A ineficiência da teoria do inadimplemento eficiente do contrato

Antonio Augusto Sousa Fernandes[*]

RESUMO: Este artigo tem o intuito de evidenciar que a teoria do inadimplemento eficiente do contrato não é eficiente. Para tanto, com base em modelo, inicialmente apresenta o entendimento da teoria de que o inadimplemento voluntário pode ser eficiente, depois desenvolve o entendimento do autor de que o inadimplemento voluntário não é eficiente e finalmente compara um entendimento a outro. Por fim, conclui que a opção pelo primeiro em detrimento do segundo não é eficiente.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito; Teoria do Inadimplemento Eficiente do Contrato; Inadimplemento Voluntário; Eficiência; Legalidade.

SUMÁRIO: – Introdução; – 1. O inadimplemento voluntário pode ser eficiente; – 1.1 Eficiência no aumento de ganhos; – 1.2 Eficiência na diminuição de perdas; – 2. O inadimplemento voluntário não é eficiente; – 2.1 Falta de eficiência no aumento de ganhos; – 2.2 Falta de eficiência na diminuição de perdas; – 3. Comparação; – 3.1 Comparação no aumento de ganhos; – 3.2 Comparação na diminuição de perdas; – Conclusão; – Referências Bibliográficas.

[*] Doutorando, Mestre e Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília. Graduado em Economia pela Universidade de Brasília. Advogado no Castelo Branco e Fernandes Advogados. Auditor Federal de Finanças e Controle na Controladoria-Geral da União.

Introdução

Construída no âmago da Análise Econômica do Direito,[1] a *efficient breach of contract theory* surgiu na década de 1970 nos Estados Unidos da América.[2]

Aos poucos vem sendo trazida ao Brasil sob o nome preferido de teoria do inadimplemento eficiente do contrato.[3]

Com alicerce em modelo, entende que, a depender do caso, o inadimplemento voluntário deve prevalecer sobre o adimplemento, desde que seja eficiente.

Nesse sentido, propõe que o Direito repute legal o inadimplemento voluntário que a Economia considera eficiente.

Ao contrário, no presente artigo, com fundamento no mesmo modelo, entendemos que, independentemente do caso, o inadimplemento voluntário não deve prevalecer sobre o adimplemento, por não ser eficiente.

Nessa toada, propomos que o Direito repute ilegal o inadimplemento voluntário, já que a Economia não o considera eficiente.

A propósito, a opção do Direito brasileiro por um entendimento ou outro e as repercussões dessa opção serão discutidas em futuro trabalho.

---

[1] Este artigo pressupõe certa familiaridade do leitor com os instrumentos usados pela Análise Econômica do Direito, em especial com: (i) Modelo Econômico Ortodoxo, em que o modelo é munido de máxima racionalidade e liberdade, tendo como postulados agentes racionais que maximizam utilidade, se sujeitam a recursos escassos e respondem a incentivos, bem como interações livres entre agentes realizadas em mercado, sem restrições de trocas e sem assimetrias de informações; e (ii) Eficiência Econômica de Pareto, em que a eficiência é caracterizada por um estado de alocação de recursos no qual é impossível melhorar a situação de um agente sem piorar a de outro. Para maiores informações sobre os instrumentos usados pela Análise Econômica do Direito, sugere-se a leitura de: GICO Jr., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law Review, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan-jun 2010. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2794/2034>. Acesso em: 02 set. 2023.

[2] Robert Birmingham é considerado o primeiro autor a tratar do tema em: BIRMINGHAM, Robert L. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. Articles by Maurer Faculty, p. 273-292, 1970. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1705>. Acesso em: 02 set. 2023. Charles Goetz e Robert Scott são considerados os primeiros autores a cunharem o nome da teoria em: GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. Columbia Law Review, v. 77, p. 554-594, 1977. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/401>. Acesso em: 02 set. 2023.

[3] José Inácio Prado Filho, José Eduardo Martins e Bernardo Salgado são considerados exemplos de autores que escreveram sobre o assunto em: PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. A teoria do inadimplemento eficiente (efficient breach theory) e os custos de transação. UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics, 2007. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>. Acesso em: 02 set. 2023; MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Inadimplemento eficiente do contrato. 2019. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14082020-130920/publico/7939903_Tese_Original.pdf >. Acesso em: 02 set. 2023; SALGADO, Bernardo. A teoria do inadimplemento eficiente (efficient breach theory) e o ordenamento jurídico brasileiro. In: Inexecução das obrigações: pressupostos, evoluções e remédios – vol. 1. Coord: TERRA, Aline Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 249-274. Disponível em: <https://www.academia.edu/44797722/Artigo_em_livro_A_teoria_do_inadimplemento_eficiente_efficient_breach_theory_e_o_ordenamento_jur%C3%ADdico_brasileiro>. Acesso em: 02 set. 2023.

