

CONTRATOS EM TEMPOS DE COVID-19

Rachel Sztjan¹

Flavia Santinoni Vera²

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega³

Luciana Yuki Fugishita Sorrentino⁴

“Todos os advogados deveriam procurar compreender a economia. Com sua ajuda aprendemos a considerar e a pesar os fins legislativos, os meios de alcançá-los e o custo envolvido. Aprendemos que para obter algo é necessário abrir mão de outra coisa, aprendemos a comparar a vantagem obtida com a vantagem que renunciamos e a saber o que estamos fazendo quando escolhemos.”

Juiz Oliver W. Holmes Jr. da Suprema Corte dos Estados Unidos, 1897

¹ Professora da USP. Livre docente. Precursora do Direito e Economia no Brasil.

² Doutora em Direito pela UC Berkeley. Bacharel em Direito e Economia pela UnB. Pós-doutorado na *Columbia University*; *Brandeis University*; Universidade de Hamburgo na Alemanha; e Fellow do *International Centre for Economic Research*. Professora do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP-DF). Analista Legislativo do Senado Federal. Presidente da Associação Latino América e Ibérica de Direito e Economia (ALACDE) e Presidente fundadora da Associação Brasileira de Direito e Economia (ABDE).

³ Professora da Faculdade de Direito do Recife – Universidade Federal de Pernambuco. Coordenadora do Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais no Programa de Pós-graduação em Direito da UFPE. Pós doutorado no *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – Hamburg*. Doutora em Direito pela UFPE, com período sanduíche na Bucerius Law School – Hamburg – Alemanha. Mestre em Ciências Política e Mestre em Direito pela UFPE.

⁴ Mestre em Administração Pública pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP. Juíza de Direito do TJDF. Coordenadora da linha de pesquisa “Justiça Multiportas” do Comitê Científico de Pesquisa do TJDF. Agraciada com o Prêmio Conciliar é Legal – categoria Juiz Individual do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2016.

Sumário: 1 – Introdução – 2. Contratos impactados pelo coronavírus – 3. Funções do Contrato – 4. Quebra de contrato – 5. A aplicação da Cláusula Geral da boa-fé – 5.1. Breve histórico do conceito - 5.2. Aplicação da Boa-fé objetiva na Alemanha no período entre guerras (1920) - 5.3. Riscos - O Voo suicida da Cláusula Geral da Boa-fé objetiva - 5.4. A Função Econômica da Cláusula Geral da Boa-fé: reduzir os custos de transação, premiar a cooperação e inibir o comportamento oportunista - 5.5. O resultado socialmente produtivo da Boa-fé Objetiva depende da performance dos Tribunais de cada país e do contexto cultural - 6. A resolução dos conflitos decorrentes da pandemia. - 6.1. Justiça Multiportas. - 6.2. A solução pela via judicial – 6.3. A solução pela via extrajudicial. – 7. Decisões Judiciais - 8. Conclusão – 9. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO



expressão “autossuficiência” pode ter duas interpretações. A autossuficiência no sentido fechado (*self-sufficiency*) ocorre quando não há trocas entre as pessoas e, cada um consome o que produz: não existe comércio e os ganhos econômicos são reduzidos. Robinson Crusoe é um bom exemplo, pois era obrigado a pescar, colher frutas, beber água do rio e construir sua casa na árvore. Sua qualidade de vida em geral era muito baixa, e era responsável pela produção de todos os bens para seu consumo.⁵

⁵ Como exemplo de conceito de autossuficiência fechada em nível nacional, após a crise de 1929, a política Cepalina de substituição de importações foi implementada no Brasil com o objetivo de produzir internamente tudo aquilo que antes era importado, para resolver problemas de dependência de capitais externos desencadeados por fatores políticos, econômicos e conflitos internacionais. No entanto, como recursos são escassos, nos anos 1980, o peso de encargos dos Estados protecionistas na maioria dos países da América Latina gerou endividamentos, que resultaram em dívida externa junto ao FMI, e, eventualmente, ao abandono do modelo. Assim, inicia-se um período de abertura para o comércio internacional.

O segundo conceito de autossuficiência integra o cidadão à sociedade. Assim, a pessoa pode se especializar na produção de um bem ou serviço e trocar por uma variedade de outros bens e serviços ofertados em mercados, aumentando substancialmente seu bem-estar. É uma forma de autossuficiência aberta (*self-reliance*), que conhecemos em nossa sociedade, em que um indivíduo, ao se especializar na produção de um bem ou prestação de serviço, por meio de trocas, adquire uma variedade de outros bens e serviços de que precisa ou deseja.

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 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.

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 que, na prática, 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 a 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 explicou Ronald Coase. 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 incentivo para contratar. O direito e 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 de jogos, ramo da matemática aplicada⁶. 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.

Uma solução eficiente após uma crise circunstancial como a que atualmente se experimenta confiança entre as partes e, conseqüentemente, a possibilidade para preservar ou refazer o

⁶ As ciências sociais ganharam muita clareza e precisão com as explicações da Teoria de Jogos, que é um ramo da matemática aplicada que estuda comportamentos racionais e estratégicas dominantes de jogadores que buscam maximizar seus ganhos e minimizar perdas em situações de competição ou cooperação. 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.

relacionamento impactado. Esse é o foco principal do estudo dos contratos para a Análise Econômica dos Contratos. Fatos imprevisíveis

Fatos imprevisíveis ocorrem na realidade e são fonte da incompletude contratual salvo nos contratos de execução instantânea. O conceito de “*Cheapest Cost Avoider*” trazido por Coase, na alocação de riscos, reforça a técnica de internalização eficiente quando da quebra ou flexibilização de contratos, estabelecendo que os prejuízos devem ser suportados pela parte que o faça a custo menor. Um exemplo clássico é um contrato entre um produtor de petróleo bruto da Arábia Saudita e uma refinaria de petróleo inglesa, que, por sua vez, redistribuiu o petróleo contratado para vários outros países compradores da Europa e tem que cumprir prazos de entrega. O início de guerra no Golfo Pérsico, ocasião em que o navio que transportava o petróleo bruto à refinaria Inglesa foi impedido de continuar a navegar, com a consequente quebra dos contratos de distribuição decorrente de fato exógeno e não previsto. A solução eficiente que mantém a confiança das partes e incentiva contratação futura é determinar que a parte que poderia ter previsto o risco arque com os custos do evento adverso. Assim, a corte de Haia, por diversas vezes, decidiu que a produtora de petróleo arque com os prejuízos já que poderia conhecer melhor a política do Oriente Médio e o risco de guerra e eventual retenção dos navios. Assim a refinaria inglesa terá todo incentivo para celebrar contrato futuro, que provavelmente incluirá este risco. É solução pedagógica, que, focada nas consequências, realinha a confiança, mantém o relacionamento entre as partes e aprimora os termos do contrato.

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 do 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 do 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 11 de março de 2020, o Ministério da Saúde 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 sofre um efeito nefasto e sem precedentes. A previsão é que mais de 3 milhões de trabalhadores perderão o emprego; 600 mil pequenas empresas fecharão e 80% de pequenos lojistas irão quebrar. A que do Produto Interno Bruto (PIB) está prevista em 3,4%. A reestruturação, recuperação e retomada de crescimento não será algo rápido ou fácil. Inadimplências aparecem em percentuais altíssimos em todos os setores; como, por exemplo, a previsão do Sindicato das Instituições de Ensino Superior Privado (Semesp), que estima a taxa de inadimplência de 25,5% no ensino superior. 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 do covid-19.

O propósito do presente estudo é oferecer conceitos da Análise Econômica do Direito 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 do covid-19.

Na primeira parte, discutiremos o contexto dos contratos impactados pelo coronavírus, seguidas de uma revisão rápida das funções dos contratos conforme orientação da AED, e de incentivos e prescrições quando de quebras de contratos.

Na parte seguinte, traremos uma referência à aplicação do princípio da boa-fé à luz do sistema jurídico alemão, que será uma contribuição extremamente relevante e útil neste momento.

Em seguida, trataremos da importância de métodos auto-compositivos como a mediação como melhor alternativa de resolução de conflito de contratos em tempos do coronavírus. Vale reforçar que, quando os custos de transação são baixos, menores do que os custos que o juiz tem para buscar informações, o recomendável é descentralizar as decisões para as partes.

Por último, de forma direta e aplicada, traremos variados exemplos de ações e decisões judiciais reais e hipotéticas de pedidos de flexibilização e quebra de contratos, com o incentivo e prescrição da Análise Econômica do Direito.

2. CONTRATOS IMPACTADOS PELO CORONAVÍRUS

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

Em nível nacional, prevê-se rupturas e ajustes de cadeias

produtivas e, possivelmente, maior fechamento de fronteiras nos moldes do antigo modelo nacionalista de substituição de importações. Quando a produção se submete a fornecedores de outros países seja de produtos, serviços, ou insumos estrangeiros para a indústria nacional, não há como descartar a hipótese de se ser tomado como refém. Além do mais, como a crise econômica é global, o Brasil é afetado por uma desorganização e reconstrução da economia internacional.

Como exemplo, os equipamentos de proteção individual (EPIs) usados por profissionais de saúde, como 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 como a fábrica nacional, a Fitesa, 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.⁷

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 da 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

⁷ 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 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 disponível em <http://www.nhc.gov.cn/xcs/s3574/202004/c913b03d1d2947e9bf8a880efbcad-bba.shtml>.

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 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 para aproveitar 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 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 nova era de novos paradigmas e desafios.

3. FUNÇÕES DO CONTRATO

Função social dos contratos, conforme recomendações da AED, é facilitar a livre e voluntária circulação da riqueza, isto é, de bens e serviços com o que as pessoas satisfarão suas necessidades e desejos. De forma geral, a eficiência econômica requer o cumprimento dos contratos nos termos inicialmente pactuados. Por este motivo, a redação dos contratos deve seguir algumas premissas, para que eles sejam cumpridos com boa-fé, sempre respeitando a vontade das partes. Algumas são: 1) redigir o clausulado negocial da forma mais simples e clara possível; 2) dar destaque aos pontos mais polêmicos; 3) prever as mais diversas situações e cenários, que podem colocar em risco o cumprimento do que foi acordado; 4) diminuir possibilidades de oportunismos, reforçando a confiança entre as partes; 5) incluir cláusulas prevendo formas e locais de resolução de conflitos; 6) é recomendável cláusula de revisão periódica dos termos do contrato.

