

CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

31 JAN > 18 JUL 2022

EXECUÇÃO ESPECÍFICA: COMPARATIVO ENTRE O BRASIL E OS ESTADOS UNIDOS DE UMA VISÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Henrique Tetsuaki Matsura Misawa

Resumo: Este trabalho busca comparar a utilização da execução específica como remédio à quebra contratual no Brasil (*civil law*) e nos Estados Unidos (*common law*). Para tanto, analisaremos as origens históricas da execução específica em cada país, bem como as diferentes abordagens utilizadas para justificar sua utilização como solução primária ou subsidiária à violação contratual. Veremos como visões voltadas ao direito público (teoria do contrato social) e ao direito individual (liberalismo e análise econômica do direito) resultam em consequências bastante diversas aos contratos descumpridos.

Palavras-Chave: Execução específica, Análise Econômica do Direito, Quebra de Contratos.

Abstract: This research aims to compare the use of specific performance as a remedy for contractual breaches in Brazil (*civil law*) and in the USA (*common law*). Therefore, we shall analyze the historical origins of the specific performance in each country, as well as the different approaches utilized to justify its use as a primary or subsidiary solution to contract violations. We

shall observe how visions focused on public rights (social contract theory) and individual rights (liberalism and law and economics) result in very diverse consequences to breached contracts.

Keywords: Specific performance, Law and Economics, Contract breach.

1. INTRODUÇÃO



Em uma breve análise do direito dos contratos, podemos encontrar, tanto na *common law*¹ quanto na *civil law*², a defesa do princípio da *pacta sunt servanda*³. A consequência de tal liberdade é a oportunidade de inserir, dentro de certos limites, a vontade das partes na pactuação de contratos das mais variadas espécies. Mas, como em toda relação bilateral, existe a possibilidade de não cumprimento de obrigações.

¹ Estrutura jurídica praticada em países de tradição anglo-saxônica.

² Estrutura jurídica praticada em países de tradição europeia continental.

³ É o princípio da força obrigatória, segundo o qual o contrato faz lei entre as partes. "Assim, se pode dizer que *pacta sunt servanda* é o princípio segundo o qual o contrato obriga as partes nos limites da lei." Zunino Neto, Nelson. *Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem*. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=641>. Acessado em 30 de abril de 2023.

No Brasil, este princípio foi consolidado com a Lei nº 13.874/2019 (Lei da Liberdade Econômica – "LLE"), que surgiu com o intuito de estabelecer "*normas de proteção à livre iniciativa, ao livre exercício da atividade econômica e diretrizes sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, tomando como fundamentos dispositivos da CF (...)*". Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/339480/a-lei-da-liberdade-economica-e-a-teoria-geral-do-contrato>. Acessado em 30 de abril de 2023.

Desta feita, a LLE coloca-se como o instrumento normativo para buscar a redução da atuação do Estado na resolução de questões relativas a contratos entre entes privados, uma vez que em diversas oportunidades a intervenção do Estado pode vir a aumentar os custos de transação na condução de atividades econômicas de agentes privados. Sendo assim, de acordo com a LLE, privilegia-se o respeito ao *pacta sunt servanda*, *i.e.*, a vontade das partes acordada em contrato, condicionada à boa-fé no momento da contratação.

Observada a quebra, há algumas possibilidades de remédios desenvolvidos no decurso do estudo do direito dos contratos. Apesar de todas estas alternativas serem possíveis na *common law* e na *civil law*, denota-se uma preferência por soluções diferentes.

A primeira possibilidade é a restituição pecuniária por meio de pagamento de danos compensatórios. Esta é a alternativa preferida pelas cortes de *common law*.⁴ Na concepção clássica da *law & economics* de Richard Posner, ele denota que os efeitos de eficiência econômica sempre gerarão a melhor alternativa. Normalmente tal solução seria pecuniária, observada a premissa de que delimitar o dano esperado como remédio para quebras de contratos geraria um incentivo à violação contratual quando os lucros de tal quebra forem maiores do que os lucros esperados com a execução do contrato.⁵ Não obstante, teorias mais modernas têm defendido que o modelo mais eficiente seria enfatizar a incompletude dos contratos de forma a basear a escolha na vontade das partes no caso a caso.⁶ A *civil law*, apesar de aceitar este remédio (no Brasil, os arts. 234⁷ e 239⁸ do Código Civil) opta por privilegiar a execução específica (*specific performance*), como veremos abaixo.

Outra possibilidade é a chamada execução específica. Esta é a tradição da *civil law*⁹. Claro que, apesar de preferível

⁴ Dagan, Hanoch & Heller, Michael A., *Specific Performance*, Columbia Law & Economics Working Paper No 631, Columbia Public Law Research Paper No 14-674, Nova Iorque, p.8, 2020.

⁵ Posner, Richard, *Economic Analysis of Law*, v. 57, 1ª edição, 1972.

⁶ Dagan, Hanoch & Heller, Michael A., *op. cit.*, p.11.

⁷ Art. 234 do Código Civil: “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 e mais perdas e danos.”

⁸ Art. 239 do Código Civil: “Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.”

⁹ Art. 497 do Código de Processo Civil: “Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado

aos adeptos da *civil law*, a execução específica se torna impossível mediante o inadimplemento absoluto em razão de algum motivo superveniente à contratação¹⁰. Por exemplo, um bem infungível que é destruído torna a sua entrega impossível. Para a *common law*, a execução específica é a exceção, sendo que o *Uniform Commercial Code* norte-americano dispõe que ela é aplicável apenas nos casos em que o bem for único ou em outras circunstâncias apropriadas¹¹.

Por último, há a possibilidade de resolução do contrato¹². Nas palavras de Aline Terra (2017, p. 179), “*O exercício do direito formativo de resolução libera as partes da prestação que lhes cabia executar; manifestada a vontade de resolver o contrato, pode o credor se considerar, de plano, desvinculado da relação obrigacional. (...) Não se olvide que o efeito liberatório se produz em relação a ambos os contratantes, dispensando também o devedor de cumprir a prestação inadimplida*”.

O intuito desde breve artigo é a análise da execução específica. Por que há casos em que dever-se-ia optar ou não pela execução específica? Este é o questionamento mor que

prático equivalente.

Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo.”

Art. 498 do Código de Processo Civil: “*Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.*”

Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz.”

¹⁰ Bichara, Maria Carolina. O interesse do credor na prestação como critério de distinção entre as hipóteses de execução específica e execução pelo equivalente pecuniário. In: Terra, Aline de Miranda Valverde & Guedes, Gisela Sampaio da Cruz. Inexecução das Obrigações: Pressupostos, evolução e remédios, v. I, Rio de Janeiro, Editora Processo, p. 42, 2020.

¹¹ U.C.C. §2-716.

¹² Art. 475 do Código Civil: “*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.*”

gostaríamos de endereçar.

2. REPUTAÇÃO E MECANISMOS CONTRATUAIS: REMÉDIOS CONTRA AS QUEBRAS DE CONTRATOS

Antes de adentrarmos no universo das quebras de contratos, gostaríamos de pontuar brevemente a respeito de certas forças que ajudam a mitigar eventos de quebras contratuais, além dos incentivos estritamente legais que podem ser obtidos por ordens judiciais.

De acordo com Thomas S. Ulen¹³, existe uma forte correlação entre o desejo de manutenção da reputação das partes e a sua decisão em não quebrar um determinado contrato.

Para um empresário, a manutenção de uma reputação ilibada, de confiança, boa-fé e de cumpridor de contratos é um ativo difícil de mensurar, mas que, na prática, é reconhecido por clientes e fornecedores. Se, na prática, todas as condições dos negócios são iguais, é evidente que clientes e fornecedores escolherão contratar aquele empresário cuja reputação é mais louvável como cumpridor de obrigações contratuais.

Da mesma forma, consumidores também possuem uma grande preocupação com sua reputação devido à questão da sua análise de crédito. A quebra de contratos por parte de consumidores pode ocasionar o encarecimento de crédito ou até mesmo a sua impossibilidade de contratação no futuro. Este é um forte incentivo para que consumidores pensem duas vezes antes de descumprir contratos.¹⁴

A reputação torna-se um instrumento ainda mais forte em situações de negócios recorrentes e devido à troca de

¹³ Ulen, S. Thomas. *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*. Michigan Law Review. v. 83. 2ª edição, p. 347, 1984.

¹⁴ Ulen, S. Thomas. *op. cit.*, p. 347.

informações entre empresários¹⁵ e consumidores¹⁶. Digamos que uma montadora de carros contrate um fornecedor de peças, sendo que é realizada uma compra mensal de peças. Nesta relação recorrente, ambas as partes têm menos incentivos de quebrar o contrato em comparação com uma situação na qual ocorra apenas uma venda isolada. Isto pois, ao quebrar este contrato, da perspectiva de ambas as partes, há uma possibilidade maior de perda de futuros negócios entre elas, bem como há uma chance grande de o fornecedor e/ou a montadora informar seus pares a respeito da situação.

Por fim, podemos citar a importância da reputação a indivíduos que prestam serviços *intuitu personae*. Estamos considerando médicos, dentistas, advogados etc. Da mesma forma que o acima, uma má reputação a esses profissionais pode significar a condenação de seus negócios. Na realidade, é bastante comum que essas pessoas tomem providências extremas para proteger a sua reputação de escândalos e más condutas. Não é à toa que organizações de profissionais como o Conselho Federal de Medicina (CFM) ou a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) estabelecem critérios para a inclusão de membros. Qualquer ato considerado praticado por um médico ou advogado pode trazer uma mancha reputacional à instituição e aos demais pares.¹⁷

Em suma, a reputação poderia ser considerada um elemento de prevenção a quebras contratuais nos casos em que a

¹⁵ Aqui podemos citar o movimento do Banco Central do Brasil com relação à implementação do sistema do *Open Finance*, i.e., o compartilhamento de dados e informações de usuários entre as instituições financeiras. Se de um lado isto pode diminuir os custos de créditos aos usuários devido à possibilidade de uma melhor análise de risco de crédito pelas instituições financeiras, por outro, caso o usuário seja conhecido por ser inadimplente, tornar-se-á mais caro ou até impossível conseguir linhas de crédito.

¹⁶ Há diversos fóruns na internet para que consumidores possam compartilhar informações sobre os produtos e serviços de empresários. Tome-se como exemplo o site da Tripadvisor em que é possível averiguar as avaliações de estabelecimentos ao redor do mundo. A má reputação de determinado estabelecimento em uma plataforma dessa magnitude pode ser bastante ruim aos negócios.

