XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

RAFAEL PETEFFI DA SILVA

FABRÍCIO VEIGA COSTA

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito civil contemporâneo I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Fabrício Veiga Costa; Eloy Pereira Lemos Junior; Rafael Peteffi da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-513-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Civil. 3. Contemporaniedade. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO I

Apresentação

O Grupo de Trabalho intitulado "Direito Civil Contemporâneo I", realizado no XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, na cidade de São Luís do Maranhão, entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017, foi coordenado pelos professores doutores Eloy Pereira Lemos Junior (Universidade de Itaúna); Rafael Peteffi da Silva (Universidade Federal de Santa Catarina); Fabrício Veiga Costa (Universidade de Itaúna).

No respectivo grupo de trabalho os pesquisadores Eloy Pereira Lemos Junior e Thiago da Cruz Santos inicialmente trouxeram a discussão da (in) aplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos aleatórios. Tais reflexões científicas foram ampliadas por meio do debate da teoria do inadimplemento eficiente e os negócios jurídicos, cuja delimitação do objeto de pesquisa se deu na análise do "efficiente breach" no plano da eficácia, proposições essas trazidas por César Augusto de Castro Fiuza e Victor Duarte Almeida. Na mesma perspectiva de abordagem, José Gabriel Boschi trouxe o debate sobre a teoria dos contratos incompletos no contexto da análise econômica do direito.

O estudo do contrato de adesão na perspectiva crítico-comparativa do Código Civil e Código de Defesa do Consumidor foi desenvolvido por Jonas Guedes de Lima e Luiz do Nascimento Guedes Neto. A locação de área comum em condomínios edilícios foi importante debate proposto na pesquisa de Cinthia Meneses Maia, seguida da apresentação realizada por Maria Zilda Vasconcelos Fernandes Viana e Alana Nunes de Mesquita Vasconcelos, que resgataram o instituto da Locatio Conductio e o analisou no contexto do direito civil contemporâneo brasileiro.

O descumprimento do contrato de prestação de serviços educacionais e a problemática do dano moral nas instituições privadas de ensino superior no Brasil foi importante tema amplamente debatido pelos pesquisadores Fabrício Veiga Costa e Érica Patrícia Moreira de Freitas.

Reflexões sobre o direito fundamental ao esquecimento foram propostas no trabalho apresentado por Ricardo Duarte Guimarães, destacando-se na sequencia das apresentações o estudo da intervenção da posse à luz da função social, estudo esse desenvolvido por Ronald Pinto de Carvalho.

A responsabilidade civil no contexto do dano existencial foi objeto de investigação de Élida De Cássia Mamede Da Costa e Francisco Geraldo Matos Santos. No mesmo contexto propositivo, Laira Carone Rachid Domith e Brener Duque Belozi debateram o abandono moral dos filhos pelos pais decorrente da hiperexploração laboral, delimitando-se o objeto de análise no dano existencial imposto ao empregado ao dano reflexo a sua prole. Os critérios para a fixação do quantum compensatório nos danos extrapatrimoniais foi claramente trabalhado por Estela Cardoso Freire e Lucas Campos de Andrade Silva.

Reflexões acerca da possibilidade jurídica da usucapião de bens públicos dominicais, contextualizando-se com a afetação e a desafetação dos bens públicos, foi importante estudo apresentado por Aloísio Alencar Bolwerk e Graziele Cristina Lopes Ribeiro.

Por meio de uma pesquisa realizada mediante a utilização de análises comparativas, Vilmar Rego Oliveira analisou os aspectos teóricos relevantes da desconsideração da personalidade jurídica no direito luso-brasileiro.

A análise sobre a positivação dos princípios da concentração da matrícula imobiliária e a fé pública registral foi objeto de abordagem trazida nas aporias propositivas de Marfisa Oliveira Cacau. No mesmo contexto temático, o professor doutor Marcelo Sampaio Siqueira e a pesquisadora Monica de Sá Pinto Nogueira trouxeram à baila o estudo a multipropriedade imobiliária no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Ao final, debateu-se o conflito existente entre o direito à origem genética e o direito à intimidade na reprodução medicamente assistida heteróloga, pesquisa essa desenvolvida por Pollyanna Thays Zanetti.

Os debates construídos ao longo das apresentações foram essenciais para a identificação de aporias e o despertar da curiosidade epistemológica, evidenciando-se claramente a falibilidade do conhecimento cientifico.

