

**INSPER
PROGRAMA DE ENSINO**

VICTOR ANATOLY CARDOZO CHISTOTKIN

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE EM
CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE.**

**SÃO PAULO
2019**

VICTOR ANATOLY CARDOZO CHISTOTKIN

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE EM
CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso. Objetivo:
aprovação no curso de Pós-Graduação Lato
Sensu de Direito Empresarial; INSPER.

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes
Roque.

SÃO PAULO

2019

Chistotkin, Victor Anatoly Cardozo.

A aplicabilidade da teoria do inadimplemento eficiente em cláusulas de exclusividade.

Victor Anatoly Cardozo Chistotkin – São Paulo, 2019.

Trabalho de Conclusão de Curso – Insper 2019.

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes Roque.

1 – Direito Contratual; 2 – Teoria do Inadimplemento Eficiente; 3 – Cláusula de exclusividade; I – Título.

VICTOR ANATOLY CARDOZO CHISTOTKIN

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE EM
CLÁUSULAS DE EXCLUSIVIDADE.**

Trabalho de Conclusão de Curso. Objetivo:
aprovação no curso de Pós-Graduação Lato
Sensu de Direito Empresarial; INSPER.

Orientadora: Pamela Gabrielle Romeu Gomes
Roque.

DATA DA APROVAÇÃO: __/__/____

Banca Examinadora

Nome:

Titulação:

Instituição:

Nome:

Titulação:

Instituição:

Nome:

Titulação:

RESUMO

No presente artigo analisaremos a teoria denominada “inadimplemento eficiente”.

Faremos uma breve análise histórica para oferecer entendimento sobre seu surgimento, assim como sua aplicação. Analisaremos e conceituaremos as cláusulas de exclusividade na legislação pátria em contratos paritários para oferecer uma visão sobre a aplicabilidade da teoria do Inadimplemento Eficiente e demonstrar os pontos de aplicabilidade.

Após esse estudo, demonstraremos por meio de estudo de caso o impacto na aplicação desta teoria no Brasil e a repercussão e entendimento jurisprudencial majoritário baseada na Teoria Geral dos Contratos e seus possíveis impactos econômicos.

Palavras-Chave: contratos; eficiência contratual; inadimplemento contratual; inadimplemento eficiente.

ABSTRACT

In this paper we will analyze the theory called as "Efficient Breach".

We will make a brief historical analysis to offer an understanding of its emergence, as well as its application. We will analyze and conceptualize the labor exclusivity clauses in national legislation in parity contracts to offer an insight on the applicability of the theory of Efficient Breach and demonstrate the points of applicability.

After this study, we will demonstrate by means of a case study the impact on the application of this theory in Brazil and the repercussion and understanding of major case law based on the General Theory of Contracts and their possible economic impacts.

Keywords: contracts; contractual efficiency; breach of contract; efficient breach.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
CAPÍTULO 1 – TEORIA DO ADIMPLENTO EFICIENTE.....	10
CAPÍTULO 2 – APLICAÇÃO NO <i>COMMON LAW</i>	13
CAPÍTULO 3 – APLICAÇÃO NO <i>CIVIL LAW</i>	15
CAPÍTULO 4 – APLICAÇÃO NO BRASIL	17
CAPÍTULO 5 – CLAUSULA DE EXCLUSIVIDADE	19
CAPÍTULO 6 –CASO ZECA PAGODINHO	21
CONCLUSÃO	24
LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO.....	25

INTRODUÇÃO

A Teoria do Inadimplemento eficaz ou eficiente consiste na ideia geral de que as partes devem ser livres para, em determinadas situações, descumprirem o contrato quando os custos com o cumprimento forem superiores às consequências do inadimplemento, uma vez que arquem com os danos gerados.¹

As partes constroem e formalizam o contrato de forma a adimplir com as cláusulas redigidas e com todas as obrigações pactuadas, nessa análise é precificado o custo da operação como um todo, riscos, lucros, custos de transição e estabelecidas as penalidades e indenizações correspondentes em caso de descumprimento.