¹⁷ Ulen, S. Thomas. op. cit., p. 348.

perda futura gerada pela má reputação no mercado seja maior do que os custos relacionados à quebra de determinado contrato. Quando o ganho atrelado à quebra for maior do que a perda vinculada à má reputação, a parte tenderá a optar pelo descumprimento do contrato.

Outra ferramenta disponível aos agentes do mercado para desincentivar quebras contratuais é a possibilidade de pactuação contratual de mecanismos de controle em casos de descumprimentos contratuais. No momento da celebração do contrato, as partes podem desenhar maneiras de lidar com a inadimplência para além de buscar uma decisão judicial que decida sobre a execução específica ou compensação pelo valor equivalente à prestação. Pode ser estabelecida uma multa não compensatória (correspondente aos *punitive damages*¹⁸, ou danos punitivos¹⁹) ou a prestação de garantias vinculadas à performance das obrigações pactuadas. Tais mecanismos aumentam o custo de oportunidade em comparação à opção de violação contratual, ou seja, encarece-se o custo financeiro para que uma parte quebre o contrato. Tomando casos de fusões e aquisições (M&A) como exemplo, é bastante comum que em contratos de compra e venda de participação societária sejam estabelecidas multas não compensatórias pela quebra de declarações e garantias, além de apresentação de diversas garantias para fazer frente a contingências levantadas durante a *due diligence* realizada antes da assinatura

¹⁸ “O instituto dos *punitive damages* foi gradativamente incorporado pelo direito norte americano, tendo sido consagrado por decisões da Suprema Corte já em 1851, sendo disseminado por quase todos os Estados, sempre com o objetivo de punir (*punishment*) e desestimular ou prevenir (*deterrence*) condutas que se revelassem especialmente maliciosas, opressivas ou cruéis. (...) os *punitive damages* pretendem a punição da conduta do agente, na sua dupla vertente retributiva e preventiva, voltada à ideia de desestímulo.” Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/336745/a-doutrina-dos-punitive-damages-e-a-fixacao-dos-danos-morais-no-sistema-de-justica-brasileiro>>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

¹⁹ Além da nomenclatura de danos punitivos (tradução literal da expressão original em inglês) tal instituto importado está relacionado ao direito de responsabilidade civil e obtenção de perdas e danos. No Brasil, os danos punitivos são aplicados principalmente em casos de alegação de dano moral.

do contrato.

Não obstante, apesar da prevalência do *pacta sunt servanda*, bem como da busca à diminuição dos custos de transação ao tentar reduzir a atuação do Estado na resolução de questões relativas a contratos privados, a liberdade econômica deve ser delimitada em certa medida para evitar a ocorrência de abusos. Uma corte não é obrigada a executar uma multa abusiva²⁰, que vai muito além do que seria devido como perdas e danos ou alguma medida que venha a violar alguma lei ou política pública.²¹

Logo, se calculada de maneira razoável e criteriosa, o estabelecimento de danos punitivos ou garantias aos contratos podem ser grandes ferramentas para cumprir um papel punitivo-pedagógico incentivando as partes a não violarem suas obrigações sob os contratos.

Yonathan A. Arbel compila e sumariza em seu artigo “*Contract Remedies in Action: Specific Performance*” diversas teorias aclamadas por outros autores a respeito da força da moral para o respeito à expectativa de cumprimento dos contratos.²² Haveria um dever moral de não causar danos após a invocação da expectativa de cumprimento dos contratos ao qual os indivíduos, como agentes virtuosos, estariam vinculados.

3. QUEBRAS DE CONTRATO

Na medida em que muitos dos contratos possuem

²⁰ “Admite-se a revisão do valor fixado a título de condenação por danos morais em recurso especial quando ínfimo ou exagerado, ofendendo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A indenização por danos morais possui tríplex função, a compensatória, para mitigar os danos sofridos pela vítima; a punitiva, para condenar o autor da prática do ato ilícito lesivo, e a preventiva, para dissuadir o cometimento de novos atos ilícitos. Ainda, o valor da indenização deverá ser fixado de forma compatível com a gravidade e a lesividade do ato ilícito e as circunstâncias pessoais dos envolvidos”. (STJ, REsp 1440721/GO, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 11.10.16, DJe 11.11.16).

²¹ Ulen, S. Thomas. op. cit., p. 350.

²² Arbel, Yonathan A. *Contract Remedies in Action: Specific Performance*. West Virginia Law Review. WVU College of Law. v. 118. 1ª edição. p. 376. 2015.

obrigações continuadas, com o passar do tempo há uma probabilidade razoável de ocorrência de desentendimentos entre as partes, principalmente devido à pressão de externalidades. Por exemplo, mudanças bruscas no cenário macroeconômico (pandemia de COVID-19), mudanças legislativas que impactam a relação contratual (aumento de impostos ou regulamentação de mercados) etc. Visando prever o futuro dos contratos, seja para tentar evitar rescisões ou para pacificar conflitos, as partes normalmente inserem ao texto certos mecanismos contratuais na medida em que tais contratos *"não contêm — e não podem mesmo conter — a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes"*²³. Logo, devido ao alto custo de transação para tentar prever todas as potenciais situações aplicáveis aos contratos, evidencia-se uma incompletude inerente às avenças, sendo que sempre haverá o risco de rompimento.²⁴

Esta é a teoria dos contratos incompletos. Nas palavras de Tiago Faganello:

"A teoria dos contratos incompletos reconhece que a negociação, a busca pela informação, a elaboração e a explicitação de todos os aspectos que possam afetar o vínculo contratual na busca exaustiva por um clausulado contratual completo — em especial em relações que se pretende sejam duradouras — podem encontrar entraves em uma análise de custo e benefício. O inacabamento contratual no âmbito empresarial, em especial nas relações de longo prazo, representa uma dificuldade prática em descrever e estipular ex ante, com detalhes e precisão, todos os eventos futuros que venham a interferir nas obrigações pelas quais as partes envolvidas em uma determinada relação jurídica estão vinculadas. De tal modo, o contrato incompleto será uma resposta inicial, calcada em uma análise de custo e benefício, à existência das falhas de mercado existentes em toda e qualquer operação empresarial.

²³ FORGIONI, Paula A. Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 155, 2015.

²⁴ FORGIONI, Paula Andréa. Teoria Geral dos Contratos Empresariais. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 153-154, 2009.

Considerando a natural incompletude dos contratos empresariais de longa duração, as partes devem se atentar à necessidade de adequação do negócio ao longo da relação contratual no caso de "acidente de percurso". O contrato, nesse sentido, passa ser um mecanismo de coordenação das condutas das partes, refletindo um modelo de estruturas ou mecanismos de governança estabelecido pelos agentes econômicos envolvidos na transação para solucionar conflitos ex post.

Portanto, considerando que os empresários, quando entram em uma relação contratual de longa duração, têm por objetivo economizar custos de transação, reduzir a assimetria informativa e estabelecer salvaguardas contra comportamentos oportunistas — como, por exemplo, as cláusulas de hardship e most favored nation —, estimulando a cooperação e a boa-fé entre os empresários contratantes, essa relação pode se mostrar eficiente na criação de graus de confiabilidade para manutenção do vínculo contratual.

É muito importante a elaboração de estruturas contratuais que determinem a renegociação do contrato e representem o desejo das partes de manter o vínculo contratual, cujo encerramento ou discussão judicial (ou arbitral) traria custos para ambas as partes, custos (incluindo o da incerteza da decisão a ser proferida por um terceiro julgador) presumidamente superiores aos eventuais custos de renegociação.”²⁵

Não obstante, apesar de trazer certa estabilidade à relação contratual frente a incertezas quanto ao futuro de tal relação, os mecanismos contratuais podem não ser suficientes para sanar as assimetrias/desavenças, as quais levam inexoravelmente à quebra de contratos.

Neste capítulo analisaremos a (i) Teoria do Inadimplemento Eficiente (*Efficient Breach Theory*), uma explanação econômica para as quebras de contrato, e (ii) a Teoria do Resultado Justo (*Fairness Theory*), que combina elementos econômicos e de equidade nos termos das transações para quebras de contratos.

A essência da Teoria do Inadimplemento Eficiente foi

²⁵ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/faganello-incompletude-contratos-longa-duracao#_ftn17>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

resumida de maneira magistral por Thomas S. Ulen: *“There are circumstances in which performance of an otherwise legitimate contractual promise would be inefficient.”*²⁶ Em tradução livre: *“Há circunstâncias em que a execução de um compromisso contratual legítimo seria ineficiente”*.

Tratemos de um exemplo para melhor explicar esta teoria. Digamos que A e B firmem um contrato em que A compromete-se a vender para B um apartamento no valor de R\$ 1.000.000,00. Não obstante, em sua avaliação, B considera que o apartamento vale R\$ 1.200.000,00, ou seja, para B há um excedente do consumidor (*consumer surplus*)²⁷ de R\$ 200.000,00. Apesar da existência do contrato entre A e B, C oferece a A R\$ 1.500.000,00 para comprar o apartamento. De uma perspectiva econômica, o perfazimento do negócio jurídico entre A e B torna-se ineficiente neste cenário caso as eventuais sanções jurídicas (perdas e danos) resultantes da quebra do contrato, impossibilidade de contratação futura com B e a reputação de mercado de A; sejam menores do que o valor a ser pago por C²⁸.

A partir deste ponto, haveria basicamente duas alternativas: (i) a rescisão contratual entre A e B e a realização da venda do apartamento a C com A sofrendo as consequências jurídicas impostas, ou (ii) a renegociação dos termos contratuais entre A e B para chegar-se a um distrato consensual, que normalmente resultaria em A pagando alguma compensação a B em ativos

²⁶ Ulen, S. Thomas. op. cit., p.344.

