

José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins

INADIMPLEMENTO EFICIENTE DO CONTRATO

**Quando o Descumprimento do
Contrato é Vantajoso para
Uma das Partes**

Curitiba
Juruá Editora
2020

Visite nossos *sites* na Internet

www.jurua.com.br e

www.editorialjurua.com

e-mail: *editora@jurua.com.br*

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

ISBN: 978-85-362-9345-5

JURUÁ
EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900

Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –

Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

1167839

Martins, José Eduardo Figueiredo de Andrade.

M386 Inadimplemento eficiente do contrato: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes./ José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins./ Curitiba: Juruá, 2020.

276p.

1. Direito. 2. Economia. 3. Contratos. I. Título.

CDD 346.07 (22.ed)

CDU 347.724

00093

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Biblioteca: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	17
Capítulo 1 FUNDAMENTOS DE ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO (LAW & ECONOMICS) PARA O INADIMPLEMENTO EFICIENTE DO CONTRATO	21
1.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	21
1.1.1 Desenvolvimento Histórico	23
1.2 CONCEITOS ESSENCIAIS PARA A ANÁLISE ECONÔMICA DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE	25
1.2.1 A Eficiência Econômica	28
1.2.2 A Utilidade, o Risco e a Incerteza	30
1.2.3 Breve Revisão dos Instrumentos para a Análise Econômica do Direito na Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato.....	33
1.2.3.1 Teoria dos jogos	33
1.2.3.2 O Teorema de Coase e os custos de transação ...	44
1.2.3.3 Informação assimétrica.....	52
1.2.3.4 Economia comportamental.....	59
Capítulo 2 A EFFICIENT BREACH THEORY NO DIREITO ESTADUNIDENSE	69
2.1 IDEIAS PRELIMINARES SOBRE O DIREITO CONTRATUAL NO DIREITO ESTADUNIDENSE: A TEORIA ECONÔMICA DO CONTRATO	69
2.2 ORIGEM E CONCEITO DA <i>EFFICIENT BREACH THEORY</i>	74

2.3	DANOS PELA EXPECTATIVA (<i>EXPECTATION DAMAGES</i>)	76
2.3.1	Regra de Responsabilidade (<i>Liability Rule</i>) e Compensação pelos Danos.....	82
2.3.1.1	Cláusula de danos liquidados (<i>liquidated damages clause</i>)	83
2.3.1.2	Danos punitivos (<i>punitive damages</i>)	85
2.3.2	Regra de Propriedade (<i>Property Rule</i>) e Prestação Específica (<i>Specific Performance</i>).....	89
2.4	A QUESTÃO TEMPORAL DA <i>EFFICIENT BREACH THEORY</i>	93
2.5	POSIÇÕES CONTRÁRIAS À <i>EFFICIENT BREACH THEORY</i>	95
2.5.1	O Problema da Moralidade.....	96
2.5.2	O Problema da Base em Falsas Premissas.....	100
2.5.3	O Problema dos Custos de Transação	102
2.5.4	O Problema do Oportunismo.....	104
2.5.5	O Problema da Exclusão dos Demais Remédios	107
2.6	NOVAS PERSPECTIVAS PARA A <i>EFFICIENT BREACH THEORY</i>	111
2.6.1	A <i>Dual Performance Hypothesis</i> de Daniel Markovits e Alan Schwartz	111
2.6.2	O Modelo de Remédios Eficientes de Gregory Klass	113

Capítulo 3	A EXTINÇÃO DO CONTRATO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO E O INADIMPLENTO EFICIENTE	117
3.1	CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIFERENÇAS ENTRE O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A <i>COMMON LAW</i> NAS CONSEQUÊNCIAS PELO INADIMPLENTO.....	117
3.2	IDEIAS PRELIMINARES SOBRE O INADIMPLENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	119
3.3	O INADIMPLENTO ABSOLUTO	120
3.3.1	Hipóteses de Inadimplemento Absoluto e sua Relação com o Inadimplemento Eficiente.....	121

