

“INADIMPLEMENTO EFICIENTE” (*EFFICIENT BREACH*) NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS¹

Juliana Krueger Pela²

I. CASOS CONCRETOS EM QUE SE APRESENTA O PROBLEMA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE.



m 2004, uma polêmica propaganda de cerveja gerou interessantes debates sobre inadimplemento contratual no Brasil. O folclórico caso pode ser assim resumido³: o cantor Zeca Pagodinho, notório consumidor de cerveja, foi contratado pela cervejaria Schincariol para atuar em campanha da marca Nova Schin. No instrumento contratual 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%. Após a veiculação do comercial da marca Nova Schin, o mesmo cantor gravou outra propaganda, desta vez para uma cervejaria concorrente (Ambev), enaltecendo as qualidades da cerveja Brahma e se referindo à primeira, cerveja objeto da peça publicitária anterior como “paixão de verão”. Seguiu-se a esses eventos um litígio, levado ao Poder Judiciário paulista. As questões ventiladas na demanda, de modo geral, podem ser assim apresentadas: poderia o cantor descumprir deliberadamente o contrato, em especial a cláusula de exclusividade, desincumbindo-se do

¹ Trabalho apresentado no Colóquio Luso-Brasileiro sobre Contrato e Empresa, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 13 de outubro de 2015.

² Professora Doutora do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Advogada em São Paulo. Email: julianapela@usp.br

³ Para informações adicionais, vide: Apelação n. 7155293-9, TJ-SP, j. em 09.04.2008.

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?

Perguntas como essas são ainda mais interessantes em contratos tipicamente empresariais⁴.

Em contratos de transporte, frequentemente celebrados no mercado de logística, por exemplo, é usual a chamada cláusula “*take or pay*”. O exportador celebra contrato de transporte de longo prazo com o operador logístico. É obrigação do operador, a cada safra, transportar certa quantidade de grãos, do armazém ao porto. Mesmo que não use efetivamente o serviço de transporte, para o transporte de grãos, deve mesmo assim pagar determinado valor ao operador logístico, pela tão só disponibilidade do serviço, independentemente de sua efetiva fruição; a cláusula é formulada em termos bilaterais, de modo que, em resposta a eventual falha na disponibilidade do serviço, é o operador logístico que deve pagar o mesmo montante ao tomador do serviço de transporte. Em determinada safra, em que houve aumento da demanda por transporte ao porto, o operador logístico utiliza os vagões destinados àquele exportador para outra finalidade (contratação com terceiro, por preço mais vantajoso). Pode o transportador deixar de transportar os grãos e somente pagar o valor previsto no contrato?

Contratos de fornecimento, ademais, costumam prever cláusulas de entrega de quantidade mínima e impõem multa para a hipótese de descumprimento. Se o fornecedor deixar de entregar a quantidade mínima e vender a matéria-prima (gás natural, por exemplo) para outro comprador, o contratante original ficará desabastecido e isso certamente prejudicará a sua

⁴ Embora a rigor a natureza empresarial do contrato entre Zeca Pagodinho e a cervejaria Schincariol possa ser questionada – já que se trata de um artista – não se nega que esse contrato e principalmente seu descumprimento seguem uma lógica empresarial. Houve, na verdade, o rompimento do contrato para favorecimento da cervejaria concorrente.

produção. Pode o fornecedor exonerar-se da obrigação apenas mediante o pagamento de multa contratual, como se se tratasse de obrigação alternativa, com atribuição do direito de escolha ao devedor?

A mesma pergunta caberia no âmbito de contratos de venda futura de soja, celebrados por produtores para o financiamento da safra⁵. No momento da venda, o preço da soja no mercado *spot* sobe, tornando-se maior que o preço previamente acordado com as contrapartes adquirentes na compra e venda futura. Os produtores então, deliberadamente descumprem o contrato. Teria havido, na espécie, “inadimplemento eficiente”?