²⁷ *“Consumers' surplus is the area beneath the demand curve and above the market price. It is a measure of the difference between what consumers are willing to pay for various units of a commodity, as measured by the points on the demand curve, and what they in fact paid, as measured by the market price.”* (Ulen, S. Thomas, p. 344, 1984). Em tradução livre: *“O excedente do consumidor é a área abaixo da curva de demanda e acima do preço de mercado. É a mensuração da diferença entre o que os consumidores estão dispostos a pagar por diversas unidades de uma commodity, conforme medidos pelos pontos na curva de demanda, e o que eles de fato pagam, conforme medidos pelo preço de mercado.”*

²⁸ LOPES, Christian Sahb Batista. A Mitigação dos Prejuízos no Direito Empresarial. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 95, 2011.

cujos valores para B se sobressairiam à perda do negócio.²⁹

Sob uma perspectiva pura de eficiência, conforme o Teorema de Coase³⁰, a solução a ser acatada será aquela cujos custos de transação são os menores. Há a possibilidade de renegociar os termos entre A e B e dividir os lucros oriundos da substituição do contrato por outro mais eficiente e satisfatório. Mas, se o custo da renegociação for maior do que as consequências jurídicas do inadimplemento e venda do apartamento a C, este será o caminho escolhido entre as partes. Desta forma, A (com o recebimento de um valor maior pelo apartamento) e C (com a compra do apartamento pelo valor que ele considera de mercado) estarão em melhor situação, sendo que B não ficará pior do que o contrato tivesse sido cumprido, pois recebeu perdas e danos. Esta situação é o que os economistas chamam de Eficiência de Kaldor-Hicks³¹.

²⁹ Cooter, Robert D. & Ulen, Thomas S. Law and Economics, 6ª edição, Boston, p. 287-289, 2016.

³⁰ *“According to the Coase Theorem, given zero transaction costs, rational parties will allocate legal entitlements efficiently. This proposition applies to contracts. When transaction costs are zero, the contract is a perfect instrument for exchange. Every contingency is anticipated; every risk is internalized; all relevant information is communicated; no gaps remain for courts to fill; no one needs the court’s protection from deceit or abuse; nothing can go wrong. Perfect contracts pose no conundrums of interpretation. The parties need the state to enforce a perfect contract according to its plain meaning, but nothing more is required”* (Cooter, Robert D. & Ulen, Thomas S., p. 291-292, 2016). Em tradução livre: *“De acordo com o Teorema de Coase, dados custos de transação nulos, partes racionais alocarão seus direitos legais de maneira eficiente. Esta proposição aplica-se aos contratos. Quando os custos de transação são nulos, o contrato é um instrumento perfeito de troca. Todas as contingências são antecipadas; todos os riscos são internalizados; todas as informações relevantes são comunicadas; não há lacunas a serem preenchidas pelas cortes; ninguém necessitará de proteção das cortes contra fraudes ou abusos; nada pode dar errado. Contratos perfeitos não oferecem dilemas interpretativos. As partes necessitam do estado para executar o contrato perfeito de acordo com seu significado literal, sendo que nada mais é requerido.”*

³¹ *“Tal como visualizado, a eficiência no sentido Kaldor-Hicks, considera um resultado mais eficaz se um ótimo de Pareto puder ser alcançado por determinado agente com uma compensação suficiente dos que ficaram em um estado de coisas melhor do que aqueles que ficaram pior do que antes.”* Santos, Daniela Ramos de Oliveira dos & Murta, Antonio Calors Diniz. A Eficiência de Kaldor-Hicks: A Questão da

Em suma, o conceito de Inadimplemento Eficiente é, de acordo com a enciclopédia da prestigiosa Cornell Law School, “*A general idea that parties should feel free to breach a contract and pay damages, so long as this result is more economically efficient than performing under the contract.*”³² Em tradução livre: “*Uma ideia geral de que as partes devem sentir-se livres para quebrar um contrato e pagar danos, porquanto este resultado seja mais economicamente eficiente do que executar o contrato.*” É o aumento do bem-estar social nos casos em que descumprir o contrato é economicamente mais eficiente a todas as partes envolvidas.

O intuito desta teoria é averiguar que além dos efetivos custos econômicos averiguados após eventuais modificações nas condições de mercado que permeiam a execução dos contratos há os chamados custos para um resultado justo (*fairness costs*). Ou seja, mesmo nos casos em que o custo econômico de quebra contratual é maior do que o benefício econômico da quebra, pode-se observar casos em que a parte prefere descumprir o contrato. Isto pois, há outros elementos que podem fazer com que a parte considere o contrato injusto adicionando os custos de *fairness* que a incentivariam a quebrar o contrato.³³

Este fenômeno dos custos de *fairness* é notável, por exemplo, nas relações empregatícias. Os empregados que são tratados de maneira injusta, tendem a diminuir os esforços aplicados às suas tarefas. Entendendo este princípio, empresas modernas, principalmente do setor de tecnologia (*e.g.*, Google, Facebook, Tiktok etc.) oferecem diversos benefícios para tornar o ambiente de trabalho mais agradável. São oferecidos alimentos, jogos e outras atividades para gerar motivação e bem-estar

Compensação Social. Revista de Direito Economia e Desenvolvimento Sustentável. v. 2, n. 1, p. 40, Brasília, 2016.

³² Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/efficient_breach_theory>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

³³ Bar-Gill, Oren & Ben-Shahar, Omri. Threatening an Irrational Breach of Contract. University of Michigan Law School Scholarship Repository. p. 154. 2004.

psicológico e físico, resultando em um aumento de produtividade nos trabalhos entregues pelos empregados. O mesmo conceito de *fairness* pode explicar o porquê de os empregadores não cortarem salários em períodos de alta de desemprego apesar das potencialidades oferecidas pelas regras de oferta e demanda.³⁴ Cortar os salários pode afetar o trabalho de todos os empregados, o que seria pior ao empregador.

O conceito de *fairness* afeta de forma direta o comportamento humano no âmbito dos contratos. Como exemplo, podemos indicar uma situação de tratativas sobre uma barganha em um contexto de “pegar ou largar”. Experimentos nesta linha foram conduzidos por Rolf Guth e Bernd Schwartze de maneira bastante complexa.³⁵ Tentaremos simplificar o racional. A e B devem decidir como alocar \$100 entre eles. Não obstante, A faz uma proposta de alocação na qual B deve aceitar ou rejeitar. Se B aceitar, o valor será alocado conforme a proposta de A. Se B rejeitar ninguém receberá nenhum valor. Aqui estamos diante de uma situação em que a racionalidade ditaria que A ofereceria apenas um centavo a B e ficaria com o restante. Como B, ao receber um centavo, estaria mais rico do que se não tivesse recebido nada, deveria aceitar a proposta. Qualquer outra decisão não faria sentido da perspectiva econômica, pois ambas as partes estariam em uma situação melhor do que a inicial. Não obstante, pesquisas empíricas demonstram que na verdade a maioria das pessoas rejeita a proposta, pois consideram-na injusta.

A premissa mais importante na tentativa de definir o que é “justo” é a subjetividade deste conceito. *“The perception of ‘fairness’ depends on the social environment (for example on ‘what other people get’) or on the history of the interaction. Players do not necessarily agree on the concept of fairness as it may depend on the role they play in the game. Consequently,*

³⁴ Bar-Gill, Oren & Ben-Shahar, Omri. op. cit., p. 155.

³⁵ Werner Guth, Rolf Schmittberger & Schwartze, Bernd. An Experimental Analysis of Ultimatum Bargaining. *Journal of Economics Behavior and Organization*. 1982.

fairness is in the eye of the beholder."³⁶

As preocupações com a *fairness* contratual passam a ser relevantes na medida do aumento dos custos para a execução das obrigações dispostas em contratos. Separemos tais custos de execução entre custos efetivos (*actual costs*) e custos de oportunidade (*alternative costs*).

Os custos efetivos são aqueles atrelados estritamente ao valor a ser pago por determinado bem, incluindo os custos de material, mão de obra e custos indiretos de fabricação.³⁷ Uma mudança brusca, por exemplo, nos custos das peças para a montagem de um produto tendem a gerar altas preocupações de equidade, o que poderia levar os vendedores a extrair modificações ao contrato para reestabelecer o equilíbrio da racionalidade econômica originalmente pensada no momento da celebração do contrato.³⁸

Já o custo de oportunidade significa "*o custo daquilo que se deixa de fazer quando é preciso fazer uma escolha de qualquer tipo.*"³⁹ Ou seja, o custo de oportunidade equivale à melhor alternativa que poderia ser buscada pelo vendedor ao não vender a peça ao comprador original.

Comparando-se aumentos de custos efetivos e custos de oportunidade, evidências empíricas sugerem que um aumento nos custos de oportunidade tende a resultar em efeitos menores à habilidade de vendedores conseguirem implementar mudanças ao contrato original.⁴⁰ O ilustre psicólogo e economista Daniel

³⁶ Bar-Gill, Oren & Ben-Shahar, Omri. op. cit., p. 157. Em tradução livre: "*A percepção do que é "justo" depende do ambiente social (por exemplo, no que "as pessoas entendem") ou do histórico da interação. Participantes não necessariamente concordam com o conceito de justo na medida em que ele depende do papel que eles têm no jogo. Consequentemente, o justo está na perspectiva do espectador.*"

³⁷ Disponível em: <<https://www.accountingtools.com/articles/what-is-actual-costing.html>>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

³⁸ Bar-Gill, Oren & Ben-Shahar, Omri. op. cit., p. 157.

³⁹ Disponível em: <<https://www.dicionariofinanceiro.com/custo-de-oportunidade/>>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

⁴⁰ Okun, Arthur M. *Prices and Quantities: A Macroeconomic Analysis*. Brookings Institution. p. 170. 1981.

Kahneman junto com o economista Richard Thaler realizaram o seguinte experimento: uma loja aumentou o preço de pás para retirada de neve logo após uma nevasca, uma manobra que os economistas chamam de *gouging*. Dos entrevistados, 82% (oitenta e dois por cento) entenderam injusto esse aumento apenas devido ao aumento circunstancial da demanda e, portanto, do custo de oportunidade.⁴¹ Não obstante, se tal aumento do preço fosse realizado em uma situação retirando-se a nevasca como um dos fatores, os mesmos entrevistados não demonstraram a mesma indignação, pois assumiram que a elevação dos custos estava relacionada aos custos efetivos.⁴² Ou seja, foi alocado determinado valor ao *fairness* da situação, o que levou a resultados bastante diferentes.

Sendo assim, Oren Bar-Gill e Omri Ben-Shahar apresentam 3 (três) elementos que podem ajudar na definição de *fairness* nos contratos: (i) a divisão igualitária (*equal split*), (ii) a divisão de custos inesperados (*sharing of unexpected burdens*), e (iii) a garantia à divisão de excedente *ex ante* (*ex ante guarantee division of surplus*).

