

# Análise Econômica do Direito

## Temas Contemporâneos

2020

Organização: Luciana Yeung

Bruno M. Salama, Claudia Cristofani, Claudio Shikida, Cristiano Oliveira, Cristiano Rosa Carvalho, Diana Coutinho, Diogo Costa, Diego Franco Jurubeba, Erik Navarro Wolkart, Fernando Meneguim, Flavia Vera, Flavianne Nobrega, Guilherme Fowler, Ivo Gico, Juliana Oliveira Domingues, Kharen Herbst, Luciana Sorrentino, Luciana Yeung, Luciano Timm, Marcia Carla Ribeiro, Marcos Nobrega, Mariana Pargendler, Orlando Celso da Silva Neto, Paulo Furquim de Azevedo, Pery Shikida, Rachel Sztajn, Renato Caovilla, Thomas V. Conti, Vinicius Klein



# ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

TEMAS CONTEMPORÂNEOS

© Almedina, 2020

ORGANIZAÇÃO: Luciana Yeung

DIRETOR ALMEDINA BRASIL: Rodrigo Mentz

EDITOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS: Marco Pace

ASSISTENTES EDITORIAIS: Isabela Leite e Marília Bellio

REVISÃO: Gabriela Leite e Frederico Rossin

DIAGRAMAÇÃO: Almedina

DESIGN DE CAPA: Roberta Bassanetto

ISBN: 9786587019062

Novembro, 2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

---

Análise econômica do direito : temas contemporâneos /  
organização Luciana Yeung. – São Paulo : Actual,  
2020.

Vários autores.

Bibliografia.

ISBN 978-65-87019-06-2

1. Direito - Aspectos econômicos 2. Direito e  
economia I. Yeung, Luciana.

20-45392

CDU-34:33

---

## Índices para catálogo sistemático:

1. Análise econômica do direito 34:33

Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

Este livro segue as regras do novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa (1990).

Todos os direitos reservados. Nenhuma parte deste livro, protegido por copyright, pode ser reproduzida, armazenada ou transmitida de alguma forma ou por algum meio, seja eletrônico ou mecânico, inclusive fotocópia, gravação ou qualquer sistema de armazenagem de informações, sem a permissão expressa e por escrito da editora.

EDITORA: Almedina Brasil

Rua José Maria Lisboa, 860, Conj 131 e 132, Jardim Paulista | 01423-001 São Paulo | Brasil

editora@almedina.com.br

www.almedina.com.br



## Capítulo 8

# **Contratos em Tempos de Covid-19**

Rachel Sztjan, Flavia Santinoni Vera, Flavianne Fernanda  
Bitencourt Nóbrega, Luciana Yuki Fugishita Sorrentino

## 1. Introdução

O Direito tem como objetivo promover o bem-estar. Contratos são a formalização das trocas voluntárias, que no ambiente de mercado geram ganhos às partes e de que, por conta da especialização na produção, geram complexidade nas cadeias produtivas. Quanto mais trocas e mercados, maior crescimento econômico, produção de inovações, geração de emprego, redução de pobreza, empoderamento de minorias e desenvolvimento. A manutenção dos relacionamentos duradouros, principalmente nos contratos de execução continuada, é desejável e garante o Produto Interno Bruto (PIB) potencial, independentemente do resultado da alocação de riscos e custos pelas partes, seja por negociação ou determinação judicial, em relação a um fato que altere as previsões iniciais ou gere conflito.

### 1.1. Contratos Incompletos

Contratos de execução continuada e/ou diferida certamente não preveem tudo que pode acontecer no futuro, e então, o melhor é que se insira cláusula para equacionar a hipótese de que evento absolutamente não previsto por ambas as partes, venha a impactar a obrigação de uma delas, no sentido de que renegociam as respectivas



prestações. Nos anos 1960 o economista e matemático estadunidense Kenneth Arrow discutiu o que se conhece como teorema da impossibilidade. Oliver Hart e Bengt Holmström ganharam prêmio Nobel em 2016 pela relevante contribuição às ciências sociais sobre a teoria de contratos incompletos que argumenta, na prática, que contratos de execução continuada ou diferida não podem especificar todas as hipóteses de ocorrência de eventos futuros e, se tentarem fazê-lo, provavelmente os agentes econômicos não contratarão. É uma área fértil para pesquisa que busca determinar a alocação ótima (melhor possível) para a distribuição de custos ou benefícios advindos do fato superveniente não previsto em contrato, e da realocação e/ou internalização de responsabilidades (controle) dos direitos e obrigações entre as partes, ou seja, do redesenho do contrato ou distrato visando a solução eficiente. A incompletude contratual tem grande relevância ao sinalizar incentivos em relação às assimetrias informacionais, risco moral, alocação de custos, benefícios, riscos advindos de fatos supervenientes exógenos, o que pode afetar os custos de transação inicialmente aceitos.

Os *custos de transação* são os esforços empreendidos para a consecução de uma troca, o que inclui tempo relacionado à busca do bem/serviço no mercado, à negociação e ao cumprimento e monitoramento da operação. Como exemplo, podemos preferir comprar uma fruta perto de casa, mesmo mais cara, do que atravessar a cidade para comprar a mesma fruta a preço inferior em uma feira. Da mesma forma, é mais custoso comprar um apartamento de um espólio com vários herdeiros litigantes do que de um só proprietário. Cartórios de imóveis, ou alguma forma de registro público de imóveis, têm papel fundamental na redução de custos de transação, uma vez que atestam a titularidade do imóvel, o que incentiva a realização da operação ao conferir segurança quanto à titularidade do bem imóvel. Em resumo, o sistema jurídico, ao incentivar o cumprimento de contratos, proporciona a segurança necessária para a redução de custos de transação e facilita a viabilização de negócios. Ronald Coase consolidou a importância do conceito de custos de transação em seu artigo “A natureza da Firma” (1937), no livro “A firma, o mercado



e o Direito” (1991) e no artigo que lhe rendeu o prêmio Nobel “Os Problemas dos Custos Sociais” (1960), em que ele discute custos de transação e a origem do crescimento das firmas e como as partes terão incentivos na solução de controvérsias, respectivamente.

Confiança (*trust*) é parte essencial dos contratos. O marco regulatório dos contratos é uma forma de o Estado modelar as “regras do jogo”, para garantir ambiente institucional com maior confiança para as partes terem incentivos para contratar. O direito e as instituições sociais exercem papel fundamental no aumento das trocas na sociedade dada a confiança que produzem.

Grau de confiança entre “jogadores” é estudado por áreas como Teoria dos Jogos, ramo da matemática aplicada<sup>1</sup>. Esse é o foco principal do estudo dos contratos para a Análise Econômica dos Contratos. Um indicador conhecido importante para a avaliação do grau de confiança no ambiente institucional de trocas é o Risco-País, que sinaliza aos investidores o grau de incertezas de um ambiente institucional, a garantia de cumprimento de contratos, o compromisso de honrar as obrigações, sobretudo em momentos de alta incerteza e a probabilidade de insolvência de um país frente aos investidores estrangeiros. A administração de riscos e custos de transação é essencial para estimular a realização de contratos e cooperação.

Fatos imprevisíveis ocorrem na realidade e são fonte da incompletude contratual, salvo nos contratos de execução instantânea.

---

<sup>1</sup> As ciências sociais ganharam muita clareza e precisão com as explicações da Teoria de Jogos. Um exemplo ilustrativo de fácil acesso aplicável aos tempos do coronavírus é o jogo “*The Evolution of Trust*” disponível no site <<https://ncase.me/trust/>> que usa cálculos matemáticos complexos para reproduzir a construção social da confiança. O jogo modela o impasse entre cooperação e competição dos soldados alemães e ingleses em um processo de paz ao final da Primeira Guerra Mundial. O que podemos aprender é que um jogador que responde na mesma moeda cada jogada tem maiores ganhos ao final, e em um ambiente de confiança geralmente maior que 90%, após várias rodadas com combinações de diferentes tipos de jogadores, sempre resulta em cooperação, e portanto, maiores ganhos para todos. Aplicado aos tempos atuais, os países que tiverem um ambiente institucional de confiança, e portanto, garantia de cumprimento de contratos, terá maior resiliência e capacidade de reconstrução da economia.



