

UC Berkeley

Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers

Title

A TEORIA DO INADIMPLENTO EFICIENTE (EFFICIENT BREACH THEORY) E OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

Permalink

<https://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>

Author

FILHO, JOSÉ INACIO FERRAZ DE ALMEIDA PRADO

Publication Date

2007-05-01

A TEORIA DO INADIMPLENTO EFICIENTE (*EFFICIENT BREACH THEORY*) E OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

JOSÉ INACIO FERRAZ DE ALMEIDA PRADO FILHO

Qualificação profissional e acadêmica

Advogado, graduado em Direito pela Universidade de São Paulo em 2003.

E-mail prado@gvmail.br

Endereço postal: Rua Doutor Veiga Filho, n.º 228, apto. 12.
01229-000, São Paulo – SP.

Resumo

Para analisar o problema de eficiência na quebra de contratos deveremos trabalhar com a hipótese de custos de transação positivos. Assumir um mundo sem custos de transação implica que o problema não existirá, já que qualquer relação contratual tornada ineficiente seria distratada voluntariamente. Argumento que problemas de inadimplemento contratual focam disputas surgidas entre partes que já se conhecem, o que nos permite considerar que elas detêm uma grande vantagem informacional sobre os órgãos do Poder Judiciário. Com base nisso, é possível adotar uma presunção inicial de que regras de performance específica serão, geralmente, o remédio mais eficiente do ponto de vista dos custos de transação *ex post*. Do ponto de custos de transação *ex ante*, defendo ser razoável presumir que uma regra de performance específica importará em menores custos de busca, negociação e redação contratual, e que essas economias em custos *ex ante* serão dispersadas por todas as transações realizadas na economia. Por fim, concluo trazendo a posição do Direito brasileiro vigente.

Abstract

In order to analyze the problem of efficiency in braches of contracts we must work under the hypothesis of positive transaction costs. To assume a world of zero transaction costs imply the inexistence of the problem, for that any inefficient contract would have been voluntarily terminated. I argument that problems of contractual breach focus on disputes emerged between parties that already know each other, which permits us to grant them a great informational advantage over courts. For this reason, it is possible to adopt a initial presumption that specific performance rules will be, generally, the most efficient remedy on an *ex post* transaction cost perspective. On an *ex ante* transaction cost perspective, I defend that it is reasonable to presume that a specific performance rule shall mean smaller search, negotiation and contractual drafting costs, and that these economies in *ex ante* transaction costs shall be dispersed throughout the economy. In the end, I conclude bringing up the position of Brazilian law in force.

A TEORIA DO INADIMPLENTO EFICIENTE (*EFFICIENT BREACH THEORY*) E OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO

JOSÉ INACIO FERRAZ DE ALMEIDA PRADO FILHO*

Sumário: I – Introdução; II – Custos de transação, um modelo canônico de distrato e o Teorema de “Coase”; III – Teoria do inadimplemento eficiente: A mesma visão, uma outra catedral; IV – Incorporando os custos de transação ex-ante; V – Situação atual do Direito Brasileiro; VI – Conclusões; Bibliografia.

I – INTRODUÇÃO

A primeira vez que a teoria econômica sugeriu a existência de uma quebra eficiente de contrato foi em 1970, em um artigo de ROBERT BIRMINGHAM¹; sete anos mais tarde, o termo *theory of efficient breach* foi introduzido por CHARLES GOETZ & ROBERT SCOT² para batizar o novo tema. Em linhas gerais, essa teoria afirma que o inadimplemento de um contrato aumenta o bem estar social se os benefícios que a quebra contratual garante ao devedor são maiores do que as perdas geradas para o credor³. Em outras palavras, se o custo para o devedor cumprir o contrato for maior do que o lucro a ser auferido pelo credor, então o cumprimento do contrato não será socialmente desejável.

PETER LINZER⁴ ilustra o caso com o seguinte exemplo: Athos é dono de uma marcenaria capaz de assumir apenas um grande projeto por vez. Ele é contratado por Porthos para fabricar 100.000 cadeiras, a um preço unitário de \$10,00; cumprir o contrato celebrado renderá a Athos um lucro de \$2,00 por cadeira (ou um lucro total de \$200.000). Antes de qualquer trabalho ser iniciado, Aramis demanda de Athos 50.000 mesas, aceitando pagar \$40,00 por cada uma. Assumindo que o custo de produção da mesa é \$25,00, a nova proposta renderá a Athos um lucro total de \$750.000, mas para auferi-lo ele deverá romper o contrato celebrado com Porthos. No local, há outras marcenarias capazes de produzir cadeiras (como a de D’Artagnan), mas a quebra contratual imporá a Porthos danos de \$300.000 (por exemplo, atrasos nos prazos, preços mais altos cobrados por D’Artagnan em face da urgência, danos morais etc...). Apesar de tais prejuízos, o

* Advogado, graduado em Direito pela Faculdade de Direito da USP. E-mail: prado@gvmail.br.

¹ “Breach of contract, damage measures, and economic efficiency” in *Rutgers Law Review*, v. 24, p. 273, 1970.

² “Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach” in *Columbia Law Review*, v. 77, p. 554, 1977.

³ PETER LINZER, “On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement” in *Columbia Law Review*, v. 81, n. 1, p. 111-139, jan. 1981.

⁴ “On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement” *cit.* p. 114-115.

inadimplemento é socialmente desejável porque Athos poderá indenizar todos os danos e ainda reter lucro de \$ 450.000.

Afirmar que a eficiência será privilegiada com a quebra de um contrato pode parecer uma proposição conflitante com teoria econômica, em especial, oposta à noção de que a garantia de um resultado eficiente passa pelo respeito aos contratos e aos direitos de propriedade. Entretanto, o conflito é apenas aparente; uma vez admitido que a racionalidade humana não é plena e ilimitada, fica claro que o processo de obtenção de informações para celebração de um contrato não consegue antecipar todas as contingências que as partes irão encontrar pela frente. Contratos são, assim, intrinsecamente incompletos, e eventos futuros podem transformar alguns deles em avenças ineficientes, cujo cumprimento acarretará destruição de recursos.

Essa necessidade de acomodar eventos futuros e incertos já fora percebida pelo Direito, que respondeu por meio da relativização da noção de *pacta sunt servanda*. É dessa forma que se admite desde há muito a resolução dos contratos cujo cumprimento se tornou impossível por motivos de caso fortuito ou de força maior, sem que o devedor responda pelos prejuízos (art. 393, Código Civil). É também assim que surge a possibilidade de resolver contratos de execução continuada ou diferida quando acontecimentos imprevisíveis o tornarem excessivamente oneroso para uma das partes (art. 478-480, Código Civil); ou então, a possibilidade de reajuste das prestações para manter o seu valor real, quando houver grande desproporção causada por motivos imprevisíveis (art. 317, Código Civil).

De outro lado, colocar a eficiência como objetivo do ordenamento jurídico pode levantar as suspeitas de alguns juristas. A leitura não deve ser apressada. A função do Direito é sempre o bem-estar da sociedade, que pode ser aferido, em linhas gerais, por dois vetores normativos: a eficiência e a equidade⁵. Esses dois vetores estarão presentes em todo o ordenamento jurídico, mas cada ramo do Direito terá um vetor preponderante. Assim é que questões de eficiência podem ter um papel normativo secundário na regulação do direito de família, ou dos sistemas de assistência social. De outro lado, seu papel será central no direito antitruste ou na regulação dos títulos de crédito.