Este é o entendimento clássico de equidade: que o excedente de determinada transação deve ser dividido de maneira igualitária entre as partes. Ou seja, se o custo de execução do contrato é x , o preço deveria ser alocado $x/2$ entre as partes para ser considerado justo.⁴³

Claro que normalmente esta não é a realidade nas

⁴¹ Nas palavras de Richard Thaler sobre este experimento: “*The usual definition of “gouge” is “to make a hole or groove with a sharp instrument”. When a store raises the price of snow shovels the day after a blizzard, people feel very much like someone has poked them with a sharp object.*” (Thaler, Richard H. *Misbehaving: The making of behavioral economics*. p. 128. 2015). Em tradução livre: “*A definição “escavar” é “cavar um buraco ou sulcar com um instrumento afiado”. Quando uma loja aumenta o preço de pás de neve no dia subsequente a uma tempestade, as pessoas se sentem como se tivessem sido cutucadas por um objeto afiado.*”

⁴² Kahneman, Daniel & Knetsch, Jack L. & Thaler, Richard H. *Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market*. *The American Economic Review*, v. 76, n. 4, p. 729. 1986.

⁴³ Bar-Gill, Oren & Ben-Shahar, Omri. *op. cit.*, p. 158.

negociações. A depender do poder de barganha, as partes podem encontrar outros denominadores a esta equação e ainda considerar a transação justa. O estabelecimento desta referência, que pode ser, por exemplo, $2x/3$ e $x/3$, geralmente ocorre na negociação inicial do contrato e é carregada na renegociação dos termos contratuais. O desvio desta alocação de custos é o fator que pode tornar a transação injusta na perspectiva de uma das partes.

Outro elemento que pode intervir na percepção de equidade entre as partes é a noção de que para ser justo elas devem dividir eventuais custos inesperados que venham a afligir a relação contratual. Ou seja, não é necessariamente o excedente que deve ser dividido de maneira igualitária, mas sim tais custos.⁴⁴

Neste caso teríamos que se o custo de implementação do contrato passar de x para $x + y$, este custo excedente y deveria ser repartido $y/2$ para cada uma das partes. Como mencionado acima, caso as partes já tenham alocado o custo original em proporção diferente, $2x/3$ e $x/3$, por exemplo, a tendência é que no caso do custo inesperado y , as partes entendam ainda justa a alocação de $2y/3$ e $y/3$.

Relacionado com os 2 (dois) já mencionados acima, a garantia à divisão de excedente *ex ante* significa a alocação dos custos e excedentes entre as partes durante a negociação original do contrato. Tal divisão dependerá do poder de barganha de cada parte, bem como do respeito a essa divisão em casos de aumentos inesperados de custos. O conflito surgirá se essas regras não forem seguidas, ou seja, o *status quo* da relação não foi respeitado, causando uma sensação de injustiça quanto ao que havia sido pactuado.⁴⁵ Este é o chamado *endowment effect*.⁴⁶ Richard Thaler ilustra de maneira brilhante este conceito: deve ser considerado injusto se restaurantes passarem a cobrar para que os clientes possam sentar e utilizar as cadeiras, mesmo que tais

⁴⁴ Bar-Gill, Oren & Ben-Shahar, Omri. op. cit., p. 159.

⁴⁵ Bar-Gill, Oren & Ben-Shahar, Omri. op. cit., p. 160.

⁴⁶ Thaler, Richard H. op. cit., p. 130.

cadeiras não sejam confortáveis. Isto fugiria das normas do *status quo* de que as cadeiras já estariam inclusas no preço da refeição (na realidade, alguns restaurantes na Itália fazem justamente isso, cobram à parte os talheres, guardanapos, cadeiras e mesas deixando os turistas muito zangados).

Definido o conceito de *fairness*, voltemos à questão de como ele efetivamente afeta o comportamento das partes e contribui na decisão de executar ou quebrar os contratos. Suponhamos que as partes *ex ante* tenham definido um valor x para um resultado justo. Quanto mais uma parte considera importante que seja atingido um resultado justo, considerados também os custos efetivos, quanto mais perto de x estiver o resultado econômico final, maior será a tendência de a parte executar suas obrigações sob o contrato. Em números: se $x = 100$ *ex ante*, caso o resultado real previsto seja $x = 90$, a chance de a parte aceitar manter cumprir suas obrigações é maior do que se $x = 50$.⁴⁷

4. REMÉDIOS PARA QUEBRAS DE CONTRATOS

Compreendida a questão sobre as razões que podem levar a uma parte preferir a quebra contratual, inclusive considerando a falha das partes de conseguir renegociar os termos contratuais, neste capítulo trataremos de suas possíveis consequências. Nas palavras de Maria Carolina Bichara: “(...) *na hipótese de incumprimento contratual imputável ao devedor nasce para o credor três prestações potenciais, interligadas pelos mesmos contornos fáticos e fundamentos jurídicos, quais sejam: (a) execução específica; (b) execução pelo equivalente pecuniário; e (c) resolução.*”⁴⁸

Trataremos apenas brevemente da resolução e da execução pelo equivalente pecuniário na medida em que o objetivo do presente artigo é se concentrar na execução específica.

⁴⁷ Bar-Gill, Oren & Ben-Shahar, Omri. op. cit., p. 161-163.

⁴⁸ Bichara, Maria Carolina. op. cit., p. 30.

Antes de entrarmos no detalhamento dos 3 (três) itens identificados acima, mencionaremos a questão das perdas e danos⁴⁹, que é aplicável na persecução de qualquer um dos remédios ao inadimplemento contratual.

Nas palavras de João de Mattos Antunes Varela: “*o não cumprimento (inadimplemento ou inadimplência do devedor) da obrigação tem, assim, como principal consequência, a possibilidade de o credor exigir do faltoso o cumprimento judicial da prestação debitória, acrescida do valor dos danos que esse facto ilícito lhe causou.*”⁵⁰

Em outras palavras, é possível à parte prejudicada pleitear perdas e danos adicionalmente à (a) execução específica; (b) execução pelo equivalente pecuniário; ou (c) resolução contratual.

De modo geral, com relação às perdas e danos, 2 (dois) conceitos relacionados à sua abrangência são de fundamental compreensão.

O primeiro, trata-se da distinção entre o equivalente pecuniário do dano e o equivalente pecuniário da prestação, sendo as perdas e danos apenas o primeiro. Conforme Maria Carolina Bichara: “*As perdas e danos seriam, a rigor, um equivalente pecuniário do dano, não um equivalente pecuniário da prestação. A prestação indenizatória não se confunde, portanto, com a prestação principal, que poderá ter natureza restitutória ou liberatória, a depender da opção do credor por preservar ou resolver a relação obrigacional.*”⁵¹ Ou seja, conforme já mencionado acima, as perdas e danos são complementares aos remédios escolhidos pela parte prejudicada. Isto fica bastante evidente com a leitura do art. 475 do Código Civil: “*A parte lesada pelo*

⁴⁹ Art. 389 do Código Civil: “*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.*”

⁵⁰ Varela, João de Mattos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Coimbra, Almedina, p. 758, 1970.

⁵¹ Bichara, Maria Carolina. *op. cit.*, p. 31.

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 segundo conceito refere-se a quais elementos compõe as perdas e danos. Conforme os artigos 402⁵² e 403⁵³ do Código Civil, nas palavras de Raphael Augusto Cunha, *“a indenização a ser paga pela parte que provocou o inadimplemento deverá abranger tanto o dano emergente (o que a parte efetivamente perdeu) quanto o lucro cessante (o que a parte razoavelmente deixou de ganhar) (...) de modo a permitir a mais ampla e completa reparação dos prejuízos causados pelo inadimplemento.”*⁵⁴ Importante destacar que apenas os danos que possam ser diretamente ligados à quebra contratual devem ser indenizados, não podendo a parte indenizada obter ganhos extras.

O inadimplemento absoluto enseja o direito à parte prejudicada de pleitear a resolução do contrato, pois *“No inadimplemento absoluto ou a obrigação não pode mais ser cumprida, ou ainda que possa ser cumprida, a prestação não é mais útil ao credor.”*⁵⁵ Tal direito está expresso no artigo 475 do Código Civil: *“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”*. Essa é classificada como resolução legal ou cláusula resolutiva tácita.⁵⁶

⁵² Art. 402 do Código Civil: *“Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.”*

⁵³ Art. 403 do Código Civil: *“Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.”*

⁵⁴ Cunha, Raphael Augusto. O Inadimplemento na Nova Teoria Contratual: o Inadimplemento Antecipado do Contrato. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 229, 2015.

⁵⁵ Dazzi, Natasha Maculan Adum. Consequências do Inadimplemento das Obrigações. In. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13 – 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos, v.2. p. 113. 2013.

⁵⁶ Pereira, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. III. Editora Forense.

Mesmo em um inadimplemento relativo, onde há mora no cumprimento de alguma obrigação, é bastante comum que as partes determinem no contrato que tal mora possa ensejar um direito à parte prejudicada de resolver o contrato. Essa é a chamada resolução convencional.

Tal distinção é importante tendo em vista o artigo 474 do Código Civil: *“A cláusula resolutiva expressa opera de pleno direito; a tácita depende de interpelação judicial.”*

Independentemente do tipo de resolução, legal ou convencional, o objetivo da resolução contratual é atingir uma situação como se o negócio jurídico nunca tivesse existido.⁵⁷ O resultado prático deste raciocínio é o efeito retroativo da resolução, conforme consta no artigo 182 do Código Civil: *“Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”*.

A execução pelo equivalente pecuniário consiste, nas palavras de Maria Carolina Bichara, *“em uma demanda de cumprimento do contrato, importando, portanto, em sua manutenção”*.⁵⁸ Pontes de Miranda também explica que *“a rejeição da prestação, pela superveniência da falta de interesse do credor, conseqüente à mora, e indenização pelo inadimplemento mais as perdas e danos decorrentes da mora, o que também é cumprimento do contrato”*.⁵⁹

A regra geral de tal direito está expressa no artigo 475 do Código Civil supracitado. Há também menções específicas relacionadas à obrigação de dar: no artigo 234 do Código Civil, que trata da perda da coisa por culpa do devedor nas obrigações de dar, e no artigo 239, sobre a perda da coisa nas obrigações de

Rio de Janeiro. p. 155. 2006.

⁵⁷ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tome XXV. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. p.393, 2012.

⁵⁸ Bichara, Maria Carolina. op. cit., p. 41.