Prof. Dr. Rafael Peteffi da Silva - UFSC

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior - UIT

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa - UIT

TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE E OS NEGÓCIOS JURÍDICOS: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO IMPACTO DO EFFICIENT BREACH NO PLANO DA EFICÁCIA

THE EFFICIENT BREACH THEORY AND THE BRAZILLIAN LAW: CONSIDERATIONS ON THE IMPACT OF THE EFFICIENT BREACH IN THE EFFECTIVINES OF CONTRACTS

César Augusto de Castro Fiuza
Victor Duarte Almeida [1]

Resumo

O presente trabalho busca apontar as implicações e repercussões da aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente no plano da eficácia dos negócios jurídicos no direito brasileiro. Para tanto, a partir de pesquisa bibliográfica na literatura nacional e internacional, traça panorama do plano da eficácia dos negócios jurídicos e da teoria do inadimplemento eficiente, bem como realiza análise de decisões judiciais que colaboram para a compreensão dos apontamentos.

Palavras-chave: Negócios jurídicos, Eficácia, Contratos, Inadimplemento eficiente, Jurisprudência

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyses the implications of the application of the Efficient Breach Theory in the field of effectiveness on the Brazilian Theory of Juridical Transactions and Contracts. To do so, based on the bibliographic research in the national and international literature, outlines both theories, and conduct as well as an analysis of some Brazilian Court decisions wich may be able collaborate for an understanding of the pointed out scenario.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Juridical transaction, Effectiveness, Contracts, Efficient breach, Brazilian law

[1] Mestrando em Direito Privado pela PUC-MG. Bolsista CAPES. Advogado no escritório Rolim, Viotti & Leite Campos.

1. INTRODUÇÃO

As teorias sedimentadas do negócio jurídico, embora apresentem diversas concepções, são praticamente uníssonas em considerar os pressupostos de existência, validade e eficácia como essenciais à subsistência deste instituto jurídico.

Os planos da existência, validade e eficácia, a partir da teoria trazida por Pontes de Miranda, dão nova dimensão à compreensão e eficiência dos negócios jurídicos para a doutrina brasileira, que passa a conceber o negócio jurídico a partir do eixo central de tais planos.

O plano da eficácia, como cediço, basicamente verifica a capacidade ou não de um negócio jurídico produzir efeitos, desde que considerados e analisados alguns fatores determinantes para que um contrato, por exemplo, possa produzir os efeitos estabelecidos em seu conteúdo. Um fator externo, portanto, pode ser decisivo para que um contrato seja eficaz ou não para o ordenamento jurídico.

Paralelamente, a doutrina e o estudo dos contratos (espécie principal de negócio jurídico), passaram a refletir sobre as novas mudanças na sociedade e a evolução dos institutos e instrumentos jurídicos que ditaram a concepção da Teoria do Contrato na contemporaneidade.

Nesse contexto, surge a Teoria do Inadimplemento Eficiente (*Efficient Breach Theory*), que consiste na ideia geral de que as partes devem ser livres para descumprirem o contrato quando os custos com o cumprimento forem superiores às consequências do inadimplemento, uma vez que que arquem com os danos gerados.

Isto posto, o presente trabalho busca apontar, a partir da aplicabilidade da Teoria do Inadimplemento Eficiente, suas implicações e repercussões no plano da eficácia dos negócios jurídicos no direito brasileiro.

Tal estudo se justifica vez que carece de maior análise a convivência da Teoria do Inadimplemento Eficiente – e mesmo da Teoria do Contrato contemporânea – com os preceitos da Teoria do Negócio Jurídico, quanto ao plano da eficácia. O exame de tais questões, por meio de estudos de casos, pode contribuir para a melhor compreensão do atual cenário e estimular reflexão acerca da própria legislação brasileira que trata da eficácia dos negócios jurídicos.

É certo que o presente artigo não propõe esgotar a análise sobre o tema. No lugar disso, sugere alguns pontos que convidam à continuidade da pesquisa e da análise que poderão levar a novos caminhos.

2. NEGÓCIO JURÍDICO: O PLANO DA EFICÁCIA

2.1 Negócio jurídico: conceitos

Muito se tem estudado sobre o negócio jurídico no Direito. Conforme aduz Antônio Junqueira de Azevedo, suas limitações, sua existência, validade e eficácia perpassam pela ideia que dele se faça (AZEVEDO, 2008, p.1).

Na órbita do conceito de negócio jurídico, encontra-se a questão do conflito entre a vontade interna e a vontade declarada do agente, tema sobre o qual a posição que cada autor adota interfere diretamente na definição por ele proposta.

Parte da doutrina brasileira adota a definição voluntarista, e praticamente concebe o negócio jurídico como ato jurídico surgido da vontade individual com o intuito de produzir efeitos jurídicos. Outra definição de negócio jurídico se dá pela sua função, a chamada definição objetiva.

