

INADIMPLENTO EFICIENTE NOS CONTRATOS COMERCIAIS: A TEORIA DO *EFFICIENT BREACH* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Alex Barreto Viana Rosito*

RESUMO

O presente artigo busca analisar a teoria do inadimplemento eficiente, que reconhece, em suma, a admissibilidade do descumprimento voluntário de relação contratual pactuada quando os resultados econômicos provenientes de tal inadimplência o justificarem – ou seja, os lucros obtidos pelo devedor se mostrarem superiores às perdas percebidas pelo credor. Desta forma, analisar-se-á tal hipótese à luz do ordenamento jurídico brasileiro, de forma a se averiguar a sua harmonização com o Direito pátrio, bem como as justificativas à sua adoção.

Palavras-chave: Direito contratual. Teoria do inadimplemento eficiente. Direito comercial.

ABSTRACT

This article intends to analyze the efficient breach theory, which recognizes, in short, the admissibility of voluntary transgress of contractual relationship agreed when the economic results from such breach justify it - that is, the profits obtained by the debtor prove superior to the losses perceived by the lender. In this way, this hypothesis will be analyzed under the light of the Brazilian legal system, so as to ascertain its harmonization with the national law, as well as the justifications for its adoption.

Keywords: Contractual law. Efficient breach theory. Commercial law.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A nova perspectiva dos contratos comerciais. 3. A teoria do inadimplemento eficiente. 4. A teoria do inadimplemento eficiente sob a óptica do ordenamento jurídico brasileiro. 4.1. Violação à boa-fé objetiva. 4.2. Possibilidade de reivindicação da tutela específica da obrigação. 4.3. Inexistência de obrigações alternativa. 4.4. Inadimplemento voluntário como abuso de direito. 4.5. Cláusulas penais no direito brasileiro. 5. Aspectos econômicos do efficient breach. 6. Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A vinculação contratual é a forma mais plena do exercício da autonomia privada, garantindo às partes envolvidas a perfectibilização de sua vontade e seus ideais. Nessa seara, tratando-se de contratos comerciais, por sua vez, é perceptível

* Graduando no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: alexrosito@hotmail.com.

Orientador: André Fernandes Estevez. Professor Adjunto do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). E-mail: andre.estevez@pucri.br

um elemento comum que, em regra, incendeia essa motivação interna dos agentes, o lucro. Este, que eventualmente pode vir a justificar uma diversificada análise e interpretação daquilo contratualmente previsto, acaba por assumir papel salutar no diálogo que aqui se pretende enaltecer, debatendo-se os limites dessa liberdade garantida ao empresário, fundada na sua maximização econômica individual.

Assim, ganha relevância o debate acerca da teoria do inadimplemento eficiente (ou *efficient breach theory*), que sugere a possibilidade de inadimplemento voluntário do contrato quando este se demonstrar economicamente justificável. Isso é, em se verificando que os ganhos pelo rompimento contratual se demonstram superiores aos danos deste decorrentes, de forma a se possibilitar – em tese – uma plena reparação da parte lesada, o credor poderia conscientemente se abster de sua responsabilidade contratualmente firmada em prol da majoração de seu lucro. Entretanto, diante dessa breve explicação, resta conveniente uma análise desta proposição à luz do ordenamento jurídico pátrio, de forma a questionarmos se facultaria o direito brasileiro às partes o inadimplemento voluntário em prol da maximização econômica, indagação com base na qual se dirige o presente estudo.

Nesse sentido, de forma a auxiliar o intérprete, cumpre-se exaltar exemplo, profundamente analisado por Antonio Junqueira de Azevedo¹ (ainda que a pretensão do estudo havido fosse, em seu núcleo, diversa da aqui pretendida), acerca de conflito existente entre uma distribuidora de petróleo e os postos de combustível com os quais mantinha contrato de distribuição, que estariam, em que pese a existência de cláusula de exclusividade e identificação com aquela, adquirindo e fornecendo combustível de distribuidoras terceiras (ditas, “*atravessadoras*”), que mesmo cientes da vinculação contratual havida entre os postos e a distribuidora originária, relacionavam-se com esses, sendo mantida, entretanto, a identificação da empresa violada². Na hipótese, é perceptível voluntariedade da atitude dos postos de gasolina, que, no intuito de maximizar seus proveitos econômicos, violam dever, ainda que acessório³, decorrente do contrato original. Desta feita, torna-se adequada a mais profunda análise acerca dos efeitos decorrentes da referida violação, de forma a garantir-lhes a consequência jurídica mais conveniente.

O que se pretende, portanto, por meio do presente estudo, é a análise acerca da harmonização do ordenamento jurídico pátrio, aderente a um sistema de *civil law*, àquilo que pretende a teoria, evidenciando-se eventuais óbices, sejam materiais ou procedimentais, à sua adoção em território nacional, ou, ainda, sua plena harmonização ao direito brasileiro.

¹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p.113-120, abr. 1998.

² Acerca da hipótese trazida, cumpre-se exaltar que no mercado de distribuição de combustíveis é amplamente utilizado o modelo de distribuição com exclusividade, vinculando-se o posto à marca distribuidora por período determinado, de forma que se torna nítida e perceptível esta vinculação, que inclusive resta evidenciada pela utilização da “bandeira”, que caracteriza a origem do produto comercializado.

³ Não se pretende, por meio deste estudo, avaliar, profundamente, a violação positiva do contrato, que decorre do rompimento de deveres acessórios impostos ao vínculo contratual. Entretanto, insta, sim, exaltar que a violação, ainda que não absoluta, acarreta no inadimplemento do mesmo, configurando-se a violação contratual decorrente da intenção da parte, com intuito econômico, adequando-se, portanto, ao estudo da teoria ora analisada.

Ainda, ganha também relevância a análise do tema quando analisados os efeitos decorrentes da sua adoção, ou ainda da sua recusa. Nesse sentido, pretende-se, posteriormente, verificar a real valia da sua assunção, vislumbrando-se os aspectos econômicos dessa decorrentes, tanto no intra quanto extracontratualmente.

Assim sendo, de forma a melhor garantir a interpretação do tema, alguns elementos merecem maior análise.

2 A NOVA PERSPECTIVA DOS CONTRATOS COMERCIAIS

Os recentes debates exaltados em torno do direito contratual, principalmente no que se refere a contratos empresariais e comerciais, repercutiram no surgimento de uma nova percepção acerca destes. Impulsionados pelas teorias e princípios que regem o direito comercial, identificou-se na doutrina um movimento que reconhecia a possibilidade de uma análise dessa natureza contratual de forma diversa as demais, verificando-se a necessidade de se garantir às diferentes modalidades interpretações diversas, de forma a melhor se amoldar aos preceitos constitucionais e, principalmente, às características de cada formato obrigacional.

Conforme Daniela Santos Bomfim e Fredie Didier Junior⁴:

Como se vê, os contratos empresariais possuem racionalidade própria, que não se confunde com a racionalidade própria de determinados contratos existenciais, como os contratos de trabalho e os contratos de consumo. Não se pode pretender aplicar a *ratio* do sistema consumerista aos contratos empresariais, sob pena de ferir a lógica do mercado e atingir o fluxo interempresarial.

Especificamente no que diz respeito aos contratos comerciais, percebeu-se uma necessidade de garantir aos contratantes uma maior liberdade negocial, na medida em que estes, enquanto no exercício da atividade empresarial, detinham de maior conhecimento e capacidade para adequar o conteúdo do contrato elaborado aos seus interesses, assumindo, portanto, os riscos desses decorrentes. Assim, considerando as peculiaridades, verificou-se que esta classe, especificamente, não carecia de maior proteção por parte do Estado, na medida em que, imediatamente pelo menos, não se verificaria qualquer dissonância entre as partes contratantes, como se verifica, por exemplo, em contratos de natureza trabalhista ou consumerista, os quais merecem, sim, maior guarida.

Sugeriu-se, portanto, uma nova interpretação dos dispositivos materiais contratuais e obrigacionais, admitindo-se, eventualmente, a mitigação de certos institutos em prol da autonomia privada dos contratantes, de forma a limitar a análise estatal dos contratos e garantir a liberdade de pactuação e revisão às partes que elaboraram o negócio em análise.

Nesse sentido, explica Paula A. Forgioni⁵:

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

⁵ FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 40.

O diferenciador marcante dos contratos comerciais reside no escopo de lucro de todas as partes envolvidas, que condiciona seu comportamento, sua “vontade comum” e, portanto, a função econômica do negócio, imprimindo-lhe dinâmica diversa e peculiar.

Adequado exemplo de tal dinâmica seria a já consolidada admissão das cláusulas de *hardship* nos contratos elaborados sobre a tutela do nosso ordenamento pátrio, “*através das quais as partes estipulam entre si a obrigação de renegociar os termos contratuais, nas situações em que a fatos imprevisíveis tornem o cumprimento excessivamente oneroso a um ou alguns dos contratantes*”, conforme mencionam Gabriela Wallau Rodrigues e Demétrio Beck da Silva Giannakos⁶. Assim, ignorando-se a determinação legal trazida pelo nosso Código Civil⁷ acerca da resolução por onerosidade excessiva, nos seus artigos 478⁸ a 480⁹, que garantiria ao devedor a possibilidade de resolução contratual. Conforme Marcos Brossard Iolovich¹⁰:

Contudo, não se pode ignorar que o antigo conceito inviolável de *pacta sunt servanda* há muito vem sendo mitigado, como, por exemplo, decorre do desenvolvimento da já consolidada cláusula *rebus sic stantibus*, hoje uma realidade jurídica.

