

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CLÁUDIA HAIDAMUS PERRI

**APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO
EFICIENTE AOS CONTRATOS NACIONAIS.**

DOUTORADO EM DIREITO

SÃO PAULO – 2017

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

CLÁUDIA HAIDAMUS PERRI

**APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO
EFICIENTE AOS CONTRATOS NACIONAIS.**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, como exigência parcial para obtenção de título de Doutora em Direito (NÚCLEO DE PESQUISA EM DIREITO CIVIL), sob a orientação da Professora Doutora MARIA HELENA MARQUES BRACEIRO DANELUZZI.

SÃO PAULO – 2017

CLÁUDIA H Aidamus Perri

**APLICAÇÃO DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE AOS
CONTRATOS NACIONAIS.**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP,
como exigência parcial para obtenção de título de
Doutora em Direito

BANCA EXAMINADORA:

PROF^a DR^a MARIA HELENA MARQUES BRACEIRO DANELUZZI
- PUC/SP

NOTAS PRELIMINARES

O presente trabalho destina-se precipuamente a selar a conclusão de doutorado, núcleo de pesquisa em Direito Civil, área efetividade do direito, ministrado na PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, onde se buscou a formação de um escol novo à altura das vicissitudes da transição histórica de nossos dias, e que superasse a visão estreita do limitante tecnicismo e profissionalismo. Sintoniza essa meta com o pensamento de Girardi e Quadros¹: “vivemos a civilização da tecnologia, da cibernética, das comunicações, das conquistas espaciais. O progresso obtido, graças à inteligência do homem, alcançou píncaros tão elevados, que o homem chega a se sentir traumatizado diante da real possibilidade de ser incapaz de controlar o uso dos engenhos que criou. A marca da caminhada do homem na lua é o documento de sua capacidade e o símbolo de sua coragem. Não satisfeito de dominar a terra e os mares, criou um novo périplo de circum-navegação: os espaços siderais. E o homem simples, diante deste fato, laconicamente diz: o que é a técnica! A técnica acabou por colocar, a seu serviço, o homem. Tornou-se o homem escravo de suas sofisticadas invenções. As preocupações giram em torno das novas técnicas. Tal realidade engolfou de tal maneira o homem, que acabou por esquecer-se de si. E a técnica resolveu muitos problemas, somente não equacionou o problema do homem. A técnica trouxe o conforto, facilidade de viver; multiplicou as possibilidades de prazer. Somente não deu ao homem a felicidade. Com todas as conquistas tecnológicas, o homem atual vive ainda angustiado, inseguro, insatisfeito”.

Em termos mais diretos, busca-se temperar, no caso da área do Direito, juristas com pitadas filosóficas, estimulando-os a saltar dos muros da cidadela dos

¹ GIRARDI, Leopoldo Justino; QUADROS, Odone José de. **Filosofia**. 7ª ed., Série Universitária PUC/RS, Porto Alegre: Editora Emma, 1975, Prefácio.

repositórios do direito positivo para um campo mais amplo, à procura, se não das primeiras causas e primeiros princípios que orientaram a elaboração legislativa imposta ao país, pelo menos em busca de circunstâncias anteriores, das quais podem ter brotado as normas escritas de nosso direito. O presente trabalho, singelo, pretende, se utilizado para além de sua finalidade imediata, apresentar a estudantes e também a estudiosos tópicos direcionados a transmitir pequena parcela de informações úteis a um bom entendimento sobre a matéria abordada.

O intenso labor despendido para a conclusão do curso e do presente trabalho encontrou conforto no cotejo com os versos de Hesíodo², poeta dos fins do século VIII A.C., que colocam a felicidade e a prosperidade como resultado do trabalho, porque assim o quer a lei divina e, por isso mesmo, é preciso não se deixar arrastar pelo comodismo e pela inércia, que levam à miséria:

“ A miséria pode ser alcançada, tanto quanto se quer, e sem fadiga: a estrada é plana e ela se aloja muito perto de nós. Os deuses imortais, todavia, exigiram o suor para se conquistar o mérito. Longo, árduo e principalmente escarpado é o caminho para se chegar lá, mas, quando se atinge o cume, ele se torna fácil, por mais penoso que tenha sido. “

² Hesíodo, “Trabalhos e dias”, 287-292, citado em BRANDÃO, Junito de Souza. **Mitologia Grega**, 7^a. ed. , Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1991, v. I, p. 166.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho a Deus, que me concedeu paciência e sabedoria para esperar o momento certo de minha vida para seu desenvolvimento; aos meus pais, Antonio e Evany, por terem me concedido a vida e que, com tanto amor e altruísmo, proporcionaram-me a educação indispensável para vivê-la com toda dignidade; ao meu querido amigo (e eterno professor) Carlos Alberto Ferriani, cujo exemplo de vida, incentivo, compreensão e alento tornou possível chegar ao final desta longa caminhada; ao meu querido professor Rennan Lotufo, que tanto me incentivou nesta árdua tarefa, mas, que por questões alheias à sua vontade, deixou de ser meu orientador no curso da caminhada; aos meus colegas de sala dos professores da graduação da PUC/SP, que em momento algum deixaram de me incentivar; e, por fim, a meus amigos e colegas de trabalho, que dia a dia estão comigo e a quem devo sincera gratidão pelo constante apoio.

AGRADECIMENTO

Agradeço à Professora Doutora Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, pelo estímulo sincero e valiosa orientação, não podendo deixar de agradecer também aos meus queridos professores Maria Helena Diniz e Luiz Alberto Davi Araújo, que, com seus ensinamentos em sala de aula e nos corredores da faculdade, tanto colaboraram para a conclusão deste árduo trabalho.

Agradeço, ainda, aos bibliotecários (e seus assistentes) da Universidade de Direito de Georgetown (WDC), da Universidade de Chicago e da Universidade de Direito de Estrasburgo, que tanto me ajudaram nas pesquisas, obtenção e acesso a material valiosíssimo para o desenvolvimento do presente trabalho.

Registro, por fim, agradecimento a todos os professores do curso de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, não somente pelos brilhantes ensinamentos e exemplos de vida acadêmica, mas também pelo apoio e incentivo à realização desta tarefa.

ABREVIATURAS

AgIns	-	Agravo de Instrumento
ApCiv	-	Apelação Civil
BGB	-	Borgerliches Gesetzbuch
BGH	-	Bundesgerichtshof - Supremo Tribunal Alemão de Direito Privado
Can Bus. L. J.	-	Canada Business Law Journal
CC	-	Código Civil Brasileiro
CF	-	Constituição Federal
CJF	-	Conselho da Justiça Federal
CPC	-	Código de Processo Civil
DJe	-	Diário da Justiça Eletrônico
EALR	-	Economic Analysis of Law Review
JSTJ	-	Lex-Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais
JTA	-	Lex-Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo
JTACSP	-	Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo
JTJ	-	Jurisprudência do Tribunal de Justiça
L. Rev.	-	Law Review
L.J.	-	Law Journal
LGDJ	-	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
Rel.	-	Relator
REsp.	-	Recurso Especial

RJTJTERS	-	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.
RJTJTESP	-	Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
RT	-	Revista dos Tribunais
STF	-	Supremo Tribunal Federal
STJ	-	Superior Tribunal de Justiça
TJRJ	-	Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro
TJRS	-	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
ZPO	-	“Zivilprozessordnung” Código de Processo Civil da Alemanha

RESUMO:

No presente trabalho avaliaremos a teoria americana da denominada “quebra eficiente dos contratos”, há muito proclamada pelos mentores do movimento “Law and Economics”.

Faremos uma breve digressão sobre as origens do “Common Law” e do “Civil Law” para oferecer uma visão sobre os pontos de convergência e de distanciamento entre os sistemas, a fim de compreendermos como se dá, na atualidade, a hibridização desses sistemas no Direito Brasileiro.

Apresentaremos a teoria geral dos contratos no direito brasileiro aplicada aos contratos empresariais, ou seja, a teoria geral dos contratos sob a ótica socioeconômica. Cuidaremos do diálogo entre os princípios que regem as relações civis e as empresarias, com a finalidade de demonstrarmos que há diferenças a serem consideradas para a consolidação de uma sociedade economicamente forte, mais estável e com maior segurança jurídica nas contratações. Trataremos do sistema contratual norte-americano, demonstrando a preocupação que existe naquele país com a finalidade econômica dos contratos, e, em seguida, comparativamente, abordaremos as consequências do inadimplemento contratual (e seus efeitos) nos dois sistemas.

Após esse estudo, exporemos o que vem a ser a teoria da quebra eficiente dos contratos, eminentemente norte-americana, enfrentando uma série de impedimentos culturais e doutrinários que se interpõem no caminho do reconhecimento judicial e acadêmico da teoria nas jurisdições de “Civil Law”, que são menos favoráveis a aceitar a aplicação e desenvolvimento da doutrina da “quebra eficiente do contrato” do que a lei americana o é. Ao identificarmos e discutirmos esses impedimentos e dificuldades (valendo-nos de outras jurisdições de “Civil Law” onde já se teve a oportunidade de debater o tema), procuraremos demonstrar que a visão dos economistas e comparatistas jurídicos tem condições de dialogar, interagir e recepcionar a (tão polêmica) teoria em nosso país.

O estudo dos contratos à luz da “Law and Economics” implica em trazer ao debate mais uma dentre tantas ferramentas hermenêuticas.

Palavras-Chave: contratos; função socioeconômica dos contratos; eficiência contratual; inadimplemento contratual; inadimplemento eficiente.

ABSTRACT:

This paper discusses the American theory of “efficient breach of contract”, long acclaimed by mentors of the “Law and Economics” movement.

After a brief digression to recall the origins of Common Law and Civil Law in order to provide a clear view of the converging and diverging points between both systems, we will present our understanding about how the hybridization of such systems occurs in current Brazilian Law.

We will then move on to the general theory of contracts under Brazilian law as applied to business contracts, that is, the general theory of contracts from a socioeconomic perspective. We will approach the dialog between the principles that govern civil and business relationships, with the aim of demonstrating that there are differences that should be taken into consideration in order to consolidate an economically strong, stable society that ensures a firm legal basis for contractual transactions. After showing how the American contract law system focuses on the economic objective of contracts, we will, by means of a comparative study, approach the consequences of breaches of contract (and the effects thereof) under both systems.

Afterwards, we will explain the theory of efficient breach of contract, notably under American contract law, looking at a series of cultural impediments and jurists’ opinions that hinder the path for its recognition in the courts and in the academic world within Civil Law jurisdictions, which are less inclined to accept the applicability and development of the “efficient breach of contract” principle than is the American law. By identifying and discussing such impediments and difficulties (based on other Civil Law jurisdictions where this topic has already been subjected to debate), we will try to demonstrate that the economists’ views and the views of legal scholars specializing in comparative law are able to find common ground, interact, and accept this (highly polemic) theory in our country.

The study of contract law under the light of the “Law and Economics” movement implies bringing under debate one more hermeneutical tool from amongst the many others that exist.

Keywords: contracts; socioeconomic function of the contracts; contractual efficiency; breach of contract; efficient breach of contract.

RESUMÉ:

Dans le travail qui suit, nous nous proposons d'effectuer une évaluation de la théorie américaine dite de Rupture Efficace de Contrat (« Efficient Breach of Contract »), soutenue de longue date par les mentors du mouvement « Law and Economics »

Après un bref rappel de l'origine des systèmes «Common Law» et du Droit Civil, destiné à éclairer leur points de convergence et de divergence, nous donnerons notre opinion sur l'influence pratique desdits systèmes et de leur hybridation dans la législation Brésilienne en vigueur à ce jour.

Nous présenterons ensuite la Théorie Générale des Contrats en Droit Brésilien telle qu'elle s'applique aux contrats commerciaux, ou encore, la Théorie Générale des Contrats sous une optique socio-économique. Nous traiterons du dialogue entre les principes régissant les relations Civiles et Commerciales et soulignerons les différences à prendre en considération pour l'établissement d'une société économiquement plus forte et juridiquement plus stable dans la mise en place de ces contrats. Après avoir souligné la prédominance de l'aspect économique dans la législation Américaine des Contrats, notre étude comparative fera état des conséquences effectives d'une rupture de contrat dans les 2 systèmes.

Enfin, nous exposerons ce qu'est la Rupture Efficace de Contrat, telle qu'entendue en Droit des Contrats Américain, et soulignerons l'ensembles des obstacles culturels et doctrinaires à laquelle elle se heurte, que ce soit au sein du monde académique ou dans les cours de juridictions Civiles, bien moins disposées à en accepter la doctrine et les principes que ne l'est la législation Américaine. Au travers d'une identification de ces obstacles et difficultés (ici et dans d'autres Juridictions de Droit Civil à l'Etranger où ce sujet est en cours de débat), nous tenterons de démontrer qu'un espace de dialogue existe entre la vision Economique et la vision Doctrinaire Juridique, pour une acceptation de cette (polémique) théorie dans notre Pays.

Sous une optique et sous un éclairage «Law and Economics », l'étude de la Théorie des Contrats suppose l'utilisation d'outils herméneutiques, entre autres, déjà existants.

Mots-clés : Contrats, Socio-économique, Fonction du Contrat, Efficacité Contractuelle, Rupture de Contrat, Rupture Efficace du Contrat.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
------------------	----

CAPÍTULO 1 – OS SISTEMAS DE “CIVIL LAW” E “COMMON LAW”.

1.1 Breves considerações sobre os sistemas do “Civil Law” e “Common Law”.	23
1.1.1 O “Civil Law”: particularidades e fontes.	24
1.1.2 O “Common Law”: particularidades e fontes.	26
1.2 Hibridização dos sistemas.	30

CAPÍTULO 2 – A “LAW AND ECONOMICS” E SEUS REFLEXOS NO DIREITO CONTRATUAL – A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA CONTRATUAL.

2.1 O nascedouro da “Law and Economics”.	35
2.2 Ciência Econômica, “Law and Economics” e a eficiência dos contratos.	36
2.3 A “Law and Economics” como regra de hermenêutica.....	47

CAPÍTULO 3 – O DIREITO CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO.

3.1 Os contratos na ordem jurídica nacional.	51
3.2 Contratos empresariais e o “direito dos contratos empresariais”.	54
3.3 Aplicação dos princípios do direito contratual sob a ótica empresarial e que interessa para o presente trabalho.	61
3.3.1 Princípio da autonomia privada.	63
3.3.2 Princípio da supremacia da ordem pública.	65
3.3.3 Princípio da obrigatoriedade dos contratos – “pacta sunt servanda”.....	66
3.3.4 Princípio da equivalência material.	69
3.3.5 Princípio da função socioeconômica dos contratos empresariais.	71

3.3.6	Princípio da boa-fé objetiva.	80
3.3.7	A cláusula “rebus sic stantibus” e a manutenção do equilíbrio contratual.	93
3.3.8	A revisão e resolução dos contratos: requisitos e limites.	96
CAPÍTULO 4 – DIREITO CONTRATUAL NO “COMMON LAW” NORTE-AMERICANO.		105
4.1	Características do contrato.	107
4.2	Princípios do direito contratual estadunidense.	110
CAPÍTULO 5 – INADIMPLENTO CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO ESTADUNIDENSE.		113
5.1	Remédios para o inadimplemento contratual.	121
CAPÍTULO 6 - A TEORIA DA “EFFICIENT BREACH OF CONTRACT”, OU “INADIMPLENTO EFICIENTE DO CONTRATO”.		128
6.1	Exame da teoria do inadimplemento eficiente.	129
6.2	A teoria do inadimplemento eficiente em sistema de “Civil Law”.	134
6.3	A teoria do inadimplemento eficiente e os possíveis óbices para sua aplicação.	136
6.3.1	Impedimentos estruturais.	137
6.3.1.1	Os remédios pelo não cumprimento: indenização “versus” execução específica.	137
6.3.1.2	Expropriação dos lucros obtidos pelo devedor.	143
6.3.1.3	Danos imprevisíveis.	151
6.3.1.4	O momento da avaliação dos danos e a ausência de dever de mitigar prejuízos.	160
6.3.1.5	Responsabilidade civil por interferência de terceiros na relação contratual – a tutela externa do crédito.	165
6.3.1.6	Incerteza quanto aos custos de um litígio.	173

6.4	Barreiras culturais.	179
7	CONCLUSÕES.	186
8	REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.	193

INTRODUÇÃO.

As relações contratuais fundam-se em conjunturas econômicas e sociais, que devem sempre estar presentes na mente dos operadores do direito. Carlos Maximiliano já alertava que

(...) não pode o direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica. (...) As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social.¹

Em meados do século XX, autores norte-americanos como Ronald Coase, Guido Calabresi, Gary Becker e Richard Posner iniciaram, de forma pioneira, estudos a respeito da maneira pela qual a economia e os fenômenos econômicos interferiam no direito positivo², estudos esses que deram origem à corrente teórica conhecida como “Law and Economics”³.

¹ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 157-159.

² A Análise Econômica Positiva do Direito teve a Universidade de Chicago como palco de discussões, na medida que grandes economistas influenciaram a Escola de Direito da referida Universidade. Os dois primeiros autores, em grande parte dos escritos na área, são considerados os fundadores dessa escola de pensamento, mas somente quando da publicação da obra do juiz Richard Posner é que houve seu grande avanço. Por todos, consultar: PARISI, Francesco. Normative and functional Schools in Law and Economics. **European Journal of Law and Economics**, v. 18, n. 3, dez/2004. p.8. Não obstante, sempre bom ter em mente que a “Law and Economics” é um método de análise do direito que se utiliza de mecanismos da Ciência Econômica visando a explicar o Direito e a solucionar problemas a ele relacionados. Assim, e como não poderia deixar de ser, há várias escolas e vertentes desse paradigma jurídico, inexistindo uma forma predeterminada de se utilizar a Economia aplicada ao Direito. As duas vertentes de estudos mais utilizadas são: a Análise Econômica Positiva do Direito, que se vale da tentativa de descrição da realidade visando a demonstrar como as normas evoluíram e agregaram eficiência à sociedade, diminuindo os custos de transações e fomentando as relações econômicas, e a Normativa, que ultrapassa as descrições empíricas e faz julgamentos prescritivos, exarando opiniões a respeito da adequação (ou não) de certas regras e/ou princípios jurídicos a determinadas finalidades, que é o que se pretende neste trabalho.

³ Análise Econômica do Direito. A respeito da evolução da doutrina “Law and Economics” consultar COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. Disponível em: <<http://eprints.cdlib.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: junho/2015.

Entre nós, a despeito dos trabalhos publicados na órbita do direito da concorrência e do direito econômico,⁴ a denominada “análise econômica do direito”⁵ (provavelmente devido ao positivismo que, por tradição, permeia nosso direito) não dá origem a tantos estudos e debates, como se verifica nas academias norte-americana e europeia.⁶

Nada obstante, em razão das normas programáticas inseridas na Constituição de 1988 e, mais recentemente, da adoção de “cláusulas gerais” e de “cláusulas abertas”,⁷ no Código Civil Brasileiro, esse positivismo tem sido atenuado.

⁴ A propósito da diferenciação entre “Direito Econômico” e a “análise econômica do direito” (AED), Vítor Fernandes Gonçalves ensina que: “Ao contrário do Direito Econômico, que se ocupa do estudo, de um ponto de vista jurídico, de temas de Economia, notadamente de Macroeconomia, como o controle da inflação, da livre concorrência, do equilíbrio dos mercados e dos diversos sectores produtivos da sociedade, assim como com ciclos de crescimento e políticas de desenvolvimento econômico, a Análise Econômica do Direito - AED, faz exatamente o oposto: cuida de analisar, de um ponto de vista econômico, a eficiência das regras jurídicas que regulam assuntos não visados diretamente pela Economia e pela Macroeconomia, e que se encontram dispostos nos diversos ramos do Direito. (...) AED revela-se mais um modelo de raciocínio, aplicável a todos os ramos do Direito, indistintamente. A propósito, aliás, a AED como que constitui uma certa especialização de uma matéria multidisciplinar denominada “Direito e Economia” (“Law & Economics”). Com um nítido caráter filosófico, o estudo de Law & Economics tem por finalidade avaliar e comparar como os arranjos sociais, políticos e econômicos de uma comunidade, refletem ou não as respectivas ideologias adotadas, e em que extensão tais arranjos influem na elaboração das regras legais existentes nesta mesma comunidade. Muito mais restrita em seu objeto, a AED analisa, em termos econômicos, a eficiência das regras legais, a princípio sob o prisma do capitalismo e da livre circulação de riquezas, bem como tendo em conta conceitos econômicos de ampla aceitação, em relação aos quais não faz qualquer questionamento de ordem filosófica” (GONÇALVES, Vítor Fernandes. A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 357, p. 129-130).

⁵ A propósito de Direito privado, mercado e economia, especialmente sobre a análise econômica do direito, consultar: NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, tomo 1, p. 477-488.

⁶ E tal se dá em face da abordagem utilitarista desses sistemas; quer dizer: o utilitarismo é uma doutrina ética defendida principalmente por Jeremy Bentham e John Stuart Mill, que afirmam que as ações são boas quando tendem a promover a felicidade, e más quando tendem a promover o oposto da felicidade. Em Economia, o utilitarismo pode ser entendido como um princípio ético segundo o qual o que determina se uma decisão ou ação está correta é o benefício intrínseco exercido à coletividade, ou seja, quanto maior o benefício, tanto melhor será a decisão ou ação. No Brasil, Rachel Sztajn, Fábio Nusdeo e Jairo Saddi são pioneiros nas discussões e na publicação de trabalhos sobre a análise econômica do direito brasileiro. Mais recentemente, Luciano B. Timm, em complementação à sua tese de doutorado e à primeira edição de seu livro, baseado na aludida tese, lançou a segunda edição de seu trabalho denominado *Direito Contratual Brasileiro – Críticas e Alternativas ao Solidarismo Jurídico* (São Paulo: Atlas, 2015), no qual propõe, valendo-se da Análise Econômica do Direito Normativa e Positiva, uma nova visão do sistema contratual, uma visão menos solidarista.

⁷ A propósito, Nelson e Rosa Nery asseveram que: “O Código Civil está impregnado de cláusulas gerais, que se caracterizam como fonte de direito e de obrigações. É necessário, portanto, conhecer-se o sistema de cláusulas gerais para poder entender-se a dinâmica de funcionamento e do regramento do CC no encaminhamento e nas soluções dos problemas que o direito privado apresenta. Há verdadeira interação entre as cláusulas gerais, os princípios gerais de direito, os conceitos legais indeterminados e os conceitos determinados pela função. A solução dos problemas reclama a atuação conjunta desse arsenal, que ultrapassa a estrutura da lei e agita a funcionalidade de todo o sistema.” (p. 16). Mais adiante, definem: “... as cláusulas gerais (Generalklauseln) são normas

Assim sendo, pode ter-se aberto o caminho para a análise a respeito da possibilidade de ser albergada, em nosso sistema, a teoria da “quebra eficiente dos contratos”, ou “violação eficiente dos contratos”, advinda da “Law and Economics”.

Aliado ao acima deduzido parece-nos, também, que o atual momento socioeconômico brasileiro tem o condão de fomentar a discussão.

Assim é, com efeito. Não há como mensurar qual a real extensão dos efeitos da grave crise político-econômica pela qual passa o Brasil nos dias de hoje⁸, decorrente, sobretudo, dos graves problemas internos ligados à gestão pública e a problemas externos, como a desaceleração do crescimento da economia chinesa, a desvalorização das “commodities” e o impacto socioeconômico com a saída do Reino Unido da União Europeia⁹. Também não há como precisar qual o tempo necessário para que cessem as funestas consequências negativas dos efeitos dessa crise.

A imprensa nacional tem noticiado pareceres de economistas dando conta de que:

A severa crise está comprometendo o futuro do país. A capacidade de o Brasil crescer nos próximos anos caiu drasticamente de 2013 a 2015. Quando for

orientadoras sob forma de diretrizes, dirigidas precipuamente ao juiz, vinculando-o ao mesmo tempo em que lhe dão liberdade para decidir. As cláusulas gerais são formulações contidas na lei, de caráter significativamente genérico e abstrato, cujos valores devem ser preenchidos pelo juiz, autorizado para assim agir em decorrência da formulação legal da própria cláusula geral, que tem natureza de diretriz. As cláusulas gerais, ao contrário, se diagnosticadas sua aplicabilidade pelo juiz, permitem-lhe preencher os claros com os valores designados para aquele caso, para que se lhe dê a solução que ao juiz parecer mais correta.” (p. 19) E alertam que a função das cláusulas gerais é “Dotar o sistema interno do CC de mobilidade, mitigando as regras mais rígidas, além de atuar de forma a concretizar o que se encontra previsto nos princípios gerais de direito e nos conceitos legais indeterminados, prestam-se, ainda, para abrandar as desvantagens do estilo excessivamente abstrato e genérico da lei. Para tanto, as cláusulas gerais passam, necessariamente, pelos conceitos determinados pela função. O juiz exerce papel de suma importância no exercício dos poderes que derivam das cláusulas gerais, porque ele instrumentaliza, preenchendo com valores, o que se encontra abstratamente contido nas referidas cláusulas gerais.” In: NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3, p. 20.

Ainda a respeito do conceito de cláusulas abertas, Judith Martins-Costa assevera que “as cláusulas gerais constituem o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico, de princípios valorativos, expressos ou ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, das normativas constitucionais e de diretivas econômicas, sociais e políticas, viabilizando a sua sistematização no ordenamento jurídico” (MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 274).

⁸ O presente trabalho foi escrito no primeiro semestre de 2016, e as principais pesquisas foram realizadas no final de 2014 e elaboradas até final 2016.

⁹ Plebiscito de junho de 2016, próximo passado.

superada a recessão que aflige o país desde meados de 2014, o Produto Interno Bruto (PIB, conjunto de bens e serviços) só conseguirá subir cerca de 0,9% ao ano, segundo cálculos de diferentes economistas, menos da metade do potencial de 2013, que era de 2%. População, investimento e produtividade caindo ou crescendo pouco estão minando a potência do motor da economia, que já superou 4% na segunda metade da década de 2000. Os três pilares que definem o quanto o país consegue crescer sem que a inflação aumente estão retrocedendo com a recessão e a rápida transição demográfica.¹⁰

A cada dia assistimos a oscilações no mercado financeiro, a empresas em sérias dificuldades financeiras, deixando de honrar contratos, com dificuldade (e receio) de financiamento junto aos bancos para incrementação de projetos, situação que tem gerado o temível “risco sistêmico”, assim como tem levado diversas empresas a entrar com pedidos de recuperação judicial¹¹ e falência, sem contar o crescente desemprego em massa¹². Enfim, fatos que impactam diretamente toda a sociedade e as mais diversas esferas contratuais.

Nesse quadro, resta indagar:

- (i) a revisão judicial (ou mesmo a renegociação dos contratos de forma amigável) teria o condão de resolver a crise instalada no setor empresarial (e até mesmo no estatal)?¹³
- (ii) em um momento em que a União, Estados e Municípios tanto propugnam por maior arrecadação de impostos, haveria outra alternativa para que os contratos em curso

¹⁰ In: <http://oglobo.globo.com/economia/crise-reduz-capacidade-de-expansao-da-economia-18961424#ixzz44Ju6BiXp>. Acesso em março/2016.

¹¹ Há de se notar o impacto no mercado de ações do recente pedido de recuperação judicial da empresa “Oi” de telefonia. Em um único dia (junho 2016) a bolsa de valores operou em forte queda, de quase 20%.

¹² Não se podendo olvidar que o próprio Estado do Rio de Janeiro, no mês de junho/2016, decretou estado de calamidade financeira, socorrendo-se da União para tentar acertar o caos econômico-financeiro (atualmente, outros Estados da nação já anunciaram que pretendem, por igual, decretar estado de calamidade financeira).

¹³ Recentemente os ministros do Supremo concederam liminares a 15 Estados, permitindo que pagassem suas dívidas para com a União corrigindo valores a partir de juros simples, sem sofrer sanção por parte desta, como bloqueio no repasse de verbas, até o fim da suspensão. A pretensão dos Estados era de revisão judicial da taxa básica de juros pactuada, isto é, os estados queriam evitar a aplicação da taxa básica de juros, a Selic, acumulada de forma composta (juro sobre juro) e pediram que o valor a pagar fosse a juros simples. De acordo com o Ministério da Fazenda, a decisão judicial que porventura promovesse a revisão contratual poderia gerar um impacto de R\$ 402 bilhões nos cofres federais (em <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/04/stf-julga-nesta-quarta-processo-sobre-juros-das-dividas-dos-estados.html>). Acesso em abril/2016). Não fosse o recente acordo firmado entre o Ministro da Fazenda e os Estados, a consequência da revisão judicial dos contratos seria um “nocaute” nas contas públicas da União.

(mormente empresariais) gerem receitas, em vez de serem objeto de renegociação em recuperação judicial?

(iii) haveria uma forma de se atribuir um resultado eficiente (economicamente) para os contratos em curso sem provocar impacto nas relações deles derivadas, tais como geração de emprego (ou evitar o desemprego), fomento ao crescimento comercial e industrial (ou obstar a quebra de empresas), crescimento da economia (ou aumento do PIB e/ou balança comercial) e assim por diante?

Esse é o ponto de nosso trabalho, em face, principalmente, do delicado momento político-econômico que as mais diversas empresas e setores da economia (comércio, indústria, agricultura, serviços, mercado de capitais etc.) estão enfrentando (e ainda terão de enfrentar).

Diante desta nova realidade socioeconômica, surge a questão de se saber o que é mais eficiente economicamente: manter o contrato diante dos princípios consagrados pelo “Civil Law” ou quebrá-lo, com fundamento na “efficient breach theory”, ou “quebra eficiente do contrato”, de origem norte-americana.

Nesse ponto insta destacar que acreditamos que a teoria, desde que devidamente aplicada, tem lugar não só em momento de crise (como esse que vivemos), mas também em momentos de estabilidade, visando ao fomento e ao crescimento de uma economia brasileira forte e estável.

Pretendemos, com este trabalho, a partir de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais (nacionais e internacionais), descrever a “teoria da quebra eficiente do contrato”, consagrada no direito contratual norte-americano, em uma perspectiva comparativa com países do “Civil Law” onde a teoria já foi profundamente debatida. Analisaremos, ainda, as características do direito contratual em cada um desses países, especialmente as consequências do inadimplemento das obrigações contratuais; e, concomitantemente, teceremos considerações acerca da adoção (ou não) da teoria nesses países.

A análise comparativa entre o direito contratual estadunidense e o direito contratual nacional será levada a efeito neste trabalho por duas razões: (i) foi lá o nascedouro da teoria da quebra eficiente dos contratos, e (ii) os Estados Unidos da América são um país de destaque no cenário econômico mundial, em que se verifica um crescimento significativo das relações negociais decorrente do desenvolvimento do comércio internacional de bens e serviços.

Importante destacar que na esfera do direito contratual há uma grande aproximação entre o “Common Law” e o “Civil Law”, lembrando que, não obstante serem os Estados Unidos da América um país de precedentes, há uma grande quantidade de leis escritas, que dão origem a tais precedentes. Veja-se, por exemplo, o “Uniform Commercial Code” (UCC), a Convenção de Viena de 1980, ratificada pelos Estados Unidos, e o “soft law”¹⁴ dos “Restatements”¹⁵ de Contratos e dos Princípios, do Instituto Americano de Direito – “American Law Institute” (“Unidroit”). Por outro lado, não podemos olvidar que tanto no Brasil como em outros países de “Civil Law”, há uma forte influência das decisões judiciais em matéria contratual, o que nos aproxima dos países de “Common Law”.

Considerando-se que a “teoria da quebra eficiente do contrato” tem como berço os Estados Unidos, imperioso discorrermos a respeito do parâmetro norte-americano em face da doutrina da “Análise Econômica do Direito Contratual”¹⁶, pelo que previamente enfrentaremos as peculiaridades de sua ordem jurídica.

Analisaremos o sistema contratual no Direito Brasileiro, especialmente diante das características específicas da função socioeconômica do contrato empresarial, apresentando casos em que decisões judiciais tomadas sem uma visão mais ampla de mercado terminaram por levá-lo a uma enorme ineficiência, e gerando caos econômico.

Discorreremos a propósito dos pontos nos quais as tradições jurídicas do “Common Law” e do “Civil Law” se aproximam e se distanciam, quando, então, será possível compreender como cada um dos sistemas se organiza e opera, base fundamental para entendermos a atual hibridização entre ambos, e que permite vislumbrar a hipótese de adoção da teoria em nosso sistema.

¹⁴ “Soft law consists of rules issued by law making bodies that do not comply with procedural formalities necessary to give the rules status yet nonetheless may influence the behavior of other law-making bodies and the public”. Tradução livre: A chamada “soft law” consiste em uma regra desenvolvida por processos normativos informais, que pode influenciar legisladores e o público. POSNER, Eric; GERSEN, Jacob E. **Soft law**. Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113537>. Acesso em: fev/2015.

¹⁵ Não há uma expressão equivalente no português, razão pela qual utilizaremos o termo em inglês no presente trabalho. Com efeito, o “Restatement” é uma obra de caráter doutrinário não vinculante, elaborado pelo Instituto Americano de Direito (“American Law Institute”), com o objetivo de sistematizar os precedentes judiciais; mas é altamente persuasivo e frequentemente citado pelas Cortes.

¹⁶ Não se tem a pretensão, entretanto, de apresentar descrição minuciosa dos conceitos teóricos da análise econômica do direito, o que extrapolaria o escopo deste trabalho.

Considerando que a adoção da teoria da quebra eficiente reflete diretamente na responsabilidade civil por incumprimento de obrigação contratual, a temática trabalhada versará, ainda, a respeito dos remédios aplicáveis aos casos de inadimplência contratual, na medida que a consequência pelo inadimplemento contratual poderá influenciar diretamente a possibilidade de adoção (ou não) da teoria no Brasil. Nessa esteira, serão analisados os pontos em que os dois sistemas se aproximam, os pontos em que se afastam e, de ainda maior relevo, será permitido entrever o fenômeno da hibridização em uma temática aplicada, e não somente de forma genérica.

Em suma, o contrato, como celebração de acordo de vontades, tem no “Common Law” americano concepção diversa dos países de “Civil Law”. São sistemas jurídicos distintos, que possuem critérios diferentes para refrear oportunismo e quebra contratual, mas que, por meio da adoção de normas e teorias concebidas como eficientes, terminam por se complementar. Nesse sentido, por se tratar de sistemas jurídicos diversos, o acolhimento de teorias do direito comparado há de ser empregado com ressalvas, na medida que se podem atingir resultados indesejados quando da sua utilização.

Como não poderia deixar de ser, assumimos que no Brasil é juridicamente despropositada, “simpliciter”, a importação da teoria da “efficient breach”, sendo mister ultrapassarmos algumas barreiras, mas cabe indagar, de “lege ferenda” e academicamente, se não seria possível adaptar a teoria (ao menos) aos contratos empresariais (seja em momento de crise econômica como o que vivemos, seja até mesmo fora dele).

Os desafios aos operadores do direito não são poucos, em especial quando nos deparamos com fatos sociais que afetam o campo jurídico. Nesse diapasão, resta-nos como provocação investigarmos até que ponto é salutar para a economia do país a intervenção do Estado nas relações contratuais privadas e quais as formas de, juridicamente, darmos, como operadores do direito, suporte ao desenvolvimento do mercado, mitigando prejuízos socioeconômicos.

Por fim, bom frisar que o presente estudo não aborda e não pretende trabalhar com as implicações do direito contratual (especialmente a função social dos contratos) no Direito do Trabalho e no Direito do Consumidor, cuja especialidade foge ao escopo geral aqui proposto para o Código Civil (que, inclusive, lhes é residual na regulação da vida privada).

CAPÍTULO 1 - OS SISTEMAS DE “CIVIL LAW” E “COMMON LAW”.

1.1 Breves considerações sobre os sistemas do “Civil Law” e do “Common Law”.

As tradições jurídicas europeias, marcadas pelo “Civil Law” e pelo “Common Law”, são empregadas na maioria dos países do mundo, mesmo que de forma impura em alguns deles, não obstante possuírem origem comum, só passando a se diferenciar a partir dos séculos XII e XIII.

O “Civil Law”¹⁷ caracteriza-se pela estruturação e codificação das normas jurídicas, além da prevalência da lei, com forte influência do Direito Romano, influência essa que impregnava os países da Europa Continental e suas colônias. O “Common Law”¹⁸, por causa de sua evolução histórica, sistematiza-se na construção do Direito a partir dos estatutos legais e, especialmente, pela utilização de casos concretos como fonte de direito¹⁹.

Não obstante as inúmeras distinções entre as tradições, devido à conjuntura em que tiveram seu nascimento e desenvolvimento, a origem de ambas é una e ambas têm como objetivo precípua a segurança jurídica. Sendo a tradição jurídica romana a sua precursora, vivenciamos hoje, notadamente graças à globalização, uma grande aproximação entre o “Civil Law” e o “Common Law”, o que a moderna doutrina batizou de “hibridização”, processo que vem promovendo reflexos importantes no ordenamento jurídico de diversos países, incluindo o Brasil.

¹⁷ “... a expressão Civil Law, usada nos países de língua inglesa, refere-se ao sistema legal que tem origem ou raízes no Direito da Roma antiga e que, desde então, tem-se desenvolvido e se formado nas universidades e sistemas judiciários da Europa Continental, desde os tempos medievais; portanto, também denominado sistema Romano-Germânico.” In: VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Fabris, 2007, p. 270.

¹⁸ A expressão “Common Law” originariamente significava “direito comum”, pois as decisões proferidas pelos Tribunais de Westminster vinculavam toda a população inglesa. In: DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 359.

¹⁹ “O *common law* não foi sempre como é hoje, mas a sua principal característica sempre esteve presente: casos concretos são considerados fonte do direito. O direito inglês, berço de todos os sistemas de *common law*, nasceu e se desenvolveu de um modo que pode ser qualificado como “natural”: os casos iam surgindo, iam sendo decididos. Quando surgiam casos iguais ou semelhantes, a decisão tomada antes era repetida para o novo caso. Mais ou menos como se dava no direito romano.” In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil Law e Common Law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Notadez, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009, p. 54

Por tal razão, faremos, ainda que de maneira perfunctória, uma breve exposição sobre os dois sistemas para visualizarmos a possibilidade de adotarmos em nosso sistema uma teoria nascida em país de “Common Law”.

1.1.1 O “Civil Law”: particularidades e fontes.

O Direito Civil moderno tem como referência a Revolução Francesa²⁰, que influenciou sobremaneira as fontes do “Civil Law”²¹, sendo considerada, de fato, o marco histórico na consolidação de um novo modelo jurídico. Assim, no cenário revolucionário que se apresentava no final do século XVIII e início do XIX, os legisladores franceses se apoiaram em três teorias políticas: (i) a da soberania nacional, o poder soberano do monarca passou para a nação; (ii) a da teoria do regime representativo, quando a nação passou a nomear seus representantes; e, finalmente, (iii) é pontificada a teoria da separação dos poderes, de Montesquieu, na qual o poder passa a ser repartido em três que se autorregulam: o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. Dessa forma, ao menos em tese, os três poderes desconhecem fonte de direito outra que não a lei²².

²⁰ “A Revolução Francesa marca o início do Direito Civil moderno, quando houve uma substituição da compilação de Justiniano por uma codificação baseada em princípios racionais do Iluminismo. Assim foi que, em 1804 surgiu o “Code Napoléon”, que serviu de referência para os diversos códigos civis, inclusive o Código Civil Alemão de 1900. A cultura jurídica foi fortemente marcada pela codificação e o culto à exegese, imperando a separação da codificação do Direito Civil e do Direito Comercial, havendo, portanto, codificações autônomas. O período caracterizou-se pela ascensão da burguesia e pela consolidação de direitos individuais de liberdade, propriedade e livre iniciativa. A liberdade contratual atingiu o ápice com máxima “pacta sunt servanda” e a intervenção estatal somente na hipótese de descumprimento do contrato. ” In: FERREIRA, Pedro Rocha; PEIXOTO, Leonardo Polastri Lima; POSSAS FILHO, Wagner de Carvalho. **Tradições jurídicas contemporâneas: comparativo entre a tradição jurídica europeia continental e o common law**. Revista Mineira de Direito Internacional e Negócios Internacionais. Disponível em <<https://www.amidi.com.br/revista/index.php/rmdni/article/view/27/0>>. Acesso em dez/2015.

²¹ A respeito da tradição jurídica romano-germânica originadas nos séculos XII e XIII, período do Renascimento da Europa Ocidental, quando da separação entre o direito e a religião, por todos consultar obra de DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 39 e seguintes.

²² GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução por Antônio M. Hespanha e Manuel M. Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986, p. 414-416.

A ruptura com o antigo regime e a instituição de um novo ideal foi o fundamento deste novo modelo europeu. Nesse momento, a lei passou a ser a ferramenta essencial de representação da vontade popular²³.

Assim, a fonte de direito primária do “Civil Law” é a lei. No contexto positivista do século XIX a lei era tida como principal fonte do direito.

Em uma conjuntura revolucionária em que se propugnava pela igualdade, o papel do juiz estaria adstrito à aplicação da lei, independentemente de qualquer influência subjetiva. Havia a crença de que, ao aplicar o juiz ao caso concreto o texto literal da lei, a igualdade formal estaria garantida²⁴. Nesse sentido, o juiz era tão somente a “bouche de la loi”²⁵, já que exercia um papel marcadamente neutro e imparcial. Porém, tal pretensão era “desmentida no plano jurídico pelo fato de, em muitos sistemas, o ministério público, o promotor da ação, depender do poder Executivo”²⁶.

Quando da Revolução de 1.789 foi criada a Corte de Cassação, com o nome de Tribunal de Cassação, em substituição ao Conselho das Partes, a seção do Conselho Real que constituía a última instância para processos contra o Estado. A Corte passa a ter a missão de, também, zelar pela fiel observância da lei^{27 28}.

²³ “Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis. A certeza do direito estaria na impossibilidade de o juiz interpretar a lei, ou, melhor dizendo, na própria Lei. Lembre-se que, com a Revolução Francesa, o poder foi transferido ao Parlamento, que não podia confiar no judiciário.” MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009, p.46.

²⁴ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil Law e Common Law**. Revista Jurídica, Porto Alegre: Notadez, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009, p. 56.

²⁵ Em tradução livre, aplicador da lei.

²⁶ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 134.

²⁷ A Corte não toma conhecimento dos fatos do processo; apenas conhece da alegação de violação do direito pela jurisdição inferior. Na hipótese de concluir não ter havido qualquer violação, confirma a decisão objeto do recurso. Caso contrário, não substitui a decisão julgada irregular (“juge les jugements et non les affaires”), simplesmente a cassa, anula (“casser”, em francês), e reenvia o julgamento a outra jurisdição do mesmo nível da jurisdição do tribunal cuja sentença foi “cassada”, ou anulada (“il y a aura cassation – cest-à-dire annulation”).

²⁸ Veja interessante caso descrito por RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. “... a Corte de Cassação, em 6 de março de 1876, decidiu o também conhecidíssimo caso do Canal de Craponne, que é considerado um dos mais

Diante desse quadro, iniciou-se um intenso processo de codificação²⁹, que é uma das características mais marcantes do “Civil Law”, o qual repercutiu por toda Europa e para além dela.³⁰ Porém Paolo Grossi critica esse processo de codificação, considerando um ato de presunção a compilação do direito nesses códigos, acreditando que, na verdade, o Estado se consolidou “como único ente capaz de “transformar em jurídica uma norma estatal”, colocando o direito unicamente como voz do Estado”³¹.

Não obstante tal posicionamento, e como observa Luiz Guilherme Marinoni³², não é a codificação em si o ponto de distinção entre “Civil Law” e “Common Law”, pois em ambos há produção legislativa, assim como a jurisprudência é admitida em ambos como fonte de Direito. A distinção se situa na importância que é atribuída às leis e à jurisprudência em cada um dos sistemas; vale dizer: no “Common Law” fica a cargo do Juiz a interpretação do que deve ser aplicado em caso de conflito entre a lei codificada e um precedente. Já no “Civil Law” o papel do juiz é entendido como fiel aplicador da lei, apenas transportando para o caso concreto aquilo que a lei elenca de forma abstrata.

1.1.2 O “Common Law”: particularidades e fontes.

A tradição jurídica do “Common Law” desenvolveu-se, sobretudo, na região da Grã-Bretanha, como um sistema jurídico diferenciado, em parte vinculado e em parte contraposto

importantes precedentes de sempre daquele tribunal. A situação de fato era a seguinte: o Senhor Marquês de Galliffet celebrou em 1560 e 1567 um contrato para a Comuna de Pélissanne, que tinha por objeto a manutenção de um canal de irrigação e de abastecimento de água para a comuna. Passados três séculos, o Marquês de Galliffet reajustou o valor do arrendamento, considerando a brutal desvalorização das taxas pagas pelos comunais, que se converteram em ridículas e incompatíveis com os dispêndios do aristocrata. Em primeiro grau, o Senhor de Galliffet obteve ganho de causa, em 1875, no Tribunal de Aix, mas a Corte de Cassação, em um acórdão com fundamento em dois parágrafos, cassou o acórdão local e manteve o contrato em suas bases originais, a despeito da alteração das circunstâncias. Segundo os juízes da Corte de Cassação, o art. 1.134 do Código Napoleão assegurava a prevalência e a incolumidade dos pactos, não havendo razões para o juiz colocar-se acima da vontade pretendida pelas partes. “

²⁹ Sistematização de todo o Direito em artigos contidos em livros denominados “códigos”.

³⁰ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 65.

³¹ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 51-52.

³² MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009, p.46-47.

ao direito romano³³. Nos séculos X e XI o território britânico não era unificado, mas subdividido em distritos que aplicavam o direito germânico e o costume local através de cortes judiciais.

Em 1066, com a conquista normanda da Inglaterra, a unidade política existente na Grã-Bretanha teve como uma de suas principais consequências a unificação do Direito³⁴. O núcleo do “Common Law” se formou por meio da hibridização do direito romano e do germânico.

Durante esse reinado, que se estendeu até 1087, a corte real, denominada “curia regis”, passou a ser o centro jurídico e administrativo. Com a “curia regis”³⁵, formou-se uma classe mais uniforme de juízes que, por meio de suas decisões, consolidaram o “Common Law”³⁶.

Depois do século XII³⁷, durante os reinados de Henrique I e Henrique II, o Direito na Grã-Bretanha uniformizou-se, por intermédio de juízes itinerantes. Somente com uma ordem escrita do rei (“writ”), intimando o réu a comparecer em juízo, é que uma ação poderia ser proposta. Com o fortalecimento do governo régio, ficou desautorizada a jurisdição feudal.

Assim foi que, por intermédio de instituições judiciais centralizadas, verificou-se o enrijecimento do “Common Law”³⁸, razão pela qual a função de analisar os recursos passou ao

³³ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus** / Mario G. Losano; tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 323.

³⁴ Com a chegada dos normandos sobrevem o fim de uma sociedade tribal, caracterizada pelo direito fragmentado e local, e inicia-se uma sociedade feudalista e organizada, com grande experiência administrativa. DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 358.

³⁵ A partir do século XIV, em torno da “curia regis” formaram-se quatro organizações corporativas jurídicas: as “Inns of Court”, até hoje existentes (“Inner Temple”, “Middle Temple”, “Gray’s Inn”, “Lincoln’s Inn”). Nas “Inns of Court”, aqueles que concluem a “Law School” tornam-se “barristers” podendo, assim, exercer a advocacia perante os Tribunais da Inglaterra e de Gales. In: LOSANO, Mario G. Op. cit., p. 325.

³⁶ LOSANO, Mario G. Op. cit., p. 324.

³⁷ Nesse momento nasce o direito dos contratos e a responsabilidade extracontratual (“torts”), até então constituída do direito penal e do direito de propriedade. Formaram-se assim as normas de “Common Law” relativas aos contratos, à propriedade, à responsabilidade civil e às normas penais. Nesse sentido, LOSANO, Mario G. Op. cit., p. 331.

³⁸ Diante do formalismo exacerbado do sistema inglês, o acesso à justiça foi dificultado, ampliando o número de casos sem prestação jurisdicional. Assim, foi grande o número de recursos aos reis para a resolução dos conflitos que os tribunais reais não julgavam. In: DAVID, René. Op. cit., p. 371.

Lorde Chancellor³⁹, cujas decisões baseavam-se mais em normas morais do que jurídicas. Por essa razão, a jurisdição passou a ser denominada de “equity”.

A coerência da “equity law” era fundada na teoria da “equidade do caso particular”, através do qual se extraía a regra de um determinado caso para transpô-la a casos semelhantes.

No entanto, a “equity” entrou em conflito com o “Common Law” enrijecido. A prática tornou-se tão usual e popular que se aproximou de substituir o “Common Law”⁴⁰. No século XVII, Francis Bacon propôs que em casos de conflito a “equity” deveria prevalecer, mas os conflitos não foram eliminados.

E então, com o surgimento dos “Judicature Acts”, as Cortes do Chanceler⁴¹ foram suprimidas e os dois ordenamentos foram unificados, sob a competência das cortes comuns. Assim foi que a “equity” marcou presença no sistema jurídico inglês.

Essa tradição conduziu à formulação do “stare decisis”, cuja origem está na expressão latina “stare decisis et non quieta movere”, que significa “mantenha aquilo que já foi decidido e não altere aquilo que já foi estabelecido”⁴². Com o passar do tempo, referidas decisões passaram a ter caráter vinculante⁴³, sob a proposição de que para casos iguais devem ser

³⁹ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 371.

⁴⁰ “O direito inglês, assim, no século XVI, quase reuniu-se à família dos direitos do continente europeu, pelo triunfo da jurisdição de equidade do Chanceler e pela decadência da *common law*. Existiu o risco de serem abandonados pelos pleiteantes os tribunais da *common law* e, conseqüentemente, caírem em desuso, como três séculos antes caíram as *Hundred* e as *County Courts*, quando os tribunais de Westminster, então com todo seu brilho, ofereciam aos seus pleiteantes uma justiça mais moderna, administrada segundo um processo superior aos processos tradicionais. “ DAVID, René. Op. cit., p. 373 e GALIO, M. H. **História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. 2014. (Apresentação de Trabalho/Congresso), p. 11. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em nov/2015.

⁴¹ Judicature Act, de 1873, que estabelecia que a “equity” deveria preceder a aplicação do “Common Law” no caso de conflitos. In: LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus** / Mario G. Losano; tradução Marcela Varejão; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 331.

⁴² GALIO, M. H. **História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. 2014. (Apresentação de Trabalho/Congresso), p. 10. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>>. Acesso em nov/2015.

⁴³ O caráter vinculativo das decisões da Câmara dos Lordes foi admitido nas decisões dos casos *Beamish v. Beamish*, em 1861. Nesse sentido, GALIO, M. H. Op. cit., p. 10.

conferidas as mesmas soluções. Assim, o “stare decisis” passou a ser aplicado em todos os casos de identidade análoga.

Mas o “Common Law”, que se originou dos costumes gerais, surgiu muito antes do “stare decisis”, razão pela qual se afirma que este é apenas um elemento daquele⁴⁴. Em suma, o sistema de “Common Law” é um sistema baseado nos costumes e nos princípios gerais positivados por meio das decisões que se aplicam como precedentes⁴⁵. Esse sistema de Direito tem como estrutura fundamental o costume⁴⁶. Nesse diapasão, o “Common Law” pode ser transposto como um direito geralmente descodificado, o que vale dizer que não há nele uma compilação e estruturação das regras legais.

As fontes do “Common Law” são, em ordem crescente de importância: (i) o costume, (ii) a lei e (iii) os precedentes judiciais⁴⁷.

Insta relevar que, sendo o precedente jurisprudencial a principal fonte do sistema, a legislação é interpretada restritivamente. Nesse sentido, o juiz aplica apenas o que é inequivocamente expresso em lei, segundo regra interpretativa diversa do “Civil Law”. Tal fato reflete no ato legislativo, que procura ser detalhista (ao extremo) relativamente aos casos de aplicação de determinada lei – o que se dá na esfera contratual⁴⁸. Por essa razão, faz-se referência ao “Common Law” como algo oposto ao “Civil Law” ou ao “Statute Law”.

No entanto, Mario Losano afirma que a “extensão dos precedentes torna as vezes materialmente impossível ter uma visão clara da situação jurídica de certos setores, fazendo vacilar a certeza do direito”⁴⁹. Por tal razão no “Common Law” passou-se a redigir textos legais, que passaram a consolidar os principais pontos de precedentes, codificando diversos setores. Foi assim, então, que surgiu em 1922 a “Law of Property Acts”; o Código Comercial Uniforme,

⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.33.

⁴⁵ HALE, Matthew. **The history of the Common Law of England**. 1713, p. 93. Disponível em: <<http://www.proselex.net/Documents/The%20History%20of%20the%20Common%20Law%20of%20England.pdf>> Acesso em jan/2016.

⁴⁶ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus** / Mario G. Losano ; tradução Marcela Varejão ; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 320.

⁴⁷ LOSANO, Mario G. Op. cit., p. 334.

⁴⁸ LOSANO, Mario G. Op. cit., p. 335.

⁴⁹ LOSANO, Mario G. Op. cit., p. 337.

ou “Uniform Commercial Code” (UCC), e o “soft law” dos “Restatements” de Contratos e dos Princípios, do Instituto Americano de Direito – “American Law Institute” (“Unidroit”).⁵⁰

1.2 Hibridização dos sistemas.

A severa separação entre “Common Law” e “Civil Law” já não tem mais lugar na sociedade globalizada. Como já asseverado, nos Estados Unidos também há um sistema de leis disciplinadoras de matérias jurídicas⁵¹. Paralelamente, e não só no Brasil, há uma forte tendência de crescimento da relevância das decisões dos tribunais para a fundamentação e solução de controvérsias outras que sejam similares.

Sob essa ótica, parece-nos ser possível admitir a existência de certa codificação do “Common Law”. É visível a ocorrência de fenômenos característicos de um sistema em outro, vez que os ordenamentos jurídicos nacionais tendem a não se manter puramente em um ou outro sistema.

O Brasil é reconhecido como um país de “Civil Law”. Mas tem-se notado no cenário jurídico brasileiro uma impureza em seu sistema, podendo-se asseverar que há uma hibridização do sistema de “Civil Law” com o do “Common Law”.

A hibridização não é particular do Brasil. Desde o início do século XX há uma tendência de combinação entre modelos jurídicos que deu azo à abertura de espaço ao “direito

⁵⁰ Nos Estados Unidos da América, após sua separação da Inglaterra, o “Common Law” evoluiu de maneira diversa, dando forma ao direito norte-americano, com maior uso de constituição escrita e de leis. Muito embora os juristas norte-americanos tenham acompanhado os ideais do sistema incorporado pela Inglaterra, “O desenvolvimento da estrutura do direito norte-americano proporcionou diferenças substanciais em relação ao modelo inglês, sobretudo no que se refere à distinção que se faz na Inglaterra, que não é um Estado federal, e não nos Estados Unidos, entre direito federal e direito estadual.” In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à história do direito: Estados Unidos x Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001, p.52.** Nos Estados Unidos, a Suprema Corte Federal e as Supremas Cortes estaduais não estão vinculadas às suas próprias decisões e podem desviar-se da sua Jurisprudência, pois os Estados-membros são soberanos, conforme previsão da regra do “stare decisis”, que proporcionou ao “Common Law” um sistema mais durável e estável. (In: CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à história do direito: Estados Unidos X Brasil. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001, p. 57).**

⁵¹ Direito Societário, Falência (o conhecido “Chapter 11”), o Direito Contratual “Uniform Commercial Code” (UCC), o “leasing”, o “soft law” dos “Restatements” de Contratos, dentre vários outros diplomas.

jurisprudencial no “Civil Law” e, na contramão, há a intensificação legislativa no “Common Law” ⁵².

Como já deduzido acima, em países tradicionalmente de “Common Law”, especialmente Inglaterra e Estados Unidos, há um extenso conjunto de códigos: legislação a respeito de propriedade intelectual, seguros, regulamentação bancária, antitruste, direito tributário, dentre outros. ⁵³

Nos Estados Unidos, país que mais nos interessa, tendo em vista o objeto de nosso trabalho ⁵⁴, tal efeito é visivelmente percebido, na medida que a interpretação baseada nos estatutos se dá de forma ampla. A produção legislativa tem sido intensa, e, em alguns Estados, há numerosos e complexos códigos ⁵⁵. Não obstante esse perfil advindo da tradição romano-germânica, o “Common Law” mantém inabalável a função jurisdicional de interpretação da lei. ⁵⁶

Por seu turno, no Brasil, recorre-se cada vez mais aos julgados como forma de fundamentação das decisões ⁵⁷. Não raro, as decisões judiciais vêm respaldadas em súmulas e

⁵² JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise de convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 189, 2010, p. 40.

⁵³ JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Op. cit., p. 41.

⁵⁴ Por essa razão deixaremos de abordar particularidades do “Common Law” inglês.

⁵⁵ Estados da Louisiana e Califórnia, especialmente. In: JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Op. cit., p. 41.

⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 55-56.

⁵⁷ MARQUES, Luiz Guilherme. **Alguns Comentários Sobre Common Law e Civil Law**. Associação dos Magistrados Brasileiros, p. 1. Disponível em: http://www.amb.com.br/index.php.asp?secao=artigo_detalle&art_id=184 Acesso em nov/2015. Ainda: De acordo com Humberto Theodoro Júnior, Dierle Nunes e Alexandre Bahia, o direito comparado tematiza de modo especial a questão de como os tribunais superiores se valem dos precedentes.

processos anteriormente julgados. Por igual, o juiz passa a ter função criadora do Direito⁵⁸, o que, ao menos em tese, seria incompatível com o sistema puro de “Civil Law”⁵⁹.

É evidente que o Brasil não reproduz fielmente o sistema de “Common Law”, pois não existe uma consolidação da teoria dos precedentes, de maneira que as súmulas e os julgados proferidos sejam reproduzidos em novas decisões de forma conectada com as questões, debates e elementos específicos que a originaram⁶⁰ (o que só deve ocorrer agora, com a edição do Novo Código de Processo Civil⁶¹).

Nos Estados Unidos, os precedentes judiciais são aplicados como um princípio. A partir daí, entabula-se um debate entre o caso “sub judice” e o precedente, a fim de se avaliar se há correlação entre ambos. Se não houver correlação, o magistrado, fundamentadamente, não aplica o precedente, deixando incontroversa a diferença entre os casos e a razão de seu afastamento.⁶²

No Brasil, o que assistimos até recentemente foi (i) a aplicação do precedente, sem qualquer fundamentação, apenas e tão somente pontificando as semelhanças com o caso “sub judice”; ou (ii) a alegação de descabimento do precedente, sem qualquer fundamentação da razão do distanciamento do caso “sub judice”, o que deve ser alterado em face da novel legislação processual civil.

Como bem assevera Luciano Benetti Timm,

⁵⁸ Em matéria contratual, a necessidade de interpretação por parte do julgador é cada vez mais reclamada, dada a presença da técnica legislativa denominada “cláusulas gerais”, na medida que há necessidade de se adequar o fato concreto à norma.

⁵⁹ GALIO, M. H. **História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas**. 2014, p. 12. (Apresentação de Trabalho/Congresso). Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em jan/2016.

⁶⁰ JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise de convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 189, 2010, p. 41.

⁶¹ Lei n. 13.105, de 16/03/2015.

⁶² Tal prática é denominada “distinguish”. In: LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus** / Mario G. Losano ; tradução Marcela Varejão ; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. - São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 346.

(...) não só as leis podem e devem servir de paradigma de comparação para os juristas brasileiros, mas, sobretudo, as decisões judiciais norte-americanas podem ser estudadas, por refletirem o Direito em ação (*Law in action*) em contraposição ao *Law on the books*. Aliás, essa barreira cultural ao Direito Norte-Americano já foi quebrada no Direito Constitucional na Constituição Federal de 1891, bem como na legislação societária (Lei 6.404/76), na legislação antitruste (Lei 8.884/94), para citar alguns exemplos. Mas faltam estudos sobre a compatibilidade do Direito Contratual Norte-Americano para o sistema jurídico privado brasileiro.⁶³

Nessa mesma esteira, não podemos olvidar que há norma de direito internacional, recentemente promulgada pelo Decreto da Presidência da República 8.327/2014⁶⁴, que fora elaborada pela junção dos dois sistemas – “Civil Law” e “Common Law”. A diversidade de conceitos relativamente ao fenômeno contrato e o incremento da globalização, em razão do desenvolvimento das trocas comerciais, exigiram a uniformização do contrato de venda internacional de mercadorias, expressa na Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, obra de um grupo de comparatistas e internacionalistas, criadores deste valioso instrumento.