No que respeita ao direito contratual, a eficiência deve ter um papel normativo central. Isso porque ninguém contrata pelo simples prazer de trocar declarações de vontade; todo contrato é celebrado tendo em vista a realização de

⁵ Aqui, tenho em conta apenas a existência desses dois critérios distintos para análise de bem-estar. Dizer que entre eles haverá sempre e necessariamente uma relação de oposição é um passo adicional que me parece pouco claro e que, mesmo que verdadeiro, traz a lume um *trade-off* bastante complexo (cf., nesse sentido, HERBERT HOVENKAMP, "Positivism in Law & Economics" in *California Law Review*, vol. 78, n.º 4, jul. 1990, p. 848).

uma função econômica⁶. A importância dessa função econômica para o estudo dos contratos foi defendida por diversos juristas e acabou tão bem aceita a ponto de alguns autores assimilarem a noção de *causa* no direito privado à função econômica típica do contrato em questão⁷. Tomar a *causa* como a função econômica permite-nos identificar o contrato e definir sua disciplina jurídica, funcionando como elemento de união entre os aspectos econômico e jurídico⁸. A partir dessa inter-relação entre Direito e Economia, parece bastante razoável analisar o fenômeno contratual tendo em vista o critério de eficiência como um vetor normativo preponderante.

A consequência disso é que se deve buscar um direito contratual tão eficiente quanto possível, o que só ocorre quando as regras jurídicas criam incentivos que favoreçam tanto cumprimentos, quanto inadimplementos eficientes. Assim é que as discussões teóricas focaram os remédios disponíveis em caso de inadimplemento (em especial, indenização e performance específica), buscando identificar aquele que leve a uma situação mais eficiente.

Argumentou-se que o remédio eficiente para quebras contratuais deve impor ao devedor uma indenização igual ao benefício que seria auferido pelo credor. Isso internalizaria na conduta do devedor os custos que a quebra contratual imporá ao credor, criando incentivos para inadimplir apenas os contratos ineficientes⁹. Com base nessas idéias, alguns autores defendem que a regra mais eficiente para regular inadimplementos contratuais é aquela que prescreve indenização pelos lucros esperados, garantindo ao devedor os incentivos para cumprir apenas os contratos eficientes¹⁰. Entretanto, esse raciocínio deixa de lado alguns elementos fundamentais, em especial, os custos de transação dos diversos remédios e o problema de como mensurar os lucros esperados para fixar a indenização devida.

⁶ EROS GRAU, "Um novo paradigma dos contratos?", in *Revista Crítica Jurídica*, n.º 18, , jan. 2001, p 2.

⁷ Cf., nesse sentido, EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2. ed., Turim, Torinese, 1950; RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Nápoles, Jovene, 1950.

⁸ TULLIO ASCARELLI, *Panorama do direito commercial*, São Paulo, Saraiva, 1947, p. 62-64.

⁹ Admita que os custos para um devedor cumprir o contrato sejam C , e que os benefícios auferidos pelo credor sejam B . A eficiência exige inadimplemento se, e somente se, $C > B$; e cumprimento se, e somente se, $C < B$. Note que isso de fato ocorrerá se a indenização I que o devedor tiver que suportar for igual a B . Assim, haverá inadimplemento se $C > B = I$, e haverá cumprimento se $C < B = I$.

¹⁰ RICHARD POSNER, *Economic analysis of law*, 6. ed., Nova York, Aspen, 2003, p. 120-122.

II – CUSTOS DE TRANSAÇÃO, UM MODELO CANÔNICO DE DISTRATO E O TEOREMA DE “COASE”

A teoria do inadimplemento eficiente retratada na introdução deste artigo tem mais o intuito de apresentar o problema do que de delimitar uma moldura analítica adequada para tratá-lo. Isso porque ela apresenta a questão em um mundo livre de custos de transação.

Uma tal abordagem, batizada por IAN MACNEIL¹¹ de *simple-efficient breach analysis*, desconsidera um ponto central: na ausência de custos de transação, as partes de um contrato ineficiente irão negociar até distratar voluntariamente o contrato, partilhando entre si o excedente. Assim é que em um mundo de custos de transação nulos, o problema simplesmente não existirá. Os contratos eficientes serão cumpridos, ao mesmo tempo em que os pactos ineficientes serão distratados voluntariamente pelas próprias partes. Esse resultado se verificará independente da regra legal em vigor sobre o descumprimento dos contratos.

Em sua forma mais canônica, o distrato das avenças ineficientes seria ultimado por meio do pagamento, pelo devedor ao credor, de um valor ligeiramente superior aos lucros que este último auferiria com o contrato. Como tal valor é menor do que o custo de cumprir o contrato, o devedor economizaria a diferença, de forma que ambas as partes estão melhores do que na situação anterior.¹²

A conclusão de que, em um mundo sem custos de transação, contratos ineficientes serão sempre distratados, não passa de uma aplicação do Teorema de “Coase”. As aspas se devem ao fato de esta formulação do teorema (*i.e.*, na ausência de custos de transação, a alocação inicial dos direitos de propriedade é irrelevante), de resto a mais conhecida, foi na verdade vocalizada por GEORGE STIGLER¹³, e infelizmente, coloca em evidência o ponto errado.

¹¹ “Efficient breach of contract: circles in the sky” in *Virginia Law Review*, v. 68, n. 5, mai. 1982, p. 949-950.

¹² Em termos formais: admita-se um contrato simplificado onde existe apenas uma prestação p . Admita-se ainda que o credor dessa prestação auferiria o lucro $\pi(p)$ com o cumprimento do contrato, e que o devedor deve incorrer em custos da ordem de $c(-p)$ para executar sua obrigação. Se $\pi(p) < c(-p)$, então o contrato é ineficiente e existe uma mudança Pareto-superior tal que o devedor paga $\pi(p) + \varepsilon$ para o credor, economizando $c(-p) - (\pi(p) + \varepsilon)$. No final, ambas as partes estão melhores do que se o contrato tivesse sido cumprido.

¹³ *The theory of price*, 3. ed., Nova York, Macmillan, 1966. A rigor, a proposição de STIGLER já era conhecida desde ADAM SMITH, e se encontra explícita em FRANCIS YSIDRO EDGEWORTH (*Mathematical Psychics: An essay on the application of mathematics to the moral sciences*, Nova York, A. M. Kelley, 1967, p. 114) e KENNETH ARROW & GÉRARD DEBREU (“Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy” in *Econometrica*, v. 22, n.º 3, jul. 1954, pp. 265-290). Trata-se da noção de que, em uma economia competitiva, os recursos gravitariam na direção

Como DEIDRE McCLOSKEY¹⁴ ressaltou, os economistas compreenderam errado o teorema de Coase (agora sem aspas, para denotar que se trata da posição do próprio COASE); mais precisamente, entenderam-no exatamente ao contrário. Ao escrever o trabalho que deu origem ao teorema, RONALD COASE procurou chamar atenção justamente para o fato de que os custos de transação *não são nulos*, e que a alocação original dos direitos de propriedade *não é irrelevante*¹⁵. Uma prova mais eloqüente da genialidade de COASE pode ser vista na análise da teoria da *efficient breach*.

Assumir um mundo sem custos de transação implica que o problema não existirá, de maneira que a única abordagem teórica restante é identificar como será distribuído o excedente. Trata-se, evidentemente, de uma abordagem teórica válida, mas que serve para responder a uma outra pergunta, qual seja, como duas pessoas distribuirão entre si um bem divisível¹⁶. Se o problema a ser tratado é a análise de relações contratuais ineficientes e como o Direito deve tratá-las, deveremos necessariamente trabalhar com a hipótese de custos de transação positivos. E são justamente os custos de transação que guardam a solução do problema.

III – TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE: A MESMA VISÃO, UMA OUTRA CATEDRAL

A importância dos custos de transação para o direito contratual não foi negligenciada por todos; é dentro do contexto de custos de transação positivos que IAN MACNEIL acusa a *simple-efficient breach analysis* de falaciosa. Por trás dela, afirma, há a pressuposição de que atribuir ao devedor um direito à indenização pelo contrato descumprido seria uma regra mais apta para impedir a execução de contratos ineficientes do que uma outra regra, que atribua ao devedor direito de performance específica.

daqueles que mais os valorizam; em outras palavras, de que todo equilíbrio competitivo é Pareto ótimo (Primeiro Teorema de Bem-Estar).