Essa maior liberdade contratual decorre, de forma adequada, do entendimento que possuem as partes negociantes - as quais detêm conhecimentos específicos a respeito do mercado de atividade, do serviço prestado ou mercadoria ofertada, e dos seus reais interesses – maior capacidade para análise e alocação de riscos do que qualquer outro intérprete interferente, ou ainda que o próprio redator legislativo, ao caso concreto, não se verificando, dessa forma, justificativa razoável à imposição obrigacional às partes empresárias. Veja-se que não se trata, de forma alguma, de crítica ao texto legal, tampouco à individualidade legislativa daqueles que o elaboraram, mas de necessidade de lhes garantir análise e interpretação diversa, tendo em vista as peculiaridades do mercado, utilizando-se, portanto, de perspectiva estranha àquela adequada às demais naturezas contratuais. Fato que decorre, por óbvio, dos princípios que norteiam o direito comercial.

Paralelamente a esta renovação conceitual a respeito dos contratos, percebe-se, também, a elaboração de diversos estudos visando a análise econômica da

⁶ RODRIGUES, Gabriela Wallau; GIANNAKOS, Demétrio. A Cláusula de Hardship como Forma de Mitigação da Assimetria de Informação nos Contratos Internacionais. **Revista Eletrônica De Direito**, v. 2, p.1, 2017, p. 5.

⁷ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 out. 2018.

⁸ 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.

⁹ Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

¹⁰ IOLOVICH, Marcos Brossard. **Efficient breach theory – a análise do rompimento eficiente nos contratos empresariais à luz da legislação brasileira e da law and economics**. 2016. 247 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 14.

atividade empresarial, de forma a maximizar-se sua eficiência, principalmente, por meio da redução dos custos de transação a essa inerentes.

Assim, em consequência de tal análise, mostrou-se adequado garantir às empresas, bem como àqueles que atuam intensivamente no comércio, uma maior flexibilidade, de forma a garantir-lhes o exercício menos limitado da autonomia privada, imputando-lhes, entretanto, maiores riscos pelos negócios firmados e menor amparo por parte do Estado, que se afasta, ainda que não absolutamente, das relações privadas. Conforme Ruy Rosado de Aguiar Jr.¹¹:

Conforme preconizam o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo e Teresa Negreiros, esses contratos existenciais admitem maior participação do juiz na apreciação do seu conteúdo e eventual revisão, tudo feito com o propósito de respeitar a sua função social.

Já nos contratos empresariais e nos de lucro, essa intervenção heterônoma seria de menor força. Como se cuida de atividade de risco, que objetiva o lucro, com propósito eminentemente patrimonial, o Prof. Antonio Junqueira de Azevedo atribui às partes os cuidados que devem adotar na celebração, cabendo-lhes sofrer os prejuízos que decorram da sua imprevisão.

Finalmente, diante panorama apresentado, ganha maior relevância a análise do tema aqui proposto, na medida em que é exatamente o que justifica e embasa os estudos que sugerem a adoção da teoria do inadimplemento eficiente, importada, principalmente, do ordenamento jurídico americano, a qual se passará a analisar mais profundamente.

3 A TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE

Busca, em suma, a teoria do inadimplemento eficiente (*efficient breach theory*) legitimar o inadimplemento contratual voluntário, nos casos em que o incumprimento por parte do devedor justifique economicamente os danos sofridos pelo credor. Isso é, na hipótese em que a vantagem econômica percebida pelo devedor que inadimpla o contrato demonstre-se superior ao dano sofrido pelo credor, possibilitando, portanto, a sua reparação integral, tornar-se-ia, no entendimento daqueles que apoiam a adoção da teoria, admissível o inadimplemento voluntário por parte do devedor.

Nesse sentido, explica Richard Posner¹²:

[A] party is tempted to break his contract simply because his profit from breach would exceed his profit from completing performance. He will do so if the profit would also exceed the expected profit to the other party from completion of the contract, and hence the damages from breach.¹³

¹¹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011, pp. 106 – 107.

¹² POSNER, Richard A. **Economic analysis of Law**. 8 ed. New York: Aspen Publishers, 2011, p.151.

¹³ Tradução livre: A parte é tentada a quebrar o contrato simplesmente porque o lucro da quebra excederia o lucro decorrente de cumprimento da obrigação. Ele o fará se o lucro exceder a expectativa de lucro da outra parte no cumprimento e, ainda, os danos decorrentes da quebra.

Cabe salientar, portanto, que as hipóteses de verificação do instituto decorrem, em geral, da existência de oportunidade ao contratante de novo contrato com terceiro, que se demonstra incompatível com aquele já firmado preteritamente, mas que lhe garantiria maior proveito, justificando o rompimento do contrato originário. Assim, seria mais interessante o inadimplemento e conseqüente reparação, de forma a garantir a nova vinculação. É exatamente o que se verifica no exemplo já explorado, no qual os postos de combustível incorriam voluntariamente em violação contratual, de forma a vincularem-se a novos contratos de distribuição, incompatíveis com a cláusula de exclusividade havida no pacto originário, de forma a garantir-lhes maior proveito.

Veja-se, portanto, que se trata tal teoria da própria institucionalização do pragmatismo inerente aos estados consolidadamente liberais, na medida em que oportuniza aos negociantes o pleno exercício da liberdade individual. Contrato porque quero, descumpro porque quero.

Conforme demonstrado, o inadimplemento eficiente se justificaria em si mesmo, na medida em que, considerando a indenização do credor, extrair-se-ia em um resultado economicamente positivo. Ademais, aqueles que o defendem exploram, ainda, a irrazoabilidade da imputação ao contratante em manter-se vinculado a contrato cujos frutos não mais se justificam, buscando garantir a esse uma alternativa que não o distrato, que supostamente tornaria o negócio havido ainda mais custoso do ponto de vista econômico.

Entretanto, diversas foram as críticas que recaíram sobre a solução apresentada pela teoria, na medida em que a mesma incentiva e respalda a voluntária violação contratual, acarretando, em um segundo momento, num estado de incerteza negocial às partes, induzindo à utilização de mecanismos de blindagem a eventual inadimplemento voluntário, fato que incorpora maior complexidade aos negócios, aumentando, por conseguinte, os custos de transação envolvidos na simples contratação, bem como os riscos aos quais as partes se submetem.

Ainda, torna-se necessário pontuar que pretende o contratante com o negócio firmado é não somente o valor imediatamente referente, que poderia eventualmente ser revertido em indenização, mas o cumprimento do contrato com o qual contavam no momento da pactuação. Conforme Ruy Rosado de Aguiar Jr.¹⁴:

Por definição a empresa tem sido considerada uma organização aposta ao lucro: (...). Mas isso não significa que não possa praticar atos sem imediato fim lucrativo. É o que muitas vezes acontece com os chamados “contratos de negócios”, que resultam de negociações, acordos e compromissos assumidos pelos empresários na regulação de suas relações econômicas e financeiras.

Não obstante as críticas e elogios recebidos pela doutrina, o que se pretende, num primeiro momento, é a profunda análise acerca de eventual harmonização do instituto ao direito pátrio, de forma a verificar a adequação do mesmo ao sistema de *civil law* adotado pelo ordenamento brasileiro, bem como eventual possibilidade de incorporação, ainda que parcial, dos ensinamentos e benefícios que desse se extraem.

¹⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011, p. 105.

4 A TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE SOB A ÓPTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Analisada o direito material brasileiro, de forma a verificar-se a harmonização da teoria às suas delimitações, percebe-se a existência de alguns conflitos jurídicos à sua assunção, seja por violação de normas de caráter material ou processual.

Analisando a matéria, Juliana Krueger Pela¹⁵ identifica cinco principais óbices à imediata incorporação da teoria americana ao ordenamento brasileiro, sendo estas: (a) a incompatibilidade à cláusula geral de boa-fé imposta pelo Código Civil¹⁶, no artigo 422¹⁷; (b) a possibilidade de caracterização de abuso de direito, repudiado pelo artigo 187¹⁸, consolidando-se, portanto, ato ilícito; (c) a natureza garantida às multas contratuais, elencadas como cláusulas penais, na medida em que, respeitados os artigos 408¹⁹, 410²⁰ e 412²¹ do mesmo diploma, estas só se aplicariam a descumprimentos culposos, em benefício do credor, e teriam como limite o valor da obrigação pactuada, incompatibilizando-se, portanto à ideia inicial de indenização plena do credor; (d) a inexistência de alternatividade das obrigações, possibilitada pelo artigo 252²², que garantiria, assim, o direito de opção ao devedor; e (e) a possibilidade de exigência de tutela de cumprimento específico da obrigação, garantida pelo artigo 461 do Código de Processo Civil de 1973.

