

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção IV

Ordem Pública e Relações Jurídicas Privadas

Possíveis contribuições do *Common Law* em matéria de estimação da indenização pelo descumprimento contratual

Julio Alberto Díaz*

No início de 2004, a mídia veiculou, com particular atenção, o rompimento do contrato que o famoso cantor (e mais famoso consumidor de cerveja) Zeca Pagodinho tinha protagonizado com a fábrica de cerveja Schincariol. Até onde foi possível averiguar, a empresa havia acertado com o pagodeiro a quantia de um milhão de reais para utilizar sua simpática imagem associada à idéia publicitária em que ele aparece num bar, rodeado de amigos que o provocam a experimentar a nova marca de cerveja, objeto da publicidade.

Algumas semanas depois, talvez ainda sob os efeitos do excesso dos eflúvios espirituosos do Carnaval, o país inteiro surpreendeu-se ao ver o mesmo garoto-propaganda, dessa vez, empunhando uma garrafa da concorrente e anunciando aos quatro ventos que “aquilo tinha sido um amor de verão”, com o conseqüente arrasador efeito publicitário que isso significou para sua “paixão abandonada”...

Circulou nos bastidores a informação de que a Brahma teria pago 9 milhões de reais pela “traição” ou “infidelidade” do Zeca.

A situação, que caracteriza um rompimento contratual típico, e que augurava uma disputa judicial de proporções bíblicas, pelas quantias envolvidas, me fez lembrar a teoria do rompimento eficiente do contrato, do professor Richard Posner, da Universidade de Chicago.

A teoria, extremamente simplificada aos efeitos desta exposição, parte da conhecida regra de Pareto, que diz que uma sociedade não está na sua posição ótima enquanto existir pelo menos um câm-

* Julio Alberto Díaz é argentino, formado em Direito pela Universidade Nacional de Córdoba (Argentina); Mestre em Direito Empresarial pela Universidade Gama Filho (Rio de Janeiro); Doutor em Direito Civil pela UFMG; Pós-Doutor pela Universidade de Ottawa (Canadá). Na atualidade é professor na Universidade de Fortaleza (Unifor).

bio que faria com que uma pessoa, nessa sociedade, estivesse em melhor situação (*better off*) sem que nenhuma outra ficasse pior (*worse off*).

A regra possui uma enorme atração intuitiva, já que, se fosse verdadeira, isso significaria que qualquer distribuição de riqueza ou poder estabelecido pelas leis poderiam ser atacados se não fossem *ótimos* em termos de Pareto. Dessa forma, aparece como uma guia normativa que juristas e economistas poderiam seguir para tentar alcançar uma sociedade melhor.

Insisto na idéia inicial: se, por definição, ninguém seria prejudicado em nada pela mudança, por que razão alguém haveria de objetar?

O professor Posner, partindo dessa premissa, desenvolveu sua teoria, em que defende a idéia de que, se um contratante rompe um contrato e fica em melhores condições econômicas depois de pagar os danos para ressarcir a vítima, ele deve descumprir o contrato e o sistema jurídico deve apoiá-lo. Em outras palavras, o rompimento ou o descumprimento eficientes devem ser estimulados.

Outra corrente de pensamento, baseado no princípio Kaldor-Hicks, vai além e afirma que é irrelevante a compensação da parte que não descumpriu, quando o ganho líquido da parte descumpridora excede a perda daquela, pois se a sociedade, vista como uma unidade, ficar mais rica o rompimento será eficiente. Ou seja, considera-se a maximização da riqueza social e o seu potencial teórico de satisfação das perdas, sem ter em conta se efetivamente essas perdas foram indenizadas.

Para Posner, ainda que o descumprimento seja voluntário ou intencional, pode não ser “culpável”. O promitente pode simplesmente ter descoberto que o seu cumprimento é mais valioso para outro contratante. Nesse caso, a eficiência alcança-se permitindo àquele contratante romper a sua promessa, apenas indenizando as perdas sofridas pela outra parte. Segundo o analista econômico de Chicago, se o contratante fosse obrigado a pagar mais do que isso, o descumprimento eficiente não seria alcançado, enfatizando ainda que a lei não deve forçar resultados antieconômicos para a sociedade (*Patton vs. Mid-Continent Systems*).

