



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

MICHAELA NICOLE SANTOS SILVA

**O benefício do pagamento da cláusula penal
compensatória em casos de descumprimento contratual
doloso: uma análise da aplicação da teoria do
inadimplemento eficiente nos contratos relacionais
empresariais**

Salvador
2022

MICHAELA NICOLE SANTOS SILVA

O benefício do pagamento da cláusula penal compensatória em casos de descumprimento contratual doloso: uma análise da aplicação da teoria do inadimplemento eficiente nos contratos relacionais empresariais

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. João Glicério

Salvador
2022

TERMO DE APROVAÇÃO

MICHAELA NICOLE SANTOS SILVA

**O benefício do pagamento da cláusula penal
compensatória em casos de descumprimento contratual
doloso: uma análise da aplicação da teoria do
inadimplemento eficiente nos contratos relacionais
empresariais**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____ de ____ de 2022.

À memória de minha mãe que sempre esteve comigo durante a minha jornada, os seus ensinamentos estarão sempre vivos em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus que sempre honrou os meus sonhos, e a toda a minha família, em especial minha irmã Deusiane e meu cunhado David por todo carinho e amor durante a minha trajetória acadêmica.

Agradeço a minha equipe de estágio da Defensoria Pública por me conceder um excelente ambiente de trabalho que me proporcionou conciliar o estágio com a escrita da monografia.

Agradeço a toda minha equipe de arbitragem que sempre me apoiaram, em especial Maria Eduarda, Vitória, Giovanna, João, Paula, Yan, Tainá, Darlei e Catherine.

Agradeço aos meus grandes amigos de faculdade que sempre me recebem com todo amor, em especial Mércia, Stéfane, Janaina e Jennifer.

Agradeço ao meu nutricionista Leonardo Couto e todos os meus amigos do LC team, em especial Bárbara que me adotou como filha do coração.

Agradeço ao meu grande amigo Vinicius Melo que me orientou todos os dias até a conclusão da monografia.

Agradeço especialmente ao meu orientador Prof. Dr. João Glicério que acreditou no meu tema e aceitou ser meu orientador.

“Todas as famílias felizes se parecem, cada família infeliz é infeliz à sua
maneira”

Liev Tolstói

RESUMO

Apresente monografia teve como principal foco analisar o comportamento da cláusula penal compensatória nos contratos empresariais, de modo a verificar uma possível aplicação do inadimplemento eficiente diante do descumprimento doloso da obrigação. Diante de uma economia capitalista e com disputa no mercado por produtos, surge a figura do contrato empresarial de longo prazo em que as partes estipulam as obrigações. Assim, é comum que seja pactuado uma cláusula penal compensatória para os casos de inadimplemento da obrigação. Ocorre que, esse inadimplemento pode ser na forma dolosa, o que possibilita analisar a possibilidade de aplicação do inadimplemento eficiente no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: cláusula penal compensatória, contrato empresarial, contrato relacional, descumprimento doloso e inadimplemento eficiente.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art. – Artigo

CC/02 - Código Civil de 2002

CPC/15 – Código de Processo Civil de 2015

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 PERSPECTIVAS MATERIAIS SOBRE A APLICABILIDADE DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA	13
2.1 OS ELEMENTOS DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA FRENTE À SUA APLICABILIDADE EM CASO DE INADIMPLENTO.....	13
2.2 APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA: UMA ANÁLISE SOBRE O PROCESSO DE EXECUÇÃO	21
2.3 PARÂMETROS DE ALTERAÇÃO QUANTITATIVO-QUALITATIVA DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	24
2.4 A PERSPECTIVA DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA NOS SISTEMAS ITALIANO E ALEMÃO.....	32
2.5 NOÇÕES JURÍDICAS SOBRE OS CONTRATOS EMPRESARIAIS RELACIONAIS	34
2.5.1 Do contrato empresarial e do contrato relacional: tópicos em comum.....	35
2.5.2 Sobre a (in)efetividade da cláusula penal nos contratos empresariais relacionais.....	42
3 DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO INADIMPLENTO EFICIENTE PARA OS CONTRATOS EMPRESARIAIS CONSTITUÍDOS SOB O REGIME JURÍDICO BRASILEIRO.....	46
3.1 A LEITURA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS SOB A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	46
3.2 PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE O INADIMPLENTO EFICIENTE.....	49
3.2.1 Origem e conceito do inadimplemento eficiente.....	50
3.2.2. Custos de transação com o inadimplemento eficiente com e sem cláusula penal compensatória	55
3.3 ANÁLISE DO DOLO NO DESCUMPRIMENTO EFICIENTE DO CONTRATO.....	60

3.4 O PRIVILÉGIO A EXECUÇÃO ESPECÍFICA NO <i>CIVIL LAW</i> E A PREFÊNCIA PELA CONTRATAÇÃO DE LOGO PRAZO	63
3.5 (IN)COMPATIBILIDADE DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE DIANTE DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA.....	66
4 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

A presente monografia possui como metodologia de pesquisa bibliográfica, em que será levado em consideração obras já publicadas para direcionar a escrita. Ademais, o tipo de pesquisa será a qualitativa, uma vez que será observado textos já formulados, ideias de doutrinadores e jurisprudências para formar a opinião da pesquisa. Por último, terá um método hipotético, em que partirá de uma hipótese que será testada até chegar à conclusão se é verdadeira ou não.

O direito empresarial é um ramo do direito privado muito importante no regimento das relações no mercado, motivo pelo qual analisar o comportamento dos agentes diante das incertezas impostas pela liquidez com que este mercado se movimenta é de suma importância para uma maior evolução das relações interempresariais. Diferente das relações civis, o mundo empresarial é composto por partes sofisticadas que se utilizam de instrumentos contratuais para reger suas relações, as cláusulas que se tornam lei entre as partes.

Ao longo dos anos, o direito empresarial passou inúmeras evoluções que possibilitaram adaptações diante das oscilações do mercado. Ao analisar os contratos empresariais, mais especificamente aqueles que são de longo prazo, diante de uma economia tão globalizada e capitalista como a brasileira, surge a necessidade de entender o comportamento das partes diante do cumprimento ou não desse contrato, posto que estes possuem a peculiaridade quanto a finalidade de perquirir lucros com o negócio que então está se firmando.

Seria possível, assim, tratar sobre o desejo de uma das partes em não cumprir tal contratação diante de possíveis negócios jurídicos mais vantajosos, e que tragam um maior retorno lucrativo. Tal possibilidade ficou conhecida como inadimplemento eficiente, em que traz a possibilidade de o credor inadimplir o contrato e pagar indenização a outra parte, e passar para a próxima contratação mais vantajosa.

Diante dessa hipótese de inadimplemento eficiente, surge o tratamento de quais são essas indenizações cabíveis ao credor, tais quais perdas e danos, lucros cessantes, danos emergentes etc. Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro possui uma modalidade de pré-liquidação dessa indenização na forma de cláusula penal compensatória, que é aplicada diante do inadimplemento da obrigação.

Os contratos empresariais normalmente estão inseridos em uma cadeia de produção, dentro de um mercado capitalista extremamente estratificado, por exemplo,

o supermercado que vende uma lata de milho provavelmente o adquiriu em uma indústria de alimentos que também provavelmente adquiriu de alguma empresa agrária. Por este motivo, esses produtos sofrem a lei da procura e da oferta, de modo que os preços passam por oscilações, e em contratos de longo prazo podem surgir o interesse descumprir o contrato para firmar outro mais vantajoso.

Aqui ingressam as cláusulas penais compensatórias, comum em contratos de longo prazo, visando impedir o inadimplemento da obrigação, bem como pré-liquidar os danos em caso de descumprimento da obrigação. Dessa forma, a presente monografia fará um estudo minucioso sobre a possibilidade da parte que inadimple dolosamente se beneficiar do pagamento da cláusula penal compensatória e chegar ao inadimplemento eficiente.

A pesquisa partiu de três problemas gerais: existem consequências distintas no ordenamento brasileiro na aplicação da cláusula penal compensatória para os casos de inadimplemento de forma dolosa? No inadimplemento eficiente existe dolo da parte do inadimplente? É possível alcançar o inadimplemento eficiente diante de um contrato com cláusula penal compensatória? Assim, com o intuito de deixar a pesquisa mais concisa, esta foi dividida apenas em dois grandes capítulos de desenvolvimento.

No segundo capítulo, será feita uma análise minuciosa da cláusula penal compensatória no ordenamento jurídico brasileiro e fazer uma análise comparativa destas cláusulas no ordenamento Alemão e Italiano. Ademais, serão demonstradas as especificidades dos contratos empresariais relacionais; seguindo para o grau de eficácia desta cláusula penal nestes contratos. Neste capítulo, será possível fazer uma digressão para o direito processual, para verificar a possibilidade de a cláusula penal compensatória ser objeto de ação de execução.

No terceiro capítulo será analisado de forma aprofundada a teoria do inadimplemento eficiente através de uma análise econômica do direito, bem como tratar sobre a diferença do tratamento do inadimplemento no contexto do *civil law* e do *commow law*. Novamente será necessário fazer uma digressão para o direito processual e analisar a tutela específica da obrigação no ordenamento jurídico brasileiro. Para então ser possível concluir a compatibilidade do inadimplemento eficiente no Brasil, diante da aplicação da cláusula penal compensatória.

A conclusão da presente monografia será de grande valia para o desenvolvimento e melhora das relações interempresariais, de modo a fazer com que as partes busquem a melhor forma de estipular cláusulas de multa em seu contrato.

Além disso, demonstrar mesmo que brevemente as consequências processuais de suas escolhas. Pois, uma sociedade com um bom mercado empresarial desenvolvido tem a capacidade de melhorar diversas outras áreas necessárias ao ser humano.

2 PERSPECTIVAS MATERIAIS SOBRE A APLICABILIDADE DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA

A cláusula penal compensatória é de suma importância nos contratos empresariais diante de um inadimplemento da obrigação, uma vez que as partes através da autonomia privada podem convencionar uma pena para um eventual descumprimento da obrigação¹. Assim, tal cláusula possui diversas especificidades que performam de forma distinta dentro dos contratos empresariais.

Dessa forma, cumpre destacar quais são os elementos básicos da cláusula penal compensatória frente a sua aplicabilidade diante do inadimplemento (2.1). Nessa perspectiva de aplicação da cláusula penal, cumpre analisar a possibilidade de execução específica desta no âmbito do processo de execução (2.3). Ademais, vale ressaltar as peculiaridades quanto a possibilidade de redução equitativa da multa pactuada, bem como a possibilidade de pleitear indenização suplementar (2.4). Por fim, é necessário fazer um estudo comparado sobre a cláusula penal nos sistemas italiano e alemão.

2.1 OS ELEMENTOS DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA FRENTE À SUA APLICABILIDADE EM CASO DE INADIMPLEMENTO

A cláusula penal ingressou, inspirado no Código Civil francês, no direito brasileiro através do Código Civil de 1916 ao inserir os artigos 916 a 927 na parte do direito das obrigações, mas ocupando o título de consequências do inadimplemento das obrigações; tal título fez com que alguns doutrinadores vissem a cláusula como uma obrigação alternativa ao cumprimento da obrigação. Já no Código Civil de 2002, a cláusula penal ganhou um capítulo exclusivo para seu tratamento, no título III e capítulo IV.²

A título de conceituação, a cláusula penal é uma sanção convencionada pelas partes para quando ocorre o inadimplemento de uma obrigação; assim, uma das

¹ É importante salientar que existe a modalidade de cláusula penal moratória, quando o devedor se constitui em mora.

² COSTA NETO, Moacir da. **Da cláusula penal em contratos relacionais**. 2016. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 44. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18860>. Acesso em: 15 abr. 2022.

partes se compromete a efetuar certa prestação para os casos de ilícita inexecução da obrigação principal³. Conforme o art. 408 do CC/02, tem-se que “incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora.”⁴

A cláusula penal, objeto dessa monografia, é a compensatória, na qual é estipulada para casos de inadimplemento total da obrigação. De acordo com o art. 410 do CC/02, “quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor.”⁵

O supracitado artigo trata da possibilidade de o credor optar pela execução específica do contrato ou aplicação da cláusula penal. Dessa forma, se o credor optar pela restauração natural, o devedor apenas poderá escolher a indenização pecuniária se aquela for impossível de ser cumprida ou de excessiva onerosidade.⁶

Não é dada ao inadimplente a escolha pelo pagamento da cláusula penal ou execução da obrigação, exceto em casos que está estipulado no contrato, e caso tenha sido perdida a natureza de cláusula penal e passar a ser uma obrigação alternativa.⁷ Portanto, não é possível cumular a execução específica da obrigação e a cláusula penal compensatória.

Pode-se constatar que a cláusula penal compensatória não funciona como obrigação alternativa para o cumprimento da obrigação. A função desta cláusula tem natureza híbrida entre sanção e caráter indenizatório, de modo a antecipar a liquidação dos danos e compelir o devedor a adimplir.⁸ Ademais, a grande indefinição na jurisprudência e doutrina é o caráter finalístico desta, ou seja, se teria finalidade sancionatória ou de pré-liquidação dos danos.

³ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal**: a pena privada nas relações negociais. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 35.

⁴ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.

⁵ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.

⁶ COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Editora Almedina, 2001, p. 716.

⁷ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal**: a pena privada nas relações negociais. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 53.

⁸ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal**: a pena privada nas relações negociais. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 61.

A função compensatória é compensar os danos diante de um ato ilícito que repercute em um dano de natureza patrimonial ou extrapatrimonial, de modo a gerar o dever de indenizar quando há um nexo casual entre a conduta ilícita e o dano.⁹ Assim, diante de eventual inadimplemento, o valor estipulado funciona como uma pré-liquidação dos danos.

A função coercitiva está relacionada ao constrangimento indireto ao devedor, no qual o credor atua para prevenir inadimplemento¹⁰. Ruben Limongi França defende a possibilidade de um caráter punitivo da cláusula penal, uma vez que é um meio de reforçar o cumprimento da obrigação.¹¹

A jurisprudência do STJ confirma ambas as funções da cláusula penal, conforme parte do julgado colacionado abaixo:

A cláusula penal pode ser classificada em duas espécies: a cláusula penal compensatória, que se refere à inexecução da obrigação, no todo ou em parte; e a cláusula penal moratória, que se destina a evitar retardamento no cumprimento da obrigação, ou o seu cumprimento de forma diversa da convencional, quando a obrigação ainda for possível e útil ao credor. A par das espécies de cláusula penal, situam-se as finalidades que essa modalidade de multa convencional pode desempenhar no contexto obrigacional em que estipulada. Nesse aspecto, a cláusula penal (seja ela compensatória ou mesmo moratória) pode qualificar-se como indenizatória, quando tem por escopo pré-fixar as perdas e danos decorrentes da mora ou do inadimplemento total, ou punitiva, caso em que assume caráter sancionatório. A cláusula penal, no caso, é compensatória e abarca essas duas funções, já que ao mesmo tempo em que visa a sancionar o devedor inadimplente, fixa as perdas e danos. (...) Mas essa cláusula apresenta uma peculiaridade, à medida em que tem dupla função: sancionar o devedor faltoso, mediante a aplicação do percentual de 30% sobre o valor do contrato, e pré-liquidar as perdas e danos, conforme fórmula de cálculo previamente definida.¹²

A cláusula penal compensatória possui um limite para sua precificação, bem como pode o juiz reduzir equitativamente o valor da cláusula penal para se adequar as perdas e danos sofrida. Desse modo, não é dada ao credor receber um valor maior

⁹ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 63.

¹⁰ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 70.

¹¹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988, p. 205.

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos em Recurso Especial nº 1736452/SP (2018/0090255-1). Órgão julgador: Terceira Turma. Embargante: VOTENER – Votorantim Comercializadora de Energia LTDA. Embargado: COENERGY Comercializadora de Energia LTDA. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data de julgamento: 03 mar. 2022. Data de publicação: 20 abr. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1135167654/inteiro-teor-1135167661>. Acesso em: 10 jul. 2022.

que suas perdas e danos sofridas, uma vez que estaria incorrendo em enriquecimento sem causa. Assim, tanto a função coercitiva e punitiva perde força.

Também é possível falar da função punitiva da cláusula penal. A ideia de tratamento da cláusula penal como uma pena sofreu enfraquecimento, uma vez que está é voltada para a reparação de danos.¹³ Conforme demonstra Rosenvald¹⁴, ainda que não seja necessário comprovar o dano, a cláusula penal possui uma ligação de dependência com o dano no que se refere a proporcionalidade entre a ofensa e a sanção aplicada. Nessa linha, é importante ressaltar o modelo do *punitive damages*, comum nos países do *common law*, em que há aplicação de uma pena estipulada como sanção que não serve apenas para atender o interesse da vítima, mas também para atender aos interesses da sociedade, uma vez que desestimula a violação que pode atingir o interesse dos demais da sociedade.¹⁵

É importante ressaltar, que existe uma diferença entre as penas privadas, estipulada pelas partes, e as penas civis, aplicadas levando em consideração as atividades econômicas como um todo que podem ser realizadas no futuro.¹⁶ Diante disso, é possível perceber que o Brasil não recepciona, pelo conceito e aplicação da cláusula penal compensatória, a função punitiva, seja no trato da pena privada ou pena civil, uma vez que o valor da cláusula apenas pode apenas ser estipula até o valor da obrigação principal. O benefício da cláusula penal compensatória está principalmente relacionado a pré-liquidação dos danos sem a necessidade de comprovação dos danos¹⁷.

Dentro da perspectiva dos contratos empresariais, bem como no recorte do descumprimento doloso das obrigações pactuadas, tal formato de cláusula penal não privilegia a autonomia privada das partes de estipular valores que possam transmitir uma função punitiva para o devedor diante do inadimplemento. Dessa forma, além de

¹³ COSTA NETO, Moacir da. **Da cláusula penal em contratos relacionais**. 2016. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, p. 67. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18860>. Acesso em: 15 abr. 2022.

¹⁴ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 191-192.

¹⁵ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 192.

¹⁶ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Editora Foco, 2020.

¹⁷ Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

prejudicar a relação privada, dificulta o benefício de toda a sociedade nas tratativas de futuras negociações,

Pode-se concluir, ao analisar os artigos do CC/02 que tratam sobre a cláusula penal – especificamente os artigos 408 ao 416 –, como limitada e sem caráter sancionatório, que não compele o devedor a cumprir com a obrigação, pois esta não ultrapassa o valor da obrigação principal. Eis necessário ainda que as partes tomem o cuidado de estipular a possibilidade de pleitear indenização suplementar para os casos que as perdas e danos sejam maiores que o valor da cláusula penal¹⁸.