Ainda que os pontos elencados pela autora não se demonstrem exaurientes, existindo, sim, outras incompatibilidades não exploradas²³, esses se mostram bastantes ao estudo que aqui se pretende, direcionando o interlocutor conclusão razoável.

4. 1 VIOLAÇÃO À BOA-FÉ OBJETIVA

O primeiro ponto de contraste a ser analisado é a harmonização da teoria à boa-fé objetiva, imposta pelo legislador civilista, constituindo-se, talvez, como elemento de maior relevância ao presente estudo. Trata-se a boa-fé de instituto bastante examinado pela doutrina, buscando, na sua adequada interpretação, aproximar o Direito da realidade social na qual se insere. Neste sentido, incendeiam-

¹⁵ PELA, Juliana Krueger. "Inadimplemento eficiente" (Efficient breach) nos contratos empresariais. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 2, n. 1, pp. 1091 – 1103, 2016, pp. 1098 – 1099.

¹⁶ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 out. 2018.

¹⁷ Art. 422 Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

¹⁸ Art. 187 Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁹ Art. 408 Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação, ou se constitua em mora.

²⁰ Art. 410 Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

²¹ Art. 412 O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

²² Art. 252 Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.

²³ Veja-se, como exemplo, a faculdade de preferência, pela parte lesada pelo inadimplemento, do cumprimento do contrato à resolução do contrato, disposta no art. 475 do Código Civil.

se ainda mais os debates a partir de 2002, com a elaboração do Código Civil²⁴, ora vigente, que positivou, em seu artigo 422²⁵, a necessidade de observância aos princípios da boa-fé e da probidade, pelos contratantes, estendendo-a até à fase de execução do pacto.

Assim, torna-se necessária e adequada a indagação acerca de eventual violação do preceito pelo voluntário inadimplemento do credor, que propositalmente se abstém, unilateralmente de suas obrigações. Por outro lado, entretanto, se a reparação absoluta dos danos causados não se demonstraria suficiente à mitigação desta suposta ofensa.

A mais profunda análise tende a indicar a subversão à norma legal, decorrente do voluntário descumprimento contratual, na medida em que este acarreta na desnaturalização do instituto contratual, que visa, por meio da livre expressão de vontade das partes, possibilitá-las a cooperativamente obter resultado pretendido anteriormente.

Assim, menciona Clóvis V. do Couto e Silva²⁶, referindo-se à boa-fé: “O mandamento de conduta engloba todos os que participam do vínculo obrigacional e estabelece, entre eles, um elo de cooperação, em face do fim objetivo a que visam.”. Veja que se reconhece o objetivo a ser alcançado com norte que conduz a relação e impõe o referido dever de cooperação às partes.

Assim, ainda que possa o contrato dispor de cláusula penal que predetermine eventuais danos decorrentes da violação, tal fato em nada moralizaria ou aproximaria à boa-fé a atitude do rescindente voluntário, na medida em que o instrumento não se propõe a indicar alternativa à parte credora, mas quantificação antecedente de danos, conforme se exporá em momento oportuno.

Entretanto, há quem defenda a inexistência de qualquer dever moral na pactuação contratual, decorrendo tal concepção tão somente da inserção cultural nos contratos, inexistindo razão à sua manutenção. Conforme Marcos Brossard Iolovich²⁷:

De fato, não se pode negar a existência de uma ideia perante parcela da sociedade de que o cumprimento dos contratos é uma obrigação não apenas jurídica, mas também moral. Um dos primeiros juristas a romper com esta visão foi Oliver Holmes²⁸, que conferiu nova perspectiva ao direito contratual ao definir que a celebração de um pacto não seria necessariamente a assunção do compromisso de execução, mas sim a faculdade da parte aderente em cumpri-lo ou pagar os danos pelo inadimplemento.

²⁴ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 out. 2018.

²⁵ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

²⁶ SILVA, Clóvis Veríssimo Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 33

²⁷ IOLOVICH, Marcos Brossard. **Efficient breach theory – a análise do rompimento eficiente nos contratos empresariais à luz da legislação brasileira e da law and economics**. 2016. 247 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 13

²⁸ HOLMES JUNIOR, 1943, p. 76, apud. PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação. UC Berkeley:

Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em:

<<http://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>>.

O que pretende o autor é o afastamento do conceito de descumprimento contratual da obrigação moral por outros reconhecida. Assim, filia-se à ideia de que a razão do contrato seria não a sua finalidade, mas a obtenção dos frutos daquele decorrentes. Assim sendo, quando diante da análise à luz do *efficient breach*, tendo em vista o acréscimo econômico decorrente, não haveria qualquer contradição de ordem moral, visto que alcançada a finalidade pretendida.

Entretanto, demonstra-se necessário a mais profunda apreciação do instituto, a fim de se verificar o real reflexo deste na ideia de violação voluntária contratual. Muitos foram os estudos que se debruçaram a debater a boa-fé desde a sua inserção no Código Civil²⁹, de forma a possibilitar uma melhor interpretação dessa cláusula geral de conteúdo bastante subjetivo e abstrato, mas que passa a assumir relevância impar no atual direito privado.

Conforme Jorge Cesa Ferreira da Silva³⁰:

À boa-fé foi então conduzida e reconduzida uma série de eficácias, prévias à constituição do vínculo, contemporâneas à execução e até posteriores à realização da prestação, que, na ideia de confiança, encontraram um de seus mais importantes fundamentos materiais. (...). Também foi compreendida contra a boa-fé a condutado sujeito que contraria a continuidade de sua própria e corriqueira atuação, fazendo uso de algum direito subjetivo a que, presumivelmente, havia renunciado.

Bem pontua o autor, ao esclarecer que se compreende, também, com violação à boa-fé a extrapolação de direito subjetivo anteriormente renunciado, por meio de contratação incompatível. Veja-se que na medida em que a parte adere a um contrato, este ingressa no mundo Direito, constituindo-se como direito subjetivo, não sendo, portanto, admissível a sua desconsideração e sobreposição. Trata-se, portanto, do estabelecimento de uma nova limitação ao exercício da liberdade da parte, decorrente do negócio firmado, não podendo essa livremente transgredir o pacto firmado. Assim sendo, elenca o conceito de confiança como imprescindível à liberdade contratual, independentemente da fase contratual verificada. Conforme menciona Clóvis V. do Couto e Silva³¹: “*O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim. O tratamento teleológico permeia toda a obra, e lhe dá unidade.*”.

Ainda, a boa-fé impõe às partes contratantes uma série de deveres e condutas, sejam positivas ou negativas, dentre os quais figura como um dos principais a não violação da confiança alheia, tratando-se esta de elemento basilar ao direito contratual, visto que nessa se ancora. Portanto, aquele que elabora um contrato, positivando suas intenções para com terceiros, cria expectativas desse decorrentes, com base nas quais exercerá atividade comercial e a alocação dos riscos. Isso é, a parte contratante conta não com a indenização prevista no contrato, mas com o resultado prospectado.

²⁹ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 out. 2018.

³⁰ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 48.

³¹ SILVA, Clóvis Veríssimo Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 17.

Novamente analisada a hipótese anteriormente narrada, a respeito dos postos de gasolina, na medida em que se abstém de observar a disposição contratual de exclusividade, parece-me configurada a violação aos ditames da boa-fé, porquanto, conforme mencionado, violada a confiança depositada por seu par em detrimento da continuidade do contrato havido.

Necessário, neste ponto, novamente exaltar que, o que o contratante pretende com o negócio firmado é, em regra, não somente os benefícios imediatamente extraídos desse, mas a posição jurídica a qual esse lhe garantirá, possibilitando-se que, com base nessa, a parte avalie o seu panorama negocial. Assim, quando analisado sob a luz da boa-fé, parece que a mera indenização imediata dos danos não se justifica, na medida em que não lhe garante a colocação que pretendia com o contrato. Ainda, o caráter voluntário da atitude incorpora suma relevância, tendo em vista que se torna inadequada a simples equiparação do contratante que despretensiosamente vem a inadimplir contrato firmado aquele que propositalmente o faz, na medida em que este opta por violar a confiança depositada.

Assim, da interpretação das propostas apresentadas pela teoria, e principalmente da violação intencional do contrato, tende-se a identificar a sua incompatibilidade àquilo que dispões a boa-fé subjetiva, positivada no direito contratual, essencialmente no que tange à confiança necessária à liberdade contratual.

4.2 POSSIBILIDADE DE REINVIDICAÇÃO DA TUTELA ESPECÍFICA DA OBRIGAÇÃO

Outro fator que assume grande relevância na análise proposta é a faculdade do credor, também elencado por Juliana Krueger Pela³², de exigir a tutela específica da obrigação avençada, quando essa fosse possível, sendo facultado ao Juízo a imposição das providências necessárias a assegurar o seu resultado prático – disposição à época trazida pelo artigo 461³³ do Código de Processo Civil de 1973³⁴.