Nos Estados Unidos, há tempo vem-se trabalhando na idéia do chamado *tort for inducing the breach*, ou seja, um tipo particular de

ação que permite atribuir responsabilidade àquele sujeito que, ciente da existência de um contrato, induz um dos contratantes a rompê-lo, para em seguida contratá-lo. Trata-se, naturalmente, de uma responsabilidade extracontratual e, acho eu, perfeitamente adaptável à nossa figura genérica contida no art. 927 do Código Civil (antigo art. 159). A ação é importante porque permite a aplicação de danos punitivos, isto é, uma sanção de tipo exemplificadora que vai além da simples reparação do dano causado.

Fiz referência às duas posições (descumprimento eficiente e induzimento ao rompimento), pois ambas representam soluções absolutamente antagônicas para um mesmo problema.

O rompimento do contrato pelo Zeca Pagodinho com a Schincariol poderia ser analisado por Posner simplesmente como um descumprimento eficiente: paga os danos causados e, pronto, embolsa o resto (e ponha resto nisso!).

A Brahma, nesse caso, ficaria completamente alheia à questão (apenas indiretamente trazida à tona porque, segundo as informações, teria assumido contratualmente com o pagodeiro o compromisso de responder pelas perdas e danos a que ele certamente seria condenado).

Se considerarmos o induzimento ao rompimento como ação ilícita, o papel da Brahma passa a ser fundamental, pois se constitui no principal responsável pelos danos resultantes. Se fosse aplicada a teoria dos danos punitivos, a sanção poderia ser calculada levando-se em consideração os lucros obtidos graças à campanha publicitária *infiel*. Imaginando que isso seja possível, por exemplo, calculando o total de vendas no país nos três meses do verão (época da publicidade), e comparando essa soma com o total histórico, poder-se-ia atribuir o incremento a um efeito da campanha em questão. Os danos punitivos iriam representar não apenas um poderoso instrumento de redistribuição da riqueza injustamente obtida, como também teria um efeito altamente moralizador do próprio sistema contratual que, independentemente de gostos ou preferências por uma ou outra bebida, vem construindo a sua eficácia, ao longo dos séculos, baseado no princípio fundamental de que *os pactos existem para serem cumpridos*.

Uma outra questão interessante para ser estudada, e nesse sentido o caso se apresenta como extremamente rico para a análise jurídica, é se seria possível basear a indenização devida não nos danos

sofridos, como tradicionalmente admitem os direitos continentais, mas em relação aos ganhos obtidos por meio do ato ilícito.

Eu sei que os espíritos mais aferrados aos princípios historicamente consolidados na ciência do Direito Civil devem se sentir imediatamente incomodados com essa possibilidade. O mal-estar é perfeitamente compreensível; afinal, creio ser esta a primeira vez, no âmbito dos direitos codificados, que se faz uma proposta tão irreverente. Apenas como um exercício do pensamento, vamos tentar avaliar as possibilidades e, em caso afirmativo, a conveniência de que isso seja admissível. Para auxiliar na apreciação da matéria, utilizaremos a significativa contribuição que a doutrina e a jurisprudência no sistema do *Common Law* têm prestado até hoje.

Em 27 de julho de 2000, a Câmara dos Lordes pronunciou, pela primeira vez na história do Direito inglês, uma decisão em que explicitamente se reconhece que a indenização em matéria de rompimento contratual pode ser aplicada com referência aos ganhos do réu, em vez de relacioná-los aos danos sofridos pelo autor.

Não foi a primeira vez que no *Common Law* se debateu a questão. Uma das vantagens que apresenta esse sistema, e daí talvez a sua riqueza, é que ele faculta, em cada caso particular, avaliar se algum traço distintivo em relação ao precedente permite alcançar uma solução diferente e, com isso, ir logrando uma atualização permanente das respostas jurídicas às necessidades da vida prática.

Já em 1899, na Escócia, registra-se o famoso caso *Teacher vs. Calder*, em que um financista tinha se comprometido a investir 15 mil libras esterlinas na madeireira propriedade do autor. Posteriormente à celebração do contrato, o investidor achou mais conveniente aplicar seu capital em uma destilaria. O tribunal determinou que a indenização deveria compensar exclusivamente as perdas sofridas pelo seu estabelecimento, e que era improcedente relacioná-la a qualquer forma de restituição dos maiores ganhos obtidos pelo réu na sua opção pelo negócio da destilaria.