¹⁴ “Other things equal: The so-called Coase theorem” in *Eastern Economic Journal*, v. 24, n.º 3, 1998, p. 367.

¹⁵ RONALD COASE, *The firm, the market and the law*, Chicago, University of Chicago Press, 1990, p. 13-15.

¹⁶ Uma forma de resolver esse problema foi elaborada por JOHN NASH em sua *solução de barganha*. A partir de um jogo simples, denominado jogo de barganha (duas pessoas devem distribuir entre si um valor pré-determinado), NASH apresenta a seguinte solução: em equilíbrio, os valores retidos por cada parte serão consequência do seu poder relativo (ou seja, o jogador mais forte recebe maior parcela do excedente) mas também do quanto os jogadores recebem em caso de desistência do jogo, o chamado “*pay-offs* de desacordo” (quanto maior o *pay-off* de desacordo, maior o excedente recebido pelo jogador, já que uma oferta que lhe dê menos do que desistir do jogo não será aceita). (Cf., “The Bargaining Problem” in *Econometrica*, v. 18, n.º 2, abr. 1950)

Retomando a idéia de que os custos de transação são relevantes, IAN MACNEIL conclui, corretamente, que os impactos de eficiência que essas regras sobre descumprimento contratual apresentam não depende da sua natureza, mas sim dos *custos de transação relativos* de cada uma das alternativas¹⁷.

A melhor moldura teórica para analisar a adequação de remédios jurídicos foi estabelecida por GUIDO CALABRESI & DOUGLAS MELAMED¹⁸. Nesse trabalho, os autores ofereceram uma abordagem integrada para definir qual o remédio jurídico eficiente na proteção de *posições jurídicas* e na solução de problemas relativos aos usos incompatíveis de direitos.

CALABRESI & MELAMED sugerem que as posições jurídicas atribuídas pela ordem jurídica aos particulares podem ser protegidas de duas formas diferentes: a primeira delas, intitulada pelos autores *property rules*, significa uma proteção plena da atribuição original, garantindo o seu titular contra qualquer violação por parte de terceiros; a segunda, nomeada *liability rules*, permite que a posição jurídica seja violada, mas garante à parte inocente o direito de ser indenizada pela violação.

Determinar o remédio mais adequado para proteger cada uma das posições jurídicas criadas e atribuídas pela ordem jurídica é uma decisão que deverá ser tomada com base nos custos de transação pertinentes. Quando os custos de transação forem baixos, o melhor remédio será uma *property rule*. Essa regra garantirá a proteção dos direitos em questão, relegando ao mercado a tarefa de levá-los até as pessoas que mais os valorizem, caso a alocação inicial não seja ótima. Quando custos de transação forem muito altos, a atribuição original poderá não ser facilmente modificada por meio de trocas voluntárias. Para impedir a permanência de uma alocação original ineficiente, a regra ideal de proteção das posições jurídicas é uma *liability rule*; ela protegerá os titulares dos direitos sem impedir modificações Pareto superiores. Os tribunais funcionarão como uma instância supervisora de transações, e terão o papel de, ao fixar a indenização devida, determinar uma espécie de *preço social* pela posição jurídica controversa.¹⁹

A moldura teórica proposta por CALABRESI & MELAMED parece muito mais adequada para tratar o problema das quebras contratuais do que a *simple-efficient breach analysis*. Partindo das idéias de CALABRESI & MELAMED, THOMAS ULEN apontou que, em matéria de inadimplemento contratual, os remédios de performance específica e indenização deveriam ser vistos como meios alternativos para atingir eficiência na alocação de recursos *vis-à-vis* custos de transação diferentes. E a decisão do tribunal sobre qual remédio adotar deverá

¹⁷ IAN MACNEIL, "Efficient breach of contract: circles in the sky" *cit.*, p. 951-952, 955-956.

¹⁸ "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", in *Harvard Law Review*, vol. 85, n.º 6, abr. 1972.

¹⁹ "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *cit.*.

ser tomada com base nos custos de transação que as partes enfrentam, tal como proposto por CALABRESI & MELAMED.²⁰

Embora a visão de CALABRESI & MELAMED seja adequada, a *catedral* que eles analisaram não é a mesma que a teoria do inadimplemento eficiente aborda. Os problemas estudados por CALABRESI & MELAMED pressupõem disputas jurídicas surgidas entre pessoas desconhecidas (*e.g.*, responsabilidade civil extracontratual, turbação ou esbulho de propriedade, furto etc...), enquanto questões de inadimplemento contratual têm em evidência litígios entre partes que já se conhecem. Esse fato permite estender as idéias de CALABRESI & MELAMED e tirar conclusões adicionais sobre o remédio legal mais eficiente para sancionar o inadimplemento contratual.

De saída, a principal fonte de custos de transação do modelo de CALABRESI & MELAMED²¹ a justificar a adoção de uma regra de indenização (*i.e.*, a presença de muitas partes, muitas delas ainda não identificadas) está ausente em uma situação de responsabilidade contratual, ou terá um papel relevante apenas em alguns casos, como apontado por DANIEL FRIEDMANN²². FRIEDMANN é taxativo ao afirmar que uma situação contratual não conterà muitas partes ainda não identificadas; sua idéia central é correta, mas a essa taxatividade merece alguma relativização.

É razoável supor que a *maioria* das relações contratuais envolva poucas partes, todas elas determinadas. Uma das poucas exceções a essa regra consiste nos contratos de massa não-instantâneos; nesse caso, todas as relações jurídicas individuais estão ligadas entre si, formando um *sistema contratual*, de forma que nenhum contrato poderá existir isoladamente²³.

Para solver um problema de ineficiência dessas relações de massa não-instantâneas será necessária uma negociação simultânea com todos os contratantes, já que a existência do *sistema contratual* transforma qualquer distrato ou renegociação individual em uma medida inócua. Aqui, mesmo diante de um problema contratual, haverá margem para existência de custos de transação da mesma modalidade referida por CALABRESI & MELAMED (*i.e.*, identificação de, e negociação com, muitas partes).

²⁰ THOMAS ULEN, "The efficiency of specific performance", in *Michigan Law Review*, vol. 83, n.º 2, nov. 1984, p. 369.

²¹ "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *cit.*, p. 1124-1126.

²² "The Efficient Breach Fallacy" in *The Journal of Legal Studies*, v. 18, n.º 1, jan. 1989, p. 13, nota de rodapé 33.

²³ RICARDO LUIZ LORENZETTI, "Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros" in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 28, out.-dez. 1998, p.22-58; "Esquema de una teoria sistémica del contrato" in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33, jan.-mar., 2000, p. 51-77.

Nada obstante, as partes de um contrato detêm uma grande vantagem informacional sobre os órgãos do Poder Judiciário, por já terem negociado entre si. Como lembrado por THOMAS ULEN²⁴, um tribunal que tivesse que conhecer um litígio contratual e definir o valor da indenização devida teria que se informar sobre os termos contratuais pertinentes, sobre o mercado em questão, aferir a verossimilhança das alegações das partes sobre suas expectativas, julgar a razoabilidade dos riscos assumidos e assim por diante. Muitas dessas informações podem ser bastante complexas, e as partes do contrato, que atuam nos mercados relevantes e já negociaram entre si, provavelmente estão em melhor posição do que os tribunais para lidar com essas informações.