De forma didática, a seguir listaremos algumas funções do marco regulatório dos contratos segundo recomendações da Análise Econômica do Direito, de forma que o direito contratual garanta a segurança e previsibilidade necessárias para as operações econômicas.

Função 1: Criar um canal de cooperação entre as partes.

Um sistema jurídico deve proporcionar um marco regulatório formal que estimule a cooperação eficiente entre as partes e que minimize os efeitos perversos de falhas de mercado. Assim, podemos transformar situações onde agentes de mercado não contrariam por falta de confiança (ambiente não cooperativo) em jogos ou situações cooperativas, que só existem com o apoio institucional daquele ambiente jurídico. A aplicação do princípio da boa-fé de forma que garanta a cooperação entre as partes é fundamental. Teremos uma seção específica sobre o tema mais a diante.

Função 2: Reduzir assimetrias informacionais, ou seja, a diferença de informação entre compradores e vendedores sobre o objeto de troca, como um carro usado. No caso, o comprador fica em situação de desvantagem, e existe a possibilidade de oportunismo por parte do vendedor e, portanto, de desequilíbrio negocial. Para os contratantes exercerem a real autonomia para contratarem, devem conhecer os termos do contrato e ter informação perfeita e completa sobre o objeto. Assimetria informacional é uma falha de mercado clássica, que tradicionalmente enseja a intervenção do Estado no mercado. É interessante notar que as tecnologias de informação têm resolvido muitos problemas causados por assimetrias informacionais ao viabilizar maior acesso a informações.

*Função 3: Salvaguardar o cumprimento em nível ótimo*⁸

⁸ O termo “ótimo” ou “otimização” significa tornar ótimo ou ideal. É buscar melhores alternativas para se atingir objetivos determinados em qualquer área de atividade. Não significa uma solução de 100%. Por exemplo, determinar um nível de troca de informações total em um contrato não é eficiente, já que implica custos maiores que benefícios. O melhor tende a ser a obrigatoriedade da divulgação de informação relevante

pelo contratado. As instituições devem permitir um ambiente que permita salvaguardar o cumprimento em nível ótimo do contrato por parte do agente prestador de serviço ou fornecedor de bem, reforçando a ideia de compromisso crível. O nível de cumprimento é sempre ótimo, o que não significa 100%. Sempre dentro do possível e de forma a gerar confiança para a parte contratante.

Função 4: Regular as expectativas em nível ótimo do contratante. O lado reverso da moeda do cumprimento crível é o papel do direito de contrato de criar um ambiente de expectativa de quem contrata também em um nível ótimo. Então, ambas as partes que contratam devem regular suas promessas e expectativas com base no objeto contratado e nos riscos envolvidos no negócio. A análise econômica do direito analisa com maior profundidade cada uma dessas funções e recomenda regras e sistemas de incentivos para cada situação.

Função 5: Reduzir custos de transação. As instituições devem criar instrumentos que estimulam contratações com mais segurança e menores custos para as partes. Na verdade, talvez a função jurídico-econômica dos contratos seja reduzir custos de transação e facilitar acordos e ajustes quando os custos são altos

Função 6: Estimular e preservar relacionamentos duradouros dos contratos de execução continuada ou diferida de forma a maximizar todas as trocas que gerem excedentes para as partes envolvidas o que, por sua vez, viabiliza crescimento econômico. O amadurecimento dos termos contratuais, a reputação, boa-fé entre as partes e formas cooperativas de recontrações são essenciais para a manutenção de relacionamentos de longo prazo.

Entendemos que, apesar de a Análise Econômica do Direito, usada como ferramenta para aprimorar a aplicação de todos os sistemas jurídicos não constar nas funções clássicas do

para o cumprimento do contrato. Pretender ou exigir a inclusão de todas as informações é impossível e caro: portanto, indesejável.

direito, vale a pena utilizar exemplos de como uma forma de interpretação no Brasil pode trazer efeitos distorcidos e incentivos perversos, como uma “bomba atômica com efeitos retroativos”.

A Função Social do Contrato, tal como dispõe o artigo 421 do Código Civil no Brasil, consagrou princípios como o da boa-fé objetiva e a função social dos contratos norteados na dignidade da pessoa humana, equilíbrio contratual e no intervencionismo estatal. O princípio contemplado na redação do artigo 421 do Novo Código Civil de 2002 reza que “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. Quando ocorre a intervenção do Estado no contrato (a publicização de um instituto do direito privado) por meio de uma decisão judicial que, de forma parcial e em nome de fazer “justiça social”, mesmo que com boas intenções, pode se tornar um inimigo público, gerando efeitos distorcidos que, na maioria das vezes, prejudica exatamente a parte mais “frágil”, que pretendia proteger.

Um exemplo marcante da intervenção desastrosa do Judiciário em nome da função social do contrato é o caso emblemático da Soja Verde. Tratou-se da quebra de uma relação contratual duradoura de 15 anos de comercialização antecipada de soja, sob o argumento de desequilíbrio financeiro dos contratos.

Ocorre que em Goiás, como no estado de Mato Grosso, fazendeiros não tinham como financiar o plantio da soja, buscar compradores no mercado internacional e lidar com os riscos e desafios inerentes da agricultura. Com o contrato de compra e venda antecipada de soja com intermediários (*traders*) que realizavam a compra antecipada da produção, permitindo ao fazendeiro produtor receber o valor da safra em forma de crédito e focar na produção. Do outro lado, os intermediários assumiam os riscos dos preços internacionais, buscavam e comercializavam com compradores internacionais, cuidavam do armazenamento e da exportação. A troca beneficiava ambos e permitia a especialidade.

No entanto, em 2004, após 15 anos de relacionamento frutífero, ocorreu inesperada valorização do preço da soja no mercado internacional de quase 50% pela destruição de uma safra de exportador internacional concorrente. Os intermediários ficariam com todo o lucro adicional, já que atuavam no mercado de risco. Alguns fazendeiros produtores de soja, inconformados com o desequilíbrio dos ganhos do contrato da outra parte naquele ano, entraram com ação de revisão contratual, alegando enriquecimento injustificado dos negociadores. Eles solicitaram em juízo o não cumprimento do contrato e a divisão do lucro com base na função social do contrato e desequilíbrio contratual. As decisões judiciais em Goiás e Mato Grosso divergiram, o que já enseja um clima negativo de insegurança no mercado. Vejam a seguir ementa de decisão do Tribunal de Justiça de Goiás acerca de pedido dos produtores.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL. COMPRA E VENDA DE SOJA. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO. LESÃO ENORME. ONEROSIDADE EXCESSIVA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA EQUIVALÊNCIA CONTRATUAL. RESCISÃO. POSSIBILIDADE. NOS CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA OU DIFERIDA, O DESATENDIMENTO DA FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E A OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA E DA EQUIVALÊNCIA CONTRATUAL FAZ EXSURGIR PARA A PARTE LESIONADA O DIREITO DE RESCINDIR O CONTRATO, MORMENTE SE OCORREREM ACONTECIMENTOS EXTRAORDINÁRIOS E IMPREVISÍVEIS QUE TORNEM EXCESSIVAMENTE ONEROSO O CUMPRIMENTO DA PRESTAÇÃO A QUE SE OBRIGARÁ. EXEGESE DOS ARTS. 421, 422 E 478, TODOS DA LEI 10.406/02, NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA (APELAÇÃO CÍVEL Nº 79.859-2/188, 1ª CÂMARA CÍVEL, TJ-GO, GRIFO DO AUTOR).

VENDA A FUTURO. SOJA. PREÇO PRÉ-FIXADO. DES-PROPORÇÃO DAS OBRIGAÇÕES. DISSOLUÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA. NO ATUAL

ESTÁGIO DO DIREITO OBRIGACIONAL, HÁ QUE SE TER EM DESTAQUE AXIAL OS PRINCÍPIOS DA BOA-FÉ OBJETIVA, DA PROIBIDADE, DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO E DA REPULSA À ONEROSIDADE EXCESSIVA, DE MODO QUE, VERIFICADA A QUEBRA DESTE MICROSSISTEMA, MORMENTE EM RAZÃO DA MANIFESTA DESPROPORÇÃO DAS OBRIGAÇÕES, TAL CIRCUNSTÂNCIA IMPORTA RESOLUÇÃO DO PACTO, AO TEOR DOS ARTS. 187, 421, 422, 478 E 2035, PARÁGRAFO ÚNICO, TODOS DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E IMPROVIDA (Apelação Cível no 82.254- -6/188, 1ª Câmara Cível, TJ-GO).

Em resumo, o princípio da função social do contrato foi acolhido por tribunais como justificativa para a rescisão da compra e venda para entrega futura de soja em nome de alegado desequilíbrio contratual. Esse foi um sinal do judiciário de que os contratos poderiam ser descumpridos. Conhecendo a natureza racional dos homens, o resultado é previsível. As empresas não mais estavam disponíveis para a compra antecipada, alegando que a variação de preço fazia parte do jogo de comércio. É claro que as empresas *traders* estão no mercado com o objetivo de obter retorno, como, aliás, também os agricultores. Às decisões judiciais que aceitaram o argumento de desequilíbrio contratual, seguiu-se, na safra subsequente, a não antecipação de insumos pelas *tradings* o que levou ao aumento da demanda por crédito junto ao Banco do Brasil.

No âmbito dos contratos, algumas decisões judiciais acabam desarranjando o mercado e trazendo insegurança e óbices ao desenvolvimento econômico. Com isso, a coletividade é que sai perdendo como resultado da ineficiência gerada, pagando juros e tributos mais altos. A análise econômica do direito tende a interpretar a leitura do artigo 421 do NCC acerca da função social do contrato de forma que fortaleça as instituições jurídicas para o desenvolvimento econômico do Brasil ao sugerir o cumprimento de contratos. Assim, a garantia de instituições sólidas gera menor índice de incerteza, menor desconfiança, menos

riscos e, conseqüentemente, um maior bem-estar que pode ser traduzido como o efetivo atendimento de todas as funções de contratos.