1. O inadimplemento voluntário pode ser eficiente

A *efficient breach of contract theory* entende que, a depender do caso, o inadimplemento voluntário deve prevalecer sobre o adimplemento, desde que seja eficiente.

A eficiência ocorrerá quando o adimplemento do contrato produzir custos para quem descumpriria maiores do que benefícios – com o contrato adimplido – para quem não descumpriria.

Dito de outra forma: quando o inadimplemento do contrato produzir benefícios para quem descumprir maiores do que custos – caso o contrato fosse adimplido – para quem não descumprir.

Assim, quem descumprir ficará com uma parte dos benefícios e usará a outra parte para pagar os custos de quem não descumprir, colocando-o em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido.

Portanto, a situação de quem descumprir será melhorada sem piorar a situação de quem não descumprir.

Nesse sentido, a *efficient breach of contract theory* propõe que o Direito repute legal o inadimplemento voluntário que a Economia considera eficiente.

Isso dado, a eficiência pode ser analisada em duas óticas: aumento de ganhos e diminuição de perdas.

1.1 Eficiência no aumento de ganhos

Em relação à ótica de aumento de ganhos, a *efficient breach of contract theory* alicerça-se no seguinte modelo adaptado:

- Inicialmente, suponha a existência, no Distrito Federal, das partes Santo Cristo e Jeremias e dos bens R$100 e uma cadeira-carpinteiro, em que:
  - Santo Cristo tem R$100 e Jeremias tem uma cadeira-carpinteiro;
  - Santo Cristo é indiferente entre dinheiro e cadeira-carpinteiro e Jeremias prefere dinheiro;
  - Jeremias celebra contrato de compra e venda com Santo Cristo, em que Jeremias se obriga a dar a cadeira-carpinteiro e Santo Cristo se obriga a dar R$100, sob pena de danos estimados em R$20.

- Antes da tradição em Taguatinga, suponha a hipótese em que o terceiro Maria Lúcia manifeste interesse em comprar a cadeira-carpinteiro por R$150, sendo a oferta de compra conhecida tanto por Jeremias quanto por Santo Cristo.

Ao final, como solução, a efficient breach of contract theory *defende que Jeremias deverá inadimplir o contrato com Santo Cristo para então contratar com Maria Lúcia*:

- Pois, adimplido o contrato:
  - Jeremias ficaria com R$100 (dados por Santo Cristo);
  - Santo Cristo ficaria com a cadeira-carpinteiro (dada por Jeremias);
  - ainda que pouco importante, não custa registrar que Maria Lúcia ficaria com R$150 (não dados a Jeremias).
- E, inadimplido o contrato – para então Jeremias contratar com Maria Lúcia:
  - Jeremias ficará com R$130 (R$150 dados por Maria Lúcia subtraídos de R$20 pagos a Santo Cristo para colocá-lo em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido – decorrentes de danos estimados a Santo Cristo);
  - Santo Cristo ficará com R$120 (R$100 não dados a Jeremias somados a R$20 pagos por Jeremias para colocá-lo em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido – decorrentes de danos estimados a Santo Cristo);
  - mesmo que dispensável, não custa assinalar que Maria Lúcia ficará com a cadeira-carpinteiro (dada por Jeremias).
- Desse modo, o inadimplemento do contrato:
  - produzirá benefícios para Jeremias (R$50 decorrentes da diferença entre os R$150 dados por Maria Lúcia e os R$100 que seriam dados por Santo Cristo);
  - maiores do que custos para Santo Cristo (R$20 decorrentes de danos estimados a Santo Cristo – para colocá-lo em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido);
  - assim, Jeremias ficará com uma parte dos benefícios (R$30) e usará a outra parte (R$20) para pagar os custos de Santo Cristo;
  - portanto, a situação de Jeremias será melhorada sem piorar a situação de Santo Cristo.