Ocorre que o mundo é dinâmico e o futuro é imprevisível e nem sempre o ambiente é favorável como imaginava-se no momento da formalização do contrato. Caso a situação se agrave a ponto de ser mais prejudicial para a parte manter o contrato do que extingui-lo e descumprí-lo, deve ser permitido e aceito o descumprimento.

Analisando a característica e função econômica do contrato não faz sentido que a parte aceite prejuízos ou deixe de auferir lucros maiores ao cumprir o contrato.

Em outras palavras, se os custos a serem suportados pelo devedor com o cumprimento do contrato forem maiores do que os custos que tiver de suportar com as consequências do seu inadimplemento (todos os consectários financeiros e morais, acima mencionados), o inadimplemento será considerado eficiente.

Ou seja, em um contrato paritário baseado nos elementos e princípios da Teoria Geral dos Contratos as partes devem ser capazes de prever uma penalidade por descumprimento contratual as partes e desta forma compreender que estão mensurando os riscos pelo não cumprimento da obrigação contratual, criando teoricamente as seguintes opções que deveriam se equivaler/equilibrar/substituir: i)

¹Segundo a encyclopedia jurídica da Cornell Law School – Cornell University, a Teoria do Inadimplemento Eficiente “is a general idea that parties should feel free to breach a contract and pay damages, so long as the result is more economically efficient than performing under contract”. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/efficient_breach_theory> Acesso em: 16.ago.2018.

de cumprir com o pactuado em contrato, ou ii) pagar a multa pelo não cumprimento contratual. Mas o ordenamento jurídico atual está construído com base nas cláusulas de boa fé e com um moralismo exarcebado de forma a criar um protecionismo e entedimento de que o contrato deve ser cumprido a qualquer custo.

Ainda, neste artigo entenderemos a aplicação desta teoria com foco em cláusulas de exclusividade. Tal cláusula é fruto de um entendimento de que o detentor do direito de exercer quaisquer atividades laborais e a sua não obrigatoriedade de exercer uma função exclusiva a uma determinada instituição pode a seu interesse próprio formalizar cláusula de exclusividade.

Neste caso, se o ordenamento pátrio fornece esta possibilidade para garantir o interesse deste, deve também proteger aquele e possibilitar a estipulação de uma multa penal por descumprimento a fim de indenizar o contratante.

No mesmo sentido, nos resta o seguinte questionamento: Se o ordenamento admite a exceção e a possibilidade de se firmar cláusula de exclusividade pois gerará mais benefício ao contratado/empregado, não deveria então aceitar a aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente a fim de que o contratado/empregado possa descumprir com a cláusula de exclusividade com o intuito de formalizar negócio jurídico mais vantajoso a ele e que não gere prejuízos diretos ao contratante/empregador?

CAPÍTULO 1 – TEORIA DO ADIMPLEMENTO EFICIENTE

Com base nos estudos da análise econômica do Direito, o movimento conhecido como “*Law and Economics*” impulsionou o entendimento acerca da teoria do Inadimplemento Eficiente.

Para Christian Sahb Batista Lopes:

a hipótese mais clara de inadimplemento eficiente consiste em: o inadimplemento será eficiente se o custo de cumprimento para o devedor for maior que o benefício que o credor obtém do contrato. Nessa hipótese, o devedor poderá descumprir o contrato, reparar os danos sofridos pelo credor entregando-lhe a totalidade dos benefícios que receberia e, ainda assim, ficar melhor do que se cumprisse o contrato. Com o inadimplemento, o devedor fica melhor e o credor não fica pior do se o contrato fosse adimplido” (LOPES, 2011, p. 89).

A primeira vez que ouviu-se falar em inadimplemento contratual eficiente foi em 1970 em um artigo redigido por ROBERT BIRMINGHAM² e após alguns anos a indicação direta da teoria do Inadimplemento Eficiente, nomeada *Theory of Efficient Breach*, por CHARLES GOESTZ & ROBERT SCOT³.