Esses casos podem ser analisados sob diversos enfoques dogmáticos (caráter compensatório ou punitivo da multa, natureza da cláusula penal, caracterização de obrigações alternativas, possibilidade de execução específica). Mas qualquer que seja o uso instrumental desses conceitos, as soluções jurídicas contrapostas, oferecidas pelos diferentes sistemas jurídicos, revelam visões distintas sobre o contrato, sua função e os mecanismos de alocação de riscos que ele engendra.

II. POSSÍVEIS SOLUÇÕES JURÍDICAS.

II.1 PRIMEIRA SOLUÇÃO. *COMMON LAW* E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.

A primeira solução jurídica aventada para esses casos consiste em aceitar o simples pagamento da multa em substituição à prestação inadimplida, liberando-se com isso o devedor do vínculo obrigacional. Ela decorre do pragmatismo próprio aos sistemas de *common law* e tem sido explorada por

⁵ Esses contratos – e as decisões judiciais sobre os litígios a eles relacionados – foram analisados por REZENDE, Christiane L.. ZILBERSZTAJN, Decio. Quebras contratuais e dispersão de sentenças. *Revista Direito GV*. São Paulo, jan-jun 2011, p. 155-176.

estudos de Análise Econômica do Direito.

Segundo esses estudos⁶, ao prever uma multa (consequência pecuniária pelo descumprimento de uma obrigação), as partes – no pleno exercício de sua liberdade contratual – estabelecem (economicamente) uma opção ao devedor: cumprir ou pagar. Essa opção é, *ab initio*, de pleno conhecimento do credor.

No contrato, portanto, as partes alocam riscos e precificam suas prestações. Fazem concessões recíprocas com base nessa precificação e nessa alocação de risco⁷. A multa é negociada com a finalidade de suprir a ausência de prestação. As partes anteveem qual será seu risco, avaliam-no e o cifram no valor da multa contratual.

Assim, remediar o inadimplemento com o pagamento de multa contratual, que seria assim um substituto perfeito do adimplemento, consiste em uma solução de extrema aderência ao que foi negociado pelas partes. Há nisso um respeito ao *pacta sunt servanda* e à liberdade contratual, com pouca – ou nenhuma – intervenção no equilíbrio contratual original.

Ademais, não há que se perquirir culpa no inadimplemento, o que torna a análise do julgador (judicial ou arbitral) mais simples e objetiva. Não por outra razão, o polêmico artigo de POSNER acima mencionado intitula-se *Let's never blame a contract breaker*.

Essa solução reconhece que os custos, para o devedor, do cumprimento da prestação podem exceder o benefício do credor em ter a prestação adimplida. Nesse caso, diz-se que inadimplemento é ineficiente. O eficiente seria o inadimplemento. Haveria, portanto, *efficient breach* sempre que o benefício para o credor em ter a prestação adimplida é inferior ao custo

⁶ Confira-se, por todos: POSNER, Richard. *Let's never blame a contract breaker*. *Michigan Law Review*. vol. 107. no. 8, jun., 2009, p. 1349-1363.

⁷ Conforme explicam Hans-Bernd SCHÄFER e Claus OTT na obra *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução: Macarena Von CarstennLichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991. p. 262.

para o devedor em adimpli-la⁸. Nesse caso, o devedor poderia descumprir, desincumbindo-se do vínculo mediante pagamento (de indenização fixada por terceiro – juiz ou árbitro – ou de valor já pré-fixado pelas partes no contrato, situação ainda mais clara). O “saldo líquido” do contrato é positivo, por isso seria eficiente.

Além disso, esse tipo de solução, sob certa perspectiva, elimina custos de transação no desfazimento de relações contratuais e pode permitir um funcionamento mais eficiente do sistema de preços. Se há agentes econômicos dispostos a pagar mais pela soja, ou pelo transporte, ou ainda pelo direito de imagem do cantor, o direito dos contratos deve se fazer permeável ao fluxo de informações sobre oferta e demanda veiculado pelo sistema de preços. Para tanto, ele autorizaria o rompimento do vínculo inicial, mediante o pagamento do valor avençado, para então liberar o devedor para se engajar na operação econômica alternativa, que estaria mais sintonizada com as novas informações disponíveis em mercado sobre o valor dos bens objeto da operação econômica.