1.2 Eficiência na diminuição de perdas

No que concerne à ótica de diminuição de perdas, a *efficient breach of contract theory* sustenta-se no seguinte modelo adaptado:

- Inicialmente, suponha a existência, no Distrito Federal, das partes Johnny e Mônica e dos bens R$400 e uma bicicleta-camelo, em que:
  - Johnny tem R$200 e Mônica tem R$200 e uma bicicleta-camelo;
  - Johnny prefere bicicleta-camelo e Mônica é indiferente entre dinheiro e bicicleta-camelo;
  - Mônica celebra contrato de compra e venda com Johnny, em que Mônica se obriga a dar a bicicleta-camelo e Johnny se obriga a dar R$150, sob pena de danos estimados em R$20.
- Antes da tradição no Parque da Cidade, suponha a hipótese em que:
  - Mônica perca sua bicicleta-camelo;
  - o terceiro Eduardo manifeste interesse em vender uma bicicleta-camelo igual à perdida por R$200, sendo a oferta de venda conhecida tanto por Mônica quanto por Johnny.

Ao final, como solução, a efficient breach of contract theory *defende que Mônica deverá inadimplir o contrato com Johnny, não necessitando contratar com Eduardo*:

- Pois, adimplido o contrato – necessitando Mônica contratar com Eduardo:
  - Mônica – que já perdeu sua bicicleta-camelo – ficaria com R$150 (dados por Johnny);
  - Johnny ficaria com R$50 (iniciais) e com a bicicleta-camelo (dada por Mônica);
  - ainda que pouco importante, não custa registrar que Eduardo ficaria com R$200 (dados por Mônica).
- E, inadimplido o contrato – não necessitando Mônica contratar com Eduardo:
  - Mônica – que já perdeu sua bicicleta-camelo – ficará com R$180 (R$200 não dados a Eduardo subtraídos de R$20 pagos a Johnny para colocá-lo em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido – decorrentes de danos estimados a Johnny);
  - Johnny ficará com R$220 (R$50 iniciais somados a R$150 não dados a Mônica somados a R$20 pagos por Mônica para colocá-lo em posição

equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido – decorrentes de danos estimados a Johnny);

- mesmo que dispensável, não custa assinalar que Eduardo ficará com sua bicicleta-camelo (não dada a Mônica).

- Desse modo, o inadimplemento do contrato:
  - produzirá benefícios para Mônica (R$50 decorrentes da diferença entre os R$200 não dados a Eduardo e os R$150 que seriam dados por Johnny);
  - maiores do que custos para Johnny (R$20 decorrentes de danos estimados a Johnny – para colocá-lo em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido);
  - assim, Mônica ficará com uma parte dos benefícios (R$30) e usará a outra parte (R$20) para pagar os custos de Johnny;
  - portanto, a situação de Mônica será melhorada sem piorar a situação de Johnny.

2. O inadimplemento voluntário não é eficiente

Entretanto, a *efficient breach of contract theory*, no modelo usado, apesar de supor que ambas as partes conhecem a oferta do terceiro, defende solução que considera que somente a parte descumpridora a conhece.[4]

Ao contrário, usando o mesmo modelo, não só supomos como também defendemos solução que considera que ambas as partes conhecem a oferta do terceiro.

Em razão disso, entendemos que, independentemente do caso, o inadimplemento voluntário não deve prevalecer sobre o adimplemento, por não ser eficiente.

A falta de eficiência ocorre porque o adimplemento do contrato não produzirá custos para quem descumpriria maiores do que benefícios – com o contrato adimplido – para quem não descumpriria.

Em outras palavras: porque o inadimplemento do contrato não produzirá benefícios para quem descumprir maiores do que custos – caso o contrato fosse adimplido – para quem não descumprir.

[4] Nos termos da Análise Econômica do Direito, a *efficient breach of contract theory*, no modelo usado, apesar de supor informações simétricas, defende solução que considera informações assimétricas.

Assim, quem descumprir usará a totalidade dos benefícios para pagar os custos de quem não descumprir, colocando-o em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido.

Portanto, a situação de quem descumprir não será melhorada sem piorar a situação de quem não descumprir.

Nessa toada, propomos que o Direito repute ilegal o inadimplemento voluntário, já que a Economia não o considera eficiente.

Isso dito, a falta de eficiência pode ser analisada nas mesmas duas óticas: aumento de ganhos e diminuição de perdas.