Sendo concebida nos Estados Unidos da América a teoria apenas começa a ser considerada e aplicada em 1985 pelo juiz norte americano Richard Posner no icônico caso de Lake River Corp. v. Carborundum Co.

Posner expressa seu entendimento, como:

The law doesn't really care about intentions. The remedy is the same (...) notwithstanding the intent of the breaching party”. (Posner, 1999, p. 207; Posner, 2009).⁴

Ainda que tema tenha cerca de 50 anos foi pouco explorado no Brasil de forma de que as maiores discussões são recentes e seus casos práticos e paradigmáticos posteriores ao ano de 2000.

A Teoria do Inadimplemento eficaz ou eficiente consiste na ideia geral de que as partes devem ser livres para, em determinadas situações, descumprirem o

² Breach of contract, damage measures, and economic efficiency” in Rutgers Law Review, v. 24,p. 273, 1970.

³Perillo, Joseph M., Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach on Tortius Interference. Disponível em: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=241263 Acesso em 15/08/2018

⁴ “ A Lei não se importa com as intenções. A solução é a mesma (...) apesar da intenção da parte infratora.” (tradução nossa);

contrato quando os custos com o cumprimento forem superiores às consequências do inadimplemento, uma vez que arquem com os danos gerados.⁵

Ou seja, ao prever uma penalidade por descumprimento contratual as partes estão mensurando os riscos pelo não cumprimento da obrigação contratual, criando teoricamente as seguintes opções que deveriam se equivaler/equilibrar/substituir: i) de cumprir com o pactuado em contrato, ou ii) pagar a multa pelo não cumprimento contratual.

PETER LINZER⁶, exemplifica a aplicação da Teoria da seguinte forma: 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 inadimplemento é socialmente desejável porque Athos poderá indenizar todos os danos e ainda reter lucro de \$ 450.000.

Com surgimento advindo da análise econômica do direito tal teoria visa o menor impacto econômico ou ainda, a liberdade de seguir com os preceitos contratuais de forma ampla e livre, aceitando que as partes tenham negociado de forma consciente.

Tem ampla aceitação nos sistemas de *common law* de todo o mundo, porém, ainda esbarra em conceitos e princípios do *civil law*, tendo assim obstáculos no ordenamento jurídico pátrio por impactar diretamente à cláusula geral de boa fé,

⁵Segundo a enciclopedia jurídica da Cornell Law School – Cornell University, a Teoria do Inadimplemento Eficiente “is a general idea that parties should feel free to breach a contract and pay damages, so long as the result is more economically efficient than performing under contract”. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/wex/efficient_breach_theory> Acesso em: 16.ago.2018.

⁶ 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.

pacta sunt servanda, função social do contrato, princípio da equivalência material e etc.

CAPÍTULO 2 – APLICAÇÃO NO *COMMON LAW*

Nota-se claramente grande aceitação da teoria do inadimplemento Eficiente em países que adotam o Sistema de *Common Law*, sobretudo pelo sistema Norte Americano que possui grande enfoque neste artigo e pela visão da escola Econômica do Direito.

A escola Econômica do Direito se baseia nos preceitos de eficiência e equilíbrio, tendo como certo que se as partes são capazes a ponto de juridicamente poderem formalizar negócios jurídicos também devem ser para ter os conhecimentos necessários para negociar cláusulas que os protejam de acordo com os riscos tomados para o negócio.

Desta forma, a previsão de uma multa por descumprimento contratual estabelece de forma pragmática o entendimento de que a outra parte poderá adimplir o contrato ou optar por descumprir o contrato e assumir a multa.

Ocorrendo o pagamento da multa estipulada o benefício ao credor deveria restabelecer o status quo em relação a investimentos do credor e suas expectativas de lucro com a operação, não causando prejuízos algum a este, e ainda assim o devedor deveria ter menor prejuízo do que se adimplisse a obrigação, desta forma o saldo desta relação seria Eficiente.

A teoria tem como requisito o fato de que o credor será restituído por meio de indenização e que alcançará todo o benefício que teria com o cumprimento do contrato, ou seja, não estará em uma posição nem pior e nem melhor.