⁵⁹ Pontes de Miranda, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tome XXIII. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo. p.194, 2012.

restituir.

Destaca-se que mesmo em face de um inadimplemento absoluto pode o credor desejar manter o vínculo contratual. Isto pois, durante a desenvoltura da relação obrigacional pode ocorrer a geração de *“outros direitos e deveres que não expressados na relação de subsunção entre situação fática e a hipótese legal, ou não indicados no título, ou ainda poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos estados de sujeição; pode, por igual, importar na criação de ônus jurídicos e deveres laterais, anexos ou secundários ao dever principal, ao qual corresponderão, por sua vez, outros direitos subjetivos, mesmo que não expressamente previstos em lei, nem no título.”*⁶⁰

A utilidade deste remédio advém do desejo do credor em (i) manter a execução de sua obrigação apesar do inadimplemento absoluto do devedor, ou (ii) não receber de volta o objeto de sua prestação já cumprida. Sobre o “i”, seria o caso do desejo de o credor entregar a coisa prometida, um objeto qualquer, por exemplo, pois não quer mantê-lo consigo. O caso “ii” é semelhante: tendo em vista a natureza restitutória da resolução contratual, quando o credor não quer receber de volta o objeto entregue ao devedor, o qual representa o cumprimento da obrigação de dar já cumprida pelo credor.

De forma a ilustrar o acima, vejamos o exemplo dado por Aline de Miranda Valverde Terra⁶¹:

“O dono de grande terreno avaliado em 100 moedas celebra contrato de compra e venda com confissão de dívida pelo qual vende o imóvel para incorporador, que confessa dever ao alienante 100 moedas. Após o registro do memorial de incorporação com a identificação das unidades autônomas, a escritura de compra e venda com confissão de dívida é substituída

⁶⁰ Martins Costa, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para a sua Aplicação. Marcial Pons. São Paulo. p. 393-394, 2015.

⁶¹ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo Equivalente como Alternativa à Resolução: Repercussões sobre a Responsabilidade Civil. Revista Brasileira de Direito Civil —RBDCivil, Belo Horizonte, v. 18. p.60-61, 2018.

por escritura pela qual se ajusta que o incorporador entregará ao credor, em lugar das 100 moedas, as futuras unidades autônomas 1 a 10 do empreendimento imobiliário a ser construído no terreno em 36 meses. Na hipótese de as obras sequer se iniciarem ao final do prazo ajustado, resta configurado o inadimplemento absoluto, e o credor poderá optar entre a resolução e a execução pelo equivalente. No primeiro caso, ser-lhe-á restituído o terreno; no segundo, haverá sub-rogação real e, como contrapartida ao terreno transferido, o credor receberá o valor pecuniário das 10 unidades autônomas referidas.”

Deve-se lembrar que o recebimento de valor equivalente à prestação possui natureza liberatória, ou seja, é considerada cumprida a obrigação e, portanto, extinto o contrato.

Com relação ao cálculo do montante, ele deve corresponder ao “*valor do bem no momento em que a prestação deveria ter sido executada, isto é, ao valor pelo qual o bem teria sido incorporado ao patrimônio do credor caso a relação obrigacional tivesse sido perfeitamente adimplida.*”⁶²

Finalmente, ao efetivo objeto deste artigo, a execução específica como remédio ao inadimplemento contratual. Apenas para fins de destaque do tema central, iniciaremos nossa análise em um novo capítulo.

5. EXECUÇÃO ESPECÍFICA

De acordo com Maria Carolina Bichara, a execução específica é a “*execução in natura, meio pelo qual se procura, tanto quanto possível, atribuída ao titular do direito tudo aquilo a que teria alcançado se houvesse o cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor.*”⁶³ O professor Flávio Luiz Yarshell a define como “*A tutela estatal atual de modo a proporcionar ao demandante a restauração plena da situação jurídica violada, propiciando-lhe a mesma eficácia prática que lhe teria advindo*

⁶² Bichara, Maria Carolina. op. cit., p. 46.

⁶³ Bichara, Maria Carolina. op. cit., p. 37.

do adimplemento da obrigação que figura como credor.”⁶⁴

A execução específica pode ser utilizada como recurso apenas em algumas situações: *“nas obrigações de dar, fazer e não fazer, as quais compreendem a obrigação de entregar coisa certa, a de realizar determinada prestação e a de abster-se de um ato.*”⁶⁵ A depender da situação, a *“tutela específica poderá ser perseguida por mecanismos que estimulem o devedor ao cumprimento da obrigação (como o sequestro da prestação devida) ou através de medidas que promovam o resultado prático equivalente (como a execução por terceiro a custas do devedor).*”⁶⁶

No limite, o interesse do credor em buscar a execução específica dependerá de 2 (dois) fatores interrelacionados: a fungibilidade da prestação e a possibilidade de execução da obrigação por terceiro às custas do devedor.

Nas obrigações de dar coisa certa, ensina Celso Barbi Filho que *“A obrigação de entregar coisa certa é passível de execução específica sempre que o bem está na posse do devedor. Sendo a coisa encontrada, ela é apreendida e entregue ao credor. Se a coisa não é encontrada com o devedor, a execução in natura torna-se inviável, precedendo-se então à execução pela obrigação subsidiária, que terá por objeto o valor da coisa e as perdas e danos”*.⁶⁷

Sobre as obrigações de não fazer, torna-se possível a execução específica *“quando se tratar de ato material concreto que possa ser desfeito, ou de ato coibível pela cominação de multa ou outra medida judicial preventiva.*”⁶⁸

Já com relação às obrigações de fazer, a aplicação da execução específica dependerá da fungibilidade da prestação. Se a

⁶⁴ Yarshell, Flávio Luiz. Tutela Jurisdicional. São Paulo, Editora Atlas, p. 34, 1998.

⁶⁵ Filho, Celso Barbi. Efeitos da Reforma do Código de Processo Civil na Execução Específica do Acordo de Acionistas. Revista de Processo, v. 85, p. 129, 1997.

⁶⁶ Bichara, Maria Carolina. op. cit., p. 37.

⁶⁷ Filho, Celso Barbi. op. cit., p. 129.

⁶⁸ Filho, Celso Barbi. op. cit., p. 130.

prestação é fungível, isto quer dizer que *“aditem cumprimento por terceiro, às expensas do devedor, quando este é inadimplente, o que significa execução específica.”*⁶⁹ Se a prestação é infungível, ou seja, uma prestação específica, *“a impossibilidade desta prestação necessariamente ocasionará o inadimplemento absoluto.”*⁷⁰

Não obstante, deve-se atentar ao tipo de infungibilidade antes de declarar a impossibilidade absoluta de execução específica. De acordo com Ada Pellegrini Grinover, é *“preciso destacar a distinção entre a fungibilidade jurídica e a infungibilidade natural. Só esta, correspondendo a obrigações personalíssimas, pode constituir óbice à execução específica, se o devedor recalcitrante permanece inadimplente. Mas a infungibilidade meramente jurídica não limita a atividade jurisdicional, se outras medidas de sub-rogação, independentes da colaboração do obrigado, podem levar ao mesmo resultado prático.”*⁷¹ Como exemplo de infungibilidade natural, temos o cantor que deveria realizar um show, porém não o fez. O fato de esta prestação ser *intuitu personae* significa que a recusa de tal artista no cumprimento da obrigação torna naturalmente impossível a execução específica. Já nas obrigações juridicamente infungíveis, *“o ordenamento jurídico prevê mecanismo próprio para suprir eventual omissão do devedor. É o que ocorre com as obrigações de emitir declaração de vontade, nas quais, recusando-se o obrigado a seu cumprimento voluntário, pode-se obter decisão judicial (sentença) que supra integralmente o ato volitivo não manifestado, substituindo-o para todos os efeitos.”*⁷²

De um ponto de vista de Análise Econômica do Direito, o teste da infungibilidade é bastante claro, como indica Anthony

⁶⁹ Filho, Celso Barbi. Efeitos da Reforma do Código de Processo Civil na Execução Específica do Acordo de Acionistas. Revista de Processo, v. 85, p. 130, 1997.

⁷⁰ Bichara, Maria Carolina. op. cit., p. 38.

⁷¹ Grinover, Ada Pellegrini. Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e Não Fazer. Revista de Processo. Editora Revista dos Tribunais, v. 79, São Paulo, p.91, 1995.

⁷² Filho, Celso Barbi. op. cit., p. 130.

Kronman, na medida em que quando uma corte determina que o objeto particular de determinado contrato é único, *i.e.*, não possui um valor de mercado estabelecido, isto quer dizer que não seria possível obter, dentro de um custo razoável, informação suficiente a respeito de substituições de forma a permitir calcular um montante em execução pelo equivalente pecuniário sem impor um risco inaceitável de não compensação apropriada à parte prejudicada.⁷³

“Diz o Direito [romano] que dous homeẽs fazem algum contrauto D’aveença, ou de venda, e ficaõ para fazer estromento de certidoẽ, aquelle, que ouver de fazer o estromento, se possa quitar, se quiser, ante que o estromento faça.” Esta é a regra inserida por D. Dinis, no século XIV, nas Ordenações Afonsinas, Livro IV, Título 57, §1º.⁷⁴ Apesar de não ser exatamente o que hoje conhecemos como execução específica, é a primeira menção à execução contratual no ordenamento jurídico português.

Já nas Ordenações Filipinas, que passaram a vigorar no início do século XVII, seu Livro IV, Título 19 dispõe que: *“Se algumas pessoas fizerem contrato de venda, ou de qualquer convença, e ficarem para fazer scriptura desse contracto, antes que se a tal scriptura faça, se pode arrepender e arredar da convença o que havia de fazer a scriptura. E isto haverá lugar quando o contracto for tal, que segundo o Direito não possa valer sem scriptura, e que a scriptura seja da substancia do contracto, assi como nos contractos, que se devem fazer e insinuar, e em contracto emphyteutico de cousa Ecclesiastica e em outros, que segundo o Direito são de semelhante qualidade e condiçãõ.”*⁷⁵

⁷³ Kronman T. Anthony. Specific Performance. University of Chicago Law Review, v. 45, p. 362-363, 1978.

⁷⁴ Disponível em: < <http://www.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/14ind.htm>>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

⁷⁵ Disponível em: < <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/14ind.htm>>. Acesso em: 30 de abril de 2023.