4. QUEBRAS DE CONTRATOS

Flexibilizações, recontrações ou quebras de contrato são partes inevitáveis das interações humanas e sociais, e inerente à incompletude contratual. De acordo com Norberto Bobbio, “Qualquer grupo social, qualquer sociedade histórica pode ser definida em qualquer momento de acordo com as formas de Conflito e de cooperação entre os diversos atores que nela surgem”.

O ambiente institucional eficiente valoriza as funções dos contratos e permite que contratos, 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 piores. A AED traz a seguir recomendações a juizes, 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 consequentialista 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.

I. DESEQUILÍBRIO DE PODERES ENTRE AS PARTES

(Em geral, estes casos requerem a intervenção ativa de juiz ou de aparato institucional que balizem direção do conflito, ou seja, da probabilidade de ganho da parte desfavorecida e por isto permite uma negociação e acordo).

a) *Incapacidade*: Se no conflito houver uma *parte incapaz*.

Incentivo: proteger a parte incapaz a um custo menor.

Prescrição: Interpretar contrato para o interesse da parte incapaz ou invalidar o contrato.

Observação: O direito tem um papel de pacificar, e assim, deve evitar abusos às minorias ou a partes incapazes, de forma a evitar má-fé, oportunismos e promover isonomia de poderes durante uma contratação.

b) *Coerção* – Houve ameaça quando da contratação.

Incentivo: Deter ameaças.

Prescrição: Não determinar o cumprimento de promessas coercitivas;

Observação: A autonomia de vontade e liberdade de escolha das partes é essencial para um contrato eficiente no longo prazo. Quando previsto em cláusula contratual, o arrependimento de uma das partes pode levar à extinção do contrato. Neste caso, uma multa ou contestação da outra parte não é considerado coerção.

c) *Desequilíbrio entre as partes*: Quando existe uma parte considerada “Hipossuficiente”.

Incentivo: Empoderar a parte hipossuficiente (não proteger)

Prescrição: Determinar o cumprimento do contrato e oferecer assistência alternativa, quando houver.

Observação: Evidências mostram que decisões paternalistas e parciais em geral prejudicam justamente a parte que se quer ajudar, pois enfraquecem o seu poder em um ambiente contratual. Ao contrário, o que se busca com esta recomendação é permitir benefício à parte hipossuficiente no longo prazo, e um empoderamento real para todos os outros agentes da sociedade na mesma situação. Vale lembrar que decisões judiciais sinalizam regras e incentivos para a sociedade. Assim, os casos citados neste artigo sobre a soja verde ou o aluguel de imóvel para idosos mostram que a proteção excessiva enfraquece a parte pretensamente frágil e acaba irradiando prejuízos para toda a categoria - idosos que querem alugar imóveis ou produtores de soja que querem contratar financiamento antecipado. Os efeitos acabam sendo perversos e não alcançam o efeito pretendido por quem reclama. Na verdade, a tendência é que uma transição para mediação seja a alternativa mais eficiente nestes casos, pois retira o peso de agente externo paternalista e parcial, que pretensamente advoga pela hipossuficiência de uma das partes e porque equilibra as partes para escolherem um recontratar sustentável e vantajoso como ocorreu em alguns dos processos da soja verde.

II. ASSIMETRIA INFORMACIONAL

(Desequilíbrio de informações entre as partes; quando não há comunicação eficiente, ou, por exemplo, quando informação essencial não foi revelada ou foi ignorada. A mediação é ótima técnica para abrir canais de comunicação quando houver boa-fé entre as partes).

a) *Erro mútuo* sobre identidade/objeto.

Incentivo: Prevenir trocas involuntárias ou não desejadas.

Prescrição: Desfazer contrato.

Observação: As partes têm de saber o que estão contratando, pois, a ausência de conhecimento pode distorcer a vontade das partes que é essencial para a manutenção de contratos eficientes. A mediação e acordo são possíveis nestas situações.

b) *Erro unilateral* sobre fato.

Incentivo: Equilibrar informações e controle.

Prescrição: Fazer cumprir o contrato.

Observação: Existe um objetivo pedagógico de fazer a parte ignorante de fato relevante aprender a observar este quesito numa próxima vez. A preocupação com a internalização da responsabilidade é grande em todas as recomendações da AED. Muito provavelmente um juiz terá que decidir.

c) *Informação importante não revelada por uma das partes.*

Incentivo: Induzir a divulgação de informações verdadeiras e essenciais.

Prescrição: Responsabilizar a parte que não revelou informação relevante pelo Prejuízo.

Observação: É possível que tenha aspectos de negligência ou de má-fé que inspiram uma decisão pedagógica de internalização de responsabilidades, muito provavelmente exigindo uma decisão de um terceiro como juiz ou árbitro.

III. MÁ-FÉ (de uma das partes).

(A decisão muito provavelmente decorrerá ou necessitará alguma intervenção do juiz competente ou da clareza legal ou jurisprudencial indicando uma alta probabilidade de ganho da ação pela parte prejudicada. Nestes casos, o acordo tende a acontecer, pois as partes calculam a probabilidade de ganho da ação e os custos monetários e não monetários - como tempo e desgastes- de se permanecer inutilmente no processo, salvo se o objetivo for a procrastinação.)

a) *Fraude:* Inibir informação falsa.

Incentivo: Deter informações falsas.

Prescrição: Quebrar o contrato e responsabilizar quem o fraudou pelo prejuízo imposto à outra parte.

b) *Cláusula leonina*

Incentivo: estimular a correta divulgação dos termos do contrato.

Prescrição: Negar cumprimento, exceto se acordo viabilizar a comunicação de informações cruciais.

IV. RISCO (*Quando fato superveniente ou imprevisível gera conflito e prejuízo*)

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). Um exemplo hipotético seria chegar na emergência de um hospital privado com risco de morte e ser atendido sem que o paciente tenha condições de pagar. Outro exemplo seria um marinho usar um píer particular para salvar seu barco de destruição quando de uma tempestade e depois não querer indenizar pelos danos no píer causados pelo seu barco.

Incentivo: Obrigar o pagamento pela parte beneficiada.

Prescrição: A solução ótima é a que o beneficiado pague o custo do benefício e mais uma recompensa

Observação: Mesmo que no direito brasileiro os contratos por emergência sejam exceções, podem ocorrer situações em que, por algum incidente inesperado, uma parte tenha de fazer uso de um bem ou serviço sem ter antes contratado. Neste caso, é recomendável que a parte “usada” ou “prejudicada” seja indenizada pelo prejuízo mais uma recompensa de forma a ter incentivo ou “boa vontade” no advento de uma nova ocorrência, e, por outro lado, evitando abuso pelos beneficiários.

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.

Incentivo: para as partes tomarem precaução e distribuírem risco eficientemente.

Prescrição: responsabilizar a parte que poderia ter previsto o risco com menor custo (técnica conhecida como *Cheapest Cost Avoider*)

Observação: Riscos ou fatos imprevisíveis supervenientes fazem parte da realidade e ameaçam o cumprimento de contratos. Tanto a parte contratada como a contratante devem calibrar o cumprimento e expectativa de cumprimento de acordo com a possibilidade de riscos. No entanto, sempre existe uma das partes que tem a condição de prever melhor riscos e a decisão deve focar na internalização de responsabilidades de forma eficiente, evitar negligência e promover a previsão de riscos por ambas as partes.

c) *Fato imprevisível por ambas as partes*

Incentivo: Manter a confiança entre as partes e o relacionamento contratual. Sinalizar segurança jurídica, afastar má-fé e oportunismo e reduzir custos de transação. Estimular comunicação entre as partes, que poderão, voluntariamente rever ou recontratar.

Prescrição: manter os termos do contrato; ou resolução do contrato no caso de impossibilidade de cumprimento.

Observação: Este é o caso clássico decorrente da pandemia do covid-19. Garantir o cumprimento do contrato dentro do possível, e sinalizar segurança no ambiente jurídico é fundamental numa situação de imprevisibilidade. Caso a continuidade do contrato seja impossibilitada em decorrência de fato exógeno imprevisível, o encerramento do contrato deve seguir os termos anteriormente previstos pelas partes ao contratarem, caso contrário a desordem e o oportunismo destruirão a confiança necessária para novas trocas. É recomendada a autocomposição de forma que a revisão contratual continue tornando o contrato exequível e vantajoso para ambas as partes, principalmente no longo prazo. Vale lembrar que o acordo deve considerar recontrações constantes durante o período dos impactos do fato imprevisível, caso fortuito ou de força maior. A continuidade da cooperação, confiança e relacionamento entre as partes, bem como da boa-fé, é a recomendação da análise econômica do direito nestes casos.