Não obstante, cumpre ressaltar o caráter acessório da cláusula penal, perspectiva que se constata pela ligação com a obrigação principal, uma vez que apenas será admitida, conforme preleciona o artigo 409 do CC/02, para casos de inadimplemento da obrigação principal.¹⁹ Existem doutrinadores que abordam a possibilidade de aplicação da cláusula penal para casos de incumprimento de obrigações acessórias ou cumprimento defeituoso.²⁰

A cláusula penal normalmente é estipulada como objeto pecuniário, mas nada impede, de acordo com a autonomia privada das partes, que se estipule um objeto diverso da pecúnia, desde que seja um objeto lícito.²¹ Para isso, é necessário que haja o devido consentimento prévio objetivando que se imponha uma penalidade a outrem, de modo que se apliquem as mesmas regras de consentimento relacionadas aos negócios jurídicos.²²

¹⁸ Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo. Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

¹⁹ Art. 409. A cláusula penal estipulada conjuntamente com a obrigação, ou em ato posterior, pode referir-se à inexecução completa da obrigação, à de alguma cláusula especial ou simplesmente à mora. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

²⁰ VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em gera**. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

²¹ SILVA. Leonardo Di Cola N. **Cláusula Penal e o Código Civil de 2002**. 2008. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 51. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8328/1/Leonardo%20Di%20Cola%20N%20Silva.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

²² SILVA. Leonardo Di Cola N. **Cláusula Penal e o Código Civil de 2002**. 2008. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 53. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8328/1/Leonardo%20Di%20Cola%20N%20Silva.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

Outrossim, é a culpa como elemento exigível, como traz o artigo 408 do CC/02.²³ Essa culpa é presumida e cabe ao devedor o ônus de provar o contrário, como caso fortuito ou força maior que estará desobrigado da obrigação principal e da cláusula penal.²⁴ Por outro lado, não é exigível que o credor demonstre que houve um dano quando as partes estipulam cláusula penal.²⁵

A responsabilidade civil está atrelada à um ato ilícito e um dano que gera o dever de indenizar. Ocorre que, na perspectiva da cláusula penal, a aplicação desta está conectada ao descumprimento contratual, ainda que o credor não tenha tido nenhum prejuízo, o devedor deve arcar com o valor estipulado pelas partes ²⁶ . ²⁷ Nessa perspectiva, que o art. 410²⁸ do CC/02 permite que o credor converter a aplicação da cláusula penal compensatória no lugar da execução específica da obrigação.

Cumprir destacar que a cláusula penal compensatória, a qual é estipulada pelo descumprimento defeituoso ou outros tipos de violações contratuais, foge ao que preceitua o Código Civil de 2002, entretanto não é possível limitar a cláusula penal apenas ao que consta na norma. Ao entender os conceitos básicos da cláusula penal, é importante fazer uma análise da sobre como se dá a aplicação da cláusula penal no caso concreto, uma vez que sua finalidade é gerir os efeitos de um possível inadimplemento.

O pressuposto para a aplicação da cláusula penal compensatória está atrelado ao inadimplemento da obrigação pactuada. O título IV do CC/02 trata do inadimplemento das obrigações, mais especificamente no art. 389, ao trazer o

²³ Art. 408. Incorre de pleno direito o devedor na cláusula penal, desde que, culposamente, deixe de cumprir a obrigação ou se constitua em mora. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

²⁴ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 247.

²⁵ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 109.

²⁶ Cumprir ressaltar, conforme será abordado no ponto 2.3, a possibilidade de o Juiz reduzir o valor da cláusula penal.

²⁷ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 109.

²⁸ Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

incompleto conceito de inadimplemento, de modo a conceituar apenas como o não cumprimento da obrigação.²⁹

Assim, se inadimplemento é o oposto do adimplemento, é este o exato cumprimento de uma obrigação pelo devedor³⁰ na forma prevista no contrato ou quando o credor recebe o que lhe é devido. Nos dizeres de Anderson Schreiber, “longe de se restringir à prática do ato prometido pelo devedor, o adimplemento se reveste, no direito contemporâneo, de caráter funcional, vinculado ao atendimento dos efeitos essenciais do negócio jurídico concretamente celebrado pelas partes.”³¹

Entendido o conceito de adimplemento, se torna mais fácil conceituar o inadimplemento da obrigação que consiste no descumprimento da obrigação principal. Assim, inadimplemento da obrigação é quando houver a violação contratual em concreto, de modo que a parte que não adimple verdadeiramente com as obrigações contratuais expressas.³² É importante salientar que o descumprimento da obrigação nem sempre incide sobre a obrigação principal. O inadimplemento pode estar relacionado as obrigações acessórias ou recair sobre apenas uma parte da obrigação³³.

Quanto às obrigações acessórias, o conteúdo da relação obrigacional deixa de ser apenas o que foi pactuado entre as partes para também ser necessário cumprir com a boa-fé objetiva e os deveres anexos para a satisfação da obrigação.³⁴ Ademais, diante de um contrato com inúmeras obrigações ou contrato de longo prazo, o inadimplemento pode recair apenas sobre parte da obrigação, o chamando inadimplemento parcial da obrigação.

²⁹ Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

³⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997, p. 111.

³¹ SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 32, out/dez, 2007, p. 12.

³² GUIA, Rodrigo da. Em busca do conceito contemporâneo de (in) adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. **Revista da AGU**, Brasília, v. 16, n. 02, p. 229-322, abr./jun. 2017

³⁴ AUGUSTO CUNHA, Raphael. O inadimplemento na nova teoria contratual: o inadimplemento antecipado do contrato. 2015. 231f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 34. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11122015_083624/publico/Raphael_Augusto_Cunha_Versao_Integral.pdf. Acesso em: 08 maio 2022.

O descumprimento da obrigação pode ocorrer de forma dolosa, ou seja, uma parte opta por inadimplir o contrato com genuína vontade de inadimplir com a obrigação posta em contrato. Nelson Rosenvald, afirma que em casos de descumprimento que decorre de dolo esvazia a essência de prevenção desta³⁵, uma vez que o devedor está indo contra a funcionalidade da contratação. Nessa senda, a presente monografia irá analisar a eficiência da aplicação da cláusula penal compensatória nos casos de descumprimento doloso.

Das três modalidades de descumprimento da obrigação, o art. 408 do CC/02 trata da aplicação da cláusula penal compensatória diante do inadimplemento total da obrigação, no qual tem direito a aplicação da cláusula penal quando houver descumprimento culposo da obrigação. E o art. 413 do CC/02 trata sobre a aplicação da cláusula penal, nos casos de cumprimento parcial da obrigação, em que o valor da cláusula poderá ser reduzido pelo juiz.³⁶

Os casos de descumprimento do contrato que decorrem de culpa grave ou dolo, em que há a adesão da vontade do devedor para o descumprimento, não pode este se livrar da obrigação pelo simples cumprimento da cláusula penal compensatória.³⁷ Rosenvald compara o descumprimento doloso da obrigação ao *tu quoque*, em que quem viola uma certa norma jurídica não poderá se valer da situação que essa mesma norma jurídica atribuí.³⁸

O CC/02 é simplório ao tratar tanto do conceito de inadimplemento quanto da aplicação da cláusula pela, uma vez que existem inúmeras formas de ocorrer o descumprimento da obrigação. De modo que a presente monografia tem a finalidade de demonstrar a possibilidade do benefício do pagamento da cláusula penal compensatória diante do descumprimento doloso, e analisar se é possível nesses casos aplicar a teoria do inadimplemento eficiente.

³⁵ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal**: a pena privada nas relações negociais. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 122.

³⁶ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

³⁷ PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 635.

³⁸ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal**: a pena privada nas relações negociais. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 123.

2.2 APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA: UMA ANÁLISE SOBRE O PROCESSO DE EXECUÇÃO

O presente tópico partirá do seguinte caso hipotético para que se possa vislumbrar os caminhos para a aplicação da cláusula penal compensatória no caso concreto. As Sociedades X e Y firmam um contrato de longo prazo (assinado por duas testemunhas) com cláusula penal compensatória para o caso de inadimplemento; a sociedade Y opta por inadimplir o contrato após um ano de contração, para que possa vender seu produto de forma mais vantajosa para outros compradores. Diante disso, a sociedade X busca de forma rápida outros fornecedores.

Diante do supracitado caso hipotético, surge a possibilidade de as partes entrarem em um acordo, com inúmeras possibilidades, como, por exemplo, a rescisão do contrato seguido do pagamento da cláusula penal compensatória pactuada. Assim, não será abordado aqui, um possível acordo que poderá ser feito entre as partes.

Partindo da hipótese de que as partes não fizeram acordo e de que a parte inadimplente se recusa a cumprir a obrigação rescindindo o contrato de forma unilateral, resta para a parte credora ingressar com uma ação judicial, seja de conhecimento ou uma ação de execução da obrigação. Como o contrato em questão possui a qualidade de título executivo extrajudicial, uma vez que possui a assinatura de duas testemunhas, pode o credor ingressar com uma ação de execução da obrigação.

Através da tutela específica, a parte credora visa o cumprimento exato da obrigação presente no contrato que não foi realizada de forma voluntária pelo devedor.³⁹ Neste caso, o cumprimento é de bens jurídicos que não sejam dinheiro, de modo a ter o exato resultado jurídico se não tivesse um processo⁴⁰, entretanto, em alguns casos, o credor perde o interesse pela prestação principal da obrigação por questões subjetivas ao negócio, como perda da confiança, do interesse pelo objeto, entre outras hipóteses.

Seguindo essa linha de raciocínio, tem-se que poderá o credor pleitear pela tutela genérica da obrigação, de modo que a obrigação será convertida em perdas e

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 27, n. 105, jul./2002, p. 109.

⁴⁰ TALAMINI, Eduardo. **A tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 223.

danos.⁴¹ É importante salientar aqui o princípio da primazia da tutela específica presentes nos artigos 497 a 499 do Código de Processo Civil de 2015⁴² – assim, é excepcional a conversão em prestação pecuniária. O art. 809⁴³ do CPC/15 traz as hipóteses que se admite a conversão da obrigação em prestação pecuniária, quando a coisa se deteriorar e não for achada.

Os supracitados artigos do CPC/15 tratam sobre a tutela executiva de um contrato em que, teoricamente, não possuem uma pré-liquidação dos danos no formato de cláusula penal compensatória. Como tratado no ponto anterior (2.1), de acordo com o art. 410 do CC/02, o credor pode optar pelo cumprimento da obrigação principal ou aplicação da cláusula penal compensatória.

Nessa linha, conforme art. 784, III⁴⁴ do CPC/15 constitui título executivo extrajudicial o contrato assinado pelo devedor com duas testemunhas. Título executivo, conforme art. 783⁴⁵ do CPC/15, são documentos que certificam um ato jurídico normativo em que atribui a alguém o dever de prestar uma obrigação líquida, certa e exigível, de modo que esse título autoriza com que o credor possa instaurar

⁴¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. **Revista do Processo**, São Paulo, v. 27, n. 105, jul./2002, p. 109.

⁴² Art. 497. Na ação que tenha por objeto a prestação de fazer ou de não fazer, o juiz, se procedente o pedido, concederá a tutela específica ou determinará providências que assegurem a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Para a concessão da tutela específica destinada a inibir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito, ou a sua remoção, é irrelevante a demonstração da ocorrência de dano ou da existência de culpa ou dolo. Art. 498. Na ação que tenha por objeto a entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para o cumprimento da obrigação. Parágrafo único. Tratando-se de entrega de coisa determinada pelo gênero e pela quantidade, o autor individualizá-la-á na petição inicial, se lhe couber a escolha, ou, se a escolha couber ao réu, este a entregará individualizada, no prazo fixado pelo juiz. Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.)

⁴³ Art. 809. O exequente tem direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando essa se deteriorar, não lhe for entregue, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.)

⁴⁴ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...) III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas; (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.)

⁴⁵ Art. 783. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. (BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.)

uma ação de execução.⁴⁶ Ademais, os títulos executivos possuem um rol taxativo, em que apenas tem natureza de título aqueles previstos na lei.⁴⁷

Entendida as especificidades dos títulos executivos, bem como a necessidade de taxatividade, ainda que o contrato seja um título executivo extrajudicial, a cláusula penal compensatória prevista não pode ser tratada como uma cláusula executável no lugar da execução específica da obrigação, uma vez que não figura como título certo, líquido e exigível como a obrigação principal contratada.

Conforme entendimento jurisprudencial do STJ, não é possível fazer a execução de cláusula penal compensatória por descumprimento contratual em sede de ação de execução com título extrajudicial, conforme ementa abaixo:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2069337 - SP (2022/0034425-7)
 EMENTA AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CLÁUSULA PENAL. 1. TESE SOBRE QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS N. 282 E 356/STF. 2. **TÍTULO INEXIGÍVEL. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXECUÇÃO COMO VIA INADEQUADA. REVISÃO INVIÁVEL. SÚMULA N. 7/STJ.** 3. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. COTEJO ANALÍTICO NÃO EFETUADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. 4. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. DECISÃO Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu recurso especial interposto por Oncológica Brasil Ltda., com base no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, desafiando acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado (e-STJ, fl. 353): Embargos à execução de título extrajudicial - Procedência - **Execução lastreada em contrato de parceria para prestação de serviços oncológicos - Ausência de título certo, líquido e exigível - Contrato bilateral, de natureza sinalagmática, prevendo a existência de obrigações recíprocas entre as partes - Pretensão à execução de multa por rescisão contratual - Controvérsia sobre o descumprimento do contrato pela embargada e a efetiva legitimidade do crédito - Nulidade da execução - Art. 803, I, NCPC - Sentença mantida - Recurso da embargada negado.** Em suas razões de recurso especial (e-STJ, fls. 360-385), a agravante alegou violação aos arts. 337, VIII, § 2º, 783, 784, 786 e 787, todos do CPC/2015, bem como a existência de dissídio jurisprudencial. **Sustentou, em síntese, sobre a possibilidade de uma cláusula penal ser cobrada pela via executiva diretamente, diante da comprovação do descumprimento contratual pela ora agravada, podendo ser reconhecido o título executivo como certo, líquido e executivo. Requereu, ainda, a análise de matéria de ordem pública, alegando que, pela conexão com procedimento de rito comum, os embargos à execução não estariam prontos para julgamento, argumentando a nulidade das decisões, devendo haver o julgamento conjunto dos feitos.**⁴⁸

⁴⁶ DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil: execução.** Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 259-260.

⁴⁷ DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil: execução.** Salvador: Editora JusPodivm, 2017, p. 260.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2069337/SP (2022/0034425-7). Órgão julgador: Quarta Turma. Agravante: Jorge de Jesus Silva. Agravado: Município de Atibaia.

A supracitada jurisprudência reconheceu, em sede de embargo à execução, que a cláusula penal compensatória, ainda que esteja inserida em um contrato considerado título executivo extrajudicial, não configura título executivo extrajudicial. Em um primeiro momento, existe a necessidade de dilação probatória para que seja verificado o inadimplemento da obrigação, de modo que a cláusula penal compensatória não é um título certo, líquido e exigível conforme o art. 783 do CPC/15 – assim, a ação judicial correta para a possível aplicação da cláusula penal é a ação de conhecimento.

Como destacado, a cláusula penal compensatória, nos moldes tradicionais, não pode ser tratada como uma obrigação alternativa, de modo que não pode o devedor se valer do pagamento da pena para prosseguir com o inadimplemento, pois o credor possui a preferencialmente a possibilidade de perquirir pela execução específica da obrigação. Ocorre que, no tratamento dos contratos empresariais que estão inseridos normalmente em uma linha de produção, diante do inadimplemento, o credor busca meios de mitigação do prejuízo de modo ter um novo fornecedor, conforme o caso hipotético colacionado na introdução – assim, há a busca pela execução específica da obrigação perde sua funcionalidade.

Levando em consideração tais perspectivas, é de perquirir qual o caminho que o credor deve buscar diante do inadimplemento em determinada situação fática. A busca da execução específica pode levar a conversão em perdas e danos, uma vez que a cláusula penal não pode ser executada em ação de execução; e uma ação de conhecimento, para a efetivo pagamento da cláusula penal compensatória, pode levar a redução do equitativa desta, bem como elevados custos judiciais.

2.3 PARÂMETROS DE ALTERAÇÃO QUANTITATIVO-QUALITATIVA DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Sendo a cláusula penal a manifestação da vontade das partes, de modo que se torna lei entre as partes, conforme será melhor trabalho no próximo capítulo, os contratantes podem estabelecer, de acordo com a liberdade de contratar, estipular o

valor da cláusula, se atendo ao limite estabelecido na lei, conforme art. 402 do CC/02.

49

Ocorre que, o Código Civil de 2002 também inovou ao trazer a possibilidade de redução equitativa da cláusula penal compensatória, prevista no artigo 413⁵⁰, em que o juiz poderá reduzi-la caso a obrigação tenha sido cumprida em parte ou seja o valor manifestamente excessivo. Nesse sentido, é necessário salientar que não pode o juiz diminuir o valor da cláusula penal em valores que sejam inferiores ao causado ao credor, de modo que deve o magistrado levar o valor da cláusula penal de acordo com os prejuízos sofridos pelo credor.⁵¹

Conforme entendimento jurisprudencial do STJ colacionado abaixo:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. RESTITUIÇÃO DE VALORES. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. ACORDO JUDICIAL. PAGAMENTO EM PRESTAÇÕES. ATRASO. DUAS ÚLTIMAS PARCELAS. CLÁUSULA PENAL. INADIMPLEMENTO DE PEQUENA MONTA. PAGAMENTO PARCIAL EXTEMPORÂNEO. MENOS DE DOIS MESES. REDUÇÃO OBRIGATÓRIA. ART. 413 DO CC/02. PACTA SUNT SERVANDA. HARMONIA. AVALIAÇÃO EQUITATIVA. CRITÉRIOS. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INTUITO PROTETÓRIO. AUSÊNCIA. MULTA. ART. 1.026, § 2º, DO CPC/15. AFASTAMENTO. 5. No atual Código Civil, o abrandamento do valor da cláusula penal em caso de adimplemento parcial é norma cogente e de ordem pública, consistindo em dever do juiz e direito do devedor a aplicação dos princípios da função social do contrato, da boa-fé objetiva e do equilíbrio econômico entre as prestações, os quais convivem harmonicamente com a autonomia da vontade e o princípio pacta sunt servanda. **6. A redução da cláusula penal é, no adimplemento parcial pelo pagamento extemporâneo, realizada por avaliação equitativa do juiz, a qual relaciona-se à averiguação proporcional da utilidade ou vantagem que o pagamento, ainda que imperfeito, tenha oferecido ao credor, ao grau de culpa do devedor, a sua situação econômica e ao montante adimplido, além de outros parâmetros, que não implicam, todavia, necessariamente, uma correspondência exata e matemática entre o grau de inexecução e o de abrandamento da multa.** 7. Considerando, assim, que não há necessidade de correspondência exata entre a redução e o quantitativo da mora, que a avença foi firmada entre pessoas em igualdade de condições - não tendo, por esse motivo, ficado evidenciado qualquer desequilíbrio de forças entre as contratantes -, que houve pequeno atraso no pagamento de duas prestações - pouco menos de dois meses, em relação à penúltima, e de um mês, quanto à última - e que o

⁴⁹ Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

⁵⁰ Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

⁵¹ CASSETTARI, Christiano. **Multa Contratual: teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 63.

adimplemento foi realizado de boa-fé pela recorrente, considera-se equitativo e proporcional que o valor da multa penal seja reduzido para 20% do valor das parcelas pagas a destempo.⁵²

No tratamento dos contratos empresariais, conforme recorte da presente monografia, a relação negocial é considerada paritária, de modo que não haveria necessidade de existir esse controle judicial do valor estipulado entre as partes, que normalmente estão acompanhadas por advogados. Entretanto, a lei não faz distinção sobre quais tipos de contratos recaem a possibilidade de redução da multa.