2.1 Falta de eficiência no aumento de ganhos

Em referência à ótica de aumento de ganhos, fundamentamo-nos no mesmo modelo adaptado:

- Inicialmente, suponha a mesma existência, no Distrito Federal, das partes Santo Cristo e Jeremias e dos bens R$100 e uma cadeira-carpinteiro, em que:
  - Santo Cristo tem R$100 e Jeremias tem uma cadeira-carpinteiro;
  - Santo Cristo é indiferente entre dinheiro e cadeira-carpinteiro e Jeremias prefere dinheiro;
  - Jeremias celebra contrato de compra e venda com Santo Cristo, em que Jeremias se obriga a dar a cadeira-carpinteiro e Santo Cristo se obriga a dar R$100, sob pena de danos estimados em R$20.
- Antes da tradição em Taguatinga, suponha a mesma hipótese em que o terceiro Maria Lúcia manifeste interesse em comprar a cadeira-carpinteiro por R$150, sendo a oferta de compra conhecida tanto por Jeremias quanto por Santo Cristo.

Ao final, como solução, diferentemente da efficient breach of contract theory, *defendemos que Jeremias deverá adimplir o contrato com Santo Cristo para então o próprio Santo Cristo contratar com Maria Lúcia*:

- Pois, adimplido o contrato – para então Santo Cristo contratar com Maria Lúcia:
  - Jeremias ficaria com R$100 (dados por Santo Cristo);
  - Santo Cristo ficaria com R$150 (dados por Maria Lúcia);
  - ainda que pouco importante, não custa registrar que Maria Lúcia ficaria com a cadeira-carpinteiro (dada por Santo Cristo).
- E, inadimplido o contrato – para então Jeremias contratar com Maria Lúcia:

- Jeremias ficará com R$100 (R$150 dados por Maria Lúcia subtraídos de R$50 pagos a Santo Cristo para colocá-lo em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido – decorrentes da diferença entre os R$150 que seriam dados por Maria Lúcia a Santo Cristo e os R$100 que seriam dados a Jeremias por Santo Cristo);
- Santo Cristo ficará com R$150 (R$100 não dados a Jeremias somados a R$50 pagos por Jeremias para colocá-lo em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido – decorrentes da diferença entre os R$150 que seriam dados por Maria Lúcia a Santo Cristo e os R$100 que seriam dados a Jeremias por Santo Cristo);
- mesmo que dispensável, não custa assinalar que Maria Lúcia ficará com a cadeira-carpinteiro (dada por Jeremias).

- Desse modo, o inadimplemento do contrato:
  - não produzirá benefícios para Jeremias (R$50 decorrentes da diferença entre os R$150 dados por Maria Lúcia e os R$100 que seriam dados por Santo Cristo);
  - maiores do que custos para Santo Cristo (R$50 decorrentes da diferença entre os R$150 que seriam dados por Maria Lúcia a Santo Cristo e os R$100 que seriam dados a Jeremias por Santo Cristo – para colocá-lo em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido);
  - assim, Jeremias usará a totalidade dos benefícios (R$50) para pagar os custos de Santo Cristo;
  - portanto, a situação de Jeremias não será melhorada sem piorar a situação de Santo Cristo.

2.2 Falta de eficiência na diminuição de perdas

No que tange à ótica de diminuição de perdas, baseamo-nos no mesmo modelo adaptado:

- Inicialmente, suponha a mesma existência, no Distrito Federal, das partes Johnny e Mônica e dos bens R$400 e uma bicicleta-camelo, em que:
  - Johnny tem R$200 e Mônica tem R$200 e uma bicicleta-camelo;
  - Johnny prefere bicicleta-camelo e Mônica é indiferente entre dinheiro e bicicleta-camelo;

        - Mônica celebra contrato de compra e venda com Johnny, em que Mônica se obriga a dar a bicicleta-camelo e Johnny se obriga a dar R$150, sob pena de danos estimados em R$20.
    - Antes da tradição no Parque da Cidade, suponha a mesma hipótese em que:
        - Mônica perca sua bicicleta-camelo;
        - o terceiro Eduardo manifeste interesse em vender uma bicicleta-camelo igual à perdida por R$200, sendo a oferta de venda conhecida tanto por Mônica quanto por Johnny.