II.2 SEGUNDA SOLUÇÃO. CRÍTICA À PRIMEIRA SOLUÇÃO. *CIVIL LAW*

A referida primeira solução sofre fervorosas críticas, em geral apresentadas por estudiosos de sistemas de civil law⁹,

⁸ POSNER, Richard. Let's never blame a contract breaker. *Michigan Law Review*. vol. 107. no. 8, jun., 2009, p. 1349-1363. MCNEIL, Ian. Efficient breach of contract: circles in the sky. *Virginia Law Review*. vol. 68. n. 5. p. 947-969, maio 1982.

Sob esse conceito, é inclusive discutível se a todos os casos acima descritos seria aplicável a teoria do *efficient breach*. Isso porque “custo do devedor para adimplir a obrigação” é diferente de “maior lucro para o devedor ao inadimplir a obrigação”. Essa diferenciação me parece fundamental para determinar os contornos e a aplicabilidade do *efficient breach*.

⁹ Conforme relatado por SCALISE Jr., Ronald. Why no efficient breach in civil law? A comparative assesment of the doctrine of efficient breach in contract. *The American Journal of Comparative Law*. vol. 55. n. 4. 2007, p. 721-766.

com base em diversos argumentos.

Inicialmente, alega-se que o *efficient breach* afasta a força vinculativa do contrato (*pacta sunt servanda*). O contrato de nada serve e não tem valor, já que uma parte pode deliberadamente descumpri-lo.

Ignora, ademais, que o interesse do credor é a prestação, não sua conversão em dinheiro via indenização por perdas e danos. Por isso, há quem defenda que, mesmo em sistemas de *common law*, contratos de propriedade intelectual, como os de transferência de tecnologia, não podem se sujeitar a inadimplementos eficientes¹⁰.

Além disso, em razão da incompletude contratual – decorrente, por sua vez, da assimetria de informação – a multa fixada quando da contratação nem sempre é substituta perfeita da prestação, no momento do inadimplemento. As condições de mercado mudam e não é possível antever com precisão qual será a multa adequada para afastar ou remediar o descumprimento.

No contexto dessas críticas, costuma-se afirmar ainda que o *efficient breach* protege o comportamento oportunista. Não pune o deliberado inadimplemento, até o estimula, já que equipara o descumprimento deliberado ao culposos¹¹. Permite que o contratante “saia” do contrato – de longo prazo, que gerou expectativas mútuas – quando lhe convier, simplesmente pagando uma multa¹².

¹⁰ Sobre esse debate, confira-se: EPSTEIN, Richard A.. Intellectual Property and the law of contract: the case against 'efficient breach' (October 31, 2013). *HOOVER IP Working Paper Series* n. 13002. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2344856> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2344856>; e CAHOY, Daniel R.. Oasis or mirage?: efficient breach as a relief to the burden of contractual recapture of patent and copyright limitations. *Harvard Journal of Law & Technology*. vol. 17, p. 135-178, 2003.

¹¹ Há, inclusive, estudos empíricos a respeito, como: WILKINSON RYAN, Tess. Do liquidated damages encourage breach? A psychological experiment. *Michigan Law Review*. vol. 108, p. 633, 2010. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1299817>.

¹² Ao contratar, a parte fez uma escolha: de permanecer vinculado pelo prazo estipu-

Seria, nesse sentido, uma solução contrária à boa-fé objetiva. Torna lícita a violação de deveres laterais de cooperação, como o dever de preservação do vínculo contratual. Há, inclusive, autores que a consideram imoral por estimular a “quebra da palavra empenhada”¹³.