O conceito de *Cheapest Cost Avoider* na alocação de riscos reforça a técnica de internalização eficiente de responsabilidades quando de quebra de contrato por fato superveniente imprevisíveis. Um exemplo clássico é o da quebra de contrato de venda de petróleo bruto saudita para uma refinaria inglesa. O transporte do petróleo bruto sob responsabilidade do produtor Saudita à refinaria Inglesa não teve como ser realizado já que o navio ficou preso (fundeado) no porto Islâmico Jeddah com advento de uma guerra no Golfo Pérsico. A não entrega do produto resultou na quebra do contrato e gerou grande prejuízo à refinaria inglesa que havia subcontratado com várias outras empresas Europeias. Quem deveria arcar com os prejuízos? A solução eficiente sugerida pela AED, inspirada no teorema de Coase, é atribuir a responsabilidade da quebra de contrato e prejuízo subsequente à “*parte que poderia ter previsto o risco a um custo menor*” (*Cheapest Cost Avoider*). Assim, em casos parecidos, a Corte de Haia, por diversas vezes, decidiu que a produtora de petróleo arcasse com o prejuízo, já que conhecia melhor a geopolítica do Oriente Médio e poderia prever a guerra e a paralisação dos portos. A decisão é eficiente pois permite a melhor internalização de responsabilidades e a precaução ótima de riscos pelas partes mais próximas a fatos exógenos, bem como, a confiança para contratar e aprimoramentos dos termos de contratos futuros entre as partes.

O ambiente institucional e o desenho dos contratos determinam os incentivos que as partes terão para resolução de conflitos. O papel do Estado pode ocorrer de várias formas: legislações, políticas públicas e o grau de segurança jurídica, determinam incentivos de toda ordem a serem observados pelas pessoas naquela sociedade. As alternativas de resolução de conflitos e, principalmente, o judiciário são responsáveis por uma grande parte dos incentivos para solucionar eventos imprevistos que impactem obrigação ou obrigações anteriormente pactuadas.

Em 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde declarou oficialmente que o vírus da Covid-19, originado na cidade de Wuhan na China, havia se espalhado e atingia escala internacional tornando-se uma pandemia global, levando à morte milhares de



pessoas, principalmente idosos. Desde aquele momento o mundo se viu diante de uma crise sanitária sem precedentes, com enorme magnitude do número de contaminados, mas também com reflexos nas áreas social e econômica. A falta de conhecimento sobre o vírus e a necessidade de proteção da população ensejaram políticas públicas emergenciais em todo o mundo, determinando medidas que objetivam minimizar os efeitos da pandemia, uma vez que evitá-los, dado o estado do conhecimento atual, seria impossível.

No mesmo dia o Ministério da Saúde brasileiro publicou a Portaria 356 disciplinando as iniciativas que poderiam ser adotadas para o combate à epidemia do vírus no Brasil. Em seguida, todos os Estados brasileiros foram tomando medidas de isolamento social, fechamento de atividades não consideradas essenciais e sugerindo hábitos de higiene como uso de máscaras faciais e lavagem das mãos ou uso de álcool em gel.

Por outro lado, a economia nacional começava a sofrer um efeito nefasto e sem precedentes. Inadimplências aparecem em percentuais altíssimos em todos os setores. Contratos serão descumpridos, outros flexibilizados e renegociados. O judiciário já recebe uma enxurrada de ações com argumentos relativos aos efeitos econômicos das políticas públicas para conter a disseminação da COVID-19.

O propósito do presente estudo é oferecer conceitos da Análise Econômica do Direito (AED) aplicada a contratos de execução continuada ou diferida, na busca por auxiliar as instituições na melhor escolha para a retomada da economia e aos ajustes de uma nova realidade social, econômica e política durante e após crise da Covid-19.

## **2. Contratos Impactados pelo Coronavírus**

Com o advento da covid-19 os reiterados ajustes contratuais e a busca por eficiência incluirão, mais do que nunca, um ambiente institucional resiliente que reduza imprevisibilidade.

Como exemplo, os equipamentos de proteção individual (EPIs) usados por profissionais de saúde (como as máscaras cirúrgicas com



duração de 2 horas) eram importados da China a um preço tão baixo que isso praticamente eliminou a produção do produto ou da matéria-prima no mercado doméstico. Para a produção de máscaras cirúrgicas é necessário, basicamente, o TNT específico: tecido não tecido SMS 50g e solda ultrassônica. As indústrias nacionais não têxteis contam praticamente com duas fábricas (Fitesa e Berry Global) para a produção do TNT SMS. Em substituição à solda ultrassônica, várias pequenas produções caseiras contrataram costureiras como alternativa paliativa para vender as máscaras para hospitais e profissionais de saúde, e suprir a demanda durante o enfrentamento da crise do coronavírus. Quanto às máscaras N95, que oferecem proteção de 97%, são várias as empresas fabricantes nacionais listadas pela Associação Nacional da Indústria de Segurança e Proteção ao Trabalho (Animaseg). No entanto, para a fabricação do produto, estas empresas necessitam da matéria-prima (filtro acoplado) que antes era importado da China, havendo apenas uma fábrica nacional para o fornecimento, o que não atenderá a toda a demanda dos produtores de máscaras para abastecerem os hospitais. Este cenário tende a possíveis quebras de contratos entre segmentos da cadeia produtiva, com reflexos no mercado de trabalho. Haverá um corte necessário da compra e dependência, da produção e preços impostos pela China, e altos custos de transação principalmente decorrentes das barreiras logísticas.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Fato curioso é que o pronunciamento oficial em 25 de abril de 2020 do Departamento de Administração de Alimentos e Medicamentos do governo da China, e de acordo com a estatística do Ministério do Comércio, o país auferiu ganhos de 1.41 bilhão de dólares apenas com exportações de EPIs para 191 países, e realizou convênios com 74 países e regiões e 6 organizações internacionais; que o contrabando dos equipamentos de proteção individual será severamente punido; que suas indústrias estão trabalhando forçadamente para atender às demandas internacionais e devem ser recompensadas pelo novo preço de mercado resultante da nova demanda; que a qualidade de seus produtos seguem padrões nacionais de segurança e que os países importadores devem se adequar ou verificar se as máscaras chinesas estão dentro dos padrões de medidas de prevenção e controle de infecção dos profissionais que atuam nos serviços de saúde para evitar ou reduzir ao máximo a transmissão de



O Estado enquanto gestor tem papel decisivo na minimização dos danos e coordenação dos rompimentos de mercado. No entanto, recursos são escassos e a receita do Estado é proveniente de arrecadação de tributos gerados no mercado que está em depressão. Os ajustes no mercado nacional enfrentarão um cenário de mudanças profundas das relações de produção e distribuição de produtos e matérias-primas, das quebras de cadeias produtivas e interrupção do comércio internacional, bem como da virtualização das relações profissionais e sociais. A resiliência do mercado será decisiva na reestruturação e atendimento às demandas nacionais de todos os componentes das cadeias produtivas, e do atendimento às demandas dos consumidores, tendo efeito direto nos níveis de emprego e no abastamento de bens e serviços. Nada será igual. Uma clara e eficiente atuação do Estado definirá quão rápido e menos traumático será o retorno da economia a padrões anteriores. O Judiciário tem papel crucial na reestruturação do mercado e na preservação das relações sociais, e mais do que cada caso individual decidido de forma eficiente, o conjunto das decisões deve criar segurança jurídica e confiança para minimizar prejuízos e dissuadir a má-fé e o oportunismo. O ambiente institucional do país, que se pauta em normas de Direito positivo, poderá, certamente, se beneficiar dos conceitos e prescrições da Análise Econômica do Direito. A seguir listamos algumas razões que suportam esta recomendação.