5. A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ

5.1. BREVE HISTÓRICO DO CONCEITO

O grande debate alemão sobre a função das Cláusulas Gerais nos contratos surge com o art. 242 do BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*), o Código Civil Alemão de 1896. O referido artigo traz a previsão da boa-fé objetiva – *Treu und Glauben* – como uma Cláusula Geral a ser observada no Direito Contratual. Assim, a boa-fé é compreendida como uma norma aberta que compreende uma Cláusula Geral (*standard*) de conduta a que as partes estão sujeitas. Interessa destacar que a boa-fé objetiva (*Treu*

und Glauben) não se confunde com a boa-fé subjetiva⁹ (*guter Glauben*), que está relacionada com a ideia de erro, ignorância. Somente a primeira tem natureza de norma aberta e Cláusula Geral¹⁰. O conceito de Boa-fé objetiva do sistema jurídico alemão é definido com clareza pelo professor português Menezes de Cordeiro, a quem Jan Peter Schmidt credita a melhor pesquisa histórica sobre o conceito da boa-fé no Direito alemão. Assim, nas palavras de Menezes de Cordeiro¹¹, boa-fé como Cláusula Geral *Treu und Glauben*, ainda que tenha as suas raízes no direito romano *bona fides*, tem fundamentalmente um conteúdo tipicamente medieval (juramento de honra):

[...] Seja como for e ainda que tardiamente, a boa-fé germânica relaciona-se com o “juramento de honra”. Apesar da existência documentada da “quebra da honra”, motivada não apenas pelo desrespeito do juramento de honra e a utilização da boa-fé germânica e a utilização da boa-fé germânica fora do conceito desse juramento, o contacto existiu e foi determinante: a boa-fé assumiria o conteúdo do juramento de honra, traduzido no dever de garantir a manutenção e o cumprimento da palavra dada. Nessa linha evolutiva, a boa-fé germânica traduziria, ainda, a confiança [...] (Grifos nossos)

Esse significado de cumprimento da palavra dada, proteção da confiança e cooperação estão relacionados com a funcionalidade econômica que é atribuída à boa-fé. Assim, a boa-fé objetiva germânica não se preocupa com os estados de ciência ou com a boa intenção (essa ideia é característica da boa-fé subjetiva); antes acentuando o ritual, o padrão social, a exterioridade (efeitos), ou na expressão de Menezes Cordeiro como “elemento

⁹ A boa-fé subjetiva se refere “à convicção íntima do sujeito de que a sua conduta não lesa direito alheio” GOMES, Elena de Carvalho. Sobre a cláusula geral de boa-fé e sua abordagem por Pontes de Miranda no Tratado de Direito Privado. In: ROMA E AMERICA DIRITTO ROMANO COMUNE, Mucchi Editore, 35, 2014. p. 336.

¹⁰ ZIMMERMANN, Reinhard; WHITTAKER, Simon. *Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape*. In: *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge Press, p. 23, 2000.

¹¹ MENEZES CORDEIRO, Antonio, *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 173.

afectivo exterior”¹². As palavras *Treu* e *Glauben*, que exprimiam as ideias de crença, confiança, honra e lealdade à palavra dada, foram acopladas na criação da fórmula par *Treu und Glauben*. Interessa destacar que diferentemente da *bona fides* romana já usada pela jurisprudência alemã, a *Treu und Glauben* germânica nunca atingiu, até a codificação do BGB em 1896, um emprego técnico jurídico¹³. Esse dado trazido por Menezes de Cordeiro é importante para comparar com uma semelhança no sistema jurídico brasileiro, em que a boa-fé passou a ser aplicada como Cláusula Geral também somente após a sua codificação, em 1990, com o Código de Defesa do Consumidor e em 2002 com o novo Código Civil. A previsão da boa-fé no antigo Código Comercial 1850 e em outros instrumentos legais não imprimiu à boa-fé a natureza de Cláusula Geral, estando relacionado à boa-fé subjetiva (boa intenção do agente)¹⁴.

No Brasil, Clovis Couto e Silva¹⁵ é pioneiro ao associar a *Treu und Glauben* alemã com mandamento de conduta para cooperação. Reconhece, todavia, que esse princípio não foi consagrado no Código Civil de 1916, como Cláusula Geral, como o fora no Código Civil alemão de 1896.

A novidade com a positivação do princípio *Treu und Glauben* no BGB da Alemanha foi percebida tanto com otimismo quanto com pessimismo. A lubrificação do direito como o óleo social¹⁶ foi o slogan daqueles que defendiam os benefícios da aplicação das Cláusulas Gerais. De fato, o ambiente de industrialização do séc. XX demandava uma pressão por questões sociais. O episódio concreto reportado pela literatura como uma aplicação eficiente da Cláusula Geral da boa-fé objetiva diz

¹² *Ibidem*, p. 162.

¹³ *Ibidem*, p. 170.

¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé como Modelo: Uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale*. p. 347-379.

¹⁵ COUTO e SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 33.

¹⁶ A expressão inglesa que remete ao slogan da época é a “*drop of social oil*”.

respeito à revisão dos contratos que sofreram aumentos desproporcionais em função da inflação no período entre guerras¹⁷. Além deste exemplo, o período posterior à Segunda Guerra Mundial e a recente unificação alemã criaram um ambiente favorável para a aplicação da Cláusula Geral da boa-fé objetiva.

O risco e o medo de subversão na aplicação da Cláusula Geral também estiveram presentes na doutrina Alemã. Hedemann expressa esse sentimento ao escrever em 1933 “*Die Flucht in die Generalklausen – eine Gefahr für Recht und Staat*”. Em português, “Fuga para as cláusulas gerais – um perigo para o Direito e Estado”. Hedemann alertou sobre o voo suicida que as Cláusulas Gerais possibilitariam. Ele destacou o problema do ativismo judicial decorrente da aplicação da Cláusula Geral e as possíveis injustiças e arbitrariedades que poderiam ser cometidas em consequência. As Cláusulas Gerais seriam também uma porta aberta para pressão política e uso ideológico do Direito¹⁸. A história alemã revela que essa preocupação se mostrou plausível, especialmente no período nazista quando juízes e Tribunais aplicaram a Boa-fé objetiva ideologicamente para prejudicar os judeus nas relações contratuais e com o Estado.

5.2. APLICAÇÃO DA BOA-FÉ OBJETIVA NA ALEMANHA NO PERÍODO ENTRE GUERRAS (1920)

O episódio concreto reportado na literatura como uma aplicação eficiente e benéfica da Cláusula Geral foi no período entre guerras (1920s) quando teve lugar uma hiperinflação na Alemanha. Após a primeira guerra mundial, esta hiperinflação¹⁹

¹⁷ EBKE, F. Werner & STEINHAUER, 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.

¹⁸ WIEACKER, Franz. *El Principio General de la Buena Fe*. Traduzido por J. Carro. Título original em alemão: *ZurechtstheoretischePräzisierung des § 242 BGB*. Madrid: Civitas, 1997. p. 29.

¹⁹ Fenômeno também reportado como *endogenous legal boom* pela literatura estrangeira.

causou um impacto desproporcional nos contratos de longo prazo, onerando demasiadamente uma das partes do contrato. A partir da aplicação da boa-fé objetiva, os contratos deixaram de ser cumpridos em termos literais para serem revisados a fim de incorporar o índice de inflação de modo a ajustar os preços a nova realidade econômica e social não prevista originalmente pelas partes. Nesse contexto, os devedores moveram ações judiciais contra os credores com a finalidade de adaptar as obrigações contratuais às novas circunstâncias. Os Tribunais decidiram pela aplicação da Cláusula Geral da boa-fé objetiva para restaurar o equilíbrio das promessas assumidas pelas partes²⁰.

Interessa observar, nessa fase, que o Judiciário alemão realizou uma revolução jurisprudencial que quantitativamente e qualitativamente ampliou o significado da boa-fé objetiva, criando as subcategorias de regras específicas como da “culpa in contrahendo”, “quebra da base do negócio jurídico”, “exercício inadmissível do direito”, dentre outros. Essa atividade foi exercida com clareza de critério, com a utilização do método do grupo de casos, gerando externalidade positivas com a concretização da Cláusula Geral da boa-fé objetiva. No caso da hiperinflação, os julgadores se limitaram²¹ a mudar as regras do jogo apenas nos casos de extrema desproporção, que representavam os eventos que os devedores não poderiam controlar e estavam fora de sua esfera de influência. Nesse contexto, a aplicação da boa-fé se mostrou benéfica e eficiente.

O perigo que se identificou na pesquisa trazida para o contexto brasileiro está em que, ao invés de haver a abertura para gota do óleo social lubrificante mencionado pela doutrina alemã, haver o risco de um mergulho profundo no óleo social que sufoca e afoga as relações jurídicas contratuais.

²⁰ PISTOR, Katharina. Legal Grounds Rules in Coordinated and Liberal Market Economies. ECGI - Law Working Paper n. 30, p. 15, 2005

²¹ 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.

O problema da abordagem otimista está em supervalorizar os benefícios da aplicação da Cláusula Geral da boa-fé e negligenciar seus custos sociais. O fascínio pelas Cláusulas Gerais como lubrificantes da ordem jurídica pode ofuscar os prejuízos decorrentes de seu uso inadvertido e inadequado.

5.3. RISCOS - O VOO SUICIDA DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ OBJETIVA

Ao mesmo tempo em que a boa-fé objetiva fascinou alguns acadêmicos, ela também preocupou outros. O mais cético e crítico das Cláusulas Gerais, como mencionado antes, foi Hedemann que, em 1933, publicou o livro “Voo para as cláusulas gerais – um perigo para o Direito e Estado”. O medo estava relacionado com a degeneração do Direito a partir da aplicação de normas jurídicas abertas como a Cláusula Geral da boa-fé objetiva. A crítica é dirigida ao risco do uso ideológico das Cláusulas Gerais, pois isso representaria uma porta aberta para a arbitrariedade judicial. Ademais, há uma preocupação sobre a possibilidade de maior influência política e pressão do Estado no processo de tomada de decisão através do uso das Cláusulas Gerais, especialmente em regimes totalitários.

Os três perigos são claramente relacionados por Hedemann²² como decorrentes da utilização da Cláusula Geral: 1. A acomodação mental, frivolidade (preguiça do julgador), 2. A insegurança jurídica e 3. A arbitrariedade judicial.

Em relação a essa primeira característica, Hedemann se incomoda com o novo esporte da geração de juízes de sua época – enfeitar decisões com “fórmulas salvadoras” da boa-fé objetiva, mesmo que a sentença tenha sido construída de forma meticulosa. Segundo ele, para as mentes mais fracas, pode soar tentador recorrer à cláusula geral para ser “mensageiro do

²² HEDEMANN, Justus Wilhelm. Die Flucht in die General klauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. p. 66.

pensamento estatal, bastião da ideologia” ou mesmo “supremo da representante da justiça”. Ele mostra preocupação com o pesado abalo da fidelidade contratual. Para Hedemann, aliviar ou anular o contrato pela evocação da boa-fé objetiva colide com o próprio significado dessa Cláusula Geral. Assim, o juiz que acatou o afrouxamento ou a anulação do contrato, sob a égide de boa-fé objetiva, decidiu contra a própria boa-fé objetiva, num jogo de palavras. Segundo Hedemann, ninguém mais sabe o que é boa-fé objetiva. Tornou-se um conceito pseudo-ético, vazio de conteúdo, favorecendo a insegurança jurídica²³.

