

O INADIMPLEMENTO EFICIENTE FRENTE A BOA-FÉ NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

Pedro Jungblut Hessel*

Caroline Vaz**

RESUMO

O Inadimplemento Eficiente, conceito jurídico encontrado na *Common Law*, vem sendo objeto de estudo pela doutrina brasileira. Tal instituto visa garantir a alocação dos recursos comunitários da forma mais eficiente, sempre se preocupando com os efeitos da quebra do contrato. Analisar os diferentes tipos de compensação previstos em tal modelo jurídico faz-se necessário para verificar sua compatibilidade com o direito brasileiro. Por sua vez, o presente estudo, além de verificar tal instituto, visa apontar, ainda que de maneira superficial, os principais tipos de contratos e compensações previstas no Código Civil brasileiro, bem como apresentar o conceito de boa-fé, atentando sempre para as distinções feitas pela doutrina pátria. Em tempo, apresenta-se um caso de inadimplemento contratual, o qual será exposto seus principais pontos, e argumentos dos desembargadores que proferiram o acórdão. Por fim, apreciará se o instituto poderá ser recebido pelo sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Inadimplemento Eficiente. Boa-fé. Código Civil.

ABSTRACT

The efficient breach, a legal concept, found in Common Law, has been object of study by Brazilian doctrine. This institute aims to ensure the allocation of Community resources in the most efficient manner, always worrying about the effects of breach of contract. Analyzing the different types of compensation provided for, in this legal model, is necessary to verify its compatibility with Brazilian law. In its turn, the present study, in addition to verifying this institute, aims to point out, even if, in a superficial way, the main types of contracts and compensations provided for in the Brazilian Civil Code, as well as presenting the concept of good faith, always looking at the distinctions made by the national doctrine. In time, a case of contractual default is presented, which will be set out its main points and arguments of the judges who delivered the judgment. Finally, it will assess whether the institute can be received by the Brazilian legal system.

Keywords: Efficient breach. Good faith. Civil Code.

* Graduando do curso de graduação em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: pedro.hessel@gmail.com

** Orientadora: Professora do curso da Escola de Direito na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). E-mail: caroline.vaz@puccrs.br

Sumário

Table of Contents

1. Introdução.....	2
2. Inadimplemento eficiente	3
2.1 A origem do inadimplemento eficiente	3
2.2. O Modelo proposto por Eric Posner	5
3. Sistema Jurídico Brasileiro.....	7
3.1. Dos contratos no Código Civil brasileiro.	8
3.2. A Boa-fé e a quebra de contrato conforme o Código Civil	10
4. Estudo de caso	12
5. Conclusão	13
6. Referências.....	14

1. Introdução

Os contratos firmados entre partes podem conter cláusulas penais, quando ocorrer alguma situação considerada como quebra contratual, conforme previsto no artigo 409 do Código Civil¹. Dentre as situações que podem ocasionar a quebra contratual está o inadimplemento.

Inadimplemento é entendido pela doutrina como “o não cumprimento daquilo a que se está obrigado, dentro do prazo convencionado”². Por exemplo, no caso de um contrato de aluguel de um imóvel quando o inquilino deixa de pagar o aluguel ao locatário configura-se o caso de inadimplemento. O inadimplemento também se caracteriza nas situações em que um serviço não é prestado conforme previsto em contrato. Esses são alguns dos exemplos que caracterizam as situações de inadimplemento dentre muitos que poderiam ser citados.

Em alguns casos o inadimplemento é caracterizado como sendo eficiente e, para estes casos, ele podendo ser considerado como um instituto econômico. O

¹ “Artigo 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de cláusula especial ou simplesmente à mora.”

² SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 26. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2005. p. 719.

inadimplemento eficiente se caracteriza nos casos onde é mais vantajoso realizar a quebra contratual e arcar com o ônus do que seguir adimplindo com o contrato.

Nos diferentes casos de judicialização envolvendo o inadimplemento, a questão da boa fé tem suscitado discussões, pois existe uma dúvida latente se a quebra contratual que originou o inadimplemento eficiente está na origem do contrato ou não. Os contratos onde o contratante nunca teve a intenção de contratar aquele tipo de serviço ou o contratado nunca teve a intenção de prestar aquele tipo de serviço são os casos caracterizados como de má fé na origem do contrato. Porém, existem os casos em que o contratante ou o contratado realizam a quebra contratual tempestivamente, impossibilitando que a outra parte tenha tempo hábil para realizar nova relação jurídica. Para estes casos, o debate jurídico está centrado na boa fé.

A questão da boa fé é naturalmente uma questão controversa, pois não existe o estabelecimento de um parâmetro no sistema jurídico brasileiro. As decisões destes casos são baseadas no conjunto das leis brasileiras e em julgados anteriores. Não havendo base legal para a tomada de decisão, o julgador faz uso dos usos e costumes.