Partindo da submissão da teoria da vontade à teoria da declaração, essa concepção objetiva concebe o negócio jurídico, para além de um ato de vontade a produzir efeitos, como um meio concedido pelo ordenamento para a produção de efeitos jurídicos, um comando concreto ao qual o ordenamento jurídico reconhece eficácia vinculante.

Em termos gerais, para os subjetivistas, surgidos da concepção de Savigny, deve prevalecer, em todos os casos, a vontade interior do declarante; já os objetivistas consideram que a vontade declarada prepondera, mesmo fictícia, como forma de proteção à segurança nas relações privadas.

Ainda que não explicitados nos conceitos mencionados, ambas as correntes consideram essenciais os planos da existência, validade e eficácia para a análise e verificação dos negócios jurídicos.

Isso decorre de Pontes de Miranda[1], que ao trazer da Alemanha a concepção dos pressupostos do negócio jurídico, desenvolveu o que é conhecido pela doutrina como “escada ponteana”. Por ela, Pontes de Miranda concebe que os atos e os negócios jurídicos são divididos em três planos: o da existência, o da validade e o da eficácia. Considerando-os figurativamente, tais planos seriam degraus de uma escada a serem

[1] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. 4.ed. São Paulo: RT, 1983. t. IV.

atingidos, necessariamente, um antes do outro, para que o próximo possa existir e se formar.

Sob imensa influência da escada ponteana, Azevedo, que adota uma concepção estrutural, defende que negócio jurídico é fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui efeitos desejados, desde que respeitados os pressupostos da existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica incidente sobre ele (AZEVEDO, 2008, p.17).

De maneira geral, negócio jurídico é toda ação humana, voluntária ou involuntária que, condicionada por necessidades ou desejos, acha-se voltada para a obtenção de efeitos desejados pelo agente, quais sejam, criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, dentro de uma perspectiva de autonomia privada, ou seja, de autorregulação dos próprios interesses.

Sendo mais direto e alinhado o escopo do presente, negócios jurídicos são atos destinados à produção de efeitos jurídicos, desejados pelo agente e tutelados pela Lei. Assim, considera-se que a finalidade dos negócios jurídicos é a produção de efeitos, os quais terão como fonte a autonomia privada do seu agente.

No caso dos contratos, mais ainda, os efeitos jurídicos são produto da autonomia privada das partes contratantes, ou seja, resultado da autorregulação de interesses. Os negócios jurídicos devem, pois, deixar de ser definidos como atos de vontade para se definirem como atos de autonomia privada.

De qualquer maneira, independentemente da concepção que se adote, os planos da existência, validade e eficácia estarão presentes na análise do instituto dos negócios jurídicos, e, partindo-se de sua importância, cabe destaque ao plano da eficácia, e a verificação da ocorrência de fatos e sua capacidade de produção de efeitos, afinal, como mencionado, pode-se dizer ser esse o *telos* dos negócios jurídicos: a obtenção de efeitos desejados pelo agente.

2.2 O plano da eficácia

Passadas essas breves considerações introdutórias, com intuito elucidativo, adentra-se no escopo do presente: o plano da eficácia e os efeitos dos negócios jurídicos. Inicialmente, porém, pertinente trazer de maneira breve o que consistiriam os planos da existência e da validade.

Quanto ao plano da existência, o que importa ao presente é apontar que os elementos gerais a todos os negócios jurídicos são (a) intrínsecos (ou constitutivos): objeto, forma e circunstâncias negociais (o que se percebe da declaração de vontade); e (b) extrínsecos (ou pressupostos): agente (ligado ao ato jurídico decorrente), lugar e tempo do negócio. Todos são indispensáveis, e na falta de um deles, o negócio jurídico inexiste.

Já em relação ao plano da validade, o que se considera são as qualidades atribuídas aos elementos de existência que são exigidas pelo ordenamento. Destarte, os requisitos de validade, em suma, são e definem que o (i) agente deve ser legítimo e capaz; (ii) o objeto deve ser lícito, determinado ou determinável; (iii) a forma livre ou não contrária à determinação legal; e (iv) as circunstâncias negociais devem trazer em si declaração de vontade livre, desimpedida, espontânea.

Finalmente, tratando do plano da eficácia, objeto e escopo do trabalho, mister salientar que, não se pode confundir válido com eficaz e nulo com ineficaz; não só há o ato válido ineficaz como, também, o nulo eficaz. Pode ocorrer que um negócio nulo produza efeitos, como é o caso do casamento putativo.

Lado outro, há negócios que precisam de fatores de eficácia, como os atos subordinados a condição suspensiva; enquanto não ocorre o evento, o negócio, se preenchido os requisitos, é válido, mas não produz efeitos. O advento do evento futuro é, nesse caso, um fator de eficácia (AZEVEDO, 2008, p.55).