Nessa senda, a jurisprudência reconhece o tratamento diferenciado dos contratos empresariais, principalmente no que toca aos contratos milionários, conforme julgado colacionado abaixo:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL. EMPRESARIAL. CONTRATO DE AFRETAMENTO. INADIMPLEMENTO ABSOLUTO. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. SOLIDARIEDADE. RECONHECIMENTO. REDUÇÃO. MULTA. EXCESSIVIDADE NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO SURPRESA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. 1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos nºs 2 e 3/STJ). 2. Cinge-se a controvérsia a definir se (i) houve falha na prestação jurisdicional, (ii) constitui obrigação solidária o pagamento da cláusula penal compensatória, (iii) houve decisão surpresa e (iv) é o caso de redução da multa. 3. Não há falar em falha na prestação jurisdicional se o Tribunal de origem motiva adequadamente sua decisão, solucionando a controvérsia com a aplicação do direito que entende cabível, ainda que em desacordo com a expectativa da parte. 4. Na hipótese, a solidariedade decorre da vontade das partes externada no contrato firmado, tendo a recorrente se obrigado ao pagamento das obrigações pecuniárias decorrentes do ajuste independentemente de causa, origem ou natureza jurídica. **5. A cláusula penal compensatória tem como objetivo prefixar os prejuízos decorrentes do descumprimento do contrato, o que denota sua natureza de obrigação pecuniária.** 6. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial impede seu conhecimento, a teor da Súmula nº 282/STF. 7. No caso, a cláusula penal está inserida em contrato empresarial firmado entre empresas de grande porte, tendo como objeto valores milionários, inexistindo assimetria entre os contratantes que justifique a intervenção em seus termos, devendo prevalecer a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos. 8. Não demonstrada a existência de causa para sua redução, a cláusula penal deve ser mantida no percentual estabelecido no contrato. 9. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.⁵³

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1898738/SP (2020/0256237-6). Órgão julgador: Terceira Turma. Recorrente: Jucimar Alves de Aguiar. Recorrido: Antônio Carlos da Mota e Maria Celeste dos Santos Miranda da Mota. Relatora: Ministra Nancy Adrighi. Data de julgamento: 23 mar. 2021. Data de publicação: 26 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205679879>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁵³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1867551/RJ (2019/0302921-6). Órgão julgador: Terceira Câmara Cível. Recorrente: Larsen Óleo e Gás do Brasil LTDA. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 05 out. 2021. Data de publicação: 13 out. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205679879>. Acesso em: 15 out. 2022.

Conforme salienta o julgado, existe uma simetria entre as partes contratantes que inviabiliza a intervenção estatal. Ainda assim, existe a necessidade de a cláusula penal obedecer ao limite permite na lei, uma vez que o valor da multa não pode ser mais benéfico que o cumprimento da obrigação para que não enseje nas partes uma busca forçada pelo descumprimento da obrigação da outra parte⁵⁴ – por exemplo, dentre de um contrato de longo prazo de fornecimento de um objeto, um dos contratantes começa a colocar defeitos no objeto, estimulando o contratante rescindir o contrato e pagar a multa benéfica.

Ademais, é comum a jurisprudência fundamentar a redução da cláusula penal compensatória baseado na impossibilidade de enriquecimento sem causa⁵⁵. Entretanto, alguns doutrinadores como Edson Fachin entende que não há enriquecimento sem causa nessa modalidade por existir um título que justifica juridicamente a aplicação da multa.⁵⁶

Assim, a redução da cláusula penal parte do princípio do equilíbrio contratual entre as partes, uma vez que, no momento da contratação, possa existir a pactuação de uma multa que exceda os limites, bem como pode a obrigação ter sido parcialmente cumprida parcialmente. O equilíbrio contratual tem a função em resumo de evitar o

⁵⁴ SCHEREIBER, Anderson. **Manual do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018, p. 376.

⁵⁵ RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE MULTA POR RESCISÃO ANTECIPADA DE CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. CUMPRIMENTO PARCIAL DA OBRIGAÇÃO. REDUÇÃO JUDICIAL EQUITATIVA. 1. **A cláusula penal constitui elemento oriundo de convenção entre os contratantes, mas sua fixação não fica ao total e ilimitado alvedrio destes, já que o ordenamento jurídico prevê normas imperativas e cogentes, que possuem o escopo de preservar o equilíbrio econômico financeiro da avença, afastando o excesso configurador de enriquecimento sem causa de qualquer uma das partes. É o que se depreende dos artigos 412 e 413 do Código Civil de 2002 (artigos 920 e 924 do codex revogado)**. 2. Nessa perspectiva, a multa contratual deve ser proporcional ao dano sofrido pela parte cuja expectativa fora frustrada, não podendo traduzir valores ou penas exorbitantes ao descumprimento do contrato. Caso contrário, poder-se-ia consagrar situação incoerente, em que o inadimplemento parcial da obrigação se revelasse mais vantajoso que sua satisfação integral. 3. Outrossim, a redução judicial da cláusula penal, imposta pelo artigo 413 do Código Civil nos casos de cumprimento parcial da obrigação principal ou de evidente excesso do valor fixado, deve observar o critério da equidade, não significando redução proporcional. Isso porque a equidade é cláusula geral que visa a um modelo ideal de justiça, com aplicação excepcional nas hipóteses legalmente previstas. Tal instituto tem diversas funções, dentre elas a equidade corretiva, que visa ao equilíbrio das prestações. (...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1203153/SP (2010/0126055-0). Órgão julgador: Terceira Turma. Agravante: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A Agravado: Jessé Gomes da Silva Filho e Outro Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data de julgamento: 13 dez. 2011. Data de publicação: 01 fev. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21284064/relatorio-e-voto-21284066>. Acesso em: 10 nov. 2022.)

⁵⁶ FACHIN, Luiz Edson. **Autonomia privada e estipulação contratual**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1996, p. 161.

sacrifício econômico desproporcional de uma das partes diante do inadimplemento, sem necessariamente exigir absoluta igualdade na prestação.⁵⁷

Portanto, conforme tratado no tópico 2.1, não é necessário que a parte credora demonstre dano e/ou que efetivamente obteve prejuízos com o descumprimento contratual, de modo que confirma que não necessariamente essa redução da cláusula penal seja para evitar o enriquecimento sem causa ou que seja para existir um equilíbrio absoluto na prestação. Ademais, além da possibilidade de redução da cláusula penal compensatória, é possível ainda tratar sobre a possibilidade de cumulação entre esta e perdas e danos, como será visto a seguir.

Quando o contrato é descumprimento, a outra parte pode pleitear a reparação do dano, seja pela entrega do objeto *in natura*, em será eliminado o evento que causou a lesão; ou pela indenização em dinheiro, convertendo-se a lesão à soma pecuniária, de modo substitutivo. Das duas formas, a reparação dos danos causados pelo inadimplemento, será apenas uma aproximação da realidade que teria caso a obrigação fosse cumprida no momento acordado.⁵⁸

Diante da violação dos interesses, o objetivo buscado pelo credor é ser levado a situação que estaria, essa situação pode ser *a quo* ou *ad quem*. A situação em que a parte busca o cumprimento *in natura* ou equivalente está relacionada com a colocação do credor na situação *ad quem*, em que se determina o dano ao colocar ao fazer uma comparação entre a situação real do credor e a que estaria caso a obrigação fosse cumprida, de modo que o credor busca satisfazer seu interesse positivo. Já nas situações *a quo*, busca-se a colocar o credor na situação que estaria caso não houvesse realizado a contratação, de modo a satisfazer o interesse negativo.⁵⁹

Nessa linha de raciocínio, é importante destacar os inúmeros prejuízos que podem ser sofridos pela parte diante do inadimplemento, como lucros cessantes e danos emergentes. Os danos emergentes estão relacionados as vantagens que o credor teria com o cumprimento da obrigação, incluindo os custos de transação; já os

⁵⁷ SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual**: dever de renegociar. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018, p. 58.

⁵⁸ STEINER, Renata C. **A reparação de danos**: interesse positivo e negativo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2018, p. 70-71.

⁵⁹ STEINER, Renata C. **A reparação de danos**: interesse positivo e negativo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2018, p. 74-75.

lucros cessantes estão relacionados é a frustração dos lucros que haveria em decorrência do adimplemento, está previsto no artigo 402 do código civil de 2002.⁶⁰

Diante da hipótese, de pactuação de cláusula penal compensatória, a aplicação do interesse do credor fica mais limitada, pois o valor é pactuado previamente, assim não é possível fazer a comparação da situação em que o credor está para a que estaria para fins de cálculo das perdas e danos. Nessa senda, cumpre analisar se o credor tem o direito de pleitear indenização suplementar nos casos em que o valor da cláusula penal é insuficiente para remunerar os prejuízos sofridos com o inadimplemento da obrigação, uma vez que a cláusula penal possui uma limitação no valor devido ao credor, pois as partes estipulam um valor fixo, que apenas pode ser reduzido quando se encaixa nos moldes do supracitado tópico 2.3.

Quando as partes estão em negociação de um contrato, o *quantum* indenizatório estimulado para a cláusula penal compensatória tende a ser um valor aleatório, pois não é possível saber qual será o tamanho do dano diante do inadimplemento da obrigação. Assim, ainda que o dano seja superior ao valor estipulado, a multa convencional será a única aplicada, conforme o parágrafo único do art. 416⁶¹ do CC/02, em que o credor não pode exigir indenização suplementar. Entretanto, no mesmo artigo traz a possibilidade de cumulação para os casos em que as partes acordam essa possibilidade de indenização suplementar, desde que comprovados pelo credor.

Essa possibilidade reflete uma exceção ao risco de se estipular a cláusula penal, uma vez que por estabelecer previamente um valor, pode o devedor pagar mais ou o credor receber menos.⁶² A jurisprudência do STJ segue o mesmo entendimento da lei quanto a aplicação da indenização suplementar:

⁶⁰ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

⁶¹ “Art. 416. (...) Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionalmente. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente”. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

⁶² CASSETTARI, Christiano. **Multa Contratual: teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 82.

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO CÍVEL. **RESCISÃO CONTRATUAL. CONTRATO DE LICENÇA DE USO DE MARCA. PROMESSA DE COMPRA E VENDA MERCANTIL. CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.**

1. "A cláusula penal compensatória funciona a um só tempo como punição pelo descumprimento e como compensação previamente fixada pelos próprios contratantes pelas perdas e danos decorrentes desse mesmo inadimplemento." (REsp 1335617/SP, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/03/2014, DJe 22/04/2014), por esta razão, a cláusula penal compensatória não pode ser cumulada com perdas e danos.

2. Ainda que se entenda que o parágrafo único do artigo 416, do Código Civil permite a cobrança de indenização suplementar, valendo a cláusula penal compensatória como valor mínimo da indenização, são necessárias a existência de expressa previsão contratual nesse sentido, bem como a comprovação do prejuízo excedente, conforme determina a parte final do parágrafo único do artigo 416, do Código Civil.

3. Recurso desprovido.⁶³

Dessa forma, o legislador deu o direito de as partes ajustar o valor da cláusula penal, caso seja provado que houve danos excedentes, dando privilégio ao credor, de acordo com Ana Prata tal dispositivo possibilita que as partes afastem a cláusula penal quando sua aplicação resultar em uma desvantagem ao credor, de modo a aplicar o valor total do dano.⁶⁴ Cumpre destacar a necessidade dessa cumulação está prevista em contrato.

Portanto, a possibilidade de cumulação se mostra importante, pois não é possível que o credor renuncie a cláusula penal compensatória caso o valor seja insuficiente para pleitear perdas e danos em uma eventual ação indenizatória.⁶⁵ Assim, a cláusula penal pode ser disjuntiva ou cumulativa: disjuntiva quando o credor apenas pode pleitear a cláusula penal e cumulativa quando é possível a indenização suplementar. Ademais, é necessário fazer o estudo das cláusulas penais substitutivas.

Conforme demonstrado no tópico 2.1, a cláusula penal compensatória não pode ser tratada como uma obrigação alternativa à obrigação principal prevista no contrato. Entretanto, conforme art. 410⁶⁶ do CC/02, o valor pactuado na cláusula penal

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1347530/RS (2018/0210340-0). Órgão julgador: Quarta Turma. Agravante: Petrobrás Distribuidora S/A. Agravado: Posto Irmão Caminhoneiro LTDA. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data de julgamento: 10 ago. 2020. Data de publicação: 03 set. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/920475166/decisao-monocratica-920475176>. Acesso em: 15 out. 2022.

⁶⁴ PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 647.

⁶⁵ CASSETTARI, Christiano. **Multa Contratual: teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017, p. 82.

⁶⁶ Art. 410. Quando se estipular a cláusula penal para o caso de total inadimplemento da obrigação, esta converter-se-á em alternativa a benefício do credor. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de

em caso de inadimplemento pode servir de como uma alternativa ao cumprimento da execução específica da obrigação – dessa forma, é possível vislumbrar que a multa ingressa como alternativa para o credor e não para o devedor.

As obrigações alternativas, são aquelas em que há mais de uma obrigação no contrato, sendo elas distintas e independente, bastando que uma delas seja cumprida de acordo com a vontade do devedor da obrigação. Conforme Luiz Netto Lôbo, a vontade do devedor em escolher qual obrigação cumprir que determina se o tipo em questão é uma obrigação alternativa, de modo que se existir outra circunstância que determine qual das obrigações, esta perde a caracterização.⁶⁷

Nessa senda, é possível vislumbrar uma certa semelhança entre a cláusula penal compensatória e as obrigações alternativas, uma vez que em ambas, apenas uma pode ser utilizada. Ocorre que nas obrigações alternativas ambas figuram como objeto principal da obrigação, enquanto a cláusula penal é uma obrigação acessória.⁶⁸

Ocorre que, nos casos de descumprimento doloso da obrigação principal, o descumpridor do contrato pode vislumbrar no inadimplemento um benefício em inadimplir, e forçar a aplicação da cláusula penal compensatória. Conforme será mencionado no próximo capítulo, nos contratos empresariais, existe por parte dos negociantes uma linha de produção que não suporta um inadimplemento, por exemplo, se uma fábrica de sapato deixa de receber o couro que usaria para produzir seus sapatos, logo a fábrica busca outro fornecedor e perde o interesse na execução específica.

Assim, nada cumpre analisar como se dá o comportamento dos contratos empresariais, mais especificamente os contratos de longo prazo, de modo a verificar se a cláusula penal compensatória pode se tornar uma alternativa para o devedor da obrigação principal, para que assim possa alcançar um inadimplemento eficiente do contrato.

2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

⁶⁷ LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005, p. 134.

⁶⁸ MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1956, p. 370.

2.4 A PERSPECTIVA DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA NOS SISTEMAS ITALIANO E ALEMÃO

A cláusula penal no código civil italiano de 1942 é parecida com a brasileira, sendo aplicada para os casos de inadimplemento, independente de prova de danos, com vedação a cumulação, bem como com a possibilidade de redução equitativa pelo juiz. Nesse sentido, conforme os artigos 1382 a 1383 reproduzidos abaixo:

Art. 1382 Efeitos da cláusula penal A cláusula com a qual se convencionou que em caso de inadimplemento ou de retardo no adimplemento (1218), um dos contraentes obriga-se a uma determinada prestação, tem o efeito de limitar o ressarcimento à prestação prometida, se não foi convencionado o ressarcimento do dano ulterior (1223). A penal é devida independentemente da prova do dano.

Art. 1383 Vedação de cumulação O credor não pode demandar conjuntamente a prestação principal e a penal, se esta não foi estipulada para o simples retardo.

Art. 1384 Redução da penal A penal pode ser reduzida equitativamente pelo juiz, se a obrigação principal foi cumprida em parte ou se o montante da penal for manifestamente excessivo, tendo-se sempre em consideração o interesse do credor ao adimplemento (1174, 1181, 1256, 1526-2).⁶⁹

Massimo Bianca diz que a cláusula pena é uma multa determinada preventivamente para os casos de inadimplemento da obrigação – com função prévia de liquidação dos danos – de modo que não concebe tal cláusula com uma função de coação/coercitiva.⁷⁰ De forma diversa do direito brasileiro, o autor traz que a cláusula penal fica limitada a pré liquidar danos e que não pode ser aplicada em favor do devedor para os casos de inadimplemento por dolo ou culpa grave.⁷¹

Conforme art. 1229 do Código Italiano, é nulo um pacto preventivo que limite a responsabilidade do devedor para os casos em que o devedor age com dolo ou culpa grave:

⁶⁹ Art. 1382 Effetti della clausola penale La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento (1218), uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore (1223). La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno. Art. 1383 Divieto di cumulo Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo. Art. 1384 Riduzione della penale La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento (1174, 1181, 1256, 1526-2)."

⁷⁰ BIANCA, Massimo. **Diritto civile: la responsabilità**, Milano: Giuffrè, 1994.v.5. BIANCA, Massimo. Riflessioni sulla pena privata. In: BUSNELLI, Francesco; SCALFI, Gianguido. *Le pene private*; Milano: Giuffrè. pp. 221-226

⁷¹ BIANCA, Massimo. *Diritto civile: la responsabilità* 1994. In: BUSNELLI, Francesco; SCALFI, Gianguido. *Le pene private*. Vol. 5. Milano: Giuffrè. 1994.

Art. 1229. Cláusulas de exoneração de responsabilidade é nulo qualquer pacto que exclui ou limita preventivamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave. É também nulo qualquer pacto preventivo de exoneração ou de limitação de responsabilidade nos casos em que o fato do devedor ou de seus auxiliares constitua violação de obrigações derivadas de normas de ordem pública.⁷²

Assim, no Direito Italiano, a cláusula penal não pode ser aplicada para os casos em que o devedor age com dolo ou culpa grave, assim, o inadimplente deverá arcar com todos os prejuízos causados à parte credora, não podendo se valer apenas da aplicação do valor estabelecida contratualmente. A outro giro, a cláusula penal no código Alemã, BGB (Bürgerliches Gesetzbuch) está prevista nos art. 340-345, com um tratamento diferente da brasileira e um tanto mais moderna, conforme transcrição dos artigos abaixo:

§ 340 Promessa de pena por inadimplemento

Se o devedor prometeu a pena para o caso de não cumprir a própria obrigação, o credor pode pretender a pena no lugar do adimplemento. Se o credor exigir do devedor a pena, fica excluída a pretensão ao adimplemento. Se ao credor competir uma pretensão ao ressarcimento do dano por inadimplemento, ele poderá pretender a pena como importância mínima do dano. Não é excluído o direito de pretender o dano ulterior.

§ 341 Promessa de pena por adimplemento inexato

Se o devedor prometeu a pena para o caso em que não cumpra a própria prestação no modo devido, especialmente para o caso em que não cumpra na data estabelecida, o credor poderá pretender, além do adimplemento, a pena.

Se ao credor competir uma pretensão ao ressarcimento do dano por adimplemento inexato, aplicam-se as disposições do § 340, n. 2.

Se o credor aceitar o adimplemento, ele somente poderá pretender a pena se por ocasião da aceitação se reservar tal direito.

§ 342 Pena não consistente em soma pecuniária

Se a título de pena é prometida uma prestação diversa do pagamento de uma soma em dinheiro, aplicam-se as disposições dos §§ 339 a 341; a pretensão ao ressarcimento do dano é excluída se o credor exige a pena.

§ 343 Redução da pena

Se a pena for desproporcionadamente excessiva, ela poderá ser reduzida, mediante requerimento do devedor, com sentença, a uma importância adequada. No juízo de adequação deverá ser levado em consideração todo legítimo interesse do credor, não apenas o interesse patrimonial. Após o pagamento da pena a sua redução é excluída.