3.3.2	Resolução Contratual no Inadimplemento Absoluto e Inadimplemento Eficiente.....	124
3.3.3	A Prestação Equivalente no Inadimplemento Absoluto e o Inadimplemento Eficiente.....	125
3.3.4	Indenização por Perdas e Danos Isoladamente no Inadimplemento Absoluto e Inadimplemento Eficiente	128
3.3.5	Inadimplemento Antecipado.....	128
3.4	O INADIMPLEMENTO RELATIVO	130
3.4.1	A <i>Mora Solvendi</i> e o Inadimplemento Eficiente	132
3.4.2	A <i>Mora Accipiendi</i> e o Inadimplemento Eficiente	133
3.5	A VIOLAÇÃO POSITIVA DO CONTRATO	134
3.6	O ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL	136
3.7	A EXCEÇÃO DE CONTRATO NÃO CUMPRIDO	138
3.8	A RESOLUÇÃO PELA ONEROSIDADE EXCESSIVA E A REVISÃO PELA TEORIA DA IMPREVISÃO	140
3.9	A RESILIÇÃO.....	143
3.9.1	O Distrato e o Inadimplemento Eficiente	143
3.9.2	A Resilição Unilateral e o Inadimplemento Eficiente ...	144
3.10	A INVALIDADE DO CONTRATO	146
3.10.1	A Nulidade do Contrato e o Inadimplemento Eficiente...	147
3.10.2	A Anulabilidade do Contrato e o Inadimplemento Eficiente.....	148
3.11	FORMAS DE EXTINÇÃO PELO ADIMPLEMENTO COMPATÍVEIS COM O INADIMPLEMENTO EFICIENTE.....	150
3.11.1	A Obrigação Alternativa.....	151
3.11.2	A Obrigação Facultativa.....	152

Capítulo 4	OS GASTOS COM O INADIMPLEMENTO EFICIENTE NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO	155
4.1	DELIMITAÇÃO DO CONCEITO E DEFINIÇÃO DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE NO DIREITO BRASILEIRO...	155
4.2	CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES SOBRE A RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E A INDENIZAÇÃO	157

4.3	AS PERDAS E DANOS.....	159
4.3.1	Danos Emergentes.....	160
4.3.1.1	O dano extrapatrimonial.....	161
4.3.2	Os Lucros Cessantes.....	163
4.3.3	A Perda de uma Chance	166
4.3.4	A Fixação do Limite de Responsabilidade às Consequências Diretas e Imediatas	168
4.3.5	A Mitigação das Perdas e Danos: o <i>Duty to Mitigate the Loss</i>	172
4.4	A CORREÇÃO MONETÁRIA.....	174
4.5	OS JUROS.....	175
4.6	CLÁUSULAS ACESSÓRIAS QUE IMPACTAM NO VALOR INDENIZATÓRIO.....	177
4.6.1	As Arras.....	177
4.6.2	A Cláusula Penal	179
4.6.3	A Multa Penitencial.....	182
4.6.4	A Cláusula de Não Indenizar.....	184
4.6.4.1	A cláusula cruzada de não indenizar	185
4.7	OS GASTOS DO DEVEDOR COM SUA PRÓPRIA ATIVIDADE.....	187
4.7.1	Gastos com Ação Judicial.....	188
4.7.2	Gastos com Meios Alternativos de Solução de Litígios..	190
4.8	A RENEGOCIAÇÃO.....	192
4.9	O CÁLCULO DOS GASTOS COM O INADIMPLEMENTO EFICIENTE.....	194

Capítulo 5	A INTERAÇÃO DA BOA-FÉ E DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO COM O INADIMPLEMENTO EFICIENTE.....	199
5.1	CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	199
5.1.1	Princípio da Boa-Fé e Eficiência Econômica	201
5.1.1.1	O comportamento oportunista como contrário à boa-fé e à eficiência	203

5.1.2	A Função Interpretativa e o Inadimplemento Eficiente ..	206
5.1.3	A Função Criadora de Deveres Jurídicos Anexos e o Inadimplemento Eficiente.....	207
5.1.3.1	Deveres de lealdade e confiança recíprocas e inadimplemento eficiente	208
5.1.3.2	Dever de informar e inadimplemento eficiente ..	209
5.1.3.3	Dever de cooperação e inadimplemento eficiente	212
5.1.4	A Função Delimitadora do Exercício de Direitos Subjetivos: o Abuso de Direito e o Inadimplemento Eficiente ..	216
5.2	CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E O INADIMPLEMENTO EFICIENTE	219
5.3	A TUTELA EXTERNA DO CRÉDITO: A TEORIA DO TERCEIRO CÚMPLICE E O INADIMPLEMENTO EFICIENTE ..	223
Capítulo 6	A AUSÊNCIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA	229
6.1	CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE A PESQUISA REALIZADA.....	229
6.2	O CASO DOS TOMATES.....	230
6.3	O CASO ZECA PAGODINHO.....	231
6.4	O CASO DA CONTRATAÇÃO DE BENEDITO RUY BARBOSA.....	234
6.5	O CASO DOS CONTRATOS DE SOJA VERDE.....	236
	CONCLUSÃO.....	239
	REFERÊNCIAS.....	249
	ÍNDICE REMISSIVO	261