Mais recentemente, o princípio foi ratificado em *Tito vs. Waddell*. Uma companhia mineradora fez um contrato para a extração de minerais de um paraíso ecológico no Pacífico Sul, a ilha de Banaban, também conhecida pelo seu nome inglês, *Ocean Island*. O contrato estabelecia a obrigação de restaurar o solo e reflorestar a ilha depois

de acabados os trabalhos de mineração. Quando acabou tudo o que podia ser extraído, a companhia fez as malas. Como os trabalhos de restauração e reflorestação iriam demandar vários milhões de dólares, mandou fazer uma perícia para determinar o prejuízo causado ao valor de revenda das terras, nas condições em que ficaram, ou seja, o valor da eventual indenização pelos danos causados. Como a quantia era infinitamente menor, decidiu descumprir o contrato.

O Tribunal, mais uma vez enfatizou que a função indenizatória é a de recompor as perdas ou danos sofridos pelo autor, colocando-o novamente em idêntica posição em que ele se encontraria se não tivesse sofrido o dano.

Para o Tribunal era absolutamente irrelevante que o réu tivesse poupado uma considerável quantia de dinheiro ao não reflorestar *Ocean Island*, como tinha sido convencionado. Apenas a perda do autor foi levada em consideração. Uma soma ínfima representando a diferença no valor da terra foi concedida, e os habitantes da ilha nunca mais tentaram reflorestá-la.

Um dos maiores nomes do Direito anglo-saxão contemporâneo, Gareth Jones, criticando a injustiça dessa decisão, lembra um antigo caso ocorrido no Estado de Louisiana, em 1891 – *City of New Orleans vs. Fireman's Charitable Association* –, como um exemplo ainda mais chocante de injustiça. O réu havia contratado com o autor a provisão de serviços de prevenção de incêndios ao longo de um período de vários anos, tendo pago integralmente o preço estabelecido no acordo. Depois do vencimento do contrato, o autor descobriu que o réu não tinha número suficiente nem de pessoal, nem de cavalos, e sequer a extensão das mangueiras estava de acordo com o que fora estabelecido no contrato! Como o autor não tinha sofrido dano, a questão do eventual insucesso na extinção de um incêndio como conseqüência do descumprimento contratual não foi posta em consideração, apesar de o réu ter poupado a significativa quantia de 40 mil dólares. Isso no ano 1891!

Uma primeira tentativa de análise dos comentaristas do *Common Law* atentou para a possibilidade de que os tribunais, ainda que não dispostos a tirar os ganhos obtidos mediante um descumprimento contratual, estariam, sim, preparados para conceder indenização privando os contratantes inadimplentes de quantias

equivalentes às somas poupadas com o descumprimento contratual. O raciocínio seria de que a produção de ganâncias requer alguma forma de habilidade ou iniciativa que faz jus a compensação, enquanto nada disso se evidencia no simples fato de evitar fazer despesas.

A consideração não teve acolhida duradoura. Alegava-se, em primeiro lugar, que nem sempre é fácil a distinção entre ganhos obtidos e despesas evitadas, na medida em que, de um certo ponto de vista, as despesas evitadas constituem uma espécie de ganância. Em segundo lugar, considerava-se que devia existir harmonia entre a forma de abordar o problema da restituição em matéria de rompimento de contrato e em matéria de responsabilidade extracontratual e, neste último âmbito, não existiam precedentes que indicassem a aplicabilidade da restituição exclusivamente aos casos de economia nas despesas.

Uma abordagem alternativa, proposta por Peter Birks, sugere limitar a restituição aos casos chamados de “rompimento cínico”, ou seja, aqueles em que o réu, deliberada e intencionalmente, descumpre o contrato para, calculadamente, obter maiores ganâncias em outra operação. O problema é que, novamente, em muitas situações a linha de distinção entre rompimento cínico ou não-cínico pode ser extremamente sutil, ou com contornos de difícil precisão. Por outro lado, essa caracterização seria extremamente desafiadora dos princípios mais tradicionais do direito dos contratos, que não reconhece qualquer diferenciação entre descumprimento doloso ou culposos da convenção.