Neste sentido, para que um inadimplemento contratual ser considerado eficiente, o novo negócio jurídico deve ser tão mais benéfico para o devedor que seja suficiente para que ele possa compensar plenamente o credor.

Ainda assim neste entendimento haveria o respeito ao princípio do *pacta sunt servanda* por seguir expressamente o que foi negociado contratualmente.

Como podemos ver no entendimento de Patrick J. Flinn: ⁷

Even if the breach is deliberate, it is not necessarily blameworthy. The promisor may simply have discovered that his performance is worth more to someone else. If so, efficiency is promoted by allowing him to break his promise, provided he makes good the promisee's actual losses. If he is forced to pay more than that, an efficient breach

⁷ Flinn. Patrick J. Handbook of Intellectual Property Claims and Remedies. Aspen Publishers. 1999

may be deterred, and the law doesn't want to bring about such a result⁸.

Reforçando ainda o entendimento de Posner e seu pragmatismo econômico, a teoria ainda reforça que este inadimplemento poderia ser provocado por agentes externos ao negócio jurídico em específico e não necessariamente um vício interno.

⁸ Mesmo que a violação seja proposital, não é necessariamente censurável. O devedor pode simplesmente ter descoberto que seu desempenho vale mais para outra pessoa. Se assim for, a eficiência é promovida, permitindo-lhe quebrar sua promessa, desde que ele indenize as perdas reais do credor. Se ele for forçado a pagar mais do que isso, uma violação eficiente pode ser dissuadida, e a lei não quer provocar tal resultado. (tradução nossa)

CAPÍTULO 3 – APLICAÇÃO NO CIVIL LAW

O que foi apresentado no capítulo anterior e o entendimento dos estudiosos aderentes ao sistema do *Common Law* é inteiramente rechaçado pelo entendimento aplicado no *Civil Law*.

Entende-se que o que o inadimplemento eficiente violaria o princípio do *pacta sunt servanda*, de que o contrato deve ser honrado a qualquer custo e não pelo entendimento de uma das partes de que seus ganhos serão suficientes para suprir as perdas da outra parte, há a presença de uma questão moral e filosófica intrínseca a este princípio e que norteia o *Civil Law*.

Atualmente entendem que a imoralidade do ato de inadimplir voluntariamente causaria enfraquecimento na confiabilidade das pessoas nas relações sociais e nos formalizações de contrato.

Neste sentido HENRY MATHER se opõe à teoria econômica e ao inadimplemento eficiente:

The so-called 'efficient' breach should be discouraged. A contracting party should not be encouraged to breach whenever he thinks his own gain will exceed the other party's loss. [...] Contracting parties should be made to understand that the legal norm requiring performance of contracts demands compliance, not private cost-benefit analysis. One party is seldom in a position to accurately predict the other party's loss, and is likely to resolve all doubts in his own favor, exaggerating his own potential gain and underestimating the other party's probable loss. This leads to 'inefficient' breaches. [...] Furthermore, the crude version of the efficient breach theory considers only the gains and losses of the two parties and thus ignores community values and the substantial social costs engendered by breach of contract. Any breach impairs social trust, and when breach becomes widespread, planning for the future becomes difficult or impossible (a very inefficient result). (Mather - 1999, p. 118-119)⁹

⁹ O chamado inadimplemento 'eficiente' deve ser desencorajado. Uma parte contratante não deve ser encorajada a violar sempre que julgar que seu próprio ganho excederá a perda da outra parte. [...] As partes contratantes devem entender que a norma jurídica que exige a execução dos contratos exige conformidade, e não análise custo-benefício pessoal. Uma parte raramente está em posição de prever com precisão a perda da outra parte e provavelmente resolverá todas as dúvidas a seu favor, exagerando seu próprio ganho potencial e subestimando a provável perda da outra parte. Isso leva a violações "ineficientes". [...] Além disso, a versão bruta da teoria do inadimplemento eficiente considera apenas os ganhos e perdas das duas partes e, portanto, ignora os valores da comunidade e os custos sociais substanciais gerados pela quebra de contrato. Qualquer violação prejudica a confiança social e, quando a violação se torna generalizada, o planejamento para o futuro torna-se difícil ou impossível (um resultado muito ineficiente) (tradução nossa)

Entende-se que a falta de moralidade atinente ao inadimplemento eficiente estimularia o oportunismo acabaria por impactar economicamente de forma mais negativa do que positivamente.