Com efeito, os modelos de contrato adaptados pelos legisladores da Convenção de Viena, visando a uniformização das regras da compra e venda internacional de mercadorias, foram o Código Civil Alemão (BGB) e o “Uniform Commercial Code” (UCC - Código Comercial Uniforme) dos Estados Unidos da América.

A Convenção de Viena, mesmo antes de ser recepcionada pelo legislador nacional, já surtia efeitos no desenvolvimento do nosso Código Civil no âmbito dos contratos, trazendo

⁶³ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 2. Ainda, para um estudo mais aprofundado de “*Law in action and Law on the books*”, por todos, consultar: TIMM, Luciano Benetti; COOTER, Robert D; SCHAEFER, B. **O problema da desconfiança recíproca**. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, v. 1, 2006, p. 8. Disponível em: <<http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/>>. Acesso em nov/2015.

⁶⁴ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm. Acesso em nov/2015.

duas formas de interpretação ampliativa do disposto nos arts. 422⁶⁵ e 113⁶⁶, que tiveram como fonte os arts. 77⁶⁷ e 9º⁶⁸, respectivamente, da Convenção.

Em suma, em face da viabilidade de hibridização de sistemas é que o presente trabalho propõe a aplicação de uma teoria contratual norte-americana ao nosso sistema de direito contratual⁶⁹, pelo que, a seguir, discorreremos acerca do que vem a ser “Law and Economics” (Análise Econômica do Direito), que fundamenta a teoria da quebra eficiente dos contratos no direito estadunidense, e, em seguida, passaremos a tecer considerações a respeito de cada um dos sistemas de Direito Contratual, para, finalmente, confrontarmos suas diferenças e semelhanças e a possibilidade (ou não) de adaptação de um em outro.

⁶⁵ **Art. 422.** Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

⁶⁶ **Art. 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁶⁷ Já existem diversas decisões fazendo referência a esse artigo de lei, utilizando a expressão constante do texto original, isto é, “duty to mitigate the loss”. Redação: Artigo 77 - A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

⁶⁸ Artigo 9º (1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si. (2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento.

⁶⁹ “Com efeito, de modo geral, regras jurídicas são copiadas, porque são consideradas eficientes, adequadas e testadas, constituindo-se, conseqüentemente, em um modelo a ser seguido, na intenção de se obterem os mesmos resultados alcançados pelo país que as originou. “ In: WATSON, A. **Society and change**. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1977, p. 98.

CAPÍTULO 2 - A “LAW AND ECONOMICS” E SEUS REFLEXOS NO DIREITO CONTRATUAL – A QUESTÃO DA EFICIÊNCIA CONTRATUAL.

2.1 O nascedouro da “Law and Economics”.

O movimento denominado “Law and Economics” - Análise Econômica do Direito - desenvolveu-se a partir de 1930, nos Estados Unidos da América (país de “Common Law”), e ao longo do século XX alcançou robustez e um grande número de adeptos.⁷⁰

Estudiosos do assunto⁷¹ afirmam que entre 1973 e 1980 ocorreram três episódios de relevância que colaboraram para que a Análise Econômica do Direito fosse aceita e pensada pelos operadores do direito:

(i) Em 1972, a criação do “Journal of Legal Studies”, assim como a primeira publicação de Richard Posner, conhecida como “Economic Analysis of Law” (em que faz uma introdução à “Law and Economics”, tendo como nascedouro a Universidade de Chicago);

(ii) Em 1971, Henry Manne fundou o “Economics Institute for Law Professors”, que se dedicou a ministrar seminários acerca de termos de economia e sua aplicação ao Direito; e, finalmente,

(iii) Richard Posner publica sua primeira obra, elevando-se à posição de um dos nomes mais expressivos da Análise Econômica do Direito; chegam alguns a considerá-lo o verdadeiro precursor do movimento, acreditando que Ronald Coase teria figurado como um “novo institucionalista”, tendo contribuído apenas para a origem e formação do movimento, mas não para seu desenvolvimento.

O movimento se expandiu por vários continentes⁷², não podendo ser ignorado entre nós, especialmente nesse momento de hibridização do nosso sistema jurídico.

⁷⁰ Brilhantes juristas e economistas do século XX foram laureados com o prêmio Nobel graças a estudos desenvolvidos, lembrando que bem recentemente, mais precisamente em outubro de 2016, o finlandês Bengt Holmström e o britânico Oliver Hart foram vencedores do Nobel de Economia 2016 (Academia Real Sueca de Ciências, em Estocolmo), por conta de estudos realizados na seara da influência dos contratos na economia (pesquisas iniciadas nas décadas de 1970 e 1980).

⁷¹ Dentre eles, Ejan Mackaay.

⁷² A respeito dos países que têm fomentado o movimento “Law and Economics”, pontificam RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior, os seguintes países nos quais já foram desenvolvidos trabalhos de

2.2 Ciência Econômica, “Law and Economics” e a eficiência dos contratos.

A ciência econômica tem como princípios basilares a maximização dos interesses, (conhecida como escolha racional), o equilíbrio e a eficiência, e é justamente nesses elementares princípios que se lastreia a Análise Econômica do Direito.⁷³

A Análise Econômica do Direito, por sua vez, tem como principais questões econômicas o estudo da microeconomia⁷⁴, que é um instrumento utilizado pelo indivíduo para analisar a repercussão da norma sobre seu comportamento.

Márcia Carla Pereira Ribeiro e Irineu Galeski Junior, citando Mercado Pacheco, asseveram que a Análise Econômica do Direito tem por finalidade aplicar ao sistema jurídico “a lógica de maximização da riqueza e eficiência das relações como norma fundamental para a racionalização do sistema jurídico”⁷⁵.

Algumas das premissas fundamentais da Análise Econômica do Direito são trazidas por Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi, na obra “Direito, Economia e Mercados”⁷⁶.

relevância e influência: Áustria, Portugal, Espanha, Argentina e Brasil. Rica é a citação dos esforços, estudos e cursos desenvolvidos em diversas Universidades. (In: **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 79-81),

⁷³ “A análise das exposições acima permite concluir que alguns temas econômicos são absolutamente pertinentes ao estudo da Análise Econômica do Direito, notadamente os seguintes: a questão da escolha racional dos agentes econômicos na busca da melhor alocação dos recursos; a eficiência; as falhas de mercado, que podem ser classificadas em assimetria de informações, existência de poder econômico, bens públicos, as externalidades; e os custos de transação.” RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. Op. cit., p. 95.

⁷⁴ “... que abrange: a teoria do consumidor – a questão da utilidade (satisfação proporcionada ao agente pela fruição de um bem) e da escolha (alternativa do consumidor diante de dois bens úteis) – a teoria do funcionamento do mercado – demanda (quantidade de certo bem ou serviço desejado pelo agente durante um lapso de tempo), oferta (quantidade de um bem ou serviço que os produtores desejam vender durante um lapso de tempo) e equilíbrio de mercado (ponto de encontro entre o montante de um bem ou serviço desejado por um consumidor com aquele posto à venda pelo produtor) – teoria da firma ou empresa – a produção (transformação dos fatores adquiridos pela empresa, de acordo com o custo e a demanda dos fatores de produção) – a teoria das estruturas de mercado – questões de concorrência (relação das firmas quanto ao oferecimento de bens para consumo.” RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. Op. cit., p. 88.

⁷⁵ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. Op. cit., p. 92.

⁷⁶ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 88-89.

A primeira delas seria que o indivíduo, em regra, sempre estaria disposto a alcançar mais, maximizando suas vantagens, benefícios e proveitos.

Escolher de forma racional importa em que o agente, tendo conhecimento das vantagens e dos custos de determinado bem ou serviço, prefere aquele que lhe proporcionará maior utilidade⁷⁷. A escolha é feita mais em razão dos benefícios do que dos possíveis custos que possam surgir. Quando escolhe de forma racional, o agente o faz segundo padrão das suas informações ou da maneira como as considera. A mudança na riqueza da sociedade depende de “avaliações pessoais e subjetivas dos indivíduos, e não de um critério objetivo de valor”.⁷⁸

Cooter e Ulen tratam essa escolha racional – melhor alternativa permitida pelas restrições – como “maximização”.⁷⁹

A segunda premissa estaria relacionada com o momento em que os indivíduos avaliam suas alternativas, buscando a mais racional, quando levam em conta o “sistema de preços”; vale dizer: se há ou não incentivos; as penalidades por não cumprimento, isto é, se há ou não sanções; e, finalmente, se o resultado inicialmente pretendido é compensador. Abrimos aqui um parêntese para lembrar que a imposição de sanções pela norma equivale, para o indivíduo, a um aumento do “preço” e, assim, impactaria na sua decisão a respeito do negócio.⁸⁰

Finalmente, a terceira premissa seria a de que as normas positivadas teriam caráter de “incentivos”, ou maneiras de coibir ou persuadir atitudes e condutas dos homens; quer dizer: a norma, conforme objetivada pelo legislador, pode incentivar ou desestimular o indivíduo em

⁷⁷ “Dentre duas possíveis decisões, aquela que causar o maior bem-estar é a que deve ser aplicada, devendo ser observado se as partes envolvidas estão em uma situação inicial relativamente homogênea. A escola de Law & Economics, para todos os efeitos, tem por foco a busca do melhor bem-estar, da melhor alocação possível de bens, conduzindo ao bem-estar dentro dos limites morais.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 89.)

⁷⁸ In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 182. Ainda, em RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. Op. cit., p. 100: Para que indivíduo escolha de forma racional basta que saiba ordenar o que lhe é mais interessante, mais útil. Não há necessidade de saber estabelecer o quanto algo lhe é mais útil em relação a outra alternativa.

⁷⁹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. “**Law & Economics**”. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008, (também em português: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.), p. 24.

⁸⁰ Levando-se em consideração que sanções – positivas ou negativas – compõem o preço, tem-se que ocorre a estimulação (ou desestimulação) não só de conduta, mas do fechamento do negócio. Conforme PINHEIRO, Armando Castelar; Saddi, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 89.

um dado momento. O incentivo ou desincentivo a certa conduta do cidadão guarda relação com o objetivo do legislador ao introduzir no sistema uma determinada norma. Nas palavras de Cooter e Ulen “a eficiência é relevante na formulação de normas porque é sempre melhor atingir determinado objetivo a custos menores que maiores, lembrando que as autoridades públicas nunca defendem o desperdício de dinheiro”.⁸¹

Nesse sentido, a intervenção estatal nas relações contratuais só deveria se dar quando a finalidade precípua fosse a de eliminar as falhas de mercado para então buscar uma alocação eficiente dos recursos escassos, alcançando um ambiente econômico como se não houvesse falhas⁸².

A busca pela eficiência é o fim cardeal não só da ciência econômica, mas também da Análise Econômica do Direito, pois, via de regra, a escassez supera a demanda.

Analisar a eficiência de uma operação econômica (contratual) implica na avaliação da eficiência social desta, com base não tão somente nos custos que as partes assumiram para si quando do fechamento do negócio, mas também para terceiros e para a sociedade em geral⁸³.

Entendendo o comportamento dos indivíduos envolvidos na operação ante os incentivos ofertados pelo sistema jurídico, há como se conhecer o interesse de cada parte contratante em “maximizar” o valor obtido na operação com a finalidade de alcançar o bem-

⁸¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. “**Law & Economics**”. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008, (também em português: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.), p.4. As pesquisas de Holmström e Hart mostraram a importância da adoção de incentivos apropriados para a obtenção de melhores resultados.

⁸² Lembremos que durante os diversos planos econômicos que tivemos, não raras vezes o governo interveio no mercado, tabelando e controlando preços, por considerar abusivo o preço que vinha sendo praticado por certos produtores. Tal prática levou a que esses produtores redirecionassem seus negócios para outro setor da produção, o que acarretou a escassez de produto (o tabelado) no mercado, que terminou por elevar ainda mais os preços desses produtos (que se tornaram escassos). Não havendo oferta, a alta de preços foi ainda mais fomentada. Nesse cenário, os consumidores entravam em filas para conseguir acesso ao produto. Já os consumidores de maior poder aquisitivo tinham acesso ao produto tabelado, mas a um preço elevado (lembremo-nos do “ágio” que por tanto tempo fez parte de nosso cotidiano). Ora, é inarredável a conclusão de que o objetivo da norma promulgada naquela oportunidade não atingiu o fim almejado, levando ao desincentivo. Esse é o viés normativo da análise econômica do direito, em que se analisa quanto a eficiência deve ser sacrificada para que se alcancem valores tidos como socialmente mais relevantes, ou, na preservação de valores sociais considerados significativos, qual a norma que permitirá atingir a finalidade econômica (dos contratos) de forma mais eficiente. Isso é o que se denomina Análise Econômica Normativa. In: POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed., Nova York, Aspen, 2003. RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 70.

⁸³ Importante lembrar que contratos geram impostos, empregos, dentre tantos outros benefícios.

estar da sociedade. Visando lucro, o agente favorecerá a sociedade em geral⁸⁴. Não se pode olvidar que a eficiência de cada operação evita (ou deveria evitar) desperdício de recursos, além de gerar “riqueza”, o que, infalivelmente, reflete maior disponibilidade de “riqueza” na sociedade toda.

Para se aferir a eficiência econômica (ou não) de uma operação, a avaliação pode se dar de duas formas: (i) isolada ou (ii) forma comparativa. De forma isolada a análise feita é bem simplista, basta verificar a relação custo/benefício; vale dizer, se os benefícios resultantes superam os custos. Quando analisada a eficiência de forma comparativa, analisa-se se um contrato (ou norma) é mais ou menos eficiente em relação a outro contrato (ou norma), tendo em mira o resultado final (o resultado dos benefícios globais menos os custos de cada alternativa), sendo considerado eficiente aquele que resultar em maior diferença entre o benefício e os custos.⁸⁵

A doutrina e a prática econômica nos oferecem ainda dois critérios para a verificação da eficiência contratual: (i) o clássico critério de Pareto e (ii) o de Kaldor-Hicks.

Rachel Sztajn⁸⁶, em apertada síntese, pontifica que o critério de Pareto (eficiência de Pareto ou eficiência de alocação) é mais comumente utilizado e significa que os bens devem ser transferidos, de quem os valoriza pouco, em favor daqueles indivíduos que mais os valorizam. Vale dizer: está relacionado à satisfação de preferências individuais ou a utilidades. Exemplificando: se um indivíduo compra uma joia rara por cem mil reais, esse contrato será Pareto-superior, na medida que o joalheiro está satisfeito (não estivesse certamente não promoveria a venda) e o comprador, por certo, também está satisfeito. Assim, uma operação

⁸⁴ Esse aumento na riqueza total da sociedade é denominado “excedente econômico de uma transação”. In: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **“Law & Economics”**. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008, (também em português: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.), p. 5.

⁸⁵ Para LOPES, Christian Sahb Batista, (citando COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **“Law & Economics”**. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008, p. 17), por este prisma “... diz-se que a produção em uma fábrica é eficiente se não for possível produzir mais com os mesmos recursos (mesmos equipamentos, mão-de-obra, energia e matéria prima), ou se não for possível produzir o mesmo tanto com menos recursos (redução em custo com equipamentos, mão-de-obra, energia ou matéria prima)”. A respeito, vale consultar também TIMM, Luciano Benetti. **Da prestação de serviços: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, que trata da economia em escala quando utilizada essa forma de análise.

⁸⁶ SZTAJN, Rachel. *Law & Economics*. in Sztajn, Rachel; Zylberstajn, Décio (Org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 76.

será Pareto-superior, ou considerada eficiente, quando o indivíduo (segundo seus próprios critérios⁸⁷) está mais satisfeito. Os contratos são situações em que as partes envolvidas estão melhor após a transação.

Deste modo, há eficiência, de acordo com Pareto, sempre que a transação melhora a situação de uma pessoa, sem que a de outra pessoa seja piorada. A maximização da eficiência se dará quando já não houver mais possibilidade de realização de outra operação em que a soma das satisfações seja maior.⁸⁸

Nada obstante, vários autores apontam inconvenientes na adoção do critério de Pareto, quais sejam: (i) dificuldade na aferição do que venha a ser utilidade⁸⁹. Nesse sentido, para a análise da adequação das normas (ou decisões judiciais) à política desejada, o critério de Pareto parece ser limitado⁹⁰; (ii) nas situações concretas a maioria das transações surtem efeitos em terceiros, sendo praticamente impossível que uma relação de troca não produza prejuízo, ainda que indireto, para alguém.^{91 92}

⁸⁷ Lembre-se que os critérios de escolha são puramente subjetivos, como já esclarecido acima.

⁸⁸ A respeito da quantidade ótima que maximiza o excedente econômico, consultar TIMM, Luciano Benetti. **Da prestação de serviços: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 185.

⁸⁹ Na relação estabelecida entre o joalheiro e o comprador é impossível aferir o quanto ambos estão satisfeitos, já que o critério é subjetivo.

⁹⁰ POSNER, Richard A. **The ethical and political basis of efficiency norm in common law adjudication**. Hofstra Law Review. Hempstead, v. 8, p. 487-507, 1979-1980. p. 489. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2847&context=journal_articles&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3DThe%2Bethical%2Band%2Bpolitical%2Bbasis%2Bof%2Befficiency%2Bnorm%2Bin%2Bcommon%2Blaw%2Badjudication.%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gws_rd%3Dcr%26ei%3D9A6jWLXUH8OJwgTG5rugCg#search=%22ethical%20political%20basis%20efficiency%20norm%20common%20law%20adjudication.%22. Acesso em fev/2016.

⁹¹ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed., Nova York, Aspen, 2003, p. 12-13.

⁹² A respeito, RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior anotam que “... o chamado estado “Ótimo de Pareto” não conduz a uma situação que possa ser considerada boa, justa ou correta. De acordo com Rodrigues, considerando a existência de dois quilos de comida para serem distribuídos entre duas pessoas famintas, se apenas uma ficar com toda a quantidade, poderá ser considerada uma situação de ótimo de Pareto, porque não haverá uma futura alocação de comida que possa privilegiar uma das pessoas sem prejudicar a outra. Para todos os efeitos, essa não é uma circunstância que poderá ser considerada desejável.” (In: **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 103),

Em face de tais deficiências, a Análise Econômica do Direito passou a se valer do conceito de eficiência de Kaldor-Hicks (também nominada de maximização de riqueza ou de melhora potencial de Pareto). O modelo de eficiência em Kaldor-Hicks tem por marco zero o princípio de que o sistema normativo deve ter por finalidade promover o máximo de bem-estar ao maior número de indivíduos possível e, nesse passo, os ganhos globais devem compensar perdas eventualmente experimentadas (ainda que individualmente) por alguns⁹³.

A respeito, Armando Castelar Pinheiro e Jairo Saddi lecionam que uma operação será classificada como eficiente se os ganhos auferidos pelos vencedores superarem as perdas sofridas pelos perdedores (se houver perdedores)⁹⁴. Pelo critério Kaldor-Hicks a avaliação de eficiência se dá pelo critério de valor e não pelo de utilidade. Nas palavras de Richard Posner, “o valor econômico de alguma coisa é quanto uma pessoa está disposta a pagar por ela ou, se já a tem, quanto de dinheiro exige para abrir mão dela.”⁹⁵

Assim, pelo critério valor, se em nosso exemplo o comprador estivesse disposto a pagar até quinhentos mil reais pela joia rara e o joalheiro, por seu turno, tivesse como preço mínimo de venda a importância de duzentos mil reais, o contrato firmado por duzentos e cinquenta mil reais, pelo critério de Kaldor-Hicks, é eficiente, pois o comprador está duzentos mil reais melhor, e o joalheiro, cinquenta mil reais melhor.⁹⁶

A análise pelo critério de Kaldor-Hicks oferece a eficiência como explicação econômica a respeito da razão pela qual os contratos, na sua grande maioria, são reconhecidos e executados pelo sistema jurídico.

⁹³ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 102.

⁹⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 121.

⁹⁵ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed., Nova York, Aspen, 2003, p. 10.

⁹⁶ Apenas a título de curiosidade, RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior, elucidam que o “critério Kaldor-Hicks na elaboração de políticas públicas passou a ser o norte para as decisões, pois busca mitigar o problema da maior alocação para todos (Pareto), de forma que a escolha seja pela alternativa que maximize a riqueza. “ ... “Por exemplo, a determinação de tabelamento de preços de medicamento acaba por prejudicar de forma direta os acionistas da empresa farmacêutica e, em última *ratio*, o quadro de pessoal daquela firma, diante da estagnação dos ganhos. “ (In: Op. cit., p. 103-104).

Pressupõe-se que os indivíduos, em regra, façam escolhas de forma racional e visem à maximização de seus interesses. Na medida que os indivíduos contratam sem qualquer tipo de pressão (vício de vontade ou social), quer dizer, de forma espontânea, deduz-se que pretendem obter um benefício com o que estão contratando⁹⁷. No exemplo de que nos valem, imaginemos que a joia tivesse para o comprador o valor de cem mil reais, mas, para o joalheiro, o valor fosse de duzentos mil reais. Nessa hipótese, certamente não haveria contrato, mas a joia seria alocada para outra pessoa que lhe atribuísse o valor pretendido pelo joalheiro (isto é, seria alocada para uma pessoa que a valorizasse mais), aumentando, por igual, a riqueza disponível na sociedade.

Certamente a busca pela eficiência é objetivo básico-elementar da ciência econômica e, também, da Análise Econômica do Direito.

Mas não só a escolha racional e a eficiência são institutos que se acham circunscritos à ciência econômica e são aplicáveis, também, no estudo da Análise Econômica do Direito; temos ainda de considerar as denominadas “falhas de mercado”, sendo as principais: (i) externalidades; (ii) assimetria de informações; e, (iii) os custos de transação; falhas essas que poderiam levar (e geralmente conduzem) à ineficiência do contrato.⁹⁸

A existência de falhas no mercado é empecilho para que as relações econômicas alcancem a máxima eficiência. Para que a alocação de recursos fosse eficiente em um mercado, mister seria que esse mercado fosse perfeito, ou seja, absolutamente competitivo, sem qualquer interferência externa.

No entanto, tal não se dá, pois há externalidades que afastam o mercado do nível ótimo; desequilibram a competição, chegando mesmo a promover a ineficiência de operações que, inicialmente, eram eficientes.

Portanto, ainda que de maneira perfunctória, analisaremos referidas falhas para que tenhamos uma ampla visão do que venha a ser eficiência (ou ineficiência) contratual para efeitos deste trabalho.

⁹⁷ Vale dizer: dão mais valor ao que receberão da outra parte em relação ao que irão dispendir.

⁹⁸ Além dessas, são ainda considerados como falhas o poder de mercado (monopólios – que levam à concorrência imperfeita – e oligopólios), a limitação da racionalidade dos agentes e os bens públicos.

De fato. As externalidades são os efeitos sociais, econômicos e ambientais indiretamente causados pela operação econômica e se resumem na diferença entre custos privados e custos sociais, ou entre lucros privados e lucros sociais. Isso significa que as externalidades nascem na economia e podem ser negativas ou positivas para a sociedade.

Suponha-se que a empresa X produza carros e caminhões. Suas externalidades vão desde os custos médicos dos mineradores que ficam doentes para extrair a matéria-prima para a fabricação dos veículos (o ferro, para o aço da estrutura; o cobre, para a fiação elétrica; etc.) até os custos médicos das pessoas que ficam doentes inalando a fumaça produzida pelo combustível consumido. Além destas, a poluição do mar devido ao transporte de materiais importados de navio para a fábrica, o espaço público privatizado por cada veículo (o trânsito em São Paulo que o diga) e muitas outras consequências, como a poluição gerada pelos automóveis. Nesse caso, terceiros são afetados negativamente; é o que se denomina de “externalidade negativa”.

Por outro lado, terceiros podem ser afetados positivamente pela relação contratual estabelecida entre as duas partes⁹⁹; é o que se denomina de “externalidade positiva”

Seja em caso de melhora (externalidade positiva) da situação de terceiros, seja na hipótese de piora (externalidade negativa), no sistema jurídico não há qualquer previsão de forma de compensação.¹⁰⁰ Assim, nem todas as transações efetuadas terão, necessariamente, excedente econômico positivo.¹⁰¹

⁹⁹ “Podemos citar, como exemplo de externalidade positiva, a compra (e o subsequente uso) de vacinas para evitar doenças transmissíveis. Cada pessoa que usar a vacina terá menos chance de contrair a infecção e, assim, diminuirá o risco de que as outras pessoas que vivem ao seu redor fiquem doentes. ” In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.187.

¹⁰⁰ “O conceito de externalidade é relevante porque indica que algumas decisões podem ser eficientes no plano individual, porém não são eficientes do ponto de vista coletivo. O papel do Direito em face das externalidades negativas é evitar que elas prejudiquem a obtenção de resultados sociais eficientes ou, em outras palavras, desincentivar as atividades lesivas à eficiência coletiva.” RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 117)

¹⁰¹ Nesse sentido, adverte TIMM, Luciano Benetti (Op. cit., p.188.): “Nesses casos, o direito pode exercer um importante papel de *internalizar* a externalidade, fazendo com que as partes arquem com os custos - no caso das externalidades negativas - ou se beneficiem – nas externalidades positivas - dos efeitos que causam em terceiros. Assim, a quantidade produzida se ajusta automaticamente ao nível eficiente. ”

No que se refere à assimetria de informações, que pode levar o mercado a ser ineficiente, tal se dá quando, por óbvio, uma das partes contratantes tem mais informação que a outra. Porém a questão não se restringe “a um maior número de informações”, pois a assimetria pode advir também do estar a parte mal informada (conhecida como seleção adversa¹⁰²) ou a questão moral (conhecida como risco moral¹⁰³). Não importa de que espécie seja, a assimetria levará, inarredavelmente, a um menor número de operações eficientes e ótimas.

Finalmente, os “custos de transação” também podem levar a mercados ineficientes; são aqueles custos necessários para que a transação ocorra, mas que não serão necessariamente suportados (ou incorridos) por todos os contratantes. Os “custos de transação”¹⁰⁴ significam: (i) custos de procura e obtenção de informações; (ii) de negociação; e (iii) para garantir a execução do contrato.¹⁰⁵

Nesse sentido, quando há “(...) custos de transação, os mercados, sozinhos, não atingirão resultados eficientes sempre que o excedente econômico da transação seja menor que

¹⁰² In TIMM, Luciano Benetti (**Direito contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.188.): “ ... ocorre quando uma das partes está mal-informada sobre as qualidades de um produto ou serviço específico, mas sabe apenas a qualidade média dos produtos daquele mercado. Nesse caso, a parte mal-informada, por conta de sua incerteza, exigirá um prêmio/desconto para participar de uma transação. Aqueles vendedores que tiverem bens de boa qualidade não conseguirão um preço bom por seus produtos e, em consequência, sairão do mercado. Assim, a qualidade média dos produtos naquele mercado irá diminuir. Isso irá ocorrer sucessivamente até restarem apenas produtos da pior qualidade possível. A seleção adversa, ao afastar agentes do mercado (os produtores com bons produtos), impede diversas transações. Portanto, o número de transações efetuadas é menor do que a quantidade eficiente. ”

¹⁰³ “O *risco moral*, por sua vez, significa que uma parte tem incentivos para alterar seu comportamento de forma prejudicial à outra parte, sem que esta possa saber ou impedir essa alteração. O exemplo clássico é o da pessoa que, após contratar um seguro para seu carro, perde incentivos para tomar cuidados, como trancar sempre a porta, estacionar em locais seguros etc. As seguradoras estão conscientes nessa alteração de incentivos do segurado e, em consequência, exigem garantias de que isso não ocorrerá, introduzem prêmios ou simplesmente aumentam os seus preços. Isso então faz com que haja menos transações do que a quantidade eficiente. ” In TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p.188-189.)

¹⁰⁴ A primeira vez que se analisou o custo de transação foi em 1960 no artigo *The problem of social cost*, do economista britânico Ronald Coase. (In: TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p.189.):

¹⁰⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. “**Law & Economics**”. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008, (também em português: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.), p. 120-124.

os custos de transação, de forma que não seja vantajoso para as partes concluírem o contrato”, havendo, portanto, “(...) *menos* transações do que o nível eficiente”.^{106 107}

Para Pinheiro e Saddi, os custos de transação compreendem cinco momentos que antecedem o fechamento do negócio: (i) existe a busca por informação por compradores ou vendedores, o comportamento deles, a qualidade e preço do bem; (ii) em seguida vem a negociação e o ajustamento das condições do negócio; (iii) a formalização do contrato, e, em alguns casos, o seu registro nos órgãos competentes; (iv) monitoramento entre as partes para averiguar se o pactuado está sendo devidamente cumprido; e, finalmente, (v) o fiel cumprimento do contrato, eventualmente a cobrança pelo descumprimento ou a recuperação (judicialmente ou extrajudicialmente) de direitos de propriedade violados.¹⁰⁸

Como bem lembra Luciano Timm, há contratos em que as partes necessitam considerar e alocar riscos do negócio e, para que a operação econômica seja eficiente, é mister que a alocação de riscos, direitos e obrigações seja eficiente, e tal alocação eficiente será feita por meio de cláusulas contratuais negociadas e aceitas pelas partes.¹⁰⁹

¹⁰⁶ Grifos do original. In TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.189.

¹⁰⁷ O instituto dos “Custos de Transação” faz parte da Teoria Neo-Institucionalista, desencadeada por Oliver E. Williamson, que leciona na Universidade de Berkeley, juntamente com Douglas C. North, premiado com o Nobel de Economia em 1993. A Teoria dos Custos de Transação discorda da Teoria Econômica Neoclássica, bem como da presunção de que o mercado, em si, seja perfeito. Segundo a Teoria Neoclássica, há equilíbrio perfeito entre demanda e oferta e, conseqüentemente, não se dá importância quanto às variáveis relativas aos custos necessários a se possibilitar o cumprimento de acordos. Por seu turno, afirma o Teorema de Coase que, numa situação em que (i) as partes sejam racionais em relação ao seu autointeresse individual; (ii) não haja custos de transação; e (iii) haja um mercado para todas as mercadorias, envolvendo direitos de propriedade bem especificados, as transações de mercado levarão a uma alocação eficiente (maximizando o bem-estar total), independentemente da alocação inicial de direitos de propriedade. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 112 e 125.)

¹⁰⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 62.

¹⁰⁹ “Provavelmente, o maior custo esperado são aqueles necessários para a própria redação das cláusulas. As partes precisam ventilar hipóteses, calcular probabilidades, imaginar possíveis benefícios e custos, negociar alterações, redigir o contrato, submetê-lo ao escrutínio de advogados, etc. Portanto, o custo de redação de cláusulas contratuais será sempre superior a zero, de forma que os contratos *nunca serão completos*. Somente algumas cláusulas serão escritas - justamente aquelas cujo benefício esperado seja superior a seu custo esperado.” – grifo do original. (TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 190).

Inarredável a conclusão de que a questão dos custos de transação interessa ao Direito, tendo em vista que, se houver altos custos envolvidos (seja de que espécie for), necessariamente haverá intervenção jurídica, como um arranjo institucional, visando a tornar as relações econômicas mais eficientes.

Se o direito não reconhecesse e não executasse contratos, estes não seriam celebrados, a menos que as operações fossem à vista, em face do temor das partes de não receber o bem ou o valor almejado. Nessa medida, não há como não reconhecer o importante papel do direito, de colaboração para que operações eficientes sejam realizadas e levadas a efeito¹¹⁰.

Assim, a ordem jurídica tem papel fundamental para a realização de operações eficientes: (i) pode determinar a execução de uma obrigação contratual; (ii) pode ponderar a respeito da forma de execução da obrigação; ou, (iii) pode obstar a execução de uma obrigação por total ineficiência da operação¹¹¹.

Ao favorecer operações eficientes, o direito é coadjuvante na promoção do patamar de riqueza disponível na sociedade¹¹². A despeito de tal fato, a Análise Econômica do Direito

¹¹⁰ É mister haver segurança no sistema jurídico, seja através da possibilidade de execução, transação, mediação e arbitragem.

¹¹¹ Lembremos, aqui, quantas decisões foram proferidas fomentando o não cumprimento de contratos sob a fundamentação de que sua execução levaria à quebra de determinada empresa, ou que iria na contramão da finalidade social da sobrevivência de uma empresa (que gera empregos, arrecadação de impostos, etc.). “Segundo Goldberg, o conceito de justiça (comutativa, distributiva ou retributiva) não tem peso normativo independente, mas apenas se e enquanto promove o bem-estar”. (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 86, citando GOLDBERG. Daniel. Poder de Compra e política antitruste, São Paulo: Editora Singular, 2006, p. 42.)

¹¹² “O fato dos adeptos da Análise Econômica do Direito se motivarem sempre na busca do ordenamento jurídico ou das decisões judiciais que maximizassem a eficiência rendeu-lhes um sem-número de críticas e é um dos principais óbices para que o método econômico seja inserido na realidade jurídica. Entretanto, de início, calha esclarecer que eficiência e equidade nem sempre estão dissociadas. Ramos explica que a eficácia jurídica, ou seja, a produção de efeitos do fato jurídico, aliada à eficiência, conduz ao melhor atendimento das necessidades sociais. Segundo a autora, a função do Direito para os adeptos da Análise Econômica é distribuir bens e estabelecer critérios para essa distribuição, sempre no intuito de conduzir ao maior índice de satisfação das necessidades sociais.” In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. Op. cit., p. 101. Ao comparar eficiência com equidade, Polinsky pontificou que: “Eficiência corresponde ao “tamanho da torta”, enquanto equidade tem a ver com como ela é repartida. Economistas tradicionalmente se concentram em como maximizar o tamanho da torta, deixando para outros - como os legisladores - a decisão sobre como dividi-la. A atratividade da eficiência como um objetivo é que, sob algumas circunstâncias (...), todos podem ficar melhores se a sociedade é organizada de maneira eficiente”. (POLINSKY, A Mitchell. **An introduction to Law and Economics**. Nova York: Aspen, 2003. p. 7).

não confere qualquer importância à forma pela qual essa distribuição de riqueza se dará, o que, obviamente, é objeto de diversas críticas.

Para Posner¹¹³, tal limitação metodológica não pode ser considerada uma deficiência, mas, antes, uma vantagem da Análise Econômica do Direito.

O profissional tem meios para avaliar como uma norma ou um contrato pode (ou não) atingir a distribuição de riquezas, e também para aquilatar qual seria a forma mais eficiente de redistribuí-la. No entanto, é o poder político que determina como a distribuição deve ser feita, através das pessoas por ele designadas competentes para fazê-lo¹¹⁴.

Nesse sentido, mister é que o direito conheça os mecanismos econômicos para aquilatar a aplicação (ou não) de determinada norma (ou cláusula contratual, ou princípio contratual) ao caso concreto, visando à incrementação da eficiência econômica (maximização) dos contratos no Brasil, mas sempre em consonância com a moral e os bons costumes.

2.3 A “Law and Economics” como regra de hermenêutica.

Uma das características indeléveis da ciência hermenêutica é que, independentemente do método utilizado, deve o intérprete sempre primar pela efetividade da norma; vale dizer: ampliar ao máximo as consequências benéficas vislumbradas pelo legislador, quando de sua edição, na aplicação aos casos concretos.

Assim, ainda que não exista, tanto na jurisprudência quanto na doutrina, corrente uníssona a respeito de qual a melhor regra interpretativa a ser adotada, para efeito deste trabalho

¹¹³ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed., Nova York: Aspen, 2003, p. 15.

¹¹⁴ Cooter e Ulen fornecem um exemplo muito elucidativo, descrevendo a seguinte situação (fática ou imaginária): “Vislumbremos um deserto em que há dois oásis, um tem sorvete e o outro não. Naquele deserto compete à autoridade determinar a forma pela qual o sorvete será distribuído. Tomemos em consideração que a autoridade estabeleça que o primeiro oásis deve enviar ao segundo metade do sorvete que tem. Cumprindo ordens, certamente o primeiro oásis enviará ao segundo, via mensageiro, aquele sorvete. Sem a menor sombra de dúvidas o sorvete, durante a travessia, irá derreter, e o segundo oásis apenas terá uma ínfima fração do que foi redistribuído (se é que restará algo). Resumindo: a análise econômica não verá esse caso de outra forma que não pela ineficiência da operação.” (In: “**Law & Economics**”. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008, (também em português: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010, p. 203-207)

sugerimos, em relação aos princípios e regras¹¹⁵ de interpretação dos contratos e do sistema de cláusulas gerais insculpidos no Código Civil, a utilização da Análise Econômica do Direito como intensificadora da efetividade e eficiência da norma¹¹⁶.

Como já asseverado, há décadas diversos estudos levados a efeito constataram que a Análise Econômica do Direito é um potente ferramental analítico e normativo, pois apresenta como principal característica o prover uma melhor alocação de recursos, criando, assim, um conceito de eficiência contratual, razão pela qual entendemos poder ser essa ciência utilizada como mais um elemento interpretativo dos contratos, especialmente de seus princípios, cujos fundamentos se acham na Constituição Federal¹¹⁷.

A lei, segundo Cooter e Ulen¹¹⁸, como fonte de Direito, é tida pela Economia não somente como razão de justiça¹¹⁹, mas também como incentivo para a mudança de

¹¹⁵ A respeito da distinção entre princípios e regras, embora não seja recente, ganhou a força com as obras de Ronald Dworkin e Robert Alexy. Segundo SILVA, Virgílio Afonso da, muito embora haja quem, por diversas razões, rejeite a possibilidade ou a utilidade da distinção entre regras e princípios, em apertadíssima síntese, trazemos a distinção: o Direito se expressa por meio de normas. As normas se exprimem por meio de regras ou princípios. As regras disciplinam uma determinada situação; quando ocorre essa situação, a norma tem incidência; quando não ocorre, não tem incidência. Para as regras vale a lógica do tudo ou nada (Dworkin). Quando duas regras colidem, fala-se em “conflito”; ao caso concreto uma só será aplicável (uma afasta a aplicação da outra). O conflito entre regras deve ser resolvido pelos meios clássicos de interpretação: a lei especial derroga a lei geral, a lei posterior afasta a anterior etc... Princípios, por sua vez, são tradicionalmente definidos como “mandamentos nucleares” ou “disposições fundamentais” de um sistema, são as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espaço de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver “colisão”, mas jamais conflito e, na hipótese de colidirem, não se excluem. Como “mandados de otimização” que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles). In.: Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, s.l., n. 1, p. 607-630, 2003. Nesse mesmo sentido: RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52-53; GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 115-117.

¹¹⁶ A título de esclarecimento, temos por efetividade a concretização dos efeitos esperados com a norma jurídica; por eficácia, a produção de efeitos da norma; e, por fim, a eficiência é a produção de efeitos da norma de maneira adequada.

¹¹⁷ Segundo FACHIN, Zulmar. (in: **Teoria geral do direito constitucional**. 2ª ed. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006), a relação entre as duas Ciências no último século se tornou tão corrente que a Constituição Federal valeu-se de termos típicos da Economia, como, por exemplo: desenvolvimento econômico, crescimento econômico, teoria econômica, escassez, produto nacional, capital, demanda, oferta, procura, pleno emprego, moeda, inflação, mercados, monopólio, oligopólio, concorrência, dentre outros.

¹¹⁸ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **“Law & Economics”**. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008, (também em português: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.)

¹¹⁹ Lembrando que em nosso sistema as decisões judiciais e o contrato têm força de lei.

comportamento dos cidadãos e instrumento para conquistar objetivos de eficiência e distribuição de riquezas.

Um dos principais fundamentos da Economia – a eficiência¹²⁰ – deve ser ponderado e utilizado pelo operador do Direito como mais um recurso hermenêutico, que o levará a uma leitura mais precisa das relações contratuais e de seus efeitos na sociedade.

Insista-se, a Análise Econômica do Direito é primordialmente um movimento interdisciplinar, que integra ao sistema jurídico valores da ciência econômica, notadamente elementos de valor, utilidade e eficiência, visando a empregar sua metodologia em todas as searas do direito, mas primordialmente na seara dos contratos.¹²¹

As denominações Análise Econômica do Direito, Nova Economia Institucional, Análise Econômica das Organizações etc. representam enfoques diferentes sobre o mesmo tema, mas referem-se a uma mesma teoria, contendo específicas divergências que se acham relacionadas à adesão principiológica histórica, econômica ou jurídica do estudioso.¹²²

A Análise Econômica do Direito tem fundamentalmente dois diferentes enfoques, que Vasco Rodrigues¹²³ assim sintetiza:

As questões a que a Análise Económica do Direito tem dado mais atenção são de dois tipos: Quais são os efeitos de um determinado enquadramento jurídico? Qual o enquadramento jurídico que deveria existir? O primeiro grupo de questões decorre directamente da definição da Economia como o estudo da escolha racional: os economistas admitem que as escolhas que as pessoas fazem são influenciadas pelos sistemas de incentivo a que estão sujeitas, porque estes alteram os custos e benefícios das diversas opções disponíveis. O comportamento individual é alterado pelo enquadramento legislativo: se determinado comportamento é proibido, e punido, a sua relação custo-benefício torna-se menos atractiva do que se não o é. A lei pode, assim, ser pensada como um sistema de incentivos e analisar os efeitos de diferentes sistemas de incentivos é uma das grandes preocupações dos economistas. Este

¹²⁰ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 83-84.

¹²¹ RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 83.

¹²² PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 85.

¹²³ RODRIGUES, Vasco. **Análise económica do direito**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 34.

tipo de questões corresponde a uma **análise positiva do direito**. Já o segundo tipo de questões corresponde a uma **análise normativa**, que decorre da preocupação dos economistas com a eficiência. Diferentes sistemas de incentivos, e portanto, diferentes enquadramentos legais, não são igualmente eficientes: um economista defenderia que se devem preferir enquadramentos legislativos mais eficientes a enquadramentos legislativos menos eficientes.

Como já asseverado anteriormente, e segundo Richard Posner¹²⁴, adepto da Análise Positiva do Direito, na qual fundamenta sua teoria da eficiência no “Common Law”, sintetiza-se a diferença entre as duas formas de análise da seguinte forma: na vertente positiva, o economista estuda uma atividade regulada pelo sistema legal; na outra, estuda a atividade regulatória do sistema.

Importantíssimo ressaltar nesse ponto que, para nós¹²⁵, a Análise Econômica do Direito deve ser aplicada conforme sua lógica e racionalidade em matérias que recepcionem uma decisão no plano da eficiência, especialmente contratos, não se podendo dar-lhe guarida quando o produto da “eficiência” afrontar os princípios e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal¹²⁶.

No presente trabalho trataremos da análise econômica do contrato de forma positiva, pois que buscaremos o significado do contrato na atual sociedade brasileira, assim como não poderemos abrir mão de nos valermos da análise normativa, na medida que utilizaremos a análise econômica como método de interpretação de proposição de nova figura que leve a uma maior eficiência do contrato.

¹²⁴ “Richard A. Posner tornou-se um dos nomes mais populares da Análise Econômica do Direito, sendo considerado por muitos um dos precursores verdadeiros do movimento, pois consideram Coase um novo institucionalista, que apenas contribuiu para a formação do movimento, mas não o desenvolveu. Posner foi juiz da Corte de Apelação dos Estados Unidos. Sua atuação ativa no movimento acabou chamando a atenção de outros juristas, inclusive para suas intervenções jurisdicionais, onde buscou a aplicação da teoria aos casos concretos da Corte, sendo crescente o número de adesões dos magistrados americanos aos ditames da Análise Econômica do Direito. Justamente por ser juiz, R. Posner deixou claro que é plenamente possível o exercício da Análise Econômica do Direito na aplicação jurisdicional, afirmando, inclusive, que o direito consuetudinário, feito pelo magistrado, tende a maior eficiência que o direito legislado, feito pelos representantes do povo, em regra, corroborando sua opinião com base em observação empírica histórica”. In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 74.

¹²⁵ Na mesma linha de pensamento de POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed., Nova York, Aspen, 2003, p. 31 e FORGIONI, Paula. A análise econômica do direito: paranoia ou mistificação? **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**, São Paulo, n. 77, maio/junho 2006, p. 47-49.

¹²⁶ Por exemplo: Valores que tenham ligação direta com a vida, dignidade da pessoa humana, entre outros.

CAPÍTULO 3 - DIREITO CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO.

3.1 Os contratos na ordem jurídica nacional.

No Brasil, o direito contratual, em grande parte, encontra-se normatizado pelo Código Civil¹²⁷. Contudo, nos últimos anos, com o movimento de publicização de todo o Direito, deparamo-nos com um forte regramento contratual com fundamento constitucional.

O Código Civil Brasileiro de 2002, bem como o Código de Defesa do Consumidor, principais fontes do direito contratual brasileiro, têm características fortemente solidaristas, na esteira de nossa Constituição Federal de 1988, criando, assim, situações em que a lei alberga o inadimplemento contratual – em alguns casos declarando nulas as cláusulas. Tal estado de coisas levou à quebra do modelo até então vigente, que se apoiava na ideologia liberal e que protegia os interesses entabulados pelas partes por meio da regra “pacta sunt servanda”.

Vale dizer, o paradigma liberal baseado na lei criada pelos contratantes foi sendo comutado pela permissão de ingerência do Judiciário na negociação das partes, fato que ganha maior relevo com o crescente valor atribuído às súmulas, inclusive às vinculantes¹²⁸.

Nosso ordenamento jurídico entende ser o contrato uma subespécie do negócio jurídico. Segundo Álvaro Villaça de Azevedo, contrato é “a manifestação de duas ou mais vontades, objetivando criar, regulamentar, alterar e extinguir uma relação jurídica (direitos e obrigações) de caráter patrimonial.”¹²⁹

¹²⁷ Não obstante relevante normatização se achar também inserida no Código de Defesa do Consumidor, assim como em leis esparsas em face de especificidades.

¹²⁸ TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 27, 2006, p. 223.

¹²⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 31.

Para Maria Helena Diniz o “contrato constitui espécie de negócio jurídico, de natureza bilateral ou plurilateral, dependendo, para sua formação, do encontro da vontade das partes, por ser ato regulamentador de interesses privados”.¹³⁰

Assim, a relação contratual, para ser instaurada, depende, necessariamente, de manifestação de vontade válida, a qual deve estar de acordo com o ordenamento jurídico vigente.

O atual Código Civil, relativamente aos contratos, só abrangeu as relações contratuais de caráter patrimonial, o que não impede que existam outros interesses. Seu efeito, segundo Maria Helena Diniz, “é a criação, modificação ou extinção de direitos e obrigações, ou melhor, de vínculos jurídicos de caráter patrimonial”¹³¹.

Conceitualmente, no plano jurídico o contrato destaca a formalização pelo Direito de uma conduta autônoma, consciente e intencional na escolha do conteúdo eficaz da operação econômica que ele imprime. “Contrato é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (...) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir uma série de princípios e regras de direito.”¹³²

Como é a lei que dá eficácia aos contratos, estes passam a ser fontes diretas das obrigações; em outras palavras, os contratos passam a valer como norma jurídica para os contraentes, que, através de ato volitivo, vinculam o cumprimento de certa obrigação.

Nesse plano, interessante lembrar que o nosso Código Civil não traz definição de obrigação, relegando esse mister aos nossos doutrinadores que, por sua vez, inspiraram-se na doutrina europeia. Álvaro Villaça de Azevedo, valendo-se das lições de Washington de Barros Monteiro¹³³, conceitua a obrigação como a

(...) relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou

¹³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 11.

¹³¹ DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p.12.

¹³² ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7.

¹³³ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 15ª ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4, p. 5.

negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.¹³⁴

Na doutrina estrangeira podemos destacar as lições de Georges Ripert e Jean Boulanger, segundo os quais a obrigação é “um vínculo de direito pelo qual uma pessoa está sujeita a uma prestação em favor da outra”¹³⁵. E para Karl Larenz “a obrigação é aquela relação jurídica pela qual duas ou mais pessoas se obrigam a cumprir e adquirem o direito de exigir determinadas prestações”¹³⁶.

Entende-se, dessa forma, que os contratos criam, extinguem ou modificam direitos e obrigações, estabelecendo normas individuais e restritas entre as partes contratantes. Representa a autêntica manifestação da autonomia privada e da autorregulação dos interesses privados, por meio da qual um contratante pode exigir do outro aquilo que foi comprometido na avença¹³⁷.

Nesse ponto, de todo pertinente lembrar que ser devedor ou credor em uma relação obrigacional depende do ponto de vista e/ou do momento em que dada obrigação deva ser cumprida, isto é, ora o sujeito será devedor, ora credor.

O contrato é uma espécie de negócio jurídico bilateral (ou plurilateral), isto é, depende da participação de pelo menos duas partes para a sua formação e, para ser válido, há de respeitar os requisitos insculpidos no art. 104 do Código Civil, ou seja, capacidade das partes¹³⁸, objeto lícito, possível, determinado ou determinável¹³⁹, e atender à forma prescrita (ou não defesa)¹⁴⁰ em lei.

¹³⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 12.

¹³⁵ RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil según el tratado de Plainol: las obligaciones**. Buenos Aires: La Ley, 1964, T. IV, 1ª parte, p. 11-12.

¹³⁶ LARENZ, Karl. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958, T. I, p. 18.

¹³⁷ Conforme ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. CASCALDI, Luís de Carvalho. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 399-400.

¹³⁸ Arts. 3º e 4º do Código Civil – requisitos subjetivos.

¹³⁹ Requisitos objetivos.

¹⁴⁰ Requisitos formais.

Cumpridos esses requisitos, o contrato ganha força executiva, isto é, o seu cumprimento pode ser reivindicado por qualquer das partes (“pacta sunt servanda”). No entanto, a autonomia privada não é absoluta e encontra certos limites que serão mais bem explorados adiante. De todo modo, é relevante destacar, por ora, que esses limites representam a atual orientação do Direito Civil e da própria Constituição Federal, de socialização e despatrimonialização do direito e também de um maior intervencionismo público. E isso se dá, sobretudo, através de uma releitura do direito em face dos seus princípios, retomando-se uma interpretação jusnaturalista em detrimento daquela positivista dominante no século passado.¹⁴¹

Feitas essas breves considerações a respeito do contrato no ordenamento jurídico brasileiro, passemos ao estudo do “contrato empresarial” e da forma de aplicação dos princípios que regem o direito contratual em face dos direitos fundamentais nas relações de direito privado¹⁴².

3.2 Contratos empresariais e o “direito dos contratos empresariais”.

O direito contratual positivo no Brasil, desde a promulgação do atual Código Civil, está unificado. Via de regra, as suas normas incidem indistintamente sobre toda e qualquer espécie de contrato. No entanto, recente doutrina brasileira – representada especialmente por Paula A. Forgioni¹⁴³ – destaca importantes diferenças funcionais identificadas nos contratos considerados empresariais e a necessidade de aplicação seletiva de certas regras a tais contratos.

Paula Forgioni aduz que

(...) a atenção do comercialista recai necessariamente sobre os contratos interempresariais, ou seja, *aqueles celebrados entre empresas, i.e., em que somente empresas fazem parte da relação*. Ao assim proceder, identificamos os contratos empresariais como aqueles em que ambos (ou todos) os polos da relação têm a sua atividade movida pela busca do lucro. É preciso reconhecer:

¹⁴¹ A respeito do tema “Direito Civil Constitucional”, recomenda-se leitura da obra coordenada pelo Prof. Renan Lotufo, denominada **Direito Civil Constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

¹⁴² Importante ressaltar que a expressão “Direito Privado” é aqui adotada tão somente para fins didáticos, já que o Direito Pós-moderno é caracterizado pela publicização do Direito Privado, com fim da dicotomia entre Público e Privado.

¹⁴³ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2ª ed. ver., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

esse fato imprime viés totalmente peculiar aos negócios jurídicos entre empresários¹⁴⁴.

Assevera ainda a autora que o traço distintivo dos contratos comerciais se acha na finalidade de lucro que envolve todas as partes contratantes, “que condiciona seu comportamento, sua “vontade comum” e, portanto, a *função econômica* do negócio, imprimindo-lhe *dinâmica diversa e particular*”.¹⁴⁵ A vontade de ambas as partes está direcionada ao lucro.

Já na década de 80, Waldírio Bulgarelli explicava:

Há, portanto, (...) de se distinguir hoje entre os contratos comuns, firmados entre particulares, de igual ou equivalente posição econômica, dos contratos entre empresas, e dos contratos dos particulares com as empresas, sendo estes últimos, o alvo especial do chamado direito do consumidor, que só agora começa a despontar entre nós.¹⁴⁶

Para Antonio Junqueira de Azevedo, em face da renovação dos princípios contratuais, não se há mais de utilizar o termo contrato sem que se tenha em mente a dicotomia contrato existencial – contrato empresarial; para ele essa é a verdadeira dicotomia contratual do século XXI.¹⁴⁷

O aspecto puramente mercantilista e empresarial confere maior equilíbrio e dinâmica à relação contratual estabelecida entre as partes envolvidas e justifica a sua análise (do contrato empresarial), interpretação e funcionalização de forma distinta dos demais contratos em geral.

¹⁴⁴ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2ª ed. ver., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 27-28 – (grifos do original).

¹⁴⁵ FORGIONI, Paula. Op. cit., p. 38-39 – (grifos do original).

¹⁴⁶ BULGARELLI, Waldírio. **Contratos mercantis**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1987, p. 24.

¹⁴⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 832, p.115-137, jun. 2011, p. 35.

Nesse sentido corroboram os ensinamentos de Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Júnior, para quem o Código Civil é o “Estatuto Fundamental” do homem comum, sendo certo que nem todas as relações jurídicas de direito privado seriam regidas por aludida lei¹⁴⁸.

De acordo com o “caput” do artigo 966 do Código Civil, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. O parágrafo único do mesmo dispositivo complementa que: “Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.”¹⁴⁹

Vale dizer, se o escopo econômico não marca o contrato de forma incisiva, ele não se encaixa na espécie, isto é, não se caracteriza como contrato empresarial. Um simples locador, proprietário de um imóvel, muito embora vislumbre ter vantagem econômica do negócio, não tem nisso sua “razão de ser”.

Fran Martins¹⁵⁰ afirma que alguns princípios que orientam a atividade comercial são distintos dos princípios do direito civil¹⁵¹. Mas não obstante o contrato empresarial seja uma categoria autônoma, os elementos insculpidos no art. 104 do Código Civil hão de ser respeitados. Ou seja, o negócio jurídico deve ter agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

¹⁴⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade e NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil – contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, v. 3, p. 6.

¹⁴⁹ O conceito estabelecido pelo código parece não ter considerado a noção de mercado e uma realidade econômica inerente ao universo do Direito. Nesse sentido, a empresa, além de ser compreendida como atividade exercida pela pessoa jurídica ou pela pessoa natural (empresário individual), há de ser imaginada como uma grande rede de relações contratuais simultâneas.

¹⁵⁰ MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 16ª ed., 2010, p. 52.

¹⁵¹ Nesse mesmo sentido, Túlio Ascarelli aponta como características que habitualmente se encontram nas instituições mais típicas do Direito Empresarial (sociedades, falência e títulos de crédito), a internacionalidade; a importância do costume; a sobriedade da forma em linha geral, que, entretanto, em algumas instituições, não exclui o rigoroso formalismo (ex. a cambial); a preocupação da tutela do crédito e da circulação da riqueza com consequente criação de novas instituições correspondentes (títulos de crédito, cambial); uma maior proteção ao interesse do credor; a atitude mais favorável aos juízos arbitrais; dentre outras. [O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 37, n. 114, p. 237-252, abr.-jun. 1999.]

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema, afirmando que os contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo¹⁵².

O simples fato de o Código Civil ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não impõe que a interpretação e aplicação de ambos sejam iguais na sua essência (lembremo-nos, por exemplo, das especificidades dos contratos coligados e sua complexidade negocial¹⁵³).

Nesse cenário, cabe salientar que na I Jornada de Direito Comercial, realizada pelo Conselho da Justiça Federal (CJF/STJ), foi expedido o Enunciado nº 21¹⁵⁴, que reza que: “nos contratos empresariais, o dirigismo contratual deve ser mitigado, tendo em vista a simetria natural das relações interempresariais”.

Assim, não há como abrimos mão de trazer ao presente trabalho a visão econômica do contrato, sob pena de restar prejudicada nossa conclusão a respeito da possibilidade (ou não) de adoção da teoria da quebra eficiente em nosso sistema contratual.

Com efeito, a expressão “direito dos contratos” tem por finalidade a representação de um conjunto de demarcações e orientações efetivas conformes a objetivos econômicos e políticos.

Para os estudiosos da “Law and Economics”, o contrato é fato econômico social e o direito contratual é a regulação jurídica dos contratos.

¹⁵² REsp 936.741/GO, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012. “DIREITO EMPRESARIAL. CONTRATOS. COMPRA E VENDA DE COISA FUTURA (SOJA). TEORIA DA IMPREVISAO. ONEROSIDADE EXCESSIVA. INAPLICABILIDADE. 1. Contratos empresariais não devem ser tratados da mesma forma que contratos cíveis em geral ou contratos de consumo. Nestes admite-se o dirigismo contratual. Naqueles devem prevalecer os princípios da autonomia da vontade e da força obrigatória das avenças. 2. Direito Civil e Direito Empresarial, ainda que ramos do Direito Privado, submetem-se a regras e princípios próprios. O fato de o Código Civil de 2002 ter submetido os contratos cíveis e empresariais às mesmas regras gerais não significa que estes contratos sejam essencialmente iguais. ...”

¹⁵³ A respeito da complexidade negocial dos contratos coligados, consultar NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Cap. 8. p. 224-294.

¹⁵⁴ Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-direito-comercial/jornada-de-direito-comercial>>. Acesso em dez/2015.

Existem diferentes direitos contratuais; quer dizer, diferentes modelos que regulam o fato econômico-social contrato. O modelo liberal, em que há maior amplitude da autonomia da vontade, menor incidência de controle judicial (estatal) e menor espaço para regras de ordem pública¹⁵⁵; e o modelo social (paternalista), em que há uma menor amplitude da vontade, maior controle estatal, maior quantidade de normas imperativas.

Nesse sentido, a “Law and Economics” “positiva” vem para explicar o fenômeno contratual, e a “normativa” contribui para a interpretação das normas jurídicas.¹⁵⁶

Para Cooter e Ulen os contratos existem porque trocas econômicas existem numa sociedade e as pessoas valoram diferentemente as coisas. Assim, há tendências de os bens saírem do patrimônio de quem os valoriza menos para o patrimônio de quem os valoriza mais, o que leva a um aumento de trocas no mercado¹⁵⁷.

Outros estudiosos da “Law and Economics” assentam entendimento de que o contrato existe para diminuir riscos e minimizar os custos inerentes ao contrato¹⁵⁸. Nesse sentido, o

¹⁵⁵ Menor “versus” maior carga de controle judicial. Por todos, consultar JAMIN, Christophe. Plaidoyer pour “Law and Economics” solidarisme contractuel. In: JAMIN, Christophe. et. al. (org.) **“Law and Economics” contract au début XXIe siècle**. Paris: LGDJ, 2001.

¹⁵⁶ Sempre bom ter em mente que a Análise Econômica do Direito positiva descreve a eficiência do “direito posto”, e a Análise Econômica do Direito normativa, por sua vez, indica como as regras jurídicas deveriam ser interpretadas.

¹⁵⁷ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **“Law & Economics”**. 5. ed. [s.l.]: The Addison-Wesley series in economics, 2008, também em português: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

¹⁵⁸ Como já asseverado no capítulo 2, acima, os custos transacionais seriam os custos da informação, dos recursos, do direito de propriedade, de monitorar a avença e da exigência do cumprimento do contrato (“enforcement”). Existem tanto os custos de transação “ex ante” como os “ex post”. Os custos “ex ante” são de cunho preventivo, anteriores à elaboração do contrato, quando se procura calcular os riscos e as incertezas, antecipar futuros problemas nos acordos, tais como os comportamentos oportunistas dos agentes, a escassez de insumo, a oscilação da moeda, o mercado financeiro, variação de preços, mudanças tecnológicas etc. Já os custos “ex post” são aqueles relativos à coordenação do cumprimento do contrato, da sua criação e da sua renegociação. A respeito da onerosidade das operações, é de Raquel Sztajn um dos conceitos mais completos sobre custos de transação: “Consideram-se custos de transação aqueles incorridos nas transações ainda quando não representados por dispêndios financeiros (isto é, movimentação de caixa), derivados ou impostos pelo conjunto de medidas tomadas para realizar uma determinada operação ou transação. Incluem-se no conceito de custo de transação o esforço com a procura de bens ou serviços em mercados; a análise comparativa de preço e qualidade entre os bens ofertados; a segurança quanto ao adimplemento da operação pelas partes; a certeza de que o adimplemento será perfeito e a tempo; eventuais garantias que sejam requeridas na hipótese de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito; a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas as tratativas e eventos possíveis que possam afetar as prestações respectivas, que desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes. Compreende, portanto, todos os esforços, cuidados e o tempo gasto entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação e o cumprimento satisfatório de todas as obrigações assumidas pelos contratantes. Também

Direito importa para a Economia. Na medida que afeta o comportamento das partes, o Direito não pode ser uma constante da equação. Dependendo de como o Direito atribui direitos, a sociedade se organiza.