A questão da análise de existência da boa fé ou não nos casos de inadimplemento é essencial para verificar se o instituto pode ser difundido na cultura contratual brasileira. Assim a pergunta de pesquisa deste trabalho é:

O inadimplemento eficiente quebra a boa fé?

Para responder esta pergunta o presente trabalho, na seção 2, irá apresentar o conceito do instituto de inadimplemento eficiente. A seção 3 apresentará as relações comerciais previstas no Código Civil brasileiro, bem como buscar na doutrina o conceito de boa fé. A seção 4 irá apresentar um estudo de caso.

2. Inadimplemento eficiente

O chamado “Law and Economics”, estuda o Direito e a Economia, em conjunto, trazendo uma análise econômica do direito. Preocupado em analisar as quebras contratuais por sua perspectiva econômica, originou-se o conceito de Inadimplemento Eficiente.

2.1 A origem do inadimplemento eficiente

O instituto do inadimplemento eficiente, ainda como uma ideia embrionária, fora apresentado pela primeira vez em 1970 por Robert Birmingham, nas palavras de Marina Murad³ "A ideia de que pode haver quebras eficientes de contratos foi sugerida pela primeira vez em 1970, em um artigo de Robert Birmingham.". O artigo ao qual

³ MURARD, Marina. O Inadimplemento Eficiente nos Contratos Empresariais em face da Opção Legislativa pela Execução Específica. Acesso em 31/05/2021, disponível em https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-inadimplemento-eficiente-nos-contratos-empresariais-em-face-da-opcao-legislativa-pela-execucao-especifica/#_ftn6

Marina Murad se refere é "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency"⁴, publicado na 24 Rutger Law Review 273.

Robert Birmingham, inicialmente, procura analisar três elementos da quebra do contrato, para poder entender melhor e formular um juízo de valor, que mais tarde seria entendido como o Inadimplemento Eficiente, quais sejam a Quebra do Contrato, a Quantidade de Dano e a Eficiência Econômica.

Tais elementos são complementares e devem ser observados em harmonia, pois anseiam a fixação de uma compensação a ser paga pela parte que quebra o contrato à parte que adimpliria o mesmo, protegendo seus interesses:

Em fixando a magnitude dos danos, o propósito geral do direito é, e deve ser, dar uma compensação para que a parte que não quebrou o contrato, fique em uma posição tão boa quanto estaria, caso a parte que quebrou o contrato o cumprisse. (Birmingham, Robert, Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency, 1970, 24 Rutger Law Review, p. 281, tradução nossa)⁵.

A ideia de haver uma compensação financeira pela quebra do contrato já permeava o âmbito jurídico. Há também uma preocupação com a correta compensação entre as partes, para que não haja um desencorajamento da quebra contratual⁶. Atenta-se que a preocupação com tais quebras, advém da realocação eficiente dos recursos comunitários. Robert Coase, renomado economista britânico, em seu livro "O problema do custo social"⁷ (tradução nossa), afirma que, uma vez que os custos da saída da transação de mercado, no caso a quebra do contrato, forem levados em consideração e, a realocação dos recursos ainda assim aumentar o valor de produção, conseqüentemente aumentando o lucro, a realocação é a melhor opção para a alocação eficiente dos recursos comunitários⁸.

Apenas em 1977, o instituto do inadimplemento eficiente fora nomeado com o nome atual. Charles Goetz e Robert Scott, publicaram seu artigo "Liquidated Damages, Penalties and the just Compensation principle: Some Notes on an Enforcement Model a Theory of Efficient Breach"⁹. Em tal artigo, os autores avaliam

⁴ Birmingham, Robert L., "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency" (1970). Articles by Maurer Faculty. 1705. Acesso em 31/05/2021, disponível em <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1705>

⁵ No original: "In fixing the amount of... damages, the general purpose of the law is, and should be, to give compensation: - that is, to put the plaintiff in as good a position as he would have been in had the defendant kept his contract."

⁶ "To penalize such adjustments through overcompensation of the innocent party is to discourage eficiente relocation of community resources". Birmingham, Robert L., "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency" (1970). Articles by Maurer Faculty. 1705. Acesso em 31/05/2021, disponível em <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1705>

⁷ COASE, Robert, The Problem of Social Cost, S.J. Law & Econ, 1960

⁸ "Once the costs of carrying out market transactions are taken into account it is clear that such a rearrangement of rights will only be undertaken when the increase in the value of production consequent upon the rearrangement is greater than the costs which would be involved in bringing it about" COASE, Robert, The Problem of Social Cost, S.J. Law & Econ, 1960. P.15-16.

⁹ Charles J. Goetz & Robert E. Scott, Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle:

que não existe compensação a servir de desincentivo para a realização do inadimplemento eficiente.

Após analisar brevemente a origem de tal instituto, faz-se necessário discorrer acerca do modelo proposto por Eric Posner para descrever o inadimplemento eficiente.