CAPÍTULO 4 – APLICAÇÃO NO BRASIL

Por mais que o tema já seja abordado há mais de 50 anos em outros Estados e sistemas jurídico, percebemos que no Brasil a Teoria ainda foi pouco debatida e houveram poucos casos emblemáticos, desta forma faz-se necessária a análise do nosso ordenamento jurídico para entender acerca da admissibilidade da teoria em nosso país.

Existe forte resistência acerca da aplicação desta teoria no ordenamento jurídico brasileiro sobretudo pelo entendimento da cláusula geral de boa fé, descrita nos artigos 113¹⁰ e 422 do Código Civil Brasileiro¹¹.

Por análise deste artigo as partes devem se esforçar e colaborar para a boa execução do contrato o que afasta de imediato a aplicação da Teoria do Inadimplemento eficiente, pois a vantagem individual da parte devedora por si só não justifica a quebra do contrato mesmo que a parte credora não tenha prejuízos ao final e desta forma o inadimplemento deliberado defendido na teoria do inadimplemento eficiente contraria a boa fé objetiva.

Sob a égide do princípio do *pacta sunt servanda* parte da doutrina entende pela força vinculante dos contratos e neste sentido José Carlos Van Cleef de Almeida Santos e Luís de Carvalho Cascaldi entendem que:

(...) o princípio da força vinculante dos contratos decorre, enfim, da necessidade de se conferir segurança jurídica aos negócios pactuados, da certeza que o Estado proverá a sua execução se necessário for, o que personifica a máxima *pacta sunt servanda*. Logo, o pacto feito na liberdade contratual é vinculante, faz lei entre as partes e, portanto, deve ser cumprido, nem que para tanto a parte tenha que se valer da força coercitiva do Estado para fazer a outra parte cumprir com aquilo a que se comprometeu no contrato.

A força vinculante dos contratos expressa dois entendimentos a necessidade de segurança jurídica para os negócios jurídicos e a intangibilidade dos contratos, mais uma vez reforçando a ideia de que os contratos devem ser respeitados e cumpridos conforme pactuado.

¹⁰ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹¹ Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Sob a análise desta perspectiva e com base no artigo 187 do Código Civil¹², o inadimplemento deliberado pode ser entendido como abuso de direito e como ato ilícito

Vemos desta forma que a Teoria esbarra em muitas barreiras legais no Brasil e dificilmente veremos sua aplicação da mesma forma que ocorre nos Estados Unidos, porém já há casos práticos como poderemos observar a seguir.

¹² 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.

CAPÍTULO 5 – CLAUSULA DE EXCLUSIVIDADE

A cláusula de exclusividade não é intrínseca ao contrato de trabalho e deve ser formalizada em caráter especial se este for o interesse do contratante e do contratado. Mas o empregado que tiver concordado em estipular cláusula de exclusividade no contrato de trabalho, não pode trabalhar em outro emprego, conforme preleciona Sérgio Pinto Martins:

É lícito ao empregado ter mais de um emprego, pois não há proibição na lei. Aquilo que não é proibido é permitido. O fato de o empregado ter mais de um emprego não será motivo para caracterização da falta de negociação habitual. É comum um empregado exercer certa atividade durante o dia e à noite exercer atividade de professor. Se não há relação entre as atividades, não se pode falar em justa causa. O empregado só estará proibido de exercer outra atividade se assim for estabelecido no contrato de trabalho, hipótese em que o empregador exigirá exclusividade na prestação de serviço do trabalhador”. (“in” Justa Causa, Sérgio Pinto Martins, Editora Atlas, 2005, pág. 76)

A cláusula de exclusividade estabelece que determinado empregado possa apenas trabalhar para tal empresa e neste caso muitos defendem que possa haver abuso por parte do empregador.