Nessa linha de raciocínio, o direito contratual pode elevar ou diminuir os custos de transação. O paradigma regulatório contratual atinge e interfere no funcionamento do mercado na medida que delimita os incentivos das partes. Daí porque Luciano Benetti Timm aduz que temos sempre de pensar o direito factual, efetivo (“law in action”), e não o direito dos códigos (“law on the books”)¹⁵⁹

Nesse diapasão, a função econômica do direito contratual empresarial é oferecer um marco regulatório seguro; reduzir os problemas de comunicação entre os agentes; preservar os ativos de cada agente econômico; criar instrumentos contra oportunismos; produzir mecanismos de ressarcimento (ou reparação) e de alocação de riscos.

E não só isso. Serve, ainda, para conduzir as partes a comportamentos honestos e cooperativos, ensejando ganhos comuns¹⁶⁰; para prevenir que se perpetrem erros comuns que são evitáveis; para fornecer um padrão regulatório simples (o que diminuiria os custos de barganha); para atribuir riscos, reduzir custos de litígio e equipar os agentes com prova documental.

Em suma, na visão da Análise Econômica do Direito, o direito contratual vem para dar segurança e previsibilidade às operações econômicas e sociais, tendo um importante papel institucional.

Se o direito dos contratos tem a pretensão de impor um complexo conjunto de regras, princípios e normas sobre a realidade do contrato, há de se ter em conta que tal conjunto seja

devem ser incluídos movimentos que se sigam à operação que uma das partes deva fazer para a completa satisfação de seu crédito.”. In: SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. **A incompletude do contrato de sociedade**. Revista de Direito Mercantil. vol. 131. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 8.

¹⁵⁹ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 2. Ainda, para um estudo mais aprofundado de “*Law in action and Law on the books*”, por todos, consultar: TIMM, Luciano Benetti; COOTER, Robert D; SCHAEFER, B. **O problema da desconfiança recíproca**. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, v. 1, 2006, p. 8. Disponível em: <<http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/>>. Acesso em nov. 2015.

¹⁶⁰ O “win-win game”, isto é, um jogo que foi concebido de forma que todos os participantes possam lucrar de uma maneira ou de outra.

conduzido por interesses de natureza econômica, até mesmo se considerada a realidade social e cultural denominada “mercado”. O estudo do contrato separado em três níveis, como propõe Enzo Roppo¹⁶¹, sob a ótica do direito dos contratos, revela a preocupação com as normas jurídicas que regulam as relações negociais, além de uma preocupação em deixar evidente que os contratos sofrem interferências políticas e econômicas que mobilizam várias reações de mercado.

Se neste trabalho pretendemos ver o contrato como operação econômica, seria uma leitura pouco sistemática e quase inconsistente fazer “tabula rasa” do fato de que as normas, princípios e regras jurídicas que cuidarão desta realidade não são influenciadas pelo fato social que o mercado representa. Admitir a existência do mercado implica em reconhecer a existência de um complexo de costumes e estruturas sociais definidos em face de um contexto social, antropológico, econômico e cultural. Nesse sentido, Enzo Roppo pontifica que:

Deve ficar claro, de facto, que a disciplina legal dos contratos – longe de limitar-se a codificar regras impostas pela natureza ou ditadas pela razão (como afirmavam os seguidores do direito natural) – constitui, antes, uma intervenção positiva e deliberada do legislador (das forças políticas que exprimem o poder legislativo), destinada a satisfazer determinados interesses e a sacrificar outros, em conflito com estes, tentando dar às operações econômicas concretamente realizadas um arranjo e um processamento, conforme aos interesses que, de quando em quando, se querem tutelar.¹⁶²

As normas jurídicas que regem o contrato, no que diz respeito à sua interpretação e aplicação, devem ser estruturadas da maneira mais sistemática possível. Princípios como a função social do contrato e da boa-fé devem ter em conta os conceitos de teoria geral do direito privado; assim como os direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, aliados a valores como a livre iniciativa e a dignidade humana, devem considerar a realidade da ordem econômica.

Em resumo, os contratos empresariais, tendo em conta suas especificidades e princípios próprios, possuem características peculiares impostas pelos interesses socioeconômicos que os regem, distinguindo-se, assim, da atividade civil não empresarial.

¹⁶¹ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

¹⁶² ROPPO, Enzo. Op. cit., p. 22.

Tendo em vista essas particularidades dos contratos empresariais, pode-se asseverar que os princípios e a ideologia insculpidos no Código Civil devem se lhes aplicar levando em consideração tais peculiaridades¹⁶³. Para tanto, mister é adequar o uso dos princípios gerais dos contratos constantes do Código Civil à realidade dos contratos empresariais, à necessidade de agilidade e informalismo característicos dessa espécie de relação jurídica, não se podendo olvidar a noção pós-moderna de constitucionalização dos institutos do direito privado.

3.3 Aplicação dos princípios do direito contratual sob a ótica empresarial e que interessa para o presente trabalho.

Segundo Álvaro Villaça de Azevedo, “os princípios gerais de direito apresentam-se com força normativa nos sistemas jurídicos contemporâneos, principalmente porque encontram sua força no próprio Direito Natural”¹⁶⁴. Referidos princípios devem então ser aplicados em todos os ramos do Direito, não podendo ser diferente na relação contratual.

Na atualidade, o contrato é um instrumento que serve à tutela da pessoa humana, pois representa a verdadeira expressão da liberdade do homem, regulando os mais diversos interesses. Portanto, ainda que possam ter caráter estritamente empresarial, não se pode olvidar que, mesmo assim, os contratos jamais poderão ser executados de forma que fira a dignidade da pessoa humana.

Assim como o direito (em seu sentido mais amplo) atende e está a serviço dos homens, como seres em sociedade, os contratos, da mesma forma e qualquer que seja a sua espécie, encontram o seu fundamento primeiro na própria dignidade humana, ainda que esta se manifeste ou se revele sobre o aspecto individual e privado¹⁶⁵.

¹⁶³ Especialmente sua importância para o fomento à livre iniciativa e à economia nacional.

¹⁶⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça de. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 11

¹⁶⁵ Explica-se: Não existe norma individual propriamente dita (puramente individual). Todas as normas são sociais (em maior ou menor grau) e devem buscar a finalidade social ainda que para tanto tenham de privilegiar grupos minoritários ou algum indivíduo específico. A proteção individual tem sua justificativa precisamente no interesse coletivo (social). Se o indivíduo é injustamente lesado em prol da coletividade, a coletividade pode virar vítima dela mesma. O indivíduo é protegido pelo direito justamente para que sejam assegurados a todos os integrantes da comunidade os mesmos direitos.

E tanto é assim que o próprio art. 170 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social¹⁶⁶.

A respeito, lembra Rachel Sztajn que o Prof. Miguel Reale,

(...) via na finalidade do contrato uma função social, o exercício do poder negocial. Adiante associa o contratar à *livre-iniciativa*, conforme prevê o art. 170 da CF, para concluir ser natural que se atribua ao contrato uma função social, a fim de que ele seja concluído em benefício dos contratantes sem conflito com o interesse público.

Assevera o jurista que a atribuição de função social ao contrato não impede a livre celebração de contratos, exigindo-se apenas que o acordo de vontades não implique em detrimento da coletividade, “mas represente um dos seus meios primordiais de afirmação e desenvolvimento”. Por isso retoma o princípio da socialidade que informa a interpretação das normas do Código Civil Brasileiro.

E justifica a função social com a relevância do equilíbrio entre interesses individuais e coletivos buscando soluções equitativas, o que teria sido o escopo do legislador de 2002. A função social, portanto, não afetaria os acordos livres e não abusivos, atendendo aos reclamos da sociedade.¹⁶⁷

Até mesmo os contratos empresariais têm como arrimo central a dignidade humana e a harmonia social, pois, na sua precípua função de circulação de riquezas, geram empregos, fomentam o crescimento econômico do Estado e, por conseguinte, o bem-estar da população. Todavia, justamente para a garantia desses objetivos é que esta peculiar espécie de contrato merece tratamento diferenciado dos contratos em geral, o que também está em sintonia com o princípio da isonomia, insculpido no art. 5º, “caput”, da Constituição Federal, que impõe tratamento desigual aos desiguais, na medida da desigualdade.

Nesse contexto, os mais importantes princípios que regem as relações contratuais empresariais são: autonomia privada, função econômico-social do contrato, equivalência

¹⁶⁶ Mais adiante trataremos do atual estágio da doutrina e da jurisprudência nacional, que associam a ideia de “justiça social” e de justiça distributiva inerente ao Estado Social à função social do contrato prevista no art. 421 do CC.

¹⁶⁷ SZTAJN, Raquel. Propriedade e contrato: função social. **Revista de Direito Empresarial**, v. 9, p. 453-459, Mai - Jun/2015, p. 458-459.

material dos contratos (ou comutatividade), boa-fé (objetiva), supremacia do interesse público e obrigatoriedade dos contratos (força obrigatória dos contratos).

Analisaremos a seguir os princípios de direito contratual que ensejariam a alteração da forma de cumprimento das obrigações em contratos empresariais diante de severas modificações no contexto econômico e/ou em nome do desenvolvimento econômico, já que é o tema sobre o qual versa o presente trabalho.

3.3.1. Princípio da autonomia privada.

O princípio da autonomia privada é definitivamente o mais importante princípio do direito contratual, quando analisado sob a ótica empresarial.

De fato, a autonomia privada representa, do ponto de vista jurídico-normativo, o mais relevante e eficiente instrumento do princípio constitucional da livre iniciativa (art. 1º, inc. IV, CF¹⁶⁸).

Trata-se do exercício do poder privado de autodeterminação, é a liberdade de contratar ou deixar de contratar, a liberdade de negociar e determinar o conteúdo e condições do contrato, a liberdade de assumir ou não obrigações, a liberdade de celebrar contratos atípicos, a liberdade de escolher o outro contratante, a liberdade de modificar o esquema legal do contrato, a liberdade de agir por meio de substitutos e a liberdade de forma¹⁶⁹.

Segundo Francisco dos Santos Amaral,

(...) a autonomia privada constitui-se, portanto, no âmbito do Direito Privado, em uma esfera de atuação jurídica do sujeito, mais apropriadamente um espaço de atuação que lhe é concedido pelo Direito imperativo, o ordenamento estatal, que permite, assim, aos particulares, a auto-regulamentação de sua atividade jurídica. Os particulares tornam-se desse modo, e nessas condições,

¹⁶⁸ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

¹⁶⁹ ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. CASCALDI, Luís de Carvalho, p. 403, “apud” GOMES, Orlando. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 81-82.

legisladores sobre sua matéria jurídica, criando normas jurídicas vinculadas, de eficácia reconhecida pelo Estado¹⁷⁰.

Todavia, como muito bem pondera Eduardo Espínola,

(...) não resta dúvida de que a liberdade contratual, nas relações de direito privado, é dogma aceito pela doutrina universal e consignado, explícita e implicitamente, em todos os direitos positivos. Deve, porém, entender-se *cum grano salis* esse poder decisivo da vontade individual no comércio jurídico. Há princípios superiores, proclamados como de ordem pública ou de moralidade social, que estabelecem limites intransponíveis ao exercício da atividade privada, nessa, como em qualquer outra manifestação do princípio da liberdade¹⁷¹.

Assim, é evidente que a autonomia privada, como todo e qualquer outro princípio, encontra limites no próprio ordenamento jurídico. No entanto, esse limite nem sempre é claro e de fácil aferição prática.

O problema se agrava ainda mais quando analisamos o campo dos contratos empresariais, em que a autonomia privada é ainda mais relevante e determinante no momento da celebração do contrato e, por isso, deve sofrer menos interferências externas, inclusive como forma de prestigiar a livre manifestação de vontades e de proteger, em última instância, os interesses sociais.

Como asseverado no Capítulo 2, o valor que as partes dão ao bem objeto do contrato é subjetivo, razão pela qual somente os contratantes têm condições de aferir o que e como contratar. Em se tratando de contratos empresariais, não se pode olvidar que está implícita a ideia de que eles criarão riqueza, alcançando situações de ótimo de Pareto ou de Kaldor-Hicks, devendo o direito contratual deixar as partes livres para negociar a fim de que alcancem o intento. O ganho social será consequência.

As restrições impostas pelo ordenamento devem delimitar o espaço ou campo de atuação da autonomia privada tão somente em prol do interesse comum da sociedade. O poder de direção, fruto da autonomia privada, não pode ser aleatória e injustificadamente comprimido;

¹⁷⁰ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 46, out-dez 1998, p.10.

¹⁷¹ ESPÍNOLA, Eduardo. **Questões jurídicas e pareceres**. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, [s.d.], p. 427.

deve, antes, ser interpretado dentro do contexto do que é naturalmente justo e correto, ou seja, conforme aquilo que é razoável e socialmente esperado do seu exercício.

E quando se analisam contratos empresariais, esse também deve ser o enfoque dado, a fim de não restar violado justamente aquilo que se pretende proteger: a dignidade da pessoa humana e o bem-estar social.

3.3.2. Princípio da supremacia da ordem pública.

Encontramos aqui já o primeiro contraponto do princípio da autonomia privada: o princípio da supremacia da ordem pública. Estabelece esse princípio que o interesse privado não pode prevalecer sobre o interesse público.

Isto quer dizer que os contratos devem ser celebrados de modo que sejam preservados os interesses sociais vigentes e ainda de forma que não se firam nem se ameacem os bons costumes e nem a construção de uma sociedade mais justa e socialmente solidária.

Configura, dessa forma, verdadeiro freio ao princípio da autonomia privada. Não é por outra razão que o legislador estatuiu, no art. 113 do Código Civil, que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração” e, adicionalmente, no art. 422, que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Confirma-se, ainda, o que estabelece o art. 425 do mesmo Códex: “É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código”.

Os interesses superiores de uma sociedade, algumas vezes, autorizam até a resolução de contratos. É o que prescreve a primeira parte do art. 478 do CC: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se torna excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato”. Outras vezes, autorizam apenas ajustes na relação jurídica vigente, mesmo contra a vontade de uma das partes, como nos contratos de locação para fixação de novo aluguel: “Não havendo acordo, o locador, ou o locatário, após 3 (três) anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de reajustá-lo ao preço de mercado” (art. 19 da Lei 8.245/91 – Lei de Locações).

De se registrar, por fim, que a supremacia dos interesses de ordem pública está presente em diversas disposições legais, e não só no Código Civil ou na Lei de Locações, como exemplificado acima. E isto porque a nossa Constituição Federal, que ordena todo o sistema jurídico nacional, encampou a defesa dos interesses sociais, exercendo a sua influência em todos os segmentos jurídicos.

Todavia, em se tratando de contratos empresariais, a supremacia dos interesses de ordem pública deve ser compreendida sob a ótica macrossocial, isto é, destacada do caso concreto. Deve-se avaliar o negócio jurídico empresarial sob a ótica do impacto que a interpretação ou adequação do contrato terá sobre a sociedade, e não apenas de sua repercussão para as partes envolvidas no caso concreto.

Do ponto de vista social ou da ordem pública, é pouco relevante o impacto do contrato para uma das partes envolvidas. Interessa apenas a repercussão dos seus efeitos na ordem econômica, isto é, em outros contratos da mesma espécie ou afins, na economia, enfim, na sociedade toda.

3.3.3. Princípio da obrigatoriedade dos contratos – “pacta sunt servanda”.

Para grande maioria dos doutrinadores a expressão “pacta sunt servanda” representa a força vinculante das convenções. Pelo princípio da autonomia privada, as partes são livres, ainda que com algumas restrições, para contratar. No entanto, no momento em que firmam um contrato, passa este a ter força de lei entre as partes e as vincula nos exatos termos do que dispuseram. Após contratar, não pode mais qualquer das partes pretender não cumprir com as obrigações entabuladas, sob pena de arcar com os consectários do inadimplemento de suas obrigações.

Conforme ensinam José Carlos Van Cleef de Almeida Santos e Luís de Carvalho Cascaldi,

(...) o princípio da força vinculante dos contratos decorre, enfim, da necessidade de se conferir segurança jurídica aos negócios pactuados, da certeza que o Estado proverá a sua execução se necessário for, o que personifica a máxima *pacta sunt servanda*. Logo, o pacto feito na liberdade contratual é vinculante, faz lei entre as partes e, portanto, deve ser cumprido, nem que para tanto a parte tenha que se valer da força coercitiva do Estado

para fazer a outra parte cumprir com aquilo a que se comprometeu no contrato¹⁷².

A força vinculante dos contratos tem, portanto, dois fundamentos: o da necessidade de segurança dos negócios jurídicos (essencial para a sociedade) e o da intangibilidade do contrato (personificada pela máxima “pacta sunt servanda”, os pactos devem ser cumpridos).

Esse último princípio, no entanto, definitivamente perdeu força com a edição do atual Código Civil, pois que se passou a contemplar o princípio do equilíbrio contratual por meio da intervenção estatal na hipótese de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis posteriores à formação do contrato (arts. 478 a 480¹⁷³ e art. 317¹⁷⁴, CC).

No entanto, a regra continua sendo o princípio da força obrigatória dos contratos; em assim não sendo, estar-se-á diante da tão temida sociedade sem segurança jurídica e, nesse sentido, Maria Helena Diniz ensina que:

A força vinculante dos contratos somente poderá ser contida pela autoridade judicial em certas circunstâncias excepcionais ou extraordinárias, que impossibilitem a previsão de excessiva onerosidade no cumprimento da prestação, requerendo a alteração do conteúdo da avença, a fim de que se restaure o equilíbrio entre os contraentes.¹⁷⁵

Caio Mário da Silva Pereira¹⁷⁶ aponta que a ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar e lhe dá a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas

¹⁷² ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. CASCALDI, Luís de Carvalho. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 405.

¹⁷³ **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. **Art. 479.** A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. **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.

¹⁷⁴ **Art. 317.** Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

¹⁷⁵ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 31.

¹⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 3, 2007, p. 15-16.

preferências. Concluída, a convenção recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado o contrato, com observância dos requisitos de validade (requisitos legais), tem ele plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não têm mais a liberdade de escapar das suas consequências, a não ser com a cooperação anuente do outro. Foram as partes que acolheram os termos da sua vinculação e assumiram todos os riscos. A elas não cabe reclamar, pois o contrato é o resultado da manifestação do seu querer.

A obrigatoriedade dos contratos, como expressão da autonomia privada, ganha ainda mais força nos contratos empresariais, em que as condições de contratação são muito mais equilibradas, há paridade (ao menos em regra), as partes dispõem de informações, estão devidamente assessoradas, de tal modo que a intervenção nestes casos representa um risco ainda maior à função socioeconômica do contrato e à segurança jurídica das relações contratuais, na medida que sabem o que entabulam e a álea que assumem no negócio.

Para Paula Forgioni¹⁷⁷ a força vinculante dos contratos serve de instrumento para coibir comportamentos oportunistas, destacando-se que, a despeito de estar sendo relativizada em outras áreas do direito, a tendência do direito empresarial é de impor ao empresário o respeito aos acordos aos quais livremente se vinculou.

Nada obstante, e conforme revela Christian Lopes, existem causas que justificam o desvio do princípio do “pacta sunt servanda” e que se fundamentam quando há colisão com os princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva. O desequilíbrio contratual pode ferir a justiça contratual, razão pela qual “se um dos contratantes está sendo prejudicado pela relação negocial, o vínculo não pode ser mantido”¹⁷⁸.

Nesse sentido, devem-se avaliar as exceções que sugerem ou que podem levar à resolução de acordos em que o empresário se vinculou. Para a avaliação dessa possibilidade, é

¹⁷⁷ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2ª ed. ver., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 109.

¹⁷⁸ LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. (ou LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.), p. 37.

mister o confronto entre o “pacta sunt servanda” e os demais princípios que regem o direito empresarial¹⁷⁹ e que serão tratados em seguida.

3.3.4. Princípio da equivalência material.

Pelo princípio da equivalência material, todo contrato deve buscar o equilíbrio da relação contratual entabulada, isto é, que as prestações e as correspondentes contraprestações pactuadas sejam ao menos subjetivamente equivalentes.

Exige-se, portanto, que as obrigações assumidas sejam minimamente equilibradas e justas, permitindo identificar razoavelmente os benefícios e sacrifícios de cada contratante naquele negócio.

O que não quer dizer, no entanto, que o contrato não possa ser mais vantajoso ou benéfico para uma das partes. Nem tampouco impede que uma das partes acabe por fazer um mau negócio. De jeito nenhum. O risco, por menor que seja, é natural e inerente a toda relação contratual.

Todavia, é preciso ter presente que a equivalência material dos contratos exige que o fundamento do negócio seja equilibrado, que a relação seja minimamente balanceada, inclusive em respeito ao princípio da boa-fé.

Como bem pondera Álvaro Vilaça Azevedo¹⁸⁰,

(...) a comutatividade, nos contratos, é princípio essencial de Direito, porque exige a equivalência das prestações e o equilíbrio delas, no curso das contratações, pois, por ele, as partes devem saber, desde o início negocial, quais serão seus ganhos e suas perdas, importando esse fato a aludida equivalência das mencionadas prestações.

Tem-se, assim, que o equilíbrio contratual, protegido pela equivalência material, além de impor prestações minimamente equivalentes, define as expectativas e pretensões de cada

¹⁷⁹ Especialmente os da segurança e previsibilidade, racionalidade limitada, incompletude contratual, função socioeconômica, que serão mais adiante tratados.

¹⁸⁰ In: **Princípios gerais de direito contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento**. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67357/69967>, Acesso em abril/2016.

parte em relação ao objeto contratado (bases objetivas do negócio jurídico¹⁸¹), conferindo, assim, a previsibilidade aos efeitos que o contrato irá produzir.

Destarte, se os efeitos constatados do contrato não estiverem de acordo com as razoáveis e legítimas expectativas e pretensões criadas com o negócio jurídico, então o equilíbrio das prestações muito provavelmente terá sido violado.

Nesse ponto, insta destacar que a teoria da base objetiva não se confunde com a teoria da pressuposição, tratada no art. 478 do Código Civil¹⁸². Com efeito, a teoria da pressuposição regula a “situação de fato que ambas as partes, ainda que não a mencionando explicitamente, consideram como pressuposto fundamental do contrato, de modo que a sua inexistência ou inocorrência retiraria ao próprio contrato a sua base.”¹⁸³.

A comutatividade dos contratos caminha de mãos dadas com a proibição do enriquecimento sem causa¹⁸⁴. O contrato, portanto, não pode ser instrumento de injustiças, de lesão, nem um meio de obtenção de vantagens indevidas. É, pelo contrário, instrumento de desenvolvimento social e econômico, de prosperidade e de realização do bem-estar social, jamais podendo desgarrar desse seu pilar fundamental.

¹⁸¹ Nesse sentido, “o negócio jurídico se condiciona por uma base objetiva, intrinsecamente ligada à sua função econômico-jurídica, revelada pelas prestações devidas pelas partes, pelo equilíbrio proporcional dessas prestações e pela lógica correlação entre os interesses das partes e a circulação das riquezas que o contrato provoca, conforme sua categoria própria.” In: NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3, p. 106.

¹⁸² 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.

¹⁸³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3, p. 107.

¹⁸⁴ Nesse sentido, conforme RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico, o princípio da vedação ao enriquecimento sem causa juridicamente conhecida implica no ressarcimento dos eventuais prejudicados, ressaltando os autores que tal princípio não se confunde com o enriquecimento sem causa vislumbrado pelo Código Civil. (In: **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.).

3.3.5. Princípio da função socioeconômica dos contratos empresariais.

Dentre os diversos papéis que desempenham, merece destaque a importância econômica exercida pelos contratos. De fato, os contratos promovem, em maior ou menor grau, a circulação de riquezas (transferência de patrimônio), seja através da constituição, modificação, regulação ou extinção de direitos e obrigações, seja, enfim, para proteção, conservação ou prevenção desses mesmos direitos e obrigações.

A função econômica do contrato é extremamente relevante, porque o contrato é aqui visto como o motor propulsor de relações jurídicas (negócios), que impulsiona e movimenta a economia, cujo desempenho está inegavelmente associado com o desenvolvimento de uma determinada sociedade. Quanto mais desenvolvida é a economia de um país, mais desenvolvida é a sua sociedade.

Assim, a função econômica dos contratos tem impacto imediato na sua própria função social. Alguns autores chegam até mesmo a denominá-las de função econômico-social dos contratos, como se fossem uma só¹⁸⁵.

Nesse sentido, Orlando Gomes explica que

(...) a função econômico-social do contrato foi reconhecida, ultimamente, como a razão determinante de sua proteção jurídica. Sustenta-se que o Direito intervém, tutelando determinado contrato, devido à sua função econômico-social. Em consequência, os contratos que regulam interesses sem utilidade social, fúteis ou improdutivos não merecem proteção jurídica. Merecem-na apenas os que têm função econômico-social reconhecidamente útil.¹⁸⁶

Seja como for, a função econômica dos contratos está sempre ligada à noção de que os contratos existem em prol do desenvolvimento econômico, das relações jurídicas como fonte de circulação de riqueza. Trata-se, pois, de um instrumento essencial para o desenvolvimento de qualquer nação, do ponto de vista econômico, tecnológico e social.

¹⁸⁵ ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. CASCALDI, Luís de Carvalho. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015. p. 400/401.

¹⁸⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002, p. 20.

Enzo Roppo ressalta que “pode dizer-se que existe operação económica - e portanto, possível matéria de contrato - onde existe circulação da riqueza, actual ou potencial transferência de riqueza de um sujeito para outro”¹⁸⁷.

Humberto Teodoro Júnior, por sua vez, acentua que “seria contra a natureza qualquer norma que impedisse o contrato e que o afastasse do campo das operações de mercado”¹⁸⁸.

Nesse estado de coisas, o contrato afigura-se como meio impulsionador da ordem económica, na medida que exerce a função de dar segurança jurídica não só às relações inter-humanas, mas também às empresariais de carácter privado, constituindo-se em instituto de substancial importância para a organização da sociedade contemporânea.

Por essa razão, não há mais como conceber o contrato, segundo Ricardo Luis Lorenzetti,¹⁸⁹ como “fenômeno economicamente neutro”; passando a englobar efeitos “distributivos”, consolida-se hodiernamente como “operação económica distributiva”. De fato, “a figura do contrato sempre cumpriu funções económicas, individuais e macroeconómicas”.

O princípio da função social do contrato, por sua vez, rompe com o individualismo anteriormente preceituado. Tudo tem função social, característica de todos os institutos privados. Por esse princípio, o Estado intervém na relação dos particulares para manter o equilíbrio entre as partes no contrato (não só a igualdade substancial entre os contratantes), nas palavras de Álvaro Villaça Azevedo: “ Para que esse espírito de fraternidade nos contratos se preserve, no âmbito do direito interno, têm os Estados modernos lançado mão de normas cogentes, interferindo nas contratações, com sua vontade soberana, para evitar lesões.”¹⁹⁰

A intervenção estatal na relação dos particulares não é um instrumento de proteção ao mais fraco, mas do interesse social por detrás deste, que muitas vezes representa parcela

¹⁸⁷ ROPPO, Enzo. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988, p. 3.

¹⁸⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 95.

¹⁸⁹ LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 541.

¹⁹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 18.

minoritária, porém significativa, da sociedade. O Código Civil, em seu art. 421¹⁹¹, não deixou de adotar o princípio da função social, que visa a integrar o contrato na sociedade.

Tal não significa que não exista mais a liberdade de contratar, que o Estado passe a ser totalmente intervencionista, mas tão somente reduz seu alcance. O princípio da autonomia das partes continua a existir, mas há de ser observado o interesse social.

O princípio da função social do contrato pode ser entendido como um dos fundamentos principais da revisão dos contratos. Nesse sentido, Maria Helena Diniz ensina que:

Ante os interesses da realidade social, a lei, a moderna doutrina jurídica e os tribunais estão admitindo, em casos graves, a possibilidade de revisão judicial dos contratos, quando a superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, por ocasião da formação dos pactos, torna sumamente onerosa a relação contratual, gerando a impossibilidade subjetiva de se executarem os contratos.¹⁹²

A função social do contrato afasta o poder absoluto de autodeterminação dos interesses privados, subordinando os contratos à realização das aspirações sociais peculiares àquela determinada contratação. O interesse coletivo passa a ser relevante na celebração do contrato.

Os contratos que impõem obrigações exageradas ou desproporcionais, assim como os contratos que conferem vantagem excessiva a uma das partes, não atendem à sua função social. Também não atendem à sua função social os contratos que violem as disposições legais e de ordem pública, que violem a boa-fé objetiva prevista no art. 422 do Código Civil¹⁹³, ou ainda, os contratos em que se verifique a quebra da sua base objetiva ou subjetiva e, de modo geral, todos os contratos que desvirtuem o motivo ou a razão para o qual foram concebidos.

Cabe aqui um parêntese a respeito do que vem a ser “base do negócio” e “motivo do negócio jurídico”, que influenciam sobremaneira a função social do contrato. Vejamos.

¹⁹¹ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

¹⁹² DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro - Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3, p. 27.

¹⁹³ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

A respeito da teoria da quebra da base do negócio jurídico, formulada por Larenz, o contrato só deverá subsistir se as circunstâncias objetivas, ou seja, aquelas necessárias para que o propósito das partes seja atingido, também subsistirem como regulamentação dotada de sentido. E, assim, esta desaparecerá em sua base objetiva quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação pressuposta no contrato se destruir em tal medida que não se possa mais falar em “contraprestação”¹⁹⁴.

A base objetiva do negócio também estará quebrada quando a finalidade comum e objetiva do contrato, expressada em seu conteúdo, resulte inatingível.

Orlando Gomes, ao comentar a obra de Larenz, concluiu que “pouco importa que as partes tenham pensado, ou não, na existência ou persistência das circunstâncias. A representação mental é indiferente. Põe-se o problema, conseqüentemente (*sic*), em termos objetivos”¹⁹⁵.

Ainda a respeito, Antonio Junqueira de Azevedo faz a seguinte distinção:

(...) entre base subjetiva e base objetiva do negócio jurídico; a primeira é a representação mental ou a expectativa pela qual ambos os contratantes se deixaram guiar ao concluir o contrato. É o motivo comum determinante. A segunda é o “conjunto de circunstâncias e estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contraentes, possa subsistir como regulamentação dotada de sentido”. A base objetiva desaparece: a) quando se destrói a relação de equivalência; b) quando há frustração do fim do negócio. A conseqüência (*sic*), em todas as hipóteses, é a ineficácia, com a ressalva de que, no desaparecimento da relação de equivalência, deve-se admitir sua restauração, mediante proposta da parte.¹⁹⁶

¹⁹⁴ LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Trad. de Carlos R. Fernández Rodríguez. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

¹⁹⁵ GOMES, Orlando. **Transformações gerais no direito das obrigações**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

¹⁹⁶ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial. Noções gerais e formação da declaração negocial**. Tese para o concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, p. 224.

Ainda em sua tese, Antonio Junqueira de Azevedo¹⁹⁷ deu à questão dos motivos dos negócios jurídicos um tratamento grandioso, que reproduziremos, “ipsis litteris”, em face da exígua disponibilidade do trabalho para consulta:

O primeiro ponto a fixar, é, pois, este: por motivo deve-se entender tanto uma razão psicológica, quanto uma razão objetiva, desde que também preceda e determine a declaração negocial, mesmo porque, no próprio campo dos negócios jurídicos, há aqueles que, semelhantemente a atos de direito público, exigem justa causa (...). Quando se toma, como objeto de reflexão, a punição disciplinar de um funcionário público, o motivo desse ato administrativo é a conduta irregular do funcionário. Compare-se esta situação com a deserção, negócio jurídico que deve ser feito por testamento e, diz a lei (art. 1.742 do CC/1916), com expressa menção de causa. Justas causas para a deserção são ofensas físicas, injúria grave, atentado contra a vida etc. (arts. 1.744 e 1.745 do CC/1916). Ora, qualquer justa causa de deserção faz o mesmo papel do motivo do ato administrativo, de punição disciplinar, inclusive e especialmente, sob o ângulo do controle da legalidade do ato praticado.¹⁹⁸

Distingamos, por outro lado, entre motivo e motivação. Motivação é a expressão dos motivos. É a fundamentação dada ao ato¹⁹⁹.

Quando a motivação é obrigatória, sua razão de ser é dupla: obriga o declarante a se conscientizar da adequação de suas declarações às exigências do preceito, legal ou contratual, e facilita, para os declaratórios, o controle dessa mesma adequação.²⁰⁰

Fechado esse parêntese, até este ponto não se vislumbra qualquer novidade a respeito da perda de função social do contrato em face da alteração da base objetiva ou motivo (razão objetiva) do negócio jurídico nos contratos existenciais (ou de consumo). Haverá intervenção estatal (especialmente através do Poder Judiciário) sempre que houver alteração dessas circunstâncias²⁰¹.

¹⁹⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial. Noções gerais e formação da declaração negocial.** Tese para o concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, p. 210-219.

¹⁹⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 210-211.

¹⁹⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 211-212.

²⁰⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 212.

²⁰¹ TJRJ - ApCiv 7787/2000 – 14ª Câmara Cível - j. 29/8/2000 - julgado por Walter Felipe D’Agostino. “Ementa: É indubitoso que o advento da Lei 8.880/94 modifica o que ficou estabelecido no Dec.-lei 857/69 permitindo nos contratos de arrendamento mercantil (leasing) a estipulação de cláusula de reajustamento pela variação cambial, no entanto, a ocorrência de fato que cause desequilíbrio às partes componentes da relação obrigacional enseja o

No entanto, e como se defende neste trabalho, os contratos empresariais devem se submeter aos mesmos preceitos, mas tais preceitos não de ser a eles aplicados por outro prisma.

Assim é, com efeito. Para o movimento “Law and Economics” a autêntica função social do contrato, insculpida no art. 421 do CC, é a de permitir negociações, alocação de riscos próprios da barganha, além de facilitar a circulação de riquezas de maneira efetiva. Assim, a ação paternalista do Estado, especialmente através do Poder Judiciário, tendo por finalidade a justiça distributiva, não poderia (como não pode) ignorar, nos contratos empresariais, o impacto econômico no mercado em que teve nascedouro o contrato. A cláusula aberta do art. 421 do Código Civil outorga ao julgador a possibilidade de usar a razão econômica trazendo segurança jurídica aos contratos empresariais²⁰².

Nada obstante, estudo levado a efeito por Armando Castelar Pinheiro revelou que mais de 70% dos magistrados pesquisados dão preferência à “justiça social” em vez de puramente subsumir o fato à lei e ao contrato.²⁰³

Assim, no modelo “solidarista”, a função social do contrato tem servido para corrigir desequilíbrios contratuais, distribuindo o produto econômico da relação entabulada entre as partes, em face de desigualdade social, sem levar em consideração os reflexos no sistema

reexame da situação e a revisão dessas cláusulas. Trata-se de relação de consumo (Codecon, art. 3.º, caput e § 2.º). O desproporcional ônus imposto ao consumidor está protegido no art. 6.º do Codecon. A evidência da situação socioeconômica do momento da contratação, instigada pela mídia formadora de opinião pública, e o resultado da política nacional, consequência (*sic*) de fatores mundiais que criaram desequilíbrio às partes com enorme prejuízo apenas para uma delas, é razão suficientemente válida para que se promova a revisão. Indemonstrada a captação específica de moeda estrangeira para uma relação creditícia, improcede o argumento do prejuízo da instituição bancária. Do fornecedor de crédito é de exigir-se confiança e transparência das condições, em especial das cláusulas que estabelecem os reajustes com moeda estrangeira. Impõe-se a aceitação da revisão, pois esta encontra supedâneo nas prementes necessidades de atendimento ao fato social, *legem habemus*, sem ofender ao princípio da obrigatoriedade das convenções ou da força vinculante dos contratos representada pela máxima *pacta sunt servanda*. **Estabelece-se um princípio de realidade e de equilíbrio contratual que são conceitos capazes e superiores que, sem ferirem os direitos das partes, trazem justiça à base do negócio jurídico praticado e à função social do contrato que deve ser levado em consideração mais elevada, dando interpretação nova a conceitos antigos.** “ – grifos nossos.

²⁰² “a principal função social do direito contratual é possibilitar a ocorrência dos contratos, o fluxo de trocas no mercado, a alocação de riscos pelos agentes econômicos e seu comprometimento em ações futuras até que seja alcançada a situação mais eficiente, isto é, quando ambas as partes recebem os benefícios econômicos da barganha e distribuem o saldo positivo resultante da transação.” (TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 198).

²⁰³ PINHEIRO. Armando Castelar. *Direito e Economia no mundo globalizado: cooperação ou confronto?*. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e Economia**. São Paulo: Thomson/IOB, 2005. No mesmo sentido, consultar o Prefácio de Gustavo Franco na mesma obra citada.

econômico. Sob a ótica da análise econômica, tal raciocínio não tem o menor sentido, na medida que o Direito - e, mais particularmente, o contrato, - “tem como ambiente um sistema econômico de mercado.”²⁰⁴. O mercado existe como espaço de interação social e coletiva, como “instituição social espontânea, ou seja, enquanto fato social”²⁰⁵, e faz parte integrante da sociedade. Como fato social que é, o mercado tem suas imperfeições que geram custos das transações, razão pela qual é função do Direito promover a diminuição de tais custos.

Nas palavras de Luciano Timm, “(...) Quanto mais sólidos os tribunais e as agências reguladoras e quanto mais íntegro e previsível o sistema jurídico de um país (garantindo a concorrência, a propriedade e os contratos empresariais), melhores são suas instituições.”²⁰⁶, o que leva inarredavelmente ao fortalecimento do sistema econômico.

Para exemplificar o argumento, Luciano Timm²⁰⁷ lembra o caso da “soja verde” ocorrido em Goiás (dentre alguns outros), em que restou empiricamente comprovado que a revisão judicial dos contratos agrários naquele Estado trouxe sérios empecilhos ao financiamento da safra no ano seguinte para os agricultores, evidenciando que o benefício daqueles que pleitearam a revisão trouxe prejuízo para a comunidade que atuava naquele mercado de soja.

O que ocorreu em Goiás foi que a soja era financiada com capital privado, por negociadores ou “traders”, que compravam antecipadamente a produção da cultura, pagando imediatamente o produtor, que se capitalizava para o plantio. No ano subsequente, o agricultor,

²⁰⁴ TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 33, p. 15-31, 2006, p. 23.

²⁰⁵ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 24.

²⁰⁶ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 25.

²⁰⁷ In: TIMM, Luciano Benetti. **Direito contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 210. Vários outros autores se debruçaram sobre o caso, dentre eles há um interessante comentário feito por REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERTA JN, Décio. **Pacta sunt servanda? O caso dos contratos da soja verde**. Disponível em <<http://escholarship.org/uc/item/5jg1v63w#page-1>>. Acesso em ago/2015. Dos mesmos autores em: Quebras contratuais e dispersão de sentenças. *Revista Direito GV*, São Paulo, jan-jun 2011, p. 157. Ainda, o caso dos tomates, que mais adiante será tratado, e que pode ser assim resumido: por diversos anos, uma indústria alimentícia antecipava sementes a produtores de tomates e, posteriormente, adquiria a respectiva safra. Na safra de 97/98, deixou de adquirir o produto, o que ensejou uma ação por parte do produtor. Embora o Tribunal tenha qualificado a situação como rompimento de tratativas, também poderia ter sido interpretada como inadimplemento deliberado, se se considerasse que o contrato já estava formado, como aliás mencionou o voto divergente do Des. Cezar Schmitt. (In.: ApCiv 591028295, TJRS, 5ª Câmara, rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, RJTJRGS 154/378.)

que já havia apurado antecipadamente seu lucro no preço de venda, entregava o produto. No entanto, houve uma valorização da soja, e alguns produtores pretenderam judicialmente a revisão de seus contratos, sob o fundamento de “(...) imprevisibilidade, enriquecimento injustificado, função social do contrato (...)”²⁰⁸, para não honrarem com o ajustado. Em primeiro grau, a tese não foi admitida, tendo sido julgada improcedente a demanda.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, com fundamento na função social do contrato, determinou a revisão dos contratos, autorizando os produtores a não cumprirem o ajustado²⁰⁹.

Diante dessa postura do Poder Judiciário, os negociadores (“traders”) da região deixaram de fazer a operação de compra antecipada do produto, em face do risco de não terem honrados os pactos, o que trouxe prejuízo a todos os outros agricultores que não haviam propugnado pela revisão judicial e honraram seus contratos. No entanto, em sede de recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça reverteu o entendimento do Tribunal de Justiça de Goiás, utilizando argumentos econômicos para tanto:

A função social infligida ao contrato não pode desconsiderar seu papel primário e natural, que é o econômico. Ao assegurar a venda de sua colheita futura, é de se esperar que o produtor inclua nos seus cálculos todos os custos em que poderá incorrer, tanto os decorrentes dos próprios termos do contrato, como aqueles derivados das condições da lavoura.²¹⁰

Pelo modelo econômico de contrato, vislumbrado pela Análise Econômica do Direito, resta evidenciado que o modelo solidarista de direito contratual não atinge seu propósito de bem-estar na sociedade, na medida que poderá, indistintamente, beneficiar alguns poucos indivíduos e lesar muitos outros mais, o que leva inarredavelmente à perda de eficiência econômica do contrato²¹¹.

²⁰⁸ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 210.

²⁰⁹ Apelação Cível nº 79.859-2/188 e Apelação Cível nº 82.254-6/188, ambas julgadas pela Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás.

²¹⁰ REsp 803481/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28-6-2007, DJ 1-8-2007 p. 462; REsp 783404/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28-6-2007, DJ 13-8-2007, p. 364.

²¹¹ TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 204. Nas palavras do autor: “(...) na prática, o resultado dessas intervenções, tende a

Destarte, é possível concluir que, a despeito do princípio da função social dos contratos (que permite sua revisão judicial, o que veremos adiante), conferir viés redistributivo ao direito privado, segundo o qual Tribunais e legisladores devem “premiar” grupos hipossuficientes, é critério que deveria ser utilizado como exceção, e não como regra, quando da análise de contratos empresariais, tendo em vista o risco inerente da realização de redistribuição de riqueza através da ferramenta menos eficiente possível para tanto. Isto porque a prática de justiça distributiva através de decisões judiciais pautadas no texto do art. 421 do Código Civil acarreta distorção da economia (forte impacto econômico), tornando ineficiente a redistribuição, acentuando o estado de hipossuficiência inclusive daqueles que não acionaram o Judiciário ou até mesmo (e o que é pior) podendo agravar as falhas de mercado que justamente tem em mira corrigir²¹².

Como bem asseveram Nelson Nery e Rosa Nery, quando elencam as desvantagens da cláusula geral, nunca o papel do julgador foi tão importante como na atualidade, quando ele dispõe de maior liberdade e responsabilidade para solucionar questões colocadas pelo “mercado”, advindas de complexas transações na esfera empresarial e que produzirão reflexo imediato na sociedade. Acrescentam os autores, ao final, que “O CPC a vigor em 2016 é o retrato de um novo tempo para o processo civil, difícil e - de certa forma - perigoso, que se descortina para o julgador.”²¹³.

3.3.6. Princípio da boa-fé objetiva.

ser o aumento dos custos de transação sem a resolução dos problemas que lubrificariam o mercado em situações de imperfeição - afastando ainda mais as partes da alocação eficiente. Ao elevar os custos de transação, o direito contratual paternalista pode, simplesmente, retirar algumas práticas negociais do mercado (ou, em alguns casos, aumentar o preço de bens e serviços sem que haja, em contrapartida, um benefício proporcional em termos de satisfação social - gerando externalidade - nos contratos em cadeia, como o de seguro) e contribui para o verdadeiro decréscimo de riqueza na sociedade. “ Op. cit., p. 206.

²¹² “Trata-se da função social secundária do direito contratual - corrigir as falhas do mercado de modo a permitir que as partes atinjam a utilidade máxima (acréscimo de riqueza na sociedade) -, vale dizer, fazer os contratos funcionar como deveriam. O Direito passaria a tomar conta da estrutura do mercado e do ambiente no qual os contratos são realizados (...)”. TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 208.

²¹³ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3, p. 22.

Princípio imposto pela Constituição Federal (arts. 3º, I²¹⁴, e 170, “caput”²¹⁵) e positivado no art. 422 do Código Civil²¹⁶, a boa-fé objetiva, além de constituir uma cláusula geral, é também um princípio geral de direito, que deve ser observado em todas as relações contratuais. De acordo com o princípio da boa-fé, as partes devem proceder com lealdade, honestidade, transparência e confiança recíproca, seja durante a fase de negociação, como na formação e na execução do contrato (e até mesmo após), sempre buscando aquilo que é justo e o equilíbrio contratual. A boa-fé objetiva é, por seu turno, uma regra geral de conduta que define um modelo de comportamento socialmente esperado²¹⁷.

Nesse sentido, está entabulado no Enunciado nº 26 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, que: “A cláusula geral contida no art. 422 do novo Código Civil impõe ao juiz interpretar e, quando necessário, suprir e corrigir o contrato segundo a boa-fé objetiva, entendida como a exigência de comportamento leal dos contratantes”²¹⁸.

Cibele Pinheiro Marçal Cruz e Tucci, nessa mesma esteira, assevera que:

(...) a boa-fé objetiva constitui um princípio geral, aplicável ao direito das obrigações, através do qual se produz nova delimitação do conteúdo objetivo do negócio jurídico, especialmente o contrato, mediante inserção de deveres e obrigações acessórios, ou produzindo a restrição de direitos subjetivos, ou ainda através da aplicação do método hermenêutico-integrativo, para a

²¹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

²¹⁵ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

²¹⁶ Além dos artigos 113 (Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração) e 187 (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), ambos do CC.

²¹⁷ Conforme ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. CASCALDI, Luís de Carvalho. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 407. GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 90. Vale conferir, ainda, GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. O princípio da boa-fé objetiva. In GOZZO, Debora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (Coords.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

²¹⁸ Disponível em <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em julho/2015.

interpretação da declaração de vontade, sempre com vistas a ajustar a relação jurídica à função econômico-social determinável no caso concreto.²¹⁹

Segundo a mesma autora,

(...) conferem-se efeitos jurídicos à justa e razoável expectativa de produção dos resultados práticos que normalmente adviriam do negócio (o fim típico), tomadas as circunstâncias especiais de cada caso concreto, ainda que o rigor formal da lei ou a interpretação literal do contrato estabeleça a produção de efeitos diversos. Cuida-se de prestigiar a confiança do contratante na lealdade sugerida pelos costumes e, por isso mesmo, tornada exigível da contraparte. (...) Nesse contexto, é fácil compreender que os sujeitos estão adstritos à lealdade mútua, e podem confiar na retidão de conduta da contraparte, aferível segundo os costumes do local e as características socioculturais dos contratantes. A segurança dos contratantes repousa justamente no fato de ser havido como antijurídico que qualquer deles extraia, em detrimento do outro, vantagens desarrazoadas e injustificáveis, ou que veja frustradas as suas justas expectativas. (Idem).

Para Teresa Negreiros²²⁰, a boa-fé e o abuso de direito complementam-se, operando a primeira como parâmetro de valorização do comportamento dos contratantes e o segundo como quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas.

Judith Martins-Costa define o princípio da boa-fé objetiva como

(...) regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses do “alter”, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente no outro pólo da relação obrigacional.²²¹

Observa ainda a autora que, nos ordenamentos jurídicos que agasalham o princípio da boa-fé objetiva, este tem sido considerado como verdadeira norma ordinatória, com atenção ao fim econômico-social do negócio²²². Nesse sentido, o princípio da boa-fé objetiva se acha em

²¹⁹ CRUZ E TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Teoria Geral da Boa-fé Objetiva. In: **Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo**, nº 68, Dezembro/2002.

²²⁰ NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

²²¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópico no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 412.

²²² MARTINS-COSTA, Judith. Op. cit., p. 415.

total consonância com a concepção da análise econômica do direito, na medida que reclamará do órgão julgador que entenda a estrutura econômica entabulada entre as partes.

Como já asseverado, o princípio da boa-fé objetiva guarda estreitíssima relação com o princípio da supremacia da ordem pública, além de guardar relação com o princípio da autonomia privada e da comutatividade, já que traduz um fator de equilíbrio e coesão dentro do sistema contratual.

Nos contratos empresariais, a boa-fé tem função especial (tanto é que foi elevada a cláusula geral), vez que estabiliza o interesse público e o privado em um mesmo sentido: transparência, lealdade, honestidade, confiança recíproca, respeito, informação, colaboração, cooperação, equilíbrio nas prestações; em suma, a boa-fé objetiva pauta o comportamento para os agentes econômicos; cria dever de cuidado (evitar danos ao outro), dever de coerência, diminui os custos da transação e estimula o fluxo das relações econômicas; atua como causa limitadora do uso abusivo do direito (limite da autonomia privada das partes)²²³²²⁴.

A respeito do fator confiança nas relações contratuais, afirma Menezes Cordeiro que

(...) na sua falta, qualquer sociedade humana se esboroa. Em termos interpessoais, a confiança instalada coloca os protagonistas à mercê uns dos outros: o sujeito confiante abandona as suas defesas, ficando vulnerável. Seguidamente, todos os investimentos, sejam eles econômicos ou meramente pessoais, postulam a credibilidade das situações: ninguém dá hoje para receber (apenas) amanhã, se não houver confiança nos intervenientes e nas situações. Por fim, a confiança e a sua tutela correspondem a aspirações éticas elementares. A pessoa defraudada na sua confiança é, desde logo, uma pessoa violentada na sua sensibilidade moral. Paralelamente, o agente que atinja a confiança alheia age contra um Código ético imediato²²⁵.

²²³ No direito internacional, temos: “Principles of European Contract Law” (art. 1201); “Principals of International Commercial Contracts – Unidroit” (art. 17). No BGB alemão, está normatizada no § 242, segundo o qual o devedor está obrigado a cumprir a prestação de acordo com os requisitos de fidelidade e boa-fé, levando em consideração os usos e bons costumes (§ 242: An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration.). Principals of International Commercial Contracts. Disponível em <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>. Acesso em dez/2015.

²²⁴ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

²²⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 1999, p. 188.

Para Antonio Junqueira de Azevedo, a boa-fé objetiva tem maior relevo entre os contratos empresariais relacionais²²⁶ do que entre os contratos empresariais não relacionais²²⁷, “tendo em vista seu caráter aberto, com forte indefinição na sua projeção para o futuro, impondo, para atingir os seus fins, muita lealdade entre as partes.”²²⁸

A boa-fé objetiva tem funções: (i) interpretativa (art. 113), (ii) de controle (arts. 187 e 422) e (iii) integrativa (art. 422).

Nesse mesmo sentido, Gustavo Tepedino aduz:

A fim de contornar a excessiva amplitude do princípio, a doutrina procura dar conteúdo mais preciso à boa-fé objetiva por meio da identificação de três funções essenciais: i) cânon interpretativo-integrativo; ii) norma de criação de deveres jurídicos; e iii) norma de limitação ao exercício dos direitos subjetivos.²²⁹

Em sua função interpretativa, determina que os contratos devam ser interpretados de acordo com seu sentido objetivo aparente, salvo quando o destinatário conheça a vontade real do declarante. Quando o próprio sentido objetivo suscite dúvidas, deve ser preferido o significado que a boa-fé aponte como o mais razoável.

Já na função de controle, guarda relação direta com a ampla liberdade de contratar, a autonomia da vontade em geral e com o abuso de direito.

²²⁶ “São relacionais todos os contratos que, sendo de duração, têm por objeto colaboração (sociedade, parcerias etc.) e, ainda, os que, mesmo não tendo por objeto a colaboração, exigem-na intensa para poder atingir os seus fins, como os de distribuição e da franquia, já referidos.” AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, São Paulo, v. 832, p.115-137, jun. 2011, p. 10.

²²⁷ “(...) exemplo é a compra de gasolina numa rodovia. A transação é instantânea, completa, rápida e impessoal.”. AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 9.

²²⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Op. cit.*, p. 35.

²²⁹ TEPEDINO, Gustavo et al. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. 2, p. 17. Ainda: REsp 953389, rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 15.03.2010.

O abuso de direito, considerado ato ilícito cometido por parte do contratante, revela-se por meio do exercício desleal de direitos (desvio de direitos, exercício desequilibrado de direitos, exercício contrário à confiança legítima etc.)

A boa-fé objetiva, na função de integração que exerce, traz conceitos do direito comparado²³⁰, tais como: “supressio”²³¹, “surrectio”²³², “venire contra factum proprium”, “tu quoque”²³³, “exceptio doli” e “duty to mitigate the loss”²³⁴, visando à justa realização das liberdades contratuais, pois tais conceitos, já consagrados entre nós pelo Enunciado nº 412 do CJF/STJ, aprovado na V Jornada de Direito Civil²³⁵, são considerados deveres laterais, anexos ou secundários assumidos pelos contratantes.

Para Clóvis do Couto e Silva, que explorou profundamente o tema:

(...) os deveres secundários comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência.²³⁶

A quebra de qualquer desses deveres anexos, seja qual for a fase contratual e independentemente de culpa, enseja a “violação positiva do contrato, cuja modalidade de

²³⁰ Teoria engendrada em 1902 pelo alemão Hermann Staub.

²³¹ “Verwirkung”.

²³² “Erwirkung”.

²³³ Fica vedado que uma parte faça contra a outra o que não faria contra si mesma (conhecida como “regra de ouro). Leciona o Professor Cláudio Luiz Bueno de Godoy que “Pelo ‘tu quoque’, expressão cuja origem, como lembra Fernando Noronha, está no grito de dor de Júlio César, ao perceber que seu filho adotivo Bruto estava entre os que atentavam contra sua vida (‘Tu quoque, filli’? Ou ‘Tu quoque, Brute, fili mi’?), evita-se que uma pessoa que viole uma norma jurídica possa exercer direito dessa mesma norma inferido ou, especialmente, que possa recorrer, em defesa, a normas que ela própria violou. Trata-se da regra de tradição ética que, verdadeiramente, obsta que se faça com outrem o que não se quer seja feito consigo mesmo” (GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 87-94).

²³⁴ Constante do Enunciado nº 169 do CJF/STJ.

²³⁵ “As diversas hipóteses de exercício inadmissível de uma situação jurídica subjetiva, tais como *supressio*, *tu quoque*, *surrectio* e *venire contra factum proprium*, são concreções da boa-fé objetiva.”

²³⁶ COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 113

inadimplemento já é reconhecida pela doutrina e jurisprudência”²³⁷. E nesse sentido é o Enunciado nº 24 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa”; vale dizer, basta a demonstração da violação²³⁸.

Com efeito. Já a “supressio” significa perda (supressão) de direito ou faculdade, por não o exercer no tempo oportuno, gerando na parte contrária a expectativa de que não venha a ser exercido; vale dizer: é a perda ou supressão de certo direito ou faculdade, sofrida por uma das partes, por não o haver exercido tempestivamente, criando para a parte contrária a expectativa de que não venha a ser exercido²³⁹.

²³⁷ Decisões proferidas pelo Tribunal paulistano: “Não obstante isso, ainda que não houvesse inadimplemento de cláusula expressa (e há), é importante consignar que houve violação positiva do contrato, em razão da inobservância dos deveres anexos decorrentes da probidade e da boa-fé objetiva. Com efeito, viola às claras os deveres laterais de lealdade, colaboração, cooperação e cuidado, que os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução (art. 422 do Código Civil)” (Ap.nº 1028844-46.2014.8.26.0100, Rel. Des. Edgard Rosa, j. 2/10/2015.); “Assim, apesar de não se poder afirmar um inadimplemento pelo descumprimento da obrigação imputada à ré, que se limitava ao pagamento pela quantidade efetivamente transportada, vislumbra-se a violação positiva do contrato, consistente em um desrespeito à boa-fé objetiva. “ (Ap. nº 0003327-18.2011.8.26.0664, Rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca, j. 21/10/2015.); “Neste sentido, resume Jorge Cesa Ferreira da Silva: “A boa-fé expande as fontes dos deveres obrigacionais, posicionando-se ao lado da vontade e dotando a obrigação de deveres orientados a interesses distintos dos vinculados estritamente à prestação, tais como o não-surgimento de danos decorrentes da prestação realizada ou a realização do melhor adimplemento” (A Boa-fé e a Violação Positiva do Contrato, p. 270). Como consequência, amplia-se o suporte fático do inadimplemento obrigacional, considerando-se violação ao contrato o descumprimento de deveres laterais, a dar lugar não apenas à pretensão ressarcitória, mas igualmente, àqueles outros remédios próprios ao inadimplemento” (Ap. nº 0190253-19.2012.8.26.0100, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, j. 11/09/2015). O STJ também protege o respeito à boa-fé objetiva, reconhecendo o inadimplemento contratual em sua modalidade de violação positiva, consoante se depreende do AREsp 718.523, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 22/06/2015, em que assentou: “Ora, facilmente se observa que os réus descumpriram os deveres anexos à Boa-fé objetiva, tendo praticado a chamada violação positiva do contrato”. Em outra oportunidade o STJ ratifica a objetividade da responsabilidade, conforme se depreende do AREsp 262.823, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 29/04/2015: “Da boa-fé objetiva contratual derivam os chamados deveres anexos ou laterais, entre os quais o dever de informação, colaboração e cooperação. A inobservância desses deveres gera a violação positiva do contrato e sua consequente reparação civil, independente de culpa. “

²³⁸ Nesse diapasão: Enunciado n. 363 CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil: “Os princípios da probidade e da confiança são de ordem pública, estando a parte lesada somente obrigada a demonstrar a existência da violação”.

²³⁹ Hipóteses de aplicação do princípio da “supressio”: (i) do direito de exigir o cumprimento de cláusula de não concorrência constante de contrato cujo cumprimento jamais foi observado; (ii) do direito de pleitear revisão de parcelas contratuais após três anos da rescisão do contrato; (iii) de prerrogativas contratuais não exercidas por muito tempo; (iv) do direito de requerer a demolição de obra construída sem a necessária anuência do condômino, mas por ele tolerada por tempo razoável; (v) do direito da operadora de plano de saúde de reenquadrar os beneficiários de forma abrupta, com aumento substancial do valor da mensalidade, depois de três anos sem fazê-lo; (vi) do direito de obter reajustes previstos no contrato somente três anos depois da sua celebração, não tendo

Reinhard Zimmermann e Simon Whittaker²⁴⁰, estudando o tema, fazem um levantamento sobre a questão levando em consideração o direito europeu e revelam que, além da Alemanha, a Grécia e a Espanha aceitam a perda de direitos em decorrência do lapso temporal, mas com certa parcimônia, a fim de evitar que restem prejudicados os prazos prescricionais. Na Áustria, a matéria é refletida como forma de renúncia tácita por parte do credor. A França tem uma abordagem mais restritiva, em que apenas evidências de renúncia por parte do credor conduziriam à perda de direitos, sendo necessário que, perante a corte, o credor expresse de maneira inequívoca sua intenção de renúncia.

Os mesmos autores ressaltam a praticidade da aplicação do princípio especialmente nos casos de pretensões sujeitas a prazos prescricionais muito longos.²⁴¹

Emilio Betti²⁴² aduz, sobre a “supressio”:

(...) a boa-fé é contemplada como forma de evitar um abuso de direito ou como forma de prevenir uma atuação contrária aos fatos já realizados, criando preclusões segundo uma exigência de coerência entre o comportamento antecedente e o subsequente.

vido cobrados em tempo oportuno; (vii) do direito de proprietário de imóvel de obter indenização pela ocupação irregular deste pois, mesmo tendo sido vencedor em ação de reivindicação, omitiu-se de requerer a imissão na posse por quase cinco anos; (viii) do direito do locatário de usar o armário da garagem após cinco anos em que o locador continuou com o seu uso; (ix) do direito do locador de cobrar o IPTU do locatário após tempo considerável sem a referida cobrança; (x) do direito do proprietário de terreno de cobrar alugueis atrasados por terreno cuja utilização foi permitida por mais de vinte anos de forma gratuita. (xi) do direito do acionista de cobrar dividendos e juros em decorrência de descumprimento de acordo de acionistas após quase vinte anos de inércia. In: FRAZÃO, Ana de Oliveira. Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da supressio. **Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 3, p.587-614, jun. 2011, p. 9-10.