Daí que, para Azevedo, o termo “fatores” deve ser entendido como algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui – e para o presente, até condiciona – para a obtenção do efeito/resultado visado .

De qualquer forma, a concepção geral e tradicional do que seja o termo eficácia, no Direito, consiste em capacidade de produzir efeitos jurídicos.

3. DELIMITAÇÃO DO OBJETO: NEGÓCIOS JURÍDICOS CONTRATUAIS

Até aqui se considerou de maneira abrangente a ideia de negócios jurídicos e a verificação de seus planos. No entanto, como pretende o presente avaliar as implicações da Teoria do Inadimplemento Eficiente para o plano da eficácia dos negócios jurídicos, faz-se necessário esclarecer que o instituto jurídico considerado será o contrato, afinal, a *Efficient Breach Theory* consiste em técnica puramente contratual.

E a consideração de uma técnica contratual não é em vão, ou escolhida aleatoriamente. Conforme Francisco Amaral, o contrato é a principal espécie de negócio jurídico, pois "de qualquer modo, o negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada, e o contrato é o seu símbolo" (AMARAL, 2003. p. 372). Dessa forma, valer-se de uma técnica essencialmente contratual significa refletir e considerar as implicações dessa na própria teoria dos negócios jurídicos.

Ao inverso do que foi realizado com os negócios jurídicos, não se busca no presente uma definição inequívoca da essência do instituto contratual. Considera-se, para o momento, o desenvolvimento da ideia de contrato e de direito dos contratos[2] para Enzo Roppo, que aduz:

> Sabemos que qualquer instituto jurídico, longe de ser governado por leis absolutas, está sujeito a um princípio de relatividade histórica: postular uma "essência" do contrato (e encontrá-la, em concreto, no exercício incondicionadamente livre da vontade individual e dos impulsos subjetivos das partes) significa destacar, de modo arbitrário, uma fase historicamente condicionada e circunscrita da evolução do instituto contratual (admitindo – o que é duvidoso – que também aquela fase tenha correspondido perfeitamente à pureza do modelo). Mas isto é ideologia: a verdade é que não existe uma "essência" histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade de suas formas históricas e das suas concretas transformações (ROPPO, 2009, p. 347-348).

De qualquer maneira, os contratos, à medida que são a principal espécie de negócio jurídico, acabam por transportar suas discussões particulares a todo entendimento de negócios jurídicos. Por ora, contudo, apresentar-se-á em linhas gerais a Teoria do Inadimplemento Eficiente; no que ela consiste e qual sua aplicação face o ordenamento jurídico brasileiro.

[2] Aqui, a expressão "direito dos contratos" foi retirada do livro "O Contrato", de Enzo Roppo, para qual expressa o conjunto de regras e jurisprudências que definem a disciplina dos contratos.

4. TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE (EFFICIENT BREACH THEORY)

A Teoria do Inadimplemento Eficiente (*Efficient Breach Theory*) consiste na ideia geral de que as partes devem ser livres para, em determinadas situações, descumprirem o contrato quando os custos com o cumprimento forem superiores às consequências do inadimplemento, uma vez que arquem com os danos gerados[3].

Para Christian Sahb Batista Lopes, a hipótese mais clara de inadimplemento eficiente consiste em:

> o inadimplemento será eficiente se o custo de cumprimento para o devedor for maior que o benefício que o credor obtém do contrato. Nessa hipótese, o devedor poderá descumprir o contrato, reparar os danos sofridos pelo credor entregando-lhe a totalidade dos benefícios que receberia e, ainda assim, ficar melhor do que se cumprisse o contrato. Com o inadimplemento, o devedor fica melhor e o credor não fica pior do se o contrato fosse adimplido (LOPES, 2011, p. 89).

Didaticamente, Peter Linzer explica a teoria com o seguinte exemplo: 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 por cada uma. Assumindo que o custo de produção da mesa é $25,00, a nova proposta renderá a Athos um lucro total de $750.000, mas para auferi-lo ele deverá 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, atrasos nos prazos, preços mais altos cobrados por D'Artagnan em face da urgência, danos morais etc...). Apesar de tais prejuízos, o inadimplemento é socialmente desejável porque Athos poderá indenizar todos os danos e ainda reter lucro de $ 450.000 (LINZER, 1981, p. 114-115).

[3] Segundo a enciclopédia jurídica da Cornell Law School – Cornell University, a Teoria do Inadimplemento Eficiente "is a general idea that parties should feel free to breach a contract and pay damages, so long as the result is more economically efficient than performing under contract". Disponível em: < https://www.law.cornell.edu/wex/efficient_breach_theory> Acesso em: 06.ago.2017.