Dentro do nosso ordenamento jurídico pouco se abrange acerca deste instituto e podemos nos apoiar no texto da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; (grifo nosso)

Outros defendem que este abuso deixa de existir se houver uma contrapartida financeira a ponto de compensar a limitação de poder trabalhar em apenas tal empresa, resta assim investigar se há a existência de abuso pelo empregador e se de fato o empregado recebe contrapartida proporcional.

É comum vermos estes tipos de cláusulas em contratos de pessoas expostas à mídias como reporteres, atores e apresentadores.

Se é defeso ao empregado optar de acordo com sua autonomia de vontade por abrir mão de seu direito por interesse próprio e trabalhar de forma

exclusiva e ainda assim ser entendido como requisito para não caracterização abuso que o empregador forneça contrapartida para isso, então também o é que o empregador estabeleça multa pelo descumprimento desta cláusula a fim de reestabelecer seu prejuízo de danos causados pelo empregado caso descumpra com esta cláusula.

CAPÍTULO 6 –CASO ZECA PAGODINHO

O caso mais emblemático brasileiro em que foi tratada a teoria do adimplemento eficiente ficou conhecido como caso “Zeca Pagodinho” pois o sambista foi o núcleo da discussão deste caso.

Na época Zeca Pagodinho havia firmado contrato de campanha publicitária com a cervejaria Schincariol para que figurasse como personagem principal em seus comerciais.

Este contrato foi firmado ao valor de quase um milhão de reais e previa cláusula de exclusividade e multa penal em caso de descumprimento da cláusula de exclusividade no valor do contrato acrescido de 35%, ou seja, uma multa de aproximadamente um milhão trezentos mil reais.

Ocorre que após o período de gravações dos comerciais da Schincariol a concorrente Brahma fez uma proposta de nove milhões de reais mais o pagamento de qualquer multa envolvida no contrato com a Schincariol.

Nesta nova propaganda para a Brahma Zeca Pagodinho canta que todos já viveram um “amor de verão”, em clara provocação à Schincariol, como demonstra-se na letra:

Quem já não viveu/Um amor de verão?/Até tentou e descobriu/Que era ilusão/Coisa de momento/Que balança o coração/Mas meu amor/Não tem comparação.../Fui provar outro sabor/Eu sei!/Mas não largo o meu amor/Voltei!...(2x)/Sem ela não tem papo/O pagode não dá liga/Sem ela não há festa/Ela refresca a minha vida/Cair em tentação/Pode ocorrer com qualquer um/Mas grande amor/Só existe um.../Fui provar outro sabor/Eu sei!/Mas não largo o meu amor/Voltei!...(3x)/-“Brahma, a cerveja/Que o Brasil ama/Aprecie com Moderação.”¹³

Para analisar este caso de acordo com os interesses deste artigo precisamos desconsiderar aspecto moral quanto à provocação acima e nos debruçarmos na análise econômica.

Evidente que o contrato firmado com a Brahma era muito mais benéfico para o cantor e que seria prejudicial a ele manter o contrato com a Schincariol e em uma análise pragmática podemos extrair que não houve prejuízo financeiro à Schincariol tendo em vista que a multa era maior que o valor despendido no contrato

¹³ <https://www.vagalume.com.br/zeca-pagodinho/amor-de-verao-brahma.html>

em 35% e assim deveria suprir todos os possíveis prejuízos advindos do descumprimento contratual. Porém, após esta situação foi ajuizada ação perante a 36 vara cível de São Paulo-capital, processo nº 109.435-2/04 e nº 27.913-8/04, na qual o cantor foi condenado a pagar 930 mil reais a título de indenização mais 930 mil reais a título de danos morais por quebra da cláusula de exclusividade.