Conforme apontado por Sydney Sanches⁷⁶, no Brasil, Teixeira de Freitas remou de forma contrária à tradição lusitana ao indicar em sua Consolidação das Leis Civis de 1896 que “(...) quando a escriptura é da substancia do contracto, e sem ella não ha contracto consumado. Nesse caso é abusiva a praxe, como tenho visto, de demandar-se ao penitente para fazer escriptura com a cominação de valer por escriptura a sentença que se-proferir.”⁷⁷

Na mesma linha, o Código Civil Brasileiro de 1916, fruto das ideias de Clóvis Beviláqua, não menciona a possibilidade de execução específica dos contratos. Ao contrário, em seu artigo 880⁷⁸, estabelece como remédio aos inadimplementos contratuais as perdas e danos.⁷⁹

O entendimento doutrinário e legislativo brasileiro só passou a ter um outro olhar sobre a execução específica mediante a promulgação do Decreto-Lei 58 de 10 de dezembro de 1937 (de autoria de Waldemar Ferreira), que tratava do loteamento e a venda de terrenos em prestações⁸⁰. Duas de suas disposições são destacáveis:

Art 15: “Os compromissários têm direito de, antecipando ou ultimando o pagamento integral do preço, e estando quites com os impostos e taxas, exigir a outorga da escritura de compra e venda.”

Art. 16: “Recusando-se os comprometentes a passar a escritura definitiva no caso do art. 15, serão intimados, por despacho judicial e a requerimento do compromissário, a dá-la nos dez dias seguintes à intimação, correndo o prazo em cartório. §1º: Se nada alegarem dentro desse prazo, o juiz, por sentença, adjudicará os lotes aos compradores mandando:

⁷⁶ Sanches, Sydney. Execução Específica: Das Obrigações de Contratar e de Prestar Declaração de Vontade. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 9, 1978.

⁷⁷ Freitas, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis. v.1. Coleção História do Direito Brasileiro. Conselho Editorial do Senado Federal, Brasília, p. 345, 2003.

⁷⁸ Art. 880 do Código Civil de 1916: Incorre também na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor, que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

⁷⁹ Sanches, Sydney. op. cit., p. 10.

⁸⁰ Sanches, Sydney. op. cit., p. 11.

- (a) tomar por termo a adjudicação (...)
(b) expedir (...) em favor dos compradores, como título de propriedade, a carta de adjudicação.”

Tal entendimento sobre a possibilidade de execução específica no Brasil ficou definitivamente aceito quando da promulgação do Código de Processo Civil de 1939, o Decreto-Lei 1.608 de 18 de setembro de 1939. Em seu artigo 346⁸¹ foi “*regulada, por inteiro, com algumas alterações, a ação de adjudicação compulsória de que já tratavam os arts. 15, 16 e 22 do Decreto-Lei 58, de 1937.*”⁸² Mais do que isso, o Código de Processo Civil de 1939 introduziu regras gerais sobre a execução específica como o seu art. 1006:

Art. 1006: “*Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, será esta havida por enunciada logo que a sentença de condenação passe em julgado.*

§ 1º *Os efeitos da declaração de vontade que dependa do cumprimento de contraprestação ficarão em suspenso até o cumprimento desta.*

§ 2º *Nas promessas de contratar, o juiz assinará prazo ao devedor para executar a obrigação desde que o contrato preliminar preencha as condições de validade do definitivo.*”

O Código de Processo Civil de 2015 mantém a tradição e possui diversas regras sobre a execução específica (ou tutela específica, como é referenciada no diploma). Para as obrigações de fazer ou não fazer, há o disposto no art. 497 e sobre as obrigações de dar, existe o art. 498:

Art. 497: “*Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a*

⁸¹ Art. 346 do Código de Processo Civil de 1939: “*Recusando-se o compromitente a outorgar escritura definitiva de compra e venda, será intimado, si o requerer o compromissário, a dá-la nos cinco (5) dias seguintes, que correrão em cartório.*

§ 1º *Se o compromitente nada alegar, o juiz, depositado o restante do preço, adjudicará o lote ao comprador, mandando:*

a) que se consignem no termo, além de outras especificações, as cláusulas do compromisso;

b) que se expeça a carta de adjudicação, depois de pagos os impostos devidos, inclusive o de transmissão;

c) que se cancele a inscrição hipotecária relativa aos lotes adjudicados. (...)”

⁸² Sanches, Sydney. op. cit., p. 12.

tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.”

Art. 498: *“Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação.”*

Interessante também destacar que além do acima, o Código de Processo Civil de 2015 traz outras novidades que tornam mais razoáveis e justas as condições de cumprimento da execução específica para todos os envolvidos.

O art. 499 determina que: *“A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.”* Isto significa que as perdas e danos são o remédio subsidiário ao inadimplemento, sendo apenas possível mediante pedido expresso do autor ou pela impossibilidade de tutela pelo resultado prático equivalente, favorecendo o pedido do autor. Seria o caso, por exemplo, de um hospital público negar a internação emergencial de um paciente por falta de leito disponível. Neste caso, o juiz pode julgar procedente a ação e mediante a impossibilidade de internação no hospital público devido à falta de leitos, determinar que a pessoa seja internada em hospital privado às custas do Estado. Essa ideia é reforçada pelo art. 84 do Código de Defesa do Consumidor: *“Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”*

Já em favor do réu, podemos destacar o art. 805 do Código de Processo Civil de 2015: *“Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado. Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.”* Cabe, pois, ao juiz utilizar-se da

proporcionalidade e razoabilidade, considerando o caso concreto, para decidir sobre a melhor maneira de implementar a execução específica do contrato.

Nota-se, desta forma, a evolução do instituto da execução específica no Brasil. De renegado inicialmente até sua regulamentação como o remédio primário em resposta ao inadimplemento contratual.

A execução específica não é a regra primária apenas no Brasil. Ela foi a escolha em diversos ordenamentos jurídicos de *civil law* conquanto a prestação obrigacional for possível e útil ao credor, como aponta o português João Calvão da Silva⁸³:

*“Conseguir que o credor obtenha aquilo que foi estipulado é, na verdade, o resultado perfeito e ideal que a Justiça, face ao devedor recalcitrante, pode proporcionar àquele. Pelo que o cumprimento, prestação daquilo que é devido (praestatio quod est in obligatione), e a execução específica aparecem, antes de tudo, como uma prioridade natural e temporal, lógica e teleológica. Por eles – cumprimento e execução in natura – se satisfaz plena e integralmente o interesse do credo, razão existencial da relação obrigacional, assegurando-lhe o mesmo resultado prático, a mesma utilidade que teria conseguido – obviamente sem os incômodos e dispêndios do processo – através do cumprimento pontual, voluntário e espontâneo do devedor.”*⁸⁴

Claro que há pequenas diferenças nos regramentos de cada jurisdição de *civil law*, porém o importante é o seu denominador comum: *“in civil-law systems, the right to performance is asserted to be a fundamental right of a creditor emanating from the adagium ‘pacta sunt servanda’ itself”*.^{85 86}

⁸³ No ordenamento jurídico português, a execução específica está regrada nos arts. 827 e seguintes do Código Civil e art. 867 do Código de Processo Civil.

⁸⁴ Calvão da Silva, João. Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória. Coimbra, p.141, 1997.

⁸⁵ De Vries, Gerard. Right to Specific Performance: Is There a Divergence Between Civil and Common-Law Systems, and If So, How Has it Been the Bridge in the DCFR. *European Review of Private Law*, v. 17, p. 581-582, 2009.

⁸⁶ Em tradução livre: *“nos sistemas de civil law, o direito à performance é considerado como um direito fundamental do credor emanando do próprio adagium ‘pacta*

Na medida em que nos países de *civil law* há uma análise mais profunda do Estado (por meio do judiciário) e, portanto, maior intervenção estatal na apuração de justiça e equidade no caso a caso, Robert Bejesky denomina tal abordagem como semi-reativa. Isto significa que a resolução de disputas mistura quesitos e interesses de direito privado e público, pois há o entendimento de que o resultado da violação de um contrato pode ter consequências residuais à sociedade. Logo, haveria a necessidade de balancear direitos individuais (direito privado) com o interesse ao bem-estar geral (direito público). Isto estaria ligado à uma herança dos ideais da Revolução Francesa no seguinte aspecto: na medida em que o Estado tem como fonte de poder a sociedade como coletivo e tem como objetivo a busca de um bem-estar a todos, ele teria poderes para ativamente, e em nome da nação, estabelecer parâmetros legais para a aplicação de princípios morais sociais. E, portanto, de erigir códigos contendo regras a serem aplicadas igualmente para dirimir certas hierarquias sociais. É o famoso contrato social.⁸⁷ Este é um pensamento bastante diferente dos princípios de *common law*, como serão apresentados abaixo.

Estudiosos de história do Direito divergem quanto a respeito de qual corte estabeleceu primeiro a execução específica no direito britânico. Se as cortes reais (*royal courts*), por meio da *common law*, ou as cortes eclesiásticas (*ecclesiastical courts*), incluindo a Corte de Chancery, por meio das cortes de *equity*.⁸⁸ Cadenhead, ao escrever sobre o assunto, destaca que há muito autores, dentre eles Harold D. Hazeltine e James B. Ames, que indicam serem as cortes reais o berço da aplicação da execução específica na *common law*. Tais escolásticos indicam que há

sunt servanda''.

⁸⁷ Bejesky, Robert. The Evolution in and International Convergence of the Doctrine of Specific Performance in Three Types of States. *Indiana International & Comparative Law Review*, v. 13, 2ª edição, p. 377-379, 2003.

⁸⁸ Cadenhead, A. J. Aspects of Specific Performance. Tese (Master of Laws) – Universidade de Canterbury, Christchurch, p. 3, 1985.

registros de casos durante os reinos de Henry I (1068-1135) e Henry II (1154-1189) que apoiam esta teoria.⁸⁹

Alguns séculos depois, já no reino de Elizabeth I (1558-1603), Ames reporta uma queda no número de casos em que as cortes reais aplicavam a execução específica, preferindo aplicar outros remédios ao inadimplemento contratual como o pagamento de perdas e danos. Isto pois, havia uma hostilidade quanto à promulgação de decisões baseadas em equidade a respeito de contratos. É o caso, por exemplo, da decisão de *Bromage v. Gering* em que os juízes de *common law* determinam a proibição de aplicação da execução específica até mesmo por uma corte de equidade. Note-se que isso não quer dizer que não havia a aplicação de execução específica como um todo, mas que apenas casos especiais estariam passíveis de tal instituto. Seria, por exemplo, a circunstância de transferência do direito real de propriedade de terras.⁹⁰

O conceito mais moderno de execução específica na *common law* começou a surgir durante os séculos XVII e XVIII. Destacam-se as palavras do Lorde Selborne no caso *Wilson v. Northampton e Banbury Junction Railway Co.*: “*The Court gives specific performance instead of damages only when it can by that means do more perfect and complete justice.*”⁹¹ Fica, pois, claro que a execução específica deve apenas ser aplicada em situações excepcionais, por discricionariedade da corte, ou devem-se aplicar as regras de *common law*. Tal discricionariedade não deve ser arbitrária, mas aplicada com base em princípios de equidade.⁹² Em outras palavras, como regra, decisões por equidade e, portanto, mediante a aplicação de execução específica, deveriam apenas ser buscadas em casos em que o remédio por lei não for adequado, tornando a execução específica um

⁸⁹ Cadenhead, A. J. op. cit., p. 4.