²⁴⁰ ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. **Good Faith in European Contract Law**. New York: Cambridge University Press, 2008, p. 517-531 (In: FRAZÃO, Ana de Oliveira. Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da supressio. **Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 3, p.587-614, jun. 2011.)

²⁴¹ ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. Op. cit., p. 516.

²⁴² BETTI, Emílio. **Teoria geral das obrigações**. Trad. Francisco José Galvão Bruno, Campinas: Bookseller, 2006, p. 110.

Antonio Menezes Cordeiro²⁴³, a respeito, deduz ser a “supressio” uma “situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstâncias, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé.”

A “supressio” tem sido recepcionada por nossos Tribunais, nos mais diversos tipos de relação contratual. Os tribunais brasileiros têm reconhecido a “supressio” avaliando o contexto do caso posto, tendo em consideração não só a falta de propósito para a inércia do credor (que cria um direito para o devedor: “surrectio”), mas também o tempo de inércia, visando a evitar questões relativas à prescrição.²⁴⁴

Na contrapartida da extinção de um direito do credor (pela supressão), nasce um direito ao devedor, a “surrectio”, o qual juridicamente não existia.

²⁴³ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 797.

²⁴⁴ FRAZÃO, Ana de Oliveira. (In: Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da supressio. **Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 3, p.587-614, jun. 2011.), traz, dentre vários outros, os seguintes julgados : ApCiv 2009.001.17109, TJRJ, rel. Carlos Santos de Oliveira, j. 19.05.2009 (“limitação ao exercício de um direito subjetivo pelo decurso de prazo sem que o mesmo tenha sido exercitado, tendo como requisitos, além do lapso temporal, o desequilíbrio entre o benefício haurido pelo credor e aquele impingido ao devedor.”), ApCiv 70001911684, TJRS, rel. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 04.12.2000 (“exige-se (a) decurso de prazo sem exercício do direito com indícios objetivos de que o direito não mais seria exercido e (b) desequilíbrio, pela ação do tempo, entre o benefício do credor e o prejuízo do devedor”); ApCiv 0071023-56.2008.807.0001, TJDF, rel. Nídia Correa Lima, *Dje* 23.06.2010 (“não se aplica à teoria da , que impossibilita o exercício de determinados direitos pelo decurso do tempo, quando não demonstrados ausência de boa-fé por parte do credor e desequilíbrio entre o benefício e o prejuízo suportados pelas partes, em razão do lapso temporal decorrido”), dentre vários outros: ApCiv 70036846012 (TJRS, rel. Dorval Bráulio Marques, j. 29.07.2010), a ApCiv 2009.001.65801 (TJRJ, rel. Miguel Ângelo, j. 03.11.2009), a ApCiv 2008.001.56381 (TJRJ, rel. Marco Aurelio Fores, j. 10.03.2009), a ApCiv 994060176798 (TJSP, rel. Francisco Loureiro, registro de 07.02.2007) e a ApCiv 994000723563 (TJSP, rel. Luís Eduardo Scarabelli, registro de 21.10.2005).

Ainda. Parte da ementa da ApCiv 990092622447 (TJSP, rel. Adilson Araújo, j. 24.08.2010) mostra isso: “(...) 1. - A comercialização dos produtos de outras distribuidoras, em desatendimento à cláusula de exclusividade - “bandeira” - ocorreu com base em liminar judicial decorrente de situação fática que exigia tal providência. Ademais, tudo ocorreu após a extinção do contrato, ressaltando-se que a rescisão contratual de fato já ocorreu há muitos anos, haja vista a deterioração do relacionamento entre as partes contraentes. 2. - Reconhecida na doutrina, com reflexos na jurisprudência, a teoria da deve ser aplicada como instrumento adequado de viabilização da boa-fé objetiva e função social do contrato em busca da efetividade social. Caracteriza-se pela tolerância, a longo prazo, contrária ao que restou pactuado entre as partes, é lenitivo hábil a impedir que a parte que tolera venha exigir da outra o cumprimento e até mesmo eventuais penalidades por conta da forma adversa que sempre foi a prática aceita. 3.- Firmado contrato de comodato de bens, fornecimento de combustíveis e de outros produtos, a inadimplência parcial do autoposto de serviços automotivos, um dos motivos geradores da rescisão, não foi questionada ou exigida pela distribuidora durante anos. Passados alguns anos, ao pedir rescisão contratual, postulou a cobrança da multa de todo o período pretérito, embora também tivesse tido vantagens nesse tempo, o qual gerou débito de valor exorbitante. “

Antonio Menezes Cordeiro²⁴⁵ revela o liame existente entre os princípios, diferenciando a “surrectio” em sentido estrito (que cria um novo direito) da “surrectio” em sentido amplo (resgate de uma liberdade perdida). Assevera o professor que “a *supressio* desenha-se como uma consequência da formação, por *surrectio* ampla, de situação incompatível com a atingida; por outro lado, apaga-se em definitivo, o tempo, como requisito autônomo.”²⁴⁶. Valendo-se das lições de Canaris, deduz que “na *supressio*, não está em jogo a extinção gratuita do direito do titular não exercente, mas antes, o benefício concedido à contraparte.”, razão pela qual “a *supressio* é, apenas, o subproduto da formação, na esfera do beneficiário, seja de um espaço de liberdade onde antes havia adstrição, seja de um direito incompatível com o do titular preterido”²⁴⁷, conduzindo à ilação de que “o verdadeiro fenômeno em jogo é o da *surrectio*, entendida em sentido amplo.”

Pelo princípio do “venire contra factum proprium non potest”, a qualquer pessoa está vedado o exercer seu próprio direito em verdadeira contradição com um comportamento adotado anteriormente, devendo manter a confiança e a lealdade negocial consequentes da boa-fé objetiva. Anderson Schreiber²⁴⁸ destaca os pressupostos para aplicação da proibição do comportamento contraditório: (i) uma conduta inicial; (ii) legítima confiança da outra parte na conservação do sentido objetivo da conduta adotada; (iii) um comportamento contraditório ao sentido objetivo, comportamento esse violador da confiança; e, finalmente, (iv) um dano ou um potencial de dano em face da contradição.

A relevância do dever (anexo à boa-fé objetiva) de respeitar a confiança depositada pelo outro contratante, traduzido no princípio do “venire contra factum proprium”, levou à aprovação do Enunciado nº 362 do Conselho da Justiça Federal, na IV Jornada de Direito Civil, que aduz: “A vedação do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) funda-se na proteção da confiança, como se extrai dos arts. 187 e 422 do Código Civil”.

²⁴⁵ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 821.

²⁴⁶ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Op. cit., p. 823.

²⁴⁷ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. Op. cit., p. 824.

²⁴⁸ SCHREIBER, Anderson. A proibição do comportamento contraditório. Tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 214.

A jurisprudência nacional vem reconhecendo o dever que tem o contratante de não frustrar a perspectiva gerada na outra parte contratante por sua postura negocial de forma ampla e pacífica.

O “leading case” nacional foi a ação intentada pelos agricultores de tomates do município gaúcho de Cangaçu, contra a Companhia Industrial de Conservas Alimentícias - CICA. Os agricultores costumavam receber sementes, no começo da época de plantio, da Companhia Industrial de Conservas Alimentícias-CICA, que depois adquiria toda a produção. Em um dado momento da relação contratual, a CICA resolveu, “simpliciter”, não adquirir os tomates, o que gerou prejuízo aos agricultores. O tribunal rio-grandense entendeu ter a CICA de assumir todo o prejuízo suportado pelos agricultores, pois, ao fornecer as sementes, havia gerado nos agricultores expectativas da venda da safra daquele ano²⁴⁹.

O princípio do “tu quoque”, por sua vez, implica na proibição de que um contratante que violou norma jurídica se aproveite da situação criada por ele mesmo; vale dizer, o “tu quoque” veda que a parte contratante que viola qualquer das obrigações assumidas venha a se valer de sua própria falta para se beneficiar diante do outro contratante.

Nas palavras de José Oliveira de Ascensão, “há situações em que um sujeito, que praticou uma violação atinge a boa-fé se argui violações da outra parte”.²⁵⁰

Judith Martins-Costa, ao analisar a função corretora da boa-fé, faz anotações acerca da fórmula “tu quoque”, lembrando a sua origem, “in verbis”:

Superposta, por vezes, ao “venire contra factum proprium”, por outras se confundindo com o brocardo “nemo auditur propriam turpitudinem allegans” e, ainda, com a exceção de contrato não cumprido, está outra manifestação de vedação ao comportamento contraditório, desta feita expressa na fórmula “tu quoque”, que remonta às célebres palavras finais de Júlio César, apunhalado por Brutus, seu filho adotivo – “tu quoque, Brute, fili mi?” – assim paradigmaticamente expressando a surpresa com a deslealdade de quem mais merecera a sua “fides”.²⁵¹

²⁴⁹ Apelação Civil n. 591028295, TJRS, 5ª Câm. Civ., rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, RJTJRS 154/378.

²⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002. vol. 3, p. 289.

²⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2015, p. 641.

Menezes Cordeiro explica que essa fórmula expressa a regra “pela qual a pessoa que viole uma norma jurídica não poderia, sem abuso, exercer a situação jurídica que essa mesma norma lhe tivesse atribuído”²⁵².

Nossos tribunais vêm reiteradamente adotando o princípio, conforme se deduz dos acórdãos: STJ - REsp 1192678 - j. 13/11/2012 - julgado por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino “Ação declaratória de nulidade de título de crédito. Nota promissória. Assinatura escaneada. Invocação do vício por quem o deu causa. Conduta do emitente, no caso concreto, que deve ser analisada na perspectiva da teoria dos atos próprios, enquadrando-se nas fórmulas jurídicas *venire contra factum proprio* e *tu quoque*, como consectários do princípio da boa-fé objetiva.”; TJRS - ApCiv 70058692161 - j. 15/5/2014 - julgado por Liége Puricelli Pires “ Embargos à execução. Cédula de crédito bancária. Aceitação do pagamento de duas parcelas vencidas. Aplicação posterior de cláusula relacionada ao vencimento antecipado da obrigação. Impossibilidade. *Tu quoque* e *venire contra factum proprium*.”; dentre vários outros.

Como manifestação da proteção à boa-fé na relação obrigacional, a “*exceptio doli*” é a defesa do réu contra ações dolosas, que afrontam a boa-fé. Cristiano de Souza Zanetti²⁵³ aduz que, entre nós, o caso de exceção mais corriqueiro é o de “exceção de contrato não cumprido” (“*exceptio non adimpleti contractus*”) previsto no art. 476 do Código Civil, que proíbe alguém de exigir que a outra parte cumpra com sua obrigação se primeiro não cumprir com a sua própria. Por fim, o “*duty to mitigate the loss*”, mitigação do prejuízo pelo próprio credor, como dever anexo da boa-fé objetiva, foi aprovado pelo Enunciado nº 169 do CJF/STJ, na III Jornada de Direito Civil, em que “O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”.

Esse dever de boa conduta entre as partes já se achava insculpido na Convenção de Viena de 1980, sobre a venda internacional de mercadorias, recentemente ratificada por meio de decreto²⁵⁴. O art. 77 da Convenção dispõe que:

²⁵² MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**. Coimbra: Almedina, 2001, p. 837.

²⁵³ ZANETTI, Cristiano de Souza. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 112-114. O autor apresenta outros casos de “*exceptio doli*” em nosso Código Civil: arts. 175, 190, 273, 274, 281, 294, 302, 837, 906, 915 e 916.

²⁵⁴ Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm.

A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.

Uma vez mais, prestigia-se a boa conduta, a ética como dever das partes contratantes, reconhecendo que é mister que a parte adote conduta compatível com seu próprio interesse, isto é, atenuar o próprio prejuízo.

A propósito, do Informativo nº 439 do Superior Tribunal de Justiça consta importante decisão, cuja ementa é a seguinte:

Direito Civil. Contratos. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelas partes contratantes. Deveres anexos. *Duty to mitigate the loss*. Dever de mitigar o próprio prejuízo. Inércia do credor. Agravamento do dano. Inadimplemento contratual. Recurso improvido. 1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade. 2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico. 3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. *Duty to mitigate the loss*: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. 4. Lição da doutrinadora Vera Maria Jacob de Fradera. Descuido com o dever de mitigar o prejuízo sofrido. O fato de ter deixado o devedor na posse do imóvel por quase 7 (sete) anos, sem que este cumprisse com o seu dever contratual (pagamento das prestações relativas ao contrato de compra e venda), evidencia a ausência de zelo com o patrimônio do credor, com o conseqüente agravamento significativo das perdas, uma vez que a realização mais célere dos atos de defesa possessória diminuiriam a extensão do dano. 5. Violação ao princípio da boa-fé objetiva. Caracterização de inadimplemento contratual a justificar a penalidade imposta pela Corte originária, (exclusão de um ano de ressarcimento). 6. Recurso improvido.²⁵⁵

Pelo que aqui se expôs, resta evidente que tais institutos jurídicos, advindos do direito estrangeiro, deixam patente a efetividade do princípio da boa-fé objetiva, devendo o operador do direito analisar o direito privado sob a ótica da ética, do uso comedido do direito e da boa-

²⁵⁵ STJ, REsp 758.518/PR, Terceira Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, julgado em 17.06.2010, DJe 01.07.2010.

fé. Não obstante todo o deduzido, há o operador do direito de ter cautela na aplicação da cláusula geral, sob pena de banalizar seu sentido.

No que toca aos contratos empresariais, tais conceitos trazidos do direito comparado têm de ser aplicados com muita parcimônia, tendo em conta que “a modificação tácita dos contratos pode acarretar situações de risco para as empresas”²⁵⁶.

Assim é, com efeito. Lançar mão de forma descuidada da “supressio”, do “surrectio”, da proibição do “venire contra factum proprium” e do “tu quoque”, nas relações empresariais, certamente criará insegurança para os empresários, que recearão, em se afastando dos termos pactuados, perder o direito de cobrar o que estava pactuado quando da formação do contrato.

No direito comercial, tem sentido a aplicação do instituto se, “no caso concreto, sua introdução contribuir para o bom fluxo de relações econômicas - e não para alcançar a tutela do contraente que se afasta do instrumento assinado.”²⁵⁷ Em face de circunstâncias adversas, é natural nas relações empresariais que se flexibilizem temporariamente os termos do que fora ajustado, o que revela, inclusive, espírito de colaboração entre as partes.

Diante desses institutos, certamente “a parte que pretende ser maleável diante da adversidade enfrentada pelo parceiro é forçada a adotar a prática (custosa e não usual) de documentar a alteração.”²⁵⁸. Assim, a fim de evitar tal situação e incentivar a colaboração e complacência nas relações empresariais, mister é tomar o texto contratual original como forma de traduzir a verdadeira intenção das partes, contrariamente ao que vem sendo entendido por alguns Tribunais.

Nas palavras de Paula Forgioni, é de suma importância que se observem “os padrões de mercado em que atuam os contratantes para apreender se efetivamente, o

²⁵⁶ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2ª ed. ver., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 97.

²⁵⁷ FORGIONI, Paula. Op. cit., p. 97.

²⁵⁸ FORGIONI, Paula. Op. cit., p. 97.

comportamento da parte que abriu mão de seu direito gerou, na outra, expectativa de adoção perene do novo padrão.²⁵⁹

Finalmente, em se tratando de “inadimplemento eficiente dos contratos”, objeto deste trabalho, não podemos ignorar que a boa-fé objetiva desempenha função de extrema importância, o que se verá mais adiante.

3.3.7. A cláusula “rebus sic stantibus” e a manutenção do equilíbrio contratual.

Através do desenrolar da história, várias foram as tentativas de se realizarem construções jurídicas que visavam a disciplinar a revisão e a resolução dos contratos, em decorrência de mudanças nas circunstâncias em que o contrato foi celebrado.

A mais tradicional figura utilizada para revisão dos contratos é, sem a menor dúvida, a cláusula “rebus sic stantibus”, que surgiu na Idade Média e teve sua decadência no século XVIII porque, na forma como estava estruturada na época, trazia uma enorme insegurança jurídica para a sociedade.

Posteriormente, no século XX, surgiu a teoria da imprevisão, nascida na França, em seus tribunais superiores administrativos, em face do desequilíbrio econômico provocado pelo descontrolado aumento de preço do carvão.²⁶⁰

Em seguida, surgiu a teoria da onerosidade excessiva, na Itália, contemplada no “Código Civile” de 1942, que em seu art. 1467 determinava: “Nos contratos de execução continuada ou periódica, ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa por verificarem-se eventos extraordinários ou imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode demandar a resolução do contrato”.

No direito civil brasileiro a cláusula “rebus sic stantibus”, usada quase com o mesmo sentido da teoria da imprevisão, surgiu com força no final do século passado, quando vivemos

²⁵⁹ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2ª ed. ver., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 98.

²⁶⁰ In http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5890. Acessado em abril/2015.

momentos conturbados na economia nacional, especialmente pelo aumento desenfreado do dólar norte-americano, o que trouxe um forte desequilíbrio nas relações contratuais, onerando sobremaneira uma das partes contratantes.

Com o advento do atual Código Civil, a teoria da imprevisão passou a ser expressamente prevista. O nosso código prevê a possibilidade de resolução dos contratos por onerosidade excessiva (art. 478²⁶¹), mas não como imposição, já que o art. 479, do mesmo diploma, traz em seu bojo a possibilidade de renegociação da avença para trazê-la à realidade econômica²⁶².

Além disso, o Código Civil também dispôs, em seu art. 480²⁶³, que, quando a obrigação contratual couber a apenas uma das partes, esta pode pedir sua resolução, para evitar a onerosidade excessiva.

Tal possibilidade (revisão, resolução dos contratos) encontra respaldo no princípio da equivalência material dos contratos, ou do equilíbrio contratual.

Para Paulo Lôbo,

O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias possam ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária e da razoabilidade.²⁶⁴

²⁶¹ 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.

²⁶² Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

²⁶³ 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.

²⁶⁴ LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.70.

Como já ressaltado no item acima, o princípio da obrigatoriedade foi mitigado, mas não desapareceu. Aliás, nem seria possível, sob pena de se gerar insegurança jurídica. Na atualidade, não mais se vislumbra a hipótese de proveito injustificado de uma das partes em detrimento da outra.

Mas como bem pondera Lúcia Ancona Lopes de Magalhaes Dias²⁶⁵, o pedido de revisão ou resolução judicial do contrato é uma exceção à regra do “pacta sunt servanda” que somente pode ser aceita em nosso ordenamento jurídico em casos excepcionais, em que se verifique uma excessiva e superveniente desproporção entre a prestação e a contraprestação contratadas.

A cláusula “rebus sic stantibus” não é (e nem pode ser) uma tábua de salvação para aqueles que fazem maus negócios, nem para corrigir toda e qualquer distorção contratual decorrente da prolongada execução do contrato. A sua incidência é restrita à hipótese legal, que contempla os seguintes requisitos cumulativos: (i) contratos de execução continuada ou diferida, (ii) em que a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa, (iii) com extrema vantagem para a outra, e (iv) em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis (art. 478, CC).

E, em se tratando de contratos empresariais, a avaliação desses requisitos, tendo em consideração o pactuado pelas partes, deve ser feita com muito mais critério e rigor, segundo a orientação principiológica contratual, de forma que se preserve a segurança e a efetividade das relações empresariais e o conseqüente impacto no meio social. Quanto maior a segurança e previsibilidade do respeito ao pactuado nos contratos, maior é o fluxo de relações econômicas.

É certo que quando da celebração do contrato as partes não têm condições de prever todas as contingências futuras. Inevitavelmente faltarão dados sobre a outra parte, sobre possíveis desdobramentos do ambiente. Por essa razão, os agentes econômicos não contratam com racionalidade plena e onisciente, mas com racionalidade limitada.

O direito empresarial reconhece a impossibilidade de o empresário deter todas as informações relacionadas à transação e ao futuro. E tanto é assim que o sistema jurídico criou

²⁶⁵ DIAS, Lúcia Ancona Lopes de Magalhaes. **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 385.

mecanismos para lidar com a incompletude contratual. Um exemplo relevante é justamente o de evento imprevisto e imprevisível, capaz de alterar profundamente a economia contratual²⁶⁶.

Especialmente nos contratos de longo prazo, maiores são as ocorrências e os impactos de sua incompletude. A incerteza sobre a probabilidade e o impacto dos eventos futuros nos contratos de longo prazo confere diferentes alternativas ao empresário: ou precificar a incerteza - o que oneraria a operação - ou a assunção de maiores riscos - que acarretaria desequilíbrio econômico-financeiro ensejando tomada de decisão entre: (i) assumir elevados prejuízos/lucros, (ii) revisão ou (iii) rescisão de contratos no futuro.

3.3.8 A revisão e resolução dos contratos: requisitos e limites.

A história tem nos revelado que em todos os momentos de crise ou de recessão o mercado se agita, as especulações crescem, o clima de insegurança fica exacerbado e, como conseqüente, o meio empresarial (para não desgarrar do nosso tema) passa a tentar encontrar alternativas que lhes permitam sobreviver à tempestade.

As empresas renegociam suas dívidas, seus contratos, suspendem pagamentos, executam seus clientes e fornecedores, demitem empregados, pedem falência, recuperação judicial, enfim, qualquer tipo de medida eficiente que lhes permita melhor fôlego financeiro para atravessar a crise.

No entanto, todas essas medidas trazem sérios impactos ao mercado e, na maioria das vezes, agravam ainda mais a crise. É nesse contexto que a revisão ou resolução judicial de certos contratos empresariais encontra papel de destaque no meio socioeconômico, como instrumento, se não de neutralização, ao menos de contenção dos efeitos da crise.

Mas há de se ter cautela, pois esses mecanismos, se não forem bem empregados nos casos que efetivamente justifiquem a intervenção estatal (seja via Poder Judiciário, seja via Arbitragem), certamente trarão o efeito oposto ao desejado, agravando ainda mais a crise.

²⁶⁶ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2ª ed. ver., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 153.

Assim, faz-se necessária a análise da crise instaurada e se essa crise econômica ensejaria, ou não, a resolução ou revisão contratual.

A crise por si só não é motivo para qualquer tipo de intervenção estatal na relação privada. No entanto, em determinadas relações jurídico-contratuais, efeitos específicos da crise (como, por exemplo, alta acentuada e inesperada do dólar, quebra inesperada de instituição financeira, repentina hiperinflação etc.) podem ser, dependendo do caso, considerados como fundamento relevante para autorizar a revisão contratual.

Os contratos empresariais firmados encontram-se sempre sob a égide da teoria da imprevisão, que tende a ser mais atuante em momentos de crise, para corrigir distorções e injustiças no âmbito contratual que os efeitos da crise eventualmente tenham criado.

Não resta dúvida de que o momento de crise (que tem reflexo em vários setores da economia e, portanto, em diversos contratos dos quais a mesma não foi parte signatária), poderia ensejar a revisão e até mesmo a resolução dos contratos. Não obstante, haverá o aplicador do direito de analisar caso a caso, com a finalidade de verificar, à luz da principiologia contratual, se os requisitos de revisão ou resolução contratual estão presentes na situação apresentada.

De todo pertinente lembrar que quase todos os contratos podem sofrer desequilíbrio com eventual crise político-econômica, porém, nem todos devem ser revistos ou resolvidos, razão pela qual caberá ao operador do direito avaliar o caso concreto.

Como vimos, a incidência da teoria da imprevisão é restrita à hipótese legal, dependendo da presença simultânea dos seguintes requisitos: (i) contratos de execução continuada ou diferida, (ii) em que a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa, (iii) com extrema vantagem para a outra, e (iv) em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis (art. 478, CC).

E o grande problema com o qual nos deparamos é justamente tentar definir de forma objetiva cada um desses requisitos no caso concreto. A tarefa do aplicador do direito é das mais difíceis.

Parece claramente não haver maiores dúvidas quanto à interpretação do requisito “contrato de execução continuada ou diferida”: são aqueles cujas obrigações ou prestações se

prologam ou se postergam no tempo²⁶⁷ (contrapõem-se aos contratos instantâneos, que se realizam num único momento).

A tarefa árdua nesse ponto é, quando muito, estabelecer qual o período de tempo do contrato que, uma vez decorrido, passa a justificar a sua resolução ou revisão. A nosso ver, não existe fórmula para tanto, somente o caso concreto e as circunstâncias incidentes é que poderão orientar a decisão.

E não poderia ser diferente, pois que o nosso sistema atual é de cláusulas gerais, cláusulas abertas, cabendo ao operador do direito analisar o fato concreto, valorá-lo e aplicar a norma mais justa e menos gravosa (tanto para os contratantes quanto para a sociedade).²⁶⁸

O requisito da onerosidade excessiva já traz maiores e mais graves problemas.

Não obstante os contratos possam ser gratuitos ou onerosos, a onerosidade aqui referida como requisito deve ser interpretada como proibição ao enriquecimento (ou empobrecimento) sem causa de uma das partes do contrato.

Não havendo mais equilíbrio contratual, o sinalagma, é possível a revisão ou resolução do contato que deu origem à avença, em face dos princípios da função social dos contratos e da boa-fé objetiva.

Nesse sentido, foi aprovado na IV Jornada de Direito Civil o Enunciado nº 365 CJF/STJ, que prevê que “a extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento accidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena”.

Nesse ponto, uma vez mais, nos deparamos com o fato de não existir um “quantum” de desequilíbrio que justifique a resolução dos contratos. Para o rompimento do sinalagma basta que a onerosidade excessiva supere o risco natural que há no contrato, e muitas vezes essa

²⁶⁷ Exemplificando, contrato de fornecimento é um deles.

²⁶⁸ Pode-se asseverar que “o verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa”, de acordo com o que aduz Karl Engisch (In: **Introdução ao pensamento jurídico**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964, p. 193), sendo certo que se opta pela utilização de expressões vagas, relacionadas a padrões gerais de conduta da coletividade, como, por exemplo, boa-fé (arts. 113, 187 e 422 do CC) e bons costumes (arts. 113 e 187 do CC, dentre outros dispositivos). Compete ao aplicador, diante do sistema de cláusulas gerais, completar o trabalho do legislador, criando o direito caso a caso (concretude).

onerosidade não se manifesta de maneira individual, mas de maneira geral, afetando toda uma classe. Nesse sentido Renato José Moraes sustenta que:

Como quase sempre há riscos em contratos de execução diferida ou continuada, é necessário verificar a natureza do tipo negocial e a intenção concreta das partes, que aceitaram uma álea determinada, e não qualquer variação incontrolável dos valores contratuais. Se essa variação superar o que razoavelmente acontece em contratos daquele tipo específico, a revisão ou a resolução poderão ser concedidas à parte prejudicada²⁶⁹

No mesmo sentido, o Prof. Álvaro Villaça já se manifestou, asseverando: “(...) é melhor utilizar o princípio da onerosidade excessiva, fora do âmbito mais amplo da teoria da imprevisão, porque ele mede, objetivamente, o desequilíbrio no contrato, com a insuportabilidade de seu cumprimento por um dos contratantes.”²⁷⁰. E continua o autor:

Cabe, no caso de desequilíbrio contratual, causado por onerosidade excessiva, uma revisão nos termos do contrato, que implica a atualização dos valores nele consignados, para que não restem as partes contratantes fora da realidade de seu querer inicial ou quando ele é totalmente alterado pela situação posterior.

Assim, ante a impossibilidade de cumprimento obrigacional, pela onerosidade excessiva, deve a parte prejudicada requerer judicialmente a revisão do contrato, podendo a outra parte opor-se a esse pedido, pleiteando a resolução contratual (extinção do contrato, por motivo alheio à vontade das partes; sem culpa, portanto, e sem qualquer indenização). É desse modo, entendo, porque ninguém pode sofrer intervenção revisional em seu contrato, contra sua vontade. Isso implicaria em alteração nas cláusulas contratuais, por obra do Poder Judiciário (terceiro), não contratante, que estaria, assim, a criar obrigações não pactuadas.

Não sendo possível a revisão proposta, entendendo que o contrato se resolve:

Desse modo, caso as partes contratantes ou uma delas não concorde com o resultado da revisão judicial proposta e malograda, deverá o juiz declarar resolvido o contrato. Essa liberdade existe, porque não pode o juiz, pelo mesmo princípio da bilateralidade dos contratos, decidir sobre a alteração,

²⁶⁹ MORAES, Renato José. Alteração das circunstâncias negociais. Gilberto Haddad & Pereira Júnior, Antonio Jorge (coord.), **Direito dos Contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 148

²⁷⁰ In: **Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos**. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5890. Acesso em abril/2015.

unilateralmente, a não ser que os contratantes tenham estabelecido cláusula de arbitragem. Nesse caso, nada impede que o árbitro seja o juiz de direito ou um terceiro.²⁷¹

Além disso, exige a lei atual que o desequilíbrio consista de grande vantagem de uma das partes em detrimento da outra.

O requisito é uma novidade trazida pelo Código Civil de 2002, mas apesar disso os tribunais consideram a vantagem indevida de uma das partes tão somente como um reforço ou uma espécie de requisito relativo, não essencial à aplicação da teoria da imprevisão. Parece-nos correta a jurisprudência, pois para que uma das partes contratantes tenha sofrido perda, não há necessidade de que a outra tenha tido um ganho espetacular.

Finalmente, o último e também controvertido requisito toma forma a partir de um fato extraordinário e imprevisível e que seja potente o suficiente para causar relevante desequilíbrio das prestações numa relação contratual. O fato extraordinário deve incidir objetivamente na relação contratual, de modo que a simples modificação das condições econômicas das partes não enseja a possibilidade de revisão ou resolução do contrato. Mas a grande questão que resta é: o que seriam fatos imprevisíveis na atual conjuntura econômica tão globalizada?

A jurisprudência brasileira ainda não pacificou um entendimento a respeito do tema, mas nossos tribunais sempre consideraram o fato imprevisto tendo em vista o mercado (externalidades), e não as partes signatárias do contrato. Nesse sentido, a Superior Corte de Justiça já entendeu que:

Civil. Teoria da Imprevisão. A Escalada Inflacionária não é um fator imprevisível, tanto mais quando avençada pelas partes a incidência de Correção Monetária precedentes. Recurso não conhecido (STJ, REsp 87.226/DF (9600074062), Rel. Min. Costa Leite, Decisão: por unanimidade, não conhecer do Recurso Especial, j. 21.05.1996, 3.^a Turma, DJ 05.08.1996, p. 26.352. Veja: AgA 12.795/RJ, AgA 51.186/SP, AgA 58.430/SP).

271

Não obstante tal entendimento, dois enunciados do Conselho da Justiça Federal e do Superior Tribunal de Justiça, aprovados nas Jornadas de Direito Civil²⁷², trazem luz para a solução do que vem a ser “fator imprevisibilidade”.

Vejam os. O Enunciado nº 17, aprovado pela I Jornada de Direito Civil, determina que “a interpretação da expressão “motivos imprevisíveis”, constante do art. 317 do Código Civil, deve abarcar tanto as causas de desproporção não previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis”. O enunciado determina que se leve em consideração critérios subjetivos, relacionados com as partes contratantes e não com o mercado, mantendo o sinalagma do ajuste inicialmente entabulado.

Nesse mesmo diapasão, o Enunciado nº 175, referente ao art. 478 do CC, determina que: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”. Repetiu-se, aqui, a mesma regra insculpida no Enunciado nº 17, ou seja, faz-se uma análise subjetiva da relação contratual.

Seja como for, o acontecimento extraordinário e imprevisível deve necessariamente ser posterior à celebração do contrato. Se a anteceder, não haverá imprevisão. O desconhecimento das partes sobre determinado fato ou acontecimento de seu interesse configura negligência²⁷³.

Assim, para que possa haver a revisão ou resolução contratual por fatos imprevisíveis, que geraram desproporção contratual, os fatos supervenientes devem ser alheios à vontade das partes e à sua atuação culposa²⁷⁴.

No tocante à revisão (por onerosidade excessiva) dos contratos advindos de relações empresariais, Antonio Junqueira Azevedo é enfático ao asseverar que:

²⁷² In <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>, Acessado em abril de 2016

²⁷³ ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. CASCALDI, Luís de Carvalho. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 457.

²⁷⁴ Como se verá adiante, em capítulo próprio, a teoria do inadimplemento eficiente não guarda relação com tais situações em que seria possível a revisão judicial dos contratos, pois seu fundamento seria a perda da eficiência econômica da operação entabulada pelas partes.

Os contratos empresariais teriam um regime de menor interferência judicial: neles, por exemplo, não caberia revisão judicial por questões de onerosidade excessiva subjetiva, - possível, porém, sob a ideia de função social, quando se trata de pessoa humana (...). Uma entidade jurídica empresarial ineficiente pode – ou até mesmo deve – ser expulsa do mercado (...).²⁷⁵

De toda sorte, é sempre bom ter em mente que o Poder Judiciário deve aplicar as normas de revisão e resolução contratual por onerosidade excessiva com parcimônia e de modo razoável. Do contrário, em vez de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o instituto pode servir como instrumento para causar prejuízos ao credor e gerar insegurança contratual e, talvez, até um caos na economia. Tal assertiva é corroborada não só pelo caso da soja verde, acima descrito, mas também pelo impacto que poderá ser produzido pela discussão judicial perante o Supremo Tribunal Federal a respeito do pedido de revisão dos juros entabulados nos contratos firmados entre os Estados e a União.

Com efeito. O Estado de Santa Catarina²⁷⁶ impetrou Mandado de Segurança (nº 34023) no Supremo Tribunal Federal (STF), através do qual propugnou: (i) pelo gozo imediato de novas e mais favoráveis condições contratuais de sua dívida junto à União, nos termos dispostos na Lei Complementar nº 148, de 25 de novembro de 2014 (LCP nº 148), sem que tivesse de assinar termo aditivo ou tomar qualquer outra providência que impedisse ou retardasse a aplicação dos novos parâmetros financeiros previstos na citada Lei Complementar, a fim de não restar caracterizada a inadimplência do Estado e de ser obstada a execução das penalidades contratuais por inadimplência; e (ii) pelo recálculo de sua dívida, desde o início do contrato (31/03/1998), com base na taxa Selic capitalizada pelo método de juros simples, e não da forma pactuada (juros compostos), com a imediata redução do saldo devedor em decorrência desse recálculo.

Com o pedido de revisão judicial do contrato acerca do cálculo dos juros, os Estados reavivaram matéria já antigamente discutida e que, já no passado, provocou efeitos nefastos na economia, promovendo a elevação dos custos para a obtenção de empréstimos.

²⁷⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.186.

²⁷⁶ Vários outros Estados seguiram nessa mesma esteira.

A medida judicial é uma “(...) ameaça potencial à segurança jurídica das operações de poupança e empréstimo(...)”²⁷⁷. A discussão foi suspensa devido a pedido de vistas²⁷⁸.

A retomada da discussão sobre o alcance da vedação à utilização de juros compostos em operações de crédito traz sérios riscos à sociedade em geral, pois uma decisão de caráter definitivo que seja favorável ao(s) Estado(s) poderá ser um precedente “(...) para a retomada de demandas para limitação do uso de juros compostos em várias outras operações, de caráter público ou privado.”²⁷⁹, o que certamente afetará sobremaneira a economia, uma vez que “(...) a remuneração dos poupadores continuará sujeita a juros compostos, enquanto a captação de recursos pelas instituições financeiras não terá o mesmo tratamento.”²⁸⁰

Eventual decisão favorável aos Estados desencadeará um sem-número de ações da mesma natureza que gerará um caos econômico, pois a remuneração das cadernetas de poupança, diversos sistemas de financiamento, vendas financiadas de imóveis e bens duráveis, empresas que detêm créditos de financiamentos e a própria dívida pública da União, que serve de lastro a diversas aplicações financeiras, podem vir a ter a forma de capitalização de juros questionada, por estarem contratados com juros compostos.

Nas palavras de Marcos José Mendes e Daniel Melo Nunes de Carvalho, no “(...) curto prazo, ganhariam os devedores e perderiam os credores. No médio e longo prazo, perderíamos todos, pela desestruturação do sistema de poupança e empréstimo.”²⁸¹.

²⁷⁷ MENDES, Marcos José; CARVALHO, Daniel Melo Nunes de. **O pleito do Estado de Santa Catarina junto ao STF para revisão de sua dívida com a União**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2016 (Boletim Legislativo nº 47, de 2016). Disponível em www.senado.leg.br/estudos. Acessado em junho/2016, p. 18.

²⁷⁸ Segundo informações veiculadas pela imprensa nacional, a Ministra Cármen Lúcia, em seu voto, alertou para a insegurança advinda da discussão da matéria em face do efeito econômico que daí pode resultar: “A divergência seguiu algumas das balizas traçadas pelo Banco Central, mas circulou principalmente o entendimento da ministra Cármen Lúcia. Em uma Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada contra a MP 2.170-36, cujo julgamento foi interrompido há oito anos por pedido de vista e nunca foi retomado, a ministra abriu a divergência. Explicou que a urgência e relevância estavam, sim, presentes. A relevância era a regulação das operações de crédito do sistema financeiro. A urgência estava no contexto da época: a insegurança levou ao encarecimento dos juros e ao aumento do spread (diferença entre o preço pago pelo banco e o cobrado ao consumidor em empréstimos), que justificaram uma ação imediata do governo federal. “ Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-fev-04/supremo-autorizacapitalizacao-juros-emprestimos-bancarios>. Acessado em julho/2016.

²⁷⁹ MENDES, Marcos José; CARVALHO, Daniel Melo Nunes de. Op. cit. p. 19.

²⁸⁰ MENDES, Marcos José; CARVALHO, Daniel Melo Nunes de. Op. cit., p. 19.

²⁸¹ MENDES, Marcos José; CARVALHO, Daniel Melo Nunes de. Op. cit., p. 20.

Em se tratando de contratos empresariais, é de suma importância o cuidado na aplicação da revisão judicial dos contratos.

Os agentes, ao contratar, como já asseverado, têm racionalidade limitada. A incompletude natural dos contratos empresariais, gerada pela impossibilidade de previsão do futuro; a improbabilidade do acontecimento de certos eventos; a imprecisão da expressão do acordo em razão da inexatidão da linguagem; expõem as partes ao risco de suportar os efeitos de uma situação não prevista.

As oscilações de mercado ou as inovações tecnológicas podem modificar a relação custo-benefício das prestações pactuadas. Ainda que algumas situações possam ser gerenciadas com a utilização de mecanismos de adequação, a incompletude do contrato torna-se relevante quando nenhuma cláusula contratual oferece eficiência aos eventos supervenientes. Nessa hipótese, segundo Paula Forgioni²⁸², as partes não têm outra alternativa que não a renegociação dos termos do contrato ou sua resolução em face justamente da perda da eficiência econômica.

A perda da função econômica do contrato empresarial implica na perda de sua razão de existir, devendo ser admitida a hipótese de a parte o resolver, sob pena de se lhe impor cumprir a prestação com prejuízo.

Em face de todo esse contexto, os princípios tratados nos tópicos precedentes representam a mais importante ferramenta de interpretação dos requisitos da teoria da imprevisão, que não podem ser analisados de forma isolada e dissociada do seu contexto. Tais requisitos encontram efetividade e fundamento apenas no caso concreto, de acordo com as peculiaridades de cada situação, com as bases objetivas do negócio, tudo em face da principiologia contratual, que deve ser vista de maneira mais restrita quando estivermos diante de contratos empresariais, sob pena de “falirmos” o sistema socioeconômico.

²⁸² FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2ª ed. ver., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 154.

CAPÍTULO 4 - DIREITO CONTRATUAL NO “COMMON LAW” NORTE-AMERICANO.

No presente capítulo (e no seguinte) utilizaremos diversas obras publicadas pelo Professor Doutor Luciano Benetti Timm, pois nas últimas duas décadas foi ele quem mais se debruçou sobre o estudo comparado entre o Direito Contratual Norte-Americano e o Direito Contratual Brasileiro sob a ótica da Análise Econômica do Direito, que é o que nos interessa no presente trabalho²⁸³.

E, de fato, como bem lembra o autor, o Direito Contratual Comparado levado a efeito pela doutrina nacional baseia-se no Direito Europeu Continental (a família jurídica romano-germânica, ou do “Civil Law”). Não encontramos, dentre os mais relevantes tratados de Direito Contratual Brasileiro, referências ao Direito Norte-Americano (integrante da família do “Common Law”), muito provavelmente pelas razões históricas esposadas no capítulo 1 deste trabalho. Ou seja, no “Common Law”, especialmente no Direito Contratual, a norma jurídica, tendo seu nascedouro na jurisprudência dos tribunais, não serviria como paradigma para a compreensão do Direito Contratual Brasileiro, já que nossas raízes estão na família jurídica romano-germânica, isto é, temos um Código Civil e leis específicas que regem o direito contratual²⁸⁴.

No entanto, como a teoria da quebra eficiente dos contratos, que é o objeto do presente trabalho, tem sua origem no Direito Norte-Americano, mister é que conheçamos como o sistema contratual daquele país opera, uma vez que, quando da análise mais profunda do que seja e como funciona a “efficient breach of contract”, teremos que nos valer desse conhecimento para poder concluir a respeito da possibilidade de aplicação da teoria em nosso sistema.

Nesse sentido, com muita propriedade, assevera Luciano B. Timm que, a despeito de tal fato,

(...) se considerarmos que um sistema econômico capitalista e uma sociedade democrática giram em torno de instituições jurídicas elementares e

²⁸³ Aproveitamos para agradecer ao Professor Timm pela calorosa recepção e atenção que nos foi dispensada.

²⁸⁴ TIMM, Luciano Benetti. Common Law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 12-13.

estruturantes, tanto do mercado como do regime político, seremos forçados a concluir que os problemas humanos típicos desse modelo de organização social tendem a se repetir em diferentes países e que as respostas encontradas não são tão diferentes quanto imaginadas. Portanto, ainda que com nomes diversos (e aplicados por procedimentos diferentes), um sistema de mercado girará em torno de regras sobre contratos, responsabilidade civil, propriedade, herança, posse. Assim como um regime democrático disciplinará os direitos fundamentais dos indivíduos, o direito a voto, o direito administrativo, etc.²⁸⁵

Como dissemos, não há como simplesmente importarmos a teoria, mas há como fazermos as adaptações necessárias para que se possa vislumbrar a hipótese de sua utilização no Direito Brasileiro. Assim, como não poderia deixar de ser, neste capítulo faremos um estudo comparativo entre o Direito Norte-Americano e o Direito Contratual Brasileiro, a fim de avaliarmos em que medida poderemos adotar a teoria da quebra eficiente dos contratos em nosso sistema²⁸⁶. O conhecimento das peculiaridades de sua ordem jurídica contratual é mister, a fim de se evitar equívocos comuns, especialmente de linguagem.

Nas palavras de Luciano B. Timm:

A idéia (*sic*), portanto, é lançar as bases para um novo Direito Contratual Brasileiro menos dogmático e mais “responsivo” às necessidades de uma sociedade estruturada em regime de mercado, tendo como eixo comparativo o Direito Norte-Americano. E, além disso, aproveitar a comparação para buscar paradigmas de criação e interpretação de normas jurídicas hoje em vigor no Brasil atinentes à regulação dos contratos a partir do modelo do “Common Law”. (...) Os contratos são a roupagem jurídica de uma operação econômica. Portanto, quanto mais complexo o sistema de mercado, presume-se que mais desenvolvido será o seu Direito Contratual. Por isso, é relativamente natural que o Direito Norte-Americano seja um bom paradigma comparativo para o Brasil.²⁸⁷

²⁸⁵ TIMM, Luciano Benetti. Common Law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 13.

²⁸⁶ Para Luciano Benetti essa espécie de estudo poderia servir de proposta para alterações em nosso ordenamento, se tais estudos levarem à conclusão de que, nos Estados Unidos, o Direito Contratual é mais eficiente. In: TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 13.

²⁸⁷ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 13-14.

4.1. Características do contrato.

Inicialmente, é interessante destacar que nos Estados Unidos há grande pragmatismo do ensino e da prática jurídica²⁸⁸, enquanto que, por outro lado, há maior nível de abstração no ensino jurídico no Brasil, assim como em outros países de formação jurídica da “Civil Law”. Seguindo esta linha, parte significativa dos livros norte-americanos de Direito contratual preferem não definir contrato, apenas discorrendo sobre seus elementos.

Em termos gerais, e como já asseverado no capítulo 1, por razões históricas, há uma grande diferença cultural entre os juristas brasileiros e os norte-americanos²⁸⁹, sendo estes contrários a grandes teorias, especialmente em matéria contratual, chegando a tal ponto de não existir uma definição de contrato²⁹⁰.

Mas com a consolidação da doutrina jurídica norte-americana, no Segundo “Restatement” de Contratos, a definição de contrato aparece como sendo “(...) a promessa ou o conjunto de promessas para cujo descumprimento o Direito oferece um remédio, ou cujo cumprimento o Direito de certo modo reconhece como um dever”.²⁹¹

Para o Direito Norte-Americano só existe contrato quando houver uma ou mais pessoas que se obriguem, perante outra (ou outras), a fazer alguma coisa (“promise”) ou a dar alguma coisa (“performance”).²⁹²

²⁸⁸ In: TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 15 e GORIN, S.; PITTS, D. A educação em direito nos Estados Unidos. **Questões de Democracia**, v. 7, nº 2, ago/2002.

²⁸⁹ A respeito das grandes famílias de direito e sua classificação, por todos, consultar: DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 44-48.

²⁹⁰ CALAMARI, John; PERILLO, Joseph. **The law of contracts**. 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 1: “Nenhuma definição inteiramente satisfatória do termo “contrato” foi jamais construída”

²⁹¹ Parágrafo 1º, Tradução livre de: “A contract is a promise or a set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty.” Disponível em [http://www.lexinter.net/LOTWV4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWV4/restatement_(second)_of_contracts.htm). Acesso em nov/2015. Importante ressaltar, a este respeito, que dos cinquenta estados norte-americanos, somente a Louisiana não adotou plenamente o UCC, rejeitando o disposto no artigo II, que diz respeito aos contratos de venda de bens tangíveis.

²⁹² Vale dizer, para o direito americano doação não é contrato. A respeito, consultar: Frey, Martin A.; Frey Phyllis H.. **Essentials of contract law**. New York: West Thomson Learning, 2001, p. 25-31.

“Prima facie”, há muita semelhança com os contratos regidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, mas a grande diferença reside no elemento da “consideration”²⁹³, que é a imprescindível existência de uma contraprestação ou preço, nas relações contratuais; vale dizer, o elemento da “consideration” no sistema de “Common Law” impõe a existência de uma operação econômica²⁹⁴ ao lado dos elementos *capacidade* e *objeto* do contrato, isto é, a mutualidade de obrigações tem de vir corporificada no contrato através da “consideration”.

Não obstante, há situações em que, a despeito de estar ausente a “consideration”²⁹⁵, o importante valor da confiança entre as partes contratantes é protegido, na medida que a promessa entabulada pode gerar uma expectativa real no outro contratante. Tais situações levaram os tribunais a proteger essa confiança engendrada entre as partes, o que se passou a denominar “promissory estoppel”.

A promessa, nessa hipótese, ainda que não esteja presente a “consideration”, deve observar o seguinte: (i) o beneficiário da promessa deve depositar significativa confiança no cumprimento do ajustado; (ii) deve haver a possibilidade de essa confiança ter sido previsível para o promitente; (iii) deve estar presente a condição de que a injustiça da situação só pode ser evitada cumprindo-se o prometido²⁹⁶.

A doutrina estrangeira²⁹⁷ traz como importante julgado a respeito o caso Allen M. Campbell Co., General Contractors, Inc., “versus” Virginia Metal Industries, Inc., 708 F.2d 930 (4th Cir. 1983) - 36 UCC Rep.Serv. [384], em que a empresa autora (Allen Campbell Co.), em processo de licitação para construir casas em Camp LeJeune – Carolina do Norte para a Marinha norte-americana, pediu cotação à empresa Virginia Metal e esta cotou o preço de portas e

²⁹³ Também aqui optamos por não traduzir a expressão, tendo em vista que não há, na doutrina nacional, uma expressão correspondente em português.

²⁹⁴ Operação de barganha, de troca de bens e serviços, que ocorre no mercado. Para FARNSWORTH, Alan. (**Contracts**. 4. ed. New York: Aspen, 2004, p. 5): “Troca é a pedra de toque de qualquer sistema econômico que repousa sobre a livre iniciativa como o nosso faz. Esse sistema aloca os recursos largamente pelas trocas bilaterais arranjadas de acordo com as barganhas entre indivíduos”.

²⁹⁵ In: ATIYAH, P.S. **Essays on Contract**. New York: Oxford University Press, 1995, p. 219-220.

²⁹⁶ São os dizeres do “Restatement, Second”, parágrafo 90: “A promise which the promisor should reasonably expect to induce action or forbearance on the part of the promisee or a third person and which does induce such action or forbearance is binding if injustice can be avoided only by enforcement of the promise. The remedy granted for breach may be limited as justice requires.” In: MURPHY, E. J.; SPEIDEL, R. E.; AYRES, I. **Studies in Contract Law**. 5 ed. Westbury: Foundation Press., 1997, p. 70-79.

²⁹⁷ FULLER, L.P., EISENBERG, M. **Basic contract law**. 8. ed. St. Paul: Thomson-West, 2001, p. 454.

esquadrilhas para a autora (Allen Campbell Co.) poucas horas antes da oferta. Com base nessa cotação a autora fez sua oferta na licitação. A Allen Campbell foi a vencedora da licitação, mas a Virginia Metal se recusou a fornecer as portas, alegando que não havia um contrato firmado. A autora perdeu em primeira instância, mas a Corte de Apelação reverteu o julgamento, entendendo que, apesar não haver contrato, a cotação da Virginia Metal poderia ser considerada uma promessa de fornecimento. De fato, não se formou o contrato, mas entendeu a Corte que, estando de boa-fé, o agente tem de ser protegido.

Para Luciano B. Timm, a “consideration”, na atualidade, já não tem tanta importância prática, pois na jurisprudência americana são encontradas várias exceções à sua aplicação, visando a solução de problemas advindos muitas vezes de sua obscuridade, por trazer em si “um conceito semelhante ao de causa no “Civil Law”, idéia (sic) da qual vários códigos civis já se livraram, por trazer semelhante obscuridade ao da “consideration”.²⁹⁸

Em suma, no Direito Estadunidense o contrato é tido “(...) como instrumento a serviço do funcionamento do mercado e de dispersão do poder decisório”, e, assim, um instrumento de democratização social, na medida que os indivíduos, ao interagirem com o mercado, determinam o que será produzido e consumido de forma eficiente, daí a razão do entendimento norte-americano de que o contrato tem precipuamente função socioeconômica²⁹⁹.

²⁹⁸ TIMM, Luciano Benetti. Common Law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 16. Continua o autor: “Naturalmente, essa perspectiva funcional-econômica não é a única visão do contrato no meio acadêmico norte-americano, mas é a que acabou dando subsídios, ainda que subliminarmente, ao “Restatement” e também a que está subjacente aos “leading cases” (sabidamente com força vinculante). Isso talvez explique por que tenha sido a análise econômica do Direito que prevaleceu segundo o diagnóstico do próprio Farnsworth (e de tantos acadêmicos, como Posner): “(...) de longe a mais disseminada influência ao direito contratual vem do campo da economia (...)”. É curioso até como o próprio crítico do modelo “dominante” de pensamento, Unger, já na década de 80 do século passado, reconhecia a preponderância - hoje ainda mais visível - do “Law and Economics” sobre as escolas “rivais” nos Estados Unidos, pelo menos no âmbito do Direito Privado. Visões críticas como a de Unger e Kennedy (Critical Legal Studies), a sociológico-relacional de Macneil e mesmo a visão histórica de Atiyah e Gilmore e a filosófico-moral de Fried não tiveram o mesmo impacto acadêmico e muito menos nos julgados.”

²⁹⁹ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 16.

4.2 Princípios do direito contratual Estadunidense.

O direito contratual Estadunidense funda-se no princípio da liberdade contratual (“freedom of contract”) e na perspectiva tradicional do “pacta sunt servanda”³⁰⁰, razão pela qual os tribunais são avessos à ideia de intervenção nos contratos³⁰¹, e não impõe, tal como preceitua na parte final o art. 421 do CC, qualquer limitação da autonomia privada pela função social do contrato. Nesse sentido, é excepcional a possibilidade de uma corte norte-americana proceder à revisão de um contrato barganhado ainda que dele conste cláusula abusiva.

Assim é, com efeito. A função social do contrato no “Common Law” americano é a de instrumentalizar o funcionamento do mercado, servindo o contrato como meio para o exercício de uma liberdade humana fundamental. A esse respeito, Luciano B. Timm traz voto da lavra do Juiz Posner no caso Market Street Associates Limited Partnership “versus” Frey, Corte de Apelações Federal dos Estados Unidos da 7ª Região (Seventh Circuit), 941 F. 2nd 588. “MARKET STREET ASSOCIATES LIMITED PARTNERSHIP, a Wisconsin limited partnership, and William Orenstein, as general partner of Market Street Associates Limited Partnership, Plaintiffs-Appellants, v. Dale FREY, Arthur Bahr, John H. Myers, et al., Defendants-Appellees”, no qual assevera o magistrado que:

É verdade que uma função essencial dos contratos é alocar riscos (das partes) e que ela seria enfraquecida se as cortes alterassem a barganha inicial para redistribuir (ou realocar) os riscos entre as partes. Além, naturalmente, de o contrato dar vazão a uma liberdade humana fundamental.³⁰²

³⁰⁰ No Direito Americano, o contrato é formado pelo encontro de vontades, vale dizer, quando um destinatário de uma oferta aceita a proposta de um solicitante. Como se dá no Direito Brasileiro, a teoria da declaração de vontade é objetiva e não subjetiva; a vontade, tal como manifestada à outra parte no momento da estabulação do negócio, é a que importa, e não a interna, que é imperceptível para o outro contratante. A respeito, consultar: CALAMARI, John; PERILLO, Joseph. **The law of contracts**. 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 22 e ss. e FARNSWORTH, Alan. **Contracts**. 4ª ed. New York: Aspen, 2004, p. 107.

³⁰¹ A respeito: CALAMARI, John; PERILLO, Joseph. Op. cit., p. 5.

³⁰² Para maior aprofundamento, ver TIMM, Luciano Benetti. Direito, economia e função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 33, 2006, p. 15 e MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. Direito, mercado e função social. **Revista da Ajuris**, v. 103, p. 197-210, 2006.

No “Common Law” americano, a regra geral que se estabelece é a da atipicidade dos contratos³⁰³, sendo conferida às partes ampla liberdade na ordenação de seus negócios, preponderando a noção de que o direito contratual é subsidiário da vontade dos agentes. No dizer de Luciano B. Timm, prevalece “(...) a ideia de que o Direito Contratual do “Common Law” é absolutamente supletivo à vontade das partes (“default rule”), sem princípios estruturantes que possam se sobrepor à autonomia das partes - com raríssimas exceções (...)”³⁰⁴, deduzindo ainda o autor que isso confere maior versatilidade ao Direito Contratual Norte-Americano “(...) e muito mais possibilidade criativa aos advogados - sem falar que existem poucos litígios referentes a contratos, sendo o acordo (“settlement”) frequente (...)”³⁰⁵.

O princípio da boa-fé nos Estados Unidos advém do UCC, parágrafo 1º-304, combinado com parágrafo 1º-201(20),³⁰⁶ não tendo a doutrina, nem tampouco a jurisprudência, evidenciado a extensão da aplicação do princípio na prática³⁰⁷.

A respeito da resistência a uma maior amplitude da boa-fé objetiva, o Juiz Posner, no caso acima mencionado, deixou consignado que:

A particular confusão que a visão moralista vaga da boa-fé gera é a crença de que todo contrato estabelece um dever fiduciário (de agir em favor dos

³⁰³ Tal como se dá no Brasil, art. 425 do CC, mas, indubitavelmente, em maior grau, existe o princípio da atipicidade nos Estados Unidos.

³⁰⁴ TIMM, Luciano Benetti. Common Law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 17.

³⁰⁵ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 17.

³⁰⁶ “Boa fé (*Good faith*) significa honestidade de fato e a observância de *standards* comerciais razoáveis de agir e negociar corretamente”. UCC 1-304: “Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement.” (Tradução livre: “Todo contrato ou obrigação dentro do “código comercial uniforme” impõe dever de boa fé no seu cumprimento e execução.”) UCC 1-201(20): “**Good faith**, except as otherwise provided in Article 5, means honesty in fact and the observance of reasonable commercial standards of fair dealing. (Tradução livre: “A boa-fé, excetuadas as disposições do artigo 5º, significa honestidade de fato e observância de padrões comerciais “razoáveis” de negociação justa.”) Disponível em <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304> e <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-201>. Acesso em nov/2015.

³⁰⁷ A respeito, esclarece Murphy que os casos relacionados à boa-fé seriam de quatro tipos: (i) falha na cooperação; (ii) exercício de direitos contratuais; (iii) alterações contratuais; (iv) extinção do contrato (MURPHY, E. J.; SPEIDEL, R. E.; AYRES, I. **Studies in Contract Law**. 5ª ed. Foundation Press, 2003, p. 658). Para Murphy, não se há de vislumbrar boa-fé objetiva na fase das tratativas, e nem tampouco teria ela o condão de gerar deveres laterais, uma vez que o princípio é de utilidade para o juiz quando na função de intérprete dos direitos e obrigações gerados pelo contrato. Ainda mais. O princípio da boa-fé não gera o “dever de cooperação” entre as partes, ao revés, a boa-fé restaria comprometida se uma das partes pretendesse rever o ajuste inicial (especialmente em contrato de compra e venda, no qual, nitidamente, os interesses das partes estão em oposição). (p. 667-668) Nesse sentido, o princípio da boa-fé no Direito Americano é diverso do mesmo princípio no Direito Brasileiro.

interesses do outro contratante). (...) O ofício da regra da doutrina da boa-fé é o de proibir aquele tipo de comportamento oportunista que uma relação cooperativa e mutuamente interdependente pode ensejar (...) O dever de boa-fé, portanto, não é uma faceta do Estado Social paternalista ou a sedimentação de uma vertente altruísta no direito contratual (...) ³⁰⁸

Finalmente, como princípio que decorre de entendimento jurisprudencial, há o princípio da razoabilidade (“standard of reasonable person”), lembrando Luciano B. Timm que, “(...) no Brasil, tomaria o nome de proporcionalidade ou mesmo de razoabilidade” ³⁰⁹.

Em suma, claro está que, entre o sistema contratual brasileiro e o estadunidense, apenas os conceitos e elementos do contrato são próximos. O Brasil adotou um sistema em que é permissível uma forte intervenção estatal na seara dos contratos, em total oposição ao que observamos nos Estados Unidos, onde a intervenção do Estado, por meio do Judiciário, é quase inexistente, gerando maior segurança para os contratantes, que contam com a garantia de que suas negociações e alocações de risco quando da elaboração do pacto não serão alteradas ³¹⁰.

³⁰⁸ Market Street Associates Limited Partnership versus Frey, Corte de Apelações Federal dos Estados Unidos da 7ª Região (Seventh Circuit), 941 F. 2nd 588. MARKET STREET ASSOCIATES LIMITED PARTNERSHIP, a Wisconsin limited partnership, and William Orenstein, as general partner of Market Street Associates Limited Partnership, Plaintiffs-Appellants, v. Dale FREY, Arthur Bahr, John H. Myers, et al., Defendants-Appellees. Disponível em <https://essential.bna.com/login/signin?msg=deny&url=https%3A%2F%2Fwsauth.bna.com%2Fwsauth%2Fblawauth%3Ftarget%3Dhttps%3A%2F%2Fwww.bloomberglaw.com%2Fdocument%2FX46LF9%3Fjcsearch%3D941%2520F.2d%2520588&authDec=-203>. Acesso em nov/2015. Disponível também em TIMM, Luciano Benetti. Common Law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 17.

³⁰⁹ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 17.