Após conhecido recurso de apelação a sentença foi parcialmente reformada no que diz respeito ao valor de indenização por danos morais:

O contrato estava em plena vigência, com cláusula expressa de exclusividade, patente a violação do contrato, diante da cooptação do cantor "Zeca Pagodinho", que coligou-se à empresa concorrente, ato pessoal que se tornou público e notório. Com a obra "Amor de Verão", não só expôs a falta de solidez da palavra empenhada, mas praticou explícita "infidelidade", passando ao motejo e à mofa, em relação aos produtos da autora, para fazer sobressair os da cervejaria concorrente, em absoluto desprezo ao princípio da probidade e da boa-fé contratual, conceito ético, mas também econômico, "ligado à funcionalidade econômica do contrato e a serviço da finalidade econômico-social que o contrato persegue". Persegue-se e ambos contratantes têm esse dever, 'a superação dos interesses egoísticos das partes e com a salvaguarda dos princípios constitucionais sobre a ordem econômica através do comportamento fundido na lealdade e confiança" (Min. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, RT 819/382). O princípio da probidade e boa-fé está presente no artigo 422 do Código Civil de 2002: "Os contratantes estão obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé". O insigne Washington de Barros Monteiro preleciona que "O princípio da probidade versa sobre um conjunto de deveres, exigidos nas relações jurídicas, em especial, os de veracidade, integridade, honradez e lealdade." Desse princípio decorre logicamente o da boa-fé, que reflete não apenas uma regra de conduta, mas consubstancia a eticidade orientadora 33 da construção jurídica do Código Civil de 2002.

INDENIZAÇÃO - Danos morais e materiais - Contrato de utilização da imagem e voz de cantor em campanha publicitária de cerveja - Quebra do contrato, com o debande do artista para empresa concorrente - Violação do contrato, com efetivação de danos materiais e morais ~ Provimento parcial a ambos os recursos - Danos materiais a serem apurados em liquidação de sentença por arbitramento, proporcionalmente ao efetivo cumprimento do contrato de prestação de serviços - Dano moral, considerando a condição das partes e o valor do contrato, na quantia de R\$ 420.000,00.¹⁴

¹⁴ TJSP. Processo nº 9112793-79.2007.8.26.000. Des. Rel. Mônaco da Silva. Data de julgamento: 12 jun. 2013

O Superior Tribunal de Justiça, ao analisar a questão exarou entendimento no seguinte sentido:

Código Civil de 2002: "Os contratantes estão obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé". (...) citação doutrinária. A conduta do réu "Zeca Pagodinho" evidencia absoluta má-fé e não pode ser aceita como padrão de comportamento normal. O interesse egoístico, a quebra da lealdade e confiança, com infringência do princípio da obrigatoriedade contratual, importaram em rompimento deliberado do contrato e prejuízos à outra parte. Embora os réus devam ressarcir a autora pela quebra do contrato, o valor não pode ser no alto montante de R\$ 1.860.000,00. E que o artista participou de comerciais. A própria autora admite que "a primeira inserção da campanha da autora ocorreu em 10 de setembro de 2003", de maneira que a exclusividade teria que ser observada até a data de 31 de agosto de 2004, em virtude do prescrito na cláusula sexta do contrato. Os autos noticiam que, embora desprezada pelos réus, receberam eles a vultosa quantia de R\$ 600.000,00, assumindo, na hipótese de quebra contratual, a obrigação de restituir tal importância, respondendo, ainda, por multa, em caso de descumprimento do contrato, desde que agissem com culpa (cláusula 16a - fls. 73). Nada obstante tenha havido quebra do contrato, afigura-se excessivo o montante indenizatório de R\$ 1.860.000,00, conforme fixado em 1º grau.¹⁵

Percebemos que as fundamentações das decisões acima não estão pautadas diretamente na questão econômica mas em questões morais. O questionamento principal é, o contratado/empregado pode descumprir deliberadamente o contrato com cláusula de exclusividade mediante o pagamento da multa penal prevista?

¹⁵ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1203153, Relator Ministro Sidnei Beneti, Data da Publicação 21/09/2011

CONCLUSÃO

Diante de todos o exposto durante este artigo podemos concluir que a Teoria do Inadimplemento Eficiente tem foco no resultado econômico dos negócios jurídicos mas pouca preocupação com os impactos e aspectos morais da tomada de decisão de inadimplir.