A primeira é que a imprevisibilidade afetou ambas as partes. Assim, a regra do *Cheapest Cost Avoider* não pode ser aplicada, já que nenhuma das partes poderia ter previsto o risco do covid-19 a um menor custo. A decisão de um juiz de determinar a internalização dos prejuízos para uma das partes não terá o efeito pedagógico

---

microrganismos durante qualquer assistência à saúde realizada. Em outras palavras, a garantia da qualidade não necessariamente estará de acordo com os padrões de segurança determinados pela ANVISA. Informação do Registro de conferência de imprensa em 26 de abril de 2020. *National Health Commission of the PRC*. Disponível em: <<http://www.nhc.gov.cn/xcs/s3574/202004/c913b03d1d2947e9bf8a880efb-cadbba.shtml>>. Acesso em: 07 jul. 2020.



desejado, nem a eficiente alocação de responsabilidade em contratações futuras, objetivo da regra.

A segunda razão é que o juiz não tem informação privada. Somente as partes têm condição de conhecer as especificidades, particularidades, possibilidades de ganho-ganho e custos de oportunidade de cada caso, e com isso renegociar o contrato, possivelmente reiteradamente no caso de contratos de execução continuada. O efeito dominó de prejuízos e reajustes da crise econômica afetará mais uns do que outros. Empresas irão quebrar, outras irão surgir ou se reinventar. O custo de informação é muito alto e a mudança institucional é complexa. O teorema de Coase, nunca refutado pela ciência e para várias áreas de conhecimento, se aplica ao prever que as decisões pelas partes em um conflito é a forma mais eficiente de alocação dos recursos. O papel do Estado neste processo é baixar os custos de transação para que as partes possam negociar. As alternativas de solução de controvérsias autocompositivas são as indicadas nesta situação.

A terceira razão é a quebra de confiança entre as partes advinda da flexibilização imposta ao acordo inicial voluntariamente formalizado no contrato. A confiança é o valor mais importante no mercado, e a sua quebra implica destruição de relacionamentos duradouros, que se reflete no PIB potencial do país. Por este motivo, a garantia de cumprimento de contratos é considerada por Douglas North como a maior fonte de desenvolvimento econômico.

A quarta razão é a sinalização para os oportunistas e agentes do mercado de má-fé aproveitarem o paternalismo discricionário de um juiz. As boas intenções protecionistas de um terceiro gerarão incentivos distorcidos e efeitos perversos.

A quinta razão, decorrente da quarta, é a insegurança jurídica que intensifica de forma prejudicial a imprevisibilidade na economia já existente na era do coronavírus.

As medidas restritivas para combater o coronavírus em todo o mundo resultaram em efeitos desastrosos na economia, que irão redesenhar as relações no mercado. As mudanças econômicas incluem uma imprevisibilidade geral, alterações nas preferências por



consumidores, quebra de cadeias produtivas entre outros efeitos. Da mesma forma que ocorre com as tecnologias disruptivas, entramos em uma era de novos paradigmas e desafios.

### 3. Quebras de Contratos

Flexibilizações, recontrações ou quebras de contrato são partes inevitáveis das interações humanas e sociais, e inerentes à incompletude contratual. O ambiente institucional eficiente valoriza as funções dos contratos e permite que, principalmente os mais complexos e de longo prazo, se ajustem ao dinamismo da realidade e a riscos ou fatos imprevisíveis. Contratos são incompletos por natureza e a realidade é dinâmica, portanto, as relações comerciais necessitam ajustar, recontratar ou encerrar os contratos para buscar sempre uma relação ganho-ganho.

São várias as razões para o encerramento dos contratos. Quando as obrigações foram cumpridas, o conteúdo foi esgotado. No caso de descumprimento do contrato (Resolução) ou a desistência legal (Resilição), as partes podem simplesmente aceitar o encerramento. No caso de conflitos na quebra dos contratos, as partes e a sociedade sempre serão oneradas, ao tornar os produtos mais caros e os serviços prestados de pior qualidade. A AED traz, a seguir, recomendações a juízes, árbitros ou mediadores para que suas intervenções se deem em prol de soluções eficientes para cada tipo de conflito. Vale lembrar que as prescrições se baseiam na ideia de que o cerne de uma resolução de conflitos é um jogo que depende de negociação e conta com estratégias dominantes dos jogadores (partes). A AED tem uma perspectiva consequencialista das soluções (com foco no resultado) e busca *soluções ótimas* que sejam eficientes e duradouras, que internalizem responsabilidades, gerem benefícios no médio e longo prazo, regulem incentivos, evitem efeitos distorcidos e custos públicos e privados. Abaixo listamos de forma objetiva recomendações da AED para a solução de quebra de contrato listados em quatro tipos: desequilíbrio de poderes entre as partes, má-fé,



assimetrias informacionais e quebra de contratos decorrentes de riscos supervenientes.

### 3.1. Desequilíbrio de Poderes Entre as Partes

- a) Incapacidade: se no conflito houver uma parte incapaz.
- b) Coerção: houve ameaça quando da contratação.
- c) Desequilíbrio entre as partes: quando existe uma parte considerada “hipossuficiente”.

### 3.2. Assimetria Informacional

- a) Erro mútuo sobre identidade/objeto.
- b) Erro unilateral sobre fato.
- c) Informação importante não revelada por uma das partes.

### 3.3. Má-Fé [De Uma das Partes].

- a) Fraude: Inibir informação falsa.
- b) Cláusula leonina.

### 3.4. Risco

- a) Contrato por emergência ou necessidade: ocorre quando uma emergência levou uma parte unilateralmente a usar propriedade ou serviço da outra, e a parte beneficiada ameaça não recompensar.
- b) Risco previsível por uma das partes: impossibilidade de cumprimento; frustração de propósito ou quando fato superveniente (contingência) que desequilibre ou previna o cumprimento do contrato. Neste caso, o risco se aproxima mais de uma das partes.
- c) Fato imprevisível por ambas as partes.



#### **4. A Função Econômica da Cláusula Geral da Boa-Fé: Reduzir os Custos de Transação, Premiar a Cooperação e Inibir o Comportamento Oportunista**

A discussão envolvendo a função econômica da Cláusula Geral da Boa-fé está inserida em um debate mais amplo sobre análise econômica das regras e *standards* no sistema jurídico. A investigação da função econômica da *Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva*<sup>3</sup> possibilitará explorar em concreto os efeitos práticos relacionados aos desafios de uma aplicação de modo eficiente. Interessa, todavia, adiantar que a maioria dos estudos teóricos de economia sobre a boa-fé nas relações contratuais têm enfatizado, sobretudo, seus efeitos positivos, mesmo existindo argumentos de bem-estar social (*welfare*) tanto a favor quanto contra a aplicação das normas abertas às relações contratuais.

Recentemente alguns doutrinadores da Análise Econômica do Direito, a exemplo de Hans-Bernd Schäfer, Ejan Mackaay, Viollete Leblanc, Jacques Ghestin, iniciaram a investigação sobre a função econômica do princípio da boa-fé como Cláusula Geral no Direito. Todavia, consoante revela Mackaay<sup>4</sup>, ainda é difícil encontrar estudos de análise econômica da boa-fé. É um tema, portanto, aberto em processo de teorização.

Em termos gerais, o argumento econômico em favor das Cláusulas Gerais é de que normas mais vagas e abertas são mais eficientes do que normas mais precisas e específicas. Assim, Cláusulas Gerais como a boa-fé objetiva seriam capazes de reduzir os custos de transação, possibilitando às partes economizar no momento de elaboração do contrato ao não ter de especificar todos os termos,

---

<sup>3</sup> A boa-fé que será objeto de análise nesse tópico é a boa-fé objetiva (*Treu und Glauben*), que está diretamente ligada ao conceito originário de Cláusula Geral, como princípio jurídico positivado no sistema jurídico alemão BGB § 242 e no Código Civil brasileiro, art. 422. Envolve a ideia de cooperação e compromisso com a palavra dada, diferindo portanto, da boa-fé subjetiva, relacionada à ideia de erro, ignorância.

<sup>4</sup> MACKAAY, Ejan. LEBLANC, Viollete. "The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law of Contract". *European Law and Association Conference*, Nancy, sep. 2008, p. 9.



alocando os riscos para o futuro. Nessa hipótese, assume-se que os custos de especificação na elaboração do contrato são muito altos e a probabilidade de ocorrência de contingência é baixa. Desse modo, um evento imprevisível que suscite uma revisão contratual é mais eficientemente resolvido se for possível ser aplicada uma Cláusula Geral aberta como a boa-fé objetiva.