⁹⁰ Cadenhead, A. J. op. cit., p. 4-5.

⁹¹ Em tradução livre: “*A Corte outorga execução específica apenas nos casos em que tal situação ofereça uma justiça mais perfeita e completa.*”

⁹² Cadenhead, A. J. op. cit., p. 8.

remédio excepcional.⁹³

O sistema da *common law* criado pelos ingleses atravessou o Oceano Atlântico e veio a se estabelecer nas 13 Colônias durante o período colonial. Após a independência e criação dos Estados Unidos da América em 1776, muito se discutiu se deveria ser seguida a estrutura jurídica dos colonizadores ou se esta seria a oportunidade de adotar um outro modelo. Isto pois, havia um intenso sentimento hostil quanto às instituições britânicas. Não obstante, a *common law* passou a ser adotada pela maioria dos Estados logo após a Revolução Americana na medida em que a União e os Estados estavam hesitantes em criar seus próprios códigos e fontes legislativas. Isto devido à uma característica inerente à própria revolução de que o povo deveria ter o direito e o poder de escolher o seu caminho de escolha social de modo independente, sendo que uma legislação institucional imposta pelo governo poderia prejudicar esta visão.⁹⁴

A questão da execução específica nos Estados Unidos manteve o padrão estabelecido no entendimento da *common law* original. Para os contratos em que a ação coercitiva requer uma ação de uma das partes, por exemplo, contratos de prestação de serviços, é esperado que a execução pelo equivalente pecuniário seja o único remédio possível. Já nos casos envolvendo a transferência de propriedade, a execução pelo equivalente pecuniário seria considerada inadequada apenas nos casos em que o autor não possa substituir a coisa específica que ele/ela perdeu/não pôde obter. É o caso de bens infungíveis, como os imóveis, os quais assume-se que cada um é único. Claro que mesmo nos casos envolvendo bens infungíveis, a execução específica poderia ser negada caso a execução do contrato torne-se impossível, onerosa em demasiado ou ilegal.⁹⁵

Não obstante, pode-se observar tanto nos Estados Unidos

⁹³ Bejesky, Robert. op. cit., p. 361-362.

⁹⁴ Bejesky, Robert. op. cit., p. 361.

⁹⁵ Bejesky, Robert. op. cit., p. 363-364.

quanto no Reino Unido um regime especial de aplicação da execução específica em determinados casos de venda de bens. Tal entendimento é resultado de uma modificação na regra geral da *common law* de adequação do remédio contratual na medida em que houve a adoção de códigos comerciais por tais países.⁹⁶

Nos Estados Unidos, a regra determina a possibilidade de aplicação de execução específica na venda de bens quando for comercialmente necessário. Isto significa as situações da perspectiva do (i) comprador de infungibilidade do bem, conforme mencionado acima, *i.e.*, a execução pelo equivalente pecuniário não seria o suficiente para prover a compensação necessária ou gerar uma situação equivalente ao prejudicado como se o contrato tivesse sido performado, e (ii) vendedor em que a revenda dos bens se torne impraticável.⁹⁷

De acordo com Robert Bejesky, a estrutura e justificativas utilizadas pelas jurisdições de *common law* para esta abordagem da execução específica poderiam ser chamadas de reativas. Nestes casos, o judiciário seria o promotor e executor de certos direitos individuais e liberdades, os quais deveriam responder aos interesses individuais em detrimento de interesses coletivos até certos limites. Logo, tal promoção dos direitos individuais e exequibilidade do *pacta sunt servanda* fazem com que o judiciário não julgue o direito contratual de maneira a punir a parte inadimplente ou instile um comportamento moral no setor privado. O objetivo dos remédios contratuais tradicionais seria apenas compensar a parte prejudicada pelas perdas resultantes da violação contratual, sem compensação em excesso. Isto significa que não cabe ao governo uma análise profunda de equidade e moral para cada caso, pois não seria o seu papel intervir de forma direta em negócios privados. Isto é reflexo de uma das égides da estrutura social, política e econômica dos Estados Unidos: a prática do liberalismo em que direitos de propriedade e de

⁹⁶ Bejesky, Robert. op. cit., p. 364.

⁹⁷ U.C.C. §2-716.

liberdades contratuais deveriam ser invioláveis.⁹⁸

Este *mindset* de promoção de eficiência na alocação de recursos e de incentivos pelo governo, bem como a liberdade transacional do setor privado e apoio a ações econômicas independentes de indivíduos são pilares do pensamento da análise econômica do direito (*law & economics*). De acordo com Richard Posner e Andrew Rosenfield, a punição pela violação de contratos poderia frear a evolução de regras de alocação de risco desenhadas para aumentar a eficiência do processamento de contratos. Na medida em que é a ambição do mercado aumentar a eficiência na alocação para promover a maior produtividade agregada, a lei deveria (i) permanecer neutra sem impedimentos por remédios legais predispostos, ou (ii) alocar os custos de avaliação do direito subjetivo das partes sob o contrato para um mediador. Caso uma corte torne-se demasiadamente envolvida e endorse um remédio específico, então, a avaliação pessoal e o processo de barganha negocial do setor privado poderiam ficar prejudicados, aumentando os gastos públicos, pois os custos de monitoramento pelo sistema judiciário podem ser altos e não chegar ao melhor resultado do ponto de vista subjetivo das partes.⁹⁹

Sendo assim, para os defensores da análise econômica do direito tradicional, a execução específica deveria ser aplicada apenas nos casos em que o benefício marginal à parte adimplente seja grande o suficiente de forma a suplantarem o custo marginal imposto à parte inadimplente e ao sistema judiciário.¹⁰⁰ Em outras palavras, na maioria das vezes o custo de avaliar e executar o equivalente pecuniário ao cumprimento da obrigação seria

⁹⁸ Bejesky, Robert. op. cit., p. 376-377.

⁹⁹ Posner, Richard A. e Rosenfield, Andrew M. Impossibility and Related Doctrine in Contract Law: An Economic Analysis. The Journal of Legal Studies, The University of Chicago Press, v. 11, 2ª edição, p. 311-332, 1982.

¹⁰⁰ Shoenbrod, David S. The Measure of an Injunction: A Principle to Replace Balancing the Equities and Tailoring the Remedy. Minnesota Law Review, v. 72, p. 636-670, 1988.

menor do que o custo de execução específica, tornando este remédio, pois, a exceção.

Não obstante, de acordo com Haoch Dagan e Michael Heller, há uma corrente de pensamento que tem defendido que ao invés de considerar a execução específica sob uma ótica puramente pragmática e econômica, deveriam ser respeitadas as preferências contratuais das partes *ex ante*, tendo em vista a incompletude dos contratos.¹⁰¹ Isto pois, seriam as próprias partes, na prática, as pessoas mais indicadas para avaliar os custos de transação entre a aplicação da execução específica ou da execução por equivalente pecuniário. Além disso, o desrespeito ao *pacta sunt servanda* e imposição de uma decisão por uma corte poderiam gerar dissentimentos e perda de boa vontade entre as partes, além da perda de reputação negocial.¹⁰²

A questão primordial para Haoch Dagan e Michael Heller é, pois, o respeito à autodeterminação (*self determination*) das partes. Em um exemplo em que as partes acordam a respeito da compra e venda de um objeto fungível. Se o plano original era o recebimento por uma das partes de tal objeto, então receber ao invés disso o valor para que ela possa, sem grandes esforços, comprar tal objeto de outro fornecedor, apesar de uma mudança de planos, é uma mudança mínima, que não afeta a satisfação as partes quanto ao cumprimento do contrato. Ao mesmo tempo, isso proporciona às partes uma liberdade de escolha, sendo que a tendência é que seja escolhida a alternativa economicamente mais eficiente, desde que ela não comprometa os planos e a autodeterminação do comprador e do vendedor demasiadamente.¹⁰³ Ou seja, a liberdade de escolha é que gera o resultado economicamente mais eficiente, o qual não deve/precisa ser imposto às partes por um mediador ou um Estado impositor.

Quanto à aplicação da execução específica no âmbito da

¹⁰¹ Dagan, Hanoch & Heller, Michael A., op. cit., p. 5.

¹⁰² Dagan, Hanoch & Heller, Michael A., op. cit., p. 12.

¹⁰³ Dagan, Hanoch & Heller, Michael A., op. cit., p. 33.

common law, Haoch Dagan e Michael Heller tendem a concordar com a doutrina tradicional com relação à sua aplicação excepcional apenas nos casos envolvendo bens infungíveis, como a compra de uma residência. Isto pois, uma compra de uma residência implica (ao menos em teoria) em um planejamento extenso pelo comprador, ou seja, elevados custos de transação na pesquisa e negociação do contrato. Assim, caso o vendedor venha a descumprir a promessa, isto significaria o desperdício dos grandes custos de transação já incorridos pelo comprador. Por isso, as cortes de *common law*, bem como o UCC nos Estados Unidos, optam pela execução específica nestes casos.¹⁰⁴

Algumas observações interessantes sobre o parágrafo anterior: os autores tratam (i) da compra de uma residência e não de um imóvel comercial, e (ii) da execução específica da perspectiva do comprador. Dessa forma, os autores acreditam que a execução específica só poderia ser imposta (e não fruto de uma escolha das partes) em casos envolvendo a compra de residências e apenas se requisitada pelo comprador. Isto pois, caso o autor esteja comprando um imóvel comercial, a sua perda seria meramente econômica, a qual é compensável por perdas e danos. Da mesma forma, os vendedores de imóveis estariam apenas incorrendo em uma perda econômica.¹⁰⁵

Enfim, a conclusão de Haoch Dagan e Michael Heller é a seguinte: as cortes devem privilegiar a autonomia das partes na escolha do remédio apropriado para o descumprimento do contrato, pois tal liberdade tende a atingir o melhor resultado sem a necessidade de uma intervenção estatal custosa. Não obstante, as cortes teriam quatro razões para intervir de forma mais veemente e não impor a execução específica: (i) quando for impossível a aplicação da execução específica do contrato, (ii) se a execução específica ameaçar de forma demasiadamente onerosa a autodeterminação das partes, (iii) se a execução específica

¹⁰⁴ Dagan, Hanoch & Heller, Michael A., op. cit., p. 34-35.