O mesmo também vale para além dos casos dos §§ 339, 342, se alguém promete uma pena para o caso em que cumpra ou omita-se de cumprir uma ação.

§ 344 Promessa ineficaz da pena

Se a lei declara ineficaz a promessa de uma prestação, é igualmente ineficaz o acordo sobre a pena para o caso de inadimplemento da promessa, mesmo se as partes conheciam a ineficácia da promessa.

§ 345 Ônus da prova

⁷² Art. 1229. Clausole di Esonero da Responsabilità È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave. È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore o dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico.”

Se o devedor contestar a exigibilidade da pena por ter cumprido a própria obrigação, ele deverá provar o adimplemento, a menos que a prestação devida não consista em uma omissão.⁷³

Nessa senda, da análise dos artigos, principalmente do art. 340, percebe-se a aplicação de uma cláusula não cumulativa, mas, com o diferencial de servir como pena mínima para o caso, pode o credor pleitear danos excedentes de forma comprovada. Sendo este o diferencial da disciplina brasileira e italiana que apenas permitem o pedido de danos excedentes caso as partes tenham pactuado – ademais, o BGB, no art.343 também permite que o juiz tenha poderes de reduzir o valor da cláusula penal.

Cumprir destacar, que a análise da cláusula penal nesses dois países será essencial para a conclusão desta tese, bem como para analisar uma possível melhora no ordenamento brasileiro quanto a eficácia da cláusula penal compensatória nos contratos empresariais.

2.5 NOÇÕES JURÍDICAS SOBRE OS CONTRATOS EMPRESARIAIS RELACIONAIS

Os contratos empresariais possuem um tratamento diferente no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que, teoricamente, possuem partes sofisticadas em

⁷³ § 340 Strafversprechen für Nichterfüllung Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe statt der Erfüllung verlangen. **Erklärt der Gläubiger dem Schuldner, dass er die Strafe verlange, so ist der Anspruch auf Erfüllung ausgeschlossen. Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu, so kann er die verwirkte Strafe als Mindestbetrag des Schadens verlangen. Die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen.** § 341 Strafversprechen für nicht gehörige Erfüllung Hat der Schuldner die Strafe für den Fall versprochen, dass er seine Verbindlichkeit nicht in gehöriger Weise, insbesondere nicht zu der bestimmten Zeit, erfüllt, so kann der Gläubiger die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen. Steht dem Gläubiger ein Anspruch auf Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung zu, so findet die Vorschrift des § 340 Abs. 2 Anwendung. Nimmt der Gläubiger die Erfüllung an, so kann er die Strafe nur verlangen, wenn er sich das Recht dazu bei der Annahme vorbehält. § 342 Andere als Geldstrafe Wird als Strafe eine andere Leistung als die Zahlung einer Geldsumme versprochen, so finden die Vorschriften der §§ 339 bis 341 Anwendung; der Anspruch auf Schadensersatz ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger die Strafe verlangt. § 343 Herabsetzung der Strafe Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnete Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen. Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt. § 344 Unwirksames Strafversprechen Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben. § 345 Beweislast Bestreitet der Schuldner die Verwirkung der Strafe, weil er seine Verbindlichkeit erfüllt habe, so hat er die Erfüllung zu beweisen, sofern nicht die geschuldete Leistung in einem Unterlassen besteht.

negociação, motivo pelo qual a presente monografia irá relacionar os contratos empresariais com os contratos relacionais, pois esse último possui um tratamento que se adequa aos contratos empresariais. Assim, cumpre analisar os tópicos em comum desses contratos para gerar o contrato empresarial relacional (2.5.1), e para que seja possível conectar a efetividade da cláusula penal compensatória nesse tipo de contrato (2.5.2).

2.5.1 Do contrato empresarial e do contrato relacional: tópicos em comum

Antes de adentrar ao tratamento dos contratos empresariais, cumpre ressaltar a especificidade dos contratos relacionais, bem como analisar os contratos empresariais sob a ótica relacional. Os contratos empresariais são aqueles celebrados entre empresas, em que somente pessoas jurídicas fazem parte da relação, são partes com maior poder aquisitivo em negociação, possuem uma maior autonomia privada e estão movidas pela lucratividade que aquela contratação irá trazer.⁷⁴ Nesse sentido, é preciso distinguir dos contratos empresariais dos contratos de consumo e civis.

O primeiro, como conceitua o código de defesa do consumidor em seu art. 2^a⁷⁵, é aquele em que em um polo está uma pessoa jurídica ou física como prestadora de um serviço e do outro polo um consumidor como destinatário final que não possui intenções lucrativas com o produto. O segundo, por sua vez, difere entre civis em que um deles não possuem finalidade lucrativa.

Com o advento da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/14), houve uma distinção entre os contratos civis e empresariais, em que estes são presumidos paritários e simétricos; assim, de acordo com o art. 421-A⁷⁶ do CC/02, os contratos serão paritários e simétricos até que sobrevenham elementos que afastem tal presunção. Os contratos paritários são aqueles que possuem diálogo entre os sujeitos

⁷⁴ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 27-28.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2022.

⁷⁶ Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: [...] (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

que negociam e redigem, ao passo que os simétricos são aqueles que não possuem preponderância de uma das partes no processo de negociação.

Tais características são importantes quanto ao tratamento da aplicação da lei perante o Poder Judiciário, em que teoricamente não necessita de um Estado tão intervencionista, uma vez que as partes possuem condições de igualdade para negociar. A jurisprudência e lei entendem que a presunção de paridade e simetria se aplica até que seja demonstrado características que prove o contrário:

APELAÇÃO. COMPRA E VENDA. BENS MÓVEIS. AQUISIÇÃO DE 20 TRATORES. Ausência de vícios na contratação. Apelante que não se desincumbiu do ônus da prova, nos termos do art. 373, II, do CPC. Instrumento contratual celebrado entre pessoas capazes. Comprovante de entrega de todos os bens com a escoreta descrição. Cédula bancária compatível com o pedido de nº 97300. Respeito à força obrigatória dos contratos. **Observância à Lei 13.874/2019 a qual reiterou o viés interpretativo dos negócios jurídicos empresariais, os quais se presumem paritários e simétricos, evitando a intervenção e revisão contratual em respeito à liberdade econômica.** SENTENÇA MANTIDA. SUCUMBÊNCIA. Fixação de honorários recursais. RECURSO NÃO PROVIDO" (e-STJ fl. 693).⁷⁷

Ademais, principal característica diferenciadora dos contratos empresariais quanto aos de outras espécies está na finalidade lucrativa para ambas as partes do polo contratual e/ou na assunção de uma função econômica, de modo que a vontade em comum entre as partes é o lucro⁷⁸. Logo, o contrato faz parte de uma operação econômica que irá gerar benefício econômico em uma escala de cadeia que integra uma atividade empresarial.

Outrossim, as partes buscam redigir cláusulas específicas e bem delimitadas com o auxílio de advogados para garantir a melhor eficiência negocial. Nessa linha, elas passam por um processo de negociação de cláusulas contratuais, valores, produção de documentos, pareceres dentre outras especificidades que dependerão do tipo de negócio ou serviço.

Quanto a fonte que rege os contratos empresariais, pode-se destacar a lei, os costumes, o texto contratual e as regras criadas nas cláusulas contratuais. A lei é

⁷⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1881629/SP (2021/0119589-3). Órgão julgador: Terceira Turma. Agravante: PH Terraplanagem Eireli Agravado: Equagril Equipamentos Agrícolas Ltda. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 25 nov. 2021. Data de publicação: 28 nov. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1324138993/decisao-monocratica-1324139025>. Acesso em: 08 out. 2022.

⁷⁸ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 39.

direito imposto pelo próprio Estado, de modo a tratar sobre a legalidade do que pode ser feito e contratado, possibilitando assim maior segurança jurídica para o assunto; por sua vez, em relação aos costumes, estes ingressam como complemento nas tratativas contratuais em eventuais lacunas. Por último, as normas criadas pelas próprias cláusulas contratuais, como bem assevera o princípio do *pacta sunt servanda*, o contrato faz lei entre as partes.⁷⁹

Quanto ao *pacta sunt servanda*, este é de suma importância, uma vez que na relação contratual as partes, ao buscarem lucro, entendem que aquela contratação é um ótimo negócio, ocorre que a negociação pode com o decorrer do tempo não ser mais tão vantajosa, assim se faz necessário a aplicação da força obrigatória do contrato.⁸⁰ Nessa perspectiva, tal princípio atuaria como um inibidor de descumprimentos contratuais de forma dolosa e oportunista, apenas em benefício próprio.

A jurisprudência do STJ aplica a força obrigatória dos contratos, de modo a garantir a segurança jurídica:

Apelação Cível. Ação de cobrança. (...) III – Pacta sunt servanda. Descumprimento do contrato. Constituindo verdadeira norma jurídica, o contrato faz lei entre as partes, o denominado pacta sunt servanda, que representa a garantia e a segurança do mundo dos negócios. Devem os contratantes, assim, cumprir fielmente a avença, sendo plenamente lícita a dívida decorrente de contrato devidamente firmado entre as partes.⁸¹

Cumprido ressaltar que os contratos empresariais de longo prazo, que estão inseridos em uma cadeia de produção necessitam que haja uma maior confiança entre as partes. A confiança está ligada a boa-fé, de modo a atender a expectativa de que a obrigação será cumprida; ocorre que a confiança não pode ser a única via utilizada para garantir o cumprimento da obrigação, dessa forma são redigidas cláusulas que possuem a função de coibir partes mal-intencionadas de descumprir o contrato.⁸²

Nessa senda, ao analisar a funcionalidade dos contratos empresariais, mais especificamente os de longo prazo, estes possuem uma característica relacional, uma

⁷⁹ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 92-93.

⁸⁰ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 111.

⁸¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2050835/GO (2022/0017560-9). Órgão julgador: Quarta Turma. Agravante: Caramuru AlimentosS/A Agravado: Anisio Birk. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de julgamento: 02 maio 2022. Data de publicação: 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1525619514>. Acesso em: 10 out. 2022

⁸² FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 74.

vez que é de sua importância o desenvolvimento da confiança entre as partes. O grande questionamento está no enquadramento da boa-fé nos contratos empresariais.

Ao tratar de contratos empresariais, muito se questiona a aplicabilidade da boa-fé, no entanto, este não está relacionado ao comportamento honesto das partes, mas como um comportamento do agente que estará de acordo com o regramento do mercado com o intuito de reduzir os custos de transação. Portanto, a aplicação da boa-fé não visa proteger uma das partes pelo seu comportamento, mas estimular a eficiência econômica dos agentes econômicos.

Assim, é necessário fazer uma análise sobre a importância da boa-fé, mais especificamente da confiança, nos contratos empresariais de longo prazo com o fito de entender de forma mais fluida o objeto da presente monografia. A teoria dos contratos relacionais foi desenvolvida pelo jurista norte-americano Ian Macneil com a intenção de mostrar que a teoria contratual clássica já não era suficiente. Ademais, para este autor, existem dois tipos de contratos, quais sejam (i) os contratos instantâneos – celebrados e cumpridos de imediato – e (ii) os contratos relacionais – que são aqueles de longa duração, nos quais as partes mantem um relacionamento mais intenso⁸³.

O estudo dos contratos relacionais é de suma importância para entender como em um contrato a longo prazo possui a peculiaridade de uma maior confiança entre as partes. Segundo Antonio Junqueira, no contrato relacional, por conta da longa duração, a colaboração é a maior exigência, de modo que a boa-fé que a boa-fé deve ser considerada, tendo em vista sua forte projeção para o futuro.⁸⁴

Na mesma linha, Giuliana Bonanno afirma que a confiança é algo primordial nos contratos, uma vez que as partes imaginam que poderão sempre confiar e estar em contato, de modo que diminui os esforços.⁸⁵ A construção da confiança entre as partes perpassa inúmeros fatores, como credibilidade no mercado, bem como com uma relação contratual duradoura em que são cumpridas as obrigações

⁸³ Robert W. Gordon fez um resumo sobre o pensamento de Stewart Macaulay e Ian Macneil, de modo a avaliar a contribuição dessa teoria dos contratos empresariais. (GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e o poder no Direito Contratual. CAMPOS, Ludwig Marcos de. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 11, abr./2011.)

⁸⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 355-356.

⁸⁵ BONANNO, Schunck Giuliana. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. 2013. 324f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 33. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002436646>. Acesso em: 10 mar. 2022.

contratualmente previstas – como será mais bem trabalhado no próximo capítulo, o cumprimento das obrigações contratuais é de suma importância na imagem e credibilidade dos contraentes.

A confiança no estabelecimento de negócios jurídicos é de suma importância, principalmente nos contratos empresariais, uma vez que as partes buscam uma finalidade lucrativa que muitas vezes está inserida em uma cadeia de produção. Desse modo, as partes ao contratarem criam uma legítima expectativa que as obrigações pactuadas serão cumpridas.

A característica principal da confiança é resguardar a parte que aderiu ao negócio jurídico acreditando de boa-fé no seu cumprimento, no qual acarreta uma limitação da autonomia da vontade das partes que não poderão ao livre arbítrio optar pelo não cumprimento da obrigação – tal mitigação da autonomia privada visa reequilibrar a relação econômica.⁸⁶ A título exemplificativo, as empresas ao buscarem fornecedores do mercado, visam aquelas com a melhor reputação e que gera uma maior confiança no fechamento do negócio.

A tutela na confiança nos contratos empresariais não estará apenas conectada entre as partes contratantes, mas também com outros agentes comerciais que buscam parceiros comerciais com boa reputação no mercado. Dessa forma, o tráfico jurídico entre as partes se mantém fortalecido, e robustece a responsabilidade contratual, trazendo para as partes a segurança jurídica dentro da lei negociada no contrato; a segurança jurídica, permite a parte preveja os fatos que irão ocorrer durante o período de contratação⁸⁷

Noutro lado, os contratos relacionais normalmente possuem natureza incompleta, não conseguindo abarcar todas as previsões em suas cláusulas, principalmente os de longo prazo. Assim é praticamente impossível contratos completos, em que precisaria ser capaz de especificar todas as características da negociação para cada estado de natureza futuro.⁸⁸

⁸⁶ ROMERO, Anna Paula Berhnes. **A tutela da confiança nos contratos empresariais**. 2013. 267f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 39. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-22082014-094830/pt-br.php>. Acesso em: 10 out. 2022.

⁸⁷ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 112-113.

⁸⁸ CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto A. Breves considerações sobre teoria dos contratos incompletos. **UC Berkeley – Berkeley Program in Law and Economics**, 2007, p. 02. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>. Acesso em: 19 jul. 2022.

A “teoria dos contratos incompletos” foi desenvolvida por economistas, bem como muito trabalhada na área do Direito e Economia, motivo pelo qual a sua análise é muito importante para a solução de eventuais problemas. Isso porque uma eventual solução é transferida aos contratantes, o que traz à baila a importância da boa-fé e a colaboração entre os contratantes.

Os contratos se tornam incompletos por vários fatores, mas o principal é a assimetria de informação, razão pela qual umas das partes costumam ter mais informação que a outra. O tratamento do dever de informar decorre da boa-fé, constituindo-se uma perspectiva necessária que, durante toda a relação comercial, as partes mantenham sempre uma boa circulação das informações – nesse ponto, existe outra problemática que são os custos de transação para a obtenção de informação, como custos de advogados e perícias.

Diante de uma relação contratual com uma boa circulação de informações, bem como com uma boa construção da tutela da confiança, os custos para a obtenção de informação são reduzidos. Nessa linha de raciocínio, de acordo com Tomasevicius, a boa-fé é utilizada como uma forma de corrigir a assimetria das informações e a redução dos custos de informação mediante a aplicação de deveres anexos decorrentes da boa-fé. Dessa maneira, aquele que age de forma coerente mantém a palavra e passa as informações corretas.⁸⁹

Diante do contexto supracitado dos contratos, a boa-fé possui um papel fundamental na cooperação entre as partes, visando que o contrato seja cumprido de forma a causar o mínimo de danos. Desse modo, a boa-fé cria regras de condutas, a chamada função supletiva da boa-fé, que visa “suprir entre as pessoas com deveres de conduta que tornam mais solidário, cooperativo, que garantem enfim que ele se desenvolva de maneira fundamentalmente leal”⁹⁰

O CC/02 traz em seu art. 113⁹¹ que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé, ao passo que o art. 422⁹² do mesmo código traz a

⁸⁹ TOMASEVICIUS, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Almedina, 2019, p. 42.

⁹⁰GODOY, Claudio Buene de. **Função social do contrato: os novos princípios contratuais**. São Paulo: Saraiva, 2004.

⁹¹ Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

⁹² Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui

necessidade de as partes guardarem a boa-fé até a conclusão e durante a contratação. Nessa senda, a jurisprudência do STJ vem consolidando o entendimento quanto a aplicação do dever de agir de boa-fé antes, durante e depois da relação contratual:

CIVIL E EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESOLUÇÃO CONTRATUAL. FRANQUIA. BOA-FÉ OBJETIVA. ART. 422 DO CC/02. DEVERES ANEXOS. LEALDADE. INFORMAÇÃO. DESCUMPRIMENTO. FASE PRÉ-CONTRATUAL. EXPECTATIVA LEGÍTIMA. PROTEÇÃO. PADRÕES DE COMPORTAMENTO (STANDARDS). DEVER DE DILIGÊNCIA (DUE DILIGENCE). HARMONIA. INADIMPLEMENTO. CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO. 1. Cuida-se de ação de resolução de contrato de franquia cumulada com indenização de danos materiais, na qual se alega que houve descumprimento do dever de informação na fase pré-contratual, com a omissão das circunstâncias que permitiriam ao franqueado a tomada de decisão na assinatura do contrato, como o fracasso de franqueado anterior na mesma macrorregião. 2. Recurso especial interposto em: 23/10/2019; conclusos ao gabinete em: 29/10/2020; aplicação do CPC/15. (...). 5. Os deveres anexos, decorrentes da função integrativa da boa-fé objetiva, resguardam as expectativas legítimas de ambas as partes na relação contratual, por intermédio do cumprimento de um dever genérico de lealdade, que se manifesta especificamente, entre outros, no dever de informação, que impõe que o contratante seja alertado sobre fatos que a sua diligência ordinária não alcançaria isoladamente. 9. O princípio da boa-fé objetiva já incide desde a fase de formação do vínculo obrigacional, antes mesmo de ser celebrado o negócio jurídico pretendido pelas partes. Precedentes. 10. Ainda que caiba aos contratantes verificar detidamente os aspectos essenciais do negócio jurídico (due diligence), notadamente nos contratos empresariais, esse exame é pautado pelas informações prestadas pela contraparte contratual, que devem ser oferecidas com a lisura esperada pelos padrões (standards) da boa-fé objetiva, em atitude cooperativa. 11. O incumprimento do contrato distingue-se da anulabilidade do vício do consentimento em virtude de ter por pressuposto a formação válida da vontade, de forma que a irregularidade de comportamento somente é revelada de forma superveniente; enquanto na anulação a irregularidade é congênita à formação do contrato. 12. Na resolução do contrato por inadimplemento, em decorrência da inobservância do dever anexo de informação, não se trata de anular o negócio jurídico, mas sim de assegurar a vigência da boa-fé objetiva e da comutatividade (equivalência) e sinalagmaticidade (correspondência) próprias da função social do contrato entabulado entre as partes. 12. Na hipótese dos autos, a moldura fática delimitada pelo acórdão recorrido consignou que: a) ainda na fase pré-contratual, a franqueadora criou na franqueada a expectativa de que o retorno da capital investido se daria em torno de 36 meses; b) apesar de transmitir as informações de forma clara e legal, o fez com qualidade e amplitude insuficientes para que pudessem subsidiar a correta tomada de decisão e as expectativas corretas de retornos; e c) a probabilidade de que a franqueada recupere o seu capital investido, além do caixa já perdido na operação até o final do contrato, é mínima, ou quase desprezível. 11. Recurso especial provido.⁹³

o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça: Recurso Especial nº 1862508/SP (2020/0038674-8). Órgão julgador: Terceira Turma. Recorrente: Recorrido: Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de

Diante do supracitado julgado, percebe-se como a boa-fé operada na fase anterior da contratação, em que houve uma violação da confiança que a parte contratante impetrou sobre a negociação em um contrato de franquia, momento em que acreditou que o estabelecimento traria lucros para o franquiado, ocorre que houve a omissão da informação de o estabelecimento já tinha sido um fracasso com o contratante anterior. O contrato, provavelmente não possuía uma cláusula para o caso de fracasso, uma vez que, como já mencionado, os contratos se tornam incompletos por não conseguirem abordar todas as possíveis situações, contudo a boa-fé foi essencial para levar a uma solução.

