

## Aplicação da teoria do inadimplemento eficiente do contrato em tempos de pandemia: uma prática rechaçada pelo ordenamento jurídico brasileiro

Diego Barbosa Campos<sup>1</sup>

Juliano Aveiro<sup>2</sup>

Afirmar a gravidade da crise mundial em razão da pandemia de Covid-19 é *chover no molhado*. O que ainda não sabem, nem mesmo os especialistas, é o tamanho do problema.

Nos últimos dias, um assunto ganhou considerável espaço na mídia: diversos países se veem obrigados a participar de um verdadeiro leilão – do tipo quem dá mais – com fábricas chinesas detentoras de 90% (noventa por cento) da produção mundial de equipamentos de proteção (EPIs) e 1/5 de respiradores artificiais, ferramentas essenciais no combate à Covid-19.

Chama ainda mais atenção que nem os contratos já celebrados foram preservados, pois as notícias são de que as fábricas chinesas estão cancelando contratos de compra e venda de EPIs e respiradores para realizar outros negócios, mais vantajosos.

Vê-se, com isso, uma clara aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato (*efficient breach theory*). Teoria bastante presente no ordenamento jurídico de outros países, mas, pelo menos até o momento, rechaçada pelo brasileiro.

A Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato sugere que o contratante, diante de uma oportunidade mais lucrativa, possa descumprir deliberadamente o pacto já firmado, honrando com o pagamento da multa contratual prevista.

Richard Posner, jurista americano à quem a teoria é comumente associada, explica que “*a parte é tentada a quebrar o contrato simplesmente porque o lucro da quebra excederia o lucro decorrente de*

---

<sup>1</sup> Diego Barbosa Campos é mestre em direito processual civil pela Universidade de São Paulo, professor da Universidade de Brasília e do Instituto de Direito Público - IDP. Sócio do escritório de advocacia Figueiredo e Velloso.

<sup>2</sup> Juliano Aveiro é advogado associado do escritório de advocacia Figueiredo e Velloso e Pós-Graduando em Direito Civil pela PUC Minas.

*cumprimento da obrigação. Ele o fará se o lucro exceder a expectativa de lucro da outra parte no cumprimento e, ainda, os danos decorrentes da quebra” (tradução livre)*<sup>3</sup>.

Exatamente o modo de proceder das fábricas chinesas noticiado pela mídia<sup>4</sup>. Embora o pacto contratual já tivesse sido firmado, muitas companhias optaram por inadimplir a obrigação, indenizando o primeiro comprador mediante pagamento de multa previamente fixada, para celebrar outro contrato, mais lucrativo.

É dizer, valendo-se da Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato, o devedor (da obrigação contratual) que encontra uma situação capaz de, economicamente, justificar o inadimplemento da obrigação diante do credor, rompe o contrato originário para contratar com terceiro.

O que se vê, portanto, é que a Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato está visceralmente ligada ao lucro financeiro que é escopo das organizações privadas. Não fosse pela ganância, seria fácil chegar à conclusão de que o contrato primevo seria mantido, seja pela ética, seja pela facilidade das partes envolvidas.

Não se sabe em que moldes foram entabulados os contratos de compra e venda com as fábricas chinesas<sup>5</sup>, mas, diante desse cenário, uma pergunta ecoa: a Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato foi incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro?

Pelo menos até o momento, não. E as justificativas são muitas.

---

<sup>3</sup> POSNER, Richard A. *Economic analysis of Law*. 8 ed. New York: Aspen Publishers, 2011, p.151: “[A] party is tempted to break his contract simply because his profit from breach would exceed his profit from completing performance. He will do so if the profit would also exceed the expected profit to the other party from completion of the contract, and hence the damages from breach.”

<sup>4</sup> Matéria veiculada no Jornal Nacional, da Rede Globo, no dia 06.04.2020: “Paulo Fraccaro, superintendente da Associação Brasileira da Indústria de Equipamentos (Abimo), reiterou a importância do pagamento adiantado. Segundo ele, há casos de fornecedores quebrando contratos, preferindo pagar multa para vender mais caro a outros países”.

<sup>5</sup> Nos contratos internacionais constatar qual legislação será aplicada em caso de qualquer controvérsia é, só por si, um problema, o qual geralmente está resolvido no próprio contrato por expressa manifestação das partes.