Diversamente, os argumentos econômicos contrários à boa-fé objetiva enfatizam a incerteza e não clareza que pode ter lugar a partir da aplicação de Cláusulas Gerais abertas, como a boa-fé. A Cláusula Geral é entendida como ineficiente na medida em que abre a porta para um ativismo judicial arbitrário, aumentando a insegurança jurídica. Previsões legais e contratuais menos claras e mais vagas desencorajam o investimento. Ademais, o perigo dos Tribunais realizarem uma aplicação equivocada de uma Cláusula Geral, como a boa-fé objetiva, multiplica os custos para a celebração de contratos futuros. Outro efeito pode ser percebido: normas abertas e Cláusulas Gerais podem induzir a uma maior informalidade que destrói o incentivo das partes em celebrar contratos em linguagem formal jurídica<sup>5</sup>.

Ao se investigar a função econômica da Boa-fé Objetiva, procurou-se descobrir características práticas para agregar conteúdo à finalidade normativa dessa Cláusula Geral, que envolve essencialmente a proteção jurídica da confiança para incentivar a cooperação<sup>6</sup>. Observou-se como esse instituto jurídico da boa-fé exerce um papel determinante no comportamento dos indivíduos, facilitando a relação obrigacional para um resultado que seja de ganha-ganha

---

<sup>5</sup> AUER, Marietta. *The Structure of Good Faith. A Comparative Study of Good Faith Arguments*, nov. 2006, p. 61. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=945594>>. Acesso em: 08 jul. 2020.

<sup>6</sup> Observa-se nesse ponto a fertilidade da análise econômica no estudo da boa-fé, pois a finalidade econômica converge com a jurídica "l'esprit de coopération indispensable à l'efficacité économique". GHESTIN, Jacques. «L'Analyse Économique de la Clause Générale». In GRUNDMANN, Stefan; MAZEAUD, Denis. *General Clause and Standards in European Contract Law: comparative law, EC law and contract law codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 177.



para todos envolvidos. O método da análise econômica da Teoria do Jogos permite visualizar esse potencial resultado (ganha-ganha, perde-ganha, ganha-perde, perde-perde) ao demonstrar que um em um contexto de assimetria de informação<sup>7</sup>, em que as partes não confiam umas nas outras, a estratégia dominante da escolha racional é a deserção (não-cooperação), em que todos perdem. Se não houver um instituto jurídico para proteger e incentivar a cooperação nos contratos essa não vai acontecer naturalmente, pois na lógica do “homem do estado de natureza”, o comportamento oportunista acaba sendo a estratégia calculada pela mente egoísta, maximizadora do interesse.

Na análise foram identificadas duas importantes características práticas da Cláusula Geral da Boa-fé que coincidem com o propósito último do Direito Contratual, na perspectiva da análise econômica neoinstitucionalista<sup>8</sup> – a redução dos custos de transação e inibição do comportamento oportunista.

Assim, a Cláusula Geral da Boa-fé pode ser um eficiente instrumento jurídico para economicamente incentivar a cooperação entre pessoas que não se conhecem, reduzindo os custos de transação. O desenvolvimento econômico que incentivará a inovação e a

---

<sup>7</sup> A assimetria de informação é considerada uma falha de mercado grave. O dilema do prisioneiro é um exemplo clássico para demonstrar que a estratégia racional dominante é a não cooperação, quando a cooperação era a escolha que iria trazer o resultado mais benéfico para todos. Esse conceito de Teoria dos Jogos não cooperativo será melhor trabalhado no tópico seguinte.

<sup>8</sup> A escola da nova economia institucional, inaugurada pelo Prêmio Nobel Ronald Coase, se opõe à teoria econômica clássica, que se preocupa em estudar o mercado como se as transações ocorressem sem atrito, pouco desenvolvendo atenção para os conceitos como custos de transação e oportunismo. Williamson, um dos integrantes da escola da nova economia institucional e discípulo de Coase, define oportunismo no contexto dos contratos incompletos, como sendo a busca do interesse pessoal como um elemento de engano “*By opportunism I mean self interest seeking with guile. This includes, but is scarcely limited, to more blatant forms, such as lying, stealing, and cheating. Opportunism more often involves subtle forms of deceit. Both active and passive forms and both ex ante and ex post types are included.*” Cf. WILLIAMSON, Oliver. *Economic Institutions of Capitalism: Firms, Market and Relational Contract*. Free Press, 1985. p. 47.



redução da pobreza das nações precisa de uma cooperação em larga escala para envolver desconhecidos nas relações contratuais. Sem uma eficiente proteção jurídica da confiança a partir da Cláusula Geral da Boa-fé, o resultado socialmente produtivo não tem lugar<sup>9</sup>. Por isso, uma norma aberta como a boa-fé objetiva é um importante remédio jurídico para inibir o oportunismo. Comportamento oportunista não é um conceito unívoco da teoria econômica, mas está relacionado de modo mais amplo à ideia da escolha racional egoísta do homem no estado de natureza teorizado por Hobbes, em que o “homem é lobo do próprio homem”. E é esse conceito que interessa para a pesquisa da função econômica da Cláusula Geral da Boa-fé. Além dessa perspectiva *hobbesiana*, é possível encontrar na análise econômica a associação do comportamento oportunista com conotações específicas, que resultam em ineficiência, a citar: *free rider* (caroneiro), *hold-out* (baluarte), *moral hazard* (risco moral), *adverse selection* (seleção adversa), *agency problem* (problema principal-agente), dentre outros.

A proteção da confiança a partir do instituto jurídico da boa-fé objetiva é também apontada por Schäfer e Ott<sup>10</sup> como relevante, especialmente em contextos econômicos em que há falha de mercado, como os resultantes da assimetria de informação. Recupera-se aqui a fertilidade do método econômico desenvolvido por Akerlof<sup>11</sup> em seu trabalho “*Market for Lemons*”, em que descobre e demonstra que na presença de informações assimétricas em relação à qualidade do bem, as mercadorias de baixa qualidade (*lemons*) acabam expulsando do mercado as de boa qualidade (*cherries*). No exemplo por ele trabalhado, a desconfiança no mercado de carros usados (*lemons* – ou abacaxis no Brasil), a assimetria de informação entre comprador

---

<sup>9</sup> COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd. *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*. Princeton University Press, 2009, p. 90.

<sup>10</sup> Cf. SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

<sup>11</sup> AKERLOF, George A. “The Market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism”. *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n° 3 (1970), p. 490.



e vendedor, criam incentivos para o comportamento oportunista que acaba expulsando os bons carros do mercado (resultado não socialmente produtivo). Essa foi a lógica demonstrada por Akerlof<sup>12</sup>. A sua aplicação é potencialmente interessante para essa pesquisa por revelar um dado mais grave: em um contexto de assimetria de informação, o prêmio pelo comportamento oportunista é superior ao prêmio pelo comportamento baseado na boa-fé. Assim, esse método econômico dos *lemons* pode ser usado para explicar como comportamentos desonestos têm expulsado comportamentos honestos no mercado.

O comportamento oportunista encontrará terreno fértil nos contratos de troca diferida. Isso porque se não houver a confiança como regra social ou um instrumento jurídico que a garanta, a parte que cumpre primeiro sua obrigação pode sofrer a defecção da outra parte que irá cumprir sua obrigação no futuro. Isso pode acontecer, por exemplo, em um contrato de empréstimo, em que as prestações não são simultâneas. Direito Contratual é assim necessário para mitigar o risco de defecção e induzir a cooperação das partes.

A utilização eficiente da boa-fé objetiva pode reduzir o oportunismo na fase pré-contratual ao estabelecer regras de dever de informação que sejam socialmente produtivas. Os custos de oportunismo pós-contratual, por sua vez, podem ser mitigados pela aplicação da boa-fé objetiva para que os Tribunais, chamados a intervir nos contratos, criem regras para proteger as partes contra a exploração oportunista após uma delas ter realizado investimento específico que não pode ser compensado<sup>13</sup>.