Uma outra teoria, difundida por Maddaugh e McCamus, propõe que a restituição seja reservada para os casos em que a compensação por danos resulte *inadequada*. Mas o espírito prático do Direito anglo-saxão, pouco adaptado às soluções elásticas e indefinidas, acabou condenando essa fórmula, que considerava muito vaga, e que não deixava bem esclarecidas quais seriam as razões que justificariam a restituição.

Esse era o marco precedente e a situação existente ao tempo em que se coloca à consideração da máxima autoridade judiciária da Comunidade Britânica o polêmico caso *Attorney-General vs. Blake*.

George Blake era um ex-agente do serviço secreto inglês, que tinha vendido informações à antiga União Soviética. Condenado à pena de 42 anos de prisão, conseguiu escapar e se refugiar em Moscou. Em 1989 publicou sua autobiografia, na qual revelava infor-

mações que, na época, já não eram mais consideradas confidenciais, mas que de qualquer maneira ele tinha obtido na sua condição de agente secreto. A decisão, aguardada com ansiedade, daria resposta ao conflituoso dilema de se o antigo espião, e agora fugitivo da justiça, teria direito a receber os *royalties* de sua obra, uma significativa quantia, na ordem de 90 mil libras esterlinas (mais de meio milhão de reais), resultado da publicação de suas memórias como agente secreto. A soma havia sido retida de seu editor, por meio de uma ordem judicial concedida ao Procurador-Geral.

Na histórica decisão, a Câmara dos Lordes concluiu: a) que Blake assumira contratualmente com a Coroa, em 1944, o compromisso de não divulgar qualquer informação, confidencial ou não, obtida durante sua atuação como agente do serviço secreto; b) que Blake descumpriera o contrato quando divulgou suas memórias para o editor; e c) que, apesar de a Coroa não ter sofrido qualquer perda econômica como consequência do inadimplemento, era procedente a concessão de uma indenização pelos lucros obtidos por Blake no contrato de publicação de sua obra.

Além do significativo poder dissuasório que a decisão trouxe, como sinal emblemático para todos os integrantes do serviço secreto, a mais relevante importância da sentença reside no fato de que ela criou uma forma completamente inédita de abordar a questão indenizatória em matéria contratual.

A decisão rompeu com a tradição milenar, constituída em pedra basilar do sistema, que estabelecia o modesto objetivo de apenas compensar a vítima pelos danos efetivamente sofridos.

O que motivou os Lordes a procurar essa nova forma de indenização contratual foi, indisfarçadamente, impedir que “um público e notório traidor confesso” (na expressão da Câmara) continuasse lucrando com sua atividade ilícita, uma vez que Blake já havia recebido 60 mil libras esterlinas (uns 360 mil reais) do seu editor, antes da intervenção do Procurador-Geral.

De qualquer forma, a questão de como haverá de operar no futuro ou, inclusive, se continuará operando essa nova forma de indenização, fora de circunstâncias tão inusuais e dramáticas como as do caso Blake, é difícil de prognosticar. As razões explicitadas por Lord

Nicholls, que teve o voto principal, certamente não são conclusivas para arriscar qualquer palpite.

O que se pode perceber nitidamente nessa decisão é que não há, por parte dos Lordes, a intenção de estabelecer, com precisão, regras definidas para os casos em que o novo princípio poderá ser aplicado. Pelo contrário, há uma curiosa semelhança com a forma de conceber a lei, em termos genéricos e abstratos, dos direitos continentais modernos, revelando apenas o interesse de estabelecer uma questão principiológica: que a indenização do dano sofrido, como instrumento único de reparação no inadimplemento contratual, pode, em determinadas circunstâncias singulares, ser insuficiente.

Talvez seja possível prever, no futuro imediato, um cenário conservador na aplicabilidade da nova regra. É difícil imaginar que os tribunais estejam dispostos a desestabilizar o mundo das relações comerciais facilitando em demasia esse remédio de clara natureza punitiva. Provavelmente, em função dessa natureza punitiva, procurem os tribunais deixá-lo como remédio de última instância, a ser empregado apenas em circunstâncias especiais, como quando há uma relação de confiança entre as partes. Não obstante, no curto prazo, o caso Blake tende a oferecer um atrativo singular para advogados cujos clientes se manifestem notoriamente insatisfeitos com a indenização por danos concedida.