Contratos são, assim, intrinsecamente incompletos, e eventos futuros podem transformar alguns deles em avenças ineficientes, cujo cumprimento acarretará destruição de recursos.

Considerando sua própria origem, a Teoria do Inadimplemento Eficiente, conforme se apercebe, encontra maior aceitabilidade e adequação ao sistema Common Law. Aqui no Brasil, essa teoria tem enfrentado consideráveis oposições, que apontam diversos óbices estabelecidos pela legislação brasileira.

O primeiro deles refere-se à cláusula geral de boa-fé. A exemplo do que se observa em outros ordenamentos de origem romano-germânica, é possível entender, no Brasil, que o inadimplemento deliberado contraria a boa-fé objetiva, pois a contratação impõe às partes o dever de cooperar para a efetiva execução do contrato, sob um aspecto de interpretação do artigo 422 do Código Civil.

Há também quem argumente, clamando uma defesa da segurança jurídica e a estabilidade das relações e de seus eventos, que a principiologia contratual nacional conteria oposição à possibilidade de aplicação do inadimplemento eficiente, visto que dos princípios mais basilares e fundamentais, estaria o da força normativa dos contratos, ou *pacta sunt servanda*.

No entanto, essa necessidade de acomodar seguramente eventos futuros e incertos já fora percebida pelo direito brasileiro, que reagiu justamente por meio da relativização da noção do *pacta sunt servanda*. É por essa concepção que se admite, desde há muito, a resolução de contratos cujo cumprimento se tornou impossível por motivos de caso fortuito ou de força maior, sem que o devedor responda pelos prejuízos, conforme o artigo 393 do Código Civil).

É dessa mesma maneira que surge a possibilidade de resolução de contratos de execução continuada ou diferida, quando acontecimentos imprevisíveis os tornam excessivamente onerosos para uma das partes[4]; ou então, a possibilidade de reajuste das prestações para manter o seu valor real, quando houver grande desproporção causada por motivos imprevisíveis[5]. O *pacta sunt servanda*, portanto, não seria, de fato, um obstáculo ao inadimplemento eficiente.

Retornando-se aos óbices, o artigo 187 do Código Civil conteria outro obstáculo: em tese, o inadimplemento deliberado poderia ser caracterizado como abuso de direito, e, portanto, como ilícito. Sob essa perspectiva, ao inadimplir

[4] Arts. 478 a 480 do Código Civil.
[5] Art. 317 do Código Civil.

voluntariamente, o titular excederia os limites de seus direitos contratuais, atribuindo-lhes finalidade diversa daquela pactuada e daquela economicamente e socialmente esperada.

Outro óbice possível de se vislumbrar refere-se às multas contratuais, qualificadas como cláusulas penais no Brasil. Segundo os artigos 408, 410 e 412 do Código Civil, as cláusulas penais (i) só se aplicam a descumprimentos culposos; (ii) são alternativas a benefício do credor, em caso de inadimplemento total; e (iii) têm por limite o valor da obrigação, por isso poderiam não recompor integralmente o patrimônio do credor.

A esse impedimento, também há desconstrução imediata, pois a própria possibilidade de indenização pelas perdas e danos por inadimplemento contratual é garantida legalmente, no próprio Código Civil, e, portanto, apresenta-se perfeitamente capaz de compensar com eficiência o patrimônio do credor.

De qualquer forma, apesar das possíveis e extremamente pertinentes reflexões acerca da aplicabilidade da Teoria do Inadimplemento Eficiente no país, o fato é que, na prática, a mesma vem sendo aplicada e analisada pelo Poder Judiciário, pelo que se passa analisar agora.

5. ANÁLISE DE CASOS E SUAS IMPLICAÇÕES NO PLANO DA EFICÁCIA

Dos múltiplos exemplos de inadimplemento eficiente ocorridos no Brasil, nenhum é tão emblemático e repercutido quanto o caso do cantor Zeca Pagodinho e da cervejaria Schincariol.

O cantor, notório consumidor de cerveja, foi contratado pela cervejaria Schincariol para atuar em campanha da marca Nova Schin. No negócio jurídico firmado entre o cantor e a cervejaria, constava cláusula de exclusividade e previsão de multa por violação decorrente de “culpa do contratante ou qualquer causa que dele advenha”.

