XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

CÉSAR AUGUSTO DE CASTRO FIUZA

RENATA ALBUQUERQUE LIMA

OTAVIO LUIZ RODRIGUES JUNIOR

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais 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

D598

Direito civil contemporâneo [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;
Coordenadores: César Augusto de Castro Fiuza, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Renata Albuquerque Lima – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-156-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito Civil Contemporâneo. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

DIREITO CIVIL CONTEMPORÂNEO

Apresentação

Os artigos publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho de Direito Civil Contemporâneo, durante o XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, realizado em Brasília-DF, entre os dias 06 e 09 de julho de 2016, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília (UnB), da Universidade Católica de Brasília (UCB), do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Os trabalhos apresentados abriram caminho para um relevante debate, em que os profissionais e os acadêmicos puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração o momento político vivido pela sociedade brasileira, em torno da temática central – DIREITO E DESIGUALDADES: diagnósticos e perspectivas para um Brasil justo. Referida temática apresenta os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica terão que enfrentar, bem como as abordagens tratadas em importante encontro, possibilitando o aprendizado consistente diante do ambiente da globalização.

Na presente coletânea encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de avaliação por pares. Dessa forma, os 26 (vinte e seis) artigos, ora publicados, guardam sintonia, direta ou indiretamente, com este palpitante ramo do Direito, que é o Direito Civil, especialmente o contemporâneo. Os temas divulgados no 38º GT foram apresentados, seguindo a seguinte ordem de exposição:

Marcelo de Mello Vieira trouxe reflexões sobre a aplicação do punitive damages, instituto típico do Common Law, ao Direito Nacional. Já Rafael Vieira de Alencar e Maysa Cortez Cortez estudaram as peculiaridades do contrato de distribuição, enquadrado este na modalidade de contratos de longa duração. Luana Adriano Araújo e Beatriz Rego Xavier analisaram a garantia de autonomia à Pessoa com Deficiência por meio do estabelecimento de institutos de otimização da integração destas no seio social.

Alexander Seixas da Costa estudou o regime das incapacidades, identificando os que precisarão ser representados ou assistidos para os atos da vida civil. Os autores César Augusto de Castro Fiuza e Filipe Dias Xavier Rachid fizeram uma abordagem crítica às alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência ao regime das

incapacidades. Através de Luiza Machado Farhat Benedito e Juliana Aparecida Gomes Oliveira, foram abordados os institutos da nova concepção de família, que alteram continuamente o ordenamento jurídico brasileiro, trazendo novos conceitos e desafios jurídicos frente aos anseios contemporâneos da humanidade. Por outro lado, Tula Wesendonck e Liane Tabarelli Zavascki fizeram uma análise doutrinária e jurisprudencial no trato do instituto da responsabilidade civil.

Lucas Costa de Oliveira fez um estudo sobre a situação jurídica do nascituro e sua problemática, tendo o seu artigo apresentado de maneira crítica as teorias clássicas que versam sobre a situação jurídica do nascituro, bem como as novas perspectivas mais adequadas ao paradigma contemporâneo. Já Carolina Medeiros Bahia focou a responsabilidade civil pelo fato do produto, analisando a emergência da sociedade de risco e o seu impacto sobre o sistema brasileiro de responsabilidade civil pelos acidentes de consumo. Em seus estudos, Mateus Bicalho de Melo Chavinho investigou a teoria da aparência, sendo este um importante instituto doutrinário, tendo a finalidade de proteger a boa-fé e a confiança das pessoas nas relações jurídicas privadas.

As autoras Maria Cláudia Mércio Cachapuz e Mariana Viale Pereira analisaram a estrutura dos enunciados que traduzem a ilicitude no Código Civil, inclusive em perspectiva histórica, reconhecendo que o artigo 187 amplia a causa geradora de obrigações. Felipe Assis de Castro Alves Nakamoto e Kelly Cristina Canela analisaram as questões concernentes à figura da responsabilidade pré-contratual, também conhecida como "culpa in contrahendo", no ordenamento jurídico brasileiro, em cotejo com outros ordenamentos, sobretudo o português. Jose Eduardo de Moraes e Priscila Luciene Santos de Lima fizeram um estudo, com o fim de elucidar a relação entre o grau de facilidade negocial e o custo transacional, apontando as serventias notariais e de registro como as instituições centrais dessa discussão.

Éder Augusto Contadin e Alessandro Hirata pesquisaram sobre os fenômenos da aquisição e da transmissão das obrigações, sendo este tema essencial para a plena compreensão do funcionamento do tráfego jurídico. Igor de Lucena Mascarenhas e Fernando Antônio De Vasconcelos trataram das inovações decorrentes da regulamentação de novos institutos do direito, tendo como foco as lacunas legislativas e o risco sistêmico, mais precisamente o direito à indenização no contrato de seguro de vida em casos de eutanásia. Já Ana Luiza Figueira Porto e Roberto Alves de Oliveira Filho propuseram em seu trabalho fazer uma breve analise histórica sobre a evolução do mercado e da maneira em que os contratos o acompanharam, focando no surgimento das redes contratuais.

Cristiano Aparecido Quinaia e Tiago Ramires Domezi estudaram também o Estatuto da Pessoa com Deficiência, caracterizado-o como instrumento de transformação social. Já ilton Ribeiro Brasil e Leandro José de Souza Martins fizeram uma releitura dos princípios da função social e da preservação da empresa, enquanto atividade destinada à produção e circulação de bens e serviços que tem de atender aos interesses coletivos. Marina Carneiro Matos Sillmann abordou a temática da curatela e da tomada de decisão, apurando se tais institutos são adequados para a proteção e promoção dos interesses da pessoa com deficiência psíquica.