Interessa aqui resgatar uma citação histórica de Hedemann para se compreender melhor a sua inquietação no período em que a Alemanha vivenciou intensamente a inundação de princípios, a fim de traçar alguma semelhança com o que hoje se vivencia no contexto brasileiro. Investigar essa experiência no direito comparado é relevante para inspirar hipóteses abduzidas que possam antever potenciais consequências para o sistema jurídico nacional. Lembra Hedemann que, no ano de 1932, em reunião de uma grande Federação da Indústria, expressamente organizada sob o título “Para a boa-fé objetiva”, o presidente da Sociedade de Advogados da Alemanha, presente como convidado, resumiu o que fora ouvido nas seguintes palavras: “A boa-fé objetiva ameaçada pela Lei e pelo Direito: a mais terrível e louca deturpação de conceito que pode alcançar um povo”²⁴. (grifos nossos). Nesse momento, segundo ele, a insegurança da vida jurídica na Alemanha tinha atingido o pico.

5.4. A FUNÇÃO ECONÔMICA DA CLÁUSULA GERAL DA BOA-FÉ: REDUZIR OS CUSTOS DE TRANSAÇÃO, PREMIAR A COOPERAÇÃO E INIBIR O COMPORTAMENTO OPORTUNISTA

²³ HEDEMANN, Justus Wilhelm. Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. p.66-76.

²⁴ *Ibidem*, p.70.

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 Objetiva²⁵ 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 e 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 Mackaay²⁶ 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, 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

²⁵ 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.

²⁶ MACKAAY, Ejan. LEBLANC, Viollete. *The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law of Contract*. In: European Law and Association Conference, Nancy, p. 9, sep. 2008.

contingência é baixa. Desse modo, um possível 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 jurídica²⁷.

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 cooperação²⁸. Observou-se como esse instituto jurídico da boa-fé exerce um papel determinante no comportamento dos indivíduos, lubrificando a relação obrigacional, para um resultado que seja de ganha-ganha para todos envolvidos. O método da análise econômica da teoria dos jogos permite visualizar esse potencial resultado (ganha-ganha, perde-ganha, ganha-perde, perde-perde) ao demonstrar que um em um contexto de assimetria de

²⁷ AUER, Marietta. *The Structure of Good Faith*. A Comparative Study of Good Faith Arguments, p. 61, nov. 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=945594> . Acesso em: 23 abr. 2010

²⁸ 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: *General Clause and Standards in European Contract Law*. The Hague: Kluwer Law International, 2006, p. 177.

informação²⁹ 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 neoinstitucionalista³⁰ – 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 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

²⁹ 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.

³⁰ 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.

socialmente produtivo não tem lugar³¹. 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 hobessiana, 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), hold-up dentre outros.

A proteção da confiança a partir do instituto jurídico da boa-fé objetiva é também apontada por Schäfer e Ott³² 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 Arkelof³³ 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 e vendedor cria incentivos para o comportamento oportunista que acaba expulsando os bons carros do mercado (resultado não socialmente

³¹ COOTER, Robert; SCHÄFER, Hans Bernd. *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*. Chapter 1, 2009 p. 90.

³² Cf. SCHÄFER, Hans-Bernd & OTT, Claus. *The economic analysis of civil Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004.

³³ AKERLOF, George A. *The Market for "lemons": quality uncertainty and the market mechanism*. Quarterly Journal of Economics, v. 84, n. 3, p. 490, 1970.

produtivo). Essa foi a lógica demonstrada por Arkelof³⁴. 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 comportamento desonesto 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 compensado³⁵.

De acordo com Trebilcock³⁶, o Direito Contratual na análise econômica deve (i) desempenhar um importante papel na prevenção do comportamento oportunista em acordos de cumprimento não simultâneo; (ii) economizar os custos de transação; (iii) preencher eficientemente as lacunas dos contratos

³⁴ Idem.

³⁵ SCHÄFER, Hans-Bernd & OTT, Claus. *The economic analysis of civil Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2004. p. 342.

³⁶ TREBILCOCK, Michael J. *The Limits of Contract*. Cambridge: Harvard University Press, 1993. p. 16.

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 Ott³⁷, 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 do 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 constriam o comportamento das partes na relação contratual também importam.

5.5. O RESULTADO SOCIALMENTE PRODUTIVO DA BOA-FÉ OBJETIVA DEPENDE DA *PERFORMANCE* DOS TRIBUNAIS DE CADA PAÍS E DO CONTEXTO CULTURAL

³⁷ SCHÄFER, Hans-Bernd & OTT, Claus. op. cit., p. 375.

Em relação a isso importante mencionar a crítica de Maria Sepe³⁸ à percepção otimista da Análise Econômica do Direito, que enfatiza os benefícios da aplicação da Cláusula Geral da Boa-fé Objetiva como remédio jurídico para reduzir os custos de especificação na elaboração dos contratos e inibir o comportamento oportunista. Nessa abordagem do tema, os pesquisadores esquecem de sopesar a alta probabilidade de o Tribunal poder errar na sentença e preencher lacunas do contrato de modo ineficiente, afastando-se de um resultado socialmente produtivo, gerando externalidades negativas e incentivos para a não-cooperação. Sepe, ademais, entende que o teste de eficiência acerca da aplicação mais adequada da Cláusula Geral da boa-fé objetiva passa antes pela discussão hermenêutica sobre qual interpretação é preferível. Aqui optamos por trabalhar com a dicotomia pragmatista: 1. Lógica dos Antecedentes (dedutivista); 2. Lógica das consequências (contextualizada e abdutiva).

Juízes independentes e bem treinados são fundamentais nessa tarefa. Assim, uma interpretação mais contextualizada nas consequências³⁹ (lógica abdutiva) de investigação do fato novo surpreendente para criação de nova regra do caso concreto a partir da Cláusula Geral pode alcançar melhor os objetivos.

Uma vez que a *performance* dos Tribunais importa na análise econômica aqui desenvolvida, a questão do erro judicial aparece como problema concreto. Erro é entendido nessa proposta como aquela decisão que foge do parâmetro do resultado socialmente produtivo, com externalidades negativas, premiando o comportamento oportunista, em um jogo de perda-perda,

³⁸ SEPE, Simone Maria. Good faith and Contract Interpretation: A law and economic perspective. Siena Memos and Papers in Law & Economics - SIMPLE Paper, n. 42, p. 28, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=1086323>. Acesso em: 23 abr. 2010.

³⁹ Lógica das consequências pensadas pelo Pragmatismo Jurídico de Oliver W. Holmes Jr, que integrou o grupo de pesquisa do matemático C. S. Peirce, precursor do Pragmatismo Filosófico Americano, que inovou com o método pragmático na Ciência, com o modo de pensar a partir das consequências pela lógica da abdução.

como o do dilema do prisioneiro hobbesiano. Desse modo, deve ser questionado se as partes querem enfrentar os custos de uma decisão errada ao levar o caso ao poder judiciário. Como esses custos variam em diferentes jurisdições, o contexto cultural do país em análise deve ser levado em consideração também. Além disso, a expertise do juiz em avaliar as consequências pertinentes à premiação da cooperação irá também interferir no resultado.

Para investigar, no Brasil, o real desenho institucional da Boa-fé objetiva como “law-in-action” (direito em ação), em contexto de pandemia do covid-19, é preciso conhecer as “regras do jogo”, resultantes da interação entre a formalidade e informalidade, que na prática criam incentivos para os indivíduos de 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 no contexto cultural. Segundo North, é possível compreender questões que são suficientemente similares a outros eventos, porque reconhecidas pela experiência de cada um. De outra sorte, ideias que estão muito distantes da cultura na qual o indivíduo se insere não podem ser inseridas facilmente nessa cultura. As ideias só são reconhecidas se elas compartilham alguma coesão que não se afaste muito das normas que regem o comportamento dos indivíduos⁴⁰.

⁴⁰ NORTH, Douglass. *Understanding the Process of Economic Change*. New Jersey: Princeton, 2005. p. 27.

Lawrence Harrison na Introdução “Por que a cultura importa”⁴¹ 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 – 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. Experiências com externalidades positivas e negativas foram observadas na Alemanha, que aprendeu com seus erros e acertos. Por exemplo, o contexto de hiperinflação entre guerras, em que a Boa-fé Objetiva foi usada como Cláusula Geral na renegociação dos contratos para premiar a cooperação e reforçar a regra do jogo da confiança nas relações contratuais. Pensar esse desafio para a renegociação dos contratos em tempos de pandemia do covid-19 é um caminho plausível.

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.

⁴¹ HARRISON, Lawrence; HUNTINGTON, Samuel. A cultura importa: os valores que definem o progresso humano. São Paulo: Record, 2002. p. 30.

Essas redes e laços de confiança, uma vez existentes, podem compor a norma ou convenção informal que estimula ou constrange o comportamento dos indivíduos. Isso se associa à ideia de capital 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”⁴². 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.

Segundo Sthéfan Straub⁴³, o capital social é um arranjo institucional informal. Explica 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

⁴² 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.

⁴³ STRAUB, Sthéfan. *Coordination and institutions: A review of game-theoretic contributions*. In: ESNIE, Corsica, 2007

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 social trap, armadilha social; terminologia essa cunhada, pela primeira vez, em 1973, pelo psicólogo John Platt. Isso significa que as pessoas só vão cooperar se acreditarem e confiarem que as outras também vão fazê-lo, isto é, 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 do Covid-19, será conseguir premiar a cooperação na revisão contratual, em contexto em que a desconfiança está presente como regra informal.

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.

6. A RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS DECORRENTES DA PANDEMIA

6.1. JUSTIÇA MULTIPORTAS

A pandemia do COVID-19 trouxe consigo um leque de conflitos e discussões jurídicas infinitas sobre a sua solução. Contratos em curso, considerados estáveis e de baixo risco de inadimplemento passaram a ser questionados em razão da brusca mudança econômica gerada pela suspensão das atividades empresariais e afins.