Acerca deste, cumpre-se salientar que, em que pese a alternância legislativa havida, decorrente da promulgação do novo Código de Processo Civil³⁵, restou tal faculdade mantida pelo diploma processual, conforme se extrai do seu artigo 497³⁶.

³² PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento eficiente” (Efficient breach) nos contratos empresariais. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 2, n. 1, pp. 1091 – 1103, 2016, p. 1099.

³³ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

³⁴ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 28 out. 2018.

³⁵ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 28 ou. 2018

³⁶ Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.

O que se percebe aqui é a proteção ao credor, garantindo-lhe, na medida do possível, a satisfação específica do objeto originalmente pretendido pelo contrato, ou ainda de resultado prático equivalente.

Ademais, ainda que não mencionado pela autora, cumpre-se salientar que dispõe, também, o Código Civil³⁷, determinação semelhante, quando, em seu artigo 475³⁸, delimita com uma faculdade da parte lesada a resolução do contrato, em se verificando cláusula resolutiva, garantindo a essa, entretanto, o cumprimento da indenização, se assim preferir, que não obstará eventuais perdas e danos, harmonizando-se, pois, perfeitamente o direito material ao processual.

Novamente se vislumbra o conflito do texto legal àquilo que pressupõe a teoria, na medida em que a faculdade de tutela específica não só vincularia o devedor à obrigação, mas poderia acarretar em reflexos negativos deste perante e terceiros que de boa-fé venham a contratar com esse. Isso porque, uma das grandes razões à aplicação do *efficient breach* é a tutela das situações nas quais o credor é tentado ao rompimento do contrato voluntário, em razão a existência oportunidade mais favorável incompatível com a manutenção do contrato anterior, justificando-o economicamente (ainda que não se limite a tal situação). É exatamente nessa incompatibilidade que reside a maior complexidade do debate. Em vindo o credor a romper voluntariamente contrato antecedente, em prol de nova contratação incompatível, porém mais favorável, e, posteriormente, vindo o credor originário a exigir – judicial ou extrajudicialmente - a tutela específica da obrigação, deverá o credor atender à demanda originária ou aquela posteriormente contrata, haja vista a impossibilidade de execução de ambas?

Entretanto, cumpre-se salientar que a mera dificuldade de resolução da hipótese trazida não constitui, por si só, justificativa válida à simples adoção, tendo em vista que esta dependeria da inobservância direta daquilo que preceitua os dispositivos.

E é neste ponto que reside a temática, já debatida, acerca da segurança necessária ao adequado exercício da liberdade contratual, caracterizada, também, pela confiança havida entre as partes contratantes. Isso é, para que se garantia aos indivíduos a faculdade de contratarem como quiserem e com quem quiserem, torna-se necessária uma presunção do intuito de execução perfeita dos contratos pelas contrapartes, de forma a justificar a contratação, principalmente quando analisado sob a ótica do direito comercial.

Conforme Daniel Ustárroz³⁹:

O contrato existe pra ser cumprido e alcançar, assim, as finalidades almeçadas pelos participantes. A relação obrigacional, vista como um processo é polarizada pelo adimplemento. Este é o objetivo traçado pelas partes quando da celebração do negócio jurídico e que vai espelhado na prestação que incumbia à outra

³⁷ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 out. 2018.

³⁸ Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.

³⁹ USTÁRROZ, Daniel. **A Resolução do Contrato no novo Código Civil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 304, p. 32-53, 2003, p. 37.

Assim sendo, garantir-se às partes a faculdade de livremente absterem-se de suas obrigações acarretaria na insegurança aos agentes econômicos, insegurança essa que, por sua vez, acarreta em nada mais do que o aumento dos preços, que tendem a acompanhar os custos de transação envolvidos no negócio, conforme se exporá em momento oportuno.

Conforme Daniela Santos Bomfim e Fredie Didier Junior⁴⁰:

A regra, aqui, com ainda mais força, é que os contratos são celebrados para que sejam cumpridos, para que os seus termos sejam respeitados. Os agentes econômicos precisam confiar no negócio celebrado, para que o mercado tenha credibilidade e que as suas relações possam fluir, sob pena de se romper toda a estrutura. A “confiança na palavra dada” revela ainda mais força no âmbito dos contratos empresariais.

Entretanto, analisando-se, novamente, a hipótese exemplificativa trazida – postos de gasolina – verificar-se-ia que o pleito de execução específica da obrigação, caracterizar-se-ia pela impossibilidade de violação da cláusula de exclusividade disposta no contrato, tratando-se, pois, de opção garantida ao credor a quem incumbiria a decisão de manter o contrato, imputando-lhe a obrigação mencionada, bem como eventuais perdas e danos – independentemente da existência de sanção contratual -, ou rescindir o contrato pelo descumprimento do devedor.

Cumpra-se, no entanto, salientar que, em que pese a já explorada tendência da legislação pátria em preferir a tutela específica, o que se verifica nos Tribunais é uma tendência - tanto dos magistrados quanto dos próprios litigantes - a limitarem-se à mera compensação dos danos, abstenendo-se de observar a tentativa de preservação contratual, positivada pelo legislador, em razão da dificuldade de impor-se às partes a efetiva continuidade obrigacional, fato que não pode ser desconsiderado. Essa postura decorre, por sua vez, da adoção pelo nosso ordenamento jurídico pátrio a um sistema baseado no Princípio da Reparação Integral, que impõe àquele que causa dano injusto a outrem a sua plena reparação, ainda que posterior, garantindo à parte lesado seu *status a quo ante*. Ocorre que tal necessidade de indenização acaba por induzir a uma atitude do judiciário que incentiva – ou pelo menos deixa de repudiar – o desapego ao vínculo contratual, demonstrando, portanto, plena dissonância ao que buscou o legislador preservar.

Veja-se, pois, que conforme o ordenamento, facultada ao devedor, em sendo possível, a obtenção do resultado pretendido originalmente com o contrato, não parecendo, portanto, adequada a subversão do disposto no texto legal de forma a redirecionar-se tal prerrogativa ao devedor, fato que, novamente, acarretaria na total insegurança daquele.

4.3 INEXISTÊNCIA DE OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS

Novo ponto de debate se configura a respeito da natureza das obrigações contratuais, verificando-se se tratar-se-ia o inadimplemento contratual – seja

⁴⁰ BOMFIM, Daniela Santos; DIDIER JUNIOR, Fredie. Contrato empresarial. Contrato prorrogado por prazo indeterminado. Possibilidade de denúncia vazia. Aviso prévio. Licitude. Enriquecimento sem causa. (Parecer). RT: **Revista De Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, Ano 4, v. 10/2017, pp. 305-330, 2017.

positivado por meio de cláusula penal ou não – de alternativa ao devedor. Ou seja, seria garantido a esse optar pelo cumprimento da obrigação ou seu inadimplemento?

Neste tópico, insta esclarecer que possibilita o nosso ordenamento jurídico, por meio do Capítulo IV do Código Civil⁴¹, iniciado no artigo 252⁴², às partes contratantes a estipulação de obrigações múltiplas e alternativas. Assim, em regra, o adimplemento de qualquer das obrigações pelo credor perfectibilizaria o contrato realizado, eximindo-o da obrigação refutada.

Cabe ressaltar que, em vindo a se determinar a alternatividade na prestação no termo contratual, oferta-se a opção de escolha, em regra, ao devedor, conforme previsto no artigo 252, já mencionado supra. Portando, com razão a teoria no momento em que imputa ao devedor a seleção, conforme conveniência.

Conforme Silvio de Salvo Venosa⁴³:

Denomina-se, portanto, obrigação alternativa a que fica cumprida com a execução de qualquer das prestações que formam seu objeto. Questão importante é saber, uma vez que o objeto é múltiplo, a quem cabe a escolha da prestação que vai ser executada. De acordo com o art. 252, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou. A lei, no silêncio das partes, prefere o devedor na escolha porque é a parte onerada na obrigação e deve possuir melhores condições de escolher os bens de seu patrimônio (ou de terceiro, se for o caso) para a entrega.

Entretanto, em que pese regule o Código Civil⁴⁴ acerca da forma de interpretação contratual às obrigações alternativas, incumbiria às partes, em havendo o interesse em possibilitar a imediata abstenção, determinar em contrato a alternatividade entre a prestação do objeto inicialmente pretendido e o pagamento de indenização, seja essa pré-determinada ou não. Ora, a presunção quanto à possibilidade de reconhecimento do inadimplemento como faculdade garantida ao devedor imputaria aos contratantes a insegurança de poder ter seu crédito exaurido sem a obtenção do resultado originalmente pretendido, mas tão somente a indenização correspondente, inobstante a inexistência de qualquer disposição legal ou contratual nesse sentido, desvirtuando-se, portanto, a próprio intuito da liberdade contratual.

Vale lembrar que, em que pese, conforme mencionado, seja o lucro objetivo comum àqueles que negocialmente atuam, a realização de um contrato específico muita das vezes não decorre da sua pretensão econômica direta, mas do resultado que aquele lhe garantiria.

Por outro lado, uma vez prevista a alternatividade no contrato, não me parece necessário o prolongado debate, uma vez que exercida tão somente a

⁴¹ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 out. 2018.