Francieli Micheletto e Felipe de Poli de Siqueira pesquisaram sobre as redes contratuais no contexto das transformações da sociedade e do direito, representando clara expressão da função social dos contratos, trazida pelo Código Civil. Luis Gustavo Miranda de Oliveira avaliou, em seu trabalho, a Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach of Contract) que propõe a possibilidade de resolução contratual por iniciativa da parte devedora e a sua aplicabilidade. Aline Klayse dos Santos Fonseca e Pastora do Socorro Teixeira Leal focaram, em seu artigo, na ressignificação dos pressupostos tradicionais da Responsabilidade Civil para a consolidação de uma Responsabilidade por Danos comprometida com a prevenção. Já abordando mais uma vez o Estatuto da Pessoa com deficiência, Nilson Tadeu Reis Campos Silva fez uma análise das consequências do impasse legislativo criado pela edição do Estatuto da Pessoa com deficiência e do novo Código de Processo Civil.

Sobre a temática acerca do fim do casamento, Renata Barbosa de Almeida e Aline Santos Pedrosa Maia Barbosa analisam as providências de rateio patrimonial, sendo objeto de dúvida a comunicabilidade e partilha de quotas sociais. Luciano Zordan Piva e Gerson Luiz Carlos Branco pesquisaram acerca da insuficiência da legislação falimentar (Lei no. 11.101 de 2005) em incentivar o empresário a voltar ao mercado. Para tanto, em seu artigo, analisaram como o sistema falimentar norte-americano lida com semelhante temática. E, por último, Murilo Ramalho Procópio e Fernanda Teixeira Saches estudaram o instituto da indenização punitiva, a partir do referencial teórico do Direito como integridade, desenvolvido por Ronald Dworkin.

Agradecemos a todos os pesquisadores da presente obra pela sua inestimável colaboração, desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Coordenadores:

Profa. Dra. Renata Albuquerque Lima

Prof. Dr. Cesar Augusto de Castro Fiuza

Prof. Dr. Otavio Luiz Rodrigues Junior

DEBATE SOBRE A TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE (EFFICIENT BREACH OF CONTRACT) E O DIREITO CONTRATUAL

DISCUSSION ABOUT EFFICIENT BREACH OF CONTRACT THEORY AND THE BRAZILIAN CONTRACT LAW.

Luis Gustavo Miranda de Oliveira

Resumo

O presente artigo avalia a Teoria do Inadimplemento Eficiente (Efficient Breach of Contract) que propõe a possibilidade de resolução contratual por iniciativa da parte devedora e a sua aplicabilidade, considerando as limitações do Direito Contratual brasileiro. Para tanto, vale-se de pesquisa bibliográfica na literatura nacional e internacional para delinear algumas hipóteses que podem autorizar a resolução contratual eficiente por iniciativa da parte devedora.

Palavras-chave: Contratos, Resolução, Teoria, Inadimplemento, Eficiente

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyses the Efficient Breach of Contract Theory that proposes the possibility of breach of contract by the defaulting party and its applicability, considering the limitations of the Brazilian Contract Law. The methodology applied was to analysis in national and international literature to outline some possibilities that may allow the efficient breach of contract on the initiative of the defaulting party.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Contracts, Efficient, Breach, Contract, Brazilian, Law

1. INTRODUÇÃO

Considerando princípios como do *Pacta Sunt Servanda,* o Direito Contratual brasileiro admite o *Efficient Breach of Contract*? O objetivo do presente artigo é delinear e propor alguns contornos da Teoria do Inadimplemento Eficiente (*Efficient Breach*) de modo a avaliar a eventual aplicação nos contratos empresariais.

Tal estudo se justifica uma vez que carece de maior debate o confronto da Teoria do Inadimplemento Eficiente com os preceitos do Direito Empresarial contemporâneo. A citada teoria pode contribuir como alternativa de solução de questões contratuais que não são tratadas de forma eficiente com o manejo da execução específica; estimular a dinâmica de mercado e o poder de barganha; e desestimular a ocorrência de situações causadas pelo oportunismo que devem receber tratamento diferenciado pelo Direito.

O presente artigo foi estruturado de forma a apresentar inicialmente a visão clássica da resolução dos contratos por inadimplemento do devedor, ainda sob a égide do Código Civil de 1916, confrontada com os dispositivos do Código Civil de 2002. Em seguida, tratou a doutrina contemporânea dos Contratos Empresariais. No terceiro tópico, discutiu a Teoria do Inadimplemento Eficiente e determinadas limitações à sua aplicação. No quarto tópico, foram apresentadas as considerações finais com reflexões sobre limites e possibilidades de aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente.

Como temas centrais, o presente artigo debate sobre o Direito Civil Contemporâneo, dialogando com a Teoria Geral dos Contratos no Direito Civil e no Direito Empresarial. Para tanto, adota como metodologia, a revisão bibliográfica de literatura nacional e internacional que foi selecionada para atender aos limites propostos para apresentação do artigo.

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. DA CONCEPÇÃO CLÁSSICA DA RESOLUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Colhendo os conhecimentos da doutrina clássica, optou-se por inicialmente trabalhar o tema da inexecução das obrigações e suas consequências apresentado por Agostinho Alvim (ALVIM, 1972).

O cumprimento da obrigação é a regra. O inadimplemento, a exceção. A obrigação normalmente é cumprida pela parte que prometeu por simples ética (a voz da consciência, o hábito adquirido pela pessoa educada) ou pelo temor da reprovação pública. Quando isso não é suficiente, as obrigações [*civis*] – em sentido jurídico – são providas de sanção, qualquer que seja a sua fonte. Desta forma, o credor pode compelir o devedor a que cumpra a obrigação e, quando isso ocorre, já haveria encargos da mora. Estes motivos fazem com que as pessoas, em regra, cumpram espontaneamente as obrigações que assumiram.