De acordo com Trebilcock<sup>14</sup>, o Direito Contratual na análise econômica deve (i) desempenhar um importante papel na prevenção do comportamento oportunista em acordos de cumprimento não

---

<sup>12</sup> Idem.

<sup>13</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The economic analysis of civil law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 342.

<sup>14</sup> TREBILCOCK, Michael J. *The Limits of Contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 16.



simultâneo; (ii) economizar os custos de transação; (iii) preencher eficientemente as lacunas dos contratos incompletos; (iv) distinguir e garantir o cumprimento eficiente dos contratos. Essas finalidades poderiam ser observadas pela doutrina e jurisprudência para aprimorar a técnica de concretização do conteúdo da Cláusula Geral.

Segundo Schäfer e Ott<sup>15</sup>, quatro condições econômicas alertam para a necessidade de um cuidado maior para proteção jurídica da confiança e a concretização jurídica da boa-fé objetiva de modo eficiente. A boa-fé exercerá um papel proeminente especialmente quando:

1. os custos de informação forem assimétricos.
2. a informação for socialmente produtiva.
3. existir um *premium* da boa-fé.
4. existir a possibilidade de *premium* de comportamento oportunista.

A aplicação da boa-fé objetiva, atenta aos efeitos práticos, contribui para redução dos custos de transação e para a inibição do comportamento oportunista com o prêmio pela cooperação. Para um resultado socialmente produtivo, os Tribunais deveriam preencher as lacunas do contrato com a Cláusula Geral da Boa-fé, como se o contrato pudesse ter sido plenamente especificado pelas partes *ex ante*, imaginando-se um contexto ideal em que não houvesse custos de transação (*fully specified contract*).

A grande questão está em observar na prática como os Tribunais, quando chamados a intervir nos contratos em contexto de pandemia da COVID-19, irão premiar cooperação ou punir os comportamentos oportunistas. Nesse sentido, o contexto cultural e as instituições como regras do jogo formal e informal, que constroem o comportamento das partes na relação contratual, também importam.

---

<sup>15</sup> SCHÄFER, Hans-Bernd ; OTT, Claus. op. cit., p. 375.



#### 4.1. O Resultado Socialmente Produtivo da Boa-Fé Objetiva Depende da Performance dos Tribunais de cada País e do Contexto Cultural

Para investigar, no Brasil, o real desenho institucional da boa-fé objetiva como “*law-in-action*” (direito em ação), em contexto de pandemia da COVID-19, é preciso conhecer as “regras do jogo” resultantes da interação entre a formalidade e a informalidade, que na prática criam incentivos para os indivíduos se comportarem de uma forma ou de outra. Essa concepção de instituições como sendo “regras do jogo” é dada pelo neoinstitucionalismo econômico, especialmente a partir dos anos 80, com destaque para a abertura de estudos interdisciplinares na área de sociologia, ciência política, economia, direito, administração e história, que resgatam a importância do estudo das instituições dando-lhe nova significação. Essa abordagem foi reforçada nos anos 90, com prêmio Nobel atribuído a Ronald Coase (1991), e mais recentemente com a abordagem histórica e cultural do economista Douglass North (1993), que desenvolveu estudos na área.

Importa compreender as crenças socialmente construídas nas relações contratuais dentro de um contexto cultural. Segundo North, é possível compreender questões que são reconhecidas por estarem coesas com as normas que regem o comportamento daqueles indivíduos parte do contrato<sup>16</sup>.

Lawrence Harrison na introdução “Por que a cultura importa”<sup>17</sup> destaca que a relação entre instituições e cultura é abordada repetidamente por Douglass North. Na sua obra “*Institutions, Institutional Change and Economic Performance*”, North aponta as coações informais na evolução institucional como oriundas de informações transmitidas socialmente, parte da herança do que se chama de cultura

---

<sup>16</sup> NORTH, Douglass. *Understanding the Process of Economic Change*. New Jersey: Princeton, 2005. p. 27.

<sup>17</sup> HARRISON, Lawrence; HUNTINGTON, Samuel. *A cultura importa: os valores que definem o progresso humano*. São Paulo: Record, 2002. p. 30.



– arcabouço conceitual para codificar e interpretar as informações que os sentidos apresentam no cérebro.

Assim, para capturar efetivamente o que seja instituição, é fundamental considerar o contexto sociocultural no qual se encontra inserida. A importação de instituições estrangeiras também é algo problemático. Podem ter formalmente o mesmo desenho institucional como no caso da Boa-fé Objetiva, inspirada no modelo de Cláusula Geral da Alemanha, mas assumem contornos distintos pelo modo como os indivíduos a compreendem e a aplicam no Brasil. A cultura e os valores sociais são relevantes na investigação dessas regras informais de cada país.

Indivíduos numa mesma cultura têm ideias comuns de como os outros indivíduos vão se comportar. A cultura envolve essas ideias sobre o comportamento humano, que são passadas a gerações sucessivas pela educação e experiência. Por esses fatores, não se pode esperar que a Cláusula Geral da Boa-fé funcione no Brasil tal como na Alemanha.

Essas redes e laços de confiança, uma vez existentes, podem compor a norma ou convenção informal que estimula ou constringe o comportamento dos indivíduos. Isso se associa à ideia de Capital Social sobre a lógica da cooperação. Capital Social tem seu sentido originalmente dado por Tocqueville para a democracia americana, o qual é aplicado por Putnam ao caso italiano: “Quanto mais elevado o nível de confiança numa comunidade, maior a probabilidade de haver cooperação”<sup>18</sup>. A confiança promove redes de cooperação e a própria cooperação gera confiança. Esse capital social atuaria, assim, como instituição informal. As pessoas confiam e acreditam que as outras vão cumprir a norma formal e tem incentivo para também cooperar.

---

<sup>18</sup> Segundo ele a acumulação de capital social (confiança, normas, cadeias de relações sociais) é uma das principais responsáveis pelos círculos virtuosos da Itália cívica. PUTNAM, Robert D. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 180.



Segundo Sthéfan Straub<sup>19</sup>, o capital social é um arranjo institucional informal. Explica que o capital social é algo que gera externalidades positivas para os membros do grupo, através de normas compartilhadas (confiança, crença, valores) e afeta o comportamento dos indivíduos. Na perspectiva econômica da teoria dos jogos, o capital social garante um resultado cooperativo em que todos ganham (ganha-ganha). Esse papel poderia ser exercido pela Boa-fé Objetiva nos contratos.

De modo diverso, considerando o contexto cultural do Brasil, em que há regiões onde as pessoas têm razões para desconfiar umas das outras e há a crença partilhada de que a maioria das pessoas não vai cumprir o contrato pactuado, cria-se um incentivo à não cooperação. Essa regra informal pode, ainda, ser reforçada pela *performance* dos Tribunais, que, inadvertidamente, podem premiar comportamentos oportunistas na revisão de contratos.

Essa situação em que pessoas, grupos e organizações são incapazes de cooperar, em função de desconfiança mútua e da falta de capital social, mesmo que a cooperação fosse beneficiar a todos, é denominada por Bo Rothstein de armadilha social (*social trap*), terminologia essa cunhada pela primeira vez, em 1973, pelo psicólogo John Platt. Isso significa que as pessoas só cooperam se acreditam que as outras também irão cooperar. O desenho institucional formal dado não é capaz de garantir, por si só, a cooperação. É preciso que exista uma regra informal que a reforce positivamente.

Por isso, a avaliação das consequências, relativas à premiação da cooperação na aplicação da Boa-fé Objetiva na revisão dos contratos é fundamental para se alcançar resultado socialmente produtivo. O desafio maior do Judiciário, chamado a intervir nos contratos em contexto de pandemia da Covid-19, será conseguir premiar a cooperação na revisão contratual, em contexto em que a desconfiança está presente como regra informal.

---

<sup>19</sup> STRAUB, Sthéfan. Coordination and institutions: A review of game-theoretic contributions. Corsica: ESNIE, 2007.



Por outro lado, em um contexto em que há confiança entre as partes e disposição de negociar a opção pela mediação na resolução de conflitos pode ser muito eficaz, evitando os riscos de erro judicial (que se afasta da aplicação eficiente da Boa-fé Objetiva na proteção da confiança e promoção da cooperação). A utilização da Boa-fé Objetiva atenta aos efeitos da cooperação permite às partes renegociarem o contrato, logrando preservar o contrato, com olhar para o futuro.