Os contratantes, então, dão o primeiro passo, a negociação direta, a fim de buscar a flexibilização ou a renegociação das cláusulas previamente ajustadas. Entretanto, a iniciativa realizada sem conhecimento técnico, provavelmente será focada em posições fixas⁴⁴, ou seja, com o claro objetivo de obter algum tipo de benefício e concessão da outra parte.

Mas, se a negociação direta não foi frutífera, os contratantes devem ter em mente que além da judicialização, existem outros métodos de solução de conflitos. No presente artigo, destaca-se a mediação, método autocompositivo de resolução de conflitos, extrajudicial ou judicial, no qual um terceiro imparcial, o mediador, auxiliará as partes envolvidas a buscarem

⁴⁴ Quando os negociadores discutem posições, tendem a fechar-se nelas. Quanto mais você esclarece sua posição e a defende dos ataques, mais se compromete com ela. Quanto mais procura convencer o outro lado da impossibilidade de modificar sua posição inicia, mais difícil se torna fazê-lo. Seu ego se identifica com a posição. Agora você tem um interesse renovado “manter as aparências” – conciliar a ação futura com as posições passadas -, o que torna cada vez menos provável que qualquer acordo venha a conciliar com sensatez os interesses originais das partes. (Fischer, Ury e Patton, 2005, p. 22-23)

soluções adequadas e personalizadas para o seu problema. A mediação é uma das ferramentas que compõem a Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos implantada pela Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e reforçada pelo CPC.

A política judiciária foi pensada e construída com o objetivo de concretizar o sistema de Justiça Multiportas, a qual, na concepção de seu criador, o Professor Frank Sander da Universidade de Harvard, direciona os conflitos que chegam ao Judiciário para os métodos de resolução mais adequados, de modo a reduzir o tempo e os custos financeiros do Estado e das partes. Dessa forma, otimizando a utilização dos recursos materiais e humanos à sua disposição, o Poder Judiciário tem a possibilidade de aplicar um sistema mais eficiente de gestão e resolução de conflitos, afastando a ideia de que existe um único tratamento para diferentes doenças. Assim, no contexto da ideia de múltiplas portas para solucionar um conflito, não se nega a importância do processo judicial, mas ganham destaques métodos autocompositivos como a conciliação e a mediação. Paralelamente, no âmbito privado, existe a possibilidade de se recorrer à arbitragem e também às formas extrajudiciais de mediação e conciliação.

A Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos deve ser estruturada de modo uniforme em todos os tribunais nacionais, através da instalação do Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação – NUPEMEC, órgão responsável pela implantação da política pública e, pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e de Cidadania – CEJUSCs, órgãos responsáveis pela realização das audiências de mediação e conciliação. Na mesma linha, o CPC fortalece a política judiciária e a importância dos métodos autocompositivos ao destacar a mediação e a conciliação oferecida ao jurisdicionado de modo prioritário à solução adjudicada.

6.2. A SOLUÇÃO PELA VIA JUDICIAL

A via judicial ou heterocompositiva traz intrínseca a ideia de competitividade entre as partes litigantes, cada qual do seu lado e focada em objetivos individuais de vitória e na imposição do seu ponto de vista sobre a melhor forma de resolver o conflito, transformando, por vezes, o processo judicial em instrumento de vingança e deixando esmaecer os verdadeiros motivos que justificaram a sua propositura⁴⁵. Como salienta Posner, a “matéria-prima do processo são as duras realidades da vida, mas o jogo judicial transforma essas realidades em disputas em torno de direitos e deveres legais, acusações e provas, pressuposições e réplicas, jurisdição e competências” (2009, p. 143, g.n.)

Entretanto, para os operadores do direito e para a sociedade é importante conhecer e reconhecer a existência de outros métodos de solução de conflitos, na exata visão de que é possível acessar portas diferenciadas dentro do Poder Judiciário para buscar a solução mais adequada do problema. Esta seria uma medida simples, mas, a realidade é que quando se oferece às partes a possibilidade de mediação judicial, a pergunta que comumente surge é, por que buscar a mediação, se o nosso sistema processual civil garante o acesso direto ao Poder Judiciário e à decisão do conflito (sentença judicial)?

A resposta para esta questão perpassa por diversos pontos, se o descompasso entre as inovações, as exigências sociais e a prestação jurisdicional não convencem, por si sós, a busca por métodos adequados de solução dos conflitos, os incentivos

⁴⁵ Todas as sociedades, comunidades, organizações e relacionamentos interpessoais experimentam conflitos em um ou outro momento no processo diário de interação. O conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional, é um fato da vida. O conflito e as disputas existem quando as pessoas estão envolvidas na competição para atingir objetivos que sejam percebidos - ou de fatos - incompatíveis. Entretanto, o conflito pode ir além do comportamento competitivo e adquirir o propósito adicional de infligir dano físico ou psicológico a um oponente, até mesmo a ponto de destruí-lo. É aí que a dinâmica negativa e prejudicial do conflito atinge seu custo máximo. (Moore, 1998, p. 5)

à utilização da mediação podem ser visualizados por diversas perspectivas, destacando-se, neste trabalho, o fator tempo de duração do processo judicial e a adequação da solução do conflito às necessidades dos envolvidos.

O tempo é um dos alçozes da prestação jurisdicional, a ponto de elevar a duração razoável do processo ao nível constitucional (inciso LXXVIII do art. 5º da CF), com reforço expresso nos artigos 4º e 139, II do CPC. O simples ato de esperar corrói o direito. E, ao final de uma longa e demorada disputa judicial, o melhor trabalho técnico, ainda que carregue em seu cerne uma solução justa, se esmaece pela morosidade.

A última edição do relatório Justiça em Números, do Conselho Nacional de Justiça, registra que, no ano de 2018, na Justiça Estadual, o tempo médio de duração de um processo na fase de conhecimento é de *3 anos* (1º grau), *2 ano e 5 mês* na segunda instância, se houver recurso e, finalmente, *4 anos 1 mês* para a fase de cumprimento de sentença.

Nesse mesmo sentido, a taxa de congestionamento medida pelo CNJ reflete o percentual de processos que permaneceram pendentes sem decisão ao final de cada ano e os compara ao total de processos que foram ajuizados no mesmo período. O percentual medido no de 2018 foi de 73,9% na Justiça Estadual, indicando que, de cada 10 ações ajuizadas, pouco mais de 2 foram resolvidas na Justiça Estadual (decididas por sentença) no mesmo ano. Na Justiça Federal, o índice foi de 69,9%, número que indica a prolação de 3 sentenças a cada 10 ações ajuizadas no mesmo ano.

Ressalte-se, a demora não se atribui apenas à ineficiência ou a fatores externos. A marcha processual, por si só, para garantir o equilíbrio entre os contendores, segue uma ordem lógica que consome tempo e esforço das partes para atingir o seu objetivo primordial: a solução do conflito. Assim como um organismo vivo, o processo nasce, cresce e morre com o julgamento.

A dinâmica das relações contratuais e das atividades

empresariais não sobrevive à espera. Ao contrário, demanda soluções ágeis e, de preferência, que considerem nuances particulares do conflito, especialmente se houver interesse na continuidade das relações previamente estabelecidas e, nessa direção, grande parte dos tribunais pátrios oferece, sem custos, a mediação pré-processual, que possibilita a solução dialogada do conflito antes do ajuizamento de ação judicial com a homologação do acordo por um juiz, transformando-o em título executivo judicial.

Se a tentativa pré-processual de solução de conflito for infrutífera, no curso do processo judicial, o consenso entre as partes será estimulado por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público (art. 3º, parágrafo 3º do CPC).

Uma vez judicializado o conflito, recomenda-se a observância do art. 334 do diploma processual, que prevê a realização da tentativa de autocomposição na fase inicial da tramitação do processo. Isso porque, no curso da demanda judicial, a dinâmica do conflito pode estimular crescimento em espiral, no qual, segundo a teoria do conflito, “cada reação torna-se mais severa do que a ação que a precedeu e cria uma nova questão ou ponto de disputa”. Assim, postergar a mediação não representa a manutenção das mesmas chances de resolver o conflito de forma amigável, pois os embates processuais funcionam como verdadeiro combustível para a adoção de postura beligerante, de modo que “as suas causas originárias progressivamente tornam-se secundárias a partir do momento em que os envolvidos mostram-se mais preocupados em responder a uma ação que imediatamente antecedeu sua reação”. (Azevedo, 2016, p. 56).

E, ainda não se pode deixar de considerar que, depois de certo tempo de litigância, resolver o conflito com um acordo torna-se menos interessante para os envolvidos, em razão dos custos de transação, do desgaste psicológico e da crescente

intenção de ganhar a qualquer custo.⁴⁶

Além de possibilitar a resolução do conflito de forma mais célere e reduzir os custos de transação, a mediação realizada no âmbito do Poder Judiciário possibilita, ainda, uma experiência diferenciada aos conflitantes. Ao entrar no espaço de um CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania), unidade em que são realizadas as sessões de mediação, o jurisdicionado tem uma percepção diferente do ambiente frio e hostil dos fóruns e das salas de audiência. O ambiente é acolhedor desde a recepção, as salas de mediação são todas equipadas com mesas redondas que representam a clara intenção de demonstrar a inexistência de lados opostos e facilitar a circulação das informações.

A expansão dos métodos autocompositivos trouxe consigo um olhar diferenciado para o conflito, ao devolver o protagonismo da sua solução para os envolvidos através do empoderamento e do estímulo ao diálogo. Trata-se de uma mudança cultural progressiva em que se deixa a postura passiva de depender exclusivamente de uma decisão judicial para construir de forma célere uma solução personalizada ao caso concreto.

Conforme leciona Watanabe (2014, p. 37):

Essa transformação somente se obterá com a mudança de mentalidade dos profissionais do Direito e também dos próprios jurisdicionados, que veem na solução adjudicada pela autoridade estatal a forma mais nobre e adequada de solução de controvérsias, quando a solução negociada e amigável pode propiciar aos conflitantes uma solução mais célere, barata, exequível e acima de tudo mais democrática, porque nascida do diálogo e do entendimento entre as próprias partes.