¹⁰⁵ Dagan, Hanoch & Heller, Michael A., op. cit., p. 40-43.

causar demasiados custos de supervisão à corte, e (iv) quando a cláusula de execução específica não atingir os parâmetros mínimos de justiça relacional (*relational justice*¹⁰⁶).¹⁰⁷

6. CONCLUSÃO

Como se pode observar, apesar de a *civil law* e *common law* se utilizarem dos mesmos remédios contra os inadimplementos contratuais, *i.e.*, (i) execução específica, (ii) execução pelo equivalente pecuniário, e (iii) resolução do contrato; a sua aplicação varia bastante, tendo em vista as justificativas sistêmicas de cada estrutura social, econômica e jurídica.

Na *civil law*, é privilegiada uma visão de contrato social em que as decisões judiciais devem levar em conta os impactos ao bem-estar geral em detrimento dos direitos individuais. Ademais, há uma questão moral e de justiça por trás da escolha pela execução específica como remédio principal às quebras contratuais.

Já na *common law*, o foco são os direitos individuais e, portanto, a liberdade de escolha das partes. Ademais, o racional para a escolha das perdas e danos como regra de reparação advém de um contexto econômico, bastante inerente ao pensamento dos países de origem anglo-saxã.

Interessante fechar este artigo com uma reflexão brilhantemente exposta pelo Professor Tércio Sampaio Ferraz Júnior: “*Primeiramente, é preciso reconhecer certa similaridade entre normas jurídicas e preceitos morais. Ambos têm caráter prescritivo, vinculam e estabelecem obrigações numa forma*

¹⁰⁶ “*Relational Justice (RJ)* is defined as the justice produced through cooperative behavior, agreement, negotiation, or dialogue among actors in a post-conflict situation.” Em tradução livre: “*Justiça Relacional (JR)* é definida como a justiça produzida por meio de comportamento cooperativo, acordos, negociações ou diálogos entre partes em uma situação pós conflituosa.” (Casanovas, Pompeu & Poblet, Marta. Concepts and Fields of Relational Justice, UAB Institute of Law and Technology, In: Lecture Notes in Computer Science, v. 4884, Springer, Berlin, p. 323, 2008.)

¹⁰⁷ Dagan, Hanoch & Heller, Michael A., *op. cit.*, p. 48-49.

objetiva, isto é, independentemente do consentimento subjetivo individual. Ambos são elementos inextirpáveis da convivência, pois, se não há sociedade sem direito, também não há sociedade sem moral. Não obstante isso, ambos não se confundem, e marcar a diferença entre eles é uma das grandes dificuldades da filosofia do direito."¹⁰⁸ Sendo, pois, em última análise, o direito diferente da moral, parece-nos mais sensata a decisão dos adeptos à *common law* na abordagem da aplicação da execução específica, principalmente na tônica evolutiva de um pensamento de análise econômica do direito mais moderna, conforme trazida por Haoch Dagan e Michael Heller.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Accounting Tools. Actual Costing Definition. Disponível em: <<https://www.accountingtools.com/articles/what-is-actual-costing.html>>. Acesso em: 30 de abril de 2023.
- ARBEL, Yonathan A. Contract Remedies in Action: Specific Performance. *West Virginia Law Review*. WVU College of Law, v. 118, 1ª edição, 2015.
- BAR-GILL, Oren & BEN-SHAHAR, Omri. Threatening an Irrational Breach of Contract. *University of Michigan Law School Scholarship Repository*, 2004.
- BEJESKY, Robert. The Evolution in and International Convergence of the Doctrine of Specific Performance in Three Types of States. *Indiana International & Comparative Law Review*, v. 13, 2ª edição, 2003.
- BICHARA, Maria Carolina. O interesse do credor na prestação como critério de distinção entre as hipóteses de execução

¹⁰⁸ Sampaio Ferraz Júnior, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. Editora Atlas, 7ª Edição, São Paulo, p. 337, 2013.

- específica e execução pelo equivalente pecuniário. In: Terra, Aline de Miranda Valverde & Guedes, Gisela Sampaio da Cruz. *Inexecução das Obrigações: Pressupostos, evolução e remédios*, v. I, Rio de Janeiro, Editora Processo, 2020.
- CADENHEAD, A. J. *Aspects of Specific Performance*. Tese (Master of Laws) – Universidade de Canterbury, Christchurch, 1985.
- CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. Coimbra: Coimbra, 1997.
- CASANOVAS, Pompeu & POBLET, Marta. *Concepts and Fields of Relational Justice*, UAB Institute of Law and Technology, In: *Lecture Notes in Computer Science*, v. 4884, Springer, Berlin, 2008.
- COOTER, Robert D. & ULEN, Thomas S. *Law and Economics*, 6ª edição, Boston, 2016.
- Cornell Law School. *Efficient Breach Theory*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/efficient_breach_theory>. Acesso em: 30 de abril de 2023.
- CUNHA, Raphael Augusto. *O Inadimplemento na Nova Teoria Contratual: o Inadimplemento Antecipado do Contrato*. Tese (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- DAGAN, Hanoch & HELLER, Michael A., *Specific Performance*, Columbia Law & Economics Working Paper No 631, Columbia Public Law Research Paper No 14-674, Nova Iorque, 2020.
- DAZZI, Natasha Maculan Adum. *Consequências do Inadimplemento das Obrigações*. In. *Série Aperfeiçoamento de Magistrados 13 – 10 Anos do Código Civil – Aplicação, Acertos, Desacertos e Novos Rumos*, v.2, 2013.
- DE VRIES, Gerard. *Right to Specific Performance: Is There a Divergence Between Civil and Common-Law Systems, and If So, How Has it Been the Bridge in the DCFR*.

- European Review of Private Law, v. 17, 2009.
- FAGANELLO, Tiago. A Natural Incompletude dos Contratos Empresariais de Longa Duração. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/faganello-incompletude-contratos-longa-duracao#_ftn17>. Acesso em: 30 de abril de 2023.
- BARBI FILHO, Celso. Efeitos da Reforma do Código de Processo Civil na Execução Específica do Acordo de Acionistas. Revista de Processo, v. 85, 1997.
- FORGIONI, Paula A. Contratos Empresariais: Teoria Geral e Aplicação. Revista dos Tribunais. São Paulo, 2015.
- FREITAS, Augusto Teixeira de. Consolidação das Leis Civis. v.1. Coleção História do Direito Brasileiro. Conselho Editorial do Senado Federal, Brasília, 2003.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Tutela Jurisdicional nas Obrigações de Fazer e Não Fazer. Revista de Processo. Editora Revista dos Tribunais, v. 79, São Paulo, 1995.
- KAHNEMAN, Daniel & KNETSCH, Jack L. & Thaler, Richard H. Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market. The American Economic Review, v. 76, n. 4, 1986.
- KRONMAN T. Anthony. Specific Performance. University of Chicago Law Review, v. 45, 1978.
- LOPES, Christian Sahb Batista. A Mitigação dos Prejuízos no Direito Empresarial. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011.
- MARTINS Costa, Judith. A Boa-fé no Direito Privado: Critérios para a sua Aplicação. Marcial Pons. São Paulo, 2015.
- OKUN, Arthur M. Prices and Quantities: A Macroeconomic Analysis. Brookings Institution, 1981.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil. v. III. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2006.

- PEREIRA, Leonardo. Custo de Oportunidade. Disponível em: <<https://www.dicionariofinanceiro.com/custo-de-opportunidade/>>. Acesso em: 30 de abril de 2023.
- PONTES De MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tome XXV. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2012.
- POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, v. 57, 1ª edição, 1972.
- POSNER, Richard A. e Rosenfield, Andrew M. *Impossibility and Related Doctrine in Contract Law: An Economic Analysis*. *The Journal of Legal Studies*, The University of Chicago Press, v. 11, 2ª edição, 1982.
- SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR, Tércio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. Editora Atlas, 7ª Edição, São Paulo, 2013.
- SANCHES, Sydney. *Execução Específica: Das Obrigações de Contratar e de Prestar Declaração de Vontade*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1978.
- SANTOS, Daniela Ramos de Oliveira dos & MURTA, Antonio Calors Diniz. *A Eficiência de Kaldor-Hicks: A Questão da Compensação Social*. *Revista de Direito Economia e Desenvolvimento Sustentável*. v. 2, n. 1, Brasília, 2016.
- SHOENBROD, David S. *The Measure of an Injunction: A Principle to Replace Balancing the Equities and Tailoring the Remedy*. *Minnesota Law Review*, v. 72, 1988.
- ULEN, S. Thomas. *The Efficiency of Specific Performance: Toward a Unified Theory of Contract Remedies*. *Michigan Law Review*. v. 83. 2ª edição, 1984.
- TERRA, Aline de Miranda Valverde. *Execução pelo Equivalente como Alternativa à Resolução: Repercussões sobre a Responsabilidade Civil*. *Revista Brasileira de Direito Civil —RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 18, 2018.
- THALER, Richard H. *Misbehaving: The making of behavioral economics*, 2015.

- VARELA, João de Mattos Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Coimbra, Almedina, 1970.
- VENTURI, Thais G. Pascoaloto. *A Doutrina dos Punitive Damages e a Fixação dos Danos Morais no Sistema de Justiça Brasileiro*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/direito-privado-no-common-law/336745/a-doutrina-dos-punitive-damages-e-a-fixacao-dos-danos-morais-no-sistema-de-justica-brasileiro>>. Acesso em: 30 de abril de 2023.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo, Editora Atlas, 1998.
- ZUNINO Neto, Nelson. *Pacta sunt servanda x rebus sic stantibus: uma breve abordagem*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=641>>. Acessado em 30 de abril de 2023.