³¹⁰ A respeito, anotou Lucino B. Timm que “(...) o Código Civil de 1916 estava muito próximo dessa principiologia norte-americana, mas o Direito Contratual Brasileiro começou a ser retalhado em fatias a partir do século XX (Direito do Trabalho, Direito do Inquilinato, Direito do Consumidor), ao ponto de o Código ficar tão desfigurado que deu origem à expressão “descodificação”. Tudo isso para chegar no século XXI com princípios e com uma interpretação impensável dentro do modelo contratual norte-americano.” (in: TIMM, Luciano Benetti. Descodificação, constitucionalização e descentralização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? **Revista de Direito Privado**, v. 27, 2006, p. 223.).

CAPÍTULO 5 - INADIMPLEMENTO CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO E NO DIREITO ESTADUNIDENSE.

Insta inicialmente esclarecer que no “Common Law” são utilizadas as expressões “termination of contract”, “rescission of contract”, “repudiation” e “breach of contract” para tratar do tema “término da relação contratual sem que haja cumprimento da obrigação”³¹¹.

Segundo Atiyah³¹² e Treitel, dentre os estudiosos de Direito Contratual não há uniformidade na utilização da terminologia para revelar o que seja inadimplemento ou resolução de contrato. No presente trabalho utilizaremos o que no sistema estadunidense mais se assemelha ao nosso sistema; assim, a expressão “breach of contract” servirá para a hipótese de inadimplemento, e a “termination of contract”, para resolução, cujos efeitos são díspares, como se verá a seguir.

Cumprime primeiramente destacar que tanto o Brasil como os Estados Unidos recepcionam os acidentes dos negócios jurídicos (art. 121 do CC³¹³), ou seja, a parte não tem dever de agir se houver alguma condição que ainda deva ser implementada. No Direito Estadunidense existem dois tipos de condições: as expressas (“express conditions”) e as construtivas (“constructive conditions”). As condições expressas são as estabelecidas pelas próprias partes (por exemplo, uma condição suspensiva); as construtivas, por seu turno, estão implícitas no cumprimento das promessas pelas partes. Se uma das partes tem de cumprir com sua prestação antes da outra, esta é uma condição construtiva anterior ao dever da outra parte de cumprir com sua prestação. Se, por outro lado, os contratantes devem simultaneamente cumprir com suas obrigações, o cumprimento do outro é condição para o adimplemento. Essa doutrina, no Direito Norte-Americano, é denominada “self-help remedy”³¹⁴, que se aproxima

³¹¹ A respeito do significado das diferentes formas e suas consequências, por todos, consultar: ATIYAH, P.S. **An introduction to The Law of Contract**. 5ª Ed. Oxford: Clarendon, 1996; e TREITEL, G.H. **The law of contract**. 6ª ed.. London: Stevens & Sons, 1983.

³¹² ATIYAH, P.S., Op. cit., p. 398. TREITEL, G.H., Op. cit., p. 570.

³¹³ Art. 121. Considera-se condição a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto.

³¹⁴ Vale lembrar, aqui, lição de Farnsworth e Calamari e Perillo, de que tais condições não serão reconhecidas nas hipóteses de terem as partes renunciado ao exercício do direito (“waiver”); casos de abuso e/ou enriquecimento sem causa da parte (“forfeiture”) ou, ainda, violação positiva do contrato (“breach” ou “repudiation”), quando a parte se abstém de colaborar para a execução do contratado ou informa a outra parte que não cumprirá a prestação ajustada. (FARNSWORTH, Alan. **Contracts**. 4ª ed. New York: Aspen, 2004, p. 502. CALAMARI, John; PERILLO, Joseph. **The law of contracts**. 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 513 e ss.)

da exceção de contrato não cumprido do art. 476 do CC³¹⁵ ou da cláusula resolutiva tácita do art. 474³¹⁶ do CC³¹⁷.

Segundo Murphy³¹⁸, estamos diante de uma quebra contratual quando uma das partes promete determinada ação (ou conduta) e não cumpre a promessa. Para o sistema norte-americano, assim como para nós, qualquer não cumprimento integral (“fully performance”³¹⁹) do que foi acordado é considerado inadimplemento ou quebra contratual (“breach”), oferecendo, em tese, a possibilidade de autodefesa ou questionamento judicial. Não obstante, com a finalidade de evitar abuso, o poder Judiciário estadunidense passou a considerar quebra apenas quando o inadimplemento alcança parcela significativa da “consideration”, vale dizer, quando o cumprimento da obrigação não é substancial³²⁰.

Assim, o Direito Norte-Americano considera tão somente a quebra substancial do contrato (“substancial” ou “material breach”), para fins de inadimplemento contratual absoluto (“breach of the contract”). E a razão é elementar, pois se o contrato é uma troca econômica e a parte já obteve substancialmente o benefício econômico do negócio, não há razão para rescindir o contrato, sob pena de restar caracterizado abuso de direito, devendo, nessa hipótese, arcar a parte que deu azo ao término com perdas e danos daí provenientes.

³¹⁵ Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

³¹⁶ Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

³¹⁷ TIMM, Luciano Benetti. Common Law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 25.

³¹⁸ MURPHY, E. J.; SPEIDEL, R. E.; AYRES, I. **Studies in Contract Law**. 5ª ed. Foudation Press, 2003.

³¹⁹ Semelhante ao Direito Brasileiro (Código Civil, art. 394 e ss.), o Direito Contratual norte-americano franqueia o devedor (“discharged”) quando do integral cumprimento da prestação devida (“fully performance”).

³²⁰ Entre nós, conhecido como teoria do adimplemento substancial, que já é aceito pela doutrina e tem apresentado reflexos em decisões judiciais. No entanto, recentemente, o ministro Antonio Carlos Ferreira, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), manifestou entendimento de que o instituto do adimplemento substancial não pode ser estimulado a ponto de inverter a ordem lógico-jurídica do contrato, que prevê o integral e regular cumprimento de seus termos como meio esperado de extinção das obrigações. O ministro esposou entendimento de que a aplicação dessa teoria exige o preenchimento de alguns requisitos: i) existência de expectativas legítimas geradas pelo comportamento das partes; ii) o valor do inadimplemento deve ser ínfimo em relação ao total do negócio; e, por fim, iii) deve ser possível a conservação da eficácia do negócio sem prejuízo ao direito do credor de pleitear a quantia devida pelos meios ordinários. (In: Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.581.505 - SC (2015/0288713-7), Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18-08-2016, DJ 28-09-2016.)

Na diretriz do “Restatement Second”, parágrafo 237³²¹, Luciano B. Timm lembra que deve-se usar de ponderação quando da aplicação dos “self-help remedies”, sendo mister que se observe a boa-fé da parte. Valendo-se da lição de Farnsworth³²², assevera ainda o autor que na hipótese de descumprimento do ajustado contratualmente a adoção dos “self-help remedies” deve ser feita em etapas: (i) primeiro, suspender os termos do ajuste conferindo à parte devedora a possibilidade de emendar a mora (“time to cure”), e, em não sendo emendada, (ii) poderia a parte credora resolver o contrato (“cancellation” ou mesmo “termination”), sendo certo que, nas duas hipóteses, a parte prejudicada tem direito a ser indenizada pelos prejuízos suportados, “(...) mas apenas na segunda hipótese o contrato seria extinto.”³²³

Como já asseverado, não obstante a legislação nacional adotar o mesmo mecanismo dos “self-help remedies” (arts. 474 e 475³²⁴ do CC), não resta claro da leitura do art. 474 que apenas a quebra substancial do contrato ensejaria resolução do contrato. A doutrina nacional, com fundamento no abuso de direito e na boa-fé objetiva (art. 187³²⁵ do CC), tem se posicionado a favor da limitação ao exercício de direitos subjetivos³²⁶.

³²¹ Disponível em [http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm) Acesso em maio/2016.

³²² FARNSWORTH, Alan. **Contracts**. 4ª ed. New York: Aspen, 2004, p. 560 e ss.

³²³ TIMM, Luciano Benetti. Common Law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 26.

³²⁴ 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.

³²⁵ 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

³²⁶ Por todos, consultar: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do dever: resolução**. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

No que diz respeito ao inadimplemento, tanto a doutrina brasileira quanto as cortes americanas o classificam como absoluto³²⁷ e relativo³²⁸, levando em consideração a utilidade da prestação para o credor no momento do cumprimento da obrigação.^{329 330}

No “Common Law” americano, também é prevista a hipótese de admissão de quebra contratual em face do não cumprimento de dever intrínseco à boa-fé (“breach of an implied duty”); parte da doutrina nacional, lastreada no que preceitua o art. 422 do CC³³¹, defende que no Brasil tal hipótese também é cabível.

De todo pertinente analisar a situação da quebra antecipada com supedâneo na boa-fé objetiva (“breach by anticipatory repudiation”; “anticipatory breach” ou “anticipatory repudiation”³³²), em que uma parte deixa claro seu intuito de não cumprir com a prestação mesmo antes de ter o dever de fazê-lo. Nas palavras de Farnsworth³³³, o repúdio antecipado do negócio é “(...) a manifestação por uma parte a outra que o declarante não cumprirá o contrato ou pelo menos alguma cláusula dele”, sendo admitido o repúdio tanto pela forma verbal como comportamental³³⁴. Nestes casos, tanto os tribunais norte-americanos como os brasileiros

³²⁷ CC, art. 475.

³²⁸ CC, art. 394: mora. De acordo com AGOSTINHO ALVIM, vista pela ótica do devedor, a figura do inadimplemento pode traduzir-se em inadimplemento absoluto ou inadimplemento-mora. O primeiro ocorre quando a obrigação não foi cumprida, nem mais poderá vir a ser, não subsistindo para o credor a possibilidade de receber a prestação (ou, então, nos casos em que, ainda que possível, a prestação se torna inútil ao credor); o inadimplemento-mora se dá quando a obrigação não foi cumprida no lugar, no tempo ou na forma pactuada, subsistindo, porém, a possibilidade do seu cumprimento. In: **Da inexecução das obrigações e suas consequências**, 5ª ed., Saraiva: São Paulo, 1980, p. 6.

³²⁹ CC, art. 395, parágrafo único. No sistema norte-americano, em ambas as situações de inadimplemento, caberia indenização à parte prejudicada. Para um aprofundamento sobre o tema, ver TIMM, Luciano Benetti. **Da prestação de serviços: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³³⁰ Para um aprofundamento sobre o tema, ver TIMM, Luciano Benetti. **Da prestação de serviços: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³³¹ Por todos, consultar: DA SILVA, Jorge C. F. **Boa-fé e violação positiva do contrato**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³³² ATIYAH, P.S. **An introduction to The Law of Contract**. 5ª Ed. Oxford: Clarendon, 1996, p. 401-402, e TREITEL, G.H. **The law of contract**. 6ª ed.. London: Stevens & Sons, 1983, p. 636.

³³³ FARNSWORTH, Alan. **Contracts**. 4ª ed. New York: Aspen, 2004, p. 586.

³³⁴ Conforme UCC, art. 2, parágrafo 610 - (2) § 2-610. Anticipatory Repudiation. When either party repudiates the contract with respect to a performance not yet due the loss of which will substantially impair the value of the contract to the other, the aggrieved party may. (1) ... (2) resort to any remedy for breach (Section 2-703 or Section 2-711), even though he has notified the repudiating party that he would await the latter’s performance and has urged retraction; and (3) ... (Tradução Livre: Repúdio antecipatório. Quando qualquer das partes repudia o

admitem esta situação excepcional como quebra contratual, o que nos parece bem razoável, uma vez que, com tal atitude, poderão as partes mitigar seu próprio prejuízo³³⁵.

A propósito, na V Jornada de Direito Civil foram aprovados os seguintes enunciados doutrinários, de autoria de Cristiano Zanetti: “A resolução da relação jurídica contratual também pode decorrer do inadimplemento antecipado” (Enunciado n. 436); e Enunciado n. 47: “A exceção de insegurança, prevista no art. 477, também pode ser oposta à parte cuja conduta põe manifestamente em risco a execução do programa contratual”. Nas palavras do professor das arcadas: “Trata-se de orientação recentemente defendida pela doutrina brasileira e que encontra respaldo no art. 71 da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, no art. III. – 3:401 do Draft Common Frame of Reference e no art. 7.3.4. dos Princípios Unidroit”.

Não obstante, o Professor Luiz Philipe Cardoso vai além, quando da análise do instituto em sua brilhante tese de doutorado, asseverando que há possibilidade de inadimplemento antecipado nas hipóteses em que desaparece a função social do contrato anteriormente ao vencimento, a “frustração da finalidade contratual”³³⁶.

Tal qual no direito nacional, o direito contratual norte-americano diferencia a hipótese de inadimplemento motivado e imotivado por denúncia unilateral (art. 473³³⁷ do CC). Não obstante a semelhança, o UCC, em seu artigo 2º, parágrafo 309 (3)^{338 339}, prevê, sob pena de

contrato relativamente a uma prestação ainda não vencida implicando em substancial prejuízo para a outra parte, a parte lesada pode: (1) ... (2) valer-se de qualquer remédio por violação (Seção 2-703 ou Seção 2-711), ainda que tenha notificado a parte repudiadora de que aguardaria a execução da prestação e instado-a a se retratar; e (3) ...).

³³⁵ A propósito do tema consultar: CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **O inadimplemento antecipado do contrato no direito brasileiro**. 2014. 213 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco – USP, São Paulo, 2014.

³³⁶ CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. Op. cit., especialmente p. 110-127.

³³⁷ Art. 473. A rescisão unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente a permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.

³³⁸ § 2-309. Absence of Specific Time Provisions; Notice of Termination. (1) ... (2) ... (3) Termination of a contract by one party except on the happening of an agreed event requires that reasonable notification be received by the other party and an agreement dispensing with notification is invalid if its operation would be unconscionable. (Tradução livre: Ausência de Disposição sobre Tempo Mínimo; Notificação de término. (1) ... (2) ... (3) A rescisão de um contrato por uma das partes, exceto na hipótese de ocorrência de um evento acordado, requer que seja a outra parte notificada, em tempo razoável, e o acordo que dispensa tal notificação é inválido se o seu efeito for irracional.)

³³⁹ Note-se que o UCC usa o termo vago “razoável”, tal qual se dá entre nós.

nulidade³⁴⁰, a necessidade de notificação premonitória do outro contratante prejudicado para que este tenha condições de reestruturar seu negócio³⁴¹.

Finalmente, insta destacar que há casos em que o não cumprimento da prestação acarreta a “breach”, mas não importa em pagamento por perdas e danos. É a clara hipótese de ocorrência de evento imprevisto que impeça o cumprimento da prestação, que o Direito Norte-Americano denomina “excuses for nonperformance”, e nós, de caso fortuito e/ou força maior, contemplado pelo art. 393³⁴² do CC.

O primeiro caso seria de não cumprimento do ajustado em face do perecimento do objeto da prestação obrigacional (“impossibility”³⁴³), e o segundo seria o de “frustration” ou “impracticability”³⁴⁴, previsto no UCC e no Restatement (Second) de Contratos.

Segundo Luciano B. Timm³⁴⁵, o “leading case” sobre impossibilidade (“impossibility”) foi o de destruição ou deterioração derivada de um caso de força maior (“act of God”) que impossibilitou o cumprimento da prestação obrigacional entabulada pelas partes e que foi descrito no caso Taylor versus Caldwell (122 Eng. Rep. 309 (K. B. 1863):

³⁴⁰ Na medida que faltaria contraprestação (“consideration”) àquele direito de interrupção voluntária do contrato (“illusory promise”).

³⁴¹ “No Brasil, o parágrafo único do art. 473 prevê algo semelhante ao UCC, permitindo à parte prejudicada pela denúncia imotivada do contrato buscar um remédio judicial para recuperar o investimento feito no negócio. Contudo a jurisprudência norte-americana é mais conservadora e tende a interferir menos na liberdade das partes, em situações em que elas próprias definem aquele prazo razoável de notificação prévia. Por exemplo, em *Lindner versus Mid-Continent Petroleum Corp.*, 252 S. W. 2d 631 (Ark. 1952), a Corte do Arkansas admitiu um prazo de notificação prévia de 10 dias.” In: TIMM, Luciano Benetti. *Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano*. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 17.

³⁴² Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

³⁴³ O que em nosso sistema se aproximaria dos arts. 235, 236, 393 do CC - “impossibilium nulla obligatio est”. In: TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.*, p. 28. (Art. 235. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu. Art. 236. Sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos.).

³⁴⁴ In: TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.*, p. 29, fazendo referência a CORBIN, Arthur. *Corbin on contracts*. St. Louis: West Publications, 2001, p. 1.088. Ainda: FARNSWORTH, Alan. **Contracts**. 4ª ed. New York: Aspen, 2004, p. 619.

³⁴⁵ TIMM, Luciano Benetti. *Op. cit.*, p. 28.

Trata-se de uma ação movida pelo locatário de uma casa de espetáculos por quebra contratual em virtude de o réu não ter disponibilizado o espaço locado por conta de um acidente com fogo que acabou destruindo o bem objeto do contrato, impossibilitando, assim, o cumprimento do acordo. A razão para a admissão dessa exceção à regra do “pacta sunt servanda” é a de que a Corte Real inglesa acreditou que as partes haviam contratado dentro da pressuposição de que o bem continuaria a existir, e seu desaparecimento acaba por liberá-las do adimplemento do pacto. É como se houvesse uma cláusula implícita de liberação das partes em caso de impossibilidade por perecimento do objeto. A doutrina foi consagrada no UCC, artigo 2, parágrafo 613.³⁴⁶

A doutrina evoluiu e foi adotada pelo UCC, no art. 2º, parágrafo 615, que pontifica que as partes estão dispensadas de honrar o ajustado: “(...) se o cumprimento (da obrigação) tal como acordado entre as partes se tornar impraticável (isto é, exclusão de responsabilidade civil - “impracticable”) pela ocorrência de uma perda (“contingency”) cuja não-ocorrência era uma presunção elementar das partes”. Esse artigo, posteriormente, foi substituído no “Restatement (Second) of Contracts” pelo parágrafo 261³⁴⁷, mas sem grandes modificações.

A respeito do tema, Luciano B. Timm, valendo-se de Farnsworth, esclarece que os Tribunais entabularam hipóteses para o reconhecimento da exclusão de responsabilidade civil (“impracticability”), que são as seguintes: “(a) a execução da obrigação tenha tornado-se impossível; (b) as partes pressupunham que o evento em questão não ocorreria; (c) nenhuma das partes tenha concorrido com o evento; (d) que as partes não tenham alterado a previsão

³⁴⁶ “(há exoneração das partes se) o contrato exige, para seu cumprimento, bens identificados no ato de sua celebração, e os bens sofrem sinistro sem culpa de nenhuma das partes antes da transferência do risco de perdas ao comprador”. § 2-613. Casualty to Identified Goods. Where the contract requires for its performance goods identified when the contract is made, and the goods suffer casualty without fault of either party before the risk of loss passes to the buyer, or in a proper case under a “no arrival, no sale” term (Section 2-324) then: (a) if the loss is total the contract is avoided; and (b) if the loss is partial or the goods have so deteriorated as no longer to conform to the contract the buyer may nevertheless demand inspection and at his option either treat the contract as avoided or accept the goods with due allowance from the contract price for the deterioration or the deficiency in quantity but without further right against the seller.

³⁴⁷ § 261. Discharge by Supervening Impracticability - Where, after a contract is made, a party’s performance is made impracticable without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his duty to render that performance is discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary. (Tradução livre: Liberação por Superveniente Impraticabilidade - Quando, após a celebração do contrato, e com ausência de culpa, o cumprimento da obrigação por uma das partes torna-se impossível pela ocorrência de um evento cuja inexistência tenha sido um pressuposto com base no qual o contrato foi celebrado, fica a parte liberada de cumprir com a obrigação, a menos que os dizeres ou as circunstâncias indiquem o contrário.)

legal, estabelecendo outro nível de responsabilidade pelos eventos (FARNSWORTH, 2004, p. 625).”³⁴⁸

O segundo caso de exclusão de responsabilidade civil por não cumprimento do ajustado é o previsto na doutrina da frustração (“frustration”) do contrato, cujo caso clássico foi o ocorrido na Inglaterra³⁴⁹, e que envolve a chamada teoria da pressuposição ou regra do propósito frustrado (que não é adotada entre nós³⁵⁰). No caso Krell “versus” Henry, 2 K.B. 740 – 1903), uma pessoa alugou uma casa por dois dias apenas para ver a coroação do rei Edward VII; entretanto, a cerimônia foi adiada devido a uma doença do Rei. O dono da casa queria manter o contrato, mesmo com a frustração do objetivo do locatário, tendo o Judiciário acatado a alegação do locatário de impossibilidade do cumprimento do contrato por frustração do propósito.

Nos Estados Unidos, a doutrina foi recepcionada sem maiores questionamentos (denominada de “supervening frustration”), integrando o “Restatement (Second) of Contracts”³⁵¹. Tal qual se deu na doutrina da “impracticability”, os Tribunais entabularam hipóteses para o reconhecimento da “supervening frustration”, ou seja, (a) frustração substancial do principal propósito da parte que alega a referida exceção; (b) as partes pressupunham que o evento em questão não ocorreria; (c) nenhuma das partes tenha concorrido para o evento; (d) que as partes não tenham alterado a previsão legal, estabelecendo outro nível de responsabilidade pelos eventos. Nesse sentido é que para Farnsworth a diferença entre as

³⁴⁸ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 28.

³⁴⁹ MURPHY, E. J.; SPEIDEL, R. E.; AYRES, I. **Studies in contract law**. 5ª ed. Foundation Press, 2003, p. 749.

³⁵⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, tomo 2, p. 158: “Com efeito, a doutrina da pressuposição não pode ser aceita porque fundamentada apenas e tão somente em forte influxo subjetivo, fazendo com que as circunstâncias em que o negócio tenha sido celebrado sejam caracterizadas como verdadeira condição, analisadas essas circunstâncias subjetivamente e, caso verificada a impossibilidade da prestação, tal fato pudesse ensejar a ineficácia do negócio jurídico.”

³⁵¹ § 265. Discharge by Supervening Frustration - Where, after a contract is made, a party’s principal purpose is substantially frustrated without his fault by the occurrence of an event the non-occurrence of which was a basic assumption on which the contract was made, his remaining duties to render performance are discharged, unless the language or the circumstances indicate the contrary. (Tradução livre: Liberação por Frustração Superveniente - Quando, após a celebração do contrato, e com ausência de culpa, o objetivo principal de uma das partes tornar-se substancialmente frustrado pela ocorrência de um evento cuja inexistência tenha sido um pressuposto com base no qual o contrato foi celebrado, fica a parte liberada de cumprir com a obrigação, a menos que os dizeres ou as circunstâncias indiquem o contrário.)

doutrinas reside no fato de que na primeira há total impossibilidade de cumprimento da prestação e, na segunda, a possibilidade de cumprimento ainda existe.³⁵²

A despeito de não ser adotada entre nós, não se pode ignorar que a doutrina da pressuposição se aproxima da onerosidade excessiva prevista no art. 478³⁵³ do CC, que permite a resolução do contrato, ainda que o objeto não seja impossível, se o cumprimento da prestação for demasiadamente oneroso para o devedor. Os tribunais estadunidenses não aceitam a revisão judicial do contrato, prestigiando sua resolução com o restabelecimento das partes ao “status quo ante”, ou seja, ao estado de quando da celebração do ajuste. Os tribunais brasileiros, por seu turno, em face do disposto no art. 479³⁵⁴ e seguintes do Código Civil, privilegiam a continuidade dos ajustes, mas em outras bases.

5.1. Remédios para o inadimplemento contratual.

A característica mais marcante do “Common Law” norte-americano é a divisão entre o Direito dos Contratos (“Contract Law”) e o Direito da Responsabilidade Civil (“torts”). A indenização por responsabilidade civil tem por objeto a violação negligente de um dever geral ou especial de cautela e de não lesar outrem – bem próximo à “summa divisio”, no Civil Law, entre responsabilidade civil contratual e extracontratual, que, nos Estados Unidos, é aplicada com mais rigidez do que no Brasil³⁵⁵.

³⁵² TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 29. Ainda: FARNSWORTH, Alan. **Contracts**. 4ª ed. New York: Aspen, 2004, p. 634-635.

³⁵³ 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.

³⁵⁴ Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. 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. A respeito: TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 29, lembrando os casos de juros bancários, de “leasing” atrelado ao dólar.

³⁵⁵ TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 30. Para um estudo mais aprofundado da teoria geral da responsabilidade civil norte-americana, um dos tratados clássicos é o de KEETON, W. Page et al. **Prosser and Keeton on torts**. 5ª ed. St. Paul: West Publishing, 1984.

Em se tratando de inadimplemento contratual, segundo Atiyah³⁵⁶, é excepcional a execução de um contrato em juízo com a consequente condenação da parte inadimplente por perdas e danos. No Direito Norte-Americano a regra é a compensação em dinheiro, e não a execução forçada do contrato. Nesse sentido, o autor, valendo-se do entendimento esposado pelo juiz e jurista americano Oliver Wendell Holmes, afirma que em uma relação contratual o contratante está obrigado ou a cumprir o contrato ou a pagar pela perda causada pelo seu descumprimento; é indiferente, é uma opção do devedor. Portanto, o descumprimento de uma obrigação contratual não é um ilícito, mas uma alternativa colocada à disposição do devedor³⁵⁷³⁵⁸.

Nas palavras de Atiyah, no direito contratual norte-americano, a principal preocupação é a compensação da parte lesada (reparação dos danos por ela experimentados), na medida que o dinheiro puder fazê-lo, sem qualquer finalidade de punição³⁵⁹; vale dizer, há de se colocar a parte inocente na posição em que ela estaria se o contrato fosse cumprido³⁶⁰.

O pagamento de perdas e danos (“damages”) tem as seguintes formas de mensuração³⁶¹: (i) “expectation damages” (lucros cessantes ou interesses positivos); (ii) “reliance damages” (danos emergentes ou interesses negativos); (iv) “restitution damages”³⁶².

Vejamos. “Expectation damages” (ou lucros cessantes) implicam em colocar a parte prejudicada com o substancial inadimplemento da outra parte na mesma posição que estaria se

³⁵⁶ ATIYAH, P.S. **An introduction to The Law of Contract**. 5. Ed. Oxford: Clarendon, 1996, p. 417.

³⁵⁷ Ou seja, entre nós se enquadraria na hipótese prevista no art. 253 e seguintes do Código Civil.

³⁵⁸ Muito embora existam “injunctions” e “specific performance”, na prática as sanções aplicáveis são relativamente brandas, o que leva a parte a preferir a ação de indenização por danos. (ATIYAH, P.S. Op. cit., p. 417-419.). Segundo o mesmo autor, a execução específica não seria o melhor remédio, uma vez que houve perda da confiança no devedor, e pode ser que a execução específica demande tanto tempo que a prestação já não mais será útil à parte inocente. (idem, p. 428)

³⁵⁹ ATIYAH, P.S. Op. cit., p. 439.

³⁶⁰ ATIYAH, P.S. Op. cit., p. 444.

³⁶¹ BLACKBURN, J. D.; KLAYMAN, E. I.; MALIN, M. H. **The legal environment of business**. 4 ed. Boston: Irwin, 1991, p. 202-203.

³⁶² Não procederemos à tradução do termo para o português (que seria “direito restitutivo”), para não se fazer confusão com o instituto jurídico brasileiro, já que não há identidade entre ambos.

o contrato tivesse sido adimplido; quer dizer, “a parte é indenizada pelo critério do resultado econômico de sua anterior barganha”³⁶³.

Como acima mencionado, nos Estados Unidos não são admitidos danos punitivos³⁶⁴ por descumprimento contratual, exceção feita aos contratos de seguro (negativa do pagamento de apólice) ou na hipótese de negligência (“tort”) quando do descumprimento do contrato³⁶⁵. Assim, em regra, não se recepciona a condenação por danos morais (“moral distress”) em face de inadimplemento contratual. O cálculo da indenização considera o lucro perdido mais outros prejuízos, subtraindo, desse total, os custos em que a parte não incorreu e o prejuízo que foi evitado diante do incumprimento (simplificadamente, valor dos danos indenizáveis = lucro perdido + outros prejuízos - custo não incorrido - prejuízo evitado³⁶⁶).

A regra é similar à dos lucros cessantes, prevista em nosso sistema (interesses positivos), ou seja, o que a parte prejudicada pelo inadimplemento deixou de receber em razão do descumprimento contratual³⁶⁷.

Paralelamente, as cortes americanas exigem que a parte inocente procure mitigar seu próprio prejuízo, o “duty to mitigate”, segundo o qual a parte lesada tem de tomar providências razoáveis visando à proteção de seus interesses, pelo que será amplamente compensada, na medida que tiver tomado precauções para mitigar os danos sofridos e para não aumentá-los. Exemplo clássico trazido pela doutrina é o do dever que a parte inocente tem de buscar outra forma de adquirir a mercadoria que lhe seria fornecida pelo devedor inadimplente junto a outro fornecedor³⁶⁸. O dever de mitigar o próprio prejuízo (que poderia, em nosso sistema, ser considerado como dever anexo da boa-fé objetiva) não existe entre nós.

³⁶³ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 30.

³⁶⁴ Que são aqueles em que o valor da condenação ultrapassa sobremaneira o valor da dívida, com a finalidade de desestimular condutas socialmente indesejáveis.

³⁶⁵ CALAMARI, John; PERILLO, Joseph. **The law of contracts**. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 589.

³⁶⁶ CALAMARI, John; PERILLO, Joseph. Op. cit., p. 768.

³⁶⁷ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 30.

³⁶⁸ ATIYAH, P.S. **An introduction to The Law of Contract**. 5. Ed. Oxford: Claredon, 1996, p. 458. Nesse sentido, vale consulta a: “Frenchtown Square Partnership v. Lemstone, Inc.”, 99 Ohio St.3d 254, 2003-Ohio-3648. Disponível em <http://www.supremecourt.ohio.gov/rod/docs/pdf/0/2003/2003-Ohio-3648.pdf>. Acesso em dez/2015.

Importante destacar que, tanto no sistema brasileiro como no norte-americano, para que se possa propugnar por indenização é mister que: (i) o prejuízo seja efetivo, e não hipotético; e (ii) verifique-se causalidade fática entre o inadimplemento e o prejuízo gerado (o que não equivale ao requisito da culpabilidade do Direito Brasileiro, já que esta se liga à conduta e não ao dano); quer dizer, para o reconhecimento da indenização, no “Common Law” americano, o prejuízo tem de ser previsível pela parte inadimplente. O reconhecimento dessa espécie de dano se deu no “leading case” “Hadley vs Baxendale” 156 Eng. Rep. 145 (1854)³⁶⁹, em que o dono de um moinho contratou a entrega de uma haste nova para seu equipamento que se encontrava danificado. A empresa vendedora quebrou o contrato por excessiva demora no envio, prolongando o tempo que o moinho permaneceu fechado. O dono do moinho demandou o contratante inadimplente para receber o lucro cessante devido ao fato de ter ficado inoperante o seu negócio. A Corte, no entanto, entendeu pela improcedência do pedido, pois o réu não tinha conhecimento do fato de que o moinho estava fechado; vale dizer: imprevisibilidade do prejuízo pela empresa contratada. A partir desse caso, “(...) as Cortes anglo-americanas limitaram as indenizações por quebra contratual e passaram a exigir um requisito de previsibilidade para a admissão de danos derivados do inadimplemento (“consequential” ou “special damages”), ao contrário dos danos diretos ou imediatos (“general damages”)³⁷⁰.

Desse caso, foram extraídas duas regras que passaram a integrar o “Restatement Second”, §351³⁷¹: (a) a parte prejudicada somente deve receber os prejuízos que derivarem do curso normal das coisas em decorrência do descumprimento mesmo do contrato; e (b) só são considerados os danos que ultrapassem aqueles derivados do curso normal das coisas se

³⁶⁹ MURPHY, E. J.; SPEIDEL, R. E.; AYRES, I. **Studies in contract law**. 5ª ed. Foundation Press, 2003, p. 915. TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 31.

³⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 31.

³⁷¹ § 351. Unforeseeability And Related Limitations On Damages - (1) Damages are not recoverable for loss that the party in breach did not have reason to foresee as a probable result of the breach when the contract was made. (2) Loss may be foreseeable as a probable result of a breach because it follows from the breach (a) in the ordinary course of events, or (b) as a result of special circumstances, beyond the ordinary course of events, that the party in breach had reason to know. (3) A court may limit damages for foreseeable loss by excluding recovery for loss of profits, by allowing recovery only for loss incurred in reliance, or otherwise if it concludes that in the circumstances justice so requires in order to avoid disproportionate compensation.

concebidos razoavelmente pelas duas partes quando da formação do contrato (ditos “consequential damages”)³⁷².

As Cortes estadunidenses podem ainda, em caráter excepcional, reconhecer os chamados “reliance damages” (dano de confiança) para os casos em que há dificuldade na comprovação dos lucros cessantes. A razão da previsão repousa na proteção à confiança da parte no contrato e no cumprimento da obrigação pela outra parte³⁷³. Na apuração do valor desses danos levam-se em consideração as despesas havidas com o preparo para cumprimento obrigacional da parte prejudicada (“essential reliance” – seria, por exemplo, empréstimo por ela obtido para pagamento do preço ajustado) e os custos incidentais com transações acessórias (“incidental reliance”- seria, por exemplo, a contratação de galpão para acondicionar a mercadoria que seria recebida). A aplicação da regra coloca a parte inocente pela quebra na mesma posição que estaria se o contrato sequer tivesse sido firmado³⁷⁴.

Tal qual se dá no Direito Brasileiro (art. 876 e seguintes - pagamento indevido, e art. 884 e seguintes - enriquecimento sem causa, somados ao princípio geral de inadmissão de enriquecimento sem causa), as Cortes americanas vislumbram a possibilidade do direito de restituição (“restitution damages”), que significa colocar as partes na posição que estariam no “status quo ante” à celebração do contrato³⁷⁵. Para tanto, será a parte infratora compelida a devolver tudo quanto recebeu, sob pena de haver enriquecimento ilícito (“unjust enrichment”)³⁷⁶.

Em alguns contratos, não obstante a dificuldade de aceitação pelo Direito Norte-Americano, as partes especificam os danos que experimentariam em face de descumprimento do pactuado. A dificuldade com a aceitação da “cláusula penal” (“penalty clauses”) se dá devido ao entendimento de que a parte só deve receber o “benefício econômico de sua barganha e não

³⁷² A propósito: CALAMARI, John; PERILLO, Joseph. **The law of contracts**. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 593 e ss.) e FARNSWORTH, Alan. **Contracts**. 4ª ed. New York: Aspen, 2004, p. 793).

³⁷³ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 31.

³⁷⁴ CALAMARI, John; PERILLO, Joseph. Op. cit., p. 591-592 e FARNSWORTH, Alan. Op. cit., p. 732-733 e FULLER, L. L.; PERDUE JÚNIOR, William R. The reliance interest in contract damage. **Yale L.J.**, v. 46, 1936, p. 52. Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html>. Acesso em nov/2015.

³⁷⁵ CAMELO, Bradson e PIRES, Marina L., Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro, **EALR**, v. 2, nº 2, p. 321-340, 2011, p. 337.

³⁷⁶ FARNSWORTH, Alan. **Contracts**. 4ª ed. New York: Aspen, 2004, p. 734.

mais que isso”³⁷⁷, não admitindo as Cortes americanas punições por inadimplemento. As cláusulas penais, se concebidas como forma de pré-liquidação de perdas e danos (“liquidated damages”), poderão ser admitidas pelo sistema, ou seja, serão executáveis se forem consideradas como tutela ajustada, e não como penalidade³⁷⁸. Em nosso sistema, a doutrina discute amplamente a esfera de aplicação do art. 408 e seguintes do CC, que cuidam da cláusula penal, discussão essa que foge ao âmbito do presente trabalho, mas admissível o entendimento de que a cláusula penal não pode ultrapassar o valor da obrigação principal, quer dizer, o benefício econômico auferido pela barganha das partes, exatamente na forma do que determina o art. 412 do CC/2002³⁷⁹.

Finalmente, no sistema norte-americano – em que a regra é a resolução do contrato com a composição por perdas e danos, contrariamente ao que ocorre entre nós, em que a regra é a busca por tutela específica para o cumprimento das obrigações³⁸⁰ – como forma excepcional, está previsto no artigo 2-716 do UCC a possibilidade de a parte lesada pleitear à Corte que inste a parte devedora a cumprir com a prestação em vez de pagar indenização. Assim é, com efeito. As Cortes americanas autorizam o remédio de “equity” (que é o cumprimento específico da obrigação) somente em casos excepcionais, como na hipótese de infungibilidade do bem objeto do contrato e para direitos reais³⁸¹. A justificativa para a adoção dessa regra assenta-se em considerações jurídicas (a tutela específica ofenderia a noção de livre arbítrio, ao forçar as pessoas a cumprirem contratos) e de eficiência econômica (eficiência do Judiciário,

³⁷⁷ TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 32.

³⁷⁸ Ver, por todos, CALAMARI, John; PERILLO, Joseph. **The law of contracts**. 3ª ed. St. Paul: West Publishing, 1987, p. 639 e ss.

³⁷⁹ A respeito da problemática que envolve a cláusula penal em contratos empresariais, por todos consultar: Neto, Jose Cretella. Da cláusula penal nos contratos empresariais - visão dos tribunais brasileiros e necessidade de mudança de paradigma. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 245, p. 379 – 404, julho 2015. TIMM, Luciano Benetti. Op. cit., p. 32.

³⁸⁰ Na novel legislação processual civil, temos na Seção IV (“Do Julgamento das Ações Relativas às Prestações de Fazer, de Não Fazer e de Entregar Coisa”) do Capítulo XII (“Da Sentença e da Coisa Julgada”), incluso no Título I (“Do Procedimento Comum”), as disposições referentes ao julgamento das ações relativas às prestações de fazer, de não fazer e de entregar coisa (arts. 407 a 501). Já no que toca ao cumprimento da sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer, de não fazer ou de entregar coisa, as disposições normativas encontram-se situadas no Título II (“Do Cumprimento da Sentença”), mais precisamente no Capítulo VI (“Do Cumprimento da Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Fazer, de Não Fazer ou de Entregar Coisa”), Seção I, bem como em sua Seção II (“Do Cumprimento da Sentença que Reconheça a Exigibilidade de Obrigação de Entregar Coisa”) – arts. 536 a 538.

³⁸¹ FULLER, L.P.; EISENBERG, M. **Basic contract law**. 8ª ed. St. Paul: Thomson-West, 2001, p. 324-327.

aumentando seu trabalho, uma vez que teria de monitorar o cumprimento das obrigações nos casos em que a tutela específica se prolonga no tempo)³⁸².

A propósito, no emblemático caso “Copylease Corporation of America “versus” Memorex Corporation”³⁸³, o Tribunal foi muito claro ao afirmar que a tutela específica só seria possível se o bem em questão fosse único e insubstituível, para evitar a necessidade de supervisão do Tribunal, o que terminaria sobrecarregando-o ou gerando uma decisão com pouca efetividade.

Além das razões acima esposadas, não é admissível a tutela específica em face da tese sobre a possibilidade de descumprimento contratual por eficiência econômica – “efficient breach” – no sentido de que a parte deve ser deixada livre para descumprir o contrato, se o seu benefício econômico ultrapassar o custo de cumprimento do avençado, podendo, com isso, indenizar a parte prejudicada e ainda obter vantagem³⁸⁴.

Terminada a análise das semelhanças e diferenças entre o direito contratual brasileiro e o direito contratual norte-americano, e seus respectivos remédios por inadimplemento, ficará mais fácil a compreensão do que vem a ser a “teoria da quebra eficiente dos contratos” no Direito Estadunidense e a possibilidade de recepção dessa teoria em nosso sistema contratual.

³⁸² TIMM, Luciano Benetti. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008, p. 31-32.

³⁸³ United States District Court, S. D. New York. November 12, 1975. Disponível em http://www.leagle.com/decision/19751028403FSupp625_1932/COPYLEASE%20CORP.%20OF%20AMERICA%20v.%20MEMOREX%20CORPORATION. Acesso em dez/2015. A propósito: CAMELO, Bradson e PIRES, Marina L., Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro, **EALR**, v. 2, nº 2, p. 321-340, 2011, p. 338.

³⁸⁴ EISENBERG, M.; FULLER, Leon P. **Basic contract law**. 8ª ed. St. Paul: Thomson-West, 2001, p. 209 e ss.

CAPÍTULO 6. A TEORIA DA “EFFICIENT BREACH OF CONTRACT”, OU “INADIMPLENTO EFICIENTE DO CONTRATO”.

O mundo está cheio de grandes teorias e não são poucas as que são “selvagens e hipotéticas”.³⁸⁵ Os operadores do direito, por igual, buscam por grandes teorias³⁸⁶ (e não são poucos) que expliquem a teoria da lei³⁸⁷. O movimento conhecido como “Law and Economics” (Análise Econômica do Direito), de maneira ímpar, transcendeu as fronteiras doutrinárias norte-americanas, espalhando-se pelas universidades e tribunais da Europa, Ásia e América Latina³⁸⁸.

Os estudos na seara da Análise Econômica do Direito dominam não só a esfera dos contratos e da responsabilidade civil, mas também a da defesa da concorrência, tendo como esteio a teoria da violação (ou quebra) eficiente do contrato.

Não são poucos os estudiosos da Análise Econômica do Direito no Brasil que mencionam que Robert Birmingham³⁸⁹ foi quem preconizou a “possível quebra de contrato de forma eficiente”, teoria para a qual, somente em 1977, foi cunhada a expressão “theory of

³⁸⁵ HUXLEY, Thomas H.. **Aphorisms and reflections** (selecionado por Henrietta A. Huxley). London: Macmillan And Co., 1907. Disponível em <<http://aleph0.clarku.edu/huxley/Book/Aphor.html>> Acesso em jan/2016.

³⁸⁶ Nesse ponto lembramos da teoria do inadimplemento antecipado do contrato (“anticipatory breach of contract”), que vem sendo recepcionada pelo nosso sistema. A respeito, consultar interessante artigo de ANDRADE, Luís Tomás Alves de. O inadimplemento antecipado do contrato no direito brasileiro. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 145-172, out-dez/2011, e, posteriormente, mais profundamente estudado, CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **O inadimplemento antecipado do contrato no direito brasileiro**. 2014. 213 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco - USP, São Paulo, 2014; além de vários outros artigos em revistas jurídicas sobre o tema.

³⁸⁷ Ver, por exemplo, dentre vários outros, TUNC, Andre. **The Grand Outlines of the Code, in The Code Napoleon and the Common-Law World**, [s.l.]: Bernard Schwarz, 1956, p. 19-45; GORDLEY, James. *The Philosophical. Origins of Modern Contract Doctrine* (1991) (quando expõe a respeito da teoria do contrato baseado em Aristóteles e Aquino) e BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade – para uma teoria geral da política**. Trad. de Marco Aurélio Nogueira, Rio de Janeiro, 1987.

³⁸⁸ A respeito da evolução da doutrina “Law and Economics”, consultar a obra de RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; Trabalho de: COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. Disponível em: <http://eprints.cdlib.org/uc/item/47q8s2nd>. Acesso em: junho/2015, dentre outros.

³⁸⁹ BIRMINGHAM, Robert. Breach of contract, damage measures, and economic efficiency. **Rutgers L. Rev.**, v. 24, p. 273-292, 1970.

efficient breach”, por Charles Goetz & Robert Scot³⁹⁰. Mas somente a partir de meados dos anos 80 é que a teoria foi recepcionada pelas decisões judiciais, tendo como ícones os juízes Posner, Easterbrook, Breyer, Calabresi e Ginsburg³⁹¹.

6.1 Exame da teoria do inadimplemento eficiente.

Como já mencionado no Capítulo 2 deste trabalho, nos contratos bilaterais e paritários, em regra os indivíduos fazem escolhas de forma racional visando à maximização de seus interesses. Cada um reconhecerá e assumirá os custos e riscos da sua prestação e a precificará, vale dizer, reclamará uma contraprestação compatível para “zerar” tais custos e riscos, além de, por óbvio, postular por algo a mais (que nada mais seria do que seu lucro)³⁹². O valor do contrato, por conseguinte, será fixado levando-se em consideração as perspectivas dos indivíduos projetadas para o futuro. Nada obstante, e como já descrito no Capítulo 2, as expectativas podem não estar inteiramente em consonância com a realidade, considerando-se que os indivíduos não têm o poder de antever todas as contingências³⁹³ e, dessa forma, estabelecer em seus contratos normas para cuidar dessas contingências (ou externalidades)³⁹⁴.

Ao contratar, as partes têm informações do presente, não havendo como prever fatos futuros que possam tornar o contrato ineficiente³⁹⁵. No entanto, pouco antes do vencimento da

³⁹⁰ GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E.. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. *Columbia L. Rev.*, v. 77, p. 554, 1977.

³⁹¹ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. “**Law & Economics**”. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008 (também em português: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito e economia*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.), p. 2-3; MERCURO, N., e MEDEMA, S.G. **Economics and the Law: From Posner to Post-Modernism**. Princeton University Press, 1999, p. 4; PARISI, Francesco. Positive, Normative and Functional Schools in Law and Economics. *European Journal of Law and Economics*, v. 18, n. 3, p. 259–272, dez/2004, p. 261.

³⁹² Certamente não cuidamos, aqui, das operações à vista, pois não faria o menor sentido.

³⁹³ Especialmente nos tempos atuais: crise econômica, política, moral e ética no Brasil; questões econômicas vividas no BRICS; novo presidente norte-americano com comportamento inesperado; Inglaterra propugnando por saída da Comunidade Europeia; questão dos refugiados; enfim, problemas esses, aliás, sequer vislumbrados na década de 70/80, quando do surgimento da teoria da “efficient breach of contracts”.

³⁹⁴ ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 148.

³⁹⁵ Tanto assim que entre nós foi relativizado o princípio do “pacta sunt servanda”; adotou-se a possibilidade de resolução dos contratos por impossibilidade de cumprimento por caso fortuito ou força maior sem o dever de indenizar, ou por onerosidade excessiva, e, ainda, a revisão dos contratos que, por fatos imprevisíveis, deixem de ser comutativos.

obrigação contratual, já com as informações de mercado, pode ocorrer que uma das partes constata que, se cumprir com a prestação da forma como entabulada, terá de suportar prejuízo (ao invés do ganho inicialmente calculado). Nessa hipótese, se descumprir o contrato no vencimento, o devedor estará sujeito a todos os consectários de sua conduta (pagamento de indenização, juros, multa contratual, execução específica, perda de reputação e credibilidade no mercado, etc); ou seja, cumprir a obrigação contratual, ainda que com prejuízo, talvez seja mais vantajoso do que arcar com os custos pelo inadimplemento.

No entanto, em algumas situações, o inadimplemento do contrato pode colocar o devedor em uma situação melhor do que ficaria se o cumprisse, ou seja, em algumas hipóteses o inadimplemento pode ser mais benéfico para o devedor. Em outras palavras, se os custos a serem suportados pelo devedor com o cumprimento do contrato forem maiores do que os custos que tiver de suportar com as consequências do seu inadimplemento (todos os consectários financeiros e morais, acima mencionados), o inadimplemento será considerado eficiente³⁹⁶.

Nessa esteira, para que o inadimplemento seja eficiente, o custo de cumprimento, para o devedor, tem de ser superior ao benefício que terá o credor do contrato: o devedor descumpra o ajuste, indeniza plenamente o credor e, ainda assim, fica em uma situação melhor do que se cumprisse o contrato³⁹⁷. Tal estado de coisas enquadra a relação contratual no critério de

³⁹⁶ EISENBERG, M.; FULLER, Leon P. **Basic contract law**. 8. ed. St. Paul: Thomson-West, 2001, p. 209 e ss.

³⁹⁷ Na verdade, a parte infratora estará em situação melhor e a outra parte não estará em situação pior. A respeito: ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, p. 735.

eficiência de Pareto³⁹⁸ e de Kaldor-Hicks³⁹⁹. Nesses casos, afirma a teoria, a lei deve não apenas deixar de punir o inadimplemento do contrato, mas incentivá-lo⁴⁰⁰.

Para elucidar uma das hipóteses de inadimplemento eficiente, imaginemos o seguinte exemplo⁴⁰¹: Athos é dono de uma marcenaria capaz de assumir apenas um grande projeto por vez. Ele é contratado por Porthos para fabricar 100.000 cadeiras, a um preço unitário de \$10,00; cumprir o contrato celebrado renderá a Athos um lucro de \$2,00 por cadeira (ou um lucro total de \$200.000). Antes de qualquer trabalho ser iniciado, Aramis demanda de Athos 50.000 mesas, aceitando pagar \$40,00 cada uma. Assumindo-se que o custo de produção da mesa é de \$25,00, a nova proposta renderá a Athos um lucro total de \$750.000, mas para auferi-lo ele deverá

³⁹⁸ Eficiência, ou ótimo de Pareto, é um conceito de economia desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto. “Uma situação econômica é ótima no sentido de Pareto se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente econômico. Existem três condições que necessitam ser preenchidas para que uma economia possa ser considerada Pareto Eficiente: eficiência nas trocas - o que é produzido na economia é distribuído de forma eficiente pelos agentes econômicos, possibilitando que não sejam necessárias mais trocas entre indivíduos, isto é a taxa marginal de substituição é a mesma para todos os indivíduos; eficiência na produção - quando é possível produzir mais de um bem sem reduzir a produção de outros, isto é, quando a economia se encontra sobre a sua curva de possibilidade de produção; eficiência no “mix” de produtos - quando os bens produzidos na economia refletem as preferências dos agentes econômicos. A taxa marginal de substituição deve ser igual à taxa marginal de transformação. Um sistema de preços de concorrência perfeita permite satisfazer a esta condição. Numa estrutura ou modelo econômico podem coexistir diversos ótimos de Pareto. Um ótimo de Pareto não tem necessariamente um aspecto socialmente benéfico ou aceitável. Por exemplo, a concentração de renda ou recursos num único agente pode ser ótima no sentido de Pareto”. (SEN, Amartya . *Markets and freedom: Achievements and limitations of the market mechanism in promoting individual freedoms. Oxford Economic Papers*, [S.l.: s.n.] v. 45 , p. 519–541. Disponível em JSTOR 2663703. Acesso em jul/2015). A respeito, consultar, ainda: REMINGTON, Clark. *Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach: Fine Tuning the Notion of the Contract Breacher as Wrongdoer*, *Buff. L. Rev.*, v. 47, 1999. e ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da teoria econômica do direito**. 2008. 114 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. “(...) o chamado estado “Ótimo de Pareto” não conduz a uma situação que possa ser considerada boa, justa ou correta. De acordo com Rodrigues, considerando a existência de dois quilos de comida para serem distribuídos entre duas pessoas famintas, se apenas uma ficar com toda a quantidade, poderá ser considerada uma situação de ótimo de Pareto, porque não haverá uma futura alocação de comida que possa privilegiar uma das pessoas sem prejudicar a outra. Para todos os efeitos, essa não é uma circunstância que poderá ser considerada desejável.” RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 102-103)

³⁹⁹ “(...) o segundo critério, de Kaldor e Hicks, parte da premissa de que as normas devem ser planejadas com objetivo de causar o máximo bem-estar para o maior número de pessoas, de modo que os ganhos totais compensem, de forma teórica as eventuais perdas sofridas por alguns.” (RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. Op. cit., p. 102-103)

⁴⁰⁰ LINZER, Peter. *On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second Restatement*. *Columbia L. Rev.*, v. 81, n. 1, p. 111-139, jan. 1981.

⁴⁰¹ Os nomes dos “personagens” foram retirados de LINZER, Peter. *On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement*. *Columbia L. Rev.*, v. 81, n. 1, p. 111-139, jan. 1981, p. 114-115.

romper o contrato celebrado com Porthos. No local, há outras marcenarias capazes de produzir cadeiras (como a de D'Artagnan), mas a quebra contratual imporá a Porthos danos de \$300.000 (por exemplo, preços mais altos cobrados por D'Artagnan em razão da urgência, danos morais, etc), danos estes totalmente indenizados por Athos. Se comparado ao cumprimento do contrato, o inadimplemento irá gerar uma eficiência de \$450.000.⁴⁰²

Alguns autores também analisam a eficiência do inadimplemento contratual sob a ótica da “teoria dos jogos”⁴⁰³, vale dizer, convertem contratos ineficientes em eficientes por meio de estratégias.

Exemplificando: Athos, que vai oferecer uma recepção para 100 amigos, procura Porthos para realizar o serviço de “buffet”. O preço normal de mercado, por pessoa, é de \$130, mas Porthos – que terá custo de \$50 por pessoa – propõe a Athos a importância de \$100 por pessoa. No entanto, antes do evento, o forno industrial de Porthos (que já era antigo) estraga, só sendo possível consertá-lo em tempo hábil ao preço de \$8.000. Para Porthos, a aquisição de um novo forno seria mais interessante, mas este não seria entregue a tempo de atender à recepção. Porthos procura vários amigos para prestarem o serviço para Athos, mas, devido à exiguidade de tempo e ao preço normal de mercado, não encontra nenhum outro prestador de serviço que cobre valor inferior a \$130 por pessoa.

⁴⁰² Ou um aumento na riqueza social de \$450.000. A violação não é apenas rentável para Athos, mas rentável para a sociedade, já que haverá mais arrecadação de impostos, possível geração de novos empregos, talvez expansão dos negócios (com abertura de filiais, por exemplo), ou, até mesmo, poderá Athos solver dívidas não honradas, evitando, dessa forma, eventual quebra de seu negócio.

⁴⁰³ “Essa teoria é um instrumento utilizado pela Análise Econômica do Direito para ajudar a entender ou mesmo prever os comportamentos das pessoas quando há interesses em conflito”. (In: RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 109). “A contribuição da teoria dos jogos para o estudo do Direito, portanto, consiste no entendimento das motivações estratégicas que inspiram os autores e das consequências das normas jurídicas em seu comportamento.” In: PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia. **Revista Faculdade Mineira de Direito** (PUCMG), v. 11, p. 109, 2008. Referida teoria, para o direito contratual, revela-se importante na medida que, quando da elaboração de um contrato, especialmente quando da redação de suas cláusulas, as partes, antecipadamente, têm como prever quais as possíveis condutas dos indivíduos (jogadores), que sabem as regras do jogo (cláusulas contratuais). A respeito, consultar ainda: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. “**Law & Economics**”. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008, (também em português: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.), p. 38-42. A respeito, ainda: PAMPLONA, Gustavo. Uma aplicação da Teoria dos Jogos ao direito – Os cartéis, a licitação e a Teoria dos Jogos. In: PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 193.

Pela “teoria dos jogos” teríamos as possíveis situações advindas do exemplo: Athos poderia ou não ter contratado os serviços de Porthos pelo preço proposto. Na hipótese de Athos não ter contratado, não seria gerado qualquer valor de ganho ou perda para as partes, pois simplesmente não haveria contrato. Na hipótese de Athos ter contratado os serviços de Porthos, teríamos três situações possíveis:

(i) cumprimento normal do contrato por Porthos, acaso não tivesse ocorrido o incidente: o benefício gerado pelo contrato teria sido de \$5000 para Porthos⁴⁰⁴ e de \$3.000 para Athos⁴⁰⁵. A soma dos dois valores mensura a eficiência geral da transação, que é de \$8.000, portanto economicamente eficiente.

(ii) cumprimento do contrato por Porthos, contabilizando o incidente havido, ou seja, aumento do custo com o conserto do fogão, que já era antigo: nessa hipótese, Porthos suportaria um prejuízo de (-)\$3.000, pois receberia \$10.000 pelos serviços, menos os custos de \$5.000 e, ainda, menos os custos com o conserto, no valor de \$8.000. Athos, por seu turno, não tem sua posição alterada, pois continuará pagando \$10.000 por um serviço que, no mercado, valeria \$13.000. A soma dos dois valores, nessa hipótese, revelaria uma ineficiência da transação, já que o resultado seria negativo em (-)\$3.000.

(iii) não cumprimento do contrato por Porthos: nessa hipótese, Porthos obviamente nada receberia e teria que arcar com a diferença devida a Athos (\$3.000), para que Athos pudesse contratar um “buffet” a preço de mercado (\$130 por pessoa). Athos continua tendo o mesmo benefício de \$3.000. A soma dos dois valores, nessa hipótese, resultaria em zero, sendo, dessa forma, neutro em termos de eficiência.

O cotejo dos resultados revela que o não cumprimento do contrato por parte de Porthos gera eficiência global, quer dizer: tanto para as partes como para a sociedade, pois resulta igual a zero.⁴⁰⁶

⁴⁰⁴ Valor: \$100 (por pessoa) X 100 pessoas = \$10.000. Custos: \$50 X 100 = \$5000. Lucro (valor – custos) = \$5.000.

⁴⁰⁵ Valor de Mercado = \$130 (por pessoa) X 100 = \$13.000. Portanto, o ganho com a contratação de Porthos foi de \$3.000.

⁴⁰⁶ A propósito consultar outros exemplos fornecidos por LOPES, Christian Sahb Batista In.: Mitigação dos prejuízos no direito contratual. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. (ou, LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação**

É regra inconteste que os contratantes têm obrigação moral e legal de cumprir com o contratado, mas diante da revelação de que inadimplementos contratuais podem ser eficientes, descortinou-se a defesa, no “Common Law” americano, de que o direito não deveria obstar, por meio de normas ou de decisões judiciais, a possibilidade de uma das partes descumprir o contrato se tal inadimplemento é economicamente eficiente⁴⁰⁷.

A teoria do inadimplemento eficiente tem por pressuposto o fato de que o credor alcançará, por meio de indenização⁴⁰⁸, todo o benefício que teria com o cumprimento do contrato, ou seja, não estará em uma posição nem pior e nem melhor.

Frise-se que, para um inadimplemento contratual ser considerado eficiente, o novo negócio (no caso da marcenaria) ou o produto do inadimplemento (no caso do “buffet”) deve ser suficientemente melhor (de Pareto, Kaldor-Hicks) para que a parte infratora possa compensar plenamente a não infratora.

6.2 A teoria do inadimplemento eficiente em sistema de “Civil Law”.

Considerando-se que a teoria tem sido ignorada pelos estudiosos do “Civil Law” em matéria contratual⁴⁰⁹, é incerto como a doutrina do inadimplemento eficiente se sairia em um

dos prejuízos no direito contratual. 2011. 263 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.)

⁴⁰⁷ “A teoria do inadimplemento eficiente - que é amplamente aceita na “Law and Economics” e tem obtido suporte nas principais fontes jurídicas americanas - adota a posição de que o inadimplemento eficiente é aceitável e deve ser encorajado pelo direito contratual quando os ganhos de uma das partes excedem as perdas do outro contratante.” In: EISENBERG, Melvin A.. **Remedial theory in contract law: compensation; the theory of efficient breach; cover; actual and virtual specific performance; and disgorgement**, p. 1, Disponível em <http://escholarship.org/uc/item/0gq0n2gz>. Acesso em nov/2015. Ainda nesse sentido: POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed., Nova York, Aspen, 2003, p. 109; BIRMINGHAM, Robert. Breach of contract, damage measures, and economic efficiency. **Rutgers L. Rev.**, v. 24, p. 273-292, 1970, p. 284. (também Disponível em http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2703&context=facpub&seidir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3DBIRMINGHAM%2C%2BRobert.%2BBreach%2Bof%2Bcontract%2C%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gws_rd%3Dcr%26ei%3DGLSpWN0oJ8v9wATmsYvoBA#search=%22BIRMINGHAM%2C%20Robert.%20Breach%20contract%2C%22. Acessado em dez/2015).

⁴⁰⁸ No sistema contratual norte-americano, há predileção em conferir à parte inocente, quando da quebra de um contrato, uma indenização plena pelas perdas e danos que esta suportara com o inadimplemento.