2.2. O Modelo proposto por Eric Posner

Para tentar compreender melhor quando é benéfico a quebra, frente às possíveis compensações, Eric Posner, exemplifica em seu livro *Contract Law and Theory*¹⁰, os cenários dos quais o inadimplemento eficiente ocorre. Em tal modelo, conforme disposto por Raphael Nunes em seu artigo¹¹, o Vendedor produz certa ferramenta pelo preço de Custo de \$2. O Comprador 1 atribui à ferramenta o Valor de \$10, e ambos concordam em transacionar a ferramenta pelo valor de \$6. Diante dessa premissa, Posner apresentou dois cenários, no primeiro o Comprador 2 oferta ao vendedor o valor de \$8 (Tabela 1) e no segundo cenário o Comprador 2 oferta ao vendedor o valor de \$16 pela mesma ferramenta (Tabela 2).

Importante salientar que o modelo de Posner, se atenta a três tipos de compensação, (i) *Nominal Damages*¹², que é uma compensação mínima pelos danos causados; (ii) *Punitive Damages*¹³, que é uma compensação pesada, visando reparar a parte que não quebrou o contrato e punir a parte que quebrou; e (iii) *Expectation Damages*¹⁴, que é uma compensação calculada com base na expectativa da parte que não quebrou o contrato, caso o mesmo tivesse sido cumprido.

A título de exemplo, no modelo apresentado por Posner¹⁵, o *Nominal Damages*, por se tratar de compensação mínima, terá o valor de \$1, o *Punitive Damages* terá o

Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, 77 COLUM. L. REV. 554 (1977). Disponível em, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/401. Acesso em 19 jun. 2021

¹⁰ POSNER, Eric A. *Contract Law and Theory*. 2ª Ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer. 2016. P. 178-181.

¹¹ NUNES, Raphael Marcelino de Almeida, O inadimplemento Eficiente do contrato: perspectivas de aplicação no direito civil brasileiro, disponível em <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/452/395>

¹² "Minimal money damages awarded to an individual in an action where the person has not suffered a ny substantial injury or loss for which he or she must be compensated." Disponível em <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/nominal+damages>

¹³ "Monetary compensation awarded to an injured party that goes beyond that which is necessary to compensate the individual for losses and that is intended to punish the wrongdoer" Disponível em <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/punitive+damages>

¹⁴ "The purpose of expectation damages is to put the non-breaching party in the position it would have occupied had the contract been fulfilled." Disponível em <https://encyclopedia.thefreedictionary.com/expectation+Damages>

¹⁵ POSNER, Eric A. *Contract Law and Theory*. 2ª Ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer. 2016. P. 179

valor de \$100 e *Expectation Damages* terá o valor descrito pela função $d=V1-p$, ou seja, o valor que o comprador estabeleceu pelo produto ($V1$), menos o valor acordado com o vendedor ($p1$). Logo, “d, no caso em tela, será representado por \$10 (valor que o comprador 1 atribuiu para a ferramenta), menos \$6 (valor acordado entre o comprador 1 e o vendedor), restando ser pago \$4 a título de *Expectation Damages*.

Em ambos os cenários, o *payoff* do vendedor para a performance, é calculado como preço acordado, sendo representado por “p1” no caso do comprador 1, menos o custo de produção, sendo representado por “c”. O *payoff* para a quebra é calculado como preço acordado, sendo representado por “p2” no caso do comprador 2, menos o custo de produção, sendo representado por “c”, menos a compensação pela quebra, sendo representado por “d”.

Tabela 1: Cenário 1

Valor acordado	<i>Payoff</i> do Vendedor	<i>Nominal Damages</i> (\$1)	<i>Punitive Damages</i> (\$100)	<i>Expectation Damages</i> ($d=V1-p$)
Comprador 1: \$6	Performance: p1-c	$6 - 2 = 4$	$6 - 2 = 4$	$6 - 2 = 4$
Comprador 2: \$8	Quebra:p2-c-d	$8 - 2 - 1 = 5$	$8 - 2 - 100 = -94$	$8 - 2 - 4 = 2$
	Escolha eficiente	Quebra do contrato originário	Performance do contrato originário	Performance do contrato originário

Tabela 2: Cenário2

Valor acordado	<i>Payoff</i> do Vendedor	<i>Nominal Damages</i>	<i>Punitive Damages</i>	<i>Expectation Damages</i>
Comprador 1: \$6	Performance: p1-c	$6 - 2 = 4$	$6 - 2 = 4$	$6 - 2 = 4$
Comprador 2: \$16	Quebra: p2-c-d	$16 - 2 - 1 = 13$	$16 - 2 - 100 = -86$	$16 - 2 - 4 = 10$
	Escolha eficiente	Quebra do contrato originário	Performance do contrato originário	Quebra do contrato originário

Observa-se que, conforme o cenário 1 apresentado pelo modelo de Posner, a quebra do contrato se justificaria somente na hipótese que o vendedor pague a compensação estabelecida pelo *Nominal Damages*, visto que o lucro resultante do custo de fabricação, somado com o custo da compensação, menos o valor acordado com o comprador 2, é maior que o lucro resultante do custo de fabricação menos o valor acordado com o comprador 1. Nas outras duas hipóteses, o lucro resultante da

quebra do contrato é menor que o lucro resultante da performance do contrato, não justificando a quebra do contrato.