Em razão disso, THOMAS ULEN expande a moldura proposta por CALABRESI & MELAMED, considerando que em matéria de inadimplemento contratual, é possível adotar uma forte presunção inicial de que regras de performance específica serão, geralmente, o remédio mais eficiente. Isso ocorre porque tais regras implicam custos de ajustamento (*i.e.*, aqueles custos necessários para entregar o objeto da prestação contratual à pessoa que mais a valoriza) pós-quebra menores, uma vez que a determinação dos valores de reserva relevantes será empreendida pelos agentes mais eficientes: as próprias partes.

ULEN argumenta que, em geral, os custos de transação entre contratantes não devem ser altos. Afinal, eles já estabeleceram um relação contratual, e os elementos que criam altos custos de transação em outros contextos jurídicos estão ausentes aqui: as partes já estão identificadas, elas já negociaram diversas contingências (eventualmente até já trataram de problemas sobre inadimplemento), já mantiveram contatos após a assinatura do acordo para esclarecer detalhes sobre o cumprimento do contrato etc. Em suma, se as partes não negociaram algum remédio para a hipótese de inadimplemento, os custos para que elas lidem com essa possibilidade são muito baixos, o que significa um forte razão *prima facie* para fazer a tutela específica com o remédio padrão contra inadimplemento contratual.²⁵

Uma crítica que se poderia levantar à vantagem informacional das partes é a seguinte: se os custos de transação delas são realmente baixos, por quê não houve distrato? Por quê a disputa judicial foi inaugurada?

²⁴ “The efficiency of specific performance”, *cit.*, p. 369.

²⁵ THOMAS ULEN, “The efficiency of specific performance”, *cit.*, p. 369. Além disso, ULEN alega que uma regra de performance específica é mais apta para proteger os valores subjetivos que as partes retiraram do contrato, garantindo que somente quebras eficientes ocorram e minimizando o risco de sub-compensar a parte inocente. Por fim, alega que o processo de formação dos contratos será mais eficiente se as partes estiverem frente a uma regra de performance específica. Em particular, as partes terão incentivos mais fortes para alocar os riscos de perda associados ao inadimplemento na data de sua assinatura, ao invés de deixar o trabalho para os tribunais ou para negociações pós-quebra (*iden.*, p. 365-366). Retornarei aos problemas de eficiência na formação dos contratos na seção seguinte.

Mesmo com custos de transação baixos, as partes podem estar incertas sobre a interpretação correta do texto legal aplicável à sua situação de fato, razão por que não têm outro remédio senão recorrer a um tribunal. Além disso, as partes podem estar de tal forma tomada por paixões que os *custos de transação subjetivos* (*i.e.*, aqueles sujeitos determinados enfrentam em situação de fato particular) se tornaram altíssimos, muito embora os *custos de transação objetivos* (*i.e.*, aqueles que partes razoáveis enfrentam em situações semelhantes, e que são formados a partir do número de partes envolvidas, da complexidade do assunto e dos custos de monitoramento e cumprimento coercitivo) sejam baixos²⁶.

ULEN termina seu estudo defendendo de forma bastante contundente a eficiência da regra de performance específica. Sua conclusão é que, na ausência de remédios estipulados pelas partes no próprio contrato, a eficiência será atingida com maior probabilidade por uma regra de performance específica. Assim, considerando os custos de transação *ex post*, o remédio padrão para inadimplemento contratual deveria ser o cumprimento específico, com exceções dos casos onde ele não é possível ou onde as próprias partes o afastaram²⁷.

Além da economia de custos de transação devida por causa da vantagem informacional dos contratantes sobre os tribunais, há outros pontos a indicar a eficiência relativa da regra de performance específica. Em primeiro lugar, é preciso lembrar que a probabilidade de uma decisão ineficiente aumenta na medida em que o agente responsável pela escolha pode evitar o pagamento dos custos envolvidos na decisão em questão (problemas de externalidades). A necessidade de negociações imposta pela regra de performance específica parece perfeitamente desenhada para impedir que algum dos envolvidos tenha seus custos desconsiderados no cálculo final, o que significa *custos relacionais* menores.²⁸⁻²⁹

²⁶ THOMAS ULEN “The efficiency of specific performance”, *cit.*, p. 380-381.

²⁷ THOMAS ULEN, “The efficiency of specific performance”, *cit.*, p. 343, 346. Tais exceções parecem bastante razoáveis. Onde a performance específica é impossível (ou mesmo virtualmente impossível, como nos casos de obrigações personalíssimas, em que não é possível aferir o nível de esforço do devedor), seu custo será infinito e, portanto, superior ao da indenização. Além disso, se o remédio foi fixado pelas próprias partes durante a celebração do contrato, é razoável supor que elas estavam na melhor situação para aferir o valor subjetivo do contrato; as queixas, reclamações e exigências feitas após a quebra contratual tendem a ser bastante viesadas e pouco críveis (THOMAS ULEN *iden*, p. 356, nota de rodapé 47).

²⁸ IAN MACNEIL, “Efficient breach of contract: circles in the sky” *cit.*, p. 960. A idéia de MACNEIL é a seguinte: se a indenização encoraja rompimento sem consultas, enquanto a performance específica encoraja negociações e acordos mutuamente benéficos, então os custos relacionais da performance específica serão menores (*iden*, p. 595).

²⁹ O perigo de que a unilateralidade presente na regra de indenização termine em desconsideração dos danos impostos ao credor também é lembrado por DANIEL FRIEDMANN (“The Efficient Breach Fallacy” *cit.*, p. 13).

Essa mesma necessidade de alocação correta (*i.e.*, sobre o responsável pela escolha) vale também para os custos de transação. Como já fora apontado por ROBERT BIRMINGHAM, a eficiência exige que o responsável pelo inadimplemento suporte os custos de transação que acompanham as suas ações³⁰. Não basta que os custos de transação sejam relativamente menores; é importante que a regra sobre inadimplemento contratual garanta que eles sejam incorridos *pelo devedor* para garantir que a quebra é realmente eficiente. E é justamente isso que a regra de performance específica garante.

Por fim, os custos incorridos pelos Tribunais tendem a ser mais baixos sob uma regra geral de performance específica; nessa hipótese, o trabalho do Poder Judiciário se limita a verificar se houve inadimplemento culposo. Sob uma regra de indenização, os órgãos do Judiciário devem, além de checar a ocorrência e a natureza do inadimplemento, determinar o valor da indenização devida à parte inocente, o que leva a custos administrativos maiores^{31, 32}.

Embora todos esses autores tenham acertado o foco, eles acabaram se concentrando apenas nos custos de transação incorridos na vizinhança da inexecução do contrato³³. Eles identificaram corretamente que a eficiência das regras sobre descumprimento contratual deve ser avaliada com base nos seus custos de transação relativos, mas circunscreveram-se apenas aos custos de transação incorridos para promover a substituição do contrato ineficiente por um outro contrato eficiente (trocar o contrato de fabricação de cadeiras pelo de fabricação de mesas, no exemplo dos Quatro Mosqueteiros).

Curiosamente, foi desconsiderado o fato de que a regra sobre descumprimento contratual também impacta a conduta das partes na celebração dos contratos. E esses custos de transação *ex-ante*, causados pela regra sobre descumprimento contratual, devem ser considerados para uma decisão apurada.

³⁰ “Breach of contract, damage measures, and economic efficiency” *cit.*, p. 285.

³¹ THOMAS ULEN, “The efficiency of specific performance”, *cit.*, p. 384.

³² Um raciocínio análogo foi usado por RICHARD POSNER para concluir pela eficiência relativa da responsabilidade civil objetiva sobre a responsabilidade civil subjetiva, na medida em que a primeira imporia aos tribunais menores custos administrativos. Nada obstante, POSNER reconhece que a adoção da doutrina objetiva em matéria de responsabilidade civil pode levar a um maior número de demandas ajuizadas (e a um incremento nos custos totais do tribunal *vis-à-vis* um regime de responsabilidade subjetiva), já que os custos do autor da ação tendem a ser menores sob um regime de responsabilidade civil objetiva (RICHARD POSNER, “Strict liability: a comment” in *Journal of Legal Studies*, vol. 2, n.º 1, jan. 1973).

