato futuro exatamente para se beneficiar disto).

Mas, mesmo que fosse o caso de o vendedor encontrar, em um cenário hipotético, um negócio posterior envolvendo a coisa vendida que gerasse mais lucro ao comprador do que ele jamais poderia alcançar se negociasse ele próprio, ainda assim seria de se perguntar se este lucro imediato não viria ao custo de prejuízos mais duradouros ao comprador.

Tal questionamento é válido porque, não apenas nos contratos futuros, mas destacadamente neles, a utilização subsequente da coisa vendida já pode ter destinação engatilhada pelo comprador antes mesmo da sua entrega, independentemente do preço que a negociação primeva efetivamente venha a acontecer.

Nestes casos (e em outros tantos cuja cogitação é possível), o maior lucro passível de ser obtido através do inadimplemento da obrigação em uma determinada operação não pode ser o fundamento único para decidir se este deve ser admitido ou não: outros potenciais danos ao credor devem ser sopesados em conjunto.

É bem verdade que este alerta não se aplica tão somente aos contratos futuros, mas sim a todos os contratos em geral. Entretanto, sua importância nestes primeiros é tanto mais vital porque a circunstância da incorporação do risco do negócio pelo comprador torna

extremamente problemática qualquer tentativa do vendedor de esquivar-se dos termos ajustados. A gravidade do inadimplemento nesta espécie de contratos é inegavelmente muito maior do que na maior parte dos demais, sendo poucos outros equiparáveis.⁵²

6. Considerações finais

A teoria do inadimplemento eficiente, apesar de ser de aplicação plausível no Direito brasileiro, é de difícil conciliação no âmbito dos contratos futuros. Em contratos desta natureza, a importância de se preservar o ajuste na forma como originalmente combinado se destaca, dado que a distribuição dos riscos, da parte menos tolerante à parte mais tolerante, é a essência do negócio.

Sob esta circunstância, admitir a eficiência de um inadimplemento é tarefa um tanto complicada, se não impossível. Contratos futuros, nos quais a assunção dos riscos por uma das partes é a motivação do próprio contrato, demandam o seu cumprimento para continuarem a gozar da confiança do mercado.

Isto se dá porque a eficiência ou não do inadimplemento raramente é evidente por si só, requerendo uma extensa discussão, na maior parte das vezes perante o Poder Judiciário. Disputas judiciais, como é cediço, tendem a ser lentas e caras, de modo que a simples imposição do ônus de um processo ao credor induzirá o mesmo a evitar contratos deste tipo no futuro (trocadilho não intencional), mesmo que ao final a decisão lhe seja favorável (isto é, que fracasse a pretensão do devedor de ver declarada a eficiência do inadimplemento).

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 20^a ed. São Paulo: Malheiros, 2021.

BIRMINGHAM, Robert L. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. *Rutgers Law Review*, Newark, v. 24, 1970, p. 273-292.

COASE, Ronald H. The Problem of Social Cost. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 3, oct. 1960, p. 1-44.

CRASWELL, Richard. Precontractual Investigation as an Optimal Precaution Problem. *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 17, n. 2, jun. 1988, p. 401-436.

⁵² Mencione-se, por todos, o contrato de seguro, em que a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente é muitíssimo questionável, muito por conta das mesmas razões que cercam os contratos futuros: ambos são contratos nos quais a transferência do risco compõe o âmago do negócio.

CUNHA, Jefferson da; COSTA JR., Newton C. A. da. Influência e Causalidade entre o Mercado de Ações e o Mercado de Opções: Revisão de Literatura e Novos Resultados. *Revista de Administração Contemporânea*, Maringá, v. 10, n. 1, jan./mar. 2006, p. 31-54.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

KATZ, Avery W. Economic Foundations of Contract Law. In: KLASS, Gregory; LETSAS, George; SAPRAI, Prince. *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

KLASS, Gregory. Contracting for Cooperation in Recovery. *The Yale Law Journal*, New Haven, v. 117, n. 1, oct. 2007, p. 2-68.

KLASS, Gregory. Efficient Breach. In: KLASS, Gregory; LETSAS, George; SAPRAI, Prince. *Philosophical Foundations of Contract Law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

MAHONEY, Paul G. Contract Remedies and Options Pricing. *The Journal of Law & Economics*, Chicago, v. 24, n. 1, jan. 1995, p. 139-163.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para a sua aplicação*. 2^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MICELI, Wilson Motta. *Derivativos de Agronegócios: Gestão de riscos de mercado*. 2^a ed. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017.

PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento Eficiente” (Efficient Breach) nos Contratos Empresariais. *Revista Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito/UFRGS*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, 2016, p. 77-88.

POSNER, Richard A. *Economic Analysis of Law*. 3^a ed. Boston: Little, Brown and Company, 1986.

PRIOLON, Joël. Introduction. In: PRIOLON, Joël (ed.). *Financial Markets for Commodities*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2019.

RADETZKI, Marian; WARELL, Linda. *A Handbook of Primary Commodities in the Global Economy*. 3^a ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.

REZENDE, Christiane Leles. Estudo de caso: Cumprir ou não cumprir? O caso dos contratos de soja verde. In: SÁ, Camila Dias de et al. *Estratégias de comercialização no agronegócio: Estrutura de mercado e coordenação contratual*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2015.

REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERSZTAJN, Decio. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 7, n. 1, jan./jul. 2011, p. 155-175.

SCHOUCHANA, Félix; SHENG, Hsia Hua; DECOTELLI, Carlos Alberto. *Gestão de riscos no agronegócio*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976.

Como citar:

ZANIZ, Lucas Müller; CASTRO, JUNIOR Osvaldo Agripino de. Da (im)possibilidade de aplicação da teoria do inadimplemento eficiente em contratos futuros de commodities agrícolas. **Civilistica.com**. Rio de Janeiro, a. 13, n. 1, 2024. Disponível em: <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc>>. Data de acesso.



civilistica.com

Recebido em:

19.11.2023

Aprovado em:

1.3.2024