O processo da mediação dispõe das técnicas necessárias para que os envolvidos no conflito passem a percebê-lo de maneira natural sem imposição de culpa pelo passado, mas com

⁴⁶ [...] os litigantes – entendidos como jogadores – participarão ora como competidores ou cooperadores, segundo o modelo – jogo – de estabilização dos conflitos oferecido pelo Direito, em especial, pela análise do ônus x bônus entre os custos imediatos do processo e o valor esperado com a demanda. (Gonçalves, 2016, p. 166)

a visão prospectiva de identificar os interesses convergentes⁴⁷ e assumir a responsabilidade pelo resultado final com um acordo construído a múltiplas mãos e diferentes perspectivas, com foco não apenas no problema presente, mas também na manutenção da relação no futuro.

Por outro lado, a criatividade incentivada na mediação encontra óbices no direito processual civil, como, por exemplo, no princípio da congruência ou adstrição, que limita o conhecimento pelo juiz aos pedidos formulados pelas partes (art. 141, CPC). Na mesma linha, a estabilização da demanda impede a livre alteração dos pedidos formulados pela parte autora após a citação do réu, ou seja, “a demanda permanecerá imutável e a sentença a ser afinal proferida não poderá pronunciar-se fora dos limites que ela estabelece”, nos termos dos artigos 329, II e 492 do CPC, com o objetivo de “limitar com bastante severidade a possibilidade de alterações na demanda proposta” (Theodoro Júnior, 2015).

No método heterocompositivo, ao contrário, trabalha-se o conflito de forma estanque a fim de delimitar as controvérsias e as suas variáveis em um plano controlável e seguro para a prolação da sentença, como leciona Warat:

Os juristas, na lógica do litígio, intervêm subtraindo o tempo mediante um processo de antecipação idealizada do mesmo, sendo que produzem a antecipação do tempo para provocar o efeito de um controle normativo do futuro: simulam para dar a segurança que a lei pode controlar, a partir do presente, os conflitos no futuro. Produzem uma simulação de tempo que impede as partes em conflito de elaborar suas diferenças, ficando, então, subtraídas de sua temporalidade (2004, p. 61).

A fotografia do conflito que está contida no processo

⁴⁷ Por trás de posições opostas há interesses comuns e compatíveis, assim como interesses conflitantes. Tendemos a presumir que, pelo fato de as posições do outro lado oporem-se às nossas, seus interesses devem também ser contrários. Se temos interesse em defender-nos, eles devem quer atacar-nos. [...] Em muitas negociações, contudo, um exame criterioso dos interesses subjacentes revela a existência de um número muito maior de interesses comuns ou compatíveis do que interesses opostos (Fischer, Ury e Patton, 2005, p.60)

revela-o apenas superficialmente, sem adentrar aos momentos que lhe deram origem e sem planejar o momento posterior, pois como decidir com qualidade sem mergulhar na realidade dos envolvidos e nos seus reais impactos para os envolvidos? Por exemplo, nos conflitos decorrentes do COVID-19, existe uma clara complexidade jurídica na análise contratual, entretanto, para além da subsunção dos fatos às normas, é necessário considerar os impactos econômicos e sociais da decisão, de modo a minimiza decisões discricionárias e os seus efeitos negativos, pois como nos ensina Posner, os “artistas criam obras de arte e transformam a percepção. Os juízes tomam decisões que transformam as práticas sociais ou comerciais. Os artistas imprimem sua visão estética à sociedade e os juízes, sua visão política” (2009, p. 129).

A reflexão que se busca gerar é se a liberdade de contratar de forma adequada às necessidades e expectativas dos contratantes que permeou o início do ajuste, pode cair por terra, quando se transfere o foro de discussão para o processo judicial, colocando em cheque a confiança e a boa-fé dos envolvidos.

Em contraponto, flexibilidade e a adaptabilidade da mediação às necessidades das partes no conflito, possibilitam ir além das questões jurídicas, mas também identificar os reais interesses envolvidos, possibilitando o exercício da compreensão e da empatia. No caso de questionamento acerca do pagamento de aluguéis de imóvel comercial durante a pandemia, a questão jurídica na qual divergem as partes restringe-se ao valor e à obrigação de pagar, por seu turno, os interesses reais envolvidos são convergentes em muitos pontos: a estabilidade da relação contratual, a manutenção do contrato com redução dos custos de transação, a necessidade de regulamentação personalizada dos termos contratuais às necessidades das partes para o futuro e equalização dos direitos e obrigações.

E, se, intuitivamente, o ser humano tende a polarizar suas relações conflituosas acreditando que, para que um tenha seus

interesses atendidos, o outro necessariamente terá de abrir mão de sua pretensão, o mediador ingressa nessa relação com papel de destaque, sendo “prestativo e acessível sem exercer pressões para demonstrar que na maior parte dos casos os interesses reais das partes são congruentes e que por falhas de comunicação frequentemente as partes têm a percepção de que os seus interesses são divergentes ou incompatíveis.” (Azevedo, 2016, p. 205)

A construção da solução do conflito pelos próprios envolvidos evita aquilo que Warat denominou de “decisões sem rosto”, ou seja, que se limitam à subsunção do fato à norma sem adentrar à realidade, às necessidades e tampouco ao senso de justiça dos atingidos. “A tal ponto que, em alguns casos, a distribuição de justiça termina sendo um maltrato para com uma das partes.” (2004, p. 151)

É importante ressaltar que os incentivos para adoção da mediação como forma primária de solução de conflitos não excluem a utilização dos demais métodos de forma progressiva e estrategicamente planejada na medida do insucesso das tentativas de autocomposição.

Na esfera do Poder Judiciário, a *resolução de conflitos pela via autocompositiva e heterocompositiva não se excluem, ao contrário, são convergentes e complementares*, e um dos objetivos da Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos é, considerando os diferentes tipos e graus de um conflito, incentivar a utilização da ferramenta que otimize a sua solução, especialmente, no que tange aos custos de transação e adequação ao caso concreto.

Ao Judiciário, neste momento ímpar, cumpre o desafio de articular uma estratégia junto aos demais *stakeholders* para prevenir e resolver rapidamente os novos conflitos que surgem em uma velocidade com a qual o trâmite processual ordinário não pode competir. A centralização e a uniformização de ações institucionais para o tratamento das demandas repetitivas otimizam os recursos humanos e materiais disponíveis e, ainda,

previne o uso predatório do sistema de justiça.

A sociedade, a economia e a segurança jurídica demandam respostas rápidas e eficientes, sendo imprescindível lançar mão dos métodos autocompositivos, especialmente da mediação para resolver os conflitos no seu nascedouro com a participação ativa dos envolvidos na construção de soluções criativas e, acima de tudo, com visão prospectiva para um futuro que não será mais o mesmo.

6.3. A SOLUÇÃO PELA VIA EXTRAJUDICIAL

Na seara privada ou extrajudicial de resolução de conflitos, mais uma vez, destaca-se a mediação de conflitos como forma autocompositiva de resolução de conflitos, nos termos da Lei 13.140/2015, oferecida tanto por profissionais autônomos como por câmaras privadas devidamente constituídas e cartórios extrajudicial (Provimento 67/2018 – Corregedoria Nacional de Justiça do CNJ)

A mediação privada é regida pelos mesmos da mediação judicial: independência, imparcialidade, autonomia privada, confidencialidade, oralidade, informalidade e da decisão informada, sendo o seu diferencial a maior flexibilidade de procedimentos, inclusive com a possibilidade de adequação ao perfil do conflito, sempre com vistas à construção pelas próprias partes da solução consensual mais adequada ao caso concreto.

Além da mediação, especialmente para conflitos empresariais, existe a possibilidade de utilização da arbitragem, método heterocompositivo privado de solução de conflitos, no qual, as partes envolvidas no conflito delegam a um terceiro ou a um colegiado, poderes para decidir com força de coisa julgada. “Assim, a arbitragem tem origem contratual, pois decorre de um acordo de vontade de duas ou mais partes e o seu efeito é atribuir competência jurisdicional aos árbitros, para que eles julguem o conflito entre as partes de acordo com os termos acordados

contratualmente” (Oliveira e Estefam, 2019, p. 23).

A Lei 9.307/1996, que regulamenta a arbitragem permite que as partes decidam, inclusive, os critérios de julgamento que serão adotados pelos árbitros. Assim, a arbitragem poderá ser de direito com as regras que as partes escolherem, desde que não haja violação aos bons costumes e ordem pública (art. 2º, par. 1º) ou ainda por equidade, considerando os princípios gerais de direito, os usos e costumes e as regras internacionais de comércio (art. 2º, par.2º).

Essa ampla liberdade garantida aos envolvidos, entretanto, não retira da arbitragem o perfil competitivo, sendo possível traçar um forte paralelo com o processo judicial, no qual, as partes buscam convencer com argumentos e provas, os árbitros a tomarem a decisão que lhes seja mais favorável.

Não obstante tal característica, o procedimento arbitral, assim como o processo judicial, não exclui a possibilidade de autocomposição, seja no momento anterior à sua instalação, através da negociação direta ou de mediação, seja durante o seu curso, na fase inicial conforme prevê expressamente o par. 2º do art. 7º da Lei 9.307/1996 ou posteriormente, nos termos do art. 28 do mesmo diploma.

Outra ferramenta interessante que pode preceder ou complementar o procedimento arbitral é o *dispute review board* ou comitês de prevenção e solução de disputas consistente na implantação de um mecanismo contratual formado por profissionais independentes indicados pelas partes, que tenham amplo conhecimento técnico sobre o objeto do contrato, aos quais incumbe acompanhar o andamento do contrato e propor sugestões para prevenir conflitos. Os pareceres não são vinculantes, entretanto, dão esteio técnico para as negociações diretas entre os contratantes.

Por seu turno, os contratos de alto relevo econômico e de longa duração, também podem dispor do *Dispute Adjudication board*, no qual é delegado ao Comitê o poder para solucionar os

conflitos com efeitos vinculantes aos envolvidos. Há, ainda, a possibilidade de instalação do *Combined Dispute Board*, no qual os contratantes podem ajustar temas específicos para que o comitê proponha soluções ou decida questões.