Assim, o sistema jurídico do país e seu contexto cultural importam para conhecermos as regras do jogo real, que na prática irão incentivar a aplicação eficiente da Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva, premiando a cooperação nas relações contratuais e desestimulando comportamentos oportunistas. Diversamente, se o modo de aplicar a Cláusula da Boa-fé Objetiva pelos Tribunais premiar, mesmo que de forma não intencional, o comportamento oportunista, esta intervenção judicial potencialmente se transforma em uma porta aberta para a insegurança jurídica, instabilidade e descrença nas relações contratuais. Estar atento às consequências de médio e longo prazo é fundamental para socialmente e juridicamente se pavimentar a construção da regra do jogo da cooperação em tempos de pandemia prolongada.

## **5. A Resolução Judicial dos Conflitos Decorrentes da Pandemia: Decisões Judiciais da Covid-19**

A quebra e ajustes de contratos impactados pela pandemia da Covid-19 estão disparando a quantidade de ações judiciais e de arbitragens, podendo levar ao colapso do Judiciário. Considerando a escassez de recursos do Estado, especialmente em momento de emergência, uma enxurrada de processos judiciais sobrecarrega o Judiciário, além de ser ineficiente em relação aos relacionamentos continuados durante o período indeterminado da crise.

O argumento mais comum das ações judiciais baseia-se na ideia de imprevisibilidade do coronavírus, resultando na impossibilidade



de cumprimento das obrigações por onerosidade excessiva ou desvantagem desproporcional para a parte contratante. Pessoas jurídicas e físicas buscam postergar ou revisar formas de pagamentos, flexibilizar termos de contratos e ajustar suas relações com parceiros ou nos contratos de trabalho, e terão que fazê-lo reiteradamente. São processos que abrangem várias áreas do Direito privado e do trabalho, incluindo recuperação judicial e falência.

Contudo, os ajustes de contratos, principalmente os continuados, necessitarão de rearranjos constantes ou negociações reiteradas no sentido da realocação de responsabilidades e soluções referentes aos custos e design dos novos contratos. Estes, por sua vez, desencadeiam-se em subcontratos e em uma sequência de outras obrigações. Não se trata de mérito, previsibilidade ou negligência de qualquer uma das partes. O contexto global decorre de uma mudança disruptiva das relações sociais e comerciais decorrentes da crise econômica, desconstrução do parque produtivo nacional, das novas relações sociais, econômicas e trabalhistas mais virtualizadas, e de restrição de recursos e liquidez no mercado financeiro.

Os efeitos da crise não param na redução do Produto Interno Bruto (PIB), mas na reestruturação da sociedade num cenário de inflação, desemprego, redução da demanda, do crédito, de abastecimento de insumos, bens e serviços, e da ruptura de processos produtivos. As restrições de importação de produtos e insumos chaves resultarão na evidente quebra de cadeias produtivas, que terão que contar com uma resiliência para o enfrentamento da crise. O país empobrecerá de forma geral, e para evitar maiores prejuízos é essencial reduzir imprevisibilidades no quesito segurança jurídica e liberdades para contratar. Não importa o nível de restrição das medidas de enfrentamento da crise sanitária de cada país, o mundo todo sentirá os reflexos da crise econômica e mudanças estruturais no comércio internacional.

Uma intervenção com boas intenções e condições emocionais do Estado ou terceiros é “ver a árvore e não a floresta”. É certo que decisões caso a caso fazem parte do papel do Judiciário, que usa discricionariedade para fazer a subsunção do fato à lei. No entanto,



a pandemia da Covid-19 traz uma imprevisibilidade e um impacto econômico democrático e generalizado. O que enfrentamos é uma realidade dura, de escolhas trágicas e mudanças disruptivas, que naturalmente eliminará empresas que não poderão mais gerar empregos e profissões que terão que se adaptar à nova realidade das relações sociais e do mercado. O efeito de decisões judiciais paternalistas e enviesadas sinaliza brechas para oportunismo e má-fé, prejudicando as relações de confiança imprescindíveis para o enfrentamento da crise da Covid-19. O advogado que der apoio a tal pretensão entrará em uma aventura jurídica com riscos desnecessários, apenas reforçando um quadro de insegurança jurídica e oportunismo. A insistência em se beneficiar de uma situação excepcional, ocasionada por um impacto geral, afasta o interesse na cooperação ou autocomposição. A função social do contrato relaciona-se à busca do bem-estar social, que neste cenário é evidenciada pela aplicação das funções do contrato, relacionadas anteriormente neste trabalho.

Ações judiciais com pedido de revisão contratual de aluguéis têm acontecido com frequência nos tribunais, sob a alegação de impossibilidade de pagamento do devedor. Como foi exposto reiteradamente acima, a prescrição da AED é a garantia do cumprimento do contrato e o incentivo à autocomposição. Reajustes ou encerramento de contratos, acordos e soluções criativas seguirão um processo dinâmico durante todo o tempo de enfrentamento da pandemia. Uma decisão “salomônica”, de cima para baixo, que reduz 50% do valor do aluguel, continua sendo uma intervenção perversa para uma das partes, que pode depender daquele pagamento para fazer face às suas necessidades, bem como enfraquece o relacionamento entre as partes e não considera que somente as partes conhecem o contexto e todas sofrem o mesmo desafio.<sup>20</sup> Com foco nas

---

<sup>20</sup> É interessante mencionar que a Alemanha determinou que o proprietário não poderá terminar o contrato ou despejar o inquilino no período entre 1 de abril e 30 de junho, nos contratos comprovadamente impactados pela Covid-19. E o governo poderá estender a regra até 30 de setembro, caso a vida social, atividade econômica e desemprego continuem em crise. O inquilino, por sua vez, poderá escolher



consequências, nenhum terceiro, por mais iluminado que seja, tem o conhecimento ou condições de equilibrar prejuízos, mesmo que uma das partes seja percebida como a que mais pode tolerar os efeitos da crise. A revisão de contratos deve se ater à vontade das partes, sendo apenas desejável em situações de cláusulas ambíguas e confusas sobre a vontade das partes.

A Análise Econômica do Direito está em sintonia com o estabelecido no Código Civil brasileiro. O inciso III do art. 421, introduzido pela Lei de Liberdade Econômica, estabelece que “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”. A teoria da imprevisão somente se aplica aos casos de resolução do contrato, quando ocorre a dissolução resultante de inadimplemento culposo ou fortuito. O art. 478, que trata de imprevisibilidade, reza que: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a *resolução* do contrato.” O Código de Defesa do Consumidor também corrobora com este entendimento. O locador é o único que pode pedir a revisão ou oferecer revisão do contrato. A única exceção de revisão legal é quando o reajuste do valor do contrato se mostra incompatível com reajustes nos últimos três anos. Por fim, o estímulo à autocomposição, e busca por soluções criativas pelas partes, é fundamental para criar “regras do jogo” seguras que permitam a sociedade enfrentar as grandes mudanças que ainda advirão do contexto nefasto da pandemia.

Vale reforçar que uma ação revisional de contrato de aluguel também não faz sentido economicamente, porque o locador não pode ser visto como instituição financeira, e não existe a garantia

---

a resolução do contrato. Em ambos os casos, o Direito alemão é referência positiva ao respeitar os contratos e aplicar eficientemente a garantia do princípio da boa-fé, discutido na seção 5 deste trabalho. Portanto, não existe flexibilização das obrigações financeiras do contrato, e o inquilino terá obrigatoriamente que cumprir com o pagamento de todas as prestações e multas nos termos do contrato.



que a parte aparentemente mais forte tem mais condições de tolerar os custos da revisão imposta. Não se trata de desequilíbrio entre as partes. Um locador pode depender do aluguel de sua propriedade para sua subsistência. Uma interferência paternalista, mesmo que com boas intenções, tem efeitos caros e ineficientes e pode romper o mais sagrado princípio da boa convivência social, que é a confiança entre as partes e o relacionamento duradouro (como no Direito de família ou nos contratos de execução continuada ou diferida). Do ponto de vista econômico, um pedido de revisão judicial por parte do devedor deverá ser indeferido por ausência de pressupostos e designada audiência de mediação ou conciliação. A garantia do contrato, por si só, incentiva o movimento de autocomposição dinâmica, que por sua vez, viabiliza a negociação reiterada até que haja um reequilíbrio do preço de aluguel ao preço de mercado e dos custos de transação. A solução ganho-ganho acordada é sempre a mais eficiente, principalmente em momento extraordinário de força maior para ambos os lados, como na pandemia da Covid-19.