Esse estímulo resultaria, segundo esses críticos, em insegurança para o adequado funcionamento do mercado. Afinal, não se pode contar que a obrigação será cumprida. Os efeitos imediatos, reconhecidos inclusive por autores de *common law*, seriam o aumento dos custos de transação e crise reputacional¹⁴. É o que identificou, por exemplo, Lisa BERNSTEIN ao analisar o funcionamento do mercado de algodão¹⁵.

II.3 A SOLUÇÃO BRASILEIRA.

Embora pouco se tenha escrito sobre a aplicação da teoria do *efficient breach* no Brasil, é possível identificar certos obstáculos legais e jurídicos à sua aplicação.

lado. Permitir o *efficient breach*, nesse sentido, seria dar a ela simultaneamente os benefícios de duas alternativas mutuamente excludentes (contratar e permanecer livre). Por isso alguns autores ironicamente afirmam que o *efficient breach* deve ser proibido porque não se pode “repartir o bolo e comê-lo ao mesmo tempo.” Em contratos empresariais, essa crítica reconduz-se à dicotomia, exposta por Ronald COASE, em seu consagrado *The nature of the firm*, entre “sistema de preços (contratação em mercado)” *versus* “empresa (contratação de longo prazo)”. Após a opção inicial pelo regime de contratação de longo prazo (empresa), não poderia o contratante simplesmente “pular” para o regime de mercado seguindo somente seus interesses.

¹³ SIDHU, Dawinder S., The immorality and inefficiency of an efficient breach. *Transactions: the Tennessee Journal of Business Law*. vol. 8. p. 61, 2006. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=936223>.

¹⁴ MCNEIL, Ian. Efficient breach of contract: circles in the sky. *Virginia Law Review*. vol. 68. n. 5. p. 947-969, maio 1982.

¹⁵ Embora não tenha tratado especificamente de *efficient breach*, a autora observou os efeitos do inadimplemento no mercado, com resultados úteis também ao presente tema. BERNSTEIN, Lisa. Private commercial law in the cotton industry: creating cooperation through rules, norms, and institutions. University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper no. 133. Agosto de 2001. Disponível em: SSRN: <http://ssrn.com/abstract=281437>.

O primeiro deles diz respeito à cláusula geral de boa-fé. À semelhança do que se observa em outros ordenamentos de origem romano-germânica, entende-se, no Brasil, que o inadimplemento deliberado contraria a boa-fé objetiva. Isso porque a contratação impõe às partes o dever de cooperar para a boa execução do contrato¹⁶. É o que se interpreta do vigente artigo 422 do Código Civil. E, mesmo antes da vigência do Código Civil, foi o que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu no importante precedente da recusa de compra da safra de tomates¹⁷.

O segundo obstáculo relaciona-se ao artigo 187 do Código Civil. Em tese, o inadimplemento deliberado poderia ser caracterizado como abuso de direito, e, portanto, como ilícito. Sob essa perspectiva, ao inadimplir voluntariamente, o titular excederia os limites de seus direitos contratuais, atribuindo-lhes finalidade diversa daquela pactuada e daquela econômica e socialmente esperada¹⁸.

O terceiro obstáculo vincula-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 podem não recompor integralmente o patrimônio do credor. Podem não co-

¹⁶ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 215 e p. 219-228.

¹⁷ O caso pode ser assim sintetizado: por diversos anos, uma indústria alimentícia antecipava sementes a produtores de tomates e, posteriormente, adquiria a respectiva safra. Na safra de 97/98, deixou de adquirir o produto, o que ensejou uma ação por parte do produtor. Embora o Tribunal tenha qualificado a situação como rompimento de tratativas, ela também poderia ser interpretada como inadimplemento deliberado, se se considerasse que o contrato já estava formado, como aliás mencionou o voto divergente do Des. Cezar Schmitt. Confira-se: Apelação n. 591.028.295, TJRS, j. 06.06.91.

¹⁸ Sobre abuso de direito e sua relação com a boa-fé: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015. p. 612.

brir, no exemplo do contrato de transporte, os custos para que o credor contrate outro meio de transporte, especialmente em um momento de crescimento da demanda pelo transporte e a eventual indisponibilidade de alternativas de escoamento da produção.