³³ Embora THOMAS ULEN não tenha negligenciado os problemas de custos *ex ante*, ele concentrou-se fortemente nos custos de transação *ex post*.

IV – INCORPORANDO OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO *EX-ANTE*

Pouquíssima atenção tem sido dada aos impactos que as regras sobre inadimplemento contratual têm sobre os custos de formação dos contratos. A literatura relacionada à *efficient breach theory* não é exceção, e os seus autores que chegam a abordar esse ponto dedicam a ele menos atenção do que aos custos de transação *ex post*.

Isso me parece bastante preocupante. A regra geral é que os contratos celebrados serão cumpridos sem maiores problemas, de forma que apenas uma parcela deles acaba enfrentando problemas de inadimplemento. Além do mais, somente uma parte dos contratos descumpridos pedirá a aplicação da teoria do inadimplemento eficiente; não se pode esquecer que o inadimplemento contratual pode ter ocorrido por motivos mais pedestres, como a má-fé do devedor. Dessa maneira, os custos de transação *ex post*, incorridos para sair de contratos ineficientes, incidirão sobre uma pequena parte dos negócios, ao passo que os custos de transação *ex ante*, incorridos para celebrar contratos, incidirão sobre todos os contratos celebrados.

O ponto fundamental desconsiderado é o fato de que as regras sobre inadimplemento contratual têm efeitos distributivos não triviais. Para além de preocupações redistributivas, o ponto focal aqui são os efeitos que a alocação final do excedente terá sobre os incentivos e sobre as decisões das partes envolvidas. Como apontado por LUCIAN ARYE BEBCHUK³⁴, esses impactos em termos de eficiência são inexistentes quando se adota uma visão *ex post* (*i.e.*, quando se tomam os *pay-offs* relevantes como exógenos, e se busca identificar a alocação de direitos que favorece a eficiência). Uma vez incluídas considerações *ex ante* (*i.e.*, quando se reconhece que a distribuição final altera os incentivos e ações das partes envolvidas, e que tais ações alteram os *pay-offs* relevante), os efeitos distributivos que uma regra legal tem sobre a divisão final do excedente passam a ter efeitos não triviais sobre a eficiência *ex ante*, e, portanto, sobre a eficiência total.

O canal de transmissão desse mecanismo são as alterações na posição de barganha de cada uma das partes e as conseqüentes mudanças nos seus incentivos. Frente a uma nova distribuição do excedente, mudam os incentivos dos envolvidos e as suas ações serão diferentes, sendo certo que esses efeitos sobre incentivos das partes e sobre a eficiência se produzirão até mesmo naqueles casos onde os custos de transação *ex post* não são grandes a ponto de impedir uma negociação bem sucedida³⁵.

³⁴ “Property rights and liability rules: the ex ante view of the cathedral” in *Michigan Law Review*, v. 100, n.º 3, jan. 2001.

³⁵ LUCIAN ARYE BEBCHUK, “Property rights and liability rules: the ex ante view of the cathedral” *cit.*, p. 605.

É verdade que o trabalho de BEBCHUK estudou o problema do uso conflitante de recursos (*i.e.*, responsabilidade extracontratual, tratado por RONALD COASE³⁶ e CALABRESI & MELAMED³⁷), e se concentrou nos investimentos que as partes envolvidas estão dispostas a fazer para aumentar o valor do seu uso, ou mitigar o dano causado pelo uso conflitante³⁸. Entretanto, a sua lição pode ser aplicada aos custos de transação *ex ante*, incorridos para a celebração de um contrato. O ponto importante a ser evidenciado é que as *regras sobre descumprimento contratual terão efeitos não negligenciáveis sobre os incentivos das partes em incorrer ou não em custos de transação ex ante* (custos de busca, de redação contratual entre outros).

Para avaliar os impactos que as regras sobre inadimplemento causam nos custos de formação dos contratos, THOMAS ULEN³⁹ separa três casos de análise: (i) prestações a que o credor atribua alto valor subjetivo; (ii) prestações de bens fungíveis; e (iii) prestações devidas a credores que preferem danos pré-liquidados.

Para aqueles casos onde o credor atribua alto valor subjetivo à prestação, os custos de redação do contrato diminuirão se a regra sobre inadimplemento for o cumprimento específico. Isso ocorre porque a regra de direito tornará desnecessários gastos incorridos pelo credor para proteger-se do inadimplemento. Onde a regra sobre inadimplemento for apenas uma indenização, o credor que atribui alto valor à prestação terá incentivos para gastar dinheiro redigindo um contrato mais completo, que preveja mais contingências e que tente mimetizar os efeitos de uma regra de performance específica. Aliás, gastos que serão cada vez maiores conforme o valor subjetivo que o credor atribua à prestação aumente. Todos esses custos seriam economizados se o inadimplemento contratual colocasse o devedor frente a uma obrigação de performance específica.

Para contratos cujas prestações tenham como objeto bens fungíveis, os custos de redação seriam ligeiramente aumentados, mas subiriam em magnitude muito inferior à economia de custos de transação dos contratos de alto valor subjetivo. No pior dos casos, as partes que transacionam bens fungíveis teriam que estipular uma cláusula de indenização, o que seria relativamente barato e acabaria rapidamente se tornando cláusula de estilo.

³⁶ “The problem of social cost” in *Journal of Law and Economics*, v. 3, out., 1960.

³⁷ “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, *cit.*.

³⁸ Ao comentar as disputas entre regras de performance específica e regras de indenização para resolver problemas de uso conflitante de recursos sob a perspectiva de eficiência dos investimentos *ex ante* (e não dos custos de transação *ex ante*), BEBCHUK defende que há uma ambigüidade: regras de indenização funcionam melhor em alguns casos, e regras de performance específica funcionam melhor em outros, de forma que não haveria uma medida geral “*one-size-fits-all*” (“Property rights and liability rules: the ex ante view of the cathedral” *cit.*, p. 633-634).

³⁹ “The efficiency of specific performance”, *cit.*, p. 376-378.

Por fim, credores que preferem danos pré-liquidados teriam seus custos de redação contratual diminuídos, porém não minimizados. Para eles, o ponto ótimo seria permitir estipulação livre de remédios contra o inadimplemento. Nada obstante, eles estarão em uma posição melhor sob uma regra de performance específica do que sobre uma regra de indenização. Isso porque, em caso de inadimplemento, a regra de performance específica dá ao credor uma posição que lhe permite determinar o valor que o devedor deve pagar para liberar-se do contrato; numa regra de indenização, o valor seria fixado pelos Tribunais, e poderia ser inferior ao valor subjetivo do credor.

THOMAS ULEN conclui que, no agregado, impor o cumprimento específico como remédio padrão contra o inadimplemento não alteraria significativamente os custos de formação dos contratos⁴⁰. Não me convenço dessa proposição, e acredito que as economias provenientes dos contratos com alto valor subjetivo serão muito maiores do que o incremento de custo imposto às transações com bens fungíveis. Entretanto, essa é uma questão a ser resolvida por meio de verificação empírica.

O ponto teórico mais crítico das conclusões de THOMAS ULEN é que ele desconsidera que, além dos custos de redação contratual, há outros custos de transação *ex ante* que possivelmente diminuirão com uma regra padrão de performance específica; isso ocorre porque contratos protegidos com performance específica apresentam maior facilidade para coibir ações oportunistas do devedor e inspiram maior nível de confiança nas partes.