O valor da multa equivalia à remuneração devida ao cantor, acrescida de 35% (trinta e cinco por cento). Bem pouco tempo após a veiculação do comercial da marca Nova Schin, o mesmo cantor gravou outra propaganda, desta vez para a Brahma (Ambev), uma cervejaria concorrente, enaltecendo as qualidades da cerveja Brahma e se referindo à cerveja objeto da peça publicitária anterior como mera “paixão de verão”. Desses eventos surgiu um litígio, analisado pelo Poder Judiciário paulista.

Decidindo a questão, pronunciou-se assim o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – TJSP:

> [...]assim, resta evidente que a requerida, ao aliciar o cantor ainda na vigência do contrato e veicular a campanha publicitária com referência direta à campanha produzida anteriormente pela autora, causou-lhe prejuízos, porque, por óbvio, foram inutilizados todos os materiais já produzidos pela requerente com tal campanha e perdidos eventuais espaços publicitários já adquiridos e não utilizados. O art. 421 do Código Civil prevê o princípio da função social do contrato ao prescrever que 'A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato'. Ora, tal princípio não observado pela requerida ao aliciar o cantor contratado pela requerente e ao se comprometer a pagar eventual indenização que Zeca Pagodinho viesse a ser condenado. Ademais, a cooptação exercida pela ré constituiu patente ato de concorrência desleal, vedada pelo direito pátrio, o que impõe a sua responsabilidade pelos danos causados à autora.[6]

Afora a imprecisão do acórdão em atribuir a ilicitude a uma violação da função social, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, numa aparente e velada correção do equívoco, aponta para uma violação ao princípio da boa-fé objetiva, conforme trecho abaixo, de decisão sobre o mesmo caso:

> De outra parte, ainda que abstraída a questão da concorrência desleal, a ilicitude do ato praticado pela agência ÁFRICA poderia ser verificada sob a perspectiva do princípio da boa-fé objetiva, positivado no Código Civil de 2002 (artigos 113, 187 e 422), dele extraindo-se um dever geral imposto a toda a coletividade de manter uma postura ética, respeitando a relação contratual estabelecida entre dois contratantes.
>
> O violador desse dever tem sido denominado "terceiro ofensor" pela doutrina.
>
> A propósito, cabe repetir a citação de NELSON ROSENVALD, transcrita no acórdão recorrido, litteris:
>
> As relações contratuais produzem obrigações restritas às partes - princípio da relatividade contratual -, mas geram oponibilidade "erga omnes", pois a sociedade deve se comportar de modo a respeitar as relações jurídicas em curso, permitindo que alcancem o seu desiderato pela via adequada do adimplemento. Nesse instante, os contratantes retomam a sua liberdade e estão aptos a contrair novos negócios jurídicos, preservando o clima de estabilidade nas relações econômicas e propiciando uma confiança

[6] TJSP. Processo nº 9112793-79.2007.8.26.000. Des. Rel. Mônaco da Silva. Data de julgamento: 12 jun. 2013.

> generalizada no cumprimento dos contratos. Jogadores de futebol, artistas de emissoras de televisão, técnicos especializados, enfim, uma gama de pessoas recebe - e aceita - propostas de concorrentes, menos pelo interesse especifico do ofertante na aquisição do profissional e mais pelo simples propósito comercial de esvaziar o contrato alheio, naquilo que pode ser registrado como uma espécie de concorrência desleal. Portanto, não é justo que terceiros atuem como se desconhecessem os contratos, desrespeitando-os apenas para a satisfação de seus interesses pessoais, mas de modo ofensivo às finalidades éticas do ordenamento jurídico.[7]

As questões ventiladas na demanda, que importam ao presente, são as seguintes: poderia o cantor descumprir deliberadamente o contrato, em especial a cláusula de exclusividade, desincumbindo-se do vínculo apenas mediante o pagamento da multa prevista? Ou não se trataria de uma opção do devedor – pagar a multa ou realizar a prestação – já que a multa negociada poderia ser qualificada como insuficiente para compensar o inadimplemento?

Disso decorre questionar, em outras palavras, se a eficácia do primeiro negócio jurídico firmado, e sua decorrente exigência de observância da referida boa-fé objetiva, impedem a eficácia – capacidade produção de efeitos – do contrato firmado posteriormente, devendo os efeitos deste, pois, serem considerados nulos?

Não parece ser o caso. Ao contrário da alegação de que a boa-fé consistiria óbice à aplicação do inadimplemento eficiente, o próprio acórdão demonstra que, na verdade, a boa-fé será apenas um dos princípios a configurar a ocorrência ou não de ato ilícito de uma conduta contratual, ao mesmo tempo que serve como medida do dano causado a ser reparado.