Para Agostinho Alvim (ALVIM, 1972), as obrigações assumidas devem ser fielmente executadas e este seria o cânone fundamental do capítulo do Código Civil de 1916, intitulado "Dos Efeitos das Obrigações". Como consequência, assiste ao credor o direito de exigir que a obrigação se cumpra, tal como se convencionou.

O citado autor afirma (ALVIM, 1972, p .5) que o Código Civil de 1916, "*ao consignar o princípio segundo o qual o não-cumprimento da obrigação dá o direito a exigir perdas e danos (art. 1.056), não excluiu, nem podia excluir, o direito que lhe assiste de exigir, antes de tudo, que a obrigação se cumpra, tal como se convencionou"*. Porém, o "*nosso Código* [de 1916] *não o diz expressamente*". O conteúdo do Art. 1.056[1] do Código Civil de 1916 está retratado no Art. 389[2] do Código Civil de 2002.

No mesmo sentido que Alvim (1972), outros autores clássicos, como Pontes de Miranda (1971, v.25, §3086), Serpa Lopes (1996, p. 204) e Orlando Gomes (2000, p. 174), citam o direito exclusivo da parte credora optar pela resolução contratual na hipótese de descumprimento pela parte devedora.

---

[1] Código Civil de 1916: Art. 1.056. Não cumprindo a obrigação, ou deixando de cumpri-la pelo modo e no tempo devidos, responde o devedor por perdas e danos.

[2] Código Civil d 2002: Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Pereira (2003, p. 158), referindo-se ao direito à resolução, sustenta que "*é óbvio que somente o contratante prejudicado pode invocá-la; o inadimplente não pode, pois não se compadece com os princípios jurídicos que o faltoso vá beneficiar-se da própria infidelidade*".

Observa Aguiar Junior (1991, p.4) que o desfazimento da relação obrigacional por incumprimento do devedor demandou breve referência do Código Civil de 1916 no Art. 1.092. Porém, é tema da maior relevância, considerando o volume de demandas fundadas na resolução de contratos. Araken de Assis (1994, p. 12) contribui realçando a discussão ao asseverar que, da leitura do Art. 1.092 do Código Civil de 1916, parágrafo único, transparecem "*vastos problemas e inúmeras inquietações*".

Importa para essa análise especialmente o parágrafo único do Art. 1.092[3] do Código Civil de 1916 com a sua correspondência no Art. 475[4] do Código Civil de 2002. O Art. 475 do Código Civil de 2002 foi além do estabelecido no Art. 1.092 do Código Civil de 1916 ao indicar que cabe a indenização por perdas e danos *se a parte lesada não preferir exigir o cumprimento da obrigação inadimplida*. A redação do Código de 2002 realça a faculdade do credor de pedir a resolução ou exigir o cumprimento.

Entre os problemas e inquietações apontados, Araken de Assis (1994, p. 27) expõe que o Art. 1.092, parágrafo único, do Código Civil de 1916, previa que a parte lesada pode requerer a resolução. O verbo utilizado no dispositivo expressaria uma faculdade e propõe uma alternativa tangível à conduta do lesado que consiste na opção pela demanda de cumprimento sem embargo das perdas e danos. O Código Civil de 1916 era neutro ao não estabelecer preferência pela tutela específica ou pela reparação de danos diante de uma obrigação não cumprida, cabendo à parte adimplente o direito de escolha da opção que melhor lhe aprouver.

Na visão de Aguiar Junior (1991, p. 164), a resolução também é, em regra, um direito concedido ao credor. Excepcionalmente, porém, pode a resolução resultar de declaração de vontade do devedor, como ocorre no caso estabelecido pelo Art. 888 do Código Civil de 1916.

---

[3] Código Civil de 1916: Art. 1.092. (omissis). Parágrafo único. A parte lesada pelo inadimplemento pode requerer a rescisão do contrato com perdas e danos.

[4] Código Civil de 2002: 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.

O devedor também pode demandar resolução fundada na superveniente modificação das circunstâncias fáticas que geraram alteração da base objetiva do negócio. Para o autor, a generalidade dos demais casos, a simples mora não seria suficiente para conceder o direito de resolver a obrigação.

Araken de Assis (1994) assinala que o inadimplemento não constitui a única base do mecanismo resolutório. O Código Civil de 1916 dedicou vários dispositivos à resolução por impossibilidade sem mora (Arts. 865[5], 866[6], 869[7], 879[8], 880[9] e 888) que seria inimputável aos parceiros do negócio.

O citado autor apresenta também a doutrina da "condição implícita" que seria profundamente enraizada entre os escritores, inclusive encontrando eco na jurisprudência do STF que decidiu que "*há nos contratos bilaterais condição resolutiva tácita, podendo a parte lesada requerer a resolução do contrato com perdas e danos*" (ASSIS, 1994, p. 49)[10].

Embora não possuísse correspondência no Código Civil de 1916, a cláusula resolutiva tácita (ou implícita) era reconhecida pela doutrina e jurisprudência. No Código Civil de 2002, no entanto, ela ficou expressamente disciplinada Art. 474[11].

A resolução, como modo de extinção dos contratos, pode ser objeto de cláusula expressa – *pacto comissório* – ou cláusula resolutiva implícita ou tácita, quando for contrato bilateral, na hipótese de inadimplemento (ou lesão) contratual. A análise de Araken de Assis

---

[5] CCB/1916: Art. 865. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes. Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos. Correspondente no CCB/2002: Art. 234.

[66] CCB/1916: Art. 866. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido ao seu preço o valor que perdeu. Correspondente no CCB/2002: Art. 235.

[7] CCB/1916: Art. 869. Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, salvos, porém, a ele os seus direitos até o dia da perda. Correspondente no CCB/2002: Art. 238.

[8] CCB/1916: Art. 879. Se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos. Correspondente no CCB/2002: Art. 248.

[9] CCB/1916: Art. 880. Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível. Correspondente no CCB/2002: Art. 247.

[10] O autor remete ao Julgado do a 1ª Turma do STF no RE 99.313-RJ.