E qual é a lição que se pode tirar do emblemático caso Blake? Em primeiro lugar, parece significativo que o *Common Law* revele uma inquietação maior que a dos direitos codificados na busca de instrumentos para reprimir os graves desvios de conduta, seja na ordem contratual ou extracontratual. A existência dos danos punitivos, assim como o recurso que agora comentamos, parece evidenciar uma maior sensibilidade que a dos direitos de raízes romanísticas, mostrando um perfil mais refratário ao comportamento doloso ou malicioso, e uma política mais interessada na conservação de valores que vão além do puramente econômico.

À pergunta inicial, se seria conveniente adotar algum tipo de sanção que reprima os comportamentos deliberadamente dirigidos à obtenção de maiores lucros, com descaso absoluto pelos compromissos assumidos, não tenho dúvidas de responder no sentido afirmativo. O

ordenamento jurídico deve ser concebido como um sistema coerente, que reforce os valores morais médios da sociedade que protege.

O sistema penal admite com a maior naturalidade os crimes de perigo, sem a necessidade de um dano concreto. A idéia da repressão a esse tipo de conduta fundamenta-se no mero risco que esse comportamento representa para determinados valores que o sistema procura amparar e proteger. Não há razão, a não ser as de natureza puramente históricas, e portanto de caráter transitório, que justifique um critério diferente na ordem civil. Os graves desvios de conduta, na ordem contratual ou extracontratual, que revelem um evidente desinteresse pelos direitos do outro poderiam, sem qualquer artifício técnico, ser considerados comportamentos que colocam em risco a continuidade ou confiabilidade do sistema. Sem dúvida, um contratante que, tendo sacramentado com todas as exigências da lei sua convenção, se vê, posteriormente, obrigado a assistir impotente ao seu descumprimento sem qualquer sanção, pelo simples fato de não ter havido dano, torna-se um descrente do sistema em que tinha depositado sua total confiança e agora parece abandoná-lo. Nesse sentido, temos a firme convicção de que a maior fragilidade que um sistema pode apresentar é a eventualidade de a sociedade que o sustenta deixar de acreditar nele.

Se há razões suficientes, de ordem moral e de política jurídica, que justifiquem a conveniência do abandono, em circunstâncias excepcionais, do dogma agora consagrado expressamente em nosso art. 944, de que “a indenização se mede pela extensão do dano”, seria necessário analisar se há recursos que permitam a instrumentalização desse afastamento.

Até a sanção do novo código, ainda que ninguém colocasse em discussão o valor do princípio de tradição milenar reconhecida, pelo menos não era lei. Em um certo sentido poderíamos dizer que a reforma, com a incorporação expressa, veio dificultar as possibilidades de se apartar do rigor de sua imposição. Não obstante, o codificador, paralelamente no parágrafo único, incorpora a chamada “indenização por equidade”, facultando ao juiz, nos casos em que houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, reduzir equitativamente a indenização.

A razão da lei é clara. Não se quis que, por uma pequena imprudência, um sujeito ficasse exposto à condenação de uma quantia

exorbitante. Pareceu ao legislador que o valor supremo da Justiça estaria comprometido se a extensão do dano fosse o único elemento determinante na fixação da indenização. Pensamos que, transitóriamente, e na falta de melhor opção, seria factível uma interpretação *a contrario sensu*, admitindo, para os casos de comportamento notoriamente doloso, um afastamento do axioma clássico. De não ser assim, o princípio de probidade e boa-fé, cuja incorporação resultara tão elogiada pela doutrina, acabaria reduzida ao modesto papel de princípio puramente declamatório. Com efeito, se o afastamento dos princípios de probidade e boa-fé está permitido, desde que não se cause dano, caberia concluir que o interesse do legislador não era incorporar “a regra moral nas obrigações”, para utilizar a linguagem de Ripert, senão, simplesmente, ilustrar de maneira diferente uma outra forma de comissão de dano sancionada pela lei. A sociedade, com certeza, demanda uma exigência ética maior do Código do século XXI...