

Klein e Luciani: Oportunismo contratual em Tempos de Covid-19

A Covid-19 foi caracterizada como pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e já acarretou mais de 37 mil óbitos no Brasil. Nesse cenário, foram adotadas medidas para enfrentamento da doença, o que influenciou na produção de dezenas de normas jurídicas cujo objetivo é tratar das consequências desta situação excepcional, inclusive com a imposição de limites às atividades presenciais não essenciais, nos termos da Lei nº 13.979/2020 [\[1\]](#) — no âmbito federal —, e diversas normas restritivas estaduais — como o Decreto nº 4230/20, alterado pelo Decreto nº 4301/20, do Estado do Paraná, que



escolas, academias e estabelecimentos congêneres.

Nesse cenário, é razoável afirmar que o cumprimento de

diversas obrigações contratuais pode se tornar bastante difícil, excessivamente oneroso ou impossível na situação fática. Algumas respostas legislativas em debate e em vigor geram desnecessidade de cumprimento de obrigações contratuais. Como exemplos podemos citar o Projeto de Lei nº 1018/20 (tramitando na Câmara dos Deputados), que propõe a suspensão da cobrança de pagamento de diversos contratos firmados entre particulares (como aluguéis e empréstimos), o PL nº 197/20 do Estado do Espírito Santo, aprovado no dia 26 de maio, que prevê a redução em 30% do valor das mensalidades de todas as instituições educacionais do Estado, e também o PL nº 296/20 do Estado do Paraná, que impede a cobrança de juros e multas pelo atraso no pagamento das mensalidades de instituições de ensino. Entretanto, essas soluções simples para o contexto complexo em que vivemos podem trazer consequências indesejáveis como se apresentará a seguir. Para essa análise será utilizada uma abordagem de Direito e Economia, em especial o conceito de oportunismo contratual.

Enquadramento Jurídico

Antes de tratar da análise pelas lentes de Direito e Economia, faz-se necessária certa reflexão quanto ao tratamento puramente jurídico da questão. A maioria das avenças não previu, em cláusulas específicas, a pandemia e a consequente dificuldade do cumprimento de contratos. Entretanto, a grande maioria dos contratos tem uma previsão genérica de cláusulas de caso fortuito e força maior.

Logo, é relevante a discussão sobre a caracterização, ou não, da pandemia como caso fortuito ou força maior para fins da aplicação do artigo 393 do Código Civil. Alguns tribunais (como o TJ-SP, no AI nº 2081753.47.2020.8.26.0000) passaram a perceber a obrigação da suspensão das atividades como fato do príncipe, sendo hipótese de força maior. Outros decidem no sentido de que a pandemia acarretou em danos a ambas as partes, sendo que a intervenção judicial não pode levar à onerosidade excessiva de apenas uma delas (como no julgamento do TRF-4 no AG 5013483-62.2020.4.04.0000), sendo preferível a negociação entre as partes para que decidam, entre si, a melhor possibilidade de alocação dos prejuízos, para que nenhuma delas seja sobrecarregada.

Outra discussão jurídica necessária é a caracterização, ou não, de fato extraordinário e imprevisível para fins de aplicação dos artigos 478, 479 e 480 do Código Civil — que abordam a resolução contratual por onerosidade excessiva, ou para fins de renegociação pelo princípio da conservação dos contratos. Os tribunais vêm decidindo no sentido de que, mesmo sendo fato imprevisível, nos contratos de trato contínuo (como de aluguel) o locatário deve estar preparado para manutenção do cumprimento do contrato mesmo com a ocorrência de fato extraordinário (como no julgamento do AI 2063701-03.2020.8.26.0000 pelo TJ-SP).

Assim, com a existência de instrumentos normativos já consolidados no ordenamento jurídico brasileiro, a solução pode parecer fácil ou trivial, mas isso não é verdadeiro. Em especial porque a aplicação desses institutos pelo Poder Judiciário é cercada de complexidades e dificuldades, que — em última análise — demandam a compreensão do julgador acerca do contexto negocial de cada transação. Com isso, faz-se necessário que argumentos e contextos sejam transportados para o contexto jurídico. Aqui, alguns aspectos trazidos pela perspectiva de Direito & Economia aplicada aos contratos podem ser úteis.