[11] Código Civil de 2002: Art. 474. A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.

(1994) convida à avaliação da resolução motivada pela lesão contratual que parece ir além (ser gênero) da hipótese da resolução por inadimplemento (espécie).

Pereira (1993, p. 186) leciona que o instituto da lesão opõe-se ao princípio da liberdade das convenções porque atinge os ajustes em que não houve falha externa na manifestação de vontade. Destina-se a corrigir o desequilíbrio das prestações, para restaurar o principio da justiça comutativa, integrado no espírito das legislações. Questionar o contrato com fundamento na lesão é alcançar a avença. Rescindi-lo por este motivo ou reduzir a prestação de uma das partes, é invalidar a emissão de vontade, tal como foi externada. A exploração de uma parte pela outra ainda que com base no contrato ou na lei implica em infração de um mínimo ético. Garantir o princípio da liberdade das convenções nesse caso seria impedir a realização da justiça pelo direito.

O instituto da lesão tem fundamento no propósito de se realizar a justiça nos contratos, no dirigismo contratual, mas não busca a igualdade absoluta das prestações. No plano ideal, admitir-se-ia a lesão em convenções quando existe entre as partes um desequilíbrio de tal maneira evidente que a desproporção das prestações bastasse para revelar a exploração de uma parte pela outra.

Pereira (1993) sustenta o instituto da lesão nos contratos quando a pessoa, sob premente necessidade ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta. Em tal situação, estariam presentes os requisitos do proveito desproporcional (ganho exagerado) e do dolo de aproveitamento, que autorizariam a resolução do contrato ou a revisão por iniciativa do devedor.

O instituto da lesão contratual acabou sendo acolhido pelo Código Civil de 2002, no capítulo que trata dos defeitos dos Negócios Jurídicos, especialmente no Art. 157[12].Como se verá, o instituto da lesão contratual tal como previsto no Art. 157 do Código Civil de 2002 não parece se adequar aos pressupostos da Teoria do Inadimplemento Eficiente que tem como base a análise econômica, mas é suficiente para suscitar algumas reflexões.

[12] Código Civil de 2002: "Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta".

Delineados os contornos civilistas, parece pacífica a doutrina clássica sob a égide do Código Civil de 1916. O sistema se mostrava indiferente à conservação do vínculo contratual ou à sua dissolução. A parte adimplente do contrato tinha – como ainda tem - a faculdade de ponderar os entraves da demanda de cumprimento ou optar pela resolução.

A neutralidade do Código Civil de 1916 sobre a faculdade do credor de optar pela execução específica ou indenização na hipótese de inadimplemento se manteve no Código Civil de 2002. Resta confirmar se tal faculdade seria absoluta e exclusiva da parte adimplente no contrato. Como está sendo desenvolvido ao longo do presente artigo, trata-se de uma regra geral que pode comportar exceções.

Excepcionalmente, o Código Civil de 1916 já previa a possibilidade de resolução por iniciativa da parte devedora, havendo correspondência com dispositivos do Código Civil de 2002, tais como: quando a prestação se torna impossível (Art. 888), ou por onerosidade excessiva (Art. 479), ou ainda quando ocorre modificação superveniente das circunstâncias fáticas que geraram alteração das bases objetivas do negócio firmado. Também pode ser invocado o instituto da lesão contratual (Art. 157) como fundamento para resolução.

Nosso objeto de análise, no entanto, vai além das hipóteses citadas acima. Vistos sob as lentes da doutrina civilista clássica, parece que não há um nítido direito da parte inadimplente em optar pela resolução do contrato e pelo pagamento de perdas e danos. Porém, convém a análise sob a ótica do Direito Empresarial.

3. Reflexão sobre os pressupostos aplicáveis do Direito Contratual Empresarial

Ultrapassada a breve revisão da concepção civilista clássica e sua correspondente evolução até o Código Civil de 2002, passamos à revisão dos pressupostos do Direito Empresarial aplicáveis aos contratos e que possuem maior afinidade com o problema proposto.

- ***Pacta Sunt Servanda.***

Forgioni (2010, p. 80) releva o pressuposto da força vinculante dos contratos (*pacta sunt servanda*) como instrumento que coíbe os comportamentos oportunistas. A citada autora destaca que o *pacta sunt servanda* vem sendo relativizado em outras áreas do direito, mas sustenta que a tendência do direito empresarial seria de impor ao empresário o respeito aos acordos aos quais livremente se vinculou.

Lopes (2011, p. 37) sustenta que existem causas que justificam o desvio do princípio do *pactua sunt servanda* e que se fundamenta na concorrência com os princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva. O desequilíbrio contratual pode ferir a justiça contratual que deve estar de acordo com a boa-fé objetiva. "*Se um dos contratantes está sendo prejudicado pela relação negocial, o vínculo não pode ser mantido"*.

Tomando o princípio geral aplicável ao direito empresarial, devem-se avaliar as exceções que sugerem ou que podem levar à resolução de acordos em que o comerciante se vinculou. Para avaliar tal possibilidade, o *pacta sunt servanda* deve ser confrontado com outros princípios do direito empresarial.

- **Segurança e Previsibilidade**

Os contratos empresariais somente podem existir em um ambiente que privilegie a segurança e a previsibilidade jurídicas. Quanto maior a segurança e previsibilidade das relações, maior é o fluxo de relações econômicas.

Forgioni (2010), partindo das lições de Weber, no entanto, conclui que a racionalidade jurídica, ainda que tome o objetivo de lucro ou proveito como legítimo e desejável ao mercado: não traduz uma visão predatória e oportunista a curto prazo, mas a obtenção de vantagens pelo estabelecimento de um esquema de colaboração; leva em conta o respeito aos princípios jurídicos orientadores do sistema (por exemplo, não se pode supor um mote interpretativo contrário à boa-fé).