Ao final, como solução, diferentemente da efficient breach of contract theory*, defendemos que Mônica deverá adimplir o contrato com Johnny, não necessitando o próprio Johnny contratar com Eduardo*:

- Pois, adimplido o contrato – necessitando Mônica contratar com Eduardo, e não necessitando Johnny contratar com Eduardo:
    - Mônica – que já perdeu sua bicicleta-camelo – ficaria com R$150 (dados por Johnny);
    - Johnny ficaria com R$50 (iniciais) e com a bicicleta-camelo (dada por Mônica);
    - ainda que pouco importante, não custa registrar que Eduardo ficaria com R$200 (dados por Mônica).
- E, inadimplido o contrato – não necessitando Mônica contratar com Eduardo, mas necessitando Johnny contratar com Eduardo:
    - Mônica – que já perdeu sua bicicleta-camelo – ficará com R$150 (R$200 não dados a Eduardo subtraídos de R$50 pagos a Johnny para colocá-lo em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido – decorrentes da diferença entre os R$200 dados a Eduardo por Johnny e os R$150 que seriam dados a Mônica por Johnny);
    - Johnny ficará com R$50 (R$50 pagos por Mônica para colocá-lo em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido – decorrentes da diferença entre os R$200 dados a Eduardo por Johnny e os R$150 que seriam dados a Mônica por Johnny) e com a bicicleta-camelo (dada por Eduardo);
    - mesmo que dispensável, não custa assinalar que Eduardo ficará com R$200 (dados por Johnny).

- Desse modo, o inadimplemento do contrato:
  - não produzirá benefícios para Mônica (R$50 decorrentes da diferença entre os R$200 não dados a Eduardo e os R$150 que seriam dados por Johnny);
  - maiores do que custos para Johnny (R$50 decorrentes da diferença entre os R$200 dados a Eduardo por Johnny e os R$150 que seriam dados a Mônica por Johnny – para colocá-lo em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido);
  - assim, Mônica usará a totalidade dos benefícios (R$50) para pagar os custos de Johnny;
  - portanto, a situação de Mônica não será melhorada sem piorar a situação de Johnny.

3. Comparação

3.1 Comparação no aumento de ganhos

Na ótica de aumento de ganhos, a comparação entre os entendimentos pode ser sintetizada por meio do quadro a seguir apresentado:

AUMENTO DE GANHOS			
	INÍCIO	**FIM**	
		Inadimplemento*	Adimplemento**
Santo Cristo	R$100	R$120	R$150
Jeremias	cadeira-carpinteiro	R$130	R$100
TOTAL	**R$100 + cadeira-carpinteiro**	**R$250**	**R$250**
Maria Lúcia	R$150	cadeira-carpinteiro	cadeira-carpinteiro

* Entendimento da *efficient breach of contract theory*: um contrato inadimplido (entre Santo Cristo e Jeremias) e um contrato adimplido (entre Jeremias e Maria Lúcia)

** Nosso entendimento: dois contratos adimplidos (entre Santo Cristo e Jeremias e entre Santo Cristo e Maria Lúcia)

De acordo com o quadro, de início, os entendimentos possuem pontos de partida iguais tanto em termos agregados quanto em bases individuais.

Agregadamente, em ambos os entendimentos, verifica-se que Santo Cristo e Jeremias têm juntos R$100 e uma cadeira-carpinteiro.

E, individualmente, também em ambos os entendimentos, verifica-se que Santo Cristo tem R$100 e Jeremias tem uma cadeira-carpinteiro.

Ao fim, no entanto, os entendimentos possuem pontos de chegada iguais em termos agregados, mas diferentes em bases individuais.

Agregadamente, nos dois entendimentos, constata-se que Santo Cristo e Jeremias passam a ter juntos R$250, evidenciando ganhos de R$50.

Contudo, individualmente, constata-se que, enquanto no entendimento da *efficient breach of contract theory* (a favor do inadimplemento) Santo Cristo passa a ter R$120 e Jeremias passa a ter R$130, no nosso entendimento (favorável ao adimplemento) Santo Cristo passa a ter R$150 e Jeremias passa a ter R$100.

Isso evidencia que a opção pelo inadimplemento em detrimento do adimplemento culmina na melhora da situação de Jeremias em R$30 e na piora da situação de Santo Cristo em R$30, não sendo, assim, eficiente.

Isto é: a opção pelo entendimento da *efficient breach of contract theory* em detrimento do nosso entendimento premia a parte descumpridora em R$30 e pune a parte não descumpridora em R$30, não sendo, portanto, eficiente.