A primeira das barreiras diz respeito à função social do contrato, normatizada no art. 421 do Código Civil<sup>6</sup>.

Isso porque, consoante Enunciado 22 da I Jornada de Direito Civil, “*a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas*”.

Assim, o vínculo obrigacional, na medida do possível, sempre deverá ser mantido, sendo certo que a conservação ou preservação do vínculo é um importante subprincípio da função social do contrato<sup>7</sup>.

À vista disso, a rescisão contratual deve ser considerada a última das hipóteses pelos contratantes.

Some-se a isso a boa-fé objetiva normatizada no art. 422 do Código Civil<sup>8</sup>. Um verdadeiro dever legal que os contratantes possuem, devendo-se pautar sempre pela cooperação e lealdade.

Em festejada obra coordenada pelo Ministro Cezar Peluso, Nelson Rosenvald explica que a boa-fé objetiva compreende “*um modelo de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de conduta, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte*”<sup>9</sup>.

Confrontando essas diretrizes com o inadimplemento deliberado realizado pelas fábricas chinesas, percebe-se que foi contrariada a boa-fé objetiva do contrato<sup>10</sup>, uma vez a contratação impõe às partes o dever de cooperar para a boa execução do sinalagma<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

<sup>7</sup> FIUZA, Cezar. *Direito Civil: curso completo*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, [livro eletrônico].

<sup>8</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

<sup>9</sup> ROSENVALD, Nelson. In: Peluso, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. cd. rev. e atual. - Barueri, SP: Manole, 2010, pg. 482.

<sup>10</sup> Vale lembrar que os contratos entabulados com as fábricas chinesas, muito provavelmente, não são regidos pela legislação brasileira.

<sup>11</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação*. São Paulo:

Cumpra-se destacar que o inadimplemento deliberado, visando apenas e tão-somente o lucro e violando o dever de boa-fé objetiva, pode ser interpretado como ato ilícito, nos termos do art. 187 do Código Civil<sup>12</sup>, ficando a parte, nesse caso, obrigada a reparar todos os danos que der causa, conforme art. 927 do mesmo *códex*<sup>13</sup>.

Além disso, a escolha deliberada do devedor pelo inadimplemento contratual e, por conseguinte, da aplicação da multa contratual (cláusula penal), apresenta, *prima facie*, desarmonia com outras normas do Código Civil.

Sobre isso, é comum encontrar interpretações no sentido de que o art. 408 do CC<sup>14</sup> vedaria a aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato por, supostamente, condicionar a aplicação da multa à configuração de culpa<sup>15</sup>.

Entretanto, filia-se aqui à parte majoritária da doutrina no sentido de que não há necessidade de demonstração do elemento culpa para incidência da cláusula penal, pois a expressão “culposamente”, de que se vale o artigo, deve ser havida como noção de mera imputação.<sup>16</sup>

A esse respeito, é lapidar o escólio de Gustavo Tepedino:

“... andaria bem o novo legislador se mantivesse a locução anterior uma vez que a inserção do termo ‘culposamente’ poderia sugerir um novo requisito para aferição da aplicação da cláusula penal, este, contudo, de natureza objetiva. Tal

---

Marcial Pons, 2015, p. 215 e p. 219-228.

<sup>12</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>13</sup> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

<sup>14</sup> Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.

<sup>15</sup> Quando aplicada a Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato, o descumprimento contratual é doloso.

<sup>16</sup> BOINE JR., Hamid Charaf. In: Peluso, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. cd. rev. e atual. - Barueri, SP: Manole, 2010, pg. 455

solução, contudo, deve ser afastada interpretativamente, em homenagem à coerência do sistema”<sup>17</sup>

A despeito de a Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato não encontrar óbice no artigo supracitado, o mesmo não se pode dizer do art. 410 do Código Civil<sup>18</sup>.

Com efeito, a inteligência do art. 410 do CC é cristalina ao assinalar que a cláusula penal estipulada para o inadimplemento total da obrigação deve, quando for o caso, ser convertida em benefício do credor (da obrigação contratada).

Veja-se, portanto, que *“a escolha só favorece ao credor e nunca ao devedor, que deverá prestar fielmente o prometido. Em consequência, não poderá o devedor pretender liberar-se da obrigação, oferecendo ao credor a pena convencionada”*.<sup>19</sup>

No caso de aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato é o devedor (da obrigação contratual) que está intencionalmente se liberando da obrigação pelo simples pagamento da cláusula penal. Essa faculdade, no entanto, não é conferida pela legislação brasileira.