⁴² Art. 252. Nas obrigações alternativas, a escolha cabe ao devedor, se outra coisa não se estipulou.

⁴³ VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, dez. 2017. v. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil, p. 96.

⁴⁴ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 out. 2018.

liberdade contratual garantida ao devedor. Verificar-se-ia, portanto, duas possibilidades ao devedor: o cumprimento da obrigação principal ou o pagamento do valor determinado. Assim, bem diferencia, José Alves Ferreira⁴⁵, as obrigações alternativas das cláusulas penais, já debatidas:

não poderá o devedor pretender liberar-se da obrigação, oferecendo ao credor a pena convencionada. Da mesma forma que não poderá obrigá-lo a receber parte numa e parte noutra.

Se, por acaso, o devedor reservar a si este direito, então já não se trata de cláusula penal e sim de uma obrigação facultativa.

Veja-se que a disposição de vontade das partes garantindo essa faculdade é de suma relevância à diferenciação dos institutos e, por conseguinte, de seus efeitos.

Assim sendo, se pretendem as partes garantir ao devedor esta faculdade, incumbe a estas propô-la no termo contratual, ficando, conforme preceitua o dispositivo legal, em regra, com o devedor o direito de escolha.

4.4 INADIMPLENTO VOLUNTÁRIO COMO ABUSO DE DIREITO

Não há dúvida que é garantido aos indivíduos a livre contratação, preceito decorrente, inclusive, de expressa previsão constitucional. Nessa senda, tornar-se-ia, talvez, por demais agressivo imputar a parte, uma vez contratado, a eterna permanência no contrato, não lhe facultando qualquer possibilidade de saída voluntária. Diante dessa dicotomia, faz-se necessário analisar o que dispõe o ordenamento jurídico brasileiro a respeito, de forma a se verificar se o rompimento voluntário poderia decorrer da pura liberdade contratual das partes – ainda que exercida de forma negativa – ou se este configuraria exercício abusivo de direito, tutelado pelo artigo 187⁴⁶, constituindo-se, portanto, como ato ilícito por parte do comitente.

Cumpra-se, entretanto, salientar que dispõe o contratante de diversas formas de exoneração do pacto firmado, caracterizando-se como a mais democrática dessas o próprio distrato, na medida que decorre da vontade de ambas as partes contratantes, não imputando, portanto, a qualquer delas os efeitos da imprevisão. Conforme Daniel Ustárroz⁴⁷:

Tal como as pessoas, o contrato também nasce, cresce e morre. Este último fenômeno, sua extinção, pode dar-se por diversas maneiras: seja comumente pelo adimplemento, assim como pela vontade da(s) parte(s), pelo implemento do termo ou condição fixados, etc. Enfim, a relação obrigacional é um processo complexo, que conta com início, meio e fim.

⁴⁵ FERREIRA, José Alves. Da cláusula penal. RT: **Revista dos Tribunais**, nº 301/14, São Paulo, nov. 1960.

⁴⁶ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁴⁷ USTÁRROZ, Daniel. **A Resolução do Contrato no novo Código Civil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 304, p. 32-53, 2003, p. 32.

Nesta toada, o entendimento de violação contratual como fruto da liberdade individual parece, por si só, inadequado, tendo em vista que ao mesmo tempo utiliza o instituto como base, o enfraquece, contaminando-o com a insegurança.

Parte Juliana Krueger Pela⁴⁸, nessa análise, do pressuposto que:

o inadimplemento poderia ser caracterizado como abuso de direito, e, portanto, como ilícito. Sob essa perspectiva, ao inadimplir voluntariamente, o titular excederia os limites de seus direitos contratuais, atribuindo-lhes finalidade diversa daquela pactuada e daquela econômica e socialmente esperada

Demonstrar-se-ia incoerente induzir que a parte que assume responsabilidade decorrente de contrato é plena, absoluta e irrevogavelmente vinculada a esse, visto que, como já mencionado, o próprio ordenamento jurídico reconhece a possibilidade de extinção contratual, observados os requisitos respectivos e as peculiaridades do contrato, como já mencionado. Entretanto, na medida em que eventual rescisão ou inadimplemento decorre de mero interesse individual de uma das partes, que voluntariamente se abstém de adimplir com suas obrigações, percebe-se, sim, grau de excessividade em sua conduta. E é com a exata pretensão de repelir a atuação excessiva dos agentes que coíbe o diploma legal qualquer exercício de direito de forma excessiva.

Entretanto, no intuito de proceder com tal análise e mensuração, depara-se o interlocutor, com conceitos bastante subjetivos, cabendo a este, portanto, a adequada interpretação do que se caracterizaria como excessivo, tendo em vista que se limita o legislador a apresentar os caminhos por meio dos quais deve conduzi-la – fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes, incumbindo à doutrina sua adequada condução.

Tamanha subjetividade acaba por acarretar na tênue aproximação do conceito de ato ilícito por exercício excessivo de direito àquele, já debatido, decorrente da transgressão à boa-fé objetiva, enquanto norte da conduta dos contratantes, conforme bem exposto, inclusive, pelo próprio dispositivo legal, tratando-se, pois, de filtro legítimo e adequado à apreciação da conduta. Vejamos que, em se tratando de análise contratual, nada mais adequado à condução da interpretação dos conceitos supra evidenciados que a própria boa-fé.

Conforme Clóvis V. Couto e Silva⁴⁹:

Além disso, o princípio da boa-fé revela-se como delineador do campo a ser preenchido pela interpretação integradora, pois, de perquirição dos propósitos e intenções dos contratantes, pode manifestar-se a contrariedade do ato aos bons costumes ou à boa-fé.

Por outro lado, em que pese o próprio dispositivo legal mencione a subversão da finalidade econômica pretendida como um dos elementos à caracterização de atitude excessiva, não parece adequado limitar-se a análise a esse ponto, tratando-se exatamente do debate exaltado por aqueles que defendem a aplicação do *efficient breach*. Isso porque, *prima facie*, talvez economicamente a sua

⁴⁸ PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento eficiente” (Efficient breach) nos contratos empresariais. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 2, n. 1, pp. 1091 – 1103, 2016, p. 1098.

⁴⁹ SILVA, Clóvis Veríssimo Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 36.

utilização se justificasse, ante a suposta inexistência de danos ao credor indenizado e a vantagem auferida pelo devedor, que se desonera de contrato concebido como ineficiente. Assim sendo, se entendida como economicamente justificável a aplicação da teoria, tratar-se-ia exatamente da finalidade econômica pretendida pelos contratos comerciais, qual seja a maximização de lucros e resultados. Assim, tal critério de apuração de abuso pelo devedor não se caracterizaria.

Na medida que a finalidade econômica da liberdade contratual - considerando tratar-se de contratos de natureza comercial - seria a obtenção de vantagem financeira individual, motivação que por si só não merece nenhuma crítica, tendo em vista tratar-se de característica básica do estado liberal no qual essa se insere, presumir que a parte estaria excedendo sua liberdade contratual pela mera pretensão de maximização de lucro não parece adequado.

Assim sendo, torna-se conveniente a análise deste ponto sob a luz *finalidade socialmente esperada*, conforme menciona a autora. Desta forma, retorna-se à discussão já apresentada supra, tendo em vista que a finalidade socialmente esperada em muito se assemelha à harmonização da atitude à boa-fé. Na medida em que esta impõe às partes contratantes regras de conduta a serem observadas utilizar tal preceito à configuração da expectativa social acerca do contrato torna-se por demais lógico. Veja-se, que o que se espera do contrato, anteriormente ainda aos efeitos desse decorrentes, é a sua regular execução, que justifica, inclusive, sua existência no plano jurídico.

Portanto, analisado o debate à luz do artigo 187 do Código Civil⁵⁰, verificar-se-ia o palpável conflito existente entre a adoção da teoria, que impõe o inadimplemento voluntário, e as imposições decorrentes da finalidade socialmente esperada, da boa-fé, e dos bons costumes, elementos bastantes à configuração de abuso de direito e, conseqüentemente, de ato ilícito, por força do dispositivo mencionado.

4.5 CLÁUSULAS PENAIIS NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Demonstra-se, ainda, relevante a contraposição da teoria à natureza garantida às multas contratuais no ordenamento jurídico brasileiro, pela inteligência que se extrai dos artigos 408⁵¹, 410⁵² e 412⁵³ do Código Civil⁵⁴.

Observa-se que as disposições materiais obstaculizam a assunção da teoria, ou, ao menos, a tornam ilógica, porque: a um, institui-as como mecanismo em benefício ao credor, e não do devedor; a dois, limitam o valor indenizatório previsto àquele arbitrado à obrigação principal, sendo insuficiente a justificar premissa básica

⁵⁰ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 out. 2018.

⁵¹ Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

⁵² Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

⁵³ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

⁵⁴ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 out. 2018.

do *efficient breach theory*, que pressupõe a mitigação absoluta dos danos sofridos pelo credor; e, a três, condiciona-se à ocorrência atitude culposa por parte do devedor à sua utilização, o que não se verificaria na hipótese visto que este teria voluntariamente incorrido em mora.