O *oportunismo do devedor* terá impactos diferentes sobre os custos de transação conforme a regra em vigor para sancionar o inadimplemento contratual. Sob uma regra de performance específica, a distinção entre quebras oportunistas e não oportunistas não é tão relevante, visto que o devedor sempre terá que cumprir o contrato, a não ser que tenha sido liberado voluntariamente pelo credor (leia-se, mediante compensação suficiente). Nesse caso, o eventual oportunismo do devedor terá sido pago de alguma maneira, deixando o credor satisfeito (se o

⁴⁰ THOMAS ULEN, “The efficiency of specific performance”, *cit.*, p. 379. Nas próprias palavras do autor: “*In summary, we may predict that contract formation cost would not on the whole be significantly changed by making specific performance the routine contract remedy. For those who place a high subjective valuation on performance, specific performance would reduce formation costs by relieving them of the high costs of contracting around the inadequacy of money damages or of demonstrating at trial the inadequacy of money damages. For those who, in the most efficient of all possible worlds. Would prefer to protect their subjective valuation not through specific performance but rather through stipulated damages, the routinization of the equitable remedy would be superior to the current regime but not as desirable as one in which any stipulation is available. The only group whose costs of contracting are likely to increase under specific performance are those transacting in homogeneous goods. They would be obliged to stipulate money damages in order to avoid being specifically bound in the event of breach. This increase, however, is not likely to be large because boilerplate stipulations should become widely and inexpensively available*”.

credor julgar a compensação oferecida pelo devedor insuficiente, ele simplesmente receberá a prestação acordada).

Quebras oportunistas são problemas bem mais sérios quando se utiliza uma regra de indenização. Nesse ambiente, o devedor adotará sempre uma postura unilateral, e seu oportunismo acarretará incentivos para que o credor gaste na proteção do contrato. A única forma de coibir o oportunismo sob uma regra de indenização seria tratar diferentemente quebras oportunistas e não oportunistas. Essa foi a estratégia adotada por RICHARD POSNER⁴¹; após distinguir quebras oportunistas de não-oportunistas, POSNER defende que o devedor oportunista deveria pagar ao credor inocente todos os lucros obtidos com o rompimento do contrato. Entretanto, como DANIEL FRIEDMANN⁴² rebateu, essa redistribuição dos lucros iria contra a essência de uma regra de indenização, cuja função é transformar o devedor em um *residual claimant* do excedente, com os incentivos corretos para romper todos os contratos ineficientes, e somente os contratos ineficientes. E afinal, coibir quebras oportunistas será difícil se a sua indenização for igual àquela devida por quebras não oportunistas.

Essa dificuldade para coibir o oportunismo, ínsita às regras de indenização, pode levar a um aumento nada trivial nos custos de transação *ex ante*, em especial, a gastos excessivos com proteção contratual (como exigência de mais garantias, gastos adicionais para especificar e completar o contrato etc...) e a buscas muito longas e caras.

Outra fonte potencial para diminuição de custos de transação quando se utilizam regras de performance específica é o aumento do *nível de confiança* que a relação contratual inspira nas partes, com a conseqüente economia de recursos. Se a ordem jurídica cria limitações muito severas contra regras de performance específica ela pode erodir a confiança das partes em conseguir o que fora contratado, e gerar ineficiência e desperdício de recursos⁴³.

Dentre as ineficiências geradas por remédios contratuais frouxos certamente encontraremos o desperdício com custos de transação desnecessários. Tome-se, por exemplo, os custos de busca. Em um ambiente onde contratos são cumpridos especificamente, os credores tendem a gastar menos para escolher a contra-parte da relação contratual. Como o devedor estará sujeito a uma regra de performance específica, não há necessidade de estender a busca além da identificação das dimensões relevantes do produto buscado; informações subjetivas sobre o devedor tendem a ocupar um posto secundário num ambiente institucional onde contratos são cumpridos especificamente.

Os gastos efetuados pelos agentes econômicos com o intuito de sinalização também tendem a ser menores sob a regra de performance específica,

⁴¹ *Economic analysis of law cit.*, p.79 e ss.

⁴² “The Efficient Breach Fallacy” in *The Journal of Legal Studies*, v. 18, n.º 1, jan. 1989, p. 3-4.

⁴³ DANIEL FRIEDMANN, “The Efficient Breach Fallacy” *cit.*, p. 7.

além de ficarem confinados a fatores realmente importantes. Uma vez que o devedor estará sujeito ao cumprimento específico da obrigação assumida, as estratégias de sinalização e construção de reputação sobre a entrega do produto serão inúteis. Recursos que seriam consumidos nessa atividade serão economizados, e canalizados para atividades produtivas ou para sinalização de informações efetivamente importantes, como aquelas que credor não é capaz de verificar por si só ou de assegurar por meio de um contrato.

Sob uma regra de indenização, a diminuição do nível de confiança na relação contratual não ficaria confinada apenas ao contrato inadimplido; a instabilidade desse contrato pode respingar em outros acordos conexos, celebrados pelo credor, de modo que o aumento dos custos de transação seria generalizado⁴⁴.

No final, como percebeu DANIEL FRIEDMANN⁴⁵, embora idealizadas como redutoras de custos de transação, as regras de indenização que permitem ao devedor romper unilateralmente o contrato acabam por gerar, de fato, *transações mais caras*; é por essa razão que elas apresentam um desempenho pior do que regras de performance específica.⁴⁶ No geral, parece possível presumir que a adoção do cumprimento específico como regra padrão contra o inadimplemento contratual levará a economias de custos de transação *ex ante*.

Uma outra possível crítica à regra de performance específica seria a possibilidade de que contratos ineficientes acabem cumpridos coercitivamente se ela for regra jurídica contra *default* contratual. Esse risco existe⁴⁷, mas suas conseqüências não são tão drásticas. É preciso lembrar que as economias de custos de transação *ex ante* serão dispersas por todas as transações do mercado, ao mesmo tempo em que o risco de cumprimento de contratos ineficiente existirá apenas para uma pequena parcela dos negócios celebrados. Isso nos indica que esses dois elementos (*i.e.*, (i) economia de custos de transação *ex ante*; e (ii) ganhos de eficiência perdidos com o cumprimento de contratos ineficientes) devem ser considerados. Acredito que o primeiro efeito preponderará na maioria dos casos, justificando a performance específica como regra padrão.

Nada obstante, alguns setores econômicos podem apresentar situação particular a ponto de justificar a adoção de regra de indenização em matéria de

⁴⁴ DANIEL FRIEDMANN, “The Efficient Breach Fallacy” *cit.*, p. 13.

⁴⁵ “The Efficient Breach Fallacy” *cit.*, p. 2.

⁴⁶ Sobre a economia de custos de transação geradas por regras que permitam ao devedor inadimplir o contrato sem precisar negociar com o credor, *cf.* RICHARD POSNER, *Economic analysis of law cit.*, p. 107 e 118.

⁴⁷ Aliás, como lembrou DANIEL FRIEDMANN, o risco de ineficiências associadas a falhas de negociações é inerente ao sistema de mercado (“The Efficient Breach Fallacy” in *The Journal of Legal Studies cit.*, p. 8.)

inadimplemento contratual⁴⁸. Esse seria o caso de mercados tecnológicos, onde o grau de inovação é tão grande e as mudanças tão drásticas que muitas relações contratuais podem acabar se tornando muito ineficientes. Ou então, mercados cujos custos de transação já sejam muito baixos, a ponto de suas economias serem negligenciáveis frente ao risco de eficiência perdida cumprindo contratos ineficientes.