Em contrapartida, no cenário 2, a quebra do contrato se justificaria em duas hipóteses, tanto na hipótese da compensação por *Nominal Damages*, quanto na compensação por *Expectation Damages*, visto que em ambas as hipóteses a quebra do contrato, mesmo com o custo de compensação, gera mais lucro para o vendedor, assim sendo, a melhor alocação dos recursos comunitários.

Ao analisar o modelo proposto por Posner, Raphael Nunes, afirma que a teoria do inadimplemento eficiente, defende a compensação por *Expectation Damages*, pois indicaria a conduta mais eficiente do vendedor.

Tal característica decorreria do fato de que, ao se mensurar a reparação pelo critério de *expectation damages*, o modelo “internalizaria” as *externalities*, pois imporia ao Vendedor a obrigação de suportar exatamente os custos percebidos pelo Comprador em decorrência da quebra contratual, resultando, dessa forma, na decisão mais eficiente quanto à quebra contratual. (NUNES, Raphael, 2019, O inadimplemento Eficiente do contrato: perspectivas de aplicação no direito civil brasileiro)

Importante acervar que Posner critica o próprio modelo, por não considerar a possibilidade da realização de negociações posteriores, fins do contrato ser mantido com termos diferentes.

Assim sendo, verifica-se que o Inadimplemento Eficiente ocorre, em geral, quando da existência de nova oportunidade mais lucrativa ao contratante com terceiro, em sendo essa nova oportunidade incompatível com o acordo previamente firmado. Tal instituto, busca a melhora do bem-estar social, visto que ocorrerá quando os custos decorrentes da quebra do contrato, forem menores que os benefícios da ruptura do mesmo.

3. Sistema Jurídico Brasileiro

O sistema jurídico é um conjunto de normas jurídicas, interdependentes, reunidas segundo um princípio unificador. Tais regras utilizam uma linguagem prescritiva, cuja finalidade é disciplinar a convivência social¹⁶. Dentre as normas jurídicas, encontra-se o Código Civil pátrio, promulgado em 10 de janeiro de 2002. Conforme Carlos Roberto Gonçalves¹⁷, em seu livro Direito Civil 1¹⁸:

O Código Civil é a Constituição do homem comum, por reger as relações mais simples da vida cotidiana, os direitos e deveres das pessoas, na sua qualidade de esposo ou esposa, pai ou filho, credor ou devedor, alienante ou adquirente, proprietário ou possuidor, condômino

¹⁶<<https://www.projuris.com.br/o-que-e-sistema-juridico-qual-sua-definicao>> Acesso em 10 jun. 2021.

¹⁷ Mestre em direito civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos. 8ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

ou vizinho, testador ou herdeiro etc. Toda vida social, como se nota, está impregnada do direito civil, que regula as ocorrências do dia a dia¹⁹.

Visto que o Código Civil trata das relações pessoais e patrimoniais, passa-se a apreciar as principais disposições previstas no referido código, acerca dos contratos.

3.1. Dos contratos no Código Civil brasileiro.

Os contratos podem ser agrupados em diversas categorias, suscetíveis a regras particulares. Dentre as mais diversas formas de classificar os contratos, trata Carlos Gonçalves, de agrupá-los quanto aos seus efeitos. Em tal classificação, os contratos podem ser classificados como Unilaterais, Bilaterais, Plurilaterais, bem como Gratuitos e Onerosos²⁰.

Os Contratos classificados como Unilaterais, são aqueles que criam obrigações para uma das partes, a exemplo da doação pura, ou seja, a doação livre de encargo, ônus, condição, etc²¹. Por sua vez, os contratos classificados como Bilaterais ou Sinalagmáticos, são aqueles que geram obrigações para ambos os contratantes²², a exemplo do contrato de compra e venda, previsto no artigo 481, do Código Civil²³. Em contrapartida, os contratos classificados como Plurilaterais, são aqueles que geram obrigações para mais de duas partes²⁴, por exemplo, os contratos de sociedade.

A doutrina, classifica os contratos como gratuitos, quando apenas umas das partes obtém benefício ou vantagem, e a outra parte, só obrigação ou sacrifício, a exemplo, novamente, da doação pura²⁵. Os contratos classificados como onerosos, são aqueles nos quais ambas as partes obtêm ônus e bônus. Dentre os contratos Onerosos, podemos observar os contratos Onerosos Comutativos, nos quais há prestações certas e determinadas e os contratos Oneroso Aleatórios, que são caracterizados quando, pelo menos um dos contraentes não pode antever a vantagem que receberá pela troca a ser recebida²⁶.

O Código Civil, trata dos contratos em espécie no Título VI, do Livro I da Parte Especial, ou seja, traz a legislação acerca dos tipos de contratos previstos. Passa-se

¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos. 8ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. P.43.

²⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos. 8ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. P.807

²¹ PEREIRA, Allan, Espécies de Doação, disponível em <<https://allandasilvapereira.jusbrasil.com.br/artigos/484884408/especies-de-doacao>>, Acesso em 15, jun. 2021.

²² GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos. 8ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. P.808

²³ “Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 15 jun. 2021.

²⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos. 8ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. P.808

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos. 8ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. P.809

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito Civil 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos. 8ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018. P.810

a apreciar superficialmente, os principais tipos de contratos, com base no livro de Flávio Tartuce²⁷, quais sejam, o contrato de compra e venda, troca ou permuta, doação, locação de coisas, prestação de serviços, comodato e mútuo. Sempre atentando que as partes devem ser capazes, o objeto deve ser lícito, determinável ou determinado, resguardando-se às exceções, que não são objeto do presente estudo.

O contrato de compra e venda, conforme o artigo 481 do Código Civil, estipula que um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e outro a pagar-lhe certo preço em dinheiro. Ou seja, trata-se de um contrato translativo, mas que por si só não gera a transmissão da propriedade (TARTUCE, 2020), sendo necessária a transmissão, quando o bem for coisa móvel, e o registro do contrato no Cartório de Registro de Imóveis, quando o bem for imóvel.

O contrato de troca ou permuta, previsto no artigo 533 do Código Civil²⁸, estipula que sejam aplicadas as disposições referentes aos contratos de compra e venda, resguardado duas ressalvas. A razão pela aplicação das disposições de compra e venda, se dá pelo fato de operar-se ao mesmo tempo, duas vendas, servido as coisas trocadas para uma compensação recíproca, conforme leciona Flávio Tartuce²⁹.

Por sua vez, o contrato de doação está previsto no artigo 538 do Código Civil³⁰. Tal tipo de contrato, ocorre quando uma pessoa, por sua liberalidade, transfere seu patrimônio, bens ou vantagens para o de outra, “sem a presença de qualquer remuneração”³¹.

O contrato de locação, disposto no artigo 565 do Código Civil³², é pelo qual uma das partes, mediante certa retribuição, se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível. Importante pontuar que a locação de imóvel urbano é regida pela lei 8.245 de 1991.

²⁷ TARTUCE, Flávio, Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, 15ª ed. Rio de Janeiro, 2020.

²⁸ “Art. 533. Aplicam-se à troca as disposições de compra e venda, com as seguintes modificações: I- salvo disposição em contrário, cada um dos contratantes pagará por metade as despesas com o instrumento da troca;

II- é anulável a troca de valores desiguais entre ascendentes e descendentes, sem consentimento dos outros descendentes e do cônjuge do alienante.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 15 jun. 2021.

²⁹ TARTUCE, Flávio, Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, 15ª ed. Rio de Janeiro, 2020.p.384.

³⁰ “Art. 538. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 15 jun. 2021.

³¹ TARTUCE, Flávio, Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, 15ª ed. Rio de Janeiro, 2020.p.394.

³² “Art. 565. Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 15 jun. 2021.

O artigo 594 do Código Civil³³, rege acerca da prestação de serviço, atentando-se para as ressalvas feitas no artigo 593³⁴ do mesmo código. Todo a espécie de trabalho lícito ou serviço, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição.

Por fim, aprecia-se os contratos de comodato, regido pelo artigo 579 do Código Civil³⁵, o qual dispõe que tal instituto se trata de um empréstimo gratuito de coisa não fungível, realizando com a tradição do objeto, e o contrato de mútuo, previsto pelo artigo 586³⁶ do mesmo código, dispondo que tal contrato tem como característica o empréstimo de coisa fungível, ficando o mutuário obrigado a restituir o bem em coisa do mesmo gênero, quantidade e qualidade.

Após analisar breve e sucintamente os principais tipos de contratos previstos no Código Civil, faz-se necessário ponderar acerca da boa-fé.

3.2. A Boa-fé e a quebra de contrato conforme o Código Civil

Conforme Judith Costa³⁷, o instituto da boa-fé, compreende duas realidades jurídicas diversas, extraídas do Direito Alemão, a “*Guten Glauben*”, concebida pela doutrina pátria como “boa-fé subjetiva”, a qual diz respeito a um estado de confiança objetivável ou objetivado, segundo critérios externos ao sujeito, como por exemplo a confiança estabelecida entre médico e paciente, e a “*Treu und Glaube*”, internalizada pela doutrina como “boa-fé objetiva”.

A boa-fé objetiva, não é de fácil definição, uma vez que seu conteúdo está inevitavelmente ligado às circunstâncias de cada caso, contudo, Judith Costa tenta, ainda que de forma ampla, reduzir tal conceito em três elementos (i) uma estrutura normativa dotada de prescritividade; (ii) um cânone de interpretação dos contratos e (iii) um *standard* comportamental, sendo necessário analisar os entendimentos dos Tribunais para estabelecer o referido *standard*³⁸.