⁴⁰⁹ Entre nós, após vasta pesquisa, só encontramos um trabalho de dez páginas da Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, trabalho esse que foi apresentado no Colóquio Luso-Brasileiro sobre Contrato e Empresa, na Faculdade de Direito da Universidade de

contexto de “Civil Law”, isto é, fora de seu nascedouro, o “Common Law” americano. Para alguns, à primeira vista a resposta seria óbvia: encorajar o não cumprimento de um contrato seria imoral, e a teoria dos contratos, que é permeada por um conceito de boa-fé, apropriadamente se recusaria a reconhecer a “violação eficiente”. O direito contratual, na maioria dos países que adotam o sistema do “Civil Law”, tem como mote a máxima latina “pacta sunt servanda”. Para classificar algumas quebras de contrato como “eficientes” haver-se-ia de sancionar uma conduta que tem sido proibida desde a época dos pretores do direito romano. Nesse sentido, permitir ou estimular o inadimplemento de contrato (ainda que “eficiente”) conflitaria com o significado moral⁴¹⁰ fundamental e insito aos contratos.⁴¹¹

Além da observação acima, investigar a razão pela qual a teoria do inadimplemento eficiente não foi adaptada em países de “Civil Law” é um problema complexo, e, através deste trabalho, tentaremos responder ao questionamento (ou até mesmo fomentar a aceitação da teoria em nosso sistema contratual). Assim, o presente trabalho tem seus limites. Aqui não

Lisboa, em 13 de outubro de 2015. In: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 2, n. 1, p. 1091-1103, 2016. No exterior, em direito comparado, os principais trabalhos publicados: PERILLO, Joseph M. Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference, **Fordham L. Rev.**, [s.l.], v. 68, p. 1085, 2000. Disponível em <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol68/iss4/4>>. Acesso em dez/2015; LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second Restatement. **Columbia L. Rev.**, v. 81, n. 1, p. 111-139, jan. 1981, dentre outros que serão citados em notas de rodapé e constarão da bibliografia; REMINGTON, Clark. Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach: Fine Tuning the Notion of the Contract Breacher as Wrongdoer. **Buff. L. Rev.**, Rev. 645, 648, 1999.

⁴¹⁰ Há autores estrangeiros que argumentam de forma persuasiva que, pelo fato de o contrato ser uma promessa, a quebra dessa promessa ou a violação de um contrato é imoral. A respeito, consultar: Steven Shavell, in.: **Is Breach of Contract Immoral?** Disponível em: <http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Shavell_531.pdf>. Acesso em: nov/2015.

⁴¹¹ Os Estados Unidos, o berço da teoria da violação eficiente, reconhece da mesma forma o dever de boa-fé na execução dos contratos. A Seção 1-203 do “Uniform Commercial Code” prevê que “Every contract or duty ... imposes an obligation of good faith in its performance or enforcement.” Tradução livre: “Todo contrato ou obrigação (...) impõe um dever de boa fé no seu cumprimento ou execução. “ _ U.C.C. § 1-203. O “Restatement (Second) of Contracts” tem previsão similar, dispendo no § 205 (“every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement”. Tradução livre: “todos os contratos impõem a cada parte o dever de boa-fé e de negociação justa no seu cumprimento e na sua execução”). Para maior aprofundamento a respeito da boa-fé nos contratos americanos consultar: SUMMERS, Robert S. **The General Duty of Good Faith -- Its Recognition and Conceptualization**. Disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/summers.html>. Acesso em out/2015; ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. **Good Faith in European Contract Law**. Disponível em <<http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam032/99037679.pdf>>. Acesso em nov/2015; dentre vários outros. Ao contrário da concepção europeia de boa-fé nos contratos, a ideia americana não se aplica à fase de elaboração do contrato. Ver, por exemplo, Restatement (Second) of Contracts § 205, comentário c (“This section, like the Uniform Commercial Code § 1-203, does not deal with good faith in the formation of a contract.” Tradução livre: Esta seção, como o Uniform Commercial Code § 1-203, não cuida da boa fé na elaboração de um contrato).

avaliaremos os méritos ou deméritos da teoria.⁴¹² Consideraremos a teoria do inadimplemento eficiente no contexto da tradição jurídica do “Civil Law”, e não do local de seu nascedouro, o “Common Law” americano, visando a descortinar eventuais impedimentos⁴¹³ (ou possibilidade de recepção) no “Civil Law”.

Nesse sentido, discutiremos a teoria do inadimplemento eficiente de contrato e examinaremos doutrinas estrangeiras de “Civil Law” que sejam incompatíveis - ou pelo menos não amigáveis – em relação à teoria. Impedimentos doutrinários (ou obstáculos) à aceitação da teoria do inadimplemento eficiente, na maioria das vezes, estão ligados a profundas questões culturais ou à consideração de um magistrado ao se deparar com a ideia de inadimplemento eficiente. Para não generalizarmos todos os sistemas de “Civil Law”, nossa ênfase recairá sobre o sistema da Alemanha, onde já se teve a oportunidade de estudar o tema⁴¹⁴, quando então, comparativamente, enfrentaremos cada um dos impedimentos em face do Direito Contratual Brasileiro⁴¹⁵.

Para tanto, recorreremos a vários textos, artigos e doutrina estrangeira, com fundamento nos quais desenvolvemos este trabalho.⁴¹⁶

6.3 A teoria do inadimplemento eficiente e os possíveis óbices para sua aplicação.

Para que a teoria jurídica possa prosperar, seja ela qual for, é mister que o sistema jurídico onde vá ser desenvolvida contenha elementos estruturais e culturais que sejam

⁴¹² É certo que a teoria da violação eficiente tem sido alvo de sérias críticas (talvez justificáveis). Ver, por exemplo, FRIEDMANN, Daniel. The Efficient Breach Fallacy. **The Journal of Legal Studies**, [s.l.], v. 18, n. 1, p.1-24, jan. 1989. University of Chicago Press. <http://dx.doi.org/10.1086/468138>; MAENEIL, Ian R. Efficient Breach of Contract: Circles in the Sky. **Virginia L. Rev.**, [s.l.], v. 68, n. 5, p. 947-969, maio, 1982. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/1072886?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em nov/2015.

⁴¹³ A palavra impedimento será utilizada como: obstáculo, barreira, empecilho, e não como impedimento legal.

⁴¹⁴ Dentre vários outros doutrinadores que tiveram oportunidade de estudar o tema, que citaremos no curso do trabalho, especialmente utilizamos o trabalho do Professor SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: A comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, v. 55, n.4, p. 721-766, set/2007, a quem agradecemos profundamente, por nos haver inspirado e servido de paradigma na estruturação e desenvolvimento deste trabalho.

⁴¹⁵ Utilizamos a mesma sistemática adotada pelo Prof. Scalise.

⁴¹⁶ Elencaremos aqui todos os textos consultados, analisados e utilizados neste trabalho, lembrando que na doutrina nacional o tema não foi amplamente enfrentado (senão “en passant”, em alguns poucos artigos, que também aqui incluiremos como objeto de consulta.)

favoráveis ao seu desenvolvimento. A distribuição desses elementos favoráveis, bem provavelmente, variará de país para país. Talvez o “Common Law” anglo-americano contenha uma abundância de elementos favoráveis à teoria do inadimplemento eficiente que parecem não existir - pelo menos não na mesma medida - em sistemas de “Civil Law”.

Para a determinação de elementos favoráveis e de obstáculos existentes no sistema de “Civil Law” (em comparação com o “Common Law” americano), recorreremos à metodologia adotada por Scalise Junior⁴¹⁷, ou seja, analisaremos inicialmente a estrutura dos sistemas e, após, a cultura jurídica.

6.3.1 Impedimentos estruturais.

Óbices estruturais são regras materiais e processuais do direito que alteram o cálculo a ser feito pela parte infratora no momento em que contempla a quebra contratual, podendo tornar pouco atraente a ideia de não cumprimento da obrigação.

Os impedimentos estruturais seriam: (1) os remédios pelo não cumprimento; (2) possível expropriação dos lucros (ou vantagens) que poderiam ser auferidos com o inadimplemento; (3) danos imprevisíveis; (4) dever de mitigar prejuízo e forma de apuração do valor dos danos, (5) interferência de terceiros na relação contratual original; e, finalmente, (6) incerteza quanto aos custos de um litígio.

6.3.1.1 Os remédios pelo não cumprimento: indenização “versus” execução específica.

A partir do exemplo da marcenaria de Athos, acima utilizado, é mister que haja confluência de um grande número de requisitos no sistema legal para se possa vislumbrar a hipótese de ocorrência de quebra eficiente.⁴¹⁸

⁴¹⁷ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: A comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. *The American Journal of Comparative Law*, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007.

⁴¹⁸ Isso não significa admitir que, em um sistema que admite composição por perdas e danos como o remédio para a quebra de contrato, este seja mais eficiente do que em um sistema que prevê a execução específica (“specific performance”). Consultar, a respeito, ULEN, Thomas S. The Efficiency of Specific Performance: Toward a

A violação levada a efeito por Athos é considerada eficiente porque ele pode inadimplir seu contrato com Porthos, vender as mesas para Aramis e, após, pagar Porthos por todos os prejuízos experimentados (ampla indenização). Se o remédio jurídico para o inadimplemento contratual fosse a execução específica – em vez do simples pagamento das perdas e danos – a questão de saber se o inadimplemento por parte de Athos foi eficiente seria irrelevante, pois a lei obrigaria Athos a entregar as cadeiras para Porthos independentemente do aumento de riqueza verificado⁴¹⁹.

Diversos autores escreveram sobre a “tensão (existente) entre a teoria da quebra eficiente e a (...) execução específica”⁴²⁰. Em sistemas de “Common Law” anglo-americanos, é axiomático que o principal – se não o único – remédio para os danos causados pelo não cumprimento da maioria dos contratos é uma ação de indenização em face da violação⁴²¹, não havendo, portanto, qualquer empecilho para a recepção do inadimplemento eficiente.

Os sistemas de “Civil Law” dão preferência à execução específica das obrigações contratuais, o que poderia ser um impedimento para a recepção da teoria.

A lei alemã, por exemplo, dá preferência à execução específica. Basil Markesinis, ao discorrer sobre quebra eficiente dos contratos no direito alemão, assinala que “No direito alemão (...) a ideia de quebra “eficiente” [e] (...) a questão sobre se a quebra de um contrato é apropriada não está em primeiro plano. Afinal, o promissário pode compelir o promitente a

Unified Theory of Contract Remedies, **Michigan L. Rev.**, v. 83, n. 2, p. 341-403, 1984; SCHWARZ, Alan, The Case for Specific Performance, **Yale L.J.**, v. 89, p. 271 e ss, 1979.

⁴¹⁹ No exemplo, o aumento foi de \$450.000.

⁴²⁰ PERILLO, Joseph M. Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach and Tortious Interference, **Fordham L. Rev.**, v. 68, p. 1102, 2000. Disponível em <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol68/iss4/4>>. Acesso em dez/2015.

⁴²¹ A respeito, EISENBERG, Melvin A. observa que “specific performance is an exceptional remedy, to be granted only if damages would not be adequate” but recognizing exceptions for when the subject matter of the contract is unique, real property is involved, or when continuing court supervision is required. – Tradução livre: “a execução específica é um remédio excepcional, que deve ser imposto apenas se a reparação dos danos não for satisfatória”, mas, afinal, o autor admite exceções nos casos em que o objeto do contrato é único, em que está envolvido direito real de propriedade ou, ainda, quando se faz necessária supervisão judicial contínua. (In: Actual and Virtual Specific Performance, The Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law, **Cal. L. Rev.**, v. 93 p. 975, 2005. Também disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol93/iss4/1>. Acesso em nov./2015). Nesse mesmo sentido: “Restatement (Second) Contracts”, § 357, 359-60, 366-67.

cumprir a obrigação de forma específica⁴²². O Código Civil alemão, a “Bürgerliches Gesetzbuch” (BGB), prevê que, “em virtude da relação obrigacional, o credor tem o direito de exigir o cumprimento [execução específica] pelo devedor.”^{423 424}. No entanto, é opção da parte inocente escolher entre a execução específica ou indenização.⁴²⁵

A Convenção das Nações Unidas para a Venda Internacional de Mercadorias (CISG⁴²⁶), por igual, confere ao comprador a opção de exigir a execução do contrato tal qual firmado⁴²⁷; no entanto, é inexpressivo o número de casos em que foi levada a efeito a execução específica da obrigação⁴²⁸.

Em estudo a respeito do tema, Smits⁴²⁹ revela que, a despeito de ser a execução específica a base do sistema de “Civil Law”, a medida tem sido subutilizada nos sistemas legais

⁴²² Tradução livre de: “In German law ... the idea of an “efficient” breach [and] ... the question whether breaching the contract is appropriate does not arise in the first place. After all, the promisee is entitled to enforce the promise specifically.” MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**. 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 399.

⁴²³ Tradução livre de: § 241(1): “By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.” Bürgerliches Gesetzbuch [BGB] (doravante, simplesmente, BGB). Disponível em <http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0717>. Acesso em março/2016.

⁴²⁴ Também privilegiam a execução específica da obrigação contratual os sistemas da Dinamarca, França, Espanha, Grécia, Itália, bem como de diversos países da América Latina.

⁴²⁵ LANDO, Henrik; ROSE, Caspar. On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries. **International Review of Law and Economics**, v. 24, p. 473-487, 2004, p. 477 (também disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32977-41266-1-PB.pdf>, Acesso em nov/2015). Os autores fazem uma interessante descrição a respeito de como se dá a execução específica, alertando para as hipóteses em que o judiciário pode rejeitá-la.

⁴²⁶ Decreto n. 8.327, de 16 de outubro de 2014.

⁴²⁷ arts. 46, (1) [“O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência.”] e 28 [Se, de conformidade com as disposições da presente Convenção, uma das partes tiver o direito de exigir da outra o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regidos pela presente Convenção”], do Decreto n. 8.327, de 16 de outubro de 2014.

⁴²⁸ LANDO, Henrik; ROSE, Caspar dão notícia de que, após extensa pesquisa, apuraram que, de 200 casos em que a execução específica poderia ter sido pleiteada, em somente um ela foi levada a efeito por um comprador, o qual, ao final, teve seu pedido indeferido em procedimento arbitral. (Op. cit., p. 480 (também disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32977-41266-1-PB.pdf>, Acesso em nov/2015)).

⁴²⁹ SMITS, Maarten H.J. **Efficient Breach and The Enforcement of Specific Performance**. Universiteit van Amsterdam. June, 2014. Disponível em <http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=530114>. Acessado em nov/2015.

européus, dando-se predileção às quebras eficientes, ou “efficient breaches”, acreditando o autor que tal seja reflexo de uma visão mais utilitarista da resolução contratual.

O Brasil, por igual, confere à parte inocente na quebra o direito de escolher entre a execução específica ou a indenização. No entanto, o problema que vislumbramos reside na apuração do valor da indenização – que será tratado em capítulo próprio - e a espécie de prestação contratada.

Com efeito. A teoria do inadimplemento eficiente está lastreada no princípio da indiferença, que aduz que, “para o credor, não há qualquer diferença entre receber a prestação devida e a indenização, desde que essa permita a completa recuperação das perdas e danos.”⁴³⁰. No entanto, pode o credor ter interesse na prestação “in natura” e não aceitar tão somente as perdas e danos. O art. 947 do Código Civil⁴³¹ estabelece que somente na impossibilidade de cumprimento da prestação por parte do devedor é que haverá substituição da prestação por dinheiro⁴³².

A eficácia da medida se dá por meio do Judiciário⁴³³, posto que a lei processual civil (CPC – Código de Processo Civil⁴³⁴) confere ao julgador instrumentos para impor ao devedor o cumprimento da própria obrigação específica ou até mesmo para determinar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento da obrigação.⁴³⁵

⁴³⁰ LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos prejuízos no direito contratual. 1ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013. (ou LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.), p. 99.

⁴³¹ Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

⁴³² Não se pode deixar de mencionar o disposto no art. 313: “O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.” Ainda como reforço: “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.”

⁴³³ “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. (...)” “Art. 498 - Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. Parágrafo único - Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualiza-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.”

⁴³⁴ Lei nº 13.105/2015.

⁴³⁵ Art. 536 elenca as medidas de apoio para a efetivação da decisão (busca e apreensão, por exemplo).

Há a possibilidade de conversão da obrigação em perdas e danos, mas somente se o credor a requerer ou, então, se impossível a concessão da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente ao adimplemento da obrigação pretendida pelo credor.⁴³⁶

Tendo em vista que nos interessa a eficiência com o inadimplemento, importa frisar que, além do pagamento pelas perdas e danos, estará sujeito o devedor ao pagamento de valor de multa fixada pelo órgão julgador, a qual tem por precípua finalidade compelir o devedor ao cumprimento específico da obrigação reconhecida como devida (art. 500⁴³⁷), o que encareceria ainda mais o inadimplemento da obrigação, desviando-se, assim, da pretensão de eficiência econômica.

Não obstante, entendemos que, na prática, a execução específica não seria a melhor alternativa para o credor⁴³⁸, pois a essa altura a confiança no devedor, antigo parceiro contratual, já não mais existe, inexistindo, portanto, qualquer tipo de colaboração e cooperação entre ambos. Soma-se a isso a demora na prestação jurisdicional, razão pela qual, em se cuidando de obrigação fungível, seria mais eficiente para o credor optar pela rescisão contratual e plena indenização por perdas e danos em vez de aguardar a tutela específica.

Concluindo, o ordenamento jurídico pátrio consagra a primazia da tutela específica das obrigações de dar, de fazer e de não fazer sobre outros meios de efetivação (como a substituição por ato de terceiro ou a conversão em perdas e danos), de forma que seja conferido ao credor exatamente o que lhe é devido por força do ajuste contratual.

Assim, na hipótese de o credor ter interesse na prestação “in natura” e não aceitar tão somente as perdas e danos, a execução específica seria um impeditivo para o inadimplemento eficiente no Brasil.

⁴³⁶ “Art. 499 - A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor a requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.”

⁴³⁷ “Art. 500. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação.” Ressalte-se que o valor da multa fica a critério do juiz.

⁴³⁸ Os números apontados por LANDO, Henrik; ROSE, Caspar parecem bem revelar isso (In: On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries. **International Review of Law and Economics**, v. 24, p. 473-487, 2004, p. 480 (também disponível em <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32977-41266-1-PB.pdf>, Acesso em nov/2015)).

De qualquer maneira, a “performance” eficiente não é vedada. No exemplo dado anteriormente, após receber a oferta de Aramis de comprar as mesas por \$100 a mais do que Porthos pagaria, Athos perderia \$100 de lucro se fosse forçado a fabricar e vender as cadeiras para Porthos, ao passo que Porthos lucraria apenas \$50 com a comercialização de suas cadeiras. Athos, por sua vez, pode tentar convencer Porthos a liberá-lo da avença para vender as mesas para Aramis. Por exemplo, em uma oferta de acordo entre \$ 51 e \$ 99, tanto Athos quanto Porthos estariam melhor do que se houvesse a execução específica, em que Athos perde \$ 100 e Porthos só ganha \$50. Assim, apesar de poder se valer de execução específica, Porthos provavelmente se contentaria com a proposta de Athos e eles chegariam a um resultado economicamente eficiente.⁴³⁹

Assim, a simples possibilidade de execução específica não altera necessariamente a quantidade de riqueza da sociedade, mas apenas pode alterar a distribuição dessa riqueza entre as partes. No exemplo original do “Common Law”, Athos poderia violar o contrato, pagando a Porthos seus \$50 em danos, e manter o restante para si mesmo. Onde a execução específica é uma imposição (ou ao menos está disponível), no entanto, Porthos poderia forçar Athos a cumprir o contrato, se ele se recusasse a lhe pagar uma parte do lucro extra que está obtendo com a venda para Aramis (ou seja, algo entre \$ 51 e \$ 99). Se Athos se recusar a negociar com Porthos e não cumprir o contrato, ele o faz por sua própria conta e risco, perdendo todo o benefício de seu inadimplemento. Fato é que, quando a execução específica está prevista no sistema, é maior o incentivo para que o devedor negocie com o credor antes de inadimplir o contrato para entrar em outra transação.

Assim, a mera disponibilidade de execução específica em caso de descumprimento de contrato, pode influenciar a parte inocente a pretender uma indenização maior do aquela que teria acaso o mesmo fato se desse em jurisdição do “Common Law” (onde a execução específica é excepcional). Não obstante, o fato de o sistema favorecer ao credor a obtenção de um valor de indenização maior do que lhe seria devido não é incompatível com a teoria da quebra eficiente, dependendo, por óbvio, de qual seria o resultado final da eficiência.⁴⁴⁰

⁴³⁹ Presumindo-se aqui que Porthos se sinta amplamente ressarcido, incluídos nesse ressarcimento todos os custos decorrentes de uma transação (advogados, tempo despendido, etc.)

⁴⁴⁰ Para ilustrar, tomemos nosso exemplo da marcenaria: Na operação entre Athos e Porthos o lucro total com a fabricação das cadeiras (a riqueza gerada com o contrato) era de \$200.000. Na operação de Athos com Aramis (pela fabricação das mesas) o lucro total (riqueza no mercado) era de \$750.000. Mas com a quebra contratual

6.3.1.2 Expropriação⁴⁴¹ dos lucros obtidos pelo devedor.

Como já asseverado, em sistemas em que a forma primária de indenização por quebra contratual seja a composição por perdas e danos (e não a exigibilidade do cumprimento da obrigação “in natura”), a forma como será feita a reparação do dano pode influenciar sobremaneira a conclusão sobre se a quebra é verdadeiramente eficiente. Na lei americana, por tudo que já se expôs, resta evidente que os danos por violação são compensatórios. Assim, os danos por quebras contratuais são normalmente calculados com base na proteção do interesse, da expectativa frustrada das promessas feitas ao contratante desiludido⁴⁴².

No entanto, há sistemas que permitem que a forma de compor os danos causados pela quebra de um contrato seja despojar o devedor inadimplente dos lucros que obteve com a quebra, ou com o novo contrato entabulado com terceiro. Nas palavras de John D. McCamus, “um princípio que despoja o vendedor dos lucros obtidos na segunda venda desencorajaria o comportamento de violação eficiente.”⁴⁴³

Porthos tinha direito a \$300.000 de indenização. Em sistema de “Common Law” o inadimplemento gerou uma eficiência de \$450.000. Suponhamos que, em país do “Civil Law”, para abrir mão do direito de executar especificamente a obrigação, Porthos exija de Athos \$400.000, ainda assim o inadimplemento seria considerado eficiente socialmente, pois haveria disponível no mercado \$350.000 (e não tão somente os \$200.000 advindos do lucro com a operação inadimplida).

⁴⁴¹ Na doutrina americana há divergências a respeito do que vem a ser “restitution” (restituição) e “disgorgement” (expropriação). Alguns doutrinadores não fazem distinção entre um termo e outro, mas a maioria, sim, entendendo que a restituição é devolver a alguém o que lhe pertencia por direito próprio. Ao passo que a expropriação implica em ter de, compulsoriamente, abrir mão de lucros obtidos de forma ilícita. A respeito, consultar CAGGIANO, Ilaria Amelia. Disgorgement, compensation and restitution: a comparative approach. *Global Jurist*. v. 16, n. 2, p. 243–266.

⁴⁴² In: LORD, Richard A.. *Williston on Contracts*. 4. ed. Campbell University School of Law, 2006, 64:2.

⁴⁴³ In: MCCAMUS, John D. *Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective*. Loyola of Los Angeles Law Review. v. 36, p. 943, 2003. Disponível em <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2362&context=llr&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3DJohn%2BD.%2BMcCamus%2C%2BDisgorgement%2Bfor%2BBreach%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gfe_rd%3Dcr%26ei%3DEZjJV97DEuSp8weG-Iwg#search=%22John%20D.%20McCamus%2C%20Disgorgement%20Breach%22>. Acesso em julho/2015; Ainda, SMITH, Lionel D. *Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and “Efficient Breach”*. *Can Bus. L. J.*, v. 24, p. 121-133, 1994-1995. Disponível em <http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/canadbus24&div=11&id=&page=>. Acesso em out/2015.

Em um sistema no qual seja permitido despojar o devedor dos lucros obtidos com a quebra, certamente a doutrina do inadimplemento eficiente não sobreviveria. No nosso caso da marcenaria, se Athos fosse obrigado a entregar a Porthos todo o lucro que obteve com a quebra do contrato por causa de Aramis (ou toda eficiência econômica com a quebra), Athos não teria qualquer incentivo para inadimplir o contrato com Porthos.

O BGB, embora não traga dispositivo expresso a respeito, admite, excepcionalmente, que a indenização a ser paga à parte inocente seja a expropriação dos lucros que a parte infratora auferiu ao descumprir o contrato⁴⁴⁴.

Uma das hipóteses previstas no BGB, que pode levar ao entendimento de que a expropriação dos lucros seria possível, é a aplicação do § 285 (I), o qual prevê que, sendo impossível a execução específica da obrigação (impossibilidade da prestação)⁴⁴⁵, o credor pode exigir que o devedor substitua a prestação por outra equivalente ou pelo objeto que adquiriu.

⁴⁴⁴ SIEMS, Mathias. Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis, **Edinburgh Law Review**. v. 7, p. 27-59, 2003. (traz seis casos especiais em que a corte alemã determinou, em favor do credor prejudicado com quebra de contrato, a restituição dos lucros havidos pelo devedor, mas assevera que são exceções, In: “Nota 39”: “In German law there exists no general discussion as to whether a contract-breaker has to disgorge his profits. Rather, there are six different categories of case in which disgorgement either has already been awarded or could be awarded.” – Tradução livre: No direito alemão não há uma discussão generalizada quanto a se o inadimplente deva devolver seus lucros. Pelo contrário, existem seis categorias diferentes de casos em que o despojamento dos lucros já foi ou poderia vir a ser determinado.) Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=853864>. Acesso em nov/2015.

⁴⁴⁵ Conhecida como “doutrina da impossibilidade”. Seções 275 (1) a (3) do BGB: “O conceito de impossibilidade no direito alemão deriva da máxima romana de “impossibilium nulla est obligat” e é independente do conceito de culpa. Embora tal afirmação pareça bastante básica, o conceito de impossibilidade no direito alemão é um termo que admite dois tipos de impossibilidade, a impossibilidade objetiva e a subjetiva. O cumprimento de uma obrigação é objetivamente impossível quando não pode ser realizado por qualquer pessoa, e subjetivamente impossível quando não pode ser realizada pelo devedor. A atual legislação, a respeito das obrigações, preceitua como caso específico de impossibilidade também a hipótese em que o cumprimento por parte do devedor requer despesa e esforço que, tendo em conta o objeto da obrigação e os requisitos de boa-fé, é manifestamente desproporcional em relação ao interesse do credor em exigir o cumprimento. Quando se determina que os esforços possam ser razoavelmente exigidos do devedor, tal deve ser levado em consideração, caso seja ele, devedor, o responsável pelo impedimento criado ao fiel desempenho do contrato. Finalmente, o cumprimento da obrigação é considerado impossível quando o devedor tenha de cumprir pessoalmente a obrigação (“intuitu personae”) e, ao se ponderar o impedimento para cumprimento em face do interesse do credor, verifique-se desequilíbrio significativo e, assim, o credor não possa, razoavelmente, esperar que o credor cumpra a obrigação.” ZIMMERMANN, Reinhard. **The new German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspective**. [s.l.]: Oxford University Press, 2005, p. 44.

Vale dizer, sub-roga-se nos direitos do devedor, acaso este receba algo pelo objeto que se perdeu; ou seja, a impossibilidade da prestação gera direitos à prestação secundária.^{446 447}

Caso clássico da hipótese prevista no § 285 (I) seria a perda do objeto da prestação que, por acaso, estivesse segurada. Nesse caso, o credor teria o direito de propugnar pelo recebimento do valor pago pela seguradora ao devedor para compor o dano (ou seja, o objeto que substituiu a prestação). Via de regra, o cumprimento da obrigação por prestação substituta depende de pedido expresso do credor e é aplicado aos casos em que o cumprimento da obrigação é frustrado por impossibilidade que não decorra de culpa do devedor. Nada obstante, na hipótese de o devedor ser o culpado pela impossibilidade do cumprimento da obrigação, nada impede que o credor propugne pela substituição na forma do §285 (I)⁴⁴⁸. Scalise Junior⁴⁴⁹ traz interessante caso revelador dessa hipótese, julgado pelo “Bundesgerichtshof” [BGH]⁴⁵⁰: o réu, devedor, comprou um caminhão e, em seguida, tendo ciência de que a compra e venda que realizara iria ser invalidada, revendeu-o a terceiro com lucro. Quando o original vendedor propugnou pela rescisão da venda, o réu ofereceu a devolução do valor do caminhão, pois a entrega do bem já não era mais possível. Apesar do que dispõe o § 285 (I), o tribunal recusou a oferta do requerido e, a pedido do vendedor, condenou o comprador a entregar a ele, autor da demanda, o lucro obtido com a venda a terceiros (em face da evidente má-fé do réu). Ora, se é permitida essa ampla interpretação do § 285 (I), parece-nos que a ideia de violação eficiente poderia se subsumir perfeitamente à norma. Scalise Junior, citando Dagmar Coester-Waltjen, aduz que “Se (...) o vendedor, obrigado por contrato a entregar certas mercadorias para

⁴⁴⁶ NORDMEIER, Carl Friedrich. **O novo direito das obrigações no código civil alemão - a reforma de 2002**. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewFile/43502/27380>. Acessado em jan/2016, p. 12 e SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 735-737.

⁴⁴⁷ BGB §285(I). “(1)If the obligor, as a result of the circumstance by reason of which, under section 275 (1) to (3), he has no duty of performance, obtains reimbursement or a claim to reimbursement for the object owed, the obligee may demand return of what has been received in reimbursement or an assignment of the claim to reimbursement.” Tradução livre: “Se o devedor, que, nas hipóteses da secção 275 (1) a (3), não tem o dever de cumprir a obrigação, tiver o direito de ser reembolsado ou de reivindicar reembolso pelo objeto da dívida, o credor poderá exigir a devolução do que por ele [devedor] for recebido em reembolso, ou que lhe seja atribuído o direito de demanda pelo reembolso.”

⁴⁴⁸ ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. **Good Faith in European Contract Law**. Disponível em < <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam032/99037679.pdf> >. Acesso em: nov/2015, p. 60.

⁴⁴⁹ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Op. cit., p. 735-736.

⁴⁵⁰ Bundesgerichtshof [BGH] [Supremo Tribunal Alemão de Direito Privado] Oct. 24, 1979, 75 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 221 (F.R.G).

A, vende-as a um preço melhor para B e, assim, torna impossível o cumprimento de seu contrato com A, ele teria de pagar a A - a pedido de A - o valor que recebeu de B (ou transferir-lhe os direitos de demanda contra B para recebimento daquele dinheiro)⁴⁵¹. Assim, diante da ideia de que o devedor pode ter de entregar ao credor o valor correspondente aos lucros obtidos com a nova operação, e presente a regra geral da teoria do inadimplemento eficiente, de que, pelo não cumprimento da obrigação, o devedor deve apenas indenizar, ou colocar o credor em uma situação nem melhor e nem pior do que estaria se o contrato fosse cumprido, a lei alemã cria sérios desincentivos à violação eficiente e, assim, relevante obstáculo para a aceitação da teoria.

No entanto, em outra decisão com base no § 285 do BGB, o “Bundesgerichtshof” [BGH] parece ter chegado a uma solução a respeito de quebra de contrato que guarda relação íntima com a teoria do inadimplemento eficiente⁴⁵². Vejamos: um proprietário havia locado um terreno ao autor da demanda com a finalidade de que este ali instalasse um estacionamento. Posteriormente, o proprietário locou uma parte do mesmo terreno para outra pessoa, a fim de que ali fosse instalado um mercado. O autor (primeiro locatário) processou o proprietário argumentando que, sob o § 285 do BGB, o locador estaria obrigado a dar preferência a ele, autor, nas mesmas condições do que fora ofertado ao segundo locatário. O autor fundamentou sua demanda no texto legal mencionado, alegando o direito do credor em exigir o cumprimento de obrigação substituta se o desempenho da obrigação original tivesse se tornado impossível (no caso, a preferência não poderia ser exercida, pois o imóvel já estava alugado). Ao analisar o pedido do requerente, o tribunal considerou que, para a aplicação dos termos do § 285, dois requisitos deveriam estar presentes para a concessão do pedido: (i) deveria existir um nexo causal entre as circunstâncias que levaram à impossibilidade do cumprimento da obrigação e a possibilidade de substituição da obrigação por parte do devedor; e (ii) deveria haver identidade entre o objeto do primeiro contrato e o objeto do segundo contrato. Quanto ao primeiro requisito, nexo de causalidade, o tribunal decidiu que o segundo contrato de locação levou à

⁴⁵¹ Tradução livre de: “If... the seller bound by contract to give certain goods to A, sells these goods at a better price to B, and thereby makes impossible the performance of his contract with A, he would have to pay A — on A’s request—the money he has got from B (or to assign his claim against B for that money).”. COESTER-WALTJEN, Dagmar. **The New Approach to Breach of Contract in German Law. in Comparative Remedies for Breach of Contract**. [s.l.]: Nili Cohen & Ewan McKendrick, 2005, p. 138.

⁴⁵² Bundesgerichtshof [BGH] [Corte Federal de Justiça] May 10. 2006, 167 Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen [BGHZ] 312 (F.R.G.). Disponível em <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=BGH&Datum=10.05.2006&Aktenzeichen=II%20ZR%20209/04>. Acesso em: dez/2015.

impossibilidade de realização do primeiro. Por seu turno, no que dizia respeito à questão da identidade de objeto, o tribunal considerou que seria inaplicável a hipótese do § 285, pois que a propriedade fora alugada para o autor como um estacionamento e, para o outro inquilino, como um mercado.

Scalise Junior⁴⁵³, a respeito, anota que alguns estudiosos alemães caracterizaram a decisão como sendo uma aceitação do tribunal (de forma intencional ou não) da ideia de quebra eficiente do contrato. A fundamentação da decisão do tribunal foi criticada pela dureza na exigência de identidade de objeto constante no § 285. Embora se possa admitir que seria mister alguma identidade entre o objeto do primeiro contrato e o objeto do contrato substituído (no caso, o segundo contrato), a identidade necessária é apenas um fator a ser considerado entre os interesses legalmente protegidos⁴⁵⁴. Interessante levar em consideração que a pretensão de um locatário pela perda da posse mansa e pacífica das instalações existentes em imóvel do locador devido a um incêndio, por exemplo, não o autoriza a reivindicar o produto do seguro pago ao locador⁴⁵⁵, já que não existe identidade entre o direito do locatário à posse direta mansa e pacífica e o interesse do locador proprietário no valor do seguro⁴⁵⁶. “In casu” há de se notar que o tribunal elevou o nível de especificidade, i.e. de exigência de identidade de objeto de forma extrema, entendendo que a identidade já não se circunscrevia tão somente ao objeto do contrato original e seu substituto, mas estendia-se também ao tipo específico da propriedade objeto de contratação⁴⁵⁷. Tem sido argumentado que o resultado no caso acima só pode ser explicado sob a teoria da quebra eficiente⁴⁵⁸. Se essa conclusão está correta, não é cristalina, em face dos fatos que envolvem o caso.

Importante ressaltar, nesse ponto, que os casos que foram analisados por Mathias Siems, nos quais restou decidido pela devolução dos lucros, diziam respeito a: (i) funcionário

⁴⁵³ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 737.

⁴⁵⁴ Idem.

⁴⁵⁵ Supondo-se, por óbvio, que o beneficiário do seguro seja o locador proprietário.

⁴⁵⁶ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Op. cit., p. 737.

⁴⁵⁷ Idem.

⁴⁵⁸ Idem “Als Rechtfertigung für die Entscheidung kommt letztlich nur die ökonomische Lehre vom effizienten Vertragsbruch in Frage.” Tradução livre: A justificativa para a decisão em última instância só pode ter vindo da teoria econômica da violação eficiente do contrato.

que deixou o governo (serviço secreto) e pretendia publicar livro sobre sua vida profissional (foram-lhe retirados os direitos autorais – lucros – pois ele quebrou a parte do contrato que exigia sigilo); (ii) administrador de empresa que concorre com os negócios da empresa e desvia lucros; (iii) gestor de negócios; e (iv) obtenção de lucros por parte de mandatário no exercício do mandato, que obteve lucros que deveriam ser repassados aos mandantes⁴⁵⁹. Na análise do autor, o que se buscou, nessas hipóteses, foi evitar o enriquecimento sem causa (e indevido), mediante indenização correspondente ao lucro auferido pelos infratores.

A proibição alemã ao abrigo do § 285, que requer tradicionalmente a perda dos lucros nestes contextos, parece ter sido excepcional, não parece ser tão absoluta quanto a impedir a recepção da ideia de quebra eficiente. No entanto, não podemos deixar de revelar que há diminutos estudos na aplicação da teoria da quebra eficiente no Direito Alemão. Estudiosos do direito contratual alemão haveriam de se aprofundar mais a fim de que ela seja admitida no sistema como forma de fomentar a economia, mantendo-se a justiça contratual.

A influência do direito romano levou a uma noção mais ampla de enriquecimento sem causa em “Civil Law”. Lembra Cesar Fiuza⁴⁶⁰ que, no sistema romano, não havia certeza se o preceito deveria ser aplicado como princípio jurídico ou regra ética. Assevera o autor que, ao tempo de sua elaboração, o que se condenava era o enriquecimento que afrontasse o Direito. Com a subtração do termo “iniuria” de uma das leis, houve um esforço legislativo para se aplicar o princípio do locupletamento a todos os casos. Apesar de haver legislação romana referente ao assunto, assim como decisões judiciais conferindo procedência à ação de “in rem verso”, não existia no Direito Romano norma geral tratando do enriquecimento sem causa. No entanto, mesmo sem um princípio geral, o pretor, apesar de não ter poder para legislar sobre o assunto “erga omnes”, “possuía tal poder no caso concreto, específico, produzindo, assim, novas fórmulas para abranger os diversos casos novos que deveria julgar”.

⁴⁵⁹ O mandato, no Direito Alemão, é gratuito.

⁴⁶⁰ FIUZA, Cesar; PARDINI NETO, Frederico, ALBUQUERQUE Bianca Oliveira de. **O princípio do enriquecimento sem causa e seu regramento dogmático**. Disponível em http://www.arcos.org.br/artigos/o-principio-do-enriquecimento-sem-causa-e-seu-regramento-dogmatico/#_ftn17> Acessado em junho/2016. A respeito de dever o enriquecimento sem causa ser considerado cláusula geral, e não um princípio, recomendamos: KROETZ, Maria Candida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. 207 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

Logo, já no Direito Romano, havia ações que solucionavam o problema do enriquecimento indevido.

Cesar Fiuza, a título exemplificativo, destaca algumas “*condictiones*” para a ação: (i) “*Condictio indebiti*” - para repetir pagamento feito com erro. O pagamento deveria ser válido e indevido; (ii) “*Condictio ob causam datarum*” - concedida quando não consistia a causa do negócio jurídico; (iii) “*Condictio ob turpem vel injustam causam*” - para reclamar a restituição de uma prestação que de boa-fé se realizou, para fim ilícito ou imoral; (iv) “*Condictio sine causa*” - para pedir restituição de prestação levada a efeito sem causa legítima, mas para fim legítimo. Nas palavras de Fiuza, “Para Justiniano, esta “*condictio sine causa*” é a generalização do princípio. Nesta fórmula, estariam incluídos todos os casos não vistos anteriormente”⁴⁶¹.

A partir do Direito Romano, pelo que se pode notar, sempre foi aplicado o princípio do enriquecimento sem causa.

Isto não significa necessariamente que os países que adotem o princípio do enriquecimento sem causa considerem a expropriação dos lucros resultantes de uma quebra de contrato como forma de indenização para se alcançar eficiência econômica. Tal como no direito alemão, as normas e as decisões judiciais podem limitar a extensão da lei do enriquecimento sem causa.

Alguns países de “Civil Law” explicitamente tratam do tema, como é o caso do Brasil, que cuida do enriquecimento sem causa não só como princípio⁴⁶², mas também no título relativo a obrigações oriundas de atos unilaterais. A ação de locupletamento, apesar de não receber tratamento típico, tem previsão genérica e até prazo trienal de prescrição, segundo o art. 206, § 3º do Código Civil⁴⁶³.

⁴⁶¹ Interessante notar que Fiuza diferencia causa eficiente de causa final: “Causa eficiente é aquilo que enseja o ato. Assim, a aquisição da propriedade de certo bem pode ter como causa eficiente um contrato de compra e venda. Aqui teríamos dois atos: a celebração do contrato e a aquisição da propriedade, o primeiro causa do segundo. Quando se fala em enriquecimento sem causa, é normalmente à causa eficiente que se está referindo. No entanto, há também a causa final. Causa final de um ato jurídico e, conseqüentemente, de um ato que enriquece, é a atribuição jurídica do ato, relacionada ao fim prático que se obtém como decorrência dele.” – grifamos.

⁴⁶² Lembrando que, conforme RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico, o princípio da proibição ao enriquecimento sem causa juridicamente conhecida não se confunde com o enriquecimento sem causa vislumbrado pelo Código Civil, muito embora ambos levem no ressarcimento dos eventuais prejudicados. (In: **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 55.).

⁴⁶³ Art. 206. Prescreve: [...]§ 3º Em três anos: [...] IV - a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa;

A doutrina confere os parâmetros do enriquecimento indevido, e o Código Civil também traça seus contornos, nos arts. 884 a 886⁴⁶⁴. O art. 884 determina que todo aquele que se enriquecer sem causa jurídica tem o dever de restituir à pessoa, a cuja custa ocorreu o enriquecimento.

Por se tratar de princípio, poder-se-ia vislumbrar a hipótese de sua aplicação aos casos de inadimplemento eficiente, quando, então, poderia o credor pretender receber a prestação contratada por meio de execução específica⁴⁶⁵ e, ainda, a título de indenização, pleitear os lucros que o devedor obteve com a nova contratação.

No entanto, alguns óbices surgem para que esse raciocínio prospere. Com efeito. Primeiramente, a ação de enriquecimento indevido se acha localizada no Título IV, denominado “Dos atos unilaterais”, e os artigos 884 a 886 preveem restituição do que indevidamente foi subtraído do lesado, acrescido de correção monetária (o que, definitivamente, não equivale a indenização). Em segundo lugar, só é cabível a competente ação de locupletamento em face de enriquecimento indevido, caso não haja outra ação específica e, “in casu”, há a ação de indenização, cujo prazo prescricional se acha no mesmo art. 206, III, mas no inciso V⁴⁶⁶.

No Brasil, o simples inadimplemento contratual não configura enriquecimento indevido (nem mesmo ilícito) do devedor. Em caso de inadimplemento contratual, o credor será ressarcido da forma mais ampla possível, não sendo o devedor obrigado a entregar os lucros obtidos com uma nova transação.⁴⁶⁷

⁴⁶⁴ Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários. Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido. Art. 885. A restituição é devida, não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir. Art. 886. Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.

⁴⁶⁵ Por exemplo: busca e apreensão.

⁴⁶⁶ Art. 206. [...]§ 3º [...] V - a pretensão de reparação civil;

⁴⁶⁷ Não obstante, sendo ilícito o descumprimento, há lei especial que determina a expropriação dos lucros, como, por exemplo, em caso de concorrência desleal.

A lei brasileira portanto não impõe, mas não veda, que a indenização seja feita por essa forma, especialmente se se verificar uma das hipóteses inculpidas no art. 187 do Código Civil⁴⁶⁸.

O que não está permitido em nosso sistema é que o titular de um direito, quando de seu exercício, exceda os limites impostos pelo seu fim econômico, social, pela boa-fé e pelos bons costumes. Por outro lado, acaso entenda o julgador, a pedido da parte prejudicada, que o inadimplente deva ser expurgado de seus lucros, este certamente o será, no limite suficiente para cobrir as perdas e danos comprovadamente sofridos pelo credor, nem mais nem menos, sob pena de, aí sim, caracterizar-se o enriquecimento indevido.

Nessa linha de raciocínio, se a teoria do inadimplemento (economicamente) eficiente reza que é justamente dos lucros com a nova operação que deverá sair o valor de indenização do credor, a teoria poderia ser aceita em nosso sistema⁴⁶⁹.

6.3.1.3 Danos imprevisíveis.

Shavell explica que “a decisão a respeito de uma quebra depende, de maneira óbvia, da medida dos danos: a parte inadimplirá se e somente se a sua posição, após ter assim agido e pago integralmente os danos, ficar em uma situação melhor do que se tivesse adimplido.”⁴⁷⁰. Assim, em um sistema jurídico que, diante do não cumprimento de um contrato, admita a possibilidade de indenização por “expectativas” de uma das partes contratantes – e não apenas a reparação de um dano concreto em decorrência do não cumprimento do contrato – a quebra só será economicamente eficiente se os danos resultantes forem menores do que o lucro obtido pelo infrator. Vale dizer, a quebra do contrato, no caso do exemplo da marcenaria, antes apresentado, é eficiente porque os danos experimentados por Porthos (no montante de \$300.000) é menor do que o lucro obtido por Athos (de \$750.000) com a quebra, e facilmente

⁴⁶⁸ 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.

⁴⁶⁹ Isso para a hipótese de o devedor não exigir a execução específica.

⁴⁷⁰ Tradução livre de: “The decision about breach depends on the damage measure in the obvious way: a party will default if and only if his position, given that he does so and pays damages, will be better than that if he performs.”. In: SHAVELL, Steven. *Damage Measures for Breach of Contract*. **The Bell Journal of Law Economics**, v. 11, n. 2, p. 466-490, 1980. P. 470

calculável dentro das regras existentes. Assim é que, quanto maior o valor dos danos suportados por Porthos devido à quebra, menor será o lucro de Athos, o que certamente tornaria a quebra eficiente menos provável. Dessa maneira, quanto mais institucionalizado for o sistema jurídico no que concerne à reparação de danos (impondo, por exemplo, limitações aos danos que são indenizáveis ou à forma de composição dos danos), maior será a probabilidade de que o lucro superará os danos e, nesse sentido, maior a chance de a teoria prosperar.⁴⁷¹

Com a prescrição de regras a respeito de dano indenizável, poderia ocorrer redução (ou aumento) no número de danos que seriam considerados indenizáveis. Nesse diapasão, quanto maior for o número de limitações instituídas em um sistema jurídico dispendo a respeito, maior será o incentivo para a existência de quebra eficiente.

Nada obstante, muito embora a “teoria pura da quebra eficiente” incentive violações somente se houver “compensação integral”, na prática, “a compensação integral” é, no mais das vezes, pura ilusão, já que o valor dos danos é frequentemente subcompensado (especialmente quando arbitrado em decisões judiciais), e tal se dá, em parte, devido às diversas práticas de limitações a respeito das espécies de danos compensáveis⁴⁷².

Scalise Junior⁴⁷³, dentre vários outros autores (inclusive nacionais), traz como exemplo um clássico julgado do “Common Law” (Hadley v. Baxendale⁴⁷⁴), no qual foi

⁴⁷¹ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 738

⁴⁷² EISENBERG, Melvin A.. Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law. **Cal. L. Rev.**, Vol. 93, No.45, 2005, p. 975-1050. (Também disponível em <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol93/iss4/1>. Acesso em nov./2015), p. 989-996.

⁴⁷³ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 738-739.

⁴⁷⁴ Resumo do caso Hadley “versus” Baxendale, 9 Exch. 341, 156 Eng. Rep. 145 (1854). Disponível em <<http://www.lawnix.com/cases/hadley-baxendale.html>>. Acesso em out/2015. Para uma análise mais profunda do caso, vale consulta ao texto GILMORE, Grant. **The Death Of Contract**. Columbus, Ohio: Ohio State University Press, 1974. (Disponível em http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2483&context=wmlr&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3DGRANT%2BGIL.MORK%2C%2BTHE%2BDEATH%2BBOF%2BCONTRACT%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gfe_rd%3Dcr%26ei%3DfONyV8CoJ8LK8gfdl6jIDQ#search=%22GRANT%20GIL.MORK%2C%20DEATH%20CONTRACT%22. Acesso em junho/2016. pp 403 a 413. Ainda em Repository Citation: Timothy J. Sullivan, Book Review of The Death of Contract - By Grant Gilmore, 17 Wm. & Mary L. Rev. 403 (1975), <http://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol17/iss2/10>; EISENBERG, Melvin Eiron. **The principle of Harley v.**

afirmado que os danos por quebra de contrato só podem ser recuperados desde que se possa supor terem as partes contemplado, no momento da celebração do contrato, a probabilidade de incumprimento. Isto, naturalmente, não ficou apenas como a regra do “Common Law” inglês, mas foi inicialmente adaptado pelos tribunais nos Estados Unidos e aprovado pelo influente primeiro “Restatement” de Contratos (“Restatement of Contracts”⁴⁷⁵): “na concessão de indenizações, a compensação somente é concedida para os prejuízos que o réu, quando da elaboração do contrato, tinha motivo para prever como resultado provável da quebra.”⁴⁷⁶. O princípio ainda continua em voga na atualidade, sendo reconhecido que “danos emergentes incluem (apenas) os danos que razoavelmente seriam previsíveis ou foram contemplados pelas partes, no momento em que o contrato foi celebrado, como resultado provável da quebra.”⁴⁷⁷. Em suma, com regras como a da “previsibilidade” dos danos, os danos legalmente compensáveis por quebra de contrato (bem provavelmente) serão menores do que se aplicada a regra da compensação integral.

No nosso exemplo da marcenaria, suponhamos que Porthos fosse utilizar as cadeiras para acomodar os ouvintes de sua palestra em uma grande exposição em que empresas líderes do mercado de arquitetura estariam presentes. Athos, não tendo conhecimento da intenção de Porthos de lançar sua linha de cadeiras, vende-as para Aramis, e, assim, o negócio de Porthos resta frustrado. Nesse cenário, o conceito de causalidade, de razoável certeza de perda, ou até mesmo de previsibilidade, serve para ajudar Athos a calcular o valor dos danos a serem pagos a Porthos; em outras palavras, o fato de Athos não ter declarado a causa do negócio provocou limitação da importância que Porthos poderia haver a título de danos de Athos em decorrência

Bexendale.

Disponível

em

http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1779&context=californialawreview&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3Dhadley%2Bv%2Bbaxendale%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gfe_rd%3Dcr%26ei%3DT6zJV7SEGuqp8weU4K6oBA#search=%22hadley%20v%20baxendale%22. Acesso em junho/2016.

⁴⁷⁵ Como já asseverado nas notas de rodapé n. 14 e 15, acima, o “Restatement”, elaborado pelo Instituto Americano de Direito (“American Law Institute”), é uma obra de caráter doutrinário não vinculante (conhecido também como “soft law”), cujo objetivo é sistematizar os precedentes judiciais. Não obstante, é extremamente persuasivo e citado com assiduidade pelas Cortes.

⁴⁷⁶ Restatement of Contracts § 330 (1932). Tradução livre de: “in awarding damages, compensation is given for only those injuries that the defendant had reason to foresee as a probable result of his breach when the contract was made.”

⁴⁷⁷ LORD, Richard A.. **Williston on Contracts**. 4. ed. Campbell University School of Law, 2006, § 64:2. Tradução livre de: “consequential damages include (only) those damages that were reasonably foreseeable or contemplated by the parties at the time the contract was entered into as the probable result of a breach.”

da quebra contratual. Diante da limitação da compensação pela aplicação da regra de previsibilidade, certamente a margem de lucro que o vendedor (Athos) precisaria receber do novo comprador (Aramis), para que a quebra com o primeiro comprador (Porthos) fosse economicamente eficiente, poderia ser reduzida. Nesse sentido, o conceito de previsibilidade serve para fomentar o número de quebras contratuais a serem consideradas eficientes.

O conceito de previsibilidade não é uma criação do “Common Law”. Na verdade, a regra deflagrada em Hadley já existia anteriormente⁴⁷⁸. Não obstante tal fato, o conceito de previsibilidade nem sempre se operou da mesma forma em ambas as tradições, de “Civil Law” e “Common Law”, e, portanto, nem sempre limitou o valor dos danos. Alguns sistemas do “Civil Law” pré-fixam o valor dos danos (ainda que imprevisíveis) para evitar, especialmente, violação decorrente de não cumprimento de obrigação contratual.

Scalise faz uma digressão histórica a respeito, dando notícia de que os romanos são considerados os pioneiros desta ideia⁴⁷⁹. Alguns textos avaliam os danos com base na intenção do infrator. O Digesto 19.1.13 afirma que:

Establece Juliano diferencia en el libro décimo quinto en la condena por la acción de compra entre el que a sabiendas, o con ignorancia vendió alguna cosa; porque dice, el que vendió ganado enfermo, o un madero defectuoso, si verdaderamente lo hizo con ignorancia, ha de ser responsable por la acción de compra solo de cuanto por menos lo hubiese yo de haber comprado, si yo hubiese sabido que estaba así. Pero si sabiendo se calló, y engañó al comprador, habrá de responderle de todos los perjuicios que el comprador hubiere experimentado por aquella compra. Así pues, si la casa se desplomó por vicio del madero, se habrá de pagar la estimación de la casa, y si perecieron otros ganados por el contagio del ganado enfermo, se habrá de pagar lo que importó que se hubiese vendido sano.⁴⁸⁰

⁴⁷⁸ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. *The American Journal of Comparative Law*, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 739.

⁴⁷⁹ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Op. cit. , p. 739

⁴⁸⁰ E continua: “Cabe hacer presente que este pasaje es expresamente citado por Pothier cuando exime al vendedor de buena fe del resarcimiento de los daños imprevisibles, adosándose los, en cambio, al deudor de mala fe (cfr. Robert Joseph Pothier. **Tratado de las obligaciones**, trad. de G. Cabanellas de Torres, Heliasta, Buenos Aires, 2007, p. 89). Probablemente, esto ha dado origen a un notable interés doctrinario en su reconstrucción, lo que redundará en una exuberante bibliografía al respecto.” Por todos, conforme Rossetti, Giulietta. **Interdipendenza delle obbligazioni e “risoluzione”, en La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano**. Cedam: Padova, 2007, vol. II, p. 5 ss. In SAN MARTÍN NEIRA. Lilian C. La cláusula *ex fide bona* y su influencia en el *quantum respondeatur* como herramienta para recuperar el equilibrio patrimonial en derecho

Assim, o dever de reparação do prejuízo está diretamente ligado à boa-fé. Por outro lado, outros textos sugerem que a regra geral de reparação de danos pela não entrega do objeto de uma venda e compra estaria limitada ao valor da coisa, ainda que seja o fornecedor o responsável pela não entrega do bem. Digesto 19.1.21.3 aduz,

Quando o fornecedor é culpado por não entregar a propriedade, todo o interesse do comprador na entrega, que se limita meramente à propriedade em si, deve ser levado em consideração; onde, por exemplo, ele poderia ter lucrado com a venda do vinho, isso não precisa ser levado em consideração mais do que se tivesse comprado trigo, e, porque não houve a entrega, seus escravos passaram fome; pelo valor do trigo, e não dos escravos que morreram de fome, que foi objeto da reclamação.⁴⁸¹

Explica Scalise que somente com Justiniano, no século VI, surgiu alguma aparência de princípio geral de ressarcimento com fundamento em matéria contratual. Ou seja, Justiniano implementou uma limitação dos danos recuperáveis, em valor não superior ao dobro do valor do objeto contratual, provavelmente por causa da diversidade e incerteza da opinião dos juristas clássicos⁴⁸². No Código de Justiniano, é afirmado,

Como um número infinito de dúvidas com referência aos danos surgiu entre os antigos, parece-nos melhor, na medida do possível, para reduzir essa prolixidade para limites mais estreitos. Assim ordenamos que, sempre que o valor ou a natureza da propriedade é certa, como no caso de vendas, locações e todos os outros contratos, os prejuízos não podem exceder o dobro do valor da propriedade.⁴⁸³

Só com os glosadores (e mesmo mais tarde, com os canonistas) emergiram os princípios teóricos subjacentes da lei romana a respeito de contrato. Os glosadores, em uma

romano. Los ejemplos de D. 19.1.13 pr. y D. 19.2.33”, **Revista de Derecho Privado**, Universidad Externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, p. 47-77. DOI: 10.18601/01234366.n28.03 Disponível em <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4125/4736>. Acesso em set/2015; DIGESTO DE JUSTINIANO. Liber primus: **introdução ao direito romano. Imperador do Oriente Justiniano I**. Trad. Helcio Maciel França Madeira. 5. ed. rev. da trad. São Paulo: RT, 2010. In: SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 739.

⁴⁸¹ Digesto 19.1.21.3 (Paulo, Ed. 33).

⁴⁸² SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 740.

⁴⁸³ Cod. Just. 7, 47, 1 (Justiniano 530).

tentativa de reconciliar as passagens acima do Digesto, formularam a distinção entre danos diretos e perda total como consequência de não cumprimento, o primeiro devido pelo descumprimento e o último devido por cumprimento defeituoso⁴⁸⁴.

Com a reforma do direito das obrigações, completada pela “Schuldrechtsmodernisierungsgesetz” (lei para a modernização do direito das obrigações), de 26 de novembro de 2001, o direito das obrigações foi reescrito e a tradição pandectística do direito romano foi definitivamente abandonada.⁴⁸⁵

O dever de reparar o dano, no Direito Civil Alemão, consiste, pacificamente, em espécie de obrigação “ex lege”, razão pela qual são normais as advertências no sentido de que “o pesquisador deve estar preparado para encontrar disposições relevantes não somente em obras que tratem da responsabilidade civil, mas também em tratados sobre todo o direito das obrigações”⁴⁸⁶. O regime geral de reparação de danos, no BGB, está normatizado pelos §§ 249 a 255:

No direito alemão, as disposições dos §§ 249-255 BGB definem o regime geral do Direito de Danos (allgemeines Schadensersatzrecht). Elas se aplicam a todos os casos de demandas por danos contemplados pelo Código Civil (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB), e.g. no direito dos contratos, na responsabilidade delitual, negotiorum gestio, culpa in contrahendo (§§ 311, para 2, 280, para 1 BGB), etc. Elas também são aplicáveis a outras demandas reparatórias de Direito Privado (...), contanto que não haja regras especiais. Os §§ 249 e ss BGB, às vezes, são empregados inclusive no direito público.⁴⁸⁷

Em linhas gerais, o sistema de reparação de danos é orientado da seguinte forma: (i) reparação “in natura”, ou seja, o ofensor deve restituir o bem lesado (§ 249, I, BGB) ou pagar a quantia necessária para sua restauração (§ 249, II, BGB), sendo a compensação pecuniária admissível somente quando a reparação “in natura” for impossível ou for excessivamente

⁴⁸⁴ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” In: the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 740-741.

⁴⁸⁵ NORDMEIER, Carl Friedrich. **O novo direito das obrigações no código civil alemão - a reforma de 2002**. Disponível em <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewFile/43502/27380>. Acessado em jan/2016, p. 3.

⁴⁸⁶ MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**. 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 22.

⁴⁸⁷ ZIMMERMANN, Reinhard. **The new German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives**. [s.l.]: Oxford University Press, 2005, p. 47.

custosa; (ii) reparação integral, ou seja, o ofensor tem que reparar integralmente os danos a que der causa. A integralidade, no direito alemão, protege o interesse do ofendido na preservação de seu patrimônio em sua composição específica. A função primordial do juízo de reparação é compensatória⁴⁸⁸.

A lei alemã não perscruta sobre a culpa em caso de não cumprimento de uma obrigação contratual. Havendo culpa, ou na sua ausência, tal fato “não serve para limitar a perda [o valor da indenização] (...) mas somente se aplica para determinar se foram respeitadas as condições de responsabilidade.⁴⁸⁹”

O que é exigido da parte inadimplente é que coloque a parte inocente na situação que estaria se a violação não ocorresse⁴⁹⁰. Assim, o § 249 (I) do BGB prevê tão somente que “uma pessoa que tem a obrigação de compensar a outra deve restaurar o estado em esta estaria se as circunstâncias que deram origem ao dever de indenizar não tivessem surgido⁴⁹¹.” A lei alemã tenta colocar a parte inocente em tão boa posição quanto ela estaria se o contrato tivesse sido cumprido⁴⁹². Nesse sentido, e como não poderia deixar de ser, é admitida a indenização pelos lucros cessantes, que o BGB define como o que “poderia ser provavelmente esperado no curso normal das coisas”⁴⁹³.

⁴⁸⁸ MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**. 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 22.

⁴⁸⁹ Tradução livre de: “does not serve to limit the loss ... but merely applies to determine whether the conditions of liability have been met.”. In: MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**. 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006, p.472.

⁴⁹⁰ MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. Op. cit., p. 479.

⁴⁹¹ Tradução livre de: BGB § 249: “(1)A person who is liable in damages must restore the position that would exist if the circumstance obliging him to pay damages had not occurred.”

⁴⁹² MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. Op. cit., p. 480.

⁴⁹³ Tradução livre de: BGB § 252. “The damage to be compensated for also comprises the lost profits. Those profits are considered lost that in the normal course of events or in the special circumstances, particularly due to the measures and precautions taken, could probably be expected.”