V – SITUAÇÃO ATUAL DO DIREITO BRASILEIRO

O Direito brasileiro conviveu durante muito tempo com restrições ao cumprimento específico das obrigações de fazer, reservando a tutela específica apenas às obrigações de dar, por meio do processo de execução para entrega de coisa e de execução por quantia certa. A resistência do devedor em cumprir obrigação de fazer ou não fazer era tida como limite intransponível em função do dogma da intangibilidade da vontade humana, como ressaltou ADA PELLEGRINI GRINOVER⁴⁹. Isso significava que o inadimplemento de obrigações de fazer e não fazer somente teria solução na indenização do credor, conforme dispunha expressamente o artigo 1.142 do Código Civil francês, outorgado por Napoleão I em 1804.

As únicas exceções previstas originalmente no Código de Processo Civil de 1973 (Lei n.º 5.869, de 1973) eram: (i) a possibilidade de cumprimento específico das *obrigações de fazer fungíveis*, levado adiante por terceiros ou pelo próprio credor, às custas do devedor (art. 634 e 637 do Código de Processo Civil)⁵⁰; e (ii) o suprimento judicial de declaração de vontade do devedor

⁴⁸ Em termos mais formais: Admitamos um mercado onde haja N transações. Suponhamos ainda que δ seja o incremento médio nos custos de transação por contrato, incorridos quando a regra contra inadimplemento seja uma indenização; θ seja porcentagem das operações acometidas por fatos novos e que ficaram ineficientes; e ϕ seja o ganho médio de eficiência ao descumprir as operações ineficientes. Nesse ambiente, as duas regras de direito (performance específica e indenização) se equivalem se, e somente se: $N.\delta = \theta.N.\phi$. Depois de simples álgebra, é possível concluir que a regra de indenização traz uma lei contratual eficiente se, e somente se, o ganho obtido ao descumprir contratos ineficientes superar os custos de transação adicionais (ou seja, se $\theta.\phi.\delta^{-1} > 1$).

⁴⁹ “Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer” in *Revista de Processo*, n.º 79, jul.-set., 1995, p. 66.

⁵⁰ Assim dispõe o texto legal: “Art. 634. *Se o fato puder ser prestado por terceiros, é lícito ao juiz, a requerimento do credor, decidir que aquele o realize à custa do devedor. § 1º O juiz nomeará um perito que avaliará o custo da prestação do fato, mandando em seguida expedir edital de concorrência pública, com o prazo máximo de 30 (trinta) dias. § 2º As propostas serão acompanhadas de prova do depósito da importância, que o juiz estabelecerá a título de caução. § 3º No dia, lugar e hora designados, abertas as propostas, escolherá o juiz a mais vantajosa. § 4º Se o credor não exercer a preferência a que se refere o art. 637, o concorrente, cuja proposta foi aceita, obrigará-se-á, dentro de 5 (cinco) dias, por termo nos autos, a prestar o fato sob pena de*

inadimplente (arts. 639 e 641 do Código de Processo Civil, já revogados)⁵¹⁻⁵². Além dessas hipóteses, a Lei das Sociedades por Ações de 1976 (Lei n.º 6.404, de 1976) incluiu no ordenamento jurídico brasileiro mais um caso de performance específica: a possibilidade de cumprimento específico de acordos de acionistas (art. 118, § 3)⁵³.

A partir de 1990, o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990) e a Lei de Defesa da Concorrência (Lei 8.884, de 1994) criaram mais duas hipóteses de cumprimento específico de obrigações de fazer. O art. 84 do Código de Defesa do Consumidor determinou a tutela específica das obrigações de fazer constituídas dentro de uma relação de consumo, reservando a indenização por perdas e danos apenas aos casos onde for pedida pelo consumidor, ou onde o cumprimento específico for impossível⁵⁴. Por sua vez, a Lei de Defesa da

perder a quantia caucionada. § 5º Ao assinar o termo o contratante fará nova caução de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do contrato. § 6º No caso de descumprimento da obrigação assumida pelo concorrente ou pelo contratante, a caução, referida nos §§ 4º e 5º, reverterá em benefício do credor. § 7º O credor adiantará ao contratante as quantias estabelecidas na proposta aceita.”; “Art. 637. Se o credor quiser executar, ou mandar executar, sob sua direção e vigilância, as obras e trabalhos necessários à prestação do fato, terá preferência, em igualdade de condições de oferta, ao terceiro. Parágrafo único. O direito de preferência será exercido no prazo de 5 (cinco) dias, contados da escolha da proposta, a que alude o art. 634, § 3º.” (Código de Processo Civil)

⁵¹ Assim dispunha o texto legal: “Art. 639. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado”; e “Art. 641. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida.” (Código de Processo Civil). Note que ambos os artigos foram revogados pela Lei n.º 11.232, de 2005, que incluiu os arts. 466-A, 466-B e 466-C no Código de Processo Civil, a regularem exatamente o mesmo suprimento judicial da declaração de vontade não emitida pelo devedor.

⁵² Como notou FÁBIO KONDER COMPARATO, a inspiração do legislador brasileiro para essa disposição legal foi o artigo 2.932 do Código Civil italiano de 1.942, de forma que o texto brasileiro é simples tradução do correspondente italiano (“Nota sobre a execução específica de obrigação de contratar” in *Revista de Direito Mercantil*, v. 97, jan.-mar., 1995, p. 104-105).

⁵³ Assim dispõe o texto legal: “Art. 118. Os acordos de acionistas, sobre a compra e venda de suas ações, preferência para adquiri-las, exercício do direito a voto, ou do poder de controle deverão ser observados pela companhia quando arquivados na sua sede (...) § 3º Nas condições previstas no acordo, os acionistas podem promover a execução específica das obrigações assumidas.” (Lei das Sociedades por Ações)

⁵⁴ O texto do Código de Defesa do Consumidor é o seguinte: “Art. 84. 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. § 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível se por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287, do Código de Processo Civil). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após

Concorrência estabeleceu que as obrigações de fazer impostas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica no exercício da adjudicação da concorrência deveriam ser cumpridas especificamente pelo Poder Judiciário⁵⁵.

Na seqüência, as reformas do Código de Processo Civil transformaram o cumprimento específico das obrigações de fazer ou não fazer em regra geral. A indenização por perdas e danos foi reservada apenas aos casos onde o cumprimento específico for impossível, a obtenção do resultado prático equivalente ao contrato não puder ser obtida ou onde o credor requerer a indenização. Esse novo regime jurídico foi determinado pela Lei nº 8.952, de 1994, que deu nova redação ao artigo 461 do Código de Processo Civil e incluiu quatro parágrafos sob esse *caput*.⁵⁶

Em 2002, a Lei nº 10.444 incluiu mais dois parágrafos no artigo 461 do Código de Processo Civil, criando a possibilidade de o próprio juiz, de ofício ou a pedido das partes, determinar medidas subrogatórias necessárias para obter a performance específica das obrigações de fazer e não fazer. Nesse sentido, foi permitido ao juiz impor multas por tempo de atraso, determinar medidas de busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas e impor o desfazimento de obras, assim como ordenar a não realização de atividades nocivas; foi facultado ao juiz ainda

justificação prévia, citado o réu. § 4º O juiz poderá, na hipótese do § 3º ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito. § 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.”

⁵⁵ Trata-se do art. 62 da Lei de Defesa da Concorrência, cujo texto é: “Art. 62. Na execução que tenha por objeto, além da cobrança de multa, o cumprimento de 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. § 1º A conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos somente será admissível se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente”.

⁵⁶ A nova redação do *caput* e o texto dos quatro primeiros parágrafos são os seguintes: “Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. § 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente. § 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287). § 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada. § 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.”.

requerer força policial para cumprir tais medidas⁵⁷. A mesma Lei nº 10.444 ainda incluiu o artigo 461-A no Código de Processo Civil, estendendo a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer também às obrigações de entrega de coisa⁵⁸.