E ainda "*o direito é racional porque garante o processo e não o resultado a ser obtido, mesmo porque a álea normal é inerente aos contratos*". "*O direito é estruturado com o propósito de possibilitar o cálculo do resultado (Weber), viabilizando, inclusive, a previsão do*

comportamento do outro, segundo os parâmetros por ele colocados" (FORGIONI, 2010, p. 78).

O direito atua para disciplinar, para obrigar a adoção de um comportamento que, embora possa não interessar imediatamente ao empresário oportunista, permite a preservação e o funcionamento do sistema como um todo.

Porém, é interessante avaliar tal perspectiva sob outros enfoques. Afinal, o que no ordenamento nacional pode ser visto como atuação oportunista do empresário, pode ser visto de forma diversa em outros ordenamentos. Sem embargo de ambas as posições, convém analisar se a conduta, seja ela oportunista, eficiente ou oportuna, de fato contribui com ou macula a preservação e o funcionamento do sistema contratual e empresarial.

- **Contrato e erro**

Conforme Forgioni (2010), o agente econômico pode se equivocar em suas jogadas e previsões. A possibilidade de erro é fundamental para o funcionamento do sistema de direito empresarial e não pode ser desprezada pela disciplina dos contratos empresariais.

Se não for considerado que uma empresa pode ter adotado uma estratégia equivocada, jamais será entendido um prejuízo suportado por uma das partes na execução do negócio decorrente de sua "álea normal" (e que, portanto, não seja derivado de alterações contextuais imprevisíveis).

Tais fundamentos são relevantes para a presente análise. Na visão clássica, um fato decorrente da álea normal não seria suficiente para impor a intervenção sobre o contrato, sob pena de igualar o necessário diferencial entre os agentes e desestimular as contratações. Porém, notam-se exceções quando há assimetria entre as partes. Forgioni (2010) adota um critério formal ao reconhecer assimetria quando a relação conta com a participação de não empresário e quando há abuso verificado pela dependência econômica. Indo além, pode-se cogitar que o cerne aqui seria a assimetria entre as partes, seja ela econômica, técnica ou mesmo jurídica, a ponto de afetar o equilíbrio das partes, a capacidade de negociação e de decisão.

Assim, havendo assimetria entre as partes e/ou ausente a álea normal, haveria fundamento para interferência contratual fundada em erro ou na estratégia equivocada que fora adotada. Indo além, o sistema legal não pode obrigar a parte no contrato mantendo-se em prejuízo, caso tenha outras opções à disposição, inclusive a de ressarcir a outra parte e sair do negócio (reduzindo as perdas que teria). Ambas as partes contratuais devem agir atendendo à boa-fé objetiva e de forma colaborativa. A assimetria entre as partes e/ou a dependência de uma parte pela outra também afetam a análise e a conclusão da solução justa aplicável.

- **Função econômica dos contratos**

Conforme Forgioni (2010, p. 58), "*as partes não contratam pelo mero prazer de trocar declarações de vontade, ou seja, ao se vincularem, as empresas têm em vista determinado escopo, que se mescla com a função que esperam o negócio desempenhe; todo negócio possui uma função econômica*". As partes lançam mão dos contratos para consecução de certos fins.

A função econômica do contrato empresarial é indispensável para a sua compreensão. Se os contratos empresariais visam sempre ao lucro, é impossível concebê-los distanciados da necessidade econômica que buscam objetivamente satisfazer, ou seja, a sua função econômica.

Porém, deve-se indagar que alternativas a parte possui, se observar que o contrato não alcançará os fins almejados. E mais, se a parte está obrigada a honrar com o contrato que sabe lhe será prejudicial ou se poderá optar pela resolução arcando com as consequências da decisão e indenizando de forma adequada a outra parte. Aqui se mostra um dos campos de aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente.

- **Racionalidade limitada**

Ao contratar, as partes não conseguem prever todas as contingências futuras no momento que se vinculam ao contrato. Sempre faltarão dados sobre a outra parte, sobre possíveis desdobramentos do ambiente. Não é possível prever todos os eventos futuros. Por isso, entende-se que os agentes econômicos não contratam com fundamento em uma racionalidade plena e onisciente, mas sim uma racionalidade limitada.

O direito empresarial reconhece a impossibilidade de o empresário deter todas e as informações relacionadas à transação e ao futuro. E tanto é assim que o sistema jurídico criou mecanismos para lidar com a incompletude contratual. Um exemplo relevante é justamente o instituto da excessiva onerosidade que autoriza a denúncia no caso do advento de evento imprevisto e imprevisível, capaz de alterar profundamente a economia contratual (FORGIONI, 2010, p. 69).

E à medida que se consideram 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 em contratos de longo prazo acaba oferecendo alternativas distintas ao empresário: precificar a incerteza – onerando o negócio – ou assumir maiores riscos o que pode levar a situações de desequilíbrio econômico-financeiro que demandariam decisão entre assumir elevados prejuízos/lucros, revisão ou mesmo rescisão de contratos no futuro.

Para minimizar tais situações, tem sido cada vez mais comum o estudo da alocação de riscos nos contratos empresariais e convém avaliar também a situação da resolução pela opção de não cumprimento do contrato.

- **Incompletude contratual**

Avançando sobre o tema da incompletude, Forgioni (2010) destaca as principais causas, a saber: impossibilidade de previsão do futuro; improbabilidade do acontecimento de certos eventos; imprecisão da expressão do acordo em razão da inexatidão da linguagem.

A celebração de um contrato incompleto expõe 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 entre o custo e o benefício das prestações acordadas. Ainda que algumas situações possam ser geridas mediante a utilização de mecanismos de adequação, a incompletude do contrato torna-se relevante quando nenhuma cláusula contratual oferece resposta ótima aos eventos supervenientes. Nesse caso, a única possibilidade é a renegociação dos termos do acordo (FORGIONI, 2010, p. 73) ou a resolução.

