

A REVISÃO DE CONTRATOS EMPRESARIAIS E A TRAGÉDIA DOS COMUNS NA JUSTIÇA EM UM CONTEXTO DE CRISE

THE AUTONOMY OF THE CENTRAL BANK AS A FORM OF ECONOMIC REGULATION

YAGO APARECIDO OLIVEIRA SANTOS

Mestrando em Direito Privado pela UFRGS. Especialista em Direito Empresarial pela PUCRS. Especialista em Direito Constitucional pela UENP. Graduado em Direito pela PUCPR.

MAGNUM KOURY DE FIGUEIREDO ELTZ

Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul com ênfase em Direito Civil e Empresarial. Especialista em Direito e Economia e Direito Ambiental Nacional e Internacional pela UFRGS, Visiting Scholar pela Universidade da Califórnia em Berkeley e MBA em Gestão Empresarial pelo IBGEN e Especializando em Gestão Financeira e Tributária pela Faculdade Brasileira de Tributação

RESUMO

O presente trabalho trata de breve investigação a respeito das consequências da crise financeira gerada pela pandemia do Coronavírus (Covid-19) nos contratos empresariais e os efeitos causados por condutas oportunistas a partir da utilização de processos judiciais como forma de garantir um equilíbrio de caixa para as empresas. Será realizado um estudo por uma perspectiva jurídica e econômica a fim de entender os problemas gerados pela sobreutilização do Poder Judiciário para que então se possa, ao final, investigar quais os mecanismos capazes de incentivar a autocomposição e o adequado filtro de demandas relacionadas à crise nas empresas e suas implicações nos contratos.

Palavras-chave: contratos empresariais; crise econômica; tragédia dos comuns; poder judiciário.

ABSTRACT

This paper deals with a brief investigation about the consequences of the financial crisis generated by the Coronavirus (Covid-19) pandemic on commercial contracts and the



effects caused by opportunistic conduct based on the use of lawsuits as a way to guarantee a cash balance for the companies. There will be a study from a legal and economic perspective in order to understand the problems generated by the overuse of the Judiciary Power and, in the end, it to investigate which mechanisms are capable of encouraging self-composition and the adequate filter of demands related to the crisis in companies and their implications in contracts.

Keywords: commercial contracts; economic crisis; tragedy of commons; judicial power.

1. INTRODUÇÃO

As relações empresariais estão sendo diretamente afetadas em razão da crise econômica gerada pela inesperada necessidade de readequação social diante da pandemia do Coronavírus (Covid-19), que em todo o mundo obrigou um distanciamento social aprofundado, com a imposição de que negócios dos mais variados setores interrompessem as suas atividades presenciais, readequassem a posição de seus funcionários, revisassem o fluxo de caixa e, também, analisasse as relações negociais.

A imprevisibilidade da crise vivenciada a partir da pandemia talvez seja o ponto central da maioria dos problemas financeiros e econômicos que diversos empresários estão passando. O momento econômico pelo qual o país passava antes de março de 2020 era de crescimento e de, mais do que isso, grandes expectativas.

Expectativas de crescimento econômico geram confiança do mercado, de modo que a disposição para investimentos, com a criação de novas empresas, novas parcerias, novos postos de trabalho e, de maneira geral, novas relações negociais, tende a aumentar. Esse era o cenário vivenciado até março de 2020, o qual, em questão de dias, muitas pessoas tiveram que repensar a sua continuidade.

Com os efeitos iniciais das medidas de restrição para as empresas, se mostrou ainda mais necessária a análise do fluxo de caixa nos negócios, de modo que o empresário consiga traçar o seu período de sobrevivência e as novas rotas para readequação das atividades. Essa análise de caixa obriga que o empresário reveja as



suas relações, visando estabelecer quais delas podem continuar e quais precisam ser encerradas.

Para aquelas relações de longo prazo, como nos casos de contratos relacionais, as partes buscam de imediato a renegociação das suas obrigações, seja com a readequação dos prazos, das multas ou flexibilização de algum item que permita que o contrato seja cumprido, ainda que de maneira diversa daquela prevista no início da avença.

O problema surge quando, diante de um contrato para o qual as negociações não foram exitosas ou mesmo para aqueles casos em que não se interessa, seja por impossibilidade ou por conveniência, o seu cumprimento se mostra como inviável. Nesses casos, a alternativa é buscar nas cláusulas contratuais quais as saídas que as partes haviam previsto. E, quando insuficientes a saídas constantes em contrato, resta recorrer para as previsões legais.

O destinatário final da controvérsia não resolvida entre os contratantes passa a ser o órgão julgante, seja ele o Poder Judiciário, o que ocorre na maioria dos casos, ou em alguns outros, as Câmaras Arbitrais. No presente artigo, objetiva-se tratar da situação mais recorrente, que se refere à busca pelo Poder Judiciário como meio de solucionar a controvérsia relacionada ao contrato.

Conforme previsão constitucional, o Poder Judiciário é o órgão responsável por receber e dirimir os conflitos sociais, o que, a partir da Constituição Federal de 1988, tornou-se ainda mais visível, diante de uma posição de protagonismo do órgão na recepção das demandas não resolvidas pelos outros poderes.

Observa-se a partir de crises abruptas como a advinda pela pandemia que as relações negociais tendem a apresentar um desequilíbrio que, quando não solucionado pelas partes, encontrará como destinatário o Poder Judiciário. Dada a magnitude da crise da qual se vivencia apenas o seu início, a tendência é que conflitos gerados pelo desequilíbrio das relações se avolumem, de modo que o Judiciário não consiga se adequar a essa nova dinâmica de sobreutilização, o que levará à uma ruptura profunda.