Como mencionado, induz o legislador civilista, por meio do artigo 410, tratar-se a cláusula penal de instituto a se reverter em benefício do credor. Veja-se, entretanto, que na hipótese pretendida pela teoria do inadimplemento eficiente, tal conversão se daria não em favor do credor, mas do devedor, a quem seria dada a faculdade de acioná-la e, portanto, que olvidaria maior benefício econômico da sua utilização àquele a quem o instituto pretende tutelar. Conforme José Alves Ferreira ⁵⁵:

a escolha só favorece ao credor e nunca ao devedor, que deverá prestar fielmente o prometido. Em consequência, não poderá o devedor pretender liberar-se da obrigação, oferecendo ao credor a pena convencionada.

Assim, garantir ao devedor a faculdade de seleção desvirtuaria a própria intenção do legislador civilista - que se extrai da simples análise do texto legal na matéria - que pretendia exatamente constituir instrumento em favor do credor inadimplido, facultando-lhe o exercício da cláusula, e não o sujeita-lo à inesperada desvinculação contratual pelo simples pagamento valor lá estipulado.

Desta forma, cumpre-se esclarecer que a disposição da cláusula penal em contrato constitui-se, exatamente, como reforço à parte devedora acerca da necessidade de cumprimento da obrigação. Isso é, antecipam as partes os efeitos decorrentes do inadimplemento, na exata finalidade de garantir maior *enforcement* à obrigação. É como dispõe José Alves Ferreira⁵⁶ acerca das cláusulas penais:

Dois são os objetivos que, no geral, se lhe atribuem: a) reforço da obrigação a que adere pela ameaça que representa ao devedor, de ter sua responsabilidade onerada, caso não cumpra exata e pontualmente a prestação; b) determinação prévia das perdas e danos, forrando o credor de provar a sua efetividade e montante.

Assim, a própria disposição de cláusula penal no contrato acaba, ainda, por agregar aos argumentos já exaltados, principalmente no que se refere à violação ao princípio da boa-fé e à configuração de abuso de direito, verificado a disfunção da finalidade socialmente esperado, na medida em que propõe maior segurança ao credor, que a utiliza no exato intuito de reforçar a obrigação avençada.

Nesse sentido, cabe salientar que as cláusulas penais são mais comumente utilizadas em contratos de execução continuada, nos quais o abrupto rompimento impõe às partes maiores prejuízos. É, por exemplo, a hipótese dos contratos de parceria agrícola, no qual uma parte depende veemente da contraparte à realização do seu objeto social. Assim, considerando que a expectativa desses

⁵⁵ FERREIRA, José Alves. Da cláusula penal. RT: **Revista dos Tribunais**, nº 301/14, São Paulo, nov. 1960.

⁵⁶ FERREIRA, José Alves. Da cláusula penal. RT: **Revista dos Tribunais**, nº 301/14, São Paulo, nov. 1960.

decorrentes, em regra, induz a efeitos de maior relevância à própria atividade da empresa negociante, torna-se necessária a preservação do que pretendido pelo credor.

Assim sendo, tornar-se-ia incoerente inverter a lógica utilizada pelo legislador, afastando da figura do credor a faculdade de execução da cláusula.

Ademais, cumpre-se exaltar que, conforme já mencionado, tratam-se as cláusulas penais, também, de limitador do *quantum* devido por eventual inadimplemento, não podendo exceder, conforme determina o artigo 412⁵⁷ do diploma civilista, o valor da obrigação principal, pois, conforme entende Daniel Ustároz⁵⁸: “*não há sentido em arbitrar uma quantia que possa ultrapassar o efetivo prejuízo. Ela deve estar limitada ao dano previsível em decorrência do inadimplemento.*”

Tal limitação, por si só, já se demonstra absolutamente incongruente àquilo que pretende a teoria, porquanto pressupõe essa, na sua perfeita eficácia, a plena reparação dos danos sofridos pela parte, os quais, considerando a natureza contratual em análise, se demonstram de difícil avaliação. Torna-se imperioso ressaltar que não se limitam tais danos, principalmente nos contratos de execução continuada, àqueles imediatamente perceptíveis, mas efetivamente a integralidade dos efeitos do ato decorrentes. Assim, defronta-se aquele que se dispõe à previsão da integralidade dos danos decorrentes de violação contratual, com inúmeras variáveis, cujos impactos e resultados, a meu ver, não se fazem aritmeticamente presumíveis.

Assim sendo, caso a cláusula penal se demonstre insuficiente à adequada indenização das partes, a eficiência, pretendida pelo *efficient breach*, restaria viciada. Portanto, o pressuposto exposto por Marcos Brossard Iolovich⁵⁹ de que “*quebra eficiente do contrato não prega a redução ou mitigação da indenização pelo rompimento a fim de favorecer a ocorrência de quebras de contrato, como se poderia equivocadamente imaginar. Muito antes pelo contrário, já que, se uma das partes não for adequadamente indenizada, não haverá eficiência*”, restaria, também, prejudicado, tendo em vista que este elenca como máxima a adequada indenização da parte devedora, que poderá não se verificar pela dificuldade de liquidação dos danos.

Por fim, acerca da necessidade de verificação de conduta culposa disposta pelo artigo 408⁶⁰ do Código Civil⁶¹, observa-se que o dispositivo impõe a aplicação imediata da cláusula penal às hipóteses de descumprimento culposo por parte do devedor, restaria prejudicado se diante de rompimento contratual voluntário, sendo controversa sua aplicação, haja vista a não configuração direta de elemento ao qual estaria expressamente condicionado, a culpa. Desta feita, nas hipóteses em que verificada a existência de cláusula penal, a atitude negativa voluntária do devedor, que

⁵⁷ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal

⁵⁸ USTÁROZ, Daniel. A Majoração da Cláusula Penal nas Relações de Consumo. **Revista Jurídica Empresarial**, Porto Alegre, v. 15, p. 181-206, 2010, p. 120.

⁵⁹ IOLOVICH, Marcos Brossard. **Efficient breach theory – a análise do rompimento eficiente nos contratos empresariais à luz da legislação brasileira e da law and economics**. 2016. 247 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 233.

⁶⁰ Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

⁶¹ BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em: 28 out. 2018.

se abstém de perfectibilizar a obrigação aventada, não compatibilizaria à sua operação – pela leitura literal do texto legal.

Desta forma, observada as disposições materiais civis acerca das cláusulas penais, bem como a natureza a estas garantida, novamente resta prejudicada a adoção da teoria.

5 PERSPECTIVA ECONÔMICA SOBRE O *EFFICIENT BREACH*

Ademais os argumentos já expostos, que tendem a indicar incompatibilidade da simples reprodução da teoria estrangeira ao território nacional, novos comentários acerca do inadimplemento eficiente se mostram oportunos, no que tange à real efetividade da sua adoção, principalmente considerando que se funda a *efficient breach theory* na maximização econômica.

Conforme já debatido, defende a teoria que, nas hipóteses nas quais o inadimplemento do contrato incorrer em benefício ao devedor em monta superior ao dano experimentado pelo credor, seria facultado àquele o inadimplemento contratual voluntário, imputando-lhe, entretanto, a reparação dos danos sofridos.

Assim, pretende-se afastar do direto contratual qualquer responsabilidade de caráter moral pelo cumprimento do contrato, imputando-lhe caráter puramente econômico. De fato, este afastamento da liberdade negocial do campo moral se demonstra bastante lógico, principalmente quando diante de contratos de natureza comercial, pois, conforme já debatido anteriormente, presume-se o lucro como seu objetivo comum. No entanto, conforme debatido, tal afastamento não poderia se dar em detrimento daquilo que previsto pelo ordenamento.

Entretanto, parece-me conveniente a análise um pouco mais aprofundada acerca dos efeitos da assunção da teoria, inobstante eventuais obstáculos jurídicos já enfatizados supra, de forma a verificar até que ponto essa seria economicamente interessante, considerado, principalmente, o cenário ao qual submeteria o mercado.

Para tanto, cumpre-se salientar que o elemento ‘previsibilidade’ se constitui como imprescindível à eficiência econômica, tendo em vista que essa garante às partes – não somente contratantes, mas a qualquer situação de multiplicidade de alternativas – o adequado vislumbre sobre a situação com a qual se deparam, garantindo-lhe a precisa verificação de riscos e expectativas.

Conforme Ricardo Lupion Garcia⁶²:

Nunca é demais lembrar que certa dose de “segurança e previsibilidade são necessárias para garantir a fluência de relações no mercado” e que “os textos normativos devem permitir adequada equação entre necessidade de segurança/previsibilidade e adaptação /flexibilização do direito”

É com base nessa característica do empresário que se funda a disparidade de tratamento garantida aos pactos de natureza comercial, na medida em que se pressupõe que as partes, enquanto agentes atuantes especificamente no mercado em comento e acostumadas com a sua realidade, possuiriam maior capacidade do que qualquer outro à adequada mensuração dos riscos, e, portanto, à sua assunção.