No Código Civil brasileiro, é possível encontrar três previsões expressas acerca da boa-fé, em primeiro, no artigo 113³⁹, dispondo que os negócios jurídicos devem ser

³³ “Art. 594. Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 15 jun. 2021.

³⁴ “Art. 593. A prestação de serviços, que não estiver sujeita às leis trabalhistas ou a lei especial, rege-se-á pelas disposições deste Capítulo”. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 15 jun. 2021.

³⁵ “Art. 579. O comodato é o empréstimo gratuito de coisas não fungíveis. Perfaz-se com a tradição o objeto.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 15 jun. 2021.

³⁶ “Art. O mútuo é o empréstimo de coisas fungíveis. O mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisa do mesmo gênero, qualidade e quantidade.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 15 jun. 2021.

³⁷ Costa, Judith M. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. Editora Saraiva, 2018.

³⁸ Costa, Judith M. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. Editora Saraiva, 2018. P.42.

³⁹ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do local de sua celebração.”, Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 15 jun. 2021.

interpretados conforme a boa-fé e os usos do local de sua celebração. Após, tal instituto aparece no artigo 187⁴⁰, impondo que comete ato ilícito o detentor de direito que ao exercê-lo, exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé. Por fim, dispõe o artigo 422⁴¹, que os contratantes são obrigados a guardar tanto na conclusão, quanto na execução do contrato, o princípio da boa-fé.

O referido princípio, conforme exposto por Flávio Tartuce⁴², consagra a necessidade de as partes manterem em todas as fases contratuais, sua conduta de probidade e lealdade. Insta também, discorrer acerca das maneiras de extinção do contrato, por vontade das partes.

Dentre as causas de extinção do contrato, por vontade das partes, existe o chamado Distrato, previsto no artigo 472 do Código Civil⁴³. Nas palavras de Gustavo Tepedino⁴⁴, “o distrato consiste no acordo entre duas pessoas obrigacionalmente vinculadas, para o efeito de extinguir-se a obrigação contraída, por convenção.” Ou seja, distrato é o instituto pelo qual as partes extinguem a obrigação em comum acordo.

De outra banda, a Resilição, prevista no artigo 473⁴⁵ do mesmo código, consiste na extinção da obrigação de forma unilateral, bastando uma simples declaração de vontade, não dependendo, por conseguinte, de inadimplemento de uma das partes, dispensando ainda, a motivação que ultrapasse a mera vontade da parte⁴⁶. Por fim, aprecia-se duas penalidades advindas do inadimplemento do contrato.

Inicialmente, atenta-se para a penalidade prescrita no artigo 402 do Código Civil⁴⁷, a chamada Perdas e Danos. Tal artigo, prevê que a parte que rompeu o contrato, ou que gerou o rompimento, deve ressarcir a parte que não rompeu, no que razoavelmente deixou de lucrar, além do que efetivamente perdeu. Neste ponto, é possível fazer um paralelo com o tema abordado no capítulo anterior. Visto a natureza da reparação de dano, infiro que tal previsão é semelhante ao *Expectation Damages*,

⁴⁰ “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.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 15 jun. 2021.

⁴¹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 15 jun. 2021.

⁴² TARTUCE, Flávio, Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie, 15ª ed. Rio de Janeiro, 2020.p.119.

⁴³ “Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 16 jun. 2021.

⁴⁴ Tepedino, Gustavo, Fundamentos do Direito Civil - Contratos - Vol. 3. Grupo GEN, 2020. 9788530989927. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989927/>. Acesso em: 17 Jun 2021. P. 138.

⁴⁵ “Art. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada a outra parte.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 16 jun. 2021.

⁴⁶ “A resilição..., constitui direito potestativo à extinção do contrato “por simples declaração de vontade” de uma das partes.” Tepedino, Gustavo, Fundamentos do Direito Civil - Contratos - Vol. 3. Grupo GEN, 2020. 9788530989927. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989927/>. Acesso em: 17 Jun 2021. P. 140.

⁴⁷ “Art. 402. Salvo 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” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 16 jun. 2021.

uma vez que ambos se preocupam em reparar, a expectativa de lucro da parte que não quebrou ou que não gerou a quebra do contrato.

A segunda penalidade que se abordará, está prevista no artigo 408⁴⁸ do referido código. A Cláusula Penal, conforme leciona Christiano Cassettari⁴⁹, é uma pena civil, imposta a parte que acordou a uma obrigação e não a cumpriu. Importante fazer referência ao artigo 412 do Código Civil⁵⁰, o qual impõe que o valor da cláusula penal não pode exceder ao valor da obrigação principal. Novamente, resguardando suas especificidades, compara-se tal instituto com outra previsão de dano do Inadimplemento eficiente, o *Punitive Damages*. Apesar da cláusula penal não possuir o condão de punir, como a *Punitive Damages*, é a reparação mais elevada que pode ser estipulada em contrato. Para melhor elucidação do exposto até o presente capítulo, passa-se para um estudo de caso já enfrentado pela justiça brasileira.