Quando a negociação não é possível, deve-se propor alternativa igualmente válida. Ademais, o direito também coíbe o comportamento oportunista (diga-se, de ambos os lados do contrato), o enriquecimento desproporcional de uma parte à custa do prejuízo da outra, e preserva a boa-fé objetiva.

- **Boa-fé Objetiva**

Procurando evitar as armadilhas da definição de noções jurídicas que dão ampla margem à interpretação, Forgioni (2010) reconhece que, para o direito comercial, agir de acordo com a boa-fé significa adotar o comportamento jurídica e normalmente esperado dos "comerciantes cordatos", dos agentes econômicos ativos e probos em determinado mercado (ou, "em certo ambiente institucional"), sempre de acordo com o direito. Esta seria a boa-fé objetiva.

Sintetizando, pode-se dizer que a boa-fé obriga as partes a comportarem-se – no âmbito da relação contratual – de modo a não prejudicar, ou melhor, a salvaguardar o razoável interesse da contraparte, quando isso não importe nenhum sacrifício considerável e injusto.

No Direito Empresarial, o respeito ao princípio da boa-fé não pode levar, em hipótese alguma, à excessiva proteção de uma das partes, sob pena de desestabilização do sistema. O "erro de cálculo" do agente é um instrumento que premia a eficiência do outro. No processo de interpretação dos contratos mercantis, a boa-fé não pode ser confundida com equidade ou com "consumerismo", erro em que incidem vários autores não habituados à dinâmica do mercado (FORGIONI, 2010, p. 73). O dever de respeito à boa-fé tende à diminuição dos custos de transação e ao incremento das relações econômicas, coibindo o oportunismo.

Forgioni (2010) relata ainda que a boa-fé desempenha três principais funções no sistema de direito empresarial, conforme ressaltadas por Judith Martins-Costa: é pauta de comportamento para os agentes econômicos, impondo limites ao exercício dos direitos (Art. 187 do Código Civil[13]); é pauta de interpretação já que a exegese jamais poderá ser contrária à

[13] CCB/2002: "Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exerce-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

boa-fé (Art. 113 do Código Civil[14]); é pauta para integração dos negócios empresariais, por se prestar como instrumento à resolução do problema da incompletude contratual.

Citando Roppo, Forgioni (2010) identifica os seguintes desdobramentos concretos do principio da boa fé: dever de oferecer à outra parte oportunidade para sanear vício da prestação recebida quando possível e razoável; dever de cooperação, para possibilitar o adimplemento da obrigação pela contraparte; dever de conceder à contraparte oportunidade para correção de erros ou de equívocos que poderia trazer incerteza à relação; dever de modificar a prestação para realizar o interesse da contraparte, quando isso for possível com mínimo de sacrifício; dever de agir com coerência, mantendo a lógica dos próprios atos de forma a não frustrar a expectativa que germinava na contra parte; proibição do tratamento discriminatório da contraparte e, finalmente; a proibição de exercitar direitos assegurados em contrato de maneira formalmente lícita, mas substancialmente desleal ou danosa para a contraparte.

Daí destacam-se alguns desdobramentos do princípio da boa-fé que mais importam à nossa análise e que merecem destaque, de um lado, a possibilidade de sanear vícios, erros ou equívocos, o dever de cooperação, o dever de alterar obrigações quando exige mínimo de sacrifício da contraparte; a proibição de exercitar direitos de forma substancialmente desleal ou danosa para a contraparte.

De outro lado, as situações de egoísmo e oportunismo do agente econômico. O egoísmo (característica do agente) e oportunismo (o agir impelido pelo egoísmo) são tomados pelo sistema como características da empresa ou de seu comportamento que, algumas vezes, devem ser toleradas e, em outras, evitadas e proibidas também no interesse geral do mercado (FORGIONI, 2010, p. 113).

Entre os dois extremos apontados, talvez esteja a necessidade de conceber a relação entre credores e devedores não como de subordinação, mas como de cooperação e de colaboração. O adimplemento de uma obrigação deve ser levado a efeito de forma mais satisfatória para o credor, mas também de maneira menos onerosa ao devedor. Em determinadas

[14] CCB/2002: "Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração".

situações, a indenização por perdas e danos pode substituir de forma eficiente a obrigação inadimplida pelo que não deve ser desconsiderada.

Há, portanto, uma área cinzenta que convida à análise aprofundada que inicia na álea normal dos contratos empresariais, que passa pela questão de erros aceitáveis de avaliação do empresário e segue até o ponto que não pode ser mais tolerado, no interesse geral dos negócios empresariais. Na mesma linha, recomenda-se a análise das situações em que o enriquecimento desproporcional de uma parte ocorre à custa do prejuízo da outra que, apesar de formalmente legais, seriam substancialmente desleais e oportunistas. E se a solução não caminhar para a revisão do contrato, deve-se considerar a possibilidade da resolução ser mais eficiente.

4. EFFICIENT BREACH OF CONTRACT: DOUTRINA E ARTICULAÇÕES COM O SISTEMA BRASILEIRO

Para a Teoria do Inadimplemento Eficiente, em certas situações, a melhor opção disponível para um devedor poderá ser descumprir o contrato quando os custos com o cumprimento superarem os custos com as consequências do inadimplemento (LOPES, 2011, 89). E o descumprimento pode ocorrer por motivos oportunistas ou por outros motivos que poderão ser eficientes ou não (POSNER, 2012, P. 89).

Lopes (2011, p. 82), ao tratar da mitigação dos prejuízos no Direito Contratual, desenvolve a aplicação da análise econômica na minimização do prejuízo contratual em diferentes situações. A análise econômica do direito permite avaliar a eficiência de determinada norma para obtenção do objetivo desejado, minimizando custos, desperdícios e ampliando a geração de riquezas, podendo ser aplicada aos contratos.