Portanto, uma vez que os contratos relacionais são aqueles que possuem uma contratação de longo prazo, estes se tornam incompletos diante das incertezas que o futuro pode apresentar; é necessário que haja uma maior confiança entre as partes, bem como os negociantes haja de acordo com a boa-fé. Nessa linha, o tratamento dos contratos empresariais, possuem uma íntima conexão com os contratos relacionais, uma vez que a busca que a finalidade lucrativa precisa ser alcançada.

2.5.2 Sobre a (in)efetividade da cláusula penal nos contratos empresariais relacionais

Diante de um contrato que envolve prestações e contraprestações assumidas pelas partes, e necessário que haja cláusulas contratuais bem regidas de forma clara – a cláusula é a unidade basilar do contrato, em que as partes estipulam seus direitos e obrigações. Ademais, de acordo com a liberdade de contratar, as cláusulas não possuem um padrão específico e podem ser redigidas de acordo com a vontade das partes.⁹⁴

Assim, o instituto da cláusula penal compensatória surge para integrar como uma cláusula de um contrato empresarial, de modo a coibir o inadimplemento do contrato ou pré-liquidar danos que advenham do inadimplemento, como já discutido neste capítulo.

Julgamento: 24 nov. 2020. Data de publicação: 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1206307352>. Acesso em: 08 out. 2022.

⁹⁴ FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019, p. 84.

Ocorre que, ainda assim, existe um certo paternalismo do Poder Público no tratamento da cláusula penal, uma vez que a impossibilidade da pena privada e a possibilidade de redução do valor da cláusula. Dessa forma, diante do valor igualitário do cumprimento da execução ou pagamento da cláusula penal, existe dentro do ordenamento jurídico brasileiro o incentivo ao descumprimento contratual para benefício próprio em contratos futuros.⁹⁵

No capítulo três da presente monografia será tratado o instituto do inadimplemento eficiente, de modo a conectar a possibilidade de dentro dos contratos empresariais levando em consideração o sistema paternalista normativo, a aplicação deste instituto quando a cláusula penal se torna benéfica ao inadimplente. Nos casos de descumprimento do contrato que decorrem de culpa grave ou dolo, em que há a adesão da vontade do devedor para o descumprimento, não pode este se livrar da obrigação pelo simples cumprimento da cláusula penal compensatória.⁹⁶

Rosenvald compara o descumprimento doloso da obrigação ao *tu quoque*, em que quem viola uma certa norma jurídica não poderá se valer da situação que essa mesma norma jurídica atribuí. ⁹⁷Nesse sentido, o artigo 403 do CC/02 trata das perdas e danos que decorrem do descumprimento doloso, perspectiva que apenas incluem os prejuízos e lucros cessantes.⁹⁸

No limiar em tela, de acordo com o artigo 944 do CC/02, a indenização é limitada ao dano⁹⁹, assim a responsabilidade civil tem caráter exclusivamente reparatório ou compensatório, não sendo possível que haja uma punição.¹⁰⁰ Assim, nos dizeres de Rosenvald:

Ora, o descumprimento imputável ao devedor em virtude de culpa grave ou dolo fragilizaria a cláusula penal em sua própria essência preventiva de

⁹⁵ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 300.

⁹⁶ PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 635.

⁹⁷ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 123.

⁹⁸ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

⁹⁹ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

¹⁰⁰ SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e enriquecimento sem causa**. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 45.

responsabilidade contratual e eticizante de evitar a violação impune aos negócios jurídicos. Se em tais casos o devedor arcasse com a pena, o ordenamento estaria desvirtuando-a, eis que em um cálculo de custo e benefício o devedor se sentiria estimulado a descumprir com base nas vantagens econômicas da limitação da responsabilidade.¹⁰¹

De acordo com Ana Prata, a cláusula penal tem eficácia no caso concreto como um instrumento que agrava a responsabilidade do devedor, assim, o montante estipulado seja maior que os danos causados – entretanto, havendo excedentes danos, resulta em uma falha na cláusula penal conforme a lei.¹⁰² Como já demonstrado anteriormente, a pré-fixação de perdas e danos faz com que o credor assume o risco de receber o valor menor aos danos reais.¹⁰³

De modo diferente ocorre no Código Civil da Itália, em casos de descumprimento que decorre de dolo ou culpa grave, existe uma vedação expressa da aplicação de uma cláusula que limite a responsabilidade contratual. Já na Alemanha, a cláusula penal funciona como um agravamento da responsabilidade do devedor diante do inadimplemento, de modo que o valor estipulado funciona como um mínimo que não impede que o credor demonstre danos excedentes¹⁰⁴.

Nesse íterim, como já discutido, a cláusula penal compensatória contratual não possui caráter de execução direta pela tutela executiva do processo judicial – bem como o valor estipulado pelas partes não pode ultrapassar ao valor dos danos –, mas pode ser menor e o credor assumirá esses riscos. Diante de tal situação, a cláusula penal nos contratos empresariais perde a sua efetividade principalmente diante da possibilidade do descumprimento doloso da obrigação.

¹⁰¹ ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal**: a pena privada nas relações negociais. São Paulo: Editora Foco, 2020, p. 122.

¹⁰² PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 124.

¹⁰³ VIERO, Angela Cristina. **A degradação do propósito da cláusula penal nos contratos paritários**: estudo histórico-comparativo. 2015. 198f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015, p. 178-179. Disponível em:

<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/127919#:~:text=Esta%20tese%20se%20prop%C3%B5e%20a%20demonstrar%2C%20atrav%C3%A9s%20do,das%20obriga%C3%A7%C3%B5es%20contratuais%2C%20no%20%C3%A2mbito%20dos%20contratos%20parit%C3%A1rios>. Acesso em: 20 out. 2022.

¹⁰⁴ VIERO, Angela Cristina. **A degradação do propósito da cláusula penal nos contratos paritários**: estudo histórico-comparativo. 2015. 198f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em:

<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/127919#:~:text=Esta%20tese%20se%20prop%C3%B5e%20a%20demonstrar%2C%20atrav%C3%A9s%20do,das%20obriga%C3%A7%C3%B5es%20contratuais%2C%20no%20%C3%A2mbito%20dos%20contratos%20parit%C3%A1rios>. Acesso em: 20 out. 2022.

Portanto, é necessário analisar a possibilidade do instituto do inadimplemento eficiente, diante do descumprimento doloso da obrigação, uma vez perdida a efetividade da cláusula penal compensatória, bem como analisar se haverá algum prejuízo ao devedor além do pagamento da multa estipulada.

3 DA (IM)POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO INSTITUTO DO INADIMPLENTO EFICIENTE PARA OS CONTRATOS EMPRESARIAIS CONSTITUÍDOS SOB O REGIME JURÍDICO BRASILEIRO

O cerne da presente monografia está sobre uma possível aplicação do instituto inadimplemento eficiente nos casos em que o pagamento da cláusula penal compensatória se torna benéfica ao inadimplente. Assim, antes de adentrar no cerne da discussão, é necessário tratar sobre a análise econômica do direito sobre os contratos (3.1), em que será possível tratar sobre o alcance da maior eficiência contratual e consequente aplicação da teoria do inadimplemento eficiente (3.2).

Ademais, é necessário verificar qual o tratamento dado pelo código civil e jurisprudência, no tratamento do descumprimento contratual doloso, e em que sentido pode ser tratado como um ato ilícito (3.3), bem como sobre o privilégio da execução específica da obrigação (3.4). Dessa forma, será possível concluir pela (in) compatibilidade do instituto do inadimplemento eficiente no ordenamento jurídico brasileiro, bem como quais são suas consequências (3.5).

3.1 A LEITURA DOS CONTRATOS EMPRESARIAIS SOB A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A relação entre direito e economia é antiga, dentro de uma busca pela relação entre as normas jurídicas criadas e quais são os efeitos econômicos gerados por tais leis na sociedade, principalmente no que tange a competição no mercado. No entanto, esse movimento começou a ganhar destaque com o Teorema de Coase – o qual será conceituado no tópico 3.2.2 –, desenvolvido pelo professor Ronald H. Coase, docente na Universidade de Chicago.¹⁰⁵

Com a análise econômica do direito, os juristas deveriam, ao produzir normas, avaliar as consequências econômicas para que haja uma maior eficiência na aplicação de cada instrumento normativo desenvolvido, principalmente quando influenciam os negócios jurídicos. Uma vez que o estudo deste recorte jurídico encontra relação com várias áreas, a presente monografia irá se limitar a análise

¹⁰⁵ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). **Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005.

econômica dos contratos e a responsabilidade civil decorrente de um possível inadimplemento de forma eficiente.

Cumprido ressaltar que a busca pela eficiência econômica no direito também é criticada, uma vez que na busca da maior eficiência a sociedade pode deixar de cumprir as normas jurídicas.¹⁰⁶ Contudo, a análise eficiente interligada ao direito busca integrar a norma jurídica a economia, pois as normas exercem um papel essencial na racionalidade ao determinar, por exemplo, as consequências jurídicas de um inadimplemento.

Antes de adentrar especificamente na análise econômica dos contratos, é preciso analisar antes a essência do contrato, qual seja a promessa.¹⁰⁷ Ao iniciar uma relação contratual, no meio empresarial, é necessário haver uma motivação econômica na busca de determinado objeto para satisfazer sua necessidade; por exemplo, uma fábrica de roupa terá motivação econômica para comprar tecido para sua linha de produção, como terá também a mesma motivação para vender seus produtos no mercado, o que gera uma interdependência econômica no mercado.

Diante do supracitado exemplo, as partes podem firmar um contrato que possuirá uma promessa de que determinado objeto será entregue com uma devida contraprestação. Logo, ambos os lados da relação comercial possuem uma promessa que deverá ser cumprida conforme pré-estabelecido em contrato, sendo este um elemento chave no tratamento da economia – principalmente no que tange aos contratos empresariais – uma vez que é um instrumento mais comum que materializa grandes operações nas relações econômicas.

Nessa senda, os contratos empresariais estão inseridos, em sua maioria, numa cadeia de transações movidas através de uma motivação econômica, que deverá ser eficiente diante da necessidade lucrativa que este tipo contratual demanda. Pela eficiência econômica, os contratos poderiam variar de acordo com o ambiente comercial, de modo que as partes podem negociar os contratos de forma mais eficiente e com equilíbrio.¹⁰⁸

¹⁰⁶ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). **Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005, p. 170.

¹⁰⁷ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). **Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005, p. 171.

¹⁰⁸ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). **Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005, p. 106-107.

Entendido que as partes buscam uma maior eficiência ao fazer negócios, é provável que, durante o curso da relação contratual, este negócio deixe de ser eficiente ou surjam oportunidades mais vantajosas de negócios, pois o mercado possui uma alta volatilidade nos preços dos produtos. No exemplo já citado da fábrica de roupa, em uma eventual crise na produção de algodão, pode não ser mais vantajoso que o fornecedor venda o tecido pelo mesmo valor ou que as roupas produzidas sejam vendidas também pelo mesmo valor.

Assim, pode-se destacar a eficiência econômica apontada pelo economista Vilfredo Pareto, que ficou conhecido como “eficiência de Pareto”, na qual uma determinada parte da relação contratual pode melhorar sua situação sem que haja uma piora da outra parte. Tal mecanismo ocorre através da alocação de recursos sem que exista uma situação desfavorável.¹⁰⁹ – analisando o mercado negocial, pode-se fazer uma comparação com a lei da oferta e da procura, de forma que isso altera a eficiência do contrato diante uma abundância ou escassez do objeto que consta no instrumento contratual.

Entretanto, é necessário analisar que a busca pela eficiência econômica do contrato pode atingir terceiros, principalmente se tratando de contratos empresariais inseridos em uma cadeia de produção. Assim, foi desenvolvida uma teoria de “potencial melhoria de Pareto” que ficou conhecida como eficiência de Kaldor-Hicks, cuja eficiência está associada ao aumento de ganho do beneficiado para que possa compensar as perdas do lado prejudicado.¹¹⁰

Cumprе ressaltar, tendo em vista a origem norte-americana da relação direito e economia, que existem distinções entre a celebração e tratamentos dos contratos no sistema do *civil law* e do *common law*. Diante da existência da distinção e como será tratado no próximo tópico, que a origem do inadimplemento eficiente também é do *common law*, cumpre então brevemente explicar sobre o tratamento do inadimplemento nos contratos em um dos mercados mais diversificado e complexo.

Vide a diferença desses sistemas, abordada no artigo de Estefânia Maria de Queiroz Barbosa:

¹⁰⁹ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 29.

¹¹⁰ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 29-30.

Já o common law se desenvolveu com base nas decisões judiciais, com pouco ou quase nenhuma influência do direito romano, podendo se apresentar as seguintes distinções do civil law: i) é um direito histórico, sem rupturas; ii) é um judge-made-law, em que a jurisprudência exerce papel de grande importância no sistema jurídico; iii) é um direito Judiciário; iv) é um direito não codificado¹⁵; v) sofreu pouca influência do direito romanista.

Importante ressaltar que o direito inglês moderno, diversamente do civil law, é muito mais um direito histórico, sem rupturas entre o passado e o presente como aconteceu nos direitos de tradição civil law da Europa Continental, especialmente na França que rompeu com o direito preexistente com a Revolução Francesa.

(...)

Diferente do civil law, no qual a autoridade da lei está na autoridade de quem a promulgou, no common law a autoridade do direito está em suas origens e em sua geral aceitabilidade por sucessivas gerações. Por essa razão admite-se a autoridade do direito construído jurisprudencialmente.¹¹¹

Assim, a análise dos remédios para os casos de inadimplemento no *common law* é baseado em casos concretos, de modo que o remédio típico é a indenização em três modalidades, quais sejam lucros cessantes ou interesses positivos, danos emergentes ou interesses negativos e direito restitutórios.¹¹² De forma diferente do sistema brasileiro, civil law, que tende a privilegiar a execução específica da obrigação, que será mais bem apreciada no tópico 2.4.

Portanto, a análise econômica nos contratos será imprescindível para o tratamento da aplicação do inadimplemento eficiente nos contratos empresariais relacionais, motivo pelo qual será necessário *ex ante* adentrar numa análise minuciosa sobre o tratamento do supracitado instituto, que tem sua origem em um sistema do *common law*, em que o tratamento dado diante do descumprimento contratual é diferente do *civil law*.

3.2 PERSPECTIVAS JURÍDICAS SOBRE O INADIMPLEMENTO EFICIENTE

O inadimplemento eficiente possui origem no *common law*, de modo que será necessário abordar as especificidades de sua origem para chegar ao conceito (3.1.1).

¹¹¹ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do Civil Law e do Common Law. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 03, p. 1456-1486, abr./2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29883/25943>. Acesso em: 12 out. 2022.

¹¹² MORAIS, Fernando Vinícius Tavares Magalhães. **Inadimplemento eficiente nos contratos empresariais à luz do direito brasileiro atual**. 2019. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 215. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRSBCCNU3/1/inadimplemento_eficiente_nos_contratos_empresariais___luz_do_direito__brasileiro_atual.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

Ademais, cumpre tratar sobre quais são custos de transação gerados diante do inadimplemento com e sem a cláusula penal compensatória (3.1.2).

3.2.1 Origem e conceito do inadimplemento eficiente

O tratamento do inadimplemento eficiente demanda análise quanto a origem, conceito, quais foram os criadores e defensores dessa teoria, bem como quais são os requisitos para sua materialização e as críticas que essa teoria recebe. E para uma maior eficiência no entendimento, para análise do tópico em questão, pode-se trazer o exemplo abordado por José Prado, que será um guia para o melhor desenvolvimento da teoria:

(...) 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 \$ 450.000.¹¹³

O inadimplemento eficiente originou-se em um artigo escrito por Roberto L. Birmingham, em que defendeu que a quebra contratual, em algumas situações, seria socialmente eficiente e que bastaria haver uma compensação monetária que deixasse a outra parte na mesma situação que se acharia se o contrato fosse cumprido¹¹⁴. Sua origem está nos Estados Unidos, com a defesa de uma maior utilidade do contrato por meio do inadimplemento.

O nome *eficiente breach theory* (teoria do inadimplemento eficiente) foi criada pelos autores Goetz e Scott, em um artigo que analisaram as cláusulas de “*liquidated*

¹¹³ 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, p. 01-02.

¹¹⁴ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020.

damages”- as cláusulas de pré-liquidação dos danos¹¹⁵. Os supracitados autores defendiam que baseado na análise econômica do direito contratual, o descumprimento do contrato com o pagamento justo de todos os danos – desse modo, caso a parte não vislumbre o ganho maior que aos custos do pagamento da indenização, poderá optar pela inadimplência eficiente, e nenhuma das partes sairia prejudicada.¹¹⁶

Nessa linha, a teoria do inadimplemento eficiente traz a possibilidade de descumprimento da obrigação quando o cumprimento se torna menos vantajoso que inadimplemento, assim o devedor ficará em uma situação melhor, e o credor ficará na mesma situação com o pagamento de perdas e danos.¹¹⁷ Assim, resume Christian Lopes que:

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 que se o contrato fosse adimplido, atendendo ao critério de eficiência de Pareto e de Kaldor-Hicks.¹¹⁸

A teoria em tela tem destaque nos países do *common law*, principalmente nos EUA, local de sua origem, em que diante do inadimplemento as penalidades pecuniárias funcionam como uma obrigação alternativa.¹¹⁹ Logo, a possibilidade de descumprimento eficiente nos EUA se torna mais favorável, uma vez que a consequência do inadimplemento é a aplicação do pagamento de indenização e a execução específica da obrigação se torna exceção.¹²⁰

¹¹⁵ GOETZ, Charles. SCOTT, Robert. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. **Columbia Law Review**, Columbia, v. 77, 1977.

¹¹⁶ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 175.

¹¹⁷ MORAIS, Fernando Vinícius Tavares Magalhães. **Inadimplemento eficiente nos contratos empresariais à luz do direito brasileiro atual**. 2019. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 27. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRSBCCNU3/1/inadimplemento_eficiente_nos_contratos_empresariais_luz_do_direito_brasileiro_atual.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

¹¹⁸ LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no Direito Contratual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 101.