⁶² GARCIA, Ricardo Lupion. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 154.

Desta feita, verifica-se que o prejuízo decorrente do inadimplemento voluntário – e principalmente de eventual admissão desse por parte do ordenamento – não se limita aos danos imediatos causados à contraparte, assumindo dimensão por demais superior, haja vista o impacto gerado ao próprio instituto contratual, conforme lhe agrega maior dificuldade de precificação e mensuração de riscos.

Vale ressaltar que o propõe a economia, salvo melhor juízo, é adequada alocação de recursos de forma a garantir melhor eficiência, ou seja, menos custos e mais resultados, grosso modo. Assim sendo, em uma primeira análise, imediata, parece que a adoção da teoria, do ponto de vista econômico, far-se-ia justificável, na medida em que, por um lado, não importaria ao credor qualquer dano decorrente do inadimplemento, tendo em vista que pressupõe a sua plena reparação, e, por outro lado, garantiria vantagem financeira ao devedor, que se absteve da relação originária em prol desse benefício. Logo, em uma análise fechada, considerando que os ganhos se mostram superiores às perdas, haveria, sim, eficiência.

Ocorre que a já exaustivamente evidenciada insegurança decorrente do inadimplemento eficiente acaba por acarretar na imprecisão da previsão dos agentes, induzindo estes, portanto, à inadequada precificação, estimulando, por conseguinte, a má alocação de recursos. Desta forma, não parece adequada a mera análise do instrumento contratual enquanto realidade isolada, limitada às partes contratantes e aos efeitos internos do pacto. Muito antes pelo contrário, considerando que o que se pretende com o presente estudo é promover o debate sobre a admissibilidade, ou não, da teoria, a relevância macroeconômica da mesma concentra maior destaque do que a simples - ainda que por si só bastante complexa - análise individualizada, não podendo, portanto, ser menosprezada.

Não se pretende, entretanto, por meio deste exaurir a matéria, tampouco refutar o que já fora reconhecido e concluído por autores de renome, sejam da área do direito ou economia, mas tão somente introduzir o interlocutor ao debate, apontando-o alguns pontos de maior relevância.

Nesse sentido, cumpre-se salientar que, mesmo dentre aqueles que se dedicam ao estudo da análise econômica do direito, não se vislumbra unanimidade em favor da aplicação da teoria.

Assim, há quem entenda que a análise feita pela doutrina que apoia a sua aplicação deixa de analisar parte dos reflexos dessa decorrentes, mostrando-se, pois, insuficiente, principalmente no que se refere aos custos de transação inerentes à elaboração e renegociação contratual e na implementação de remédios bastantes a compensar eventual ineficiência. Assim entende José Inácio Ferraz de Almeida⁶³, calcado nos ensinamentos de Guido Calabresi e Douglas Melamed⁶⁴:

Uma tal abordagem, batizada por IAN MACNEIL⁶⁵ de simple-efficient breach analysis, desconsidera um ponto central: na ausência de

⁶³ PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação. UC Berkeley: **Berkeley Program in Law and Economics**, 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>>.

⁶⁴ CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral". **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 85, n. 6, abr. 1972.

⁶⁵ MACNEIL, 1982, p. 949-950, apud. PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação. UC Berkeley: **Berkeley Program in Law and Economics**, 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>>.

custos de transação, as partes de um contrato ineficiente irão negociar até distratar voluntariamente o contrato, partilhando entre si o excedente. Assim é que em um mundo de custos de transação nulos, o problema simplesmente não existirá.

Veja-se que o que pretende o autor é a simples análise da situação de forma a observar todos os efeitos, teóricos e práticos, decorrentes. Assim, acerta quando defende que possuem, sim, os custos de transação papel de suma relevância no debate. Não há no que se negar que a própria elaboração contratual, na medida em que pressupõe o acordo perfeito de vontade entre partes com interesses diversos – e comumente opostos – às submete a uma série de encargos. Ainda, tendo em vista essa oponibilidade de interesses havida, bem como um caráter eminentemente individualista percebido na nossa realidade negocial, tendem as partes a blindam-se com diversos mecanismos jurídicos, de forma a afastarem-se de eventuais responsabilidades decorrentes. Ocorre que se faz por demais dificultada a análise da real situação quando se impõe ao contratante leve em consideração a possibilidade de que venha a contraparte, voluntariamente, a se abster das obrigações contratuais, aumentando o risco extraordinário de inadimplemento. Desta forma, o que se perceberia, por conseguinte, é um maior reforço de ambos em tentar inibir eventuais imprevistos, encarecendo-se, portanto, o contrato. Conforme José Inácio Ferraz de Almeida⁶⁶:

O ponto importante a ser evidenciado é que as regras sobre descumprimento contratual terão efeitos não negligenciáveis sobre os incentivos das partes em incorrer ou não em custos de transação ex ante (custos de busca, de redação contratual entre outros).

Assim sendo, demonstrar-se-ia adequado considerar a integralidade dos custos de transação decorrentes da liberdade contratual garantida aos indivíduos, sejam eles oriundos violação de contratos ineficientes, seja da simples elaboração de todo e qualquer contrato, independentemente do extrato econômico que desse se possa extrair.

Outro fator cuja análise se torna necessária é o fato de que mais relevante do que o simples debate acerca da possibilidade de assunção ou não da teoria, é aquele quanto às respostas adequadas a sua utilização, tendo em vista que, independentemente do que dispõe o Direito a respeito da temática, e possível a sua caracterização fática, cabendo a este uma resposta conveniente.

Conforme Marcos Brossard Iolovich⁶⁷:

Esta maior difusão se justifica ainda mais pelo caráter descritivo do fenômeno. Isso porque ela ocorrerá independentemente da vontade dos juristas, economistas, contratantes ou demais observadores, já que, sempre que uma parte achar mais conveniente descumprir o

⁶⁶ PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação. UC Berkeley: **Berkeley Program in Law and Economics**, 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>>.

⁶⁷ IOLOVICH, Marcos Brossard. **Efficient breach theory – a análise do rompimento eficiente nos contratos empresariais à luz da legislação brasileira e da law and economics**. 2016. 247 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 233-234.

contrato do que cumprir – valendo o mesmo raciocínio para as demais formas de extinção que dependam da decisão de uma das partes – agirá desta forma. A análise jurídica cinge-se a verificar se o ordenamento jurídico permite, e em quais circunstâncias, às partes que tomem esta decisão, operando a quebra eficiente

Isso é, independente de permissão jurídica ao descumprimento contratual unilateral voluntário – elemento que justifica maior conflito acerca da matéria – poderá a parte vir a incidir em tal atitude, sendo necessária resposta de nosso ordenamento. Diante dessa realidade, a mera rejeição à sua assunção não se demonstra suficiente.

Ademais, cumpre-se exaltar também que, ademais do já exposto, a difícil antecipação e precificação dos prejuízos percebidos pode vir a ser encarado, de mesma forma, como um fator de relevância na análise. Ora, pressupõe a teoria, conforme explanado pelos autores que a defenderam, a plena reparação dos danos causados. Conforme menciona Marcos Brossard Iolovich⁶⁸:

É preciso deixar claro a quebra eficiente do contrato não prega a redução ou mitigação da indenização pelo rompimento a fim de favorecer a ocorrência de quebras de contrato, como se poderia equivocadamente imaginar. Muito antes pelo contrário, já que, se uma das partes não for adequadamente indenizada, não haverá eficiência

Ocorre que, dada a complexidade dos contratos, bem como a infinidade de efeitos desse decorrentes, torna-se por demais excessiva a adequada avaliação desses prejuízos, e, principalmente, a consideração desses no momento de precificação contratual.

Entretanto, não há de se negar que a imprecisão na mensuração de danos é inerente a qualquer negócio jurídico, fazendo-se por demais utópica a pretensão de calculá-los de forma perfeita. Cumpre-se, pois, salientar, que, conforme já mencionado, tende o ordenamento jurídico pátrio a utilizar o Princípio da Reparação Integral como forma de mensuração de danos, de forma a imputar à parte que veio a causar dano a reparação de todos os prejuízos decorrentes do ato ilícito⁶⁹, contrapondo-se à teoria do *'disgorgement of profits'*, reconhecida por parte da doutrina americana como remédio jurídico adequado à violação contratual voluntária, impondo que os ganhos decorrentes da quebra se revertam em favor do devedor originário.

Tal imprecisão, no entanto, se verifica em qualquer momento em que eventual avaliação venha a ser realizada, seja na análise de riscos pré-contratual, necessária à precificação do negócio em construção, seja no momento de avaliação judicial de danos e determinação de valor à indenização. No entanto, não me parece coerente, diante dessa realidade, cuja análise quantitativa – seja prévia ou posterior – já se demonstra bastante dificultada, imputá-la maior complexidade, por meio da

⁶⁸ IOLOVICH, Marcos Brossard. **Efficient breach theory – a análise do rompimento eficiente nos contratos empresariais à luz da legislação brasileira e da *law and economics***. 2016. 247 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016, p. 233

⁶⁹ Nesse sentido, dispõe o Art. 402 do Código Civil: Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

fragilização da confiança depositada na contraparte, e no conseqüente aumento do risco de inadimplemento.