Tanto é verdade que, por possuir natureza acessória<sup>20</sup>, a cláusula penal não pode ser considerada uma obrigação alternativa ao descumprimento da obrigação principal, conforme lições de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery. Confira-se:

“A característica fundamental da obrigação alternativa é surgir, com esse perfil de opção, do credor ou do devedor,

---

<sup>17</sup> TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena e MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado*, v. I. Rio de Janeiro, Renovar, 2004, p. 74

<sup>18</sup> Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.

<sup>19</sup> FERREIRA, José Alves. Da cláusula penal. RT: Revista dos Tribunais, nº 301/14, São Paulo, nov. 1960

<sup>20</sup> “Constitui uma estipulação acessória, pela qual uma pessoa, a fim de reforçar o cumprimento da obrigação, se compromete a satisfazer certa prestação indenizatória, seja ela uma prestação em dinheiro ou de outra natureza, como a entrega de um objeto, a realização de um serviço ou a abstenção de um fato, se não cumprir ou fizer tardia ou irregularmente, fixando o valor das perdas e danos devidos à parte inocente em caso de inexecução contratual” (DINIZ, Maria Helena. *Direito Civil Brasileiro – 21ª edição*. 2º vol. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 435.)

conforme seja o acordo entre eles, no momento mesmo da formação da obrigação, *in obligatione*.”<sup>21</sup>

Em outras palavras, quando não expressamente prevista uma obrigação alternativa, vigora o aforismo jurídico *debitor aliud pro alio, invito creditore solvere non potest* (o devedor não pode dar, contra a vontade do credor, uma coisa por outra).

Frise-se: nos contratos, as funções da cláusula penal são estimular o devedor a cumprir a obrigação principal e prefixar o valor de perdas e danos decorrentes do inadimplemento ou da mora<sup>22</sup>, mas não é obrigação alternativa.

Também vale ressaltar que o art. 412 do Código Civil<sup>23</sup> limita o valor da cláusula penal ao valor da obrigação principal, o que – na maior parte das vezes – não representa a plena reparação dos danos sofridos pela parte, mas, conforme já destacado, há possibilidade de recompô-los se configurado ato ilícito.

Não fosse o bastante, insta salientar que os arts. 497<sup>24</sup> e 498<sup>25</sup> do Código de Processo Civil garantem a possibilidade de que a parte reivindique tutela específica, garantindo-lhe, sempre que possível, a satisfação específica do objeto originalmente pretendido pelo contrato.

Nesses casos, a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de resultado prático equivalente, nos termos do art. 499 do CPC<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> NERY JR., Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. até 03.06.2019. -- São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [livro eletrônico]

<sup>22</sup> BOINE JR., Hamid Charaf. In: Peluso, Cezar. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 4. cd. rev. e atual. - Barueri, SP: Manole, 2010, pg. 455

<sup>23</sup> Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.

<sup>24</sup> Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente.

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> Art. 499. 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.

Como dito, não são poucos os motivos que justificam a rejeição da Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Cumprе ressaltar que, conquanto haja ausência da Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato na jurisprudência brasileira, não se trata de uma teoria tão nova, já que existem relatos de sua afirmação desde 1970<sup>27</sup>.

O saudoso professor Carlos Eduardo Vieira de Carvalho<sup>28</sup> ensinava que a função social da empresa é o lucro. Mas a que custo?

Parece que, embora por definição a empresa tenha sido considerada uma organização aposta ao lucro<sup>29</sup>, o legislador brasileiro optou por prestigiar o princípio de conservação do contrato de diversas formas, mesmo que em detrimento à vantagem financeira de um dos contratantes, impedindo que a rescisão deliberada do contrato seja uma opção do devedor.

---

<sup>27</sup> Rutgers L.Rev. 273, 284 (1970) ("Repudiation of obligations should be encouraged where the promisor is able to profit from his default after placing his promisee in as good a position as he would have occupied had performance been rendered.")

<sup>28</sup> Registros de aulas na Universidade de Brasília.

<sup>29</sup> AGUIAR JR, Ruy Rosado de. *Contratos relacionais, existenciais e de lucro*. Revista Trimestral de Direito Civil: RTDC, Rio de Janeiro, ano 12, v. 45, p. 91-110, jan./mar. 2011, p. 105.