Direito & Economia dos Contratos

Um primeiro ponto relevante na visão econômica dos contratos é que eles são definidos como instrumentos de coordenação de comportamentos e alocação dos riscos [2], sendo que essa coordenação permite ganhos adicionais que não seriam atingíveis individualmente. Aqui a capacidade real e efetiva de coordenar comportamentos é característica essencial para qualificação de um acordo como um contrato. Portanto, a ausência de expectativa de cumprimento de um acordo pode afastar a sua qualificação econômica como contratável. E essa dificuldade de coordenação — ao impedir ou dificultar que transações sejam efetivadas — pode gerar uma perda significativa para o desenvolvimento econômico e social.

No estudo da Economia dos Contratos é abordada ainda a incompletude destes, entendida como a impossibilidade de que essa coordenação englobe — quando da celebração do contrato — todas as contingências futuras possíveis e a sua solução dentro da relação contratual [3]. A incompletude pode derivar de três situações principais: I) da impossibilidade da racionalidade humana de prever todos os eventos futuros em contratos relacionais ou de trato sucessivo; II) do alto custo para obtenção de um acordo em determinado assunto controverso, a chamada incompletude estratégica; ou III) da omissão de informação por uma das partes, que possui uma informação privada e pretende posteriormente utilizá-lo de forma mais benéfica a ela.

Um último fator a ser mencionado é que as relações contratuais no mundo real sempre estão sujeitas a assimetria informacional, uma vez que cada uma das partes costuma ter informações privadas que não são do conhecimento da outra sobre os pontos do contrato ou sobre a sua execução.

Após o estudo desses conceitos iniciais, pode-se apresentar o conceito de oportunismo, no sentido cunhado por Williamson [4], como a utilização da assimetria informacional de forma autointeressada e maliciosa, o que inclui tanto as condutas caracterizadas juridicamente como dolo, por exemplo, quanto distorções mais sutis dos fatos. Desse modo, o agente econômico utiliza a posição de vantagem que ocupa na assimetria informacional a seu favor. O comportamento oportunista pode surgir antes do contrato ser firmado (*ex ante*) e se referir a distorção de uma informação durante a negociação ou ser posterior (*ex post*) e envolver algum aspecto da execução contratual.

A pandemia traz grandes riscos de oportunismo contratual *ex post*, uma vez que a causa real para o descumprimento contratual é por diversas vezes uma informação privada de uma das partes. Assim, o papel da pandemia no descumprimento contratual ou o quanto ela encareceu o cumprimento das obrigações de determinado contrato é uma informação privada de um dos contraentes. E nesse sentido, ao imputar a pandemia problemas ou dificuldades que na verdade não decorrem dela, o contratante está a agir de forma oportunista.

Essa situação pode ocorrer em contratos diversos — sejam de consumo, empresariais, entre outros. Por exemplo, no âmbito empresarial, a relevância da pandemia para ocorrência de dificuldades de entrega ou produção de bens em um contrato de fornecimento é uma informação privada de uma das partes, e o real prejuízo pela demora na entrega é informação privada da outra.

Caso haja uma medida legislativa ou decisão judicial que afaste, em todas as situações aparentemente idênticas, as sanções contratualmente ou legalmente previstas pelo descumprimento contratual, o comportamento oportunista será incentivado. Isso porque utilizar a pandemia para explicar quaisquer descumprimentos contratuais passaria a ser a regra, o que pode afetar a capacidade do contrato de coordenar de forma efetiva comportamentos, alterando inclusive contratos que não foram afetados pela pandemia.

Formas de lidar com o oportunismo contratual na pandemia

Entre as formas de lidar com o oportunismo na perspectiva de Direito & Economia dos contratos, pode-se destacar soluções *ex ante* como a construção de salvaguardas e estruturas de governança [5]. Essas soluções, entretanto, devem ser estabelecidas pelas partes contratantes, e não por ato legislativo ou intervenção judicial posterior. Assim, restam às medidas legislativas e às decisões judiciais a redução de um dos principais aspectos do qual decorre a conduta oportunista: a assimetria informacional.