A utilização dos *dispute boards* iniciou-se na década de 70 em contratos de construção, mas atualmente é aplicado nas mais diversas espécies de ajustes. No Brasil, a Lei n.º 16.873/2018, regulamentou a instalação de Comitês de Prevenção e Solução de Disputas em contratos administrativos continuados celebrados pela Administração Pública Municipal. Há exemplos de aplicação da ferramenta na construção da Linha 4-amarela do Metrô de São Paulo e nos contratos relacionados aos Jogos Olímpicos do Rio de Janeiro de 2016.

A lógica sistêmica dos métodos de solução de conflitos deve ser observada, independentemente da escolha pela via judicial ou extrajudicial, a direção apontada é sempre para o esaurimento das tentativas de solução consensual do conflito para, posteriormente, galgar métodos heterocompositivos.

7. DECISÕES JUDICIAIS DO COVID-19

A quebra e ajustes de contratos impactados pela pandemia do 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 não ajudará, além de ser ineficiente em relação a relacionamentos continuados durante o período indeterminado da crise.

O argumento mais comum das ações judiciais, baseiam-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 da 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 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 do covid-19 traz uma

imprevisibilidade e 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 do covid19. 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 alugueres têm sido lugar comum 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.⁴⁸ Com foco nas consequências, nenhum

⁴⁸ É interessante mencionar que a Alemanha determinou que o proprietário não poderá terminar o contrato ou despejar o inquilino no período de 1 de abril a 30 de junho nos contratos comprovadamente impactados pelo covid-19. E o governo poderá estender a regra até 30 de setembro caso a vida social, atividade econômica e desemprego

terceiro, 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 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 3 anos. Por fim, o estímulo à autocomposição, e busca por soluções criativas pelas partes, é fundamental para criar “regras do jogo” seguras que permitam à sociedade enfrentar as grandes mudanças que ainda advirão do contexto nefasto da pandemia.

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

continuem em crise. O inquilino, por sua vez, poderá escolher 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.

garantia que a parte aparentemente mais forte tem mais condições de tolerar os custos da revisão imposta. Não se trata de desequilíbrio entre as partes. Bancos e grandes lojas de departamento como a Adidas e H&M podem ser locatários e pleitear uma revisão do contrato de locação, como ocorreu na Alemanha.⁴⁹ Por uma questão lógica, não tiveram esta situação da Adidas não foi bem recebida pelo judiciário alemão, nem pela opinião pública. O princípio da boa-fé tem um peso importante nas instituições alemãs. 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 do covid19.

Um exemplo de ação que ocorreu na área do direito de família, foi o caso de uma mãe que pediu para ser autorizada a

⁴⁹ A Adidas após pleitear o não pagamento do aluguel na Alemanha, teve que voltar atrás, se desculpar e manter o contrato. https://www.google.com.br/amp/s/m.economictimes.com/magazines/panache/adidas-apologises-after-backlash-over-refusing-to-pay-rent-amid-coronavirus-scare/amp_article/show/74943557.cms. Muitas empresas grandes, incluindo hospitais privados no Brasil que cancelaram a maioria dos procedimentos eletivos, com as pequenas e micro empresas, estão se ajustando com a redução de custos, o que inclui demissões em massa. O impacto da crise não diferencia tamanho da empresa ou classe econômica do cidadão. As medidas estão disponíveis no site: <https://www.gtlaw.com/en/insights/2020/3/covid-19-legislative-package-of-the-german-federal-government>.

não cumprir com os termos da regulamentação de visita, tendo em vista as dificuldades decorrentes das medidas restritivas de enfrentamento da pandemia. A decisão em segunda instância foi adequada ao manter a obrigação prevista na regulamentação de visita, garantindo a estabilidade da relação familiar, bem como, estimulando diálogo entre as partes, indispensável para ajustes futuros.

Passamos agora para contratos entre alunos e instituições de ensino com relação às mensalidades escolares. Devido aos efeitos das políticas de isolamento, o Conselho Nacional de Educação, em 28 de abril de 2020, aprovou relatório com diretrizes e orientações para escolas e instituições de ensino superior, em nível de estados e municípios, 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 alunos sairão prejudicados tanto em termos de uma redução de professores, de falência, 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 o sindicato das instituições de ensino superior privado (Semesp), 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 24/04/2020, 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 do 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 é fundamental para escolhas públicas eficientes. Por estes 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 Região⁵⁰ determinando que o Banco Central 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.

Interessante notar que o Banco Central já havia tomado uma série de medidas emergenciais no mesmo sentido, sem abrir mão da solidez e da estabilidade do Sistema Financeiro Nacional⁵¹. Todas as medidas adotadas buscam justamente ampliar o nível de liquidez no mercado, facilitar a negociação das dívidas

⁵⁰ 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.

⁵¹ https://www.bcb.gov.br/acessoinformacao/medidasdecombate_covid19

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 do covid-19, não pode ser utilizada para distribuição de lucros e dividendos a seus acionistas. Todas as medidas do Bacen seguiram a orientação do BIS (*Bank for International Settlement* - Banco de Compensações Internacionais ou Banco de Pagamentos Internacionais) 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, que tem como competência a regulação do sistema financeiro nacional, pode ter efeitos perversos. As instituições financeiras fazem o papel de intermediário 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 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. Como escreveu o Juiz Louis Brandeis da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 1916, no seu artigo, intitulado “The Living Law”, publicado na revista *Illinois Law Review*: “Um advogado que não estudou economia...pode bem ser tornar um inimigo público”.

8. CONCLUSÃO

O surgimento do covid-19 mudou o mundo tendo efeitos disruptivos em todas as áreas da sociedade. A crise econômica resultante das medidas determinadas pelas políticas públicas de enfrentamento do 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 em mundo inteiro, independente do sistema jurídico, e tem propiciado ambientes de negócios mais favoráveis a

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 de métodos de solução de conflitos autocompositivos, reforçando a vontade das partes. Assim, o marco regulatório dos contratos, incluindo leis e decisões judiciais, estará cumprindo sua função social.



9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; HERNANDES Crespo, Mariana. Tribunal Multiportas. *Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro RJ Brasil: FGV Editora, 2012. BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial. 6ª Edição, 2016.
- AKERLOF, George A. *The Market for "lemons: quality uncertainty and the market mechanism*. Quarterly Journal of Economics, v. 84, n. 3, p. 490, 1970BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2019. Brasília. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>. Última consulta em 28 de abril de 2020.
- AUER, Marietta. *The Structure of Good Faith. A Comparative Study of Good Faith Arguments*, p. 61, nov. 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=945594> . Acesso em: 23 abr. 2010
- COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*. Journal of Law and Economics, The University of Chicago Press, Vol. 3

- (Oct., 1960): 1–44.
- COASE, R. H. *The Firm the Market and the Law*. University of Chicago Press, 1988.
- COOTER, Robert D.; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. 5ª Ed. – Porto Alegre: Bookman, 2010. Tradução: Luis Maercos Sander, Francisco Araújo da Costa. Capítulos 6 & 7 (p. 200 a 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*. Chapter 1, 2009 p. 90.
- COUTO e SILVA, Clóvis V. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007. p. 33.
- EBKE, F. Werner & STEINHAUER, 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*. In: ROMA E AMERICA DIRITTO ROMANO COMUNE, Mucchi Editore, 35, 2014. p. 336.
- GHESTIN, Jacques. *L’Analyse Économique de la Clause Générale*. In: *General Clause and Standards in European Contract Law*. 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*. Em: Josiane Rose Petry Veronese, Oliveira, Olga Maria Boschi Aguiar e Sérgio Ricardo Ferreira

- Mota (Ed.): O Direito Revestido de Fraternidade. Estudos desenvolvidos no Programa de Pós-Graduação em direito da UFSC, 165-185. Florianópolis: Editora Insular, 2016.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Die Flucht in die Generalklauseln: Eine Gefahr für Recht und Staat*. Tübingen: Verlag von J. C. Mohr Paul Siebeck, 1933. p.66-76.
- LIPSON, Jonathan C. POWELL, Norman M. Don't just do something – Stand There! A modest proposal for a model standstill/tolling agreement. Available at <https://businesslawtoday.org/2020/04/dont-just-something-stand-modest-proposal-model-standstilltolling-agreement/>; Model available at <https://businesslawtoday.org/wp-content/uploads/2020/04/without-annotations.html>; Commentated Model available at <https://businesslawtoday.org/wp-content/uploads/2020/04/annotated-version.html>
- MACKAAY, Ejan. ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. 2ª Edição. São Paulo: Atlas, 2015. Tradução e adaptação: Rachel Sztajn.
- MACKAAY, Ejan. LEBLANC, Violette. *The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law of Contract*. In: European Law and Association Conference, Nancy, p. 9, sep. 2008.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé como Modelo: Uma aplicação da teoria dos modelos de Miguel Reale*. p. 347-379.
- MENEZES CORDEIRO, Antonio, *Da Boa Fé no Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 162 e 170.
- MOORE, Christopher W. *The mediation Process: Practical strategies for resolving conflict*. 4th edition. San Francisco: Jossey-Bass (A Wiley Brand), 2014.
- MOORE, Christopher W. *O Processo de mediação. Estratégias*

- práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- 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. 30, p. 15, 2005
- POSNER, Richard. *Para além do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- SANDRI, Jussara Schmitt. *Função Social do Contrato. Conceito. Natureza Jurídica e fundamentos*. Londrina, PR: Revista de Direito Público, agosto/setembro de 2011. V.6, N.2, P. 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 (January 13, 2020). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3518287> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3518287>
- THEODORO JÚNIOR, Humberto (2015): *Estabilização da demanda no novo Código de processo civil*. 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 . Última consulta em 28 de abril de 2020.
- TIMM, Luciano Benetti (Organizador), *Direito e Economia no Brasil*, 3a edição. 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 publicada no jornal eletrônico “Migalhas”.

quarta-feira, 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>.

- 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, v. 34, n. 123, p. 35-39, 2014.
- WIEACKER, Franz. *El Principio General de la Buena Fe*. Traduzido por J. Carro. Título original em alemão: *Zurechtstheoretische 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, p. 23, 2000.