¹¹⁹ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 76.

¹²⁰ MORAIS, Fernando Vinícius Tavares Magalhães. **Inadimplemento eficiente nos contratos empresariais à luz do direito brasileiro atual**. 2019. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 27.

É importante destacar a diferença mencionada por Fernando Vínicius de Moraes, em sua tese de mestrado, no que toca ao inadimplemento no *common law* e no *civil law*:

Os estudos da teoria também destacam outras importantes questões como o fato de que a análise da ocorrência do inadimplemento no Common Law norte-americano deve, em regra, se distanciar da demonstração de culpa da parte, diferentemente, a princípio, dos países de Civil Law. E uma consequência de não se avaliar a culpa no inadimplemento é que, na maioria dos casos, a lei não diferencia os inadimplementos intencionais dos não-intencionais. Diante desse cenário, entende-se que o inadimplemento não é um ato errado, mas ele apenas atrai a necessidade de indenizar, sendo que o contrato seria uma opção entre adimplir ou pagar danos.¹²¹

Outro autor que tratou sobre essa teoria foi Holmes, defendendo o afastamento entre a ética e a moral no que tange aos contratos. De acordo com esse autor, no *common law* o dever de cumprir um contrato é também o pagamento de indenização por perdas e danos para os casos em que não haja o cumprimento da obrigação – em resumo, não há dever de cumprir com a obrigação, mas de indenizar o não cumprimento.¹²²

A supracitada diferença será de imensa valia para que seja abordada a questão do inadimplemento eficiente no Brasil, principalmente no que toca a modalidade de descumprimento contratual, sendo o Brasil um país de *civil law*, uma vez que existe uma preferência para a execução específica da obrigação.¹²³

Outrossim, esse instituto visa extrair a maior eficiência econômica do contrato, de modo que as partes podem buscar a maior eficiência extraíndo o melhor daquilo com o menor custo possível. Quando se analisa um mercado competitivo, com ampla

Horizonte, 2019, p. 126. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRSBCCNU3/1/inadimplemento_eficiente_nos_contratos_empresariais_luz_do_direito_brasileiro_atual.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

¹²¹ MORAIS, Fernando Vínicius Tavares Magalhães. **Inadimplemento eficiente nos contratos empresariais à luz do direito brasileiro atual**. 2019. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 35. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRSBCCNU3/1/inadimplemento_eficiente_nos_contratos_empresariais_luz_do_direito_brasileiro_atual.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

¹²² MORAIS, Fernando Vínicius Tavares Magalhães. **Inadimplemento eficiente nos contratos empresariais à luz do direito brasileiro atual**. 2019. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 29. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRSBCCNU3/1/inadimplemento_eficiente_nos_contratos_empresariais_luz_do_direito_brasileiro_atual.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

¹²³ Como visto no tópico 2.2 dessa monografia, existe no Brasil uma preferência no Brasil pela execução específica dentro do processo de execução da obrigação, de modo que a transformação em perdas e danos é algo subsidiário.

oferta e procura de produtos que sofrem interferências de valores por infinitas possibilidades, se torna mais fácil analisar o grau de eficiência com a venda de determinado produto por determinado valor.¹²⁴

Os autores Lon Fuller e Willian Perdue, produziram um artigo em que trata sobre quais são os interesses da vítima que sofreu com o inadimplemento. Em primeiro lugar, a vítima deverá ser colocada no mesmo patamar caso a obrigação tivesse sido cumprida; em segundo lugar, deve o inadimplente compensar pela confiança imprimida neste, uma vez que teve gastos com essa confiança; por fim deve restituir os benefícios que providenciou.¹²⁵

Os requisitos para a materialização do inadimplemento eficiente, após entendido o conceito, é necessário que haja um descumprimento contratual que seja mais eficiente que o cumprimento. Logo, só será uma possibilidade eficiente os custos para o cumprimento do contrato precisam ser menores aos danos pagos a parte credora, de modo que se os custos não podem superar o valor com o cumprimento da obrigação.¹²⁶

O exemplo colacionado no início demonstra o preenchimento dos requisitos de um inadimplemento eficiente; com a existência de um contrato com uma promessa que deixou de ser eficiente diante da volatilidade do mercado, um inadimplemento que traria maiores benefícios, uma vez que o custo de indenização seria maior que os lucros e por fim a vítima ficaria no mesmo estado que caso o contrato fosse cumprido.

É nítido que o exemplo possui um cunho simplista, e que dentro de um mercado negocial as consequências de um inadimplemento envolvem custos muito mais elevados, bem como que na prática a vítima pode manter o interesse pelo cumprimento da obrigação; no entanto, a prevalência no inadimplemento eficiente, é pela vontade de quem decidiu descumprir o contrato.

Ademais, analisando a vontade do inadimplente em não cumprir com a promessa pactuada em contrato, o inadimplemento eficiente pode ocorrer de forma a

¹²⁴ MORAIS, Fernando Vinícius Tavares Magalhães. **Inadimplemento eficiente nos contratos empresariais à luz do direito brasileiro atual**. 2019. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019, p. 26-27. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRSBCCNU3/1/inadimplemento_eficiente_nos_contratos_empresariais_luz_do_direito_brasileiro_atual.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

¹²⁵ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 76.

¹²⁶ BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a análise econômica do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, jun./2015.

se aproveitar da vulnerabilidade da outra parte, configurando um oportunismo. No direito norte-americano, não é possível que se aplique o inadimplemento eficiente nessa situação, por se tratar de um mero caso de descumprimento oportunista.

Nesse diapasão, a prática do inadimplemento oportunista pode ser comparada ao *hold up*, conforme destaca os autores Alexandre Cateb e Sílvia Veloso:

Em sentido literal, a tradução para o termo *hold up* é a equivalente a expressão “tomar como refém”, o que designa com fidelidade o contexto do que ocorre com uma das partes do contrato em face do inadimplemento injustificado do outro contratante. Apenas com o fim de exemplificar como a prática de *hold up* ocorre corriqueiramente nas mais diversas ramificações do mercado, extraímos do trabalho de Shavell um exemplo peculiar envolvendo o canal de TV paga HBO.

James Gandolfini, famoso ator da popular série *The Sopranos*, ameaçou interromper as gravações e abandonar seu papel na série caso seu contrato, que previa o pagamento de quatrocentos dólares por episódio não fosse revisto pelo canal contratante. Sem possibilidade de negociação, e sob o risco iminente de ver um de seus principais programas fracassar, a HBO aumentou o valor em questão para oitocentos dólares por episódio. Este exemplo expressa a coerência do termo tomar como refém, pois é evidente que o *hold up* ocorre justamente quando o contratante não possui outra alternativa que não seja ceder, sob pena de desfazimento completo do negócio jurídico e as perdas e danos, sobretudo de investimentos e expectativas frustradas dele decorrentes.¹²⁷

Nesse sentido, ainda que não seja oportunista o descumprimento, a teoria do inadimplemento eficiente, nos EUA, não é algo aceito de forma uniforme e é vislumbrada como algo moralmente errado por alguns por gerar a quebra da confiança.¹²⁸ Dessa forma, os não adeptos indicam essa falta de moralidade, uma vez que, ao fechar uma contratação, ambas as partes possuem a expectativa de adimplemento da obrigação de modo que esse pagamento indenizatório não pode ser visto como uma alternativa.¹²⁹

Como mencionado no capítulo anterior, dentro de um contrato relacional, a confiança é um elemento chave e, quando somasse a isso um contrato empresarial, a confiança integra a essência da lucratividade do meio empresarial. Ademais, a perda da confiança pode trazer prejuízos a reputação daquele que pratica o inadimplemento eficiente, conforme será mais bem tratado no tópico 3.3.1.

¹²⁷ CATEB, Alexandre Bueno e VELOSO, Sílvia Mechelany. Análise econômica do inadimplemento contratual oportunista versus o inadimplemento eficiente (*efficient breach*). **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 10, n. 04, jul./2013, p. 20.

¹²⁸ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 76.

¹²⁹ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 96.

Realizada a análise econômica do contrato, bem como entendido o conceito de inadimplemento eficiente, cumpre tratar das consequências do descumprimento do contrato, baseado nos custos de transação sem e com aplicação da cláusula penal compensatória. Dessa forma, o inadimplemento apenas será eficiente se os custos de transação com o inadimplemento forem menores que o lucro com o inadimplemento.

3.2.2. Custos de transação com o inadimplemento eficiente com e sem cláusula penal compensatória

Como já exposto, o pioneiro em tratar sobre Direito e Economia foi Ronald Coase, ao analisar os custos de transação na economia. Segundo Coase, em uma sociedade hipotética sem custos de transação, haveria negociações de forma independente da distribuição inicial para chegar à eficiência, ocorre que esse mundo ideal não existe e as instituições impactam no comportamento dos agentes econômicos.¹³⁰

Houve, assim, um reconhecimento da existência de custos de transação nas operações que podem gerar perdas e ganhos na eficiência determinados negócios.¹³¹ Eduardo Tomasevicius compara os custos de transação com a física:

O deslocamento dos corpos, por exemplo, não se dará exatamente como previsto pelas leis dos corpos, não se dará como exatamente previsto pelas leis do movimento, porque todo sistema tem perdas de energia provocada pelo seu próprio funcionamento. A existência de atrito interno em máquinas e também com a superfície, bem como a resistência do ar, impõe perdas de energia. (...). Na economia ocorre fato semelhante. Os fenômenos econômicos não corresponderiam exatamente ao que as leis econômicas preveem, pelo fato de que existem perdas decorrentes do próprio funcionamento do sistema econômico. Estas perdas, que analogicamente equivaleriam ao “atrito” nos sistemas mecânicos, são custos de transação.¹³²

Nessa senda, Ronald Coase lançou a obra *“The Firm the Market and the Law”*, em que o autor fez a junção dos seus principais artigos que trataram sobre os custos de transação; nesta obra, enquanto os economistas analisam como os consumidores querem minimizar os custos de compra e os produtores de maximizar os ganhos – se

¹³⁰ ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). **Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005.

¹³¹ TOMASEVICIUS, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Almedina, 2019, p. 42.

¹³² TOMASEVICIUS, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Almedina, 2019, p. 42.

maximizando pela troca, sem que haja uma análise pormenorizada de cada ente de forma individualizada –, analisa-se a teoria econômica que lida com o mercado pelo viés da microeconomia.¹³³ Assim, o supracitado autor decidiu analisar o papel do direito sobre a firma, mercado e a lei.

A firma pode ser vista como o meio organização que transforma insumos em produtos¹³⁴ – em uma tradução mais brasileira, pode ser a chamada indústria. A ideia de Coase é analisar como funcionam as firmas na prática de adquirir insumos e transformá-los em produtos finais disponibilizados ao mercado, motivo pelo qual assim descreve:

A fim de efetuar uma transação no mercado, é necessário descobrir com quem se deseja fazer a transação, informar às pessoas que se quer a transação e em que termos, conduzir negociações que levam a um acordo, redigir o contrato, realizar o monitoramento necessário para assegurar que os termos do contrato estão cumpridos, e assim por diante.¹³⁵

Dessa forma, pode-se vislumbrar que antes mesmo de se iniciar um contrato existem custos de transação que devem ser levados em consideração pelas partes, desde o início da negociação até o fechamento do negócio. Aduz-se tal fato por conta de que, como são contratos empresariais que visam o lucro, tais custos devem ser somados as despesas totais do contratante.

Quanto ao mercado, Coase afirma que são instituições que facilitam a circulação a fim de reduzir os custos das trocas e, caso não existissem custos de transação, não haveria necessariamente um mercado para regular. O empresário sempre buscará ampliar o mercado na busca de um público para concretizar a venda dos produtos, ao passo que os consumidores buscarão os produtos com os preços mais benéficos.¹³⁶

Por último, é necessário analisar o custo social da economia e como o direito pode influenciar nos custos de transação – nesse tema, Coase traz o exemplo de um terreno em que por lei o proprietário pode ter o direito de construir, mas que também a lei pode impedir que neste terreno seja construído uma fábrica que gerasse emissão

¹³³ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. BONAVIDES, Paulo (Trad.). São Paulo: Editora Forense, 2022, p. 73.

¹³⁴ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. BONAVIDES, Paulo (Trad.). São Paulo: Editora Forense, 2022, p. 77.

¹³⁵ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. BONAVIDES, Paulo (Trad.). São Paulo: Editora Forense, 2022, p. 77.

¹³⁶ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. BONAVIDES, Paulo (Trad.). São Paulo: Editora Forense, 2022, p. 80.

de ruídos. Logo, diante do exemplo, o proprietário da fábrica poderia buscar um novo terreno ou buscar uma alternativa que fizesse a fábrica não emitir ruídos, de modo que a escolha depende dos custos de ambas as alternativas.¹³⁷

Nesse diapasão, é possível perceber que Ronald Coase associa os custos de transação a interferência do direito na economia e que, se essa interferência não existisse, as partes negociantes poderiam chegar em uma solução que maximizasse os ganhos de forma livre; a partir desse marco zero, entender quais serão os custos positivos diante da solução escolhida.¹³⁸Ocorre que há no Brasil a interferência do direito na economia, o que demonstra a necessidade de analisar quais são os custos de transação que deverão ser levados em consideração para se chegar ao inadimplemento será eficiente.

Da análise do capítulo anterior ficou claro que o pagamento indenizatório em casos de descumprimento da obrigação se limita aos danos sofridos pela outra parte, de modo que o ordenamento jurídico brasileiro veda qualquer tipo de pagamento que tenha o caráter sancionatório – assim, diante do inadimplemento, a parte pode optar pela execução específica, se assim não o fizer, poderá pleitear pela transformação em perdas e danos ou pela cláusula de pré-liquidação dos danos, qual seja cláusula penal compensatória. O presente tópico partirá da premissa que não haverá pedido execução específica da obrigação diante da perda do interesse, como mencionado no tópico 2.3.

Cumprir recapitular que o cumprimento da obrigação *in natura*, ou seja, sua execução específica feita de forma coercitiva, não pode ser confundida com a indenização. De forma secundária surge a aplicação da conversão em perdas e danos, em que o conteúdo da obrigação é convertido em uma soma indenizatória que colocará o devedor na situação em que estaria caso o contrato fosse cumprido¹³⁹.

A chamada perdas e danos é o valor devido de forma equivalente aos prejuízos sofridos pelo credor diante do inadimplemento, de modo que seria a soma do valor que possuía mais o que deixou de lucrar caso o inadimplemento não tivesse ocorrido.

¹³⁷ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. BONAVIDES, Paulo (Trad.). São Paulo: Editora Forense, 2022, p. 84.

¹³⁸ Cumprir aqui esclarecer que este é um entendimento da autora da presente monografia.

¹³⁹ STEINER, Renata C. **A reparação de danos: interesse positivo e negativo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2018, p. 203.

¹⁴⁰ ¹⁴¹ Ocorre que o ordenamento jurídico brasileiro não traz a definição de como se dará o cálculo dessa indenização, assim como ocorre em Portugal em seu art. 566 que trata sobre o calor pecuniário das perdas e danos

1. A indenização é fixada em dinheiro, sempre que a reconstituição natural não seja possível, não repare integralmente os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor.
2. Sem prejuízo do preceituado noutras disposições, a indenização em dinheiro tem como medida a diferença entre a situação patrimonial do lesado, na data mais recente que puder ser atendida pelo tribunal, e a que teria nessa data se não existissem danos.
3. Se não puder ser averiguado o valor exato dos danos, o tribunal julgará equitativamente dentro dos limites que tiver por provados¹⁴²

O Código Civil brasileiro trata em seu art. 402¹⁴³ que as perdas e danos são devidas ao credor, abarcando o que foi perdido e o que deixou de lucrar. Renata Steiner, em sua obra que trata sobre a reparação dos danos, demonstra que esse cálculo pode ser feito através da indenização, com a condução do credor a situação *ad quem* ou interesse positivo, em que o lesado é colocado na situação que estaria caso o contrato fosse cumprido, cumprindo assim as perdas e danos uma função compensatória.¹⁴⁴

Ademais, é necessário tratar que a aplicação de perdas e danos pressupõe a prova de que a parte agiu com culpa. Conforme jurisprudência colacionada a seguir, uma empresa contratou uma instalação de *software*, mas o contrato não foi cumprido, o que levou a extinção do negócio jurídico – no caso, não foi admitido o pedido de perdas e danos por não haver nexo causal do inadimplemento com os prejuízos causados, veja-se:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. DESENVOLVIMENTO E IMPLEMENTAÇÃO DE SOFTWARE EMPRESARIAL. IRRESIGNAÇÃO SUBMETIDA AO NCP. DESCUMPRIMENTO CONTRATUAL. EXTINÇÃO DO NEGÓCIO E PEDIDO DE PERDAS E DANOS. EXECUÇÃO DA DÍVIDA PELA PARTE

¹⁴⁰ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 159.

¹⁴¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.

¹⁴² Código civil português Código Civil | codigocivil.pt

¹⁴³ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

¹⁴⁴ STEINER, Renata C. **A reparação de danos**: interesse positivo e negativo. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2018, p. 202.

CONTRÁRIA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. INADIMPLENTO ABSOLUTO. RESOLUÇÃO DO CONTRATO. RESTITUIÇÃO DAS PARTES AO ESTADO ANTERIOR. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES.

1. Aplica-se o NCPD a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. A discussão posta em causa diz respeito ao (des)cumprimento de um contrato firmado entre UNIVERSAL e TOTVS para desenvolvimento e implementação de software para gestão empresarial integrada. 3. Não se configura negativa de prestação jurisdicional quando o órgão julgador examina, de forma fundamentada, todas as questões submetidas à sua apreciação na medida necessária para o deslinde da controvérsia, ainda que em sentido contrário à pretensão da parte. 4. A prestação deficitária ou incompleta só representa cumprimento parcial da obrigação quando aproveite o credor, do contrário, estará configurado inadimplemento total. 5. Uma empresa que encomenda a confecção e implementação de software para gestão integrada de suas atividades produtivas somente tem interesse em um sistema que seja efetivamente capaz de substituir, com vantagem, aquele anteriormente utilizado. Trata-se, portanto, de uma obrigação de resultado. 6. Se o novo sistema não cumpre sua finalidade específica, fica configurado verdadeiro inadimplemento da obrigação, e não cumprimento parcial, o que enseja o desfazimento do negócio jurídico. 7. O pedido de perdas e danos não pode ser acolhido, porque não comprovado o nexo causal entre a conduta inquinada e os prejuízos alegados. 8. O restabelecimento das partes ao estado anterior, que se impõe como consectário da resolução do contrato, impede a execução da confissão de dívida firmada em razão do mesmo negócio jurídico. 9. Recurso especial parcialmente provido.¹⁴⁵

Portanto, é necessário que haja a comprovação de um nexo causal entre a conduta e o dano, assim, o dever de indenizar surge a partir de uma conduta antijurídica como causa e o dano como efeito.¹⁴⁶ É possível pontuar aqui o diferencial quanto a existência de uma cláusula penal compensatória no contrato, pois a sua aplicação independe da comprovação de danos, conforme já tratado no capítulo anterior.

Ainda no tratamento das perdas e danos, pode-se destacar também os danos emergentes, que são aqueles valores que se perderam pelo descumprimento da obrigação¹⁴⁷; este é de suma importância nos contratos empresariais, como já tratado,

¹⁴⁵ EDcl no REsp n. 1.731.193/SP, relator Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 30/11/2020, DJe de 2/12/2020.