Ademais, podemos extrair o entendimento de que em sistemas jurídicos do *Common Law* aplica-se com mais naturalidade a Teoria devido ao menor nível de protecionismo do sistema jurídico nas relações empresariais paritárias e em sistema de *Civil Law* por sua maior afinidade com o princípio do *pacta sunt servanda* há maior resistencia por questões morais e ideológicas.

Mesmo assim, no Brasil e de acordo com o que vimos com o caso estudado o Poder Judiciário percebe a essência da Teoria do Inadimplemento Eficiente, no qual foi aceitável o inadimplemento pois houve a indenização e compensação à parte contrária mesmo que analisando e sentenciando de acordo com o princípio da boa fé.

Há muito o que se estudar acerca dos impactos econômicos e jurídicos diretos e indiretos desta teoria, que para o Direito pode ser considerada muito recente, mas também há a necessidade da relativização de princípios e entendimentos pois como vimos há impacto direto na economia quanto falamos de direitos individuais como no caso de sua aplicação em cláusulas de exclusividade.

LEVANTAMENTO BIBLIOGRÁFICO

BIGONI, Maria; BORTOLOTTI, Stefania; PARISI, Francesco; PORAT, Ariel. **Unbundling Efficient Breach**. Chicago: University of Chicago Law Scholl. 2014. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/819/ Acesso em 17/04/2019.

BIRMINGHAM, Robert. “**Breach of contract, damage measures, and economic efficiency**”. Law Review, v. 24, 1970.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.316.149-SP. Min. Rel. Paulo de Tarso Sanseverino. Terceira Turma. Data de julgamento: 03.jun.2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 482.094-RJ. Min. Rel. Sidnei Beneti. Terceira Turma. DJe: 24.abr.2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Processo nº 9112793-79.2007.8.26.000. Des. Rel. Mônaco da Silva. Data de Julgamento: 12 jun. 2013.

FIUZA, CÉSAR; ALMEIDA, Victor Duarte. **Apontamentos acerca do inadimplemento eficaz**. REVISTA MERITUM , v. 12, p. 346-359, 2017.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **Cláusula da não-concorrência no Contrato de Trabalho**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, IX, n. 25, jan 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=759>. Acesso em 17 de ago. de 2018.

LINZER, Peter. “**On the amorality of contract remedies – efficiency, equity and the second restatement**”. Columbia Law Review, v. 81, n. 1, jan. 1981.

MALLET. Estêvão. **Cláusula de não-concorrência em contrato individual de trabalho**. *Revista Ltr*. V. 69 n. 10, outubro de 2005, São Paulo: Ltr, 2005.

MELLO JOÃO, Regiane Teresinha De. **Cláusula de não concorrência no Contrato de Trabalho**. São Paulo : Saraiva, 2003.

PELA, Juliana Krueger. **Inadimplemento eficiente (efficientbreach) nos contratos empresariais**. Revista JurídicaLuso-Brasileira , v. 1, p. 1091-1103, 2016.

PERILLO, Joseph M., **Misreading Oliver Wendell Holmes on Efficient Breach on Tortius Interference**.Disponível em <papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=241263>. Acesso em 15/08/2018.

PERRI, Claudia Haidamus, **Aplicação da Teoria do Inadimplemento Eficiente aos contratos Nacionais**. Dissertação apresentada no curso de Doutorado em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2016.Disponível em <<https://tede2.pucsp.br/handle/handle/20120>>. Acesso em 15/08/2018.

PRADO FILHO. José Inácio Ferraz de Almeida. **A Teoria do Inadimplemento Eficiente (EfficientBreach) e os Custos de Transação**. Disponível em <<http://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>>. Acesso em 14 de ago de 2018

VELOSO, S. M. ; CATEB, A. B. **Análise Econômica do Inadimplemento Contratual Oportunista Versus o Inadimplemento Eficiente (EfficientBreach)**. Revista da Faculdade de Direito Milton Campos , v. 2012, p. 2012, 2012.