Para além disso, vale informar que, ao passo em que o entendimento da *efficient breach of contract theory* resulta em um contrato inadimplido (entre Santo Cristo e Jeremias) e um contrato adimplido (entre Jeremias e Maria Lúcia), o nosso entendimento resulta em dois contratos adimplidos (entre Santo Cristo e Jeremias e entre Santo Cristo e Maria Lúcia).

Por um lado, ainda que o modelo usado não tenha incluído em suas premissas custos diversos decorrentes de efeitos maléficos provocados pelo inadimplemento (a exemplo da desconfiança a permear a celebração de futuros contratos), a informação em comento pode vir a desfavorecer ainda mais o entendimento da *efficient breach of contract theory*.

E, por outro lado, mesmo que o modelo usado não tenha inserido em seus pressupostos benefícios diversos derivados de efeitos benéficos causados pelo adimplemento (a exemplo do reforço da confiança a transpassar a celebração de futuros contratos), a informação em voga pode vir a favorecer ainda mais o nosso entendimento.

3.2 Comparação na diminuição de perdas

Já na ótica de diminuição de perdas, a comparação entre os entendimentos pode ser resumida por meio do quadro a seguir mostrado:

DIMINUIÇÃO DE PERDAS			
	INÍCIO	**FIM**	
		Inadimplemento*	Adimplemento**
Johnny	R$200	R$220	R$50 + bicicleta-camelo 2
Mônica	R$200 + bicicleta-camelo 1	R$180	R$150
TOTAL	**R$400 + bicicleta-camelo 1**	**R$400**	**R$200 + bicicleta-camelo 2**
Eduardo	bicicleta-camelo 2	bicicleta-camelo 2	R$200

* Entendimento da *efficient breach of contract theory* : um contrato inadimplido (entre Johnny e Mônica)

** Nosso entendimento: dois contratos adimplidos (entre Johnny e Mônica e entre Mônica e Eduardo)

Em consonância com o quadro, de início, os entendimentos possuem pontos de partida iguais tanto em termos agregados quanto em bases individuais.

Agregadamente, em ambos os entendimentos, verifica-se que Johnny e Mônica têm juntos R$400 e uma bicicleta-camelo.

E, individualmente, também em ambos os entendimentos, verifica-se que Johnny tem R$200 e Mônica tem R$200 e uma bicicleta-camelo.

Ao fim, no entanto, os entendimentos possuem pontos de chegada iguais em termos agregados, mas diferentes em bases individuais.

Agregadamente, nos dois entendimentos, constata-se que Johnny e Mônica passam a ter juntos R$400 (equivalentes a R$200 e uma bicicleta-camelo), evidenciando perdas de uma bicicleta-camelo.

Todavia, individualmente, constata-se que, enquanto no entendimento da *efficient breach of contract theory* (a favor do inadimplemento) Johnny passa a ter R$220 e Mônica passa a ter R$180, no nosso entendimento (favorável ao adimplemento) Johnny passa a ter R$50 e uma bicicleta-camelo (equivalentes a R$250) e Mônica passa a ter R$150.

Isso evidencia que a opção pelo inadimplemento em detrimento do adimplemento culmina na melhora da situação de Mônica em R$30 e na piora da situação de Johnny em R$30, não sendo, assim, eficiente.

Ou seja: a opção pelo entendimento da *efficient breach of contract theory* em detrimento do nosso entendimento premia a parte descumpridora em R$30 e pune a parte não descumpridora em R$30, não sendo, portanto, eficiente.

Ademais, convém registrar que, ao passo em que o entendimento da *efficient breach of contract theory* resulta em um contrato inadimplido (entre Johnny e Mônica), o nosso entendimento resulta em dois contratos adimplidos (entre Johnny e Mônica e entre Mônica e Eduardo).

Por um lado, ainda que o modelo usado não tenha incluído em suas premissas custos diversos decorrentes de efeitos maléficos provocados pelo inadimplemento (a exemplo da desconfiança a permear a celebração de futuros contratos), o registro em comento pode vir a desfavorecer ainda mais o entendimento da *efficient breach of contract theory*.

E, por outro lado, mesmo que o modelo usado não tenha inserido em seus pressupostos benefícios diversos derivados de efeitos benéficos causados pelo adimplemento (a exemplo do reforço da confiança a transpassar a celebração de futuros contratos), o registro em voga pode vir a favorecer ainda mais o nosso entendimento.