¹⁴⁶ CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. 2011. 334f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 109. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde03092012144625/ptbr.php#:~:text=No%20%C3%BAltimo%20cap%C3%ADtulo%2C%20restando%20provado%20que%20a%20culpa,encerra%20mesmo%20que%20provisoriamente%20esta%20tese%20de%20doutoramento>. Acesso em: 10 set. 2022.

¹⁴⁷ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 160.

visto que muitas vezes estão inseridos em uma linha de produção. A título exemplificativo, uma indústria de alimentos pode ter inúmeros contratos de compra e venda de insumos e um desses contratos ser inadimplido, inviabilizando, assim, que toda a produção de um determinado alimento seja produzida – *in casu*, os danos emergentes seriam os gastos que o credor teve com a perda do material que integraria a produção final do alimento.

Outrossim, os lucros cessantes estão relacionados a frustração dos lucros que haveria em decorrência do implemento, materialidade que está prevista no artigo 402 do Código Civil de 2002.¹⁴⁸ No tocante ao inadimplemento nos contratos empresariais, os quais possuem finalidade lucrativa, tem-se que os lucros cessantes possuem um papel fundamental, uma vez que objeto contratual pode impedir que o credor mantenha seu negócio e conseqüentemente seus lucros.

Nessa senda, os custos analisados acima precisam ser levados em consideração quando um contratante pensa em inadimplir um contrato de forma eficiente, uma vez que o credor deve ser indenizado de modo a ser colocado na situação em que estaria caso o contrato fosse cumprido. Ocorre que, conforme disposto na presente monografia, nos contratos que possuem cláusula penal compensatória, esta figura é aplicada como pré-liquidação dos danos e aplica-se independente de culpa do devedor.

Logo, é necessário analisar se o ordenamento jurídico brasileiro traz algum tratamento diferenciado quando o inadimplemento ocorrer com dolo, ou seja, quando há plena intenção de descumprir o contrato. Em caso de negativa, poderá concluir que o custo de transação aplicado ao inadimplemento eficiente em contratos com cláusula penal compensatória será apenas o valor já pré-fixado no contrato.

3.3 ANÁLISE DO DOLO NO DESCUMPRIMENTO EFICIENTE DO CONTRATO

Após analisar a teoria do inadimplemento eficiente, é possível concluir que o inadimplente age com vontade de descumprir o contrato por considerar ser mais eficiente. Ocorre que, como já exposto, tal instituto não foi incorporado no direito

¹⁴⁸ Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

brasileiro, mas conforme premissa do tema da presente monografia, será analisado se diante de um ato doloso do inadimplente é possível chegar ao inadimplemento eficiente.

O dolo, em seu conceito puro no Direito Civil, é um erro provocado pelo agente quando se utiliza de artifícios para induzir outra parte ao erro.¹⁴⁹ Assim, diante da vontade de descumprir o contrato, o inadimplente induz o credor através de manobras e maquinações que levem este ao erro de que a obrigação não será cumprida por motivos não relacionados a sua intenção.

Ocorre que, as ações dolosas possuem pouco tratamento no Direito Civil brasileiro, sendo apenas aprofundado no plano da validade do negócio jurídico. Conforme obras de Marcos Bernades de Mello e Giovanna Benetti, o dolo está relacionado as ações intencionais para manter o agente em uma falsa percepção da realidade e conseqüentemente praticar um ato jurídico que não realizaria se tivesse conhecimento de toda a verdade.¹⁵⁰

Mas, o dolo aqui utilizado está relacionado apenas à intenção do inadimplente em não cumprir com a sua obrigação jurídica estabelecida em contrato. Ora, conforme tratamento da culpa em relação a responsabilidade civil do descumpridor, esta independe de culpa nos casos em que há o estabelecimento de cláusula penal e depende da prova de culpa para os casos em que não há estabelecimento da cláusula.

De modo diferente, existe na doutrina a defesa da não aplicação da cláusula penal nos casos em que há dolo, conforme Fernando Vinícius Tavares Magalhães Morais, em sua dissertação de mestrado sobre inadimplemento eficiente nos contratos empresariais, afirma:

Não se nega que é possível defender que quando as partes celebram cláusula penal ou estabelecem um limite de responsabilidade elas já estabeleceram o valor do inadimplemento. E como a lei não diferencia os inadimplementos dolosos, o valor pactuado pelas partes seria aplicável tanto a inadimplementos “culposos” como dolosos. Todavia, aqui há de se analisar o efeito do dolo no negócio jurídico da cláusula penal.¹⁵¹

¹⁴⁹ BENETTI, Giovana. **Dolo no Direito Civil**: uma análise da omissão de informação. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2019, p. 29.

¹⁵⁰ MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico**: plano da validade. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 209.

¹⁵¹ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 118.

O supracitado autor defende que diante do inadimplemento doloso, o negócio jurídico perde a eficácia, mesmo o Código Civil tratando do dolo apenas quanto a formação do negócio. Nessa mesma linha, como citado no tópico 2.1, o autor Nelson Rosenvald, defende que a cláusula penal compensatória não deve ser utilizada diante do inadimplemento que decorre de dolo ou culpa grave, por violar a essência basilar da contratação, qual seja o cumprimento.

Contudo, tal premissa não encontra validade dentro do ordenamento jurídico, uma vez que lei é omissa, não existe jurisprudência que tenha invalidado o contrato ou a cláusula penal compensatória por descumprimento doloso. Ainda que a cláusula ou o negócio jurídico fossem invalidados, o credor receberia uma indenização que o fizesse retorna ao status quo ante, na forma de perdas e danos, não se valendo dos benefícios da cláusula penal compensatória que deve ser aplicada independentemente de prova de danos sofridos.

Assim, é possível concluir que, dentro do tratamento da culpa como consequência de indenizar o descumprimento contratual, esta é vista na forma *lato sensu*, em que a modalidade intencional do inadimplente não altera as consequências. Tal premissa pode ser assim comparada pelo tratamento das perdas e danos feita pelo Código Civil em seu art. 403, em que ainda que a inexecução da obrigação seja dolosa, o devedor apenas irá indenizar os efetivos prejuízos.¹⁵²

Portanto, conforme visto no capítulo anterior, o direito de indenização do credor estará sempre limitado ao valor da cláusula penal compensatório ou ao efetivo prejuízo caso não haja a estipulação de tal cláusula, independente da intenção do agente quando o contrato foi descumprido. Logo, por exemplo, se o inadimplemento ocorreu porque o caminhão da entrega virou e a carga se perdeu ou se simplesmente o devedor não quis enviar o produto, a consequência jurídica será a mesma. Assim, cumpre tratar sobre a possibilidade de compatibilizar o inadimplemento eficiente em casos de descumprimento doloso da obrigação.

¹⁵² Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual. (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.)

3.4 O PRIVILÉGIO A EXECUÇÃO ESPECÍFICA NO *CIVIL LAW* E A PREFÊNCIA PELA CONTRATAÇÃO DE LOGO PRAZO

Ao estipular um contrato de obrigação de dar ou fazer, as partes possuem a legítima expectativa que haverá o cumprimento da obrigação – assim, como tratado no tópico 2.2, quanto ao processo de execução, é possível que o credor ingresse com uma ação de execução específica da obrigação estipulada em contrato. Tal formato é um remédio utilizado pelo sistema do *civil law*, em que há primazia do cumprimento da obrigação específica.

O formato que tutela a aplicação específica da obrigação está relacionado a interferência do judiciário em determinar o adimplemento da obrigação, bem como utilizar de meios coercitivos para o seu cumprimento¹⁵³. De modo contrário ao *commow law*, que o remédio aplicável é a indenização, de modo que existe uma maior liberdade de escolha entre cumprir ou não a obrigação.¹⁵⁴

Partindo de um exemplo meramente ilustrativo: a sociedade X firma um contrato de longo prazo de compra de morangos para a produção de geleia na indústria, no qual prevê a entrega do produto mensalmente e com o respectivo pagamento do valor estipulado para o vendedor que pertence a sociedade Y. Caso o vendedor informasse ao comprador que possivelmente não entregaria a mercadoria caso fosse mais eficiente vender para outra sociedade, o comprador provavelmente não fecharia o negócio, haja vista possuir a legítima expectativa que a obrigação será cumprida.

Nessa linha de intelecção, poder-se-ia questionar o porquê de as partes privilegiarem contratações de longo prazo ao invés de simplesmente adquirir o bem no mercado. A resposta está no tratamento dos custos de transação e na segurança de que terá o produto disponível, de modo que essa opção a longo prazo diminuiria

¹⁵³ BARRETO, Gabriel de Almeida. **Tutela específica e meios coercitivos para o cumprimento das obrigações contratuais**: um estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz da literatura e direito da economia. 2019. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019, p. 22. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27402>. Acesso em: 28 maio 2022.

¹⁵⁴ BARRETO, Gabriel de Almeida. **Tutela específica e meios coercitivos para o cumprimento das obrigações contratuais**: um estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz da literatura e direito da economia. 2019. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019, p. 23. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27402>. Acesso em: 28 maio 2022.

os custos ao ter possibilidade de fixar preço, quantidade, local de entrega, bem como a pactuação de cláusula penal para eventual descumprimento do contrato.¹⁵⁵

Deste modo, tem-se a mera liberalidade de deixar de cumprir o contrato por benefício, principalmente nos contratos empresariais, e retira a estabilidade buscada pelo comprador ao decidir estipular um contrato de longo prazo. Ademais, além de tornar instável a contratação da outra parte, permite que pessoas que não buscaram ser diligentes com a contratação, busque no mercado produtos que já estejam teoricamente vendidos.¹⁵⁶

É possível fazer novamente uma inferência com a lei da oferta e da procura, pois partes ingressam no mercado a procura de produtos e estabelecem contratações de longo prazo, conseqüentemente, o produto começa a se tornar escasso no mercado e seu valor irá subir. Assim, seria benéfico para o vendedor inadimplir o contrato anterior para fazer negociações por maiores valores.

A análise da aplicação específica da obrigação é de suma importância no tratamento do inadimplemento eficiente, uma vez que este apenas se aplica diante da não execução da obrigação, conforme será mais bem vislumbrado no próximo tópico. Entretanto, conforme tratado no tópico 2.2, existe uma grande chance de o credor perder o interesse na obrigação prevista no contrato, diante das altas demandas do mercado, bem como do suprimento de sua linha de produção. E nessa linha segue julgando o STJ, dando ao credor o poder de escolher a conversão em perdas e danos, conforme ementa colacionada a seguir:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COMINATÓRIA. ACORDO. HOMOLOGAÇÃO. SENTENÇA. OBRIGAÇÃO DE FAZER. DESCUMPRIMENTO. CONVERSÃO EM PERDAS E DANOS. CULPA DO DEVEDOR. EXAME. PRESCINDIBILIDADE. FATO IMPUTÁVEL AO DEVEDOR. EXISTÊNCIA. PRECLUSÃO. FUNDAMENTO AUTÔNOMO. SÚMULA Nº 283/STF. 1. Na fase de cumprimento de sentença, discute-se a prescindibilidade do exame da culpa pelo inadimplemento como requisito para deferir pedido de conversão da obrigação de fazer em perdas e danos. 2. A lei processual permite a modificação objetiva da lide em caráter excepcional, de modo a permitir, desde logo, que se resolva definitivamente

¹⁵⁵ ARGUELO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais**. 2018. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 63-64. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02102020-010521/pt-br.php>. Acesso em: 01 jan. 2022.

¹⁵⁶ ARGUELO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais**. 2018. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 64. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02102020-010521/pt-br.php>. Acesso em: 01 jan. 2022.

o conflito mediante a conversão da obrigação de fazer ou não fazer em obrigação de natureza pecuniária, em observância ao princípio da celeridade processual, impedindo, ainda, que o credor seja obrigado a aceitar uma tutela específica que não mais lhe satisfaz. 3. A conversão em perdas e danos da obrigação de fazer dispensa pronunciamento sobre a efetiva culpa pelo inadimplemento da prestação. Apresentam-se suficientes para o deferimento do pedido a demonstração de descumprimento da sentença por fato imputável ao devedor e o requerimento de conversão do credor. Inteligência do art. 461, § 1º, do Código de Processo Civil de 1973. 4. Os autos revelam presentes o vínculo negocial, a violação do negócio jurídico, o liame de causalidade e a mora, demonstrando o inadimplemento por fato imputável ao recorrente, hábeis a amparar a instauração da fase de cumprimento de sentença. 5. A discussão sobre a efetiva culpa pelo descumprimento da obrigação, por constituir, em tese, causa modificativa ou extintiva do direito do credor, pode ser deduzida na impugnação, com fundamento no art. 475-L, VI, do Código de Processo Civil de 1973. No caso, o pedido de produção de prova foi considerado acobertado pelo manto da preclusão, segundo o acórdão recorrido, e a recorrente não se insurgiu contra esse fundamento, atraindo a incidência, por analogia, do óbice da Súmula nº 283/STF. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.¹⁵⁷

Nessa linha, em um estudo empírico feito por Gabriel Almeida Barreto na dissertação de mestrado apresentada a FGV, sobre decisões proferidas pelo STJ entre 2016 e 2018 que versam sobre tutela específica para cumprimento de obrigações contratuais, mostrou que o STJ não opta pela conversão em perdas e danos tão facilmente, de modo a evitar a eficiência do descumprimento. Ademais, o mesmo estudo demonstrou que não foram encontradas decisões que optassem pela conversão em perdas e danos de forma espontânea pelo Juiz.¹⁵⁸

A conclusão do supracitado autor é que não existem demonstrações na jurisprudência de que os magistrados possuam alguma preferência pela conversão em perdas e danos para se chegar a uma eficiência econômica do inadimplemento, de modo que estes seguem o que está previsto na lei, admitindo apenas a conversão quando há requerimento da parte credora.¹⁵⁹

¹⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1365638/SP (2013/0029266-7). Órgão julgador: Terceira Turma. Recorrente: Environmental Systems research institute inc Recorrido: Gestão Empresarial e Informática Ltda. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 05 maio 2016. Data de publicação: 12 maio 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/340018008/inteiro-teor-340018017>. Acesso em: 08 nov. 2022.

¹⁵⁸ BARRETO, Gabriel de Almeida. **Tutela específica e meios coercitivos para o cumprimento das obrigações contratuais**: um estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz da literatura e direito da economia. 2019. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019, p. 60. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27402>. Acesso em: 28 maio 2022.

¹⁵⁹ BARRETO, Gabriel de Almeida. **Tutela específica e meios coercitivos para o cumprimento das obrigações contratuais**: um estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz da literatura e direito da economia. 2019. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019, p. 86-87. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27402>. Acesso em: 28 maio 2022.

Portando, tal análise da execução específica da obrigação cria um ambiente mais propício para que continuem existindo contratações de longo prazo, bem como que sejam evitadas possíveis inadimplementos eficientes. Logo, com essas informações será possível analisar a possível aplicação do inadimplemento eficiente no ordenamento brasileiro.

3.5 (IN)COMPATIBILIDADE DO INADIMPLEMENTO EFICIENTE DIANTE DA APLICAÇÃO DA CLÁUSULA PENAL COMPENSATÓRIA

Já ficou claro que o ordenamento jurídico brasileiro não recepcionou o instituto do inadimplemento eficiente nos moldes do direito norte-americano. No entanto, nesse tópico será possível analisar a compatibilidade deste instituto diante do descumprimento doloso da obrigação, principalmente quando aplicado a cláusula penal compensatória em benefício não só do credor, mas também do devedor.

O autor José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins, em sua tese de doutorado o tema, conclui pela compatibilidade entre inadimplemento eficiente do contrato e o ordenamento jurídico brasileiro, neste sentido afirma que:

Nesta tese se buscou demonstrar que não há incompatibilidade entre inadimplemento eficiente do contrato e o ordenamento jurídico brasileiro. Embora não se possa dizer que é possível uma incorporação completa da *eficiente breach theory* desenvolvida no Direito estadunidense, a inserção de adaptações faz com que se possa afirmar que a referida ideia é viabilizada, em primeira análise, pela estrutura fomentada pela Análise Econômica do Direito, trazendo institutos jurídicos e econômicos que tem aplicação comum tanto ao direito brasileiro – pertencente ao sistema do *civil law* – quanto ao direito estadunidense – pertencente ao sistema de *common law*.¹⁶⁰

O supracitado autor, também traz em sua tese que não foi encontrado na jurisprudência brasileira julgado que trate sobre inadimplemento eficiente no Brasil. Deste forma, é importante analisar alguns casos famosos que aconteceram no Brasil e demonstrar que neles houve uma busca ao inadimplemento eficiente, como o caso do “zeca pagodinho” e os casos de descumprimento dos contratos de soja verde.

O famoso caso do “zeca pagodinho” não envolve em sua lide a discussão sobre a ineficiência econômica do descumprimento, mas um pedido de indenização por morais e materiais diante do inadimplemento. Em um breve resumo, o cantor Zeca

¹⁶⁰ MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato**: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes. Curitiba: Editora Juruá, 2020, p. 239.

Pagodinho foi contratado pela cervejaria Schincariol através de um contrato de exclusividade para ser garoto propaganda em uma campanha publicitária da cerveja Nova Schin; neste contrato estava previsto uma multa – não é possível saber se tinha natureza de cláusula penal compensatória – para os casos de descumprimento da obrigação.

Diante desse supracitado negócio jurídico, houve o descumprimento contratual e em seguida o mesmo cantor se tornou garoto propaganda de outra marca de cerveja. Cumpre ressaltar que não será feita a análise de outras questões que permeiam o caso, como a concorrência desleal, mas sim entender se seria possível que esse inadimplemento ocorresse e apenas a multa prevista no contrato ser paga. No caso em questão, não há que se falar em aplicação do inadimplemento eficiente, diante do contexto, leia-se parte do julgamento:

O contrato estava em plena vigência, com cláusula expressa de exclusividade, patente a violação do contrato, diante do cooptação do cantor "Zeca Pagodinho", que se coligou 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 tem 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". A conduta do réu "Zeca Pagodinho" evidencia absoluta máfé 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.¹⁶¹

Portanto, no caso em questão houve um descumprimento deliberado de uma das partes, sem buscar fazer o pagamento da multa prevista no contrato, violando os deveres de cooperação e confiança da outra parte. Conforme discutido, esses contratos empresariais de longo prazo, necessitam que a boa-fé seja respeitada, o

¹⁶¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1203153/SP (2010/0126055-0). Órgão julgador: Terceira Turma. Agravante: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A Agravado: Jessé Gomes da Silva Filho e Outro Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data de julgamento: 13 dez. 2011. Data de publicação: 01 fev. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21284064/relatorio-e-voto-21284066>. Acesso em: 10 nov. 2022.

que não houve no caso em questão – conforme discutido sobre inadimplemento eficiente no direito norte-americano, este poderia ser visto como um inadimplemento oportunista.

Ainda assim, retirando esta perspectiva oportunista, a eficiência poderia ser analisada pelo sopesamento entre os ganhos que o inadimplente teve mesmo diante do pagamento da indenização estipulada pela corte que julgou o caso – informações que não se tem acesso. Logo, não se pode concluir que o cantor obteve alguma eficiência com seu descumprimento, mas é possível vislumbrar a possibilidade de um inadimplemento eficiente no ordenamento brasileiro.