Ou seja, a conduta do cantor, de sua contratante e do próprio Poder Judiciário em sua análise, demonstram exatamente no que consiste a essência da *Effcient Breach Theory*: é aceitável inadimplemento caso haja circunstância de maior proveito para o devedor ao descumprir o contrato e bem como ocorra devida indenização e compensação ao credor. Demonstra, ainda, que o *eficiente breach* não só pode ser aplicado, como encontra receptividade nos artigos do Código Civil que tratam da boa-fé.

É fundamental considerar também outra questão: o compromisso assumido pelo cantor constitui obrigação personalíssima. Essa espécie de obrigação é vista pelo

[7] STJ. Recurso Especial nº 1.316.149-SP. Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Data de julgamento: 03.jun.2014.

ordenamento jurídico como fundamento para que a consequência a ser exigida pelo Judiciário, decorrente de um inadimplemento de tal obrigação, seja, justamente, o cumprimento da obrigação incumprida. Apenas constituiria faculdade do credor a escolha/aceitação de uma indenização.

Foi esse o entendimento anteriormente firmado pela mesma Terceira Turma do STJ, em outra decisão, não unânime, a qual definiu que as obrigações *intuitu personae* devem ser cumpridas pelo devedor, sendo cabível até mesmo aplicação de multa para "incentivá-lo" a adimplir:

> Vale dizer: em obrigações não personalíssimas, o credor pode obter a prestação por outros meios, independentemente da vontade do devedor. É o caso, por exemplo, do pintor que se obriga a pintar o muro de uma casa e, posteriormente, descumpre o contrato. O credor pode contratar outro pintor para fazer o serviço e impor o custo ao devedor.
> Nas obrigações personalíssimas, entretanto, o cumprimento por outros meios é impossível. Só interessa ao credor a obrigação in natur, a ser cumprida exclusivamente por quem se obrigou.
>
> [...]
> No clássico exemplo de obrigação personalíssima consistente em o pintor renomado obrigar-se a pintar um quadro, no caso de inadimplemento, não basta a indenização pelo fato de não o haver pintado, a qual seria consistente no que o contratante tenha tido de pagar a outro pintor para fazê-lo. Será necessário, realmente, o reforço cominatório, para que o pintor renomado cumpra a obrigação por ele mesmo, porque ele, não outro pintor, é que foi o artista desejado pelo contratante, de modo que sua vontade deve, realmente, ser conduzida ao cumprimento da obrigação para não arcar patrimonialmente com o valor da multa cominatória.
> Caso contrário, o que se teria seria a eliminação da diferença entre as modalidades obrigacionais por meio da transformação das obrigações personalíssimas em obrigações sem coerção à execução, com a pura e simples mudança do adimplemento em perdas danos, o que transformaria em fungível a prestação específica contratada. Isso viria a inserir caráter opcional para o devedor, entre cumprir ou não cumprir a obrigação personalíssima de fazer, ao menor ônus pessoal de apenas prestar indenização.[8]

[8] STJ. Recurso Especial 482.094-RJ. Min. Rel. Sidnei Beneti. Terceira Turma. DJe: 24.abr.2009.

Ou seja, percebe-se que ainda há uma dogmática tradicional de aplicação do direito da parte credora à execução específica no Brasil. Considerados outros ordenamentos do Civil Law, a execução específica da obrigação inadimplida parece estar perdendo força, ao passo que o *efficient breach* tem ganhado campo, e tem sido cada vez mais utilizado em países europeus, conforme observado por Maarten H. J. Smits[9].

Em contraponto, nessa mesma decisão, a Ministra Nancy Andrighi, voto vencido, aponta raciocínio que abre espaço para aplicação e consideração da teoria do inadimplemento eficaz:

> **As obrigações de fazer e não fazer, quando infungíveis**, geram, em caso de inadimplemento contratual, situação que desborda da clássica fórmula de reparação do dano causado. Isso se dá pela natureza dessas obrigações, que além de possuírem difícil mensuração em espécie, não possuem, de regra, os mecanismos de cumprimento das obrigações fungíveis, **restando ao credor dessas obrigações a reparação pelo descumprimento, via indenização, conforme preconiza o art. 633 e ss. do CPC(grifou-se).**

Dessa forma, valendo-se do entendimento vencedor da decisão do STJ, fundado na clássica teoria das obrigações, se um negócio jurídico gerador de obrigação personalíssima contém cláusula de exclusividade, ele acabaria por impedir a realização de qualquer outro negócio jurídico de mesmo objeto e natureza enquanto durasse o período de exclusividade. E assim, haveria uma condição de um negócio que acabaria por criar um impeditivo legal para a eficácia de outros negócios, ou seja, um fator externo aos demais negócios jurídicos que impediria ou condicionaria sua eficácia.