Analisemos o caso dos contratos entre alunos e instituições de ensino com relação às mensalidades escolares. Devido aos efeitos das políticas de isolamento o Conselho Nacional de Educação (CNE), em 28 de abril de 2020, aprovou relatório com diretrizes e orientações para escolas e instituições de ensino superior, em nível estadual e municipal, sobre práticas que devem ser adotadas em termos do método de ensino, se presencial ou online, e a adaptação do currículo escolar. Além do empenho para cumprir com as diretrizes do CNE, as instituições de ensino estão sofrendo com as inadimplências e ações judiciais. Se as escolas não conseguirem sobreviver à crise devido ao impacto coletivo, todos os alunos sairão prejudicados, tanto em termos de uma redução de professores, de fálência, e eventualmente, com um aumento de preço das mensalidades. Não importa se o desconto do preço das mensalidades seja realizado de forma linear ou caso a caso, a recomendação é que o governo, juiz ou Sindicatos de Entidades de Ensino Superior facilitem soluções autocompositivas, compatíveis com as possibilidades de cada parte. Neste sentido, o Departamento de Estudos Econômicos do



Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/Cade) divulgou nota técnica no dia 24 de abril de 2020 alertando para potenciais efeitos negativos de qualquer interferência do Estado que vise impor descontos em mensalidades de estabelecimento de ensino, pelo prejuízo no ambiente concorrencial, falências, desemprego e dificuldades de realocação dos professores no mercado de trabalho.

Por outro lado, a assistência financeira direta do Estado aos indivíduos impactados pela crise da Covid-19, por meio de subsídios governamentais, é bem-vinda. Não existe aqui uma interferência do Estado em contratos privados. Da mesma forma, a política de financiamento de empresas tem um efeito importante para o enfrentamento da crise econômica, evitando desemprego e preservando o PIB potencial. Como recursos são escassos, o Estado deve estudar as melhores opções de alocação emergencial de recursos públicos, evitando desperdícios. A técnica dos *nudges* trazida pela economia comportamental e o conhecimento do sistema de incentivos são fundamentais para escolhas públicas eficientes. Por esses motivos não é aconselhável ao Judiciário interferir nas difíceis decisões de competência de outras instituições, mesmo em situação de emergência.

Por fim, vale a pena comentar sobre o deferimento do pedido de tutela de urgência de ação popular pela Justiça Federal da 1ª Região<sup>21</sup> determinando que o Banco Central do Brasil (Bacen) tome uma série de medidas para aumentar a liquidez no mercado. Dentre elas, a decisão obriga o Bacen a impor às instituições financeiras medidas de suspensão de cobrança das parcelas de créditos consignados aos aposentados por quatro meses; da concessão de prorrogações das operações de crédito firmadas com empresas e pessoas jurídicas; e da determinação às instituições financeiras de não distribuir lucros e dividendos a seus acionistas. O objetivo da ação popular é nobre, ao reforçar a necessidade de termos mais crédito e liquidez no mercado, em benefício das empresas e famílias que foram impactadas pela crise.

---

<sup>21</sup> Juiz Renan Coelho Borelli, da 9ª Vara Federal Civil do Distrito Federal (Justiça Federal da 1ª Região), processo 1022484-11.2020.4.01.3400, de 20/04/2020.



Interessante notar que o Banco Central do Brasil já havia tomado uma série de medidas emergenciais no mesmo sentido, sem abrir mão da solidez e da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional<sup>22</sup>. Todas as medidas adotadas buscam justamente ampliar o nível de liquidez no mercado, facilitar a negociação das dívidas dos devedores com as instituições financeiras e permitir volume maior de crédito para o financiamento da dívida dos devedores mais afetados pela crise. A medida de relaxamento das regras prudenciais pelo Bacen possibilita às instituições financeiras utilizarem uma parcela maior do capital para a realização de mais operações de crédito. No entanto, esta folga de crédito autorizada na circunstância da Covid-19 não pode ser utilizada para distribuição de lucros e dividendos a seus acionistas. Todas as medidas do Bacen seguiram a orientação do Banco de Compensações Internacionais ou Banco de Pagamentos Internacionais (*Bank for International Settlement – BIS*) que reforça a importância da solidez do sistema financeiro internacional após a crise de 2008.

Entretanto, mesmo buscando objetivos convergentes, a intervenção do juiz no Banco Central do Brasil, que tem como competência a regulação do sistema financeiro nacional, pode ter efeitos perversos. As instituições financeiras fazem o papel de intermédio entre o cliente e os produtos do mercado financeiro, tendo os contratos de crédito como meio de transação, precificados pelo equilíbrio de preços e risco do mercado, confiança no cumprimento dos contratos e na segurança jurídica. Assim, os bancos concedem empréstimos a devedores (empresas e famílias que pegam empréstimo) com dinheiro depositado pelos credores (empresas e família depositantes e investidoras). Uma proteção aos endividados prejudica justamente os credores, que também são pessoas físicas ou jurídicas, que contam com os valores depositados e seus rendimentos. Aliás, não faz o menor sentido, nas circunstâncias da crise econômica atual, impor aos bancos a suspensão

---

<sup>22</sup> BANCO CENTRAL DO BRASIL. Medidas de combate aos efeitos da Covid-19. Disponível em: < [https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/medidasdecombate\\_covid19](https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/medidasdecombate_covid19)>. Acesso em: 08 jul. 2020.



das parcelas de créditos consignados concedidos a aposentados, que têm seus salários garantidos, como os funcionários públicos. As partes que necessitam maior atenção do governo são os desempregados e empresas com problemas financeiros. Uma interferência impositiva do Judiciário em contratos financeiros e nas políticas monetárias de competência do Banco Central pode criar efeitos opostos, como a retração da concessão de crédito pelas instituições financeiras, bem como ameaçar a solidez e estabilidade do único pilar saudável na crise econômica atual, o do Sistema Financeiro Nacional.

## 6. Conclusão

O surgimento da Covid-19 mudou o mundo com efeitos disruptivos em todas as áreas da sociedade. A crise econômica resultante das medidas determinadas pelas políticas públicas de enfrentamento da Covid-19 terá reflexos nas instituições que regem as relações jurídicas, sociais e econômicas.-

O Estado como um todo tem a difícil tarefa de decidir e determinar “as regras do jogo”, de forma a evitar incentivos oportunistas e maior imprevisibilidade na sociedade. Manter os contratos, permitir a alocação eficiente de recursos e a autocomposição pelas partes, evitará danos maiores e uma recuperação mais lenta. A coesão das decisões nos valores trazidos pela AED viabilizará segurança jurídica e incentivos para novas contratações e adaptação com menores custos de transação. A identificação de entraves existentes no Direito contratual brasileiro é relevante para permitir às instituições públicas estimular os agentes de mercado a cooperar e achar soluções criativas e sustentáveis.

Esperamos que os estudos de caso possam elucidar decisões muitas vezes baseadas em escolhas trágicas, mas evitando prejuízos estruturais que inviabilizam a retomada no mercado. As recomendações da AED são utilizadas por operadores do Direito no mundo inteiro, independente do sistema jurídico, e tem propiciado ambientes de negócios mais favoráveis à contratações e investimentos.



Por fim, entendemos ser importante ao tomador de decisão ter em mente que contratos eficientes ocorrem com maior frequência em ambiente institucional que ofereça confiança, boa-fé, segurança jurídica e métodos de solução de conflitos autocompositivos, reforçando a vontade das partes. Assim, o marco regulatório dos contratos, incluindo leis e decisões judiciais, cumprirá sua função social.