No cenário pandêmico, a assimetria informacional diz respeito aos impactos da doença nas responsabilidades contratuais de cada uma das partes, que são diferentes em cada relação contratual e que podem, ou não, decorrer da pandemia. Por exemplo, um contrato de locação pode se tornar excessivamente oneroso para uma das partes se o imóvel for comercial e a atividade empresária estiver proibida de ocorrer por determinação governamental. Em contrapartida, um contrato de locação em que o locatário possui rendimentos fixos, não há impacto pela pandemia, não sendo necessária qualquer alteração contratual para sua continuidade.

A assimetria informacional pode ser reduzida por meio da construção de um ambiente de confiabilidade quanto às informações que venham a ser utilizadas na repactuação ou revisão contratual necessárias em função da pandemia. Assim, procura-se evitar o custo do incentivo ao oportunismo contratual sem que se deixe de atuar em resposta aos impactos da pandemia nos contratos. Por outro lado, essa solução traz o custo de uma solução individualizada, ou seja, específica para cada contrato. Nesse contexto, medidas legislativas de amplas moratórias devem ser substituídas por incentivos a negociação de boa-fé e com abertura de informações verdadeiras e suficientes.

No âmbito da atuação judicial também a aplicação judicial adequada dos institutos contratuais já previstos no Código Civil deve ser feita sem que se incentive o oportunismo contratual. Nesse contexto, ao invés de decidir rapidamente pelo não sancionamento do descumprimento contratual, o papel do Poder Judiciário deve ser o de redução da assimetria informacional, possibilitando que haja uma renegociação ou repactuação entre as partes. Assim, evitam-se intervenções baseadas em soluções genéricas para todas as relações contratuais aparentemente parecidas, que embora possam parecer mais simples e menos custosas, tendem a ser injustas e ineficientes, já que partes muito afetadas e pouco afetadas pela pandemia terão o mesmo tratamento.

Conclusão

Desse modo, a intervenção estatal, seja ela legislativa ou judicial, nos contratos em função da pandemia — além da correta aplicação dos institutos jurídicos — deve buscar construir um ambiente confiável de troca de informações entre as partes, ao invés de reforçar e favorecer comportamentos oportunistas. No âmbito judicial, sempre que possível, deve ser incentivada a produção de informação verdadeira sobre os impactos contratuais da pandemia, para que — mesmo que a busca pela renegociação seja infrutífera naquele momento — as decisões judiciais deixem de trabalhar com generalizações desconectadas de cada contexto negocial. Essa solução, mesmo que mais custosa e complexa do que amplas moratórias, seria mais útil ao desenvolvimento econômico e social do país.

[1] Regulamentada no âmbito federal pelo Decreto nº 10.082/20.

[2] Uma definição neste sentido é a seguinte: “*A contract is a reliable promise by both parties, in which the obligations of each, for all possible contingencies are specified.*” (MACHO-STADLER,

Inés;PÉREZ-CASTRILLO, J. David. *An Introduction to the Economics of Information: incentives and contracts*. 2ª ed., Oxford: Oxford University Press. 2001, p. 5).

[3] Neste sentido ver: WILLIAMSON, Oliver E. *The Mechanisms of Governance*. New York: Oxford University Press, 1996, p. 56

[4] A definição dada pelo autor é a seguinte: “*By opportunism I mean self-interest seeking with guile. This includes but is scarley 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. (...) More generally, oppotunism refers to the imcomplete or distorted disclousure of information, especially to calculeted efforts to mislead, distort, disguise, obfuscate, or otherwise confuse.*” (WILLIAMSON, Oliver E. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press, 1985, p. 47.

[5] Sobre o tema: ALMEIDA, Felipe. Salvaguarda e Mecanismos de Governança. In: RIBEIRO, M.C.P.; DOMINGUES, V. H.; KLEIN, V. (org.). *Análise Econômica do Direito: justiça e desenvolvimento* . Curitiba: CRV, 2016. p. 79-84

Date Created

09/06/2020