Portanto, o que pôs em discussão, paralelamente à dogmática obrigacional a ser adotada, é que a adoção ou rejeição da teoria obrigacional clássica acaba por impactar diretamente no plano da eficácia dos negócios jurídicos.

---

[9] Em trabalho recentemente realizado, intitulado "*Efficient Breach and The Enforcement of Specific Performance*", Smits avalia a aplicação do Inadimplemento Eficiente e da Execução Específica nos sistemas legais Europeus, com ênfase nos sistemas da Holanda, Alemanha e França. O autor observa que, embora a execução específica seja um pilar do Civil Law, ela está caindo em desuso e o *Efficient Breach* tem sido cada vez mais usado, possível reflexo de uma visão mais utilitarista e econômica da resolução contratual.

Afinal, se adotada a dogmática clássica, a concepção clássica do plano da eficácia mantém-se intacta, ao passo que, considerada uma teoria das obrigações em outro sentido, alterar-se-á, necessariamente, a concepção vigente do plano da eficácia.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme desenvolvido, a Teoria do Inadimplemento Eficiente encontra certa oposição à sua aplicabilidade no Brasil, sendo apontados diversos obstáculos que, a princípio, impediriam sua recepção.

O cerne do presente artigo, no entanto, foi demonstrar que a Teoria do Inadimplemento Eficiente, se e quando aplicada, impacta diretamente não só na teoria das obrigações, mas também na teoria dos negócios jurídicos, sobretudo no plano da eficácia.

Para além do impacto na doutrina clássica civilista, que parte da premissa de que assiste ao credor o direito de exigir que a obrigação seja cumprida como se convencionou ou optar pela indenização por perdas e danos, pelo que a parte devedora não teria tal direito, a aplicação do inadimplemento eficiente modifica os critérios de verificação dos fatores de eficácia dos negócios jurídicos, nesse caso, contratuais.

Se a parte devedora está até então adimplente e demonstra que a resilição do contrato é eficiente, importando ganhos para ela e para a parte credora, cabível afirmar que uma cláusula ou condição específica de um contrato, como a exclusividade personalista, não terá mais o poder jurídico absoluto de suspender, condicionar ou impedir os efeitos de outro contrato da mesma natureza e objeto, ao contrário do que indica a concepção majoritária de obrigatoriedade de cumprimento das obrigações. Daí que se percebe, nitidamente, que o próprio plano da eficácia terá seu entendimento modificado, conjuntamente à mudança de compreensão da teoria clássica das obrigações.

Uma vez que o sistema jurídico não mais obrigar, de maneira absoluta, o devedor a cumprir a obrigação acordada no contrato caso seja essa a escolha do credor, a capacidade de um negócio jurídico de produzir efeitos – eficácia – ganhará mais uma hipótese a ser considerada, podendo abrir margem a uma discussão de maior flexibilização dos fatores de eficácia atualmente existentes.

Tais conclusões merecem, evidentemente, maior aprofundamento e amadurecimento por se colidirem com premissas tão estabelecidas e tradicionais da doutrina brasileira, que fundamentam a análise dos casos pelo Judiciário. Daí a necessidade premente de análise aprofundada do instituto da rescisão por inadimplemento eficiente, a fim de que sejam estabelecidos critérios, limites e impactos de sua aplicação para a mais adequada recepção no ordenamento jurídico.

Confirmados o modo e forma de compatibilidade com o ordenamento nacional, pode-se atingir um cenário de maior segurança jurídica no qual os negócios jurídicos realizados entre os indivíduos não enfrentem tamanha incerteza quanto à sua eficácia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 5. ed. rev., atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. **Código Civil.** Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília: Planalto, 2002.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 1.316.149-SP. Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Data de julgamento: 03.jun.2014.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Recurso Especial nº 482.094-RJ. Min. Rel. Sidnei Beneti. Terceira Turma. DJe: 24.abr.2009.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Processo nº 9112793-79.2007.8.26.000. Des. Rel. Mônaco da Silva. Data de julgamento: 12 jun. 2013.

CORNELL UNIVERSITY. Wex - Law Encyclopedia and Dictionary. **Cornell Law School**. Disponível em: < https://www.law.cornell.edu/wex/efficient_breach_theory> Acesso em: 06.ago.2017.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito Civil:** curso completo. 18. ed. SP: Revista dos Tribunais, 2015.

LINZER, Peter. On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement. **Columbia Law Review**. v. 81. n. 1. jan. 1981.

LOPES, Christian Sahb Batista. **A Mitigação dos Prejuízos no Direito Empresarial.** Teses de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Geris – Belo Horizonte, 2011.

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

SMITS, Maarten H.J. **Efficient Breach and The Enforcement of Specific Performance**. Universiteit van Amsterdam: June, 2014.