O quarto consiste na inexistência de obrigação alternativa, nos casos de *efficient breach*. Argumenta-se que, se as partes pretendiam dar ao devedor¹⁹ a opção de cumprir ou pagar a multa, deveriam – no sistema jurídico brasileiro – ter estipulado obrigação alternativa prevista no artigo 252 do Código Civil.

Por fim, o quinto – e talvez mais importante – obstáculo reside na possibilidade, prevista no artigo 461 do Código de Processo Civil vigente (de 1973), de o credor valer-se da tutela específica da obrigação, em caso de descumprimento. Em razão da tutela específica, aplicável às obrigações de fazer em geral, o credor não está adstrito a receber a multa pactuada, podendo obter – por via judicial – a satisfação da própria obrigação ou o “resultado prático equivalente ao do adimplemento”. A não ser que se admita a licitude de renúncias prévias a qualquer pedido de tutela específica, afasta-se, assim o *efficient breach*.

Portanto, no Brasil é juridicamente descabida a mera importação, ou transplante, da teoria do *efficient breach*. Seria preciso, antes, superar cada um desses obstáculos. Mas cumpre questionar, de *lege ferenda* e academicamente, é possível formular críticas a essa solução brasileira, especialmente nos contratos empresariais? Sim, cabe a rigor uma crítica.

III. CRÍTICA. O PONTO CEGO.

Desde 2002, o Direito Contratual positivo no Brasil é

¹⁹ VARELLA, Antunes. *Direito das obrigações*. v. I. Rio de Janeiro, Forense, 1977. p. 332-337.

unificado. Em tese, incide indistintamente sobre os contratos empresariais e sobre os civis ou existenciais. Mas a recente doutrina brasileira – representada por Paula FORGIONI²⁰ – destaca as diferenças funcionais dos contratos empresariais e defende a necessidade de aplicação seletiva de certas regras a contratos empresariais. Seria a suposta proibição ao *efficient breach* uma dessas regras a reclamar aplicação seletiva, nos contratos empresariais?

Isso porque se trata de contratos entre profissionais, que regem sua atuação em mercado e, que por isso, têm como seu centro de gravidade a questão da alocação de risco entre as partes. Ao estabelecerem uma cláusula de *take or pay*, por exemplo, as partes avaliam seus riscos, definem quais devem assumir e estabelecem o planejamento ou programa contratual. Nas palavras de SCHÄFER e OTT, contrato é o resultante “líquido” dessas avaliações de risco²¹. Na prática contratual, observa-se que empresários fazem, ou devem fazer, esse cálculo: quanto custa para cumprir o contrato *versus* quanto custa para rompê-lo? Agregar elementos externos a tal avaliação, como o cumprimento *via* tutela específica (aliás, inadequada em contratos empresariais de fornecimento de tecnologia, por exemplo) ou a fixação de perdas e danos em valor maior que a multa contratual, não contraria essa lógica? Não aumenta, injustificadamente, os custos de transação?

Mas permitir o inadimplemento eficiente, por outro lado, não seria realmente enfraquecer o contrato? Sem recorrer à tal “imoralidade” de que falam os autores de sistemas de *civil law*, não geraria efeitos perversos no mercado, em termos de reputação, para agentes que terão outras interações? Basta analisar o exemplo do mercado de algodão, citado por Lisa

²⁰ *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

²¹ *Manual de Análisis Económico del Derecho Civil*. Tradução: Macarena Von CarstennLichterfelde. Madrid: Tecnos, 1991. p. 262-263.

BERNSTEIN²², ou o que ocorreu no mercado de soja verde em Goiás (em que os produtores que descumpriram o contrato não encontravam compradores para a safra seguinte, conforme relatado por Cristiane REZENDE e Décio ZYLBERSTAJN²³).