A lei brasileira, a menos que as partes tenham contratado cláusula penal⁴⁹⁴, ou ajustado cláusula de não indenizar⁴⁹⁵, a situação das perdas e danos decorrentes de um possível inadimplemento eficiente é bem mais séria, tendo em vista que são indenizáveis não somente o dano material (danos emergentes⁴⁹⁶ e lucros cessantes⁴⁹⁷), juros de mora, juros legais⁴⁹⁸, mas também o imaterial⁴⁹⁹; além de outras hipóteses não previstas na legislação, mas reconhecidas pela doutrina e pelos Tribunais, como, por exemplo, a perda de uma chance⁵⁰⁰.

⁴⁹⁴ Isto é, pré-fixado o valor das perdas e danos decorrentes do não cumprimento do contrato (“Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora. “ Nos termos do art. 412, “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. “ Na hipótese de exceder o limite imposto pela lei, o magistrado pode determinar, em ação proposta pelo devedor, a sua redução.)

⁴⁹⁵ Isto é, entabulado, de forma paritária, previsão contratual pela qual uma parte isenta a outra totalmente da sua responsabilidade. A respeito, MARTINS-COSTA, Judith. (in: **Comentários ao novo Código Civil**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II., p. 219) aduz que “(...) mesmo nos chamados “contratos paritários”, nos quais há uma relativa igualdade substancial dos contratantes no que concerne ao poder de negociar, tem parte da doutrina sustentado a sua “ineficácia”, ora sob o fundamento de que ofende o princípio proibitivo de lesão ao patrimônio alheio, refletido na expressão “noeminem laedere”, ora sob a argumentação de que não pode ser ajustada para transferir obrigações essenciais do contratante”. Importante ressaltar, no entanto, que a jurisprudência tem adotado tal posição nos contratos em que há relação de consumo envolvida. “In casu”, estamos tratando de contratos empresariais.

⁴⁹⁶ Danos positivos: Valores eventualmente desembolsados e a perda patrimonial pretérita efetiva.

⁴⁹⁷ Danos negativos: frustração de lucro.

⁴⁹⁸ Arts. 402 a 405 do CC.

⁴⁹⁹ art. 5º, V (“é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; “ e X (“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; “ da Constituição Federal.

⁵⁰⁰ “Responsabilidade civil. Advogado. Perda. Chance. A teoria de perda de uma chance (perte d’une chance) dá suporte à responsabilização do agente causador, não de dano emergente ou lucros cessantes, mas sim de algo que intermedeia um e outro: a perda da possibilidade de buscar posição jurídica mais vantajosa que muito provavelmente alcançaria se não fosse o ato ilícito praticado. Dessa forma, se razoável, séria e real, mas não fluida ou hipotética, a perda da chance é tida por lesão às justas expectativas do indivíduo, então frustradas. Nos casos em que se reputa essa responsabilização pela perda de uma chance a profissionais de advocacia em razão de condutas tidas por negligentes, diante da incerteza da vantagem não experimentada, a análise do juízo deve debruçar-se sobre a real possibilidade de êxito do processo eventualmente perdida por desídia do causídico. Assim, não é só porque perdeu o prazo de contestação ou interposição de recurso que o advogado deve ser automaticamente responsabilizado pela perda da chance, pois há que ponderar a probabilidade, que se supõe real, de que teria êxito em sagrar seu cliente vitorioso. Na hipótese, de perda do prazo para contestação, a pretensão foi de indenização de supostos danos materiais individualizados e bem definidos na inicial. Por isso, possui causa de pedir diversa daquela acolhida pelo tribunal a quo, que, com base na teoria da perda de uma chance, reconheceu presentes danos morais e fixou o quantum indenizatório segundo seu livre arbítrio. Daí, é forçoso reconhecer presente o julgamento extra petita, o que leva à anulação do acórdão que julgou a apelação. Precedentes citados: REsp 1.079.185/MG, DJe 04.08.2009, e REsp 788.459/BA, DJ 13.03.2006” (STJ, REsp 1.190.180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.11.2010). A perda de uma chance: no nosso exemplo em que Porthos usaria as cadeiras

Na legislação brasileira, o valor dos danos, sejam eles materiais⁵⁰¹ ou morais⁵⁰², depende de apuração, cuja base é a prova de sua extensão, ou seja, de seu valor, pois a lei brasileira não admite a indenização por dano hipotético ou eventual.⁵⁰³

Na hipótese de existir no mercado uma prestação substituta idêntica, o cálculo do valor das perdas e danos parece ser mais simples, com baixos custos, além de baixa probabilidade de erro na apuração. Mas não se pode fazer “tabula rasa” de que há dificuldade de se indenizar plenamente o credor ou, até mesmo, de que o devedor termine por pagar valor maior do que o devido.⁵⁰⁴

Assim, para provar o valor das perdas tem-se de suportar altos custos para sua apuração, além de alta probabilidade de se incorrer em erro na sua determinação, o que fatalmente levaria à ineficiência do inadimplemento.

Em suma, no quesito aqui abordado, “impedimento estrutural em face de danos imprevisíveis”, não parece haver uma distinção entre os sistemas do “Common Law” e do “Civil Law”, mas sim uma peculiaridade na forma de apuração do valor dos danos no direito

em um evento no qual promoveria seu produto para um grande número de arquitetos, poderia reclamar ele, de Athos, a perda da chance de sua promoção.

⁵⁰¹ Os custos da transação; eventual investimento já levado a efeito pelo credor; o que se perdeu; o que se deixou de ganhar acaso a obrigação contratual fosse cumprida,

⁵⁰² Diante, por exemplo, do fato de o credor, contando com o cumprimento da obrigação por parte do devedor, já ter se comprometido com terceiros e, ao ter que descumprir seu contrato com esses terceiros, cair em descrédito ou ter sua reputação abalada.

⁵⁰³ Nesse sentido: “Indenização – Dano moral e/ou material – Prejuízo ou abalo psíquico – Ausência – Descabimento. Os danos materiais pressupõem, para serem indenizados, prova plena da diminuição patrimonial sofrida pelo autor do pedido, em virtude de ato omissivo ou comissivo de quem se exige a reparação. Assim, a falta de certeza quanto ao prejuízo economicamente aferível afasta a possibilidade de indenização por dano meramente hipotético ou eventual” (Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. c/ Rev. 649.662-00/3, 11.ª Câmara, Rel. Juiz Mendes Gomes, j. 12.05.2003. Anotação: No mesmo sentido: Ap. c/ Rev. 659.651-00/2, 1.ª Câmara, Rel. Juiz Magno Araújo, j. 14.11.2000, Ap. c/ Rev. 656.277-00/2, 11.ª Câmara, Rel. Juiz Melo Bueno, j. 12.05.2003).

⁵⁰⁴ A respeito, COOTER, Robert; ULEN, Thomas, anotam que: “Em geral, a melhor medida de perdas e danos gera um nível eficiente de comprometimento do devedor, enquanto a medida errada de perdas e danos cria um nível ineficiente de comprometimento. Perdas e danos abaixo do melhor nível fazem com que o devedor descumpra o contrato com muita frequência, o que faz com que o credor se torne relutante em contratar. Perdas e danos acima do melhor nível fazem com que o devedor cumpra quando é muito oneroso, o que faz com que ele se torne relutante em contratar.” (in: “**Law & Economics**”. 5. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008, (também em português: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Direito e economia. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.)

brasileiro, acaso estes não tenham sido pré-fixados ou não tenham as partes disposto⁵⁰⁵ a respeito já quando da elaboração do contrato. A lei alemã não mantém este impedimento, e, por conseguinte, parece ser mais receptiva à ideia de quebra eficiente do que a lei brasileira. O direito brasileiro, por outro lado, não incentiva as quebras eficientes, eis que todas as quebras, ainda que eficientes, a menos que previamente acordadas, sujeitam a parte infratora a compor danos não só na forma da lei, mas também ao alvedrio de teses doutrinárias e interpretações judiciais, o que importa em um obstáculo significativo no nosso sistema.

6.3.1.4 O momento da avaliação dos danos e a ausência de dever de mitigar prejuízos.

A lei americana prevê que os danos são apurados a partir da data da violação ou no momento em que a outra parte toma conhecimento da violação⁵⁰⁶. Desse modo a parte responsável pela quebra é capaz de agir com algum grau de certeza do quanto a quebra lhe custará. No exemplo que estamos utilizando, se o valor da indenização que Athos terá de pagar a Porthos tiver como data-base o momento da infração, Athos terá como avaliar de forma racional o custo decorrente do rompimento do ajuste no momento da sua ação. Se, por outro lado, o valor da indenização que Athos terá de pagar a Porthos não tivesse como data-base o momento em que ele denuncia o contrato a Porthos (i.e. data da violação), mas algum momento futuro como, por exemplo, a época em que será produzida a prova dos danos, o cálculo de Athos seria complicado, pois ele não teria certeza do “quantum” devido a título de indenização. Por conseguinte, Athos não teria como mensurar qual o valor do lucro necessário na segunda transação para qualificar a quebra como eficiente e, desse modo, ficaria completamente desencorajado de se lançar em outro negócio com Aramis.

⁵⁰⁵ “As declarações dispositivas são aquelas que se referem ao próprio objeto da relação jurídica que se documenta. Têm a mesma força probatória do ato escrito por presumir-se que as partes deram atenção a tais menções.” In: NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

⁵⁰⁶ UCC Sec. 2-713. “(1) Subject to subsection (2) and to the provisions of this article with respect to proof of market price (section 2723), the measure of damages for nonacceptance or repudiation by the buyer is the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price together with any incidental damages provided in this article (section 2-710), but less expenses saved in consequence of the buyer’s breach.”. Tradução livre do negrito: “O valor da indenização por não aceitação ou repúdio pelo comprador é a diferença entre o valor de mercado no momento e no local da proposta e o preço do contrato não cumprido juntamente com quaisquer danos incidentais previstos neste artigo (seção 2-710), subtraídas as despesas economizadas em consequência da violação pelo comprador.”

A situação de Athos seria ainda mais complicada se Porthos não tivesse o dever (ou mesmo a obrigação) de mitigar seus prejuízos decorrentes da quebra contratual por parte de Athos. A lei americana, especificamente o UCC (“Uniform Commercial Code”), determina que “depois de uma quebra (...) o comprador pode proteger-se, fazendo de boa-fé e sem demora injustificada qualquer compra razoável ou contrato de compra de bens em substituição aos devidos pelo vendedor.”⁵⁰⁷. Acaso não houvesse tal previsão legal, acerca da possibilidade de Porthos evitar que o prejuízo se avolume até a data de eventual julgamento, o cálculo de Athos seria tão complicado e incerto que só lhe restaria a alternativa de cumprir o contrato com Porthos, a despeito da oferta feita por Aramis, já que o lucro sempre estaria comprometido ou até mesmo poderia não cobrir a indenização que seria devida a Porthos. Resta evidente que a existência do dever da parte não infratora de mitigar os prejuízos garante um estaque no valor dos danos, permitindo à parte infratora uma precisão maior do cálculo no momento da quebra.

A lei alemã, por seu turno, guarda mais relação com a lei americana. Os danos não são apurados no momento do julgamento da demanda. A regra geral sobre danos no Código Civil alemão (BGB) está no § 252, que prevê que os danos compensáveis incluem os lucros cessantes.⁵⁰⁸ Os tribunais alemães empregaram dois métodos para calcular os lucros cessantes: (i) O método abstrato; e (ii) o método concreto⁵⁰⁹. Os danos calculados pelo método abstrato de avaliação permitiriam a Porthos, no nosso exemplo, recuperar a diferença entre o preço de contrato de \$1.000.000 e o preço de mercado das cadeiras no momento em que Athos deveria entregá-las. Pelo método concreto, o momento de avaliação é o mesmo, mas ao infrator é permitido afastar a presunção (por meio de provas) de que a parte não infratora teria recebido

⁵⁰⁷ Tradução livre de: “Sec. 2-712. (1) After a breach within the preceding section the buyer may “cover” by making in good faith and without unreasonable delay any reasonable purchase of or contract to purchase goods in substitution for those due from the seller.”

⁵⁰⁸ BGB §252: O dano a ser compensado compreende também os lucros perdidos. Os lucros são considerados perdidos quando, no curso normal dos acontecimentos ou nas circunstâncias especiais, principalmente devido às medidas e precauções tomadas, provavelmente poderiam ser esperados. Tradução livre de: “The damage to be compensated for also comprises the lost profits. Those profits are considered lost that in the normal course of events or in the special circumstances, particularly due to the measures and precautions taken, could probably be expected.”

⁵⁰⁹ MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006, p.480-481.

lucros ainda que o contrato fosse fielmente cumprido⁵¹⁰. Sob qualquer abordagem, porém, é possível realizar uma avaliação dos danos com algum grau de certeza no momento da quebra.

Aliado a isso, o § 254 do BGB é claro no sentido de que o fracasso da vítima em “evitar o dano ou reduzi-lo” é considerado como falta de contribuição por parte da vítima e é, portanto, motivo para uma redução da indenização pela violação do contrato.⁵¹¹

Na primeira parte do dispositivo, está a culpa concorrente - ou negligência concorrente - propriamente dita, situação na qual o credor contribui para a causa do dano. Nesse aspecto, o § 254 indica que a responsabilidade e a extensão da indenização dependerão da contribuição do credor para o dano, e, no trecho final da penúltima frase da alínea (2), consta que valerá a mesma regra quando o credor se omitir em “evitar ou reduzir o dano”. Assim, apesar de constar no mesmo dispositivo que há culpa concorrente, não se trata de uma modalidade de culpa, porquanto o credor não contribui para a causa do dano, mas apenas se omite em reduzi-lo, após a ocorrência do dano ou do inadimplemento. Dá-se, portanto, o mesmo efeito em ambos os casos, ainda que sejam de espécies diferentes.

Quanto à conduta do credor, no caso de não mitigação, ela somente viola o dever de atender adequadamente o seu próprio interesse. Seria como uma omissão da diligência exigida no trânsito. A conduta do credor, de não minimizar o dano, também é aferida por meio da “razoabilidade” aplicada ao caso concreto.

⁵¹⁰ MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**. 2. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006, p.480-481.

⁵¹¹ BGB § 254(2). As German scholars have noted, “If the plaintiff has omitted to avert or mitigate the loss, the award of damages is . . . reduced accordingly.” (MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. Op. cit., p. 475-476.) (1)Where fault on the part of the injured person contributes to the occurrence of the damage, liability in damages as well as the extent of compensation to be paid depend on the circumstances, in particular to what extent the damage is caused mainly by one or the other party. (2)This also applies if the fault of the injured person is limited to failing to draw the attention of the obligor to the danger of unusually extensive damage, where the obligor neither was nor ought to have been aware of the danger, or to failing to avert or reduce the damage. . . . Tradução livre: (1) Quando a culpa da parte lesada contribui para a ocorrência do dano, a responsabilidade pelos danos, bem como a extensão da indenização a ser paga, dependem das circunstâncias, em especial até que ponto o dano foi causado principalmente por uma ou outra parte. (2) Isto também se aplica se a culpa da pessoa lesada estiver limitada à falta de aviso ao devedor sobre o risco de danos extraordinariamente elevados, quando o devedor nem estava nem deveria estar consciente do risco, ou à falta de medidas para evitar ou reduzir os danos.

Em conclusão, o dever de mitigar e o momento da avaliação dos danos parecem não criar um impedimento significativo no direito alemão para recepcionar da ideia de inadimplemento eficiente.

A Convenção de Viena, igualmente, em seu art. 77⁵¹², prevê a obrigação do credor de mitigar os prejuízos, na hipótese de não cumprimento do contrato, e autoriza, também, a diminuição no valor da indenização acaso as medidas para diminuição do prejuízo não sejam adotadas pelo credor.

Na legislação brasileira, a data-base para apuração dos danos, em regra, é o momento do não cumprimento do contrato, ou o momento em que a outra parte recebe notícia do devedor de que o contrato não será cumprido. Assim, se houver cláusula penal entabulada ou se a apuração do dano for mera operação aritmética, a segurança para o devedor inadimplir de forma eficiente será alta.

No entanto, como se disse no capítulo anterior, não havendo cláusula penal ajustada, e dependendo do dano (material ou imaterial) a ser reparado, fica praticamente impossível para o devedor saber o quanto deverá pagar. Em nosso sistema, o valor do dano pode ser apurado por meio de perícia, na instrução processual, ou em liquidação de sentença, também por meio de perícia. E, como já se disse, há um sério problema de excesso de processos no Poder Judiciário, em razão do qual poderia levar anos para se ter noção do valor que seria devido a título de indenização. Some-se a isso o fato de que nossa legislação prevê juros de um por cento ao mês como forma de indenização, o que, com o passar dos anos, superaria qualquer expectativa de lucros.

Fosse a demanda discutida perante um Tribunal Arbitral, o tempo seria reduzido sobremaneira, mas os custos processuais seriam mais elevados, o que, igualmente, poderia levar à ineficiência do inadimplemento, já que o valor do lucro a ser auferido com o novo contrato teria de ser bem alto.

⁵¹² “Art. 77 A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada. “

Como se não bastasse, não há em nosso ordenamento jurídico a obrigatoriedade de mitigação de prejuízo por parte do credor⁵¹³. Assim, a menos que as partes, em contrato, dispusessem a respeito, encontraríamos aí mais um fator de encarecimento com o inadimplemento.

A respeito da mitigação de prejuízos em nosso sistema, inicialmente, Vera Fradera dedicou atenção ao tema⁵¹⁴. Após, em brilhante tese de doutorado, Christian Lopes tratou da questão com acuidade⁵¹⁵. Em seu artigo, Vera Fradera assevera que:

O esforço deve valer a pena, pois inúmeras vezes nos deparamos, na prática de foro, com situações em que o credor se mantém inerte face ao descumprimento por parte do devedor, cruzando, literalmente, os braços, vendo crescer o prejuízo, sem procurar evitar ou, ao menos, minimizar sua própria perda.

O artigo teve grande repercussão e, posteriormente, na III Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal, nasceu o Enunciado 169, dispondo que “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo” e reconhecendo o dever de mitigar prejuízo como um ônus derivado do princípio da boa-fé objetiva, expressa no art. 422 do Código Civil de 2002.

Ainda muito vaga a ideia da doutrina da evitabilidade em nosso sistema, pois não se tem ideia “de quanto esforço” deverá despender o credor para evitar seu próprio prejuízo.

A despeito disso, a falta de obrigação de mitigação e o momento da avaliação dos danos por si só não se opõem ao desenvolvimento da ideia de “quebra eficiente” no direito brasileiro. É bem verdade que desencorajam o seu desenvolvimento, mas definitivamente não impedem a adoção da teoria, posto que as partes podem valer-se de cláusulas contratuais

⁵¹³ O Código Civil prevê expressamente o dever de mitigação dos prejuízos nos contratos de seguro, art. 771: “Sob pena de perder o direito à indenização, o segurado participará o sinistro ao segurador, logo que o saiba, e tomará as providências imediatas para minorar-lhe as consequências. Parágrafo único. Correm à conta do segurador, até o limite fixado no contrato, as despesas de salvamento consequente ao sinistro. “

⁵¹⁴ FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, Padma, v. 19, p. 109-122, jul/set. 2004.

⁵¹⁵ LOPES, Christian Sahb Batista. Mitigação dos prejuízos no direito contratual. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. (ou LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.)

objetivando pré-fixar o valor dos prejuízos e a forma de mitigá-los dentro do mercado em que atuam.

6.3.1.5 Responsabilidade civil por interferência de terceiros na relação contratual – a tutela externa do crédito.

O âmbito da responsabilidade de terceiros pela interferência na relação contratual também influencia a relevância da doutrina da quebra eficiente⁵¹⁶. De fato, o mero reconhecimento da ilicitude da interferência de terceiros em um contrato tem sido reconhecido como ineficiente, na medida que afeta o mecanismo através do qual o direito contratual incentiva violações eficientes.

No nosso exemplo da marcenaria, imaginemos que Aramis tenha apresentado a Athos a proposta do contrato mais lucrativo com pleno conhecimento da relação contratual já entabulada entre Athos e Porthos. Aramis, não obstante entender precisar mais das mesas do que Porthos de suas cadeiras, e muito embora sem má-fé, coloca-se em uma posição de total indiferença relativamente aos danos que serão suportados por Porthos. A legislação americana, especificamente o “Second Restatement of Torts”⁵¹⁷, exige que a interferência seja “intencional e indevida”⁵¹⁸. O “Second Restatement of Torts”, no entanto, não define o que seja “indevida”. No §767, por sua vez, traz sete fatores que devem ser considerados pelo tribunal ao avaliar se a interferência foi intencional e se a conduta do réu foi “indevida ou imprópria”.⁵¹⁹ Por outro

⁵¹⁶ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. *The American Journal of Comparative Law*, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 748-752.

⁵¹⁷ Segundo “Restatement” de Responsabilidade Civil.

⁵¹⁸ “Restatement (Second) of Torts” § 766, 1979: “One who intentionally and improperly interferes with the performance of a contract (except a contract to marry) between another and a third person by inducing or otherwise causing the third person not to perform the contract, is subject to liability to the other for the pecuniary loss resulting to the other from the failure of the third person to perform the contract.” (Tradução livre: Aquele que intencional e indevidamente interfere na execução de um contrato (exceto um contrato de casamento) entre outra pessoa e um terceiro, induzindo ou por outro meio levando o terceiro a não cumprir o contrato, está sujeito a responsabilização perante a outra pessoa pela perda pecuniária sofrida por ela como resultado do descumprimento do contrato pelo terceiro.)

⁵¹⁹ “Restatement (Second) of Torts” § 767. 1. The nature of the actor’s conduct; 2. The actor’s motive; 3. The interests of the other with which the actor’s conduct interferes; 4. The interests sought to be advanced by the actor; 5. The social interests in protecting the freedom of action of the actor and the contractual interests of the other; 6. The proximity or remoteness of the actor’s conduct to the interference; and 7. The relations to the parties. “Tradução livre: 1. A natureza da conduta do protagonista; 2. A motivação do protagonista; 3. Os interesses do

lado, o “Restatement” prevê claramente que convencer uma parte a quebrar um contrato, oferecendo um “melhor negócio”, pode constituir incentivo para o rompimento⁵²⁰.

Assim, nos Estados Unidos, a responsabilização requer a ausência de motivos justos para a interferência. O interesse do terceiro e as relações com as partes são levados em conta, bem como o interesse social, para aferição da responsabilidade. Pressupõe-se o conhecimento prévio do contrato, ressaltando-se da indenizabilidade os contratos matrimoniais (seria lícito, portanto, interferir em casamentos alheios).

Nessa esteira, a Professora Judith Martins-Costa⁵²¹ lembra um caso da jurisprudência norte-americana, envolvendo PENNZOIL “versus” TEXACO, que foi um poderoso precedente na década de 80, pois resultou numa das maiores indenizações arbitradas por uma Corte dos EUA até então, de 7,53 bilhões de dólares, imposta à TEXACO em demanda promovida por PENNZOIL, mais 1 bilhão de dólares de “punitive damages” (indenização punitiva).⁵²²

Informa Scalise Junior, entretanto, que, não obstante tais disposições, de reconhecimento do ato ilícito por interferência de terceiros nos contratos, previsto no “Second Restatement of Torts”, a partir dos anos oitenta passou-se a atacar fortemente⁵²³ a rigidez com

outro com os quais a conduta do protagonista interfere; 4. Os interesses que o protagonista buscou favorecer; 5. Os interesses sociais na proteção da liberdade de ação do protagonista e dos interesses contratuais do outro; 6. A proximidade ou afastamento da conduta do protagonista em relação à interferência; e 7. As relações com as partes.”

⁵²⁰ “Restatement (Second) of Torts” § 766.

⁵²¹ Martins-Costa, Judith. **Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cinica+e+o+novo+Codigo+Civil+Brasileiro>. Acessado em junho/2015.

⁵²² Veja o caso, resumidamente, trazido pela professora: “(...) negociavam PENNZOIL e os principais acionistas da GETTY OIL um “Memorando de Entendimentos” regulador de um conjunto de ações na seqüência dos quais a PENNZOIL e o SARAH C. GETTY TRUST passariam a ser os únicos acionistas da GETTY OIL. Nos termos do Memorando, a PENNZOIL pagaria 110 dólares por ação. Aprovado o Memorando foi anunciado ao público, em 4 de janeiro – antes da abertura da Bolsa de Valores de Nova York – a existência de um “acordo de princípios entre as partes”, enquanto prosseguiram as negociações relativas a outros pontos do Memorando. Foi então que a TEXACO, principal concorrente da PENNZOIL, passou a negociar secretamente com os acionistas da GETTY OIL um plano de aquisição da GETTY. A TEXACO pagaria, por ação, 128 dólares. Em 6 de janeiro, uma nota à imprensa assinada pela TEXACO anunciava o acordo com os acionistas da GETTY para a aquisição dessa empresa. De imediato a PENNZOIL intentou contra a TEXACO uma ação baseada no tort of induction breach of contract (responsabilidade pela indução à violação de contrato). O pleito foi acolhido judicialmente, conferindo-se a indenização bilionária, com fundamento nos danos sofridos pela PENNZOIL em razão da interferência ilícita (tortiously) da TEXACO na relação negocial alheia.”

⁵²³ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 749.

que aquelas disposições vinham sendo aplicadas. No que diz respeito à interferência de terceiros nas relações contratuais ainda em tratativas, a Suprema Corte da Califórnia admitiu a hipótese de prática do ilícito em momento anterior à possibilidade de ser atribuída qualquer responsabilidade a qualquer das partes. Em outro caso, o tribunal declarou que o autor deve provar que o “réu não só conscientemente interferiu na expectativa dos autores, mas também teve uma conduta ilegal outra que não o fato da interferência em si.”⁵²⁴. Nesse sentido, ao que nos parece, quanto mais tribunais acrescentam requisitos para o reconhecimento do ato ilícito por interferência na relação contratual, ou seja, quanto mais limitado for o âmbito da responsabilidade civil por interferência de terceiro na esfera contratual, menor será o desestímulo às violações. Assim, a cada vez o sistema americano será ainda mais favorável às violações eficientes.

Assim, em sistemas que impõem responsabilidade ampla ao terceiro por indução de quebra contratual, verifica-se um desincentivo econômico para a prática dessa espécie de ilícito contratual, envolvendo terceiros que procurem incentivar a quebra por parte daqueles que já se acham engajados nos contratos.

A lei alemã traz dispositivos de proteção contra interferência de terceiros nos contratos. Com relação à responsabilidade de terceiros por induzir outro a violar um contrato, o §826 do BGB (ao tratar da hipótese de uma denominada responsabilidade delitual geral em caso de prejuízo intencional, contra os bons costumes) prevê que qualquer um que intencionalmente cause danos a outrem fica responsável pela reparação de todos os danos sofridos por esse outro⁵²⁵. Este tipo de responsabilidade, no entanto, não se aplica a qualquer

⁵²⁴ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 749.

⁵²⁵ BGB § 826. “A person who, in a manner contrary to public policy, intentionally inflicts damage on another person is liable to the other person to make compensation for the damage.” Tradução livre: Uma pessoa que, de forma contrária aos princípios, intencionalmente causa danos a outra pessoa, é responsável perante a outra pessoa pela reparação do prejuízo. “With regard to third-party liability for inducing another to breach a contract, Section 826 of the BGB provides that “anyone intentionally inflicting damage on another person in a manner contra bonos mores is liable to the other party for damages.” (Tradução livre de: No que diz respeito à responsabilidade de terceiros por induzir outro a violar um contrato, o § 826 do BGB prevê que “qualquer um que infligir intencionalmente danos a outra pessoa de maneira “contra bonos mores” é responsável perante a outra parte por danos.”)

tipo de intervenção de terceiros, mas refere-se apenas a um determinado tipo de quebra.⁵²⁶ A conduta deve ser intencional e não simplesmente negligente. Scalise Junior, a respeito, ilustra o princípio em um caso do BGH⁵²⁷ em que um marido processou um banco que, em conluio com sua esposa, participou de um esquema para fraudá-lo: depois de se casarem, o casal acordou que, em caso de divórcio, a esposa devolveria a casa ao marido contra o pagamento de parte do valor do imóvel (um sexto). Após a separação conjugal, a esposa tomou dinheiro emprestado do banco dando em alienação fiduciária a casa. Pouco antes do divórcio, a mulher deixou de pagar as parcelas do empréstimo, e após o divórcio o banco começou o processo de execução. O marido iniciou um processo contra o banco, alegando que não tinha conhecimento do contrato assinado entre ele (banco) e sua esposa, e que, assim, pelo fato de o banco lhe infligir danos intencionalmente, teria havido violação aos termos do que dispõe o § 826 do BGB. O BGH entendeu que o marido não logrou demonstrar que o banco tivesse conhecimento do contrato que ele assinou com sua esposa, e que não ocorre violação ao § 826 quando um terceiro apenas participa com o devedor em uma quebra de contrato. Assim, concluiu o BGH que alegações de interferência de terceiros em contratos são sustentáveis apenas em casos de infrações graves contra sentimentos de decência e moral.

No Código Civil Brasileiro, não há norma a respeito do assunto, exceção feita ao art. 608, que determina que em contratos de prestação de serviços “aquele que aliciar pessoas obrigadas em contrato escrito a prestar serviço a outrem pagará a este a importância que ao prestador de serviço, pelo ajuste desfeito, houvesse de caber durante dois anos.”⁵²⁸

⁵²⁶ in: MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**. 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006.

⁵²⁷ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 751.

⁵²⁸ Os primeiros comentários que surgiram do citado artigo de lei, quando da entrada em vigor do Código Civil de 2002, foram do Professor Fiuza (In: **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 545) e da Professora Teresa Ancona Lopes (In: **Comentários ao Código Civil**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 7, p. 238), que ressaltaram sua aparente inutilidade, pois a matéria já era objeto de punição no âmbito criminal, e a hipótese do art. 608 seria a hipótese de responsabilidade civil por ato ilícito, com indenização previamente estabelecida e com caráter exemplar. Teresa Ancona Lopez também advertiu, na oportunidade, que não haveria de se cogitar em aliciamento se o suposto seduzido tiver se “agregado ao novo contrato declarando estar desempregado”. Assim, “se o trabalhador se apresentar espontaneamente não há presunção de aliciamento, mesmo que o prestador não tenha exibido a declaração de que o contrato anterior estava findo, conforme prevê o art. 604”.

A doutrina brasileira, lastreada na responsabilidade civil em geral, tem intitulado “tutela externa do crédito” o tratamento a ser conferido a terceiro que intervém na relação contratual, pontificando as hipóteses em que esse terceiro tem o dever de respeitar as convenções entabuladas, sob pena de responder por perdas e danos (responsabilidade civil aquiliana) havidos por conta de sua ação (seja culposa ou dolosa).

Assim, o tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (“res inter alios acta”), que por séculos reinou como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, tem sido mitigado porque se assumiu que os contratos entre as partes podem, eventualmente, interferir na esfera jurídica de terceiros, seja positivamente, seja negativamente, assim como podem estender sua eficácia, atingindo pessoas que não fazem parte da relação contratual.

Com efeito. O princípio da relatividade dos contratos estabelece que a relação contratual diz respeito apenas às partes contratantes. Daí dizer-se que o contrato faz lei entre as partes, mas só entre as partes, não atingindo a esfera de terceiros não intervenientes na relação.

Entretanto, passou-se a perceber que determinadas situações contratuais possuíam mais que eficácia intersubjetiva: alcançavam, de fato ou potencialmente, a esfera de terceiros, criando-lhes deveres de abstenção e, até mesmo, deveres positivos. Percebeu-se a eficácia externa do contrato, dentre outras causas, nas palavras de Judith Martins-Costa:

o fato social da interdependência mediante formas de encadeamento do ciclo produtivo típicas da sociedade de consumo pós-industrial, como a formação de “redes negociais”; a necessidade de garantir a liberdade de concorrência por meio da imposição, a terceiros, do dever de respeitar pacto de não-concorrência; a crescente consciência acerca da importância da preservação ambiental, de modo a estender a responsabilidade pela segurança e garantia ambiental a toda a cadeia contratual.⁵²⁹

Nesse sentido, e porque o Direito é dinâmico, surgiram a doutrina do terceiro cúmplice⁵³⁰ e a proteção do terceiro perante contratos que lhe são prejudiciais, ou a tutela externa do crédito, justamente para mitigar o princípio.

⁵²⁹ In: Martins-Costa, Judith. **Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cinica+e+o+novo+Codigo+Civil+Brasileiro>. Acessado em junho/2015.

⁵³⁰ Não se podendo olvidar que o terceiro pode intervir no contrato em prejuízo não só do credor, mas também do devedor.

Assim foi que, invocando os princípios contratuais da função social e da boa-fé objetiva, entabulados no Código Civil de 2002, passou-se a admitir a incidência da doutrina do terceiro cúmplice, cujo fundamento está na eticidade e solidariedade. Assim, havendo violação ao direito das partes pela interferência indevida do terceiro, a reparação é mister.

O terceiro, para fins de tutela externa do crédito, é aquele que atua de modo não ostensivo, mas assegurando uma rede de proteção ao contraente seduzido. O que se torna possível mediante o uso da “doutrina do terceiro cúmplice”, enaltecida originalmente no Brasil por Antonio Junqueira de Azevedo, em suas preleções na Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como um dos mais interessantes temas do moderno direito obrigacional, e que foi a fonte inspiradora do estudo⁵³¹.

Em seu estudo, o Professor Junqueira entende que é possível responsabilizar o terceiro que vende combustível ao posto revendedor que mantém um contrato de exclusividade com outra distribuidora, exibindo a sua “bandeira”. Tal fato fez aflorar a possibilidade de rescisão contratual por parte da distribuidora oficial e a composição por eventuais perdas e danos em relação àquele que aliciou o posto revendedor.

E o permissivo não está em dispositivo legal, mas advém da função social do contrato, como salienta o próprio Professor Junqueira:

A idéia de função social do contrato está claramente determinada pela Constituição, ao fixar, como um dos fundamentos da República, o valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF/1988); essa disposição impõe ao jurista a proibição de ver o contrato como um átomo, algo que somente interessa às partes, desvinculado de tudo o mais. O contrato, qualquer contrato, tem importância para toda a sociedade e essa asserção, por força da Constituição, faz parte hoje, do ordenamento jurídico brasileiro - de resto, o art. 170, caput, da CF/1988, de novo, salienta o valor geral, para ordem econômica, da livre iniciativa.⁵³²

⁵³¹ O autor desenvolveu o tema no parecer intitulado 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. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

⁵³² AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Op. cit., p. 127.

E prossegue o autor: “Aceita a ideia de função social do contrato, dela evidentemente não se vai tirar a ilação de que, agora, os terceiros são partes do contrato, mas, por outro lado, torna-se evidente que os terceiros não podem comportar-se como se o contrato não existisse.”⁵³³

Rosa Nery e Nelson Nery Jr. também comungam da opinião de que a ideia da função social do contrato constitui, se não ruptura, ao menos abrandamento do princípio da relatividade dos efeitos contratuais, em homenagem à função social do contrato⁵³⁴.

Um dos princípios cardeais do direito contemporâneo, a função social do contrato faz com que se insira a convenção como fenômeno que se instala no mundo da realidade jurídica, ao qual os terceiros não mais são indiferentes. Na lição clássica de Jacques Ghestin, está presente uma tutela externa do crédito, que impõe ao terceiro uma obrigatoriedade de não violar obrigação contratual alheia que seja ou deva ser de seu conhecimento⁵³⁵.

A tutela externa do direito ao crédito vem sendo consagrada pela doutrina e pela jurisprudência, para obstar o comportamento imoral e ilegal de terceiro que intervém na relação contratual, conforme decisão já proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL –
SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO - FCVS - CAUÇÃO DE
TÍTULOS – QUITAÇÃO ANTECIPADA - EXONERAÇÃO DOS
MUTUÁRIOS - COBRANÇA SUPERVENIENTE PELA CAIXA
ECONÔMICA FEDERAL, SUCESSORA DO BNH - DOUTRINA DO
TERCEIRO CÚMPLICE - EFICÁCIA DAS RELAÇÕES CONTRATUAIS
EM RELAÇÃO A TERCEIROS - Oponibilidade - Tutela da
Confiança.

⁵³³ AZEVEDO, Antonio 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. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998, p. 127.

⁵³⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3.p. 139.

⁵³⁵ In: GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 155. A respeito do tema, vale ainda consulta às seguintes obras: RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio res inter alios acta, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, v. 93, n. 821, março/2004; PENTEADO, Luciano Camargo. Efeitos contratuais perante terceiros. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 167; CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**, 12ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, v. 10.

1. CAUSA E CONTROVÉRSIA. A causa (a lide deduzida em juízo) e a controvérsia (a questão jurídica a ser resolvida), para se usar de antiga linguagem, de bom e velho sabor medieval, ainda conservada no direito anglo-saxão (cause and controverse), dizem respeito à situação jurídica de mutuários em relação à cessão de títulos de crédito caucionados entre o agente financeiro primitivo e a Caixa Econômica Federal - CEF, sucessora do BNH, quando se dá quitação antecipada do débito. A CEF pretende exercer seus direitos de crédito contra os mutuários, ante a inadimplência do agente financeiro originário. Ausência de precedentes nos órgãos da Primeira Seção.

2. PRINCÍPIO DA RELATIVIDADE DOS EFEITOS DO CONTRATO – DOCTRINA DO TERCEIRO CÚMPLICE – TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO. O tradicional princípio da relatividade dos efeitos do contrato (res inter alios acta), que figurou por séculos como um dos primados clássicos do Direito das Obrigações, merece hoje ser mitigado por meio da admissão de que os negócios entre as partes eventualmente podem interferir na esfera jurídica de terceiros – de modo positivo ou negativo –, bem assim, tem aptidão para dilatar sua eficácia e atingir pessoas alheias à relação inter partes. As mitigações ocorrem por meio de figuras como a doutrina do terceiro cúmplice e a proteção do terceiro em face de contratos que lhe são prejudiciais, ou mediante a tutela externa do crédito. Em todos os casos, sobressaem a boa-fé objetiva e a função social do contrato.

3. SITUAÇÃO DOS RECORRIDOS EM FACE DA CESSÃO DE POSIÇÕES CONTRATUAIS. Os recorridos, tal como se observa do acórdão, quitaram suas obrigações com o agente financeiro credor - TERRA CCI. A cessão dos direitos de crédito do BNH – sucedido pela CEF – ocorreu após esse adimplemento, que se operou inter partes (devedor e credor). O negócio entre a CEF e a TERRA CCI não poderia dilatar sua eficácia para atingir os devedores adimplentes.

4. CESSÃO DE TÍTULOS CAUCIONADOS. A doutrina contemporânea ao Código Civil de 1916, em interpretação aos arts. 792 e 794, referenda a necessidade de que sejam os devedores intimados da cessão, a fim de que não se vejam compelidos a pagar em duplicidade. Nos autos, segundo as instâncias ordinárias, não há prova de que a CEF haja feito esse ato de participação.

5. DISSÍDIO PRETORIANO. Não se conhece da divergência, por não-observância dos requisitos legais e regimentais.

Recurso especial conhecido em parte e improvido.”⁵³⁶

⁵³⁶ STJ Resp. 468.062-CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, J. 11/11/2008, DJ de 01.12.2008, dentre milhares de outros.

Assim, na atualidade, não por força de lei, mas por aplicação das cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato, verifica-se um claro alargamento dos efeitos do contrato, podendo este ser oposto a terceiros, assim como se admite que terceiros se oponham a ele.

As diferenças aqui parecem ser em grau e não de espécie. A legislação brasileira e a germânica têm uma “visão restritiva” a respeito da responsabilidade de terceiros, na medida que a conduta de interferir ou induzir deve guardar relação com a moral, os bons costumes, a boa-fé, especialmente quando o terceiro mostra um comportamento imprudente em face da parte contratante que é prejudicada pela quebra de contrato. A lei norte-americana, com todas as suas variações, é mais favorável a que se permita interferência de terceiros nos contratos. Assim, mais uma vez, o jurista alemão e o brasileiro, confrontados com a teoria da violação eficiente, encontrariam um impedimento em seus sistemas, pois que se tornaria mais caro violar um ajuste mediante proposta de terceiros que tenham conhecimento do contrato a ser violado.

6.3.1.6 Incerteza quanto aos custos de um litígio.

Finalmente, os sistemas do “Civil Law” também contêm obstáculos outros que se acham fora da realidade contratual e que podem fomentar o custo de se violar um contrato, aumentando, por conseguinte, o montante da indenização e desencorajando a violação eficiente. Especificamente, a questão de quem suporta os custos de um litígio e quem arca com os honorários de seu advogado constitui problema que pode desincentivar o reconhecimento da teoria da “quebra eficiente” do contrato.

Em um sistema legal como o dos Estados Unidos, em que cada parte paga por seu próprio advogado em uma ação judicial, há um desincentivo para o litígio em face do custo de o promover, tanto para a parte bem-sucedida quanto para a malsucedida na demanda. Em nosso exemplo da marcenaria, quando Athos viola seu contrato com Porthos e firma o contrato com Aramis, Porthos tem de avaliar a probabilidade de vitória, ou seja, se sua pretensão, por exemplo, de \$50, vale o custo e o esforço de uma ação judicial. Quanto maior forem as despesas de Porthos, menor a probabilidade de ele acionar Athos, embora suas chances de vitória sejam elevadas (por exemplo, 90%). O benefício esperado por Porthos é baixo (por exemplo, \$45, que corresponde a noventa por cento de \$50). Se os custos do litígio de Porthos para recuperar seus benefícios forem próximos, acionar Athos judicialmente não é uma opção viável e lógica.

Por outro lado, num sistema em que o “perdedor paga” todos os custos do litígio, há um incentivo para que a parte inocente processe a parte infratora, especialmente quando as chances de recuperação forem altas, porque, além da recuperação dos prejuízos nos termos do contrato, a parte inocente recuperará todos os custos e os honorários de seu advogado⁵³⁷.

Na Alemanha, por seu turno, a parte vencida deve arcar com todos os custos do processo. O Código de Processo Civil alemão é claro ao prever que os custos incluem as despesas necessárias para intentar ou defender-se de uma ação, a compensação às testemunhas, a compensação por viagens necessárias ou pela perda de tempo com o comparecimento a audiências, bem como as taxas legais e as despesas com advogado da parte vencedora.⁵³⁸ O

⁵³⁷ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6. ed., Nova York, Aspen, 2003, p. 590.

⁵³⁸ “Zivilprozessordnung” [ZPO] § 91. (1) The party that has not prevailed in the dispute is to bear the costs of the legal dispute, in particular any costs incurred by the opponent, to the extent these costs were required in order to bring an appropriate action or to appropriately defend against an action brought by others. The compensation of costs also comprises compensation of the opponent for any necessary travel or for time the opponent has lost by having been required to make an appearance at hearings; the rules governing the compensation of witnesses shall apply *mutatis mutandis*. – Tradução Livre: “A parte não vencedora no litígio suportará os custos do litígio, em especial quaisquer custos incorridos pelo oponente, na medida em que estes custos tenham sido necessários para intentar uma ação adequada ou para a defesa adequada contra uma ação proposta por outros. A compensação de custos compreende também a compensação do oponente por qualquer viagem necessária ou pelo tempo que o adversário perdeu por ter sido obrigado a comparecer em audiências; as regras relativas à compensação às testemunhas são aplicáveis “*mutatis mutandis*”.”

(2) In all proceedings, the statutory fees and expenditures of the attorney of the prevailing party are to be compensated. However, the travel expenses of an attorney who has not established himself in the judicial district of the court hearing the case, and who does not reside at the location of the court hearing the case, shall be compensated only insofar as it was necessary to involve him in order to bring an appropriate action, or to appropriately defend against an action brought by others. The costs of retaining several attorneys shall be compensated only insofar as they do not exceed the costs of a single attorney, or insofar as personal reasons required an attorney to be replaced by another. Where an attorney represents himself, he shall be reimbursed for those fees and expenditures that he could demand as fees and expenditures had he been granted power of attorney to represent another party. – Tradução livre: “Em todos os processos, as taxas legais e as despesas do advogado da parte vencedora devem ser compensados. No entanto, as despesas de viagem de um advogado que não esteja estabelecido na jurisdição do tribunal incumbido da causa e não resida no mesmo local do tribunal só serão indenizadas se houver sido necessário envolvê-lo para possibilitar a proposição adequada da ação ou para possibilitar a defesa adequada contra uma ação intentada pelos terceiros. Os custos de contratação de vários advogados serão compensados somente se não excederem os custos de um único advogado, ou se razões pessoais houverem exigido a substituição de um advogado por outro. Quando um advogado representa a si mesmo, ele será reembolsado pelos honorários e despesas que poderia ter exigido se tivesse recebido procuração para representar outrem.”

(3) The costs of the legal dispute in the sense as defined by subsections (1) and (2) also include the fees arising as a result of conciliation proceedings before a dispute-resolution entity established or recognized by a Land department of justice (Landesjustizverwaltung); this shall not apply if a period longer than one year has lapsed between the date on which the conciliation proceedings ended and the date on which proceedings were brought in the courts. – Tradução Livre: “Os custos do litígio no sentido definido nos parágrafos (1) e (2) incluem também os honorários incorridos como resultado de processos de conciliação perante uma entidade de resolução de conflitos estabelecida ou reconhecida por um departamento de justiça local; tal não é aplicável se um prazo superior

montante dos custos depende da dimensão da controvérsia, e o valor da taxa é estatutariamente fixa.

Embora os custos de litígio na Alemanha sejam, do ponto de vista europeu, relativamente altos, a severidade da regra de custos judiciais alemã é suavizada pela disponibilidade de seguros de despesa judicial. Os seguros de despesas legais no sistema alemão não só cobrem o “próprio advogado, sem diminuir o montante da indenização efetivamente recebida pelo requerente, mas também (...) pagar os custos devidos ao adversário em caso de derrota.”⁵³⁹

Além de aumentar o incentivo para litigar, a incerteza quanto aos custos de um litígio pode tornar a parte inadimplente em uma jurisdição de “Civil Law” menos propensa a violar um contrato, especialmente pelo receio de ter de suportar os custos adicionais de honorários advocatícios de seu oponente, quando for responsabilizada. Se a parte infratora é forçada a pagar os honorários do advogado da parte não infratora em caso de sucesso desta, o custo por quebra se eleva.⁵⁴⁰

No processo civil brasileiro, todas as despesas processuais, inicialmente, são devidas pelo demandante, quais sejam: as custas de distribuição do processo, despesas com oficial de justiça e custos decorrentes de seu contrato de honorários com seu advogado. Durante a demanda, acaso o demandante/ofendido necessite provar⁵⁴¹ o dano experimentado ou requerer oitiva de testemunha fora da comarca, da mesma forma todas as despesas havidas para tanto⁵⁴²

a um ano houver transcorrido entre a data em que o processo de conciliação terminou e a data em que o processo tenha sido instaurado nos tribunais.”

(4) The costs of the legal dispute in the sense of subsection (1) also include costs that the prevailing party has paid to the party that has not prevailed in the course of the legal dispute. – Tradução Livre: “Os custos da disputa legal, na acepção da subseção (1), também incluem os custos que a parte vencedora pagou à parte vencida no curso da disputa legal.”

⁵³⁹ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. *The American Journal of Comparative Law*, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 753-754.

⁵⁴⁰ A respeito, consultar: POSNER, Richard A. *Economic analysis of law*. 6. ed., Nova York, Aspen, 2003, p. 587-591.

⁵⁴¹ Se a prova for pericial, arcará com os honorários do perito indicado pelo juiz, além de honorários de seu assistente técnico. O mesmo se diga para a hipótese de inspeção judicial.

⁵⁴² Todas as despesas de viagem, acomodação da parte e seu advogado, cabendo ressaltar que, se pretender acompanhar a prova, o demandado arcará com tais despesas relativas a seu advogado. Insta destacar que, em tese,

serão arcadas por ele. Na hipótese de interposição de recurso, a parte recorrente arcará com as custas judiciais devidas, e, sendo o Tribunal em local outro que não o da cidade (comarca) onde se discute a demanda, todas as despesas de viagem, acomodação das partes e seus advogados correrão por conta de cada uma das partes litigantes e, em tese, também não são reembolsáveis ao final da demanda. Na execução da sentença final, quem arca com as despesas é o exequente. Não obstante, o vencedor da demanda (seja ele quem for – demandante ou demandado), será reembolsado, pelo vencido, das custas e despesas processuais⁵⁴³, além de verba honorária a ser fixada pelo magistrado⁵⁴⁴. Nesse ponto, é importante reiterar que, em tese, os honorários contratados entre qualquer das partes e seu patrono não é passível de recuperação, já que há verba fixada pelo judiciário para tanto.

Aliado a isso, cabe lembrar que no Brasil há de se ter em consideração a demora na prestação jurisdicional pelo sistema judiciário. Talvez, em determinadas situações, seja mais eficiente para o credor compor-se com o devedor, aceitando a teoria da eficiência. No nosso exemplo em que Athos deveria fornecer as cadeiras a Porthos, se a obrigação for inadimplida, a mora processual na tutela jurisdicional é um aspecto que deve ser avaliado. Pelo lado do credor, pode ser mais eficiente optar pela resolução do contrato e pela indenização por perdas e danos do que aguardar a tutela jurisdicional final. E, pelo lado do devedor, pode ser mais eficiente tomar a iniciativa de resolução (“anticipatory breach”) e pagar a indenização por perdas e danos, do que manter um contrato que julga ser mais prejudicial.

Pode-se vislumbrar a hipótese em que, acaso as partes assim tenham estabelecido em contrato, as discussões sobre o ajuste sejam feitas por meio de arbitragem. Certamente o procedimento será mais célere, mas, dependendo da Câmara eleita, é duvidoso que seja mais barato⁵⁴⁵.

todas essas despesas relativas a viagens, acomodações da parte e seus advogados não são reembolsáveis pelo perdedor da demanda.

⁵⁴³ Custas de distribuição da ação, emolumentos, taxas, honorários de perito e inspeções, tão somente.

⁵⁴⁴ Com base no valor da demanda ou em percentual a ser aplicado sobre o valor da demanda, conforme o caso.

⁵⁴⁵ Seria longa a discussão a respeito da forma de contratação de cláusula arbitral e as formas de minimizar os custos dela decorrentes. A respeito, vale consultar: ANDREWS, Neil. **The three paths of justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England**. [s.l.]: Springer, 2011, em que a ora candidata (Cláudia Haidamus Perri) teve participação em comentários de direito comparado a respeito da matéria.

Em nosso sistema, a despeito do desincentivo de uma demanda, não há impedimento para a quebra eficiente de um contrato, mas certamente há desencorajamento, na medida que, insista-se, o lucro a ser obtido pelo devedor com a nova transação teria de ser muito maior.

Assim, em qualquer sistema em que o “perdedor paga” os custos e taxas associadas a litígios, aumenta a probabilidade de demanda pela parte não infratora e, por conseguinte, aumentam os custos associados à violação do contrato, o que leva à inarredável conclusão de que, para a quebra ser considerada eficiente – repita-se – o lucro a ser obtido em um novo contrato teria de ser maior.

Embora nenhum dos impedimentos estruturais tenha o condão de excluir a ideia de violação eficiente do contrato, cada um serve para desencorajar a ocorrência de violações eficientes na prática. Em um sistema em que: (i) há o favorecimento da execução específica do contrato; (ii) é obrigatória a compensação integral para a parte não infratora, incluindo todos os danos e honorários advocatícios; (iii) não é imposta a obrigação à parte não infratora de mitigar seus danos e/ou prejuízos; e, ainda, (iv) há ampla responsabilização por interferência de terceiros; a doutrina da quebra eficiente ainda poderia existir. Novamente, porém, a maior ou menor certeza do valor do dano causado pela violação é que implicará em maior ou menor número de quebras contratuais classificadas como “eficientes”.

Assim, os impedimentos estruturais acima apontados poderiam servir para reduzir a relevância da teoria no Brasil. Tais impedimentos, no entanto, não obstam a sua adoção, vez que vários dos obstáculos podem ser transponíveis por meio de acordo prévio entre as partes, o que de forma alguma seria contrário à lei.

Insta, finalmente, ressaltar que o sistema mais próximo culturalmente⁵⁴⁶ e estruturalmente⁵⁴⁷ ao dos Estados Unidos é o da Inglaterra, e lá também a recepção à ideia de

⁵⁴⁶ De certa forma, a cultura jurídica inglesa está mais próxima da cultura jurídica continental do que a cultura jurídica americana está. Por exemplo: o Direito Inglês tende a ser mais doutrinário na abordagem do que a lei americana o é, tornando-o mais parecido com a abordagem jurídica dos países continentais. A respeito, com maior profundidade, consultar, POSNER, Richard. **Law and legal theory in England and America**. Oxford: Clarendon Press, 1996, especialmente p. 21.

⁵⁴⁷ No sistema Inglês, o remédio padrão para quebra de contrato é a concessão de indenização pelos danos (não de desempenho específico), valorados a partir do momento da quebra. O dever de atenuar os danos, da mesma forma que nos Estados Unidos, existe, assim como o conceito de responsabilidade abrange apenas os danos previsíveis.

violação eficiente⁵⁴⁸ tem sido um tanto fria. Na Inglaterra, houve crítica acadêmica à ideia de violação eficiente, e os impedimentos judiciais parecem significativos. Vários autores estrangeiros que se debruçam sobre o tema relatam o caso “Lake v. Bayliss”, em que o Tribunal Inglês reconheceu uma concepção mais ampla de compensação como penalidade para algumas quebras contratuais. Nesse julgamento, o tribunal concluiu que quando alguém compra terras para especulação, em vez de para uso próprio, essa pessoa pode ser impedida de vender o imóvel a um terceiro comprador interessado (que venha a oferecer um melhor negócio do que o anteriormente aceito por meio de um contrato de venda e compra.)⁵⁴⁹.

Scalise Junior traz notícia do caso “Attorney General v. Blake”, em que um agente secreto britânico, após se aposentar, firmou contrato de edição de um livro, no qual divulgou informações oficiais adquiridas durante a ocupação de seu cargo, o que foi considerado violação do contrato de confidencialidade que firmara com o governo⁵⁵⁰. Ao final, Lord Nicholls expropriou o agente secreto de todos os lucros obtidos com a venda do livro. Isso significa dizer que, mesmo a Inglaterra, país de “Common Law”, já rejeitou a quebra eficiente, uma vez que tornou o contrato de edição totalmente ineficiente.

Postas essas questões, há ainda questões culturais que podem servir de barreiras para a adoção da “teoria da quebra eficiente”, as quais serão consideradas a seguir.

⁵⁴⁸ Ver, por exemplo, EDELMAN, James. **Restitutory Damages and Disgorgement for Breach of Contract**. Restitution L. Rev., 2000, p. 129. Disponível em http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2362&context=llr&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3DJames%2BEdelman.%2BRestitutory%2BDamages%2Band%2BDisgorgement%2Bfor%2BBreach%2Bof%2BContract%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gfe_rd%3Dcr%26ei%3DdKveV-e8Ceyp8wfG1IHIDA#search=%22James%20Edelman.%20Restitutory%20Damages%20Disgorgement%20Breach%20Contract%22. Acesso em dez/2015.

⁵⁴⁹ KRONMAN, Anthony T. Specific Performance. Disponível em http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11624&context=journal_articles&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3DKRONMAN%2C%2BAnthony%2BT.%2BSpecific%2BPerformance%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gfe_rd%3Dcr%26ei%3D0qfeV4XgI8LV8wf86Y-4Cg#search=%22KRONMAN%2C%20Anthony%20T.%20Specific%20Performance%22. Acesso em jan/2016. (discutindo a questão da confiança e a imposição da execução específica como remédio legal, quando um imóvel é vendido a um comprador e, antes da entrega, é transmitido a um segundo comprador que oferece um melhor negócio).

⁵⁵⁰ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 764. O caso é tão emblemático que vem sendo citado por quase todos os autores que se dispuseram a escrever sobre a “efficient breach theory”.

6.4 Barreiras culturais.

Pelo termo “barreira cultural”, referimo-nos ao conjunto de atitudes, crenças e modos de pensar sobre a lei que existem nas tradições de “Civil Law” e “Common Law”, e não às regras materiais ou processuais desses sistemas que poderiam desencorajar o reconhecimento da ideia de “violação eficiente”. A tradição jurídica, argumenta Scalise Junior⁵⁵¹, citando o estudioso comparatista John Henry Merryman, não é apenas uma série de regras e leis: a lei é um produto da cultura:

Pelo contrário, é um conjunto de atitudes profundamente enraizadas, historicamente condicionadas, sobre a natureza da lei, sobre o papel do direito na sociedade e na política, sobre a organização e operação adequadas de um sistema legal, e sobre a forma como a lei é ou deveria ser elaborada, aplicada, estudada, aperfeiçoada e lecionada.⁵⁵²

Especificamente, a diferença cultural entre “Civil Law” e “Common Law”, que enfrentaremos a seguir, não aborda tanto os impedimentos sob a ótica de um jurista de direito civil potencialmente interessado na teoria da quebra eficiente, mas sob a de um juiz de “Civil Law” quando do julgamento de um caso concreto em que se apresente uma quebra eficiente de contrato. A barreira cultural descreve a diferença, em ambas as tradições, entre a posição do juiz e o seu papel, entre os litigantes, na aplicação, interpretação e criação da lei. Os juízes de “Common Law” têm sido chamados de “oráculos da lei”⁵⁵³, enquanto os juízes na maioria dos sistemas de “Civil Law” têm sido caracterizados como aplicadores da lei, em vez de “criativamente” a interpretarem⁵⁵⁴. Isto é, os sistemas de “Civil Law” se esforçam para legislar prospectivamente sob

⁵⁵¹ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. *The American Journal of Comparative Law*, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 764.

⁵⁵² Tradução livre de: “Rather it is a set of deeply rooted, historically conditioned attitudes about the nature of law, about the role of law in the society and the polity, about the proper organization and operation of a legal system, and about the way law is or should be made, applied, studied, perfected, and taught.”. In: MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. 2nd. ed. Stanford: Stanford University Press, 1985, p. 2.

⁵⁵³ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. *The path of the law*. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/844757>. Acessado em: nov/2015., p. 457. “Nessas folhas sibílicas espalham-se profecias do passado a respeito de casos sobre os quais cairá o machado. Estes são o que propriamente têm sido chamados os oráculos da lei. O significado mais importante e, praticamente, total de todo novo esforço legal é tornar essas profecias mais precisas, e generalizá-las num sistema conexo de ponta a ponta.”

⁵⁵⁴ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Op. cit., p. 755.

a forma de codificação visando a garantir a segurança e a estabilidade na lei, enquanto os sistemas de “Common Law” permanecem flexíveis para produzir “crescimento, desenvolvimento e aperfeiçoamento da lei” por meio de uma “mudança gradual despercebida e não sentida” através de decisões judiciais. Como consequência, Frederick Hayek argumentou que “o ideal de liberdade individual parece ter florescido principalmente nos povos entre os quais, pelo menos durante longos períodos, a lei criada pelo juiz predominou.”⁵⁵⁵ E, nesse sentido, o Banco Mundial exarou parecer no qual afirmou que os níveis de regulação econômica são, em parte, atribuíveis à “origem legal”, com “países de “Common Law” que regulamentam menos” e “países da tradição do direito civil, como o francês, que regulamentam demais.”⁵⁵⁶ Assim, provavelmente por tais razões, a ideia de quebra eficiente seja favorecida no “Common Law”, mas não no “Civil Law”.

O que é verdade, porém, é que a estrutura do sistema de “Common Law”, bem como a sua história na América, tornou particularmente atrativa a “Law and Economics” como disciplina. A natureza não escrita do direito privado historicamente tem deixado os juízes mais livres para preencher as lacunas onde não existe resposta definitiva ou quando precedente anterior pode ser tomado como não vinculativo. Dworkin descreveu a evolução do “Common Law” como um processo semelhante ao de vários autores que escrevem um romance em cadeia, em que um juiz escreve um determinado capítulo de um romance (cuja última linha da história é desconhecida por todos) e, em seguida, envia o trabalho para outro juiz escrever um capítulo

⁵⁵⁵ Tradução livre de: “the ideal of individual liberty seems to have flourished chiefly among people where, at least for long periods, judge-made law predominated.”. In: Frederick Hayek, *Law, Legislation and Liberty: Rules and Order*, 1973, p. 94; e também nesse sentido: Paul G. Mahoney, *The “Common Law” and Economic Growth: Hayek Might Be Right*. 30 *J. Legal Stud.* 503. 523 (2001) (argumentando que “the association between “Common Law” and [economic] growth . . . stems from a more fundamental divergence between the security of property and contract rights in [“Common Law” and civil law] systems”). (Tradução livre: argumentando que “a associação entre o “Common Law” e crescimento [econômico] ... resulta de uma divergência fundamental entre a segurança de propriedade e direitos contratuais nos sistemas [“Common Law” e Civil Law]”, referenciados por SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. *The American Journal of Comparative Law*, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 756.