Em 2005, a Lei 11.232 incluiu os artigos 466-A, 466-B e 466-C no Código de Processo Civil, revogando-lhe os artigos 639 e 641. Dessa forma, o legislador reposicionou o suprimento judicial de declaração de vontade inadimplida, determinando que a sentença condenatória produza os mesmos efeitos da declaração não emitida pelo devedor (art. 466-A) ou do contrato prometido ao credor (art. 466-B). O legislador manteve ainda a garantia processual de integridade da *exceptio non adimpleti contractus* para os casos de alienação direitos, agora objeto do artigo 466-C⁵⁹.

Por fim, a Lei n.º 11.232/05, ao extinguir o processo de execução de sentença e substituí-lo pelo que denominou fase do *cumprimento da sentença* (ainda no processo de conhecimento), remeteu o juiz aos artigos 461 e 461-A, declarando-os aplicáveis ao cumprimento de todas as sentenças, exceto pelas condenações por quantia certa, que seguirão o rito da execução⁶⁰.

⁵⁷ Os parágrafos incluídos pela Lei 10.444, de 2002, no artigo 461 estão redigidos da seguinte forma: “Art. 461. (...) § 5º Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial. § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.”.

⁵⁸ A redação do novo artigo é a seguinte: “Art. 461-A. 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. § 1º Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e quantidade, o credor a individualizará na petição inicial, se lhe couber a escolha; cabendo ao devedor escolher, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. § 2º Não cumprida a obrigação no prazo estabelecido, expedir-se-á em favor do credor mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse, conforme se tratar de coisa móvel ou imóvel. § 3º Aplica-se à ação prevista neste artigo o disposto nos §§ 1º a 6º do art. 461.”.

⁵⁹ Assim ficaram redigidos os novos artigos: “Art. 466-A. Condenado o devedor a emitir declaração de vontade, a sentença, uma vez transitada em julgado, produzirá todos os efeitos da declaração não emitida”; “Art. 466-B. Se aquele que se comprometeu a concluir um contrato não cumprir a obrigação, a outra parte, sendo isso possível e não excluído pelo título, poderá obter uma sentença que produza o mesmo efeito do contrato a ser firmado.”; e “Art. 466-C. Tratando-se de contrato que tenha por objeto a transferência da propriedade de coisa determinada, ou de outro direito, a ação não será acolhida se a parte que a intentou não cumprir a sua prestação, nem a oferecer, nos casos e formas legais, salvo se ainda não exigível.”.

⁶⁰ Essa disciplina emerge do disposto no artigo 475-I do Código de Processo Civil, cujo texto é o seguinte: “Art. 475-I. O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Capítulo. § 1º É definitiva a execução da sentença transitada em julgado e provisória quando se tratar de sentença impugnada mediante recurso ao qual não foi atribuído efeito

VI – CONCLUSÕES

Para a análise de relações contratuais ineficientes para devermos necessariamente trabalhar com a hipótese de custos de transação positivos. Assumir um mundo sem custos de transação implica que o problema não existirá, já que qualquer relação contratual tornada ineficiente seria distratada voluntariamente.

A incorporação dos custos de transação pode ser feita com a utilização da moldura teórica estabelecida por GUIDO CALABRESI & DOUGLAS MELAMED. O fato de problemas de inadimplemento contratual terem em foco disputas surgidas entre partes que já se conhecem nos permite expandir a moldura de CALABRESI & MELAMED para considerar que as partes de um contrato detêm uma grande vantagem informacional sobre os órgãos do Poder Judiciário. Com base nisso, é possível adotar uma forte presunção inicial de regras de performance específica serão, geralmente, o remédio mais eficiente do ponto de vista dos custos de transação *ex post*.

Do ponto de custos de transação *ex ante*, é razoável presumir que uma regra de performance específica importará em menores custos de transação. Diferentemente dos custos de transação *ex post*, as economias em custos *ex ante* serão dispersadas por todas as transações realizadas na economia. Na maioria dos casos, essas economias de custos *ex ante* preponderarão sobre possíveis perdas suportadas com contratos ineficientes cumpridos coercitivamente. Assim, considerando a perspectiva dos custos de transação *ex ante*, a performance específica também seria regra jurídica padrão contra inadimplemento contratual.

O Direito brasileiro vigente adota como regra geral para a satisfação do credor a performance específica, reservando a indenização por perdas e danos apenas aos casos onde ela é impossível ou onde o credor requerer uma indenização. Nesse particular, a lei brasileira parece direcionada para um resultado mais eficiente.

BIBLIOGRAFIA

- ARROW, Kenneth, DEBREU, Gérard. “Existence of an Equilibrium for a Competitive Economy” in *Econometrica*, v. 22, n.º 3, jul. 1954.
- ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito commercial*, São Paulo, Saraiva, 1947.
- BEBCHUK, Lucian Arye. “Property rights and liability rules: the ex ante view of the cathedral” in *Michigan Law Review*, v. 100, n.º 3, jan. 2001.

suspensivo. § 2º Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.”.

- BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*, 2. ed., Turim, Torinese, 1950.
- BIRMINGHAM, Robert. "Breach of contract, damage measures, and economic efficiency" in *Rutgers Law Review*, v. 24, 1970.
- CALABRESI, Guido, MELAMED, Douglas. "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", in *Harvard Law Review*, vol. 85, n.º 6, abr. 1972.
- COASE, Ronald. "The problem of social cost" in *Journal of Law and Economics*, v. 3, out., 1960.
- _____. *The firm, the market and the law*, Chicago, University of Chicago Press, 1990.
- COMPARATO, Fábio Konder. "Nota sobre a execução específica de obrigação de contratar" in *Revista de Direito Mercantil*, v. 97, jan.-mar., 1995.
- EDGEWORTH, Francis Ysidro. *Mathematical Psychics: An essay on the application of mathematics to the moral sciences*, Nova Iorque, A. M. Kelley, 1967.
- FRIEDMANN, Daniel. "The Efficient Breach Fallacy" in *The Journal of Legal Studies*, v. 18, n.º 1, jan. 1989.
- GOETZ, Charles, SCOT, Robert. "Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach" in *Columbia Law Review*, v. 77, 1977.
- GRAU, Eros. "Um novo paradigma dos contratos?", in *Revista Crítica Jurídica*, n.º 18, jan. 2001.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. "Tutela jurisdicional nas obrigações de fazer e não fazer" in *Revista de Processo*, n.º 79, jul.-set., 1995.
- HOVENKAMP, Herbert. "Positivism in Law & Economics" in *Califórnia Law Review*, vol. 78, n.º 4, jul. 1990.
- LINZER, Peter. "On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement" in *Columbia Law Review*, v. 81, n. 1, jan. 1981.
- LORENZETTI, Ricardo Luiz. "Redes contractuales: conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros" in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 28, out./dez. 1998, p.22-58.
- _____. "Esquema de una teoria sistémica del contrato" in *Revista de Direito do Consumidor*, v. 33, jan.-mar. 2000, p. 51-77
- MACNEIL, Ian. "Efficient breach of contract: circles in the sky" in *Virginia Law Review*, v. 68, n. 5, 947-969, mai. 1982.
- MCCLOSKEY, Deidre. "Other things equal: The so-called Coase theorem" in *Eastern Economic Journal*, v. 24, n.º 3, 1998.
- NASH, John. "The Bargaining Problem" in *Econometrica*, v. 18, n.º 2, abr. 1950.
- POSNER, Richard. "Strict liability: a comment" in *Journal of Legal Studies*, vol. 2, n.º 1, jan. 1973.

- _____. *Economic analysis of law*, 6. ed., Nova York, Aspen, 2003.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Nápoles, Jovene, 1950.
- STIGLER, George. *The theory of price*, 3. ed., Nova Iorque, Macmillan, 1966,
- ULEN, Thomas. "The efficiency of specific performance: toward a unified theory of contract remedies" in *Michigan Law Review*, v. 83, n. 2, p. 341-403, nov. 1984.