Conclusão

Com sustentáculo em modelo, a *efficient breach of contract theory* entende que, a depender do caso, o inadimplemento voluntário deve prevalecer sobre o adimplemento, desde que seja eficiente.

Em vista disso, propõe que o Direito repute legal o inadimplemento voluntário que a Economia considera eficiente.

Ao revés, no presente artigo, com base no mesmo modelo, entendemos que, independentemente do caso, o inadimplemento voluntário não deve prevalecer sobre o adimplemento, por não ser eficiente.

Por conseguinte, propomos que o Direito repute ilegal o inadimplemento voluntário, já que a Economia não o considera eficiente.

Postos os dois entendimentos, futuro trabalho discutirá ao menos os questionamentos a seguir arrolados.

Para a ótica de aumento de ganhos:

- O Direito brasileiro adota o entendimento da *efficient breach of contract theory* ou o nosso entendimento?
- Caso o Direito brasileiro adote o nosso entendimento, quais são os institutos jurídicos aplicados para colocar a parte que não descumprir em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido (reparação de danos, enriquecimento sem causa ou uma combinação dos dois?)?

- Para colocação da parte que não descumprir em posição equivalente, a lei é suficiente ou o contrato deve prever a aplicação dos institutos jurídicos?
- A respeito do terceiro:
  - o terceiro envolvido no inadimplemento do contrato (comumente chamado de "terceiro cúmplice") pode ser demandado, parcial (limite?) ou totalmente, pela parte que não descumprir?
  - o terceiro envolvido no adimplemento do contrato (propomos chamá-lo de "terceiro salvador") pode demandar, parcial (limite?) ou totalmente, da parte que não descumpriria?

Identicamente, para a ótica de diminuição de perdas:

- O Direito brasileiro adota o entendimento da *efficient breach of contract theory* ou o nosso entendimento?
- Caso o Direito brasileiro adote o nosso entendimento, quais são os institutos jurídicos aplicados para colocar a parte que não descumprir em posição equivalente a que estaria se o contrato tivesse sido adimplido (reparação de danos, enriquecimento sem causa ou uma combinação dos dois?)?
- Para colocação da parte que não descumprir em posição equivalente, a lei é suficiente ou o contrato deve prever a aplicação dos institutos jurídicos?
- A respeito do terceiro:
  - o terceiro envolvido no inadimplemento do contrato (comumente chamado de "terceiro cúmplice") pode ser demandado, parcial (limite?) ou totalmente, pela parte que não descumprir?
  - o terceiro envolvido no adimplemento do contrato (propomos chamá-lo de "terceiro salvador") pode demandar, parcial (limite?) ou totalmente, da parte que não descumpriria?

Referências

BIRMINGHAM, Robert L. Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency. *Articles by Maurer Faculty*, p. 273-292, 1970. Disponível em: <https://www.repository.law.indiana.edu/facpub/1705>. Acesso em: 02 set. 2023.

GICO Jr., Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. Economic Analysis of Law Review, v. 1, n. 1, p. 7-32, jan-jun 2010. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/2794/2034>. Acesso em: 02 set. 2023.

GOETZ, Charles J.; SCOTT, Robert E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. *Columbia Law Review*, v. 77, p. 554-594, 1977. Disponível em: <https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/401>. Acesso em: 02 set. 2023.

MARTINS, José Eduardo Figueiredo de Andrade. Inadimplemento eficiente do contrato. 2019. *Tese de Doutorado: Universidade de São Paulo*. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-14082020-130920/publico/7939903_Tese_Original.pdf >. Acesso em: 02 set. 2023.

PRADO FILHO, José Inácio Ferraz de Almeida. A teoria do inadimplemento eficiente (efficient breach theory) e os custos de transação. *UC Berkeley: Berkeley Program in Law and Economics*, 2007. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/5tx002n8>. Acesso em: 02 set. 2023.

SALGADO, Bernardo. A teoria do inadimplemento eficiente (efficient breach theory) e o ordenamento jurídico brasileiro. In: *Inexecução das obrigações: pressupostos, evoluções e remédios* – vol. 1. Coord: TERRA, Aline Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2020, p. 249-274. Disponível em: <https://www.academia.edu/44797722/Artigo_em_livro_A_teoria_do_inadimplemento_eficiente_efficient_breach_theory_e_o_ordenamento_jur%C3%ADdico_brasileiro>. Acesso em: 02 set. 2023.