⁵⁵⁶ World Bank, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation* xiv - 2004. (Disponível em <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB04-FullReport.pdf>. Acesso em jan/2016). As conclusões esposadas no relatório levantaram sérias críticas na época. Ver, por exemplo, “Les Droits de Tradition Civiliste en Question: À propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale (2006)”, Disponível em <http://www.henricapitant.org/sites/default/files/Les_droits_de_tradition_civiliste_en_question.pdf> Acesso em jan/2016.

posterior⁵⁵⁷. Assim, quando se acham diante de um caso de quebra de contrato, os juízes estão livres para criar uma nova teoria, como se fosse o próximo capítulo de uma novela. Em sistemas de “Civil Law”, no entanto, o enredo já está decidido em linhas gerais em virtude da codificação. Embora os juízes e doutrinadores estejam autorizados a alargar os detalhes, a trama da história para avaliar a quebra eficiente de um contrato já se acha definida.

Em meados do século XX, a lei americana foi especialmente suscetível a grandes teorias para ajudar a estruturar a substância do “Common Law”. No final do século XIX, o doutrinalismo, que era dominante, foi desaparecendo, e a lei estava necessitando de novos fundamentos teóricos. O juiz Holmes tem um famoso trabalho em que assevera:

A vida da lei não tem sido lógica; tem sido experiência. As necessidades sentidas na época, as teorias morais e políticas prevalentes, instituições de ordem pública, manifestadas ou inconscientes, mesmo os preconceitos que os juízes compartilhavam entre si, tinham muito mais a fazer do que o silogismo na determinação das regras pelas quais os homens deveriam ser governados.⁵⁵⁸

No início do século XX, em sintonia com Holmes, Pound escreveu que “a lei não é científica em prol da ciência (...) deve ser julgada pelos resultados que alcança, não pelas sutilezas de sua estrutura interna.”⁵⁵⁹ Cardozo, em suas decisões judiciais, deixou claro que “direitos e deveres em sistemas de direito vivo não são construídos sobre areia movediça (doutrinária)”⁵⁶⁰ Scalise Junior, valendo-se de Mercurio e Medema⁵⁶¹ explica que esta nova marca de “jurisprudência sociológica”⁵⁶² nos Estados Unidos “foi uma reação tanto contra o

⁵⁵⁷ DWORKIN, Ronald. **Law’s Empire**. Disponível em <http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/empire.pdf>. Acessado em set/2015, p.228-38.

⁵⁵⁸ HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. **The Common Law**. Disponível em <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf>. Acesso em set/2015.

⁵⁵⁹ Tradução livre de: “law is not scientific for the sake of science It must be judged by the results it achieves, not by the niceties of its internal structure.”. citado em SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 757.

⁵⁶⁰ Tradução livre de: “rights and duties in systems of living law are not built upon [doctrinal] quicksands.” In.: SCALISE JUNIOR, Ronald J. Op. cit., p. 757.

⁵⁶¹ MERCURIO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: From Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

⁵⁶² Scalise Junior, citando Roscoe Pound argumenta que: “The sociological movement in jurisprudence is a movement for pragmatism as a philosophy of law; for the adjustment of principles and doctrines to the human conditions they are to govern rather than to assumed first principles; for putting the human factor in the central place and relegating logic to its true position as an instrument.” (In: Why no “efficient breach” in the Civil Law?:

formalismo do doutrinalismo quanto aos conceitos tradicionais de direitos naturais ou objetivamente determináveis”.⁵⁶³ A jurisprudência sociológica, juntamente com seu sucessor intelectual, o realismo legal, ganha cada vez mais popularidade no início do século XX⁵⁶⁴ e contribui para o declínio da visão do direito como uma disciplina acadêmica separada⁵⁶⁵. Esta desconfiança da lei como uma disciplina autônoma foi, possivelmente, o que deu à luz “numerosos movimentos “Law and ____” ao longo dos últimos trinta anos, movimentos que têm procurado introduzir as ideias de economia, filosofia Continental, teoria literária, antropologia, estudos feministas, marxismo, e assim por diante, nos estudos jurídicos.”⁵⁶⁶

Embora cada um destes movimentos tenha tido graus variados de sucesso, o estudo do “Law and Economics” provou ser particularmente influente. Uma das autoridades proeminentes do movimento de “Law and Economics”, o juiz Richard Posner, assevera: “Quando eu era estudante de direito, a lei parecia um conjunto de regras, procedimentos e institutos completamente aleatórios. A Economia revela uma estrutura profunda que tem considerável coerência”⁵⁶⁷. Assim, o direito privado, especialmente o direito contratual, foi particularmente adequado para os fundamentos teóricos que a “Law and Economics” transmitiam. Em meados do século XX, o “Common Law” americano parecia pronto para receber os fundamentos teóricos que a “Law and Economics” fornecia. Por outro lado, talvez a estrutura teórica bem estabelecida de códigos civis em países europeus e da América Latina tenha servido para envenená-los contra a recepção indiscriminada da “Law and Economics” como teoria. Embora a influência da “Law and Economics” na Europa continental não possa ser negada, é curioso que há “muito poucos estudos [econômicos] discutindo

a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 757.). Tradução Livre: “O movimento sociológico na jurisprudência é um movimento pelo pragmatismo como filosofia do direito; devem conduzir para o ajuste dos princípios e doutrinas às condições humanas, antes que a supostos princípios básicos; para situar o fator humano no ponto central e relegar a lógica à sua verdadeira posição como instrumento.”

⁵⁶³ Tradução livre de: “was a reaction against both the formalism of doctrinalism and the traditional concepts of natural or objectively determinable rights.” In.: Op. cit., 757.

⁵⁶⁴ MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: From Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1997, p. 10.

⁵⁶⁵ MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven. Op. cit., p.10.

⁵⁶⁶ Tradução livre de: “numerous “law and ____” movements over the past thirty years, movements that have sought to bring the insights of economics, Continental philosophy, literary theory, anthropology, feminist studies, Marxism, and so on into legal studies.”. In: MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G., Op. cit., p. 13.

⁵⁶⁷ Tradução livre de: “When I was a law student, the law seemed a collection of completely unrelated rules, procedures, and institutions. Economics reveals a deep structure that has considerable coherence.”. In: POSNER, Richard A. *Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations*. **Ratio Juris**, v. 17, n.1, p. 66-79, 2004, p. 74.

contratos, responsabilidade civil, propriedade e enriquecimento sem causa,”⁵⁶⁸ áreas para “as quais os estudiosos norte-americanos da “Law and Economics” mudaram sua atenção quase exclusivamente por muitos anos.”⁵⁶⁹ Em vez disso, a “Law and Economics” na Europa tende a se concentrar em “direito da União Europeia ou em áreas de direito econômico, onde a teoria jurídica europeia segue estreitamente o direito Anglo-Saxão (por exemplo, direito da concorrência, direito empresarial, direito dos valores mobiliários, etc.)”⁵⁷⁰, o que se dá da mesma forma no Brasil.

Muito embora os juízes de “Common Law” sejam mais livres do que os de “Civil Law”, na medida que não estão vinculados à lei escrita, os juízes de “Civil Law” não são limitados autômatos que aplicam mecanicamente a lei. As palavras de Portalis, importante jurista francês, citadas por Scalise Junior, valem ser transcritas:

O papel da legislação é definir, através de uma abordagem ampla, as proposições gerais da lei, estabelecer os princípios que serão férteis na aplicação, e não para descer aos detalhes de questões que possam surgir em casos particulares. Cabe ao juiz e jurista, imbuído do espírito geral das leis, dirigir sua aplicação.⁵⁷¹

Na prática, os tribunais, na Alemanha e no Brasil, não se sentem excessivamente restritos na elaboração de novas ideias e princípios “extra” códigos. Um exemplo clássico que demonstra a liberdade de juízes alemães, mesmo em face do Código Civil, envolve o tema da boa-fé. Na Alemanha, após a Primeira Guerra Mundial, a hiperinflação afligia o país, levando o marco alemão a cerca de um trilionésimo de seu valor, desde 1914⁵⁷². Obviamente surgiram problemas contratuais, como, por exemplo, contratos firmados antes da guerra não poderem mais ser pagos em moeda quase sem valor. Os tribunais alemães trataram de forma eficaz o problema ao ordenar a revalorização da moeda alemã sob os auspícios do §242, que, na época,

⁵⁶⁸ Tradução livre de: “very few [economic] studies to discuss contracts, torts, property and unjust enrichment.”. In.: In.: SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 758.

⁵⁶⁹ Tradução livre de: “where US law and economics scholars have shifted their attention almost exclusively for many years.”. In.: SCALISE JUNIOR, Ronald J. Op. cit., p. 758.

⁵⁷⁰ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Op. cit., p. 759.

⁵⁷¹ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Op. cit., p. 759.

⁵⁷² Ver MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. **The German Law of Contract: A Comparative Treatise**. 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006, p. 329.

previa que “o devedor é obrigado a efetuar a “performance” do contrato com as exigências da boa-fé, tendo em consideração a prática habitual.”⁵⁷³ Ainda hoje não há uma linha divisória clara “entre o que pode ser propriamente classificado como “interpretação” e o que é normalmente referido como “desenvolvimento judicial” da lei.”⁵⁷⁴

Há muitos exemplos de evolução judicial também no direito brasileiro, mesmo antes da entrada em vigor do Código Civil de 2002, como, por exemplo, a adoção das teorias: (i) da cláusula “rebus sic standibus”; (ii) da desconsideração da personalidade jurídica; (iii) o princípio da preservação da empresa, dentre outras. Os magistrados, ainda que não houvesse previsão legal, adotavam as teorias com a finalidade de alcançar a justiça no caso concreto⁵⁷⁵. O magistrado brasileiro se considera no dever de interpretar a Constituição no sentido de garantir direitos que ela já prevê, como, por exemplo, direitos sociais ou econômicos, e o faz através de uma hermenêutica jurídica expansiva, cuja finalidade é a de concretizar o verdadeiro valor normativo constitucional, garantindo o direito das partes de forma rápida e atendendo às soluções dos litígios. Assim, no Brasil, houve claramente um desenvolvimento judicial, desenvolvimento esse que, especialmente nos dias de hoje, experimentamos quando da recepção de novas teorias⁵⁷⁶.

Nada obstante, o grau de liberdade judicial e doutrinária no “Common Law” permite o emprego de teorias (a exemplo da “Law and Economics”), ampliando a orientação econômica geral do “Common Law”. Os operadores do direito na maioria dos sistemas de “Civil Law”, no entanto, baseiam-se na teoria incorporada no código civil como um ponto de partida e procuram operar dentro desse contexto.

Embora os tribunais germânicos e brasileiros estejam obrigados a não operar em detrimento da lei, “a experiência tem mostrado ... que a codificação de forma alguma exclui um

⁵⁷³ BGB §242. O artigo de lei dispõe que: “Um devedor tem o dever de cumprir [o contrato] de acordo com os requisitos da boa-fé, tendo em consideração a prática habitual.”

⁵⁷⁴ ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. **Good Faith in European Contract Law**. Disponível em < <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam032/99037679.pdf> >. Acesso em nov/2015, p. 22.

⁵⁷⁵ Consultar especialmente os capítulos 1 e 3 deste trabalho.

⁵⁷⁶ Exemplificando: alargamento dos deveres oriundos da boa-fé contratual; recepção da teoria da “anticipatory breach of contract”; relativização dos efeitos dos contratos (tutela externa do crédito), dentre várias outras hipóteses.

papel ativo pelos tribunais“.⁵⁷⁷ Os tribunais e as funções judiciais diferem significativamente os sistemas de “Civil Law” e “Common Law”, no entanto “as diferenças entre os referidos sistemas jurídicos é tão extrema que conduziu a uma não aceitação em debruçar um olhar mais aprofundado para a “law and economics” comprometendo seu sucesso na Europa.”⁵⁷⁸

Em suma, a barreira cultural, em sistemas civis, à ideia de quebra eficiente do contrato, assim como os impedimentos estruturais, não são absolutos. Embora seja verdade, em um sentido geral, que os juízes de “Common Law” estejam mais autorizados a adaptar a lei às concepções modernas de liberdade econômica e política do que os juízes de “Civil Law”, que se acham vinculados a um código. Embora certamente haja exemplos de desenvolvimentos judiciais no “Civil Law”, esses desenvolvimentos parecem ser em menor número e alcance do que nas jurisdições de “Common Law”. Nesse sentido, a falta de aceitação definitiva e explícita da interpretação econômica do direito contratual pode constituir uma barreira cultural à ideia de quebra eficiente do contrato.

⁵⁷⁷ DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 179.

⁵⁷⁸ SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, p. 721-766, 2007, p. 761.

7. CONCLUSÕES.

No curso da história da humanidade o contrato foi se desenvolvendo até chegar ao ponto que hoje conhecemos: um grande gerador de direitos e obrigações, além de circulação de riquezas. Ao longo dessa caminhada, especialmente no final do século passado e início deste século, assistimos a uma grande evolução desse importante instrumento comercial, evolução essa que, em nosso ordenamento jurídico, culminou com a edição do atual Código Civil em 2002.

Em face das normas programáticas inseridas na Constituição de 1988 e, mais recentemente, da adoção de “cláusulas gerais”, “cláusulas abertas”, no Código Civil Brasileiro, o positivismo, que por tradição permeia nosso direito, tem sido atenuado.

Assim, o caminho para a análise a respeito da possibilidade de, em nosso sistema, ser albergada a teoria da “quebra eficiente dos contratos”, ou “violação eficiente dos contratos”, advinda da “Law and Economics”, parece ter se aberto.

A Análise Econômica do Direito se utiliza das ferramentas econômicas para melhor entender o Direito e, assim, enxergar por outro prisma as mutações ocorridas no bojo da sociedade. A forte influência da Análise Econômica do Direito na teoria dos contratos ganhou maior relevância com a globalização econômica, e influenciada pelos tratados. Presente essa nova dinâmica mundial, as relações jurídicas se tornaram mais vulneráveis às oscilações externas, e alguns instrumentos jurídicos ganharam mais importância à medida que o mercado passou a exigir maior proteção das relações. Nesse contexto, o contrato é o instrumento necessário para resguardar a segurança jurídica das transações de um mercado altamente competitivo e no qual se tornou figura importante para garantir a segurança das relações negociais em âmbito não só nacional como internacional, tendo a eficácia, como escopo jurídico, e a eficiência, como escopo econômico.

Na visão econômica, o contrato é o instrumento pelo qual os agentes formalizam a relação econômica, agindo racionalmente, e, pela manifestação volitiva, reconhecem para si a

melhor medida a ser tomada⁵⁷⁹. Nos países cujo sistema jurídico é o “Common Law”, berço da Análise Econômica do Direito, o direito contratual surgiu estritamente ligado à teoria da barganha, na qual está inserida a ideia de cooperação entre os agentes contratantes; nos países cujo sistema é o “Civil Law”, o Direito Contratual reveste-se fundamentalmente da teoria voluntarista. Todavia, as duas concepções, em termos econômicos, buscam alocar os recursos de maneira mais justa, tornando mais eficiente o cumprimento do contrato.

Nesse contexto, Rousseau já havia previsto no século XVIII que a ordem social é a base fundamental para o desenvolvimento de uma nação, sendo as convenções os instrumentos capazes de atingir esse enfoque; salienta: “Mas a ordem social é um direito sagrado que serve de base a todos os outros. Entretanto esse direito não é proveniente da natureza; funda-se em convenções. É preciso saber quais são essas convenções”⁵⁸⁰.

A concepção rousseauiana demonstra a relação do compromisso com um todo, o qual Rousseau denominou de pacto social. A ordem social é ligada diretamente ao aspecto econômico, tema debatido pela Análise Econômica do Direito, a qual se aprofunda em tentar resolver a celeuma que gira em torno do cumprimento dos contratos, quando estes necessitam de uma resolução forçada. É dessa forma que a teoria visualiza seu principal campo de atuação, quando a necessidade de uma resolução forçada depende da maior eficiência deste – da maximização da riqueza.

Em suma, relativamente ao direito contratual empresarial, as relações entabuladas devem trazer em si uma função econômica. E a relevância dessa função econômica para o estudo dos contratos foi defendida por diversos juristas nacionais e estrangeiros, culminando na inter-relação entre Direito e Economia, passando-se a analisar o contrato sob a ótica da eficiência, vale dizer, da eficiência como um condutor normativo dominante.

Nesse estado de coisas, há de se perseguir um sistema contratual cujas normas, de maneira equânime, além de fomentar o cumprimento do ajuste, também privilegiem o descumprimento do contrato quando o resultado da quebra seja economicamente eficiente pelo critério de Pareto e Kaldor-Hicks, ou seja, cujo resultado importe no cumprimento da função a

⁵⁷⁹ JUNIOR, Irineu G. Economia dos Contratos. In: RIBEIRO, Marcia C. P.; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p.133.

⁵⁸⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Discursos Sobre a Economia Política**. Tradução: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula. São Paulo: Hemus, 1981.

que o contrato empresarial se propõe em sua essência: a função socioeconômica, a manutenção de um país economicamente forte e preparado para as intempéries.

Nesse sentido é que a doutrina e jurisprudência vêm buscando harmonizar os sistemas, tendo os maiores estudos enfocando discussões a respeito dos remédios ministráveis na hipótese de inadimplemento⁵⁸¹, procurando detectar qual deles levaria à eficiência sem, contudo, dar azo ao oportunismo.

A doutrina da quebra eficiente do contrato não foi endossada pelos operadores do direito em países de “Civil Law”, e é bem improvável que o seja tão cedo. Embora poucos estudiosos de direito contratual no “Civil Law” tenham escrito sobre o tema “quebra eficiente dos contratos”, a consideração da teoria no contexto do direito civil brasileiro revela uma atmosfera que não é prejudicial à ideia de violação eficiente, mas é certamente menos amigável do que o “Common Law” americano. A tradição do “Civil Law” desenvolveu impedimentos estruturais e talvez culturais, com uma preferência pela execução específica, uma concepção mais ampla de reparação de danos, um foco na motivação para quebra de contrato, dentre outros.

Enquanto cada tradição (e talvez cada jurisdição) mantém os seus próprios fatores favoráveis e desfavoráveis, a diferença, no entanto, não parece estar na diferença legislativa entre o sistema do “Common Law” e o “Civil Law”.

O objetivo deste trabalho não é enaltecer ou depreciar um sistema que reconhece a doutrina da quebra eficiente. Ao contrário, com a demonstração do estágio atual em que se encontram: (i) o nosso sistema (hibridização entre “Common Law” e “Civil Law”); (ii) os estudos na seara da “Law and Economics”; (iii) nossa legislação contratual e processual civil; (iv) nosso Poder Judiciário, que pode se valer de princípios para julgar o caso concreto, na medida que o positivismo está atenuado, procuramos demonstrar que, a despeito dos obstáculos existentes nos sistemas jurídicos civis para uma recepção acadêmica e judicial da ideia de violação eficiente, é perfeitamente admissível a ideia do desenvolvimento de um sistema contratual empresarial diferente do civil e consumerista (ou até mesmo de relação de trabalho).

⁵⁸¹ Especialmente execução específica e forma de indenização.

Os estudiosos de direito comparado e os economistas têm trabalhado de forma isolada, o que leva a pouca reflexão sobre o tema aqui proposto.

Nesse sentido, e por tudo quanto foi exposto, resta claro que em nosso sistema não está vedada a adoção da teoria da quebra eficiente dos contratos, mas certamente alguns ajustes e adaptações seriam necessárias para a sua adoção. Vejamos. Um dos impedimentos diz respeito à cláusula geral de boa-fé. Tal qual se observa em outros ordenamentos de origem romano-germânica, no Brasil o inadimplemento deliberado contraria a boa-fé objetiva. Isso porque, tal qual exposto, há o dever de cooperar para a boa execução do contrato, como preceitua o art. 422 do Código Civil.

Outro impedimento estaria no disposto no art. 187 do Código Civil. Em tese, o inadimplemento intencional seria caracterizado como abuso de direito e, nesse sentido, seria um ilícito civil. Sob esse prisma, ao voluntariamente não cumprir com o ajustado, o contratante extrapolaria os limites do contratado, conferindo finalidade outra da entabulada e da econômica e socialmente prevista inicialmente.

Mais um impedimento vincular-se-ia às cláusulas penais. Conforme disposto nos arts. 408, 410 e 412 do Código Civil, as cláusulas penais estão limitadas ao valor da obrigação, mas sujeitas a revisão pelo Poder Judiciário, razão pela qual poderiam não indenizar plenamente a parte inocente.

Outro ponto seria o fato de que em nosso sistema, a menos que tenha sido previamente estipulada obrigação alternativa, não se pode vislumbrar a hipótese que tenha a outra parte de aceitá-la (art. 252, CC), o que impediria o devedor de trocar o cumprimento da obrigação por indenização.

Não podemos, ainda, olvidar a possibilidade insculpida nos arts. 313, 475 e 947 do Código Civil, que conferem ao credor o direito de, na hipótese de descumprimento da obrigação por parte do devedor, valer-se da tutela específica da obrigação.

Por fim, a forma de apuração do valor da indenização a ser paga ao credor leva à incerteza da eficiência da operação econômica que levaria à quebra, aditando-se a isso o fato de que os custos para tal apuração seriam altíssimos.

Mas os obstáculos acima deduzidos não são intransponíveis, desde que tenha o contrato sido firmado de forma paritária e que seja um contrato com escopo de lucratividade.

Com efeito. O conceito de inadimplência para a Análise Econômica do Direito é diferente do conceito tradicional, segundo o qual a inadimplência é tida como uma alternativa pela qual pode a parte incorrer em perdas menores do que se cumprisse o contrato. A Análise Econômica do Direito leva em consideração a eficiência e a maximização dos resultados econômicos.

Nos contratos empresariais, em que vislumbramos a hipótese de aplicação da teoria da quebra eficiente – ressaltando que nada impede que esta se aplique na relação entre os particulares, em que há igualdade de poder de barganha – as partes podem discutir amplamente as condições, as escolhas são feitas de forma racional, as partes sempre buscam a eficiência econômica, conhecem o mercado em que atuam e a concorrência, conseguem avaliar (ao menos no momento da contratação) algumas externalidades, assim como conseguem avaliar os custos da transação. As partes têm como avaliar os riscos do contrato e, assim, através da estipulação de cláusulas, criar uma lei que lhes permita que seu ajuste seja orientado de acordo com as regras da Análise Econômica do Direito, respeitando-se, é claro, a legislação.

Desta forma, nada impede que as partes importem do sistema americano (já que a teoria tem como berço os Estados Unidos da América) algumas regras.

Com efeito. Para a Análise Econômica do Direito há de ser conferida proteção legal aos contratos exatamente da forma como as partes os vislumbraram quando de sua celebração, ainda que tivessem assumido riscos não naturais do negócio, devendo, no entanto, ser observados requisitos que levem à sua eficiência.

Primeiramente, devem as partes fazer declarações dispositivas a respeito do negócio através da “Consideration”, quando, então, as partes trariam todos os fatos relativos ao negócio entabulado, ao estado das coisas em que o negócio está se firmando, à causa do negócio, aos custos da transação que está sendo entabulada; enfim, devem delinear o propósito das partes da forma mais clara possível.

Nesse sentido, presentes os conceitos de boa-fé objetiva, de abuso de direito e da função socioeconômica do contrato, ainda que este fosse discutido judicialmente, o seria sob a ótica do que foi transformado em lei entre as partes. Não se pode esperar que o Estado-Juiz conheça a Análise Econômica do Direito, razão pela qual é de todo conveniente que as partes deixem claro que adotaram o modelo econômico de contrato e não o modelo solidarista

(paternalista) de direito contratual, o qual definitivamente não servirá para atingir o propósito do negócio.

Outro ponto importante, talvez o mais importante, está relacionado com o não cumprimento do contrato. O contrato tem por finalidade precípua entabular a conduta das partes procurando fomentar o cumprimento do que fora acordado, devendo o sistema jurídico prover proteção que incentive a cooperação. Não obstante, em face das externalidades, pode ocorrer sensível alteração nas condições econômicas, ou seja, as condições existentes quando da celebração do contrato podem se alterar de forma tão importante que seja mais interessante para o contratante o descumprimento, acrescido de todas as perdas e danos, do que cumprir o contrato com prejuízo.

Nesse sentido, o tradicional conceito de inadimplência não guarda relação com a visão econômica do contrato. Para a Análise Econômica do Direito, a “inadimplência é vista como uma alternativa pela qual posso incorrer em perdas menores do que se fosse cumprir o contrato”⁵⁸², vale dizer, não se têm em consideração questões morais, mas tão somente a eficiência e a maximização dos resultados econômicos.

Assim, para a hipótese de advir externalidade que possa conduzir ao inadimplemento eficiente, podem as partes dispor a respeito, inclusive acordando a respeito de forma e procedimentos de comunicação à outra parte, além de como será feita a composição por perdas e danos. Com isso, criar-se-ia uma obrigação alternativa (art. 252 e seguintes do Código Civil) em favor do devedor: cumprir com a obrigação ou indenizar a parte inocente, superando-se, dessa forma, a questão da execução específica da obrigação.

Por óbvio, e para que haja eficiência com o inadimplemento, poder-se-ia adotar do sistema americano a regra de “liquidated damages” que, como visto em capítulo próprio, é aquela em que as partes, quando da celebração do contrato, estipulam o valor que acreditam melhor representar os ganhos esperados com o adimplemento da obrigação. Ocorrendo inadimplência, se o devedor indenizar a outra parte, a solução será eficiente, pois a outra parte receberá o quanto esperava pelo negócio, e o inadimplente, depois de ponderar racionalmente, não suportará o prejuízo de cumprir o contrato, tendo em mente que a execução seja mais

⁵⁸² RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos. Contratos empresariais e análise econômica**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 153.

onerosa que a indenização. Aliado a isso, não haverá custos de litígio para se determinar o valor da indenização. Por óbvio que o valor estipulado haveria de limitar-se ao da obrigação principal, na forma do estatuído na legislação civil.

Poder-se-ia, ainda, como reflexo da cláusula de boa-fé e eficiência econômica, prever obrigação de mitigação de prejuízo, quando, então, deveria o credor buscar meios de reduzir o valor da indenização. Por outro lado, com verdadeiro espírito de colaboração, haveria o devedor de ajudar o credor a encontrar outro parceiro para seu negócio.

Importante ainda, para a Análise Econômica do Direito, é o que diz respeito ao preenchimento de eventuais lacunas existentes nos contratos. A racionalidade é limitada e, em face dos custos de transação (seja nas tratativas, seja na elaboração dos contratos por advogados), geralmente há lacunas nos contratos. Nesse sentido, as partes devem consignar de forma clara as bases da negociação e o fim almejado, para que haja condições de se verificar a eficiência econômica do ajuste.

Feitas essas considerações, acaso surja litígio em torno do contrato, o custo de agência em razão da assimetria de informação entre os agentes econômicos e o Estado-Juiz será significativamente minorado e os Tribunais terão condições de verificar qual a solução mais eficiente a ser adota no caso concreto.

Não se pode, ainda, descartar a hipótese de se eleger a arbitragem como meio alternativo de solução de eventual conflito instaurado. De todo conveniente destacar que o Brasil, atualmente, está em quarto lugar em número de arbitragens no Tribunal Arbitral da ICC (“International Chamber of Commerce”), na qual os árbitros, em função da “expertise” de que são dotados, acham-se em melhores condições de analisar os contratos sob a ótica da Análise Econômica do Direito e, portanto, de aceitar mais facilmente o modelo econômico de inadimplemento.

Nesse sentido, haver-se-ia de, previamente, apurar junto às Câmaras Arbitrais os custos, e também incluí-los na previsão de compensação pelo inadimplemento, sob pena de ser ele considerado ineficiente.

Forçoso concluir que a Análise Econômica do Direito, no que diz respeito aos contratos, visa a: (i) minimizar os riscos (incerteza) no cumprimento das obrigações ajustadas, (ii) criar incentivos de cooperação entre dos contratantes, (iii) trazer formas de garantia do

cumprimento dos ajustes de maneira mais eficiente, além de sugerir forma eficiente no preenchimento de lacunas contratuais provenientes não só da racionalidade limitada dos agentes, mas também dos custos de transação.

Assim, os impedimentos estruturais e culturais, apontados no presente trabalho, não obstam que se adote uma interpretação econômica do direito contratual, admitindo-se o inadimplemento eficiente do contrato, já que vários dos obstáculos podem ser superados por meio de acordo prévio entre as partes, o que de forma alguma seria contrário a lei ou aos princípios que regem o Direito Contratual.

8. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado. **Extinção dos contratos por incumprimento do dever: resolução**. Rio de Janeiro: Aide, 2003.

ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef. CASCALDI, Luís de Carvalho. **Manual de Direito Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**, 5^a. ed., Saraiva: São Paulo, 1980.

ANDREWS, Neil. **The three paths of justice: Court Proceedings, Arbitration, and Mediation in England**. [s.l.]: Springer, 2011.

ARAÚJO, Fernando. **Teoria econômica do contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito civil: teoria geral**. Coimbra: Ed. Coimbra, 2002. vol. 3, p. 289.

ATYIAH, P.S. **Essays on Contract**. New York: Oxford University Press, 1995..

_____. **An introduction to The Law of Contract**. 5^a. ed. Oxford: Clarendon, 1996.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 12.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Teoria geral dos contratos típicos e atípicos**. 3^a. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio jurídico e declaração negocial. Noções gerais e formação da declaração negocial**. Tese para o concurso de professor titular de direito civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1986, pp. 210-219.

_____. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARBOSA, Alessandra de Abreu Minadakis. A sistematização do direito privado contemporâneo, o novo código civil brasileiro e os contratos agr. In: BARROSO, Lucas Abreu; PASSOS, Cristiane Lisita. **Direito agrário contemporâneo**. Belo Horizonte: del Rey, 2004. p. 149-183.

BETTI, Emilio. **Teoria General de las Obligaciones**. Madri: Revista de Derecho Privado, 1969.

_____. **Teoria geral das obrigações**. Trad. Francisco José Galvão Bruno, Campinas: Bookseller, 2006.

BLACKBURN, J. D.; KLAYMAN, E. I.; MALIN, M. H. **The legal environment of business**. 4 ed. Boston: Irwin, 1991.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos mercantis**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 1987.

CALAMARI, John; PERILLO, Joseph. **The law of contracts**. 3. ed. St. Paul: West Publishing, 1987.

CARDOSO, Luiz Philipe Tavares de Azevedo. **O inadimplemento antecipado do contrato no direito brasileiro**. 2014. 213 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Civil, Faculdade de Direito do Largo São Francisco - Usp, São Paulo, 2014.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código Civil Brasileiro Interpretado**. 12ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982, v. 10.

CASTRO JUNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução à história do direito: Estados Unidos x Brasil**. Florianópolis: IBRADD, CESUSC, 2001.

COESTER-WALTJEN, Dagmar. The New Approach to Breach of Contract in German Law. in **Comparative Remedies for Breach of Contract**. [s.l.]: Nili Cohen & Ewan McKendrick, 2005

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. '**Law & Economics**'. 5a. ed. Harlow: Pearson Addison-Wesley series in economics, 2008, (também em português: COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e economia**. 5a. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.)

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DA SILVA, Jorge C. F. **Boa-fé e violação positiva do contrato**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Tradução por Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **French Law: Its Structure, Sources, and Methodology** (Traduzido por Michael Kindred), 1972.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10ª . ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

DIAS, Lúcia Ancona Lopes de Magalhaes. **Fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro - Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 3.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 2^a. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1964.

ESPÍNOLA, Eduardo. **Questões jurídicas e pareceres**. São Paulo: Companhia Ed. Nacional, [s.d.].

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015. (V. 4).

FARNSWORTH, Alan. **Contracts**. 4. ed. New York: Aspen, 2004.

FIÚZA, Ricardo (Coord). **Novo Código Civil comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. 2^a ed. ver., atual. e amp., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Frey, Martin A.; Frey Phyllis H.. **Essentials of contract law**. New York: West Thomson Learning, 2001.

FULLER, L.P.; EISENBERG, M. **Basic contract law**. 8. ed. St. Paul: Thomson-West, 2001.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao Direito**. Tradução por Antônio M. Hespanha e Manuel M. Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

_____. **Novos temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. **Transformações gerais no direito das obrigações**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **Função Social do Contrato**. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. O princípio da boa-fé objetiva. In GOZZO, Debora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel (Coords.). **Principais controvérsias no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2006.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

JAMIN, Christophe. Plaidoyer pour ‘Law and Economics’ solidarisme contractuel. In: JAMIN, Christophe. et. al. (org.) **‘Law and Economics’ contract au début XXIe siècle**. Paris: LGDJ, 2001.

JUNIOR, Irineu G. Economia dos Contratos. In: RIBEIRO, Marcia C. P.; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KEETON, W. Page et al. **Prosser and Keeton on torts**. 5. ed. St. Paul: West Publishing, 1984.

KROETZ, Maria Candida do Amaral. **Enriquecimento sem causa no direito civil brasileiro contemporâneo e recomposição patrimonial**. 2005. 207 f. Tese (Doutorado) – Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

LARENZ, Karl. **Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos**. Trad. de Carlos R. Fernández Rodríguez. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

_____. **Derecho de obligaciones**. Madrid: Editora Revista de Derecho Privado, 1958. T. I.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 1. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. (ou LOPES, Christian Sahb Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. 2011. 263 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.)

LOPEZ, Teresa Ancona. **Comentários ao Código Civil**. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de (Coord.). São Paulo: Saraiva, 2003. vol. 7.

LORD, Richard A.. **Williston on Contracts**. 4. ed. Campbell University School of Law, 2006.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do direito privado**. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus** / Mario G. Losano ; tradução Marcela Varejão ; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LOTUFO, Renan Lotufo. **Direito Civil Constitucional**. Caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Cap. 8. p. 224-294.

MARKESINIS, Basil S, UNBERATH, Hannes, JOHNSTON, Angus. **The German Law of Contract: A Comparative Treatise** 2nd. ed. Oxford: Hart Publishing, 2006.

MARTINS, Fran. **Contratos e Obrigações Comerciais**. Rio de Janeiro: Forense, 16. Ed., 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

_____. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Comentários ao novo Código Civil**. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. V, t. II

_____. **A boa-fé no direito privado: sistema e tópico no processo obrigacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MATHIAS, Maria Ligia Coelho; DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. **Direito Civil – Contratos**. São Paulo: Elsevier, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no direito civil**, Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Tratado de direito civil português**. Coimbra: Almedina, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MERCURO, Nicholas e MEDEMA, Steven G. **Economics and the law: From Posner to post-modernism**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

MERRYMAN, John Henry. **The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America**. 2. ed. Standford: Stanford University Press, 1985.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direito das obrigações**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 4.

MORAES, Renato José. Alteração das circunstâncias negociais. Gilberto Haddad & Pereira Júnior, Antonio Jorge (coord.) – **Direito dos Contratos**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 148

MURPHY, E. J.; SPEIDEL, R. E.; AYRES, I. **Studies in Contract Law**. 5 ed. Foudation Press, 2003.

NANNI, Giovanni Ettore. Contratos coligados. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Org.). **Teoria geral dos contratos**. São Paulo: Atlas, 2011. Cap. 8. p. 224-294.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. **Teoria dos contratos: novos paradigmas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: Contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 3.

_____. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. v. 2.

_____. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, tomo 1.

_____. **Instituições de direito civil: teoria geral do direito privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. v. 1, tomo 2.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

PENTEADO, Luciano Camargo. **Efeitos contratuais perante terceiros**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol 3, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Direito e Economia no mundo globalizado: cooperação ou confronto?**. In: TIMM, Luciano (Org.). **Direito e Economia**. São Paulo: Thomson/IOB, 2005.

POLINSKY, A Mitchell. **An introduction to Law and Economics**. Nova York: Aspen, 2003.

POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. 6a. ed., Nova York, Aspen, 2003.

_____. **Law and legal theory in England and America**. Oxford: Clarendon Press, 1996.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. **Tratado de derecho civil según el tratado de Plainol: las obligaciones**. Buenos Aires: La Ley, 1964, T. IV, 1. parte.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. **Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **O contrato**. Tradução Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da teoria econômica do direito**. 2008. 114 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Filosofia e Teoria Geral do Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social e Discursos Sobre a Economia Política**. Tradução: Márcio Pugliesi e Norberto de Paula. São Paulo: Hemus, 1981.

SANTOS, José Carlos van Cleef Almeida; CASCALDI, Luis de Carvalho. **Manual de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHREIBER, Anderson. A proibição do comportamento contraditório. Tutela de confiança e *venire contra factum proprium*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 214.

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

TEPEDINO, Gustavo et al. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. vol. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e sua função social**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TIMM, Luciano Benetti. **Da prestação de serviços: do Código Civil ao Código de Defesa do Consumidor**. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Direito contratual Brasileiro – críticas e alternativas ao solidarismo jurídico**. 2^a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

RAMOS, André de Carvalho; GRAMSTRUP, Erik Frederico. **Comentários à Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RODRIGUES, Vasco. **Análise econômica do direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

SZTAJN, Rachel. Law & Economics. in Stajn, Rachel; Zylberstajn, Décio (Org.). **Direito e economia: análise econômica do direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

TREITEL, G.H. **The law of contract**. 6. ed.. London: Stevens & Sons, 1983.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: Fabris, 2007.

WATSON, A. **Society and change**. Edimburgh: Scottish Academic Press, 1977.

ZANETTI, Cristiano de Souza. **Responsabilidade pela ruptura das negociações**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

ZIMMERMANN, Reinhard. *The new German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*. [s.l.]: Oxford University Press, 2005.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An introduction to comparative law**. (Traduzido por Tony Weir). 2 ed. Oxford: Claredon Press, 1987.

Revistas meio eletrônico:

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos**. http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5890. Acesso em: abril/2015.

_____. **Princípios gerais de direito contratual aplicáveis à dívida externa dos países em desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67357/69967>, Acesso em: abril/2016.

BURTON, Steven J.. **Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith**. *Harvard Law Review*, [s.l.], v. 94, n. 2, p.369-404, dez. 1980. JSTOR. <http://dx.doi.org/10.2307/1340584>.

CARVALHO, Cristiano; TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. **A superação de regras jurídicas na atividade jurisdicional: um modelo maximizador**. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/4h7508fp>>. Acesso em: 04 jan. 2015.

COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação de seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. Disponível em: <<http://eprints.cdlib.org/uc/item/47q8s2nd>> Acesso em: junho/2015.

COOTER, Robert D; SCHAEFER, B. **O problema da desconfiança recíproca**. *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies*, v. 1, 2006, p. 8. Disponível em: <<http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/>>. Acesso em nov/2015.

DWORKIN, Ronald. **Law's Empire**. Disponível em: <http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/empire.pdf> . Acessado em: set/2015.

FERREIRA, Pedro Rocha; PEIXOTO, Leonardo Polastri Lima; POSSAS FILHO, Wagner de Carvalho. **Tradições jurídicas contemporâneas: comparativo entre a tradição jurídica europeia continental e o common law**. *Revista Mineira de Direito Internacional e negócios Internacionais*.. Disponível em: <<https://www.amidi.com.br/revista/index.php/rmdni/article/view/27/0>>. Acesso em: 14 dez. 2015.

FUIZA, Cesar; PARDINI NETO, Frederico, ALBUQUERQUE Bianca Oliveira de. **O princípio do enriquecimento sem causa e seu regramento dogmático.** Disponível em: http://www.arcos.org.br/artigos/o-principio-do-enriquecimento-sem-causa-e-seu-regramento-dogmatico/#_ftn17> Acessado em: junho/2016.

FRIEDMANN, Daniel. **The Efficient Breach Fallacy.** The Journal Of Legal Studies, [s.l.], v. 18, n. 1, p.1-24, jan. 1989. University of Chicago Press. <http://dx.doi.org/10.1086/468138>.

FULLER, L. L.; PERDUE JÚNIOR, William R. **The reliance interest in contract damage.** Yale Law Journal, v. 46, 1936, p. 52. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fuller.html>. Acesso em: nov/2015.

EISENBERG, Melvin A.. **Remedial theory in contract law: compensation; the theory of efficient breach; cover; actual and virtual specific performance; and disgorgement.** Disponível em: <http://escholarship.org/uc/item/0gq0n2gz>. Acesso em: nov/2015.

EISENBERG, Melvin Eiron. **The principle of Harley v. Bexendale.** Disponível em: http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1779&context=californialawreview&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3Dhadley%2Bv%2Bbaxendale%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gfe_rd%3Dcr%26ei%3DT6zJV7SEGuqp8weU4K6oBA#search=%22hadley%20v%20baxendale%22. Acesso em: junho/2016.

GALIO, M. H. **História e formação dos sistemas civil law e common law: a influência do direito romano e a aproximação dos sistemas.** 2014. (Apresentação de Trabalho/Congresso). Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=c79d3508e2dc8fe8>. Acesso em: nov/2015.

HALE, Matthew. **The history of the Common Law of England.** 1713, Disponível em: <http://www.proselex.net/Documents/The%20History%20of%20the%20Common%20Law%20of%20England.pdf>.> Acesso em: jan/2016.

HOLMES JUNIOR, Oliver Wendell. **The Common Law.** Disponível em: <http://www.general-intelligence.com/library/commonlaw.pdf> . Acesso em: set/2015.

_____. **The path of the law.** Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/844757>. Acessado em: nov/2015.

KRONMAN, Anthony T. **Specific Performance.** Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=11624&context=journal_articles&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3DKRONMAN%2C%2BAnthony%2BT.%2BSpecific%2BPerformance%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gfe_rd%3Dcr%26ei%3D0qfeV4XgI8LV8wf86Y-

4Cg#search=%22KRONMAN%2C%20Anthony%20T.%20Specific%20Performance%22.
Acesso em: jan/2016.

MARQUES, Luiz Guilherme. **Alguns Comentários Sobre Common Law e Civil Law. Associação dos Magistrados Brasileiros.** Disponível em: http://www.amb.com.br/index.php.asp?secao=artigo_detalhe&art_id=184 Acesso em: nov/2015.

Martins-Costa, Judith. **Zeca Pagodinho, a razão cínica e o novo Código Civil Brasileiro.** Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI4218,101048-Zeca+Pagodinho+a+razao+cinica+e+o+novo+Codigo+Civil+Brasileiro>. Acessado em: junho/2015.

McCAMUS, John D. **Disgorgement for Breach of Contract: A Comparative Perspective.** Loyola of Los Angeles Law Review. v. 36, 2003. Disponível em: <http://digitalcommons.lmu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2362&context=llr&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3DJohn%2BD.%2BMcCamus%2C%2BDisgorgement%2Bfor%2BBreach%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gfe_rd%3Dcr%26ei%3DEZjJV97DEuSp8weG-Iwg#search=%22John%20D.%20McCamus%2C%20Disgorgement%20Breach%22>. Acesso em: julho/2015.

MENDES, Marcos José; CARVALHO, Daniel Melo Nunes de. **O pleito do Estado de Santa Catarina junto ao STF para revisão de sua dívida com a União.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Abril/2016 (Boletim Legislativo nº 47, de 2016). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acessado em: junho/2016.

NORDMEIER, Carl Friedrich. **O novo direito das obrigações no código civil alemão - a reforma de 2002.** Disponível em: <http://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/viewFile/43502/27380>. Acessado em: jan/2016.

POSNER, Eric; GERSEN, Jacob E. **Soft law.** Disponível em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1113537>. Acesso em: fev./2015.

POSNER, Richard A. The ethical and political basis of efficiency norm in common law adjudication. **Hofstra Law Review.** Hempstead, v. 8, p. 487-507, 1979-1980. Disponível em: http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2847&context=journal_articles&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3DThe%2Bethical%2Band%2Bpolitical%2Bbasis%2Bof%2Befficiency%2Bnorm%2Bin%2Bcommon%2Blaw%2Badjudication.%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gws_rd%3Dcr%26ei%3D9A6jWLXUH8OJwgTG5rugCg#search=%22ethical%20political%20basis%20efficiency%20norm%20common%20law%20adjudication.%22. Acesso em: fev/2016.

REZENDE, Christiane Leles; ZYLBERTAJN, Décio. **Pacta sunt servanda? O caso dos contratos da soja verde**. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/5jg1v63w#page-1>>. Acesso em: ago/2015.

SEN, Amartya . Markets and freedom: Achievements and limitations of the market mechanism in promoting individual freedoms. **Oxford Economic Papers**, [S.l.: s.n.] v. 45 , pp. 519–541. Disponível em: JSTOR 2663703. Acesso em: jul/2015.

SIDHU, Dawinder S.. **The Immorality and Inefficiency of an Efficient Breach**. Transactions: The Tennessee Journal Of Business Law, [s.l.], v. 8, p.61-102, 2006. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=936223>>. Acesso em: 07 jun. 2015.

SIEMS, Mathias. **Disgorgement of Profits for Breach of Contract: A Comparative Analysis**, Edinburgh Law Review. v. 7, pp. 27-59, 2003. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=853864>. Acesso em: nov/2015.

SMITS, Maarten H.J. **Efficient Breach and The Enforcement of Specific Performance**. Universiteit van Amsterdam. June, 2014. Disponível em: <http://dare.uva.nl/cgi/arno/show.cgi?fid=530114>. Acessado em: nov/2015.

TIMM, Luciano Benetti; COOTER, Robert D; SCHAEFER, B. **O problema da desconfiança recíproca**. The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies, v. 1, 2006, p. 8. Disponível em: <<http://services.bepress.com/lacjls/vol1/iss1/>>. Acesso em nov.2015.

WILLIAMSON, Oliver. **Why law, economics, and organization?** Annu. Rev. Law Soc. Sci. 2005. 1:369–96. Disponível em: <http://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.lawsocsci.1.031805.111122>. Acesso em: jan/2016

World Bank, **Doing Business in 2004: Understanding Regulation xiv - 2004**. (Disponível em: <http://www.doingbusiness.org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Annual-Reports/English/DB04-FullReport.pdf>. Acesso em: jan/2016.

ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. **Good Faith in European Contract Law**. Disponível em: < <http://catdir.loc.gov/catdir/samples/cam032/99037679.pdf> >. Acesso em: nov/2015.

Revistas Físicas:

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo,

n. 47, p.07-26, nov./dez. 1998. Também disponível em: **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 46, out-dez 1998.

ANDRADE, Luís Tomás Alves de. O inadimplemento antecipado do contrato no direito brasileiro. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 14, n. 56, p. 145-172, out-dez/2011.

ANDRADE, Raque Barbosa. Da teoria dos jogos e o equilíbrio de Nash em face ao sistema jurídico brasileiro. **Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará**, Fortaleza, v. 8, n. 15, p.295-304, jan./jun. 2004.

ASCARELLI, Túlio. O desenvolvimento histórico do direito comercial e o significado da unificação do direito privado. **Revista de Direito Mercantil: industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 37, n. 114, p. 237-252, abr.-jun. 1999.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. **Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 832, p.115-137, jun. 2011.

_____. 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. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 87, n. 750, p. 113-120, abr. 1998.

BIRMINGHAM, Robert. Breach of contract, damage measures, and economic efficiency. **Rutgers Law Review**, v. 24, p. 273-292, 1970. (também Disponível em: http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2703&context=facpub&sei-redir=1&referer=http%3A%2F%2Fwww.google.com.br%2Fsearch%3Fclient%3Dsafari%26rls%3Den%26q%3DBIRMINGHAM%2C%2BRobert.%2BBreach%2Bof%2Bcontract%2C%26ie%3DUTF-8%26oe%3DUTF-8%26gws_rd%3Dcr%26ei%3DGLSpWNOoJ8v9wATmsYvoBA#search=%22BIRMINGHAM%2C%20Robert.%20Breach%20contract%2C%22. Acessado em: dez/2015).

CAGGIANO, Ilaria Amelia. Disgorgement, compensation and restitution: a comparative approach. **Global Jurist**. V. 16, n. 2, pp. 243–266.

CAMELO, Bradson e PIRES, Marina L., Estudo Comparativo e Análise Econômica do Direito Contratual Estadunidense e Brasileiro, **EALR**, v. 2, nº 2, pp. 321-340, 2011.

COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economic**, v. 3, 1960. p. 1-44. (Também disponível em meio eletrônico: http://www.jstor.org/stable/724810?origin=JSTOR-pdf&seq=1#page_scan_tab_contents).

COESTER-WALTJEN, Dagmar. **The New Approach to Breach of Contract in German Law. in Comparative Remedies for Breach of Contract.** [s.l.]: Nili Cohen & Ewan McKendrick, 2005.

CRUZ E TUCCI, Cibele Pinheiro Marçal. Teoria Geral da Boa-fé Objetiva. **Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo**, nº 68, Dezembro/2002.

EISENBERG, Melvin A.. Actual and Virtual Specific Performance, the Theory of Efficient Breach, and the Indifference Principle in Contract Law. **California Law Review**, Vol. 93, No.45, 2005, pp. 975-1050. (Também disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol93/iss4/1>. Acesso em: nov./2015).

FORGIONI, Paula. A análise econômica do direito: paranoia ou mistificação? **Revista do Tribunal Regional da 3ª Região**. São Paulo, n. 77, maio/junho 2006.

FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o Credor ser Instado a Diminuir o Próprio Prejuízo? **Revista Trimestral de Direito Civil**. Rio de Janeiro, padma, v. 19, p. 109-122, jul/set. 2004.

FRAZÃO, Ana de Oliveira. Breve panorama da jurisprudência brasileira a respeito da boa-fé objetiva no seu desdobramento da supressio. **Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 3, p.587-614, jun. 2011.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E.. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. **Columbia Law Review**, v. 77, p. 554, 1977

GONÇALVES, Vítor Fernandes. A análise econômica da responsabilidade civil extracontratual. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 357.

GORIN, S.; PITTS, D. A educação em direito nos Estados Unidos. **Questões de Democracia**, v. 7, n. 2, ago/2002.

JÚNIOR, Humberto Theodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre. Breves considerações sobre a politização do judiciário e sobre o panorama de aplicação no direito brasileiro – Análise de convergência entre o civil law e o common law e dos problemas da padronização decisória. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 35, n. 189, 2010.

LANDO, Henrik; ROSE, Caspar. On the Enforcement of Specific Performance in Civil Law Countries. **International Review of Law and Economics**, v. 24, pp. 473-487, 2004. (também disponível em: <http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32977-41266-1-PB.pdf>, Acesso em: nov/2015.

LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement, **Columbia Law Review**, v. 81, n. 1, jan. 1981.

MACHADO, Rafael Bicca; TIMM, Luciano Benetti. Direito, mercado e função social. **Revista da Ajuris**, v. 103. p. 197-210, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de Civil Law e de Common Law e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito - UFPR**, Curitiba, n.47, p.29-64, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. A Transformação do *Civil Law* e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, v. 57, n. 380, p. 45-50, junho 2009.

CRETELLA NETO, José. Da cláusula penal nos contratos empresariais - visão dos tribunais brasileiros e necessidade de mudança de paradigma. **Revista de Processo**, São Paulo, vol. 245, p. 379 – 404, julho 2015.

PIMENTA, Eduardo Goulart; BOGLIONE, Stefano. O princípio da preservação da empresa em crise econômico-financeira em Direito & Economia. **Revista Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)**, v. 11, p. 109, 2008.

PARISI, Francesco. Positive, Normative and functional Schools in Law and Economics. **European Journal of Law and Economics**, v. 18, n. 3, p. 259–272, dez/2004.

POSNER, Richard A. Law and Economics in Common-Law, Civil-Law, and Developing Nations. **Ratio Juris**, v. 17, n.1, p. 66-79, 2004.

REMYNGTON, Clark. Intentional Interference with Contract and the Doctrine of Efficient Breach: Fine Tuning the Notion of the Contract Breacher as Wrongdoer, **Buff. L. Rev.**, v. 47, 1999.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. A doutrina do terceiro cúmplice: autonomia da vontade, o princípio *res inter alios acta*, função social do contrato e a interferência alheia na execução dos negócios jurídicos. **Revista dos Tribunais**, v. 93, n. 821, março/2004.

SCALISE JUNIOR, Ronald J. Why no “efficient breach” in the Civil Law?: a comparative assessment of the doctrine of efficient breach contract. **The American Journal of Comparative Law**, [s.l.], v. 55, n. 4, pp. 721-766, 2007.

SHAVELL, Steven. Damage Measures for Breach of Contract. **The Bell Journal of Law Economics**, v. 11, n. 2, pp. 466-490,

SCHMIDT, Jan Peter. Responsabilidade civil no direito alemão e método funcional no direito comparado. **Revista Trimestral de Direito Civil**, v. 40, out/dez 2009, p. 139-150.

SILVA, Virgílio Afonso da. Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, s.l., n. 1, p. 607-630, 2003.

SMITH, Lionel D. Disgorgement of the Profits of Breach of Contract: Property, Contract and “Efficient Breach, **Can Bus. L. J.**, v. 24, pp. 121-133, 1994-1995.

SZTAJN, Rachel; VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. A incompletude do contrato de sociedade. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 131, 2003.

SZTAJN, Raquel. Propriedade e contrato: função social. **Revista de Direito Empresarial**, v. 9, pp. 453-459, Mai - Jun/2015.

TIMM, Luciano Benetti. As origens do contrato no novo Código Civil: uma introdução à função social, ao welfarismo e ao solidarismo contratual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 27, 2006.

_____. Common law e contract law uma introdução ao direito contratual norte-americano. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 871, p. 11 – 35, maio/2008.

_____. Direito, economia e função social do contrato: em busca dos verdadeiros interesses coletivos protegíveis no mercado de crédito. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 33, p. 15-31, 2006.

_____. Descodificação, constitucionalização e descentralização no direito privado: o Código Civil ainda é útil? **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 27, 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil Law e Common Law. **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Notadez, v. 57, n. 384, p. 53-62, out. 2009.

Legislação:

ALEMANHA. Código Civil. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html#gl_p3779.

ALEMANHA. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/

BRASIL. Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-direito-comercial/jornada-de-direito-comercial>>. Acesso em: dez/2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados> , acessado em abril de 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça: <http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/jornadas-de-direito-civil-enunciados-aprovados>. Acesso em: julho/2015.

BRASIL. Decreto n. 8.237/14: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm. Acesso em: nov/2015.

BRASIL. Decreto n. 8.327, de 16 de outubro de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8327.htm.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS: [http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_\(second\)_of_contracts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_contracts.htm) Acesso em: maio/2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA – RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS: Disponível em: [http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_\(second\)_of_torts.htm](http://www.lexinter.net/LOTWVers4/restatement_(second)_of_torts.htm). Acesso em: maio/2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - UCC: <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-304> e <https://www.law.cornell.edu/ucc/1/1-201>. Acesso em: nov/2015.

FRANÇA. Código Civil. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

FRANÇA. Código de Processo Civil. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070716>.

UNIDROIT. Principals of International Commercial Contracts. Disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf>. Acesso em: dez/2015.

Julgados:

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp 936.741/GO, Rel. Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 03/11/2011, DJe 08/03/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 468.062-CE, Rel. Ministro Humberto Martins, J. 11/11/2008, DJ de 01.12.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 262.823, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 29/04/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 718.523, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, julgado em 22/06/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 936741/GO, Quarta Turma. Recorrente: Cargill Agrícola S/A.. Recorrido: Darci Luiz da Silva. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA. Brasília, DF, 03 de novembro de 2011. DJe, 08 mar. 2012. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=936741&&b;=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: jan. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 758.518/PR, Terceira Turma, Rel. Des. Conv. Vasco Della Giustina, julgado em 17.06.2010, *DJe* 01.07.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 953389, rel. Min. Nancy Andrichi, DJe 15.03.2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.190.180/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 16.11.2010

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 803481/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28-6-2007, DJ 1-8-2007 p. 462.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 783404/GO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 28-6-2007, DJ 13-8-2007 p. 364.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.581.505 - SC (2015/0288713-7), Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, QUARTA TURMA, julgado em 18-08-2016, DJ 28-09-2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Civil n. 591028295, TJRS, 5.^a Câ. Civ., rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, RJTJRS 154/378.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Frenchtown Square Partnership v. Lemstone, Inc.*, 99 Ohio St.3d 254, 2003-Ohio-3648. Disponível em: <http://www.supremecourt.ohio.gov/rod/docs/pdf/0/2003/2003-Ohio-3648.pdf>. Acesso em: dez/2015.

GOIÁS. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 91.921-2/188, 3^a Câmara Cível, TJ-GO.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. ApCiv 7787/2000 - 14.^a Câmara Cível - j. 29/8/2000 - julgado por Walter Felipe D'Agostino.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. ApCiv 591028295, 5.^a Câ. Civ., rel. Des. Ruy Rosado de Aguiar, RJTJRS 154/378.)

RW Power Partners versus Virginia Elec. & Power Co. 899 F. Supp. 1490 (E. D. Va. 1995). Disponível em: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/899/1490/1670092/>. Acesso em: nov/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap. nº 0003327-18.2011.8.26.0664, Rel. Des. Ana de Lourdes Coutinho Silva da Fonseca, julgado 21/10/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Ap. nº 0190253-19.2012.8.26.0100, Rel. Des. Tasso Duarte de Melo, julgado 11/09/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. ApCiv nº 1028844-46.2014.8.26.0100, Rel. Des. Edgard Rosa, julgado 2/10/2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. ApCiv nº 990092622447, TJSP, rel. Adilson Araújo, j. 24.08.2010.

SÃO PAULO. Segundo Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, Ap. c/ Rev. 649.662-00/3, 11.^a Câ., Rel. Juiz Mendes Gomes, j. 12.05.2003. Anotação: No mesmo sentido: Ap. c/ Rev. 659.651-00/2, 1.^a Câ., Rel. Juiz Magno Araújo, j. 14.11.2000, Ap. c/ Rev. 656.277-00/2, 11.^a Câ., Rel. Juiz Melo Bueno, j. 12.05.2003

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. AgIns 346.328-4 e 346.344-4, j. 31.03.2004, rel. Des. Roberto Mortari.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação nº 9072385-17.2005.8.26.0000, Comarca: São Paulo Apelantes/apeladas: Fischer América Comunicação Total Ltda. e All-E Esportes e Entretenimento Ltda. Apelados/apelantes: Nizam Mansur de Carvalho Guanaes Gomes e África São Paulo Publicidade Ltda., Rel. Desembargador Adilson de Andrade, j. 10/05/2011.

United States District Court, S. D. New York. November 12, 1975. Disponível em: http://www.leagle.com/decision/19751028403FSupp625_1932/COPYLEASE%20CORP.%20OF%20AMERICA%20v.%20MEMOREX%20CORPORATION. Acesso em: dez/2015.

Dicionários:

BLACKS Law Dictionary. 17. ed. St. Paul, Minn: West Group, 1999. Bryan A. Garner: editor in chief.

CAMBRIDGE Dictionaries Online: English-Portuguese. English-Portuguese. Disponível em: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/>. Acesso em: 13 jun. 2016.

CAMBRIDGE Dictionaries Online: German-English. German-English. Disponível em: <<http://dictionary.cambridge.org/pt/spellcheck/alemao-ingles/>>. Acesso em: 12 maio 2016.

DELLA SUMMERS (England) (Ed.). **Dictionary of Contemporary English**. 4. ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2003.

DICTIONARY of Contemporary English. 4. ed. Harlow: Pearson Education Limited, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 4 v.

KIPFER, Barbara Ann. **Flip Dictionary**. United States Of America: Writer's Digest Books, 2000.

LAIRD, Charlton Grant; DICTIONARIES, Webster's New World. **Roget's A-Z thesaurus**. Cleveland, Ohio: Wiley Publishing, Inc., 1999. Michael Agnes: editor in chief.

LEPETIT Robert: Dictionnaire de La Langue Française. France: Le Robert, 2004.

LUIZ, Antônio Filardi. **Dicionário de expressões latinas**. São Paulo: Atlas, 2000.

LUZ, Valdemar P. da. **Dicionário jurídico**. São Paulo: Manole, 2014.

MERRIAN-WEBSTERS Dictionary of Law. Springfield Massachusetts: I. Merriam-webster, Inc., 1996.

ORAN, Daniel. **Oran's dictionary of law**. 4. ed. [s.l.]: Thomson, 2008. Mark Tosti: contributing author.

OXFORD UNIVERSITY PRESS (Org.). **The Oxford Essential Dictionary of Legal Words**. New York: Berkley Books, 2004.

THE Merriam-Webster Dictionary of Synonyms and Antonyms. Springfield Massachusetts: Merriam-webster, Inc., 1992.