Um outro caso que se tornou famoso no Brasil e mostrou a aplicação de uma possível eficiência econômica foi o caso dos contratos de soja verde. O contrato de soja é aquele em que o produtor rural que planta a soja, firma um contrato futuro da venda da soja que ainda vai ser colhida com o pagamento antecipado. Ocorre que por volta de 2002 a 2004, o mercado de soja sofreu uma grande variação de preços, de modo a incentivar a quebra contratual em busca de uma maior eficiência econômica na venda da soja.

A supracitada onda de valorização da soja, fez com que inúmeros produtores de soja tentassem aplicar uma possível eficiência no seu descumprimento contratual. Tal conduta mostra que a analisar economicamente o cumprimento de uma obrigação é intrínseco ao contrato, ainda que o ordenamento jurídico tente proibir isso. Ainda assim, os inadimplementos aconteceram e várias ações foram ajuizadas.

De acordo com pesquisa feita por Cristiane Leles Rezende em sua tese de doutorado, os produtores de soja foram prejudicados na medida que perderam a credibilidade no mercado de soja, com uma maior exigência de garantias do cumprimento da obrigação, maior dificuldade de fechar novos negócios e redução no volume de contratos pactuado.¹⁶² Essa informação mostra, o quanto a confiança precisa ser levada em consideração nos contratos pelas partes, principalmente quanto se cogita tentar um inadimplemento eficiente.

Ademais, quanto a possibilidade de a cláusula penal compensatória viabilizar o inadimplemento eficiente, este sempre vai encontrar entraves no privilégio a execução

¹⁶² REZENDE, Cristiane Leles. **Pacta sunt servanda? Quebra dos contratos de soja verde**. 2018. 345f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-07042008-143732/pt-br.php>. Acesso em: 12 ago. 2022.

específica da obrigação. Em casos que a cláusula penal seja substitutiva, pode viabilizar o descumprimento eficiente, uma vez que o devedor poderia se desvincular da obrigação pagando o valor da multa estipulada.¹⁶³

Outrossim, ainda que a execução específica seja obrigatória, em um descumprimento deliberado como o supracitado caso do Zeca Pagodinho, é possível que o devedor chegue ao inadimplemento eficiente. Isso porque é possível que não seja mais viável o cumprimento da obrigação estipulada em contrato, o que pode viabilizar a aplicação da cláusula penal como benéfico ao devedor que escolheu deliberadamente não adimplir.

Nessa senda, é imperioso ressaltar que o descumprimento deliberado das obrigações contratuais pode manchar a reputação da parte no mercado negocial, principalmente se estiverem envolvidos grandes *players*. Assim, é importante que exista o privilégio aos bons cumpridores de contratos, conforme seu dever de cooperação, bem como a confiança que demanda um contrato relacional.

Portanto, ainda que se conclua pela possibilidade de inadimplemento eficiente com a aplicação da cláusula penal em benefício ao credor, a própria fama de inadimplente irá dar a oportunidade de partes escolherem não fechar contratos com eles. Do mesmo modo como ocorreu nos casos que envolveram inúmeros descumprimentos dos contratos de soja verde, a confiança foi perdida em razão de tal fato.

Ainda nessa linha, a liberdade de contratar possibilita que surjam inúmeras outras formas que inviabilizem o descumprimento contratual ou que beneficie mais o credor. Por exemplo os contratos de *wash out*, em que são feitos contrato de compra e venda de colheita futura, em que caso haja um aumento exagerado do preço, é possível que deixem de entregar o que foi pactuado com o pagamento da multa, configurando um inadimplemento eficiente.¹⁶⁴

¹⁶³ ARGUELO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais**. 2018. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 74. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02102020-010521/pt-br.php>. Acesso em: 01 jan. 2022.

¹⁶⁴ ARGUELO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais**. 2018. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018, p. 70. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02102020-010521/pt-br.php>. Acesso em: 01 jan. 2022.

Diante dos supracitados casos, bem como de todo contexto exposto dos contratos empresariais, ainda que o ordenamento jurídico brasileiro privilegie a execução específica da obrigação, esta pode se tornar ineficiente ao credor. E para que ocorra o inadimplemento eficiente, é preciso que a execução específica não se aplique, restando o pagamento indenizatório que pode estar na forma da cláusula penal compensatória ou perdas e danos. Logo, na linha empresarial, o inadimplemento eficiente pode surgir diante do ambiente criada pelo descumprimento deliberado com a perda do interesse na obrigação e consequente pagamento de indenização.

4 CONCLUSÃO

Cumprido ressaltar que a presente monografia tinha a intenção de buscar entender qual é a cláusula penal compensatória brasileira diante de um inadimplemento da obrigação feito de forma dolosa, bem como se assim se poderia chegar a um inadimplemento eficiente nos moldes aplicados no direito norte-americano. Tal intenção, se limitou aos contratos empresariais, mais especificamente àqueles que são tidos como relacionais, por serem aqueles contratos de longo prazo e com a maior aplicação da confiança.

Inicialmente, foi possível entender que a cláusula penal compensatória é um acessório ao contrato principal, em que as partes convencionam normalmente uma sanção pecuniária para ser aplicada diante do inadimplemento da obrigação. Nessa senda, ainda que o artigo 410 da CC/02 aborde a cláusula como uma pena alternativa em benefício ao credor, esta não ingressa no contrato como obrigação alternativa, mas que o credor pode optar por receber o valor da multa ou requerer o cumprimento da obrigação principal se ainda for possível ser adimplida.

O tratamento da cláusula penal compensatória no ordenamento brasileiro se mostra extremamente limitada e com uma grande possibilidade de interferência pelo poder judiciário. Isso acontece, uma vez que está em sua essência assume apenas o caráter de pré-liquidação de danos. As demais funções desta cláusula inexistem ou são extremamente limitadas diante da interferência do poder judiciário, bem como o pouco tratamento feito pela legislação.

Quanto a função coercitiva, esta perde a sua função à medida que lei estabelece que o valor da cláusula penal compensatória fica limitada ao valor da obrigação principal. Ademais, o Código Civil de 2002 deu o direito ao Poder Judiciário de interferir na cláusula penal se está se mostrar manifestamente excessiva com o argumento de preservar o equilíbrio entre as partes, bem como o enriquecimento sem causa.

Quanto a função punitiva, esta inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, pelos fundamentos supracitados, bem como por sua ligação ao dano ainda que seja aplicada independentemente de culpa. De modo diferente ao sistema do *common law* que possui o modelo do *punitive damages*, em que a cláusula penal compensatória funciona um desestímulo do descumprimento contratual.

Diante de seu caráter acessório ao contrato, bem como por ficar a critério do credor optar pela cláusula penal compensatória como alternativa ao cumprimento da obrigação, a presente monografia fez uma digressão para analisar se a o valor da cláusula pode ser objeto de ação de execução, pois esta é uma ação que tutela os direitos de forma mais célere. Entretanto, ficou constatado que o credor não pode ingressar com uma ação de execução da multa pactuada.

A limitação aos contratos relacionais empresariais, se deu por serem esses contratos de longo prazo e necessitarem de uma maior cooperação e confiança entre as partes de todas as obrigações serão cumpridas conforme posto em contrato. A análise do benefício de descumprir um contrato tem um maior protagonismo nos contratos empresariais, em que existe a finalidade lucrativa de ambas as partes. Ademais, para que seja possível esse descumprimento é preciso que os contratos sejam de longo prazo, ao invés de contratos instantâneos.

Ainda que os contratos relacionais empresariais necessitem da confiança entre as partes, estas podem estipular cláusulas penais. Dessa forma, foi possível analisar o grau de efetividade dessas cláusulas, uma vez que os contratos empresariais visam o lucro e o mercado possui uma alta volatilidade quanto ao preço dos produtos, de modo que eventualmente pode ser mais benéfico descumprir o contrato.

Conforme teoria do inadimplemento eficiente, de origem do *commow law*, as partes podem descumprir o contrato diante de um maior benefício desde que deixe a outra parte devidamente indenizada pelo descumprimento. No ordenamento jurídico brasileiro, de origem do *civil law*, existe o privilégio a execução específica da obrigação, e conforme aplicação da cláusula penal compensatória, o credor tem o condão de decidir se irá querer o pagamento desta ou cumprimento da obrigação principal.

Ocorre que, nos contratos empresariais, por estes estarem normalmente inseridos em inseridos em uma linha de produção de uma determinada atividade empresarial, a perda do interesse na execução específica da obrigação é mais comum diante da dinâmica do mercado. Desse modo, pode existir a concretude do inadimplemento eficiente perquirido por uma das partes diante do da perda do interesse da execução específica da obrigação.

Foi possível também demonstrar que o inadimplemento eficiente pressupõe o dolo do inadimplemento, uma vez que há vontade genuína de descumprir o contrato diante de uma análise econômica de que fará uma operação econômica mais

vantajosa. E ficou claro que o ordenamento jurídico brasileiro não possui um tratamento diferenciado quanto a aplicação da cláusula penal compensatória quando o inadimplente age com dolo ou com culpa grave, sendo a consequência jurídica a mesma.

De modo diferente acontece com a cláusula penal compensatória no sistema Italiano e Alemão. Em que no primeiro em caso de descumprimento por culpa grave ou dolo é nula a aplicação desta cláusula. E no Alemão, sistema ainda mais moderno, a cláusula penal compensatória funciona como uma pena mínima, podendo o credor provar eventuais danos excedentes.

Portanto, a presente monografia conclui pela limitada função da cláusula penal compensatória no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que possibilita, eventualmente a depender das circunstâncias que o descumpridor alcance a eficiência do inadimplemento contratual, se beneficiando com o pagamento da cláusula penal compensatória apenas. Ademais, o credor sequer tem o direito de ingressar diretamente com a execução específica da multa.

Constata-se que a cláusula penal compensatória no Brasil necessita de uma modernização, conforme o ordenamento jurídico Italiano e Alemão. No entanto, enquanto não existem alterações, propõe que os contratantes busquem mecanismos contratuais que driblem a possibilidade de ocorrência do inadimplemento eficiente, como pactuar a possibilidade de pleitear danos excedentes; ou que trabalhem o contrato com a possibilidade de aplicar o inadimplemento eficiente colocando o valor da cláusula penal compensatória como uma obrigação verdadeiramente alternativa.

REFERÊNCIAS

ARGUELO, Ana Luiza Tesser. **A cláusula penal nos contratos empresariais**. 2018. 132f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-02102020-010521/pt-br.php>. Acesso em: 01 jan. 2022.

AUGUSTO CUNHA, Raphael. **O inadimplemento na nova teoria contratual: o inadimplemento antecipado do contrato**. 2015. 231f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11122015-083624/publico/Raphael_Augusto_Cunha_Versao_Integral.pdf. Acesso em: 08 maio 2022.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Novos estudos e pareceres de direito privado**. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a análise econômica do Direito. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 08, n. 04, jun./2015.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. As origens históricas do Civil Law e do Common Law. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 03, p. 1456-1486, abr./2018. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/29883/25943>. Acesso em: 12 out. 2022.

BARRETO, Gabriel de Almeida. **Tutela específica e meios coercitivos para o cumprimento das obrigações contratuais: um estudo da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça à luz da literatura e direito da economia**. 2019. 144f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27402>. Acesso em: 28 maio 2022.

BENETTI, Giovana. **Dolo no Direito Civil: uma análise da omissão de informação**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2019.

BONANNO, Schunck Giuliana. **Contratos de longo prazo e dever de cooperação**. 2013. 324f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/002436646>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 28 jul. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 16 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 ago. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 11 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acesso em: 10 abr. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2069337/SP (2022/0034425-7). Órgão julgador: Quarta Turma. Agravante: Jorge de Jesus Silva. Agravado: Município de Atibaia. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Data de julgamento: 19 maio 2022. Data de publicação: 20 jun. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1505232381/decisao-monocratica-1505232427>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1347530/RS (2018/0210340-0). Órgão julgador: Quarta Turma. Agravante: Petrobrás Distribuidora S/A. Agravado: Posto Irmão Caminhoneiro LTDA. Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data de julgamento: 10 ago. 2020. Data de publicação: 03 set. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/920475166/decisao-monocratica-920475176>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 1881629/SP (2021/0119589-3). Órgão julgador: Terceira Turma. Agravante: PH Terraplanagem Eireli Agravado: Equagrill Equipamentos Agrícolas Ltda. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 25 nov. 2021. Data de publicação: 28 nov. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1324138993/decisao-monocratica-1324139025>. Acesso em: 08 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 2050835/GO (2022/0017560-9). Órgão julgador: Quarta Turma. Agravante: Caramuru Alimentos S/A Agravado: Anisio Birk. Relator: Ministro Marco Buzzi. Data de julgamento: 02 maio 2022. Data de publicação: 10 jun. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1525619514>. Acesso em: 10 out. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Especial nº 1203153/SP (2010/0126055-0). Órgão julgador: Terceira Turma. Agravante: Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S/A Agravado: Jessé Gomes da Silva Filho e Outro Relator: Ministro Sidnei Beneti. Data de julgamento: 13 dez. 2011. Data de publicação: 01 fev. 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/21284064/relatorio-e-voto-21284066>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos em Recurso Especial nº 1736452/SP (2018/0090255-1). Órgão julgador: Terceira Turma. Embargante: VOTENER – Votorantim Comercializadora de Energia LTDA. Embargado: COENERGY Comercializadora de Energia LTDA. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Data de julgamento: 03 mar. 2022. Data de publicação: 20 abr. 2022. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1135167654/inteiro-teor-1135167661>. Acesso em: 10 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1365638/SP (2013/0029266-7). Órgão julgador: Terceira Turma. Recorrente: Environmental Systems research institute inc Recorrido: Gestão Empresarial e Informática Ltda. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 05 maio 2016. Data de publicação: 12 maio 2016. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/340018008/inteiro-teor-340018017>. Acesso em: 08 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1867551/RJ (2019/0302921-6). Órgão julgador: Terceira Câmara Cível. Recorrente: Larsen Óleo e Gás do Brasil LTDA. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A Petrobras. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 05 out. 2021. Data de publicação: 13 out. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205679879>. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1898738/SP (2020/0256237-6). Órgão julgador: Terceira Turma. Recorrente: Jucimar Alves de Aguiar. Recorrido: Antônio Carlos da Mota e Maria Celeste dos Santos Miranda da Mota. Relatora: Ministra Nancy Adrighi. Data de julgamento: 23 mar. 2021. Data de publicação: 26 mar. 2021. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205679879>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1862508/SP (2020/0038674-8). Órgão julgador: Terceira Turma. Recorrente: Recorrido: Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de julgamento: 24 nov. 2020. Data de publicação: 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1206307352>. Acesso em: 08 out. 2022.

CASSETTARI, Christiano. **Multa Contratual**: teoria e prática da cláusula penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

CATALAN, Marcos. **A morte da culpa na responsabilidade contratual**. 2011. 334f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde03092012144625/ptbr.php#:~:text=No%20%C3%BAltimo%20cap%C3%ADtulo%2C%20restando%20provado%20que%20a%20culpa,encerra%20mesmo%20que%20provisoriamente%20esta%20tese%20de%20doutoramento>. Acesso em: 10 set. 2022.

CATEB, Alexandre Bueno e VELOSO, Sílvia Mechelany. Análise econômica do inadimplemento contratual oportunista versus o inadimplemento eficiente (efficient breach). **Revista da Associação Mineira de Direito e Economia**, Belo Horizonte, v. 10, n. 04, jul./2013.

CATEB, Alexandre Bueno; GALLO, José Alberto A. Breves considerações sobre teoria dos contratos incompletos. **UC Berkeley – Berkeley Program in Law and Economics**, 2007. Disponível em: <https://escholarship.org/uc/item/1bw6c8s9>. Acesso em: 19 jul. 2022.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. BONAVIDES, Paulo (Trad.). São Paulo: Editora Forense, 2022.

COSTA NETO, Moacir da. **Da cláusula penal em contratos relacionais**. 2016. 148f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/18860>. Acesso em: 15 abr. 2022.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. Coimbra: Editora Almedina, 2001.

DIDIER, Fredie Jr. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Autonomia privada e estipulação contratual**. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva, 1996.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007

FORGIONI, Paula. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 1988.

GOETZ, Charles. SCOTT, Robert. Liquidated damages, penalties and the just compensation principle: some notes on an enforcement model and a theory of efficient breach. **Columbia Law Review**, Columbia, v. 77, 1977.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1997.

GORDON, Robert W. Macaulay, Macneil e a descoberta da solidariedade e o poder no Direito Contratual. CAMPOS, Ludwing Marcos de. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 3, n. 11, abr./2011.

GUIA, Rodrigo da. Em busca do conceito contemporâneo de (in) adimplemento contratual: análise funcional à luz da boa-fé objetiva. **Revista da AGU**, Brasília, v. 16, n. 02, p. 229-322, abr./jun. 2017.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Editora Saraiva, 2005

LOPES, Christian Sahb Batista. **Mitigação dos prejuízos no Direito Contratual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

MARTINS, José Figueiredo de Andrade. **Inadimplemento eficiente do contrato: quando o descumprimento do contrato é vantajoso para uma das partes**. Curitiba: Editora Juruá, 2020.

MELLO, Marcos Bernardes. **Teoria do fato jurídico: plano da validade**. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MENDONÇA, Manuel Inácio Carvalho de. **Doutrina e prática das obrigações ou tratado geral dos direitos de crédito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1956.

MORAIS, Fernando Vinícius Tavares Magalhães. **Inadimplemento eficiente nos contratos empresariais à luz do direito brasileiro atual**. 2019. 134f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2019. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/DIRSBCCNU3/1/inadimplemento_eficiente_nos_contratos_empresariais___luz_do_direito__brasileiro_atual.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

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.

PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual**. Coimbra: Editora Almedina, 2005.

ROMERO, Anna Paula Berhnes. **A tutela da confiança nos contratos empresariais**. 2013. 267f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-22082014-094830/pt-br.php>. Acesso em: 10 out. 2022.

ROSENVALD, Nelson. **Cláusula Penal: a pena privada nas relações negociais**. São Paulo: Editora Foco, 2020.

SAVI, Sérgio. **Responsabilidade Civil e enriquecimento sem causa**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SCHEREIBER, Anderson. **Manual do Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento. Adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v. 32, out/dez, 2007

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual: dever de renegociar**. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Leonardo Di Cola N. **Cláusula Penal e o Código Civil de 2002**. 2008. 178f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/8328/1/Leonardo%20Di%20Cola%20N%20Silva.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2022.

STEINER, Renata C. **A reparação de danos: interesse positivo e negativo**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *In: Revista do Processo*, São Paulo, v. 27, n. 105, jul./2002.

TOMASEVICIUS, Eduardo. **O princípio da boa-fé no direito civil**. Rio de Janeiro: Editora Almedina, 2019.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em gera**. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

VIERO, Angela Cristina. **A degradação do propósito da cláusula penal nos contratos paritários: estudo histórico-comparativo**. 2015. 198f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/127919#:~:text=Esta%20tese%20se%20prop%C3%B5e%20a%20demonstrar%2C%20atrav%C3%A9s%20do,das%20obriga%C3%A7%C3%B5es%20contratuais%2C%20no%20%C3%A2mbito%20dos%20contratos%20parit%C3%A1rios>. Acesso em: 20 out. 2022.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Coord.). **Direito e economia: análise econômica do Direito e das organizações**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2005.