4. Estudo de caso

Em 2004 a Schincariol, moveu ação indenizatória por danos morais e materiais contra Jessé Gomes da Silva e JCS Produções, tendo em vista o inadimplemento dos mesmos acerca do contrato firmado, tal litígio chegou nos tribunais paulistas na Apelação nº 7.155.293-9⁵¹.

Segundo o acórdão proferido, a Schincariol, dona da marca de cerveja “Nova Schin”, contratou o cantor Jessé da Silva, mais conhecido como “Zeca Pagodinho”, para realizar a campanha de marketing, concedendo os direitos de imagem e voz por tempo determinado.

De acordo com o referido acórdão, o cantor, junto com a empresa JCS Produções, receberam a quantia de R\$600.000,00 (seiscentos mil reais), pela prestação de serviço publicitário realizado.

A primeira campanha publicitária ocorreu em setembro de 2003, aumentando as vendas da cerveja Nova Schin em 50% nos meses subsequentes, até dezembro. Ressaltando o nobre desembargador que a Schincariol auferiu ganhos, com um “fenômeno poucas vezes presenciado em todo mundo”.

O contrato em conteúdo, possuía previsão de multa, em duas situações distintas, prescrevendo em sua cláusula décima sexta a rescisão do contrato, independentemente de notificação, no caso de descumprimento de alguma cláusula, com o pagamento de multa no valor de 20% (vinte por cento) do valor total do contrato.

⁴⁸ “Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor de cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 16 jun. 2021.

⁴⁹ Cassettari, C. Multa contratual : teoria e prática da cláusula penal. Editora Saraiva, 2017. 9788547217778. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217778/>. Acesso em: 17 Jun 2021.p 47.

⁵⁰ “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.” Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm>, Acesso em 16 jun. 2021.

⁵¹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação n. 7155293-9. DJ. 09.04.2008

A segunda hipótese, se daria no caso em que o contrato não pudesse se realizar “por culpa do contratado, ou por qualquer causa que dele advenha”, devendo o contratado restituir o contratante os valores pagos, acrescidos de multa de 35% (trinta e cinco por cento) sobre o valor total do contrato. O referido contrato possuía vigor até setembro de 2004.

Contudo, em março de 2004, o cantor Zeca Pagodinho, fechou um contrato publicitário com a empresa Ambev, detentora da cerveja Brahma, realizando um comercial com a referida marca. No comercial amplamente divulgado, “o cantor confessa ter cometido o crime de adultério com a autora e, perdoado em sua infidelidade, mostra-se feliz por retornar aos braços da concorrente”, as frases marcantes de tal comercial são “Quem já não viveu um amor de verão? Fui provar outro sabor (fazendo referencia a cerveja Nova Schin), eu sei, mas não largo meu amor (com uma cerveja Brahma na mão).”

Tendo em vista a quebra contratual, e as cláusulas firmadas no contrato em análise, juntamente com respaldo na lei brasileira, o desembargador entendeu por se inadmissível a penalização em duplicidade da parte ré, afastando a cláusula penal, no caso em tela de 35% (trinta e cinco por cento), visto que a contratante havia pago de forma integral o valor estipulado, devendo assim, o contratado restituir valor proporcional a ser apurado posteriormente, acrescidos da multa de 20% (vinte por cento) do valor do contrato, a título de danos materiais.

No tocante aos danos morais, o colendo desembargador, atentou-se à quebra da boa-fé, colacionando o artigo 422 do Código Civil, inferindo a conduta do réu como absoluta má-fé” não podendo ser aceita como padrão comportamental normal, uma vez que quebra a lealdade e confiança contratual, importando um rompimento deliberado do contrato e prejuízo à outra parte.

Assim sendo, o desembargador condenou os réus ao pagamento da restituição do valor a ser apurado na liquidação de sentença, combinada da multa de 20% sobre o valor do contrato, acrescido da importância de R\$420.000,00 (quatrocentos e vinte mil reais) a título de danos morais.

5. Conclusão

O Inadimplemento Eficiente, pensado pela primeira vez em 1970 por Robert Birmingham, é um instituto que se preocupa com a melhor alocação dos recursos comunitários, aumentando, conseqüentemente o bem-estar social. Tal instituto poderá ser observado nos casos os quais a parte que quebra o contrato, após oferta melhor de terceiro, percebe mais lucro quebrando o contrato e pagando todos os custos advindos da quebra, do que se mantivesse o contrato original.

Observando o modelo proposto por Eric Posner, pode-se atentar de forma mais lúcida em quais cenários ocorrem tal instituto. Dos três tipos de compensação estabelecidos em tal modelo, concluiu-se por Raphael que a *Expectation Damages*, é a que melhor se enquadraria à realidade do instituto.

Em busca de internalizar o referido instituto para o sistema jurídico brasileiro, discorreu-se acerca dos principais tipos de contratos prescritos no Código Civil, bem como o entendimento doutrinário pátrio acerca da boa-fé.