O citado autor avalia situações em que ocorre o inadimplemento eficiente de obrigações:

> *"... o inadimplemento será eficiente se o custo de cumprimento para o devedor for maior que o benefício que o credor obtém do contrato. Nesta 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 que se o contrato fosse adimplido, atendendo ao critério de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks" (LOPES, 2011, p. 89).

Partindo da constatação de que existem situações em que o inadimplemento é mais eficiente do que o adimplemento, juristas, sobretudo norteamericanos, passaram a defender que o direito não deveria criar mecanismos que barrem a possibilidade de uma das partes descumprir o contrato se tal inadimplemento é eficiente. Daí porque se admite o pagamento de indenização pelas perdas e danos no lugar da execução específica da obrigação. A Teoria do Inadimplemento Eficiente parte do pressuposto que o credor pode obter todo o benefício que teria com o contrato por meio da indenização (LOPES, 2011. p. 91).

Em contraponto, Lopes (2011) sustenta que a cultura jurídica brasileira vê a execução específica como a melhor forma de sanção a ser aplicada ao devedor inadimplente. O fundamento seria que a opção que disponibiliza para o credor a situação mais próxima àquela prometida. Essa preferência teria sido consagrada no art. 947[15] do Código Civil e o legislador contribuiu com a inclusão na legislação de mecanismos para aumentar a eficácia da tutela específica da obrigação.

Partindo daí, Lopes (2011) infere que a doutrina e a jurisprudência nacionais tendem a não aplicar a Teoria do Inadimplemento Eficiente se essa restringir a possibilidade de reação por meio da tutela específica.

De toda sorte, há que se avaliar se a opção pela tutela específica pode ser mais eficiente, principalmente quando se leva em consideração a demora na prestação jurisdicional. A admissão de tal teoria oferece também alternativa de resolução de conflito extrajudicial e pode contribuir para redução de situações de oportunismo quando a mora do judiciário é utilizada em favor do inadimplemento.

Em determinadas situações, será mais eficiente aplicar a Teoria do Inadimplemento Eficiente. Por exemplo, um contrato que envolve o fornecimento de um bem ou a prestação de

[15] CCB/2002: Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.

serviço. Havendo inadimplemento, a mora processual na tutela específica é um aspecto que deve ser avaliado. Pelo lado do credor, pode ser mais eficiente optar pela rescisão do contrato e pela indenização por perdas e danos do que aguardar a tutela específica, especialmente quando se tratar de obrigações fungíveis.

Porém, pelo lado do devedor, pode ser mais eficiente tomar a iniciativa de resolução e pagar a indenização por perdas e danos, do que manter um contrato que julga ser mais prejudicial. A questão que se apresenta é se o direito brasileiro admite a escolha da parte inadimplente de buscar a resolução do contrato, ainda que arque com a indenização por perdas e danos e/ou penalidades aplicáveis.

Para reforço argumentativo, vale fazer uma análise sob o enfoque da eficiência. Se com a quebra contratual, uma das partes fica em situação mais vantajosa do que estava anteriormente, superando a perda da parte prejudicada, e há possibilidade de compensação para o perdedor, então o inadimplemento pode ser Kaldor-Hichs eficiente (VELOSO, 2013). A compensação faria atender ao pressuposto de que o Direito Contratual deve proteger a eficiência e a quebra eficiente.

As cortes norteamericanas privilegiam a indenização e não a execução específica justamente para evitar que os tribunais se envolvam na administração do contrato e porque o Efficient Breach pode produzir alocação de recursos mais eficiente do que do contrato originalmente celebrado. No direito norteamericano, o contrato é mais um ato econômico. E avaliando a experiência norteamericana é que se pode repensar uma certa prevalência da execução específica sobre a indenização, inclusive com apoio nos Arts. 474, 475, 478[16], 187, 421[17], 317[18], 389, do Código Civil de 2002.

A execução específica pode representar alto custo de agência em razão da assimetria de informação entre os agentes econômicos e o Estado-Juiz. E, muitas vezes, o

[16] CCB/2002: 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.

[17] CCB/2002: Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

[18] CCB/2002: 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.

descumprimento torna a execução específica impossível ou inviável até mesmo em razão da mora processual. O judiciário lento e com alto índice de litigantes objetivando a execução específica e revisão contratual, não expressa um cenário que beneficia o mercado e as relações contratuais, menos ainda diante da livre possibilidade de fundamentar o descumprimento eficiente de Kaldor-Kichs (VELOSO, 2013).

No artigo Why No "*Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract*" (SCALISE JUNIOR, 2007), Ronald Scalise Jr apresenta a teoria do *efficient breach of contract* sustentada inicialmente pelo movimento *Law and Economics* e os obstáculos culturais e doutrinários que se interpõem para o reconhecimento acadêmico e jurisprudencial da teoria nos sistemas que adotam o Civil Law. O autor reconhece que não há propriamente uma divisão entre Common Law e Civil Law quando se analisa a Teoria do Efficient Breach.

Por outro lado, em interessante trabalho, Smits (2014) avalia a aplicação do Inadimplemento Eficiente e da Execução Específica nos sistemas legais Europeus, com ênfase na 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 da resolução contratual.

Com os citados autores, pode-se observar que há um movimento de fortalecimento do Efficient Breach que permite a releitura de alguns dogmas da tradição contratual do Civil Law. Os princípios contratuais calcados no Direito Civil do século passado devem ser revistos especialmente com fundamento no Direito Empresarial. A dinâmica dos negócios indica a necessidade de perceber situações que exigem novos olhares.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme desenvolvido, a doutrina clássica civilista parte da premissa que assiste ao credor o direito de exigir que a obrigação seja cumprida como se convencionou ou optar pela indenização por perdas e danos. A parte devedora não teria tal direito, embora tal regra comporte exceções admitidas desde o Código Civil de 1916 como também pelo Código Civil de 2002.