Os dois argumentos procedem. Parece-me que o debate está, de certa forma, obscurecido e estagnado no Direito Contratual brasileiro. Obscurecido porque muitas vezes são propostas soluções calcadas apenas na cláusula geral de boa-fé, o que de alguma forma impede que sejam analisadas com maior cuidado e profundidade as circunstâncias subjacentes. Não que ela não deva ser aplicada. Longe disso. Porém, pode representar uma cortina de fumaça e tornar mais fácil para o julgador afastar-se do caso concreto. Estagnado porque concentrado apenas no Direito Contratual, cuja função – especialmente em sistemas de *civil law* – é dar segurança às interações, de forma que as regras instrumentais foram concebidas – e assim são interpretadas – para reprimir o descumprimento deliberado.

Entendo que, em se tratando de contratos empresariais, esse debate não pode prescindir do Direito Concorrencial. O descumprimento deliberado de contratos empresariais, em geral, tem motivações concorrenciais (ou anticoncorrenciais) e as ferramentas do Direito Concorrencial precisam ser utilizadas para alcançar uma solução jurídica completa. Em outras palavras: não se trata apenas de discutir moralidade ou imoralidade do descumprimento, ou o que esse descumprimento gera para a economia daquele contrato ou para o modelo de contrato adotado pelo ordenamento.

É preciso analisar o que o *efficient breach* significa no mercado (ou nos mercados, tratando-se de contratos empresariais de integração vertical) de atuação daquelas empresas. Houve abuso de poder econômico, ou de posição dominante? Havia

²² Conforme nota 16, acima.

²³ Quebras contratuais e dispersão de sentenças. *Revista Direito GV*. São Paulo, jan-jun 2011, p. 157.

monopólio, oligopólio, monopsônio, oligopsônio? Poder compensatório? Dependência? Havia situação de *hold up*?

Deve-se aprofundar e reforçar o necessário diálogo entre Direito Concorrencial e Direito Contratual em contratos empresariais. Ouso dizer que talvez deva haver um Direito Concorrencial Contratual, ou um Direito Contratual Concorrencial.

Afinal, o que há hoje entre esses dois campos do Direito é um ponto cego.

Veja-se o caso Zeca Pagodinho. Não se tratava, a bem da verdade, de um litígio entre um cantor e uma cervejaria, mas sim entre duas cervejarias. No entanto, o julgador não aprecia o caso sob o aspecto concorrencial²⁴. Nem se poderia exigir que o fizesse, pois não dispunha de ferramentas e recursos para tanto, embora tenha o poder para determinar execução específica ou para punir o descumprimento deliberado. E as autoridades concorrenciais tampouco têm esse poder (considerando uma demanda contratual *inter partes*), mas podem analisar a questão sob a perspectiva dos efeitos no mercado. Hoje, são análises estanques e separadas. Elas precisam dialogar. É imprescindível trazer luz a esse ponto cego, para que se possa enxergar e discutir o que se passa ali e proporcionar uma análise interdisciplinar do problema prático que é complexo – como a realidade irrefutavelmente é. O Direito é capaz de oferecer essa iluminação (não é preciso recorrer a Moral), mas para tanto não se pode pensar em incidências isoladas do Direito Concorrencial, de um lado, e do Direito Contratual, de outro. A tarefa é difícil, mas justamente por isso, desafiadora e instigan-

²⁴ Sabe-se que a atuação da Companhia de Bebida das Américas foi considerada concorrência desleal em outro processo (Apelação n. 9112793-79.2007.8.26.0000, TJ-SP, j. 12.06.2013). Essa circunstância não desautoriza a crítica aqui feita, já que: (i) a análise do litígio contratual realmente desconsiderou aspectos concorrenciais; (ii) concorrência desleal, na forma como atualmente prevista na Lei 9.279/96, tem contornos bastante mais restritos que o Direito Concorrencial; e (iii) a concorrência desleal foi invocada, no caso, para justificar a incidência de uma forma especial de responsabilidade civil.

te.