A boa-fé, conforme doutrina, pode ser dividida em boa-subjetiva, a qual é relacionada a confiança objetivável, usando-se como exemplo didático a relação médico-paciente, e em boa-fé objetiva, a qual diz respeito a um padrão de comportamento desejável em todas as fases do contrato, sendo necessário a pesquisa jurisprudencial e atentar-se as circunstâncias de cada caso.

Observou-se também, os dois tipos de extinção do contrato por vontade das partes, o distrato, o qual é um acordo de vontade entre as duas partes para, em comum acordo, realizar a extinção do contrato, e a rescisão, onde uma das partes visa a extinção do contrato, bastando sua mera manifestação de vontade, com base na Autonomia de Vontade.

Em relação as duas penalidades apresentadas, fez-se uma relação entre as compensações previstas no Inadimplemento Eficiente, relacionando a compensação de perdas e danos com a *expectation damages* e a cláusula penal com a *punitive damages*.

Por fim, fora colacionado um caso de inadimplemento contratual. O caso em tela, se trata do rompimento do contrato de publicidade do cantor Zeca Pagodinho com a Schincariol, produtora da cerveja Nova Schin. O rompimento fora gerado pela não observância da cláusula de exclusividade do cantor com a empresa, tendo em vista que o Zeca Pagodinho, poucos meses após o início do contrato, celebrou novo contrato de publicidade com a Ambev, produtora da cerveja Brahma, concorrente direta da cerveja Nova Schin. Após a judicialização do caso, o cantor fora condenado a pagar certa multa estipulada em contrato, e danos morais pela manifesta violação da boa-fé.

O caso em tela, serve para analisar a possível ocorrência do instituto do Inadimplemento Eficiente, visto que a quebra do contrato original somente se justificaria caso o valor ofertado pela empresa Ambev, superasse todos os custos decorrentes da quebra, quais sejam, os supramencionados. Uma vez que os termos do contrato do cantor com a Ambev não são de domínio público, não é possível afirmar a ocorrência do instituto.

Assim sendo, após a realização de diversos estudos acerca do tema, concluo que o instituto do Inadimplemento Eficiente, pode ser internalizado no sistema jurídico brasileiro, visto que se demonstrou um instituto econômico. Ressalta-se que o referido instituto, por si só, não quebra a boa-fé, sendo compatível com o referido princípio.

6. Referências

Birmingham, Robert L., "Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency" (1970). Articles by Maurer Faculty. 1705.

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/l10406compilada.htm> Acesso em 15 mai. 2021.

Cassettari, C. *Multa contratual : teoria e prática da cláusula penal*. Editora Saraiva, 2017. 9788547217778. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547217778/>. Acesso em: 17 Jun 2021

Charles J. Goetz & Robert E. Scott, *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle*:

Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach, 77 COLUM. L. REV. 554 (1977). Disponível em, https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/401. Acesso em 19 jun. 2021

COASE, Robert, *The Problem of Social Cost*, S.J. Law & Econ, 1960.

Costa, Judith M. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. Editora Saraiva, 2018.

CUNHA, Raphael Augusto, *O inadimplemento na nova teoria contractual: O inadimplemento antecipado do contrato*, disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11122015083624/publico/Raphael_Augusto_Cunha_Versao_Integral.pdf> Acesso em 22 mai. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto, *Direito Civil 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos*. 8ª ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2018.

MURARD, Marina. *O Inadimplemento Eficiente nos Contratos Empresariais em face da Opção Legislativa pela Execução Específica*. Acesso em 31/05/2021, disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-civil/o-inadimplemento-eficiente-nos-contratos-empresariais-em-face-da-opcao-legislativa-pela-execucao-especifica/#_ftn6> Acesso em 04 jun. 2021.

NUNES, Raphael Marcelino de Almeida, *O inadimplemento Eficiente do contrato: perspectivas de aplicação no direito civil brasileiro*, disponível em <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/452/395>> Acesso em 21 mai. 2021.

PEREIRA, Allan, *Espécies de Doação*, disponível em <<https://allandasilvapereira.jusbrasil.com.br/artigos/484884408/especies-de-doacao>>, Acesso em 15, jun. 2021.

POSNER, Eric A. *Contract Law and Theory*. 2ª Ed. Nova Iorque: Wolters Kluwer. 2016. P. 179.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação n. 7155293-9*. DJ. 09.04.2008.

TARTUCE, Flávio, *Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie*, 15ª ed. Rio de Janeiro, 2020.

Tepedino, Gustavo, Fundamentos do Direito Civil - Contratos - Vol. 3. Grupo GEN, 2020. 9788530989927. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989927/>. Acesso em: 17 Jun 2021.

<<https://encyclopedia.thefreedictionary.com>> Acesso em 22 mai. 2021.

<http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/jurisprudencias/ZECA_ACORDAO1.pdf> Acesso em 17 jun. 2021.