## Referências

- ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandes. *Tribunal Multiportas: Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.
- AKERLOF, George A. "The Market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism". *Quarterly Journal of Economics*, vol. 84, n° 3 (1970), p. 490.
- AUER, Marietta. *The Structure of Good Faith: A Comparative Study of Good Faith Arguments*. nov. 2006, p. 61. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=945594>>. Acesso em: 08 jul 2020.
- AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. 6ª Edição, 2016.
- BANCO CENTRAL DO BRASIL. Medidas de combate aos efeitos da Covid-19. Disponível em: <[https://www.bcb.gov.br/acesoinformacao/medidasdecombate\\_covid19](https://www.bcb.gov.br/acesoinformacao/medidasdecombate_covid19)>. Acesso em: 08 jul. 2020.
- COASE, Ronald. "The Problem of Social Cost". *Journal of Law and Economics*. The University of Chicago Press, vol. 3 (out., 1960), pp. 1-44.
- COASE, R. H. *The Firm the Market and the Law*. University of Chicago Press, 1988.
- CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes. *Da Boa-Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, pp. 162 - 170.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2019. Brasília. Disponível em: <[https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica\\_em\\_numeros20190919.pdf](https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf)>. Acesso em: 08 jul. 2020.



- COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Tradução: Luis Maercos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª ed. – Porto Alegre: Bookman, 2010. pp. 200 - 309.
- COOTER, Robert D.; PORAT, Ariel. *Getting Incentives Rights – Improving Torts, Contracts, and Restitution*. Princeton University Press, 2014.
- COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd. *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*. Princeton University Press, 2009, p. 90.
- COUTO e SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 33.
- EBKE, F. Werner & STEINHAEUER, Bettina M. “The Doctrine of Good Faith in German Contract Law”. In BEATSON; FRIEDMANN (ed.). *Good Faith and Fault in Contract Law*. Oxford: Clarence Press, 1995. p. 183.
- FISHER, Roger. URY, William. PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: A negociação de acordos sem concessões*. Rio de Janeiro: Imago, 2005.
- GOMES, Elena de Carvalho. “Sobre a cláusula geral de boa-fé e sua abordagem por Pontes de Miranda no Tratado de Direito Privado”. *Roma e America Diritto Romano Comune*. Mucchi Editore, vol. 35 (2014), p. 336.
- GHESTIN, Jacques. «L'Analyse Économique de la Clause Générale». In GRUNDMANN, Stefan; MAZEAUD, Denis. *General Clause and Standards in European Contract Law: comparative law, EC law and contract law codification*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 177.
- GONÇALVES, Jéssica. “Acesso à justiça e teoria dos jogos: do jogo competitivo do processo civil ao ‘jogo’ fraterno da mediação”. In VERO-NESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar; MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira (ed.). *O Direito Revestido de Fraternidade: Estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em direito da UFSC*. Florianópolis: Editora Insular, 2016, pp. 165-185.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. Pp. 66-76.
- HARRISON, Lawrence; HUNTINGTON, Samuel. *A cultura importa: os valores que definem o progresso humano*. São Paulo: Record, 2002. p. 30.



- LIPSON, Jonathan C. POWELL, Norman M. *Don't just do something – Stand There! A modest proposal for a model standstill/tolling agreement*. Disponível em: <<https://businesslawtoday.org/2020/04/dont-just-something-stand-modest-proposal-model-standstilltolling-agreement/>>. Acesso em: 08 jul. 2020;
- LIPSON, Jonathan C. POWELL, Norman M. Model Standstill/ Tolling Agreement. Disponível em: <<https://businesslawtoday.org/wp-content/uploads/2020/04/without-annotations.html>>. Acesso em: 08 jul. 2020.
- LIPSON, Jonathan C. POWELL, Norman M. Model Standstill/ Tolling Agreement (Commentated version). Disponível em: <<https://businesslawtoday.org/wp-content/uploads/2020/04/annotated-version.html>>. Acesso em: 08 jul. 2020.
- MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. Tradução e adaptação: Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MACKAAY, Ejan. LEBLANC, Violette. “The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law of Contract”. *European Law and Association Conference*. Nancy, sep. 2008, p. 9.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé como Modelo: Uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale*. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS. Porto Alegre, vol. 2, n.º. 4 (ago. 2014), pp. 347-379. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir/article/view/49203/30834>>. Acesso em: 08 jul. 2020.
- MOORE, Christopher W. *The mediation Process: Practical strategies for resolving conflict*. 4ª ed. San Francisco: Jossey-Bass (A Wiley Brand), 2014.
- MOORE, Christopher W. *O Processo de mediação: Estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2ª ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- NATIONAL HEALTH COMMISSION OF THE PRC. *Registro de conferência de imprensa em 26 de abril de 2020*. Disponível em: <<http://www.nhc.gov.cn/xcs/s3574/202004/c913b03d1d2947e9bf8a880efbcadbba.shtml>>. Acesso em: 07 jul. 2020.
- NORTH, Douglass. *Understanding the Process of Economic Change*. New Jersey: Princeton, 2005. p. 27.
- OLIVEIRA, Gustavo Justino de. ESTEFAM, Felipe Faiwichow. *Curso Prático de Arbitragem e Administração Pública*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.



- PISTOR, Katharina. "Legal Grounds Rules in Coordinated and Liberal Market Economies". *ECGI - Law Working Paper*. n.º. 30 (2005), p. 15.
- POSNER, Richard. *Para além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- PUTNAM, Robert D. *Comunidade e Democracia: a experiência da Itália moderna*. Trad. Luiz Alberto Monjardim. Rio de Janeiro: FGV, 2005. p. 180.
- SANDRI, Jussara Schmitt. *Função Social do Contrato. Conceito. Natureza Jurídica e fundamentos*. Londrina, PR: Revista de Direito Público, vol.6, n.º 2 (ago. set. 2011), pp. 120-141.
- SCHÄFER, Hans-Bernd; OTT, Claus. *The Economic Analysis of Civil Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 342.
- SINGH, Himani. *Pre-packaged Insolvency in India: Lessons from USA and UK*. 2020. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3518287](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3518287)>. Acesso em: 08 jul. 2020.
- STRAUB, Sthéfan. *Coordination and institutions: A review of game-theoretic contributions*. Corsica: ESNIE, 2007
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Estabilização da demanda no novo Código de processo civil*. *Revista de Processo*, vol. 244 (jun. 2015). Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao\\_e\\_divulgacao/doc\\_biblioteca/bibli\\_servicos\\_produtos/bibli\\_boletim/bibli\\_bol\\_2006/RPro\\_n.244.08.PDF](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.244.08.PDF)>. Acesso em: 08 jul. 2020.
- TIMM, Luciano Benetti (org.), *Direito e Economia no Brasil*, 3ª ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2019.
- TREBILCOCK, Michael J. *The Limits of Contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 16.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *A hora e a vez da arbitragem por equidade - Mais um efeito do coronavírus*. Artigo publicado no jornal eletrônico "Migalhas" em 29 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/325610/a-hora-e-a-vez-da-arbitragem-por-equidade-mais-um-efeito-do-coronavirus>>. Acesso em: 08 jul. 2020.
- WALDMAN, Ellen. *Mediation Ethics: cases and commentaries*. San Francisco: Jossey-Bass (A Wiley Brand), 2011.
- WARAT, Luis Alberto; MEZZARROBA, Orides. *Surfando na pororoca: O ofício mediador*. Florianópolis: Boiteux, 2004.



- WATANABE, Kazuo. "Mediação como política pública social e judiciária". *Revista do Advogado*. São Paulo, vol. 34, nº 123 (2014), pp. 35-39.
- WIEACKER, Franz. *El Principio General de la Buena Fe*. Traduzido por J. Carro. Título original em alemão: *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*. Madrid: Civitas, 1997. p. 29.
- WILLIAMSON, Oliver E.; WINTER, Sidney G. *The nature of the firm – Origins, Evolution, and Development*. New York: Oxford University Press, 1993.
- WILLIAMSON, Oliver. *Economic Institutions of Capitalism: Firms, Market and Relational Contract*. Free Press, 1985. p. 47.
- ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. "Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape". In *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge Press, 2000, p. 23.