Assemelha-se, pois, o presente estudo à análise elaborada por George A. Akerlof⁷⁰, que, por meio da análise do mercado de carros usados nos Estados Unidos – chamados ‘lemons’ –, evidenciou os efeitos da assimetria informacional no mercado, concluindo, grosso modo, que a disparidade de informação havida entre o vendedor e o comprador induziria à má alocação de recursos, em razão da desconfiança havida por parte dos compradores, que se valeriam dos meios disponíveis para afugentarem-se dos riscos decorrentes do negócio.

Ainda, utiliza, também, o autor outro exemplo denominado ‘*The cost of dishonesty*’, no qual induz que, em um mercado no qual se identifiquem bens sendo vendidos de forma honesta e outros de forma desonesta, mediante a apresentação inverídica de seus atributos, a existência destes induziria à extinção do próprio mercado em comento, tendo em vista a tendência à retirada dos vendedores honestos, pela desvalorização decorrente das ofertas desonestas. Assim, conforme George A. Akerlof⁷¹:

The Lemons model can be used to make some comments on the costs of dishonesty. Consider a market in which goods are sold honestly or dishonestly; quality may be represented, or it may be misrepresented. The purchaser's problem, of course, is to identify quality. The presence of people in the market who are willing to offer inferior goods tends to drive the market out of existence - as in the case of our automobile "lemons." It is this possibility that represents the major costs of dishonesty - for dishonest dealings tend to drive honest dealings out of the market. There may be potential buyers of good quality products and there may be potential sellers of such products in the appropriate price range; however, the presence of people who wish to pawn bad wares as good wares tends to drive out the legitimate business⁷²

Cumpra-se, entretanto, salientar que o que se pretende com a presente analogia é não a imediata equiparação do vendedor desonesto ao ‘inadimplente

⁷⁰ AKERLOF, George A. The Market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, pp. 488-500, Aug. 1970, Disponível em <<http://links.jstor.org/sici?sici=0033-5533%28197008%2984%3A3%3C488%3ATMF%22QU%3E2.0.CO%3B2-6>>.

⁷¹ AKERLOF, George A. The Market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, pp. 488-500, Aug. 1970, Disponível em <<http://links.jstor.org/sici?sici=0033-5533%28197008%2984%3A3%3C488%3ATMF%22QU%3E2.0.CO%3B2-6>>, p. 495.

⁷² Tradução livre: o modelo dos limões pode ser utilizado para fazer alguns comentários acerca dos custos da desonestidade. Considerando um mercado no qual bens são vendidos de forma honesta ou desonesta; qualidade poderia ser bem representada, ou poderia ser representada inadequadamente. O desafio do comprador, é claro, seria identificar esta qualidade. A presença de indivíduos no mercado que pretendem oferecer bens inferiores tende a direcioná-lo à sua extinção – como no caso dos nossos automóveis “abacaxis”. É essa possibilidade que representa o maior custo da desonestidade – os negociantes desonestos tendem a induzir os negociantes honestos a sair do mercado. Poderiam haver compradores potenciais de produtos de boa qualidade e poderiam haver vendedores potenciais desses produtos no preço apropriado; entretanto, a presença de indivíduos que pretendem induzir más mercadorias como se fossem boas mercadorias tende a expulsar os negócios legítimos.

eficiente', mas a mera demonstração dos efeitos decorrentes da assimetria informacional havida, demonstrando-se, assim, bastante conveniente e adequado ao presente debate o exemplo trabalhado pelo autor.

Assim sendo, salienta-se que mesmo efeito se verificaria na aplicação da teoria, tendo em vista que essa, na medida em que faculta ao devedor o descumprimento, aumenta a assimetria havida entre as partes, incorporando novo elemento à análise.

Desta feita, o que se extrai do debate exaltado é que a mera análise dos reflexos imediatos e internos à relação, decorrentes do inadimplemento – e, portanto, da aplicação da teoria – não se mostra suficiente à conclusão quanto à razoabilidade da sua adoção, tratando-se, pois, de compreensão bastante reducionista do panorama exposto.

Assim sendo, quando se propõe o intérprete à presente avaliação faz-se imprescindível uma análise bastante minuciosa dos seus resultados, de forma a evitar conclusão imprecisa.

Nessa toada, parece-me que a adoção da teoria, ainda que analisada sob a perspectiva exclusivamente econômica – mas observada a realidade imposta pelo nosso ordenamento jurídico, principalmente no que tange à indenização de danos -, não se mostra suficientemente favorável, tendo em vista que, em que pese possa induzir pela maior eficiência imediata da relação havida, imputa excessivos prejuízos ao mercado e à própria liberdade contratual dos indivíduos, instituto que merece máxima preservação, tendo em vista sua relevância à sociedade contemporânea.

Logo, ainda que a análise pretendida se construa sobre relações de natureza comercial, considerando suas peculiaridades, a mera não reprovação da atitude do inadimplente voluntário garantiria às partes maior comodidade na sua procedência, merecendo, portanto, repúdio do ordenamento jurídico, de forma a zelar pela adequada manutenção do ambiente negocial e da segurança necessária aos contratantes.

6 CONCLUSÃO

Contraposta a teoria do inadimplemento eficiente àquilo que disposto pelo nosso ordenamento jurídico, verifica-se a existência de institutos que tenderiam a impossibilitar a simples assunção da teoria estrangeira em território nacional. Assim, o rompimento contratual voluntário não possui qualquer guarida legal, sendo facultado ao credor diversos meios à obtenção do resultado pretendido e/ou ainda, mediante conveniência ou necessidade, indenização dos danos sofridos.

Ademais, a assunção da teoria acarretaria na desvirtuação da liberdade contratual, garantida aos indivíduos, na medida em que lhe imporia imprevisibilidade absolutamente incompatível com seu intuito, trazendo insegurança às partes negociantes e, conseqüentemente, aumentando os custos de transação decorrentes da elaboração contratual e, conseqüentemente, os preços.

Assim sendo, ademais da imediata contradição havida entre o conceito defendido pelo *efficient breach* a diversos dispositivos legais, a mesma não garantiria aos contratantes maiores benefícios, tendo em vista que, em que pese pudesse, em primeira análise, considerando-se somente o universo fechado do contrato, induzir à maximização de resultados, quando analisado sobre uma ótica mais abrangente, do

ambiente comercial como um todo, tender-se-ia a verificar sua ineficiência, tendo em vista a insegurança imposta e os custos de transação originados.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Contratos relacionais, existenciais e de lucro. **Revista Trimestral de Direito Civil**: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011.

AKERLOF, George A. The Market for “lemons”: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 84, n. 3, pp. 488-500, Aug. 1970, Disponível em <<http://links.jstor.org/sici?sici=0033-5533%28197008%2984%3A3%3C488%3ATMF%22QU%3E2.0.CO%3B2-6>>.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado - Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento - Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 750, p.113-120, abr. 1998.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em 28 out. 2018.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 28 out. 2018.

BRASIL. Palácio do Planalto. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, DF, 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 28 out. 2018

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

CALABRESI, Guido; MELAMED, Douglas. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 85, n. 6, abr. 1972.

SILVA, Clóvis Veríssimo Couto e. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

FERREIRA, José Alves. Da cláusula penal. RT: **Revista dos Tribunais**, nº 301/14, São Paulo, nov. 1960.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

GARCIA, Ricardo Lupion. **Boa-fé objetiva nos contratos empresariais**: contornos dogmáticos dos deveres de conduta. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

ILOVICH, Marcos Brossard. **Efficient breach theory – a análise do rompimento eficiente nos contratos empresariais à luz da legislação brasileira e da *law and economics***. 2016. 247 f. Dissertação (Mestrado em Direito)-Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016.

MACNEIL, Ian. Efficient breach of contract: circles in the sky. **Virginia Law Review**, v. 68, n. 5, mai. 1982.

PELA, Juliana Krueger. “Inadimplemento eficiente” (Efficient breach) nos contratos empresariais. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Ano 2, n. 1, pp. 1091 – 1103, 2016.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of Law**. 8 ed. New York: Aspen Publishers, 2011.

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. A Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach Theory) e os Custos de Transação. UC Berkeley: **Berkeley Program in Law and Economics**, 2007. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>>.

RODRIGUES, Gabriela Wallau; GIANNAKOS, Demétrio. A Cláusula de Hardship como Forma de Mitigação da Assimetria de Informação nos Contratos Internacionais. **Revista Electrónica De Direito**, v. 2, p.1, 2017.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **A boa-fé e a violação positiva do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

USTÁRROZ, Daniel. A Majoração da Cláusula Penal nas Relações de Consumo. **Revista Jurídica Empresarial**, Porto Alegre, v. 15, p. 181-206, 2010.

USTÁRROZ, Daniel. **A Resolução do Contrato no novo Código Civil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 304, p. 32-53, 2003.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Direito Civil**. 18. ed. São Paulo: Atlas, dez. 2017. v. 2: Obrigações e Responsabilidade Civil.