O cerne do presente artigo, no entanto, foi discutir tal dogma de modo a expor os contornos de um possível direito da parte devedora pleitear a resolução arcando com o pagamento da indenização correspondente por perdas e danos. Em determinadas situações, a decisão de se aceitar a resolução do contrato e o pagamento de indenização pode ser mais eficiente do que se pleitear o cumprimento do contrato via execução específica. Mais do que isso, é possível dizer que a atuação da parte adimplente pode chegar a ser abusiva em determinadas situações, oportunista, de modo a delinear o direito da parte devedora em pleitear a resolução.

O debate invoca a concorrência entre princípios praticados pelo Direito Civil e pelo Direito Empresarial, com os princípios do equilíbrio contratual e da boa-fé objetiva. Revisitando os princípios de Direito Empresarial aplicáveis aos contratos, pode-se concluir que o *pacta sunt servanda* não é absoluto. Do mesmo modo que busca evitar o oportunismo da parte devedora também não deve ser usado em favor do oportunismo da parte credora. Concebendo-se situações em que a análise econômica demonstra que a resolução por iniciativa da parte devedora é eficiente, não gerando perdas para outra parte credora, convém relativizar o *pacta sunt servanda*. O *pacta sunt servanda* também não pode ser invocado com abuso de direito ou por simples capricho.

O mote deve ser o da colaboração e da cooperação entre as partes sob o esteio da boa-fé objetiva. Se a parte devedora está até então adimplente e demonstra que a resolução é Kaldor-Kichs eficiente, importando em ganhos para ela e para outra parte, convém avaliar se a negativa da parte credora não importaria em abuso do direito de se manter um contrato. Tal situação poderia ser ainda mais agravada no caso em que a resolução seguida de indenização não gerar sacrifício considerável ou injusto para a parte credora.

Ademais, como visto, o sistema jurídico não deve obrigar a parte a ter prejuízos, quanto mais se possuir a disposição alternativa que reduz as perdas e indeniza a outra parte. Se as partes contratam em vista de determinado escopo e função econômicos, não alcançando [*ou antevendo-se que não serão alcançados*] os objetivos, deve ser autorizado à parte se desvincular.

A resolução por inadimplemento eficiente parece concatenada com a racionalidade limitada e com a incompletude contratual, especialmente em contratos complexos e/ou de longo prazo. Admitir a resolução teria o potencial de reduzir custos atrelados à incerteza de eventual desequilíbrio econômico-financeiro.

Ao final, tem-se que o sistema jurídico não abraça o *pacta sunt servanda* como direito assegurado em contrato de maneira formalmente lícita, mas substancialmente desleal ou danosa para a contraparte. Portanto, pode-se admitir em determinadas situações a aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente.

Embora haja certa tradição na aplicação do direito da parte credora à execução específica, parece que existem fundamentos e base legal suficientes para a aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente no Brasil.

Observando-se outros ordenamentos, verificou-se que a barreira do Efficient Breach não é do Civil Law, conforme demonstrado por Scalize Junior (2007). Por sua vez, embora seja um pilar do Civil Law, a execução específica da obrigação inadimplida parece cair em desuso e o Efficient Breach tem sido cada vez mais usado em países Europeus, conforme observado por Smits (2014).

Tais conclusões merecem, no entanto, maior aprofundamento e amadurecimento por se esbarrar em dogmas tão centrais do sistema jurídico. Convém lembrar que a resolução por inadimplemento eficiente, ainda que não empregado com fundamento expresso na análise econômica, pode ser admitida pelo ordenamento jurídico brasileiro, como ocorre nas relações consumeiristas e trabalhistas.

Daí a necessidade de uma análise mais aprofundada do instituto da resolução por inadimplemento eficiente para estabelecer os seus critérios e os seus limites, se confrontadas as situações de oportunismos ou situações em que pode esbarrar na aplicação de outros institutos acolhidos pelo Direito Empresarial. Confirmada compatibilidade com o ordenamento nacional, pode-se até mesmo sugerir que tal instituto seja acolhido expressamente pelo projeto de novo Código Comercial que tramita no Congresso Nacional.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado. Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor (Resolução). Rio de Janeiro, Aide Editora, 1991.p.7-8.

ASSIS Araken de. Resolução do Contrato por Inadimplemento. 2ª Edição Revista e Atualizada. Editora Revista dos Tribunais, 1994. P 12.

BRASIL. Lei Federal nº 3.071 de 1916. Código Civil brasileiro de 1916.

BRASIL. Lei Federal nº 10.406 de 2002. Código Civil brasileiro de 2002.

FORGIONI, Paula A. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GOMES, Orlando. Contratos, 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 174.

LOPES, Christian Sahb Batista. A Mitigação dos Prejuízos no Direito Empresarial. Teses de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Geris - UFMG, 2011.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Lesão nos Contratos. Rio de Janeiro: Forense, 1993.p. 186.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito privado, vol. 3: Contratos, declaração unilateral de vontade, responsabilidade civil, 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 158.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado: Parte Especial. T 25. 3ª Ed. Rio de Janeiro, Borsoi, 1971.

SCHWARTZ, Alan; MARKOVITS, Daniel. The Myth of Efficient Breach. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Spring 4-2010.

SCALISE JR, Ronald J. Why No "Efficient Breach" in the Civil Law?: A Comparative Assessment of the Doctrine of Efficient Breach of Contract. The American Journal of Comparative Law, Vol. 55, No. 4 (Fall, 2007), pp. 721-766. Published by: American Society of Comparative Law. Stable URL: http://www.jstor.org/stable/20454595. Accessed: 25-05-2015 17:11 UTC.

SCHWARTZ, Alan; MARKOVITS, Daniel. The Myth of Efficient Breach. Yale Law School Legal Scholarship Repository. Spring, 2010.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de direito civil, vol. 3, 6ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1996. p. 204.

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