Assemelha-se à ideia já tratada nas ciências econômicas, apresentada em especial por Garrett Hardin, sobre a tragédia dos comuns, em que a sobreutilização de um bem público gera a sua escassez. Partindo dessa comparação, o presente artigo objetiva, em um primeiro momento, entender os pontos de semelhança entre a tragédia dos comuns, os incentivos para a judicialização das demandas negociais e as consequências da sobreutilização do Poder Judiciário para que, em um segundo momento, através do ferramental proposto pela abordagem jurídico-econômica, se possa construir possíveis soluções para o problema.

2. A TRAGÉDIA DOS COMUNS E A JUDICIALIZAÇÃO DE CONTRATOS EM ÉPOCAS DE CRISE

A pandemia do Coronavírus (Covid-19), além do seu impacto direto e mais aprofundado na saúde pública, trouxe com ela uma crise aprofundada nas estruturas econômicas dos países. Nações em desenvolvimento, que já tinham os desafios socioeconômicos anteriores à crise, se veem com a imediata tarefa de atenuar os impactos da pandemia em suas estruturas econômicas.

A chegada inesperada da crise financeira, apesar das perspectivas de avanço da pandemia poucos meses antes dos efeitos mais drásticos no país, trouxe um impacto imenso aos empresários, que em questão de dias se viram com a árdua missão de manter as suas atividades em funcionamento, gerando algum tipo de caixa para manutenção mínima dos negócios, mesmo com as medidas de distanciamento social.

Como bem apontam Scalzilli, Spinelli e Tellechea (2020, p. 30) em obra dedicada a tratar da crise econômica gerada pela pandemia e a insolvência nas empresas, um dos grandes desafios para os empresários nesses tempos se refere ao fato de que sequer foi possível um ajuste das atividades à nova dinâmica do mercado, pois muitas atividades simplesmente pararam, ao mesmo tempo em que as suas obrigações continuam.



Os empresários nem sempre conseguem ajustar os ponteiros dos relógios financeiro e econômico das suas atividades negociais. Como destacou Lawrence Summers, em meio à crise atual, o relógio econômico parou – não há faturamento -, mas o relógio financeiro segue com seus ponteiros correndo, com dívidas vencendo e o taxímetro dos juros ligado. Não restam dúvidas de que o coronavírus foi um verdadeiro cisne negro que atingiu, em cheio, o mundo todo (SCALZILLI; SPINELLI; TELLECHEA, 2020, p. 30)

O impacto da pandemia, ainda que em proporções diferentes, não se restringiu, assim, a uma questão sanitária, atingindo fortemente na continuidade de muitos negócios e causando, por consequência, grave crise financeira e econômica para o país.

Há algum tempo se vê um fenômeno no Brasil em termos de escoamento das demandas socioeconômicas, com a distribuição não equitativa entre os poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário) dos anseios populares. Por não equitativa, considera-se o fato de que o Judiciário, a partir de uma posição de protagonismo na defesa de direitos sociais, tem atuado de forma ativa na condução de políticas públicas como forma de responder aos recorrentes pedidos formulados nesta seara.

Com o amplo acesso à justiça consignado na Constituição Federal de 1988, se observou um aumento do ingresso de ações judiciais com a discussão sobre os mais diversos temas, os quais, em boa parte, estão atrelados ao âmbito de relações privadas.

O acesso facilitado ao Poder Judiciário, incentivado por estruturas de atenuação de custos para os litigantes, como a ampla concessão da assistência judiciária gratuita e a atuação dos juizados especiais, levou a população à busca da solução de problemas individuais através da judicialização.

Logo no início das determinações de suspensão das atividades presenciais das empresas em seus mais diversos setores, surgiram os questionamentos sobre formas de atenuar os impactos financeiros dessas determinações.

Se de um lado o Poder Público instituiu meios de flexibilizar as obrigações relativas ao âmbito trabalhista e tributária, com uma maior autonomia das empresas em relação à negociação com seus empregados, bem como com a postergação de pagamento de tributos, no que concerne ao ambiente de obrigações derivadas de relações privadas, em um primeiro momento não surgiram respostas rápidas e fáceis sobre as soluções.



Observa-se, seja a partir da cultura da judicialização, seja pelo já constatado aumento de processos que têm em sua origem questões relacionadas ao impacto econômico da Covid-19, que o Judiciário tende a ser, nos próximos meses e até anos, o depositário das demandas socioeconômicas causadas pela pandemia.

Assim, a cultura da judicialização já naturalizada no país mais uma vez mostra os seus efeitos, através da busca pelos contratantes, através da via judicial, da relativização das suas obrigações. Cita-se, como exemplo, as diversas ações já ajuizadas em todo o território nacional tratando da relativização dos contratos de locação comercial e de contratos firmados em outros ambientes.

A tendência de sobreutilização do Poder Judiciário em razão de demandas que têm em sua origem a crise causada pela pandemia poderá levar essa importante instituição ao caos. Como consequência, os relevantes objetivos consignados ao Poder Judiciário não poderão ser concretizados, causando impactos negativos à toda a sociedade, que não verão resolvidos os seus conflitos.

Ou seja, a previsão futura é a de que a busca descomedida de soluções de problemas individuais poderá levar à socialização de prejuízos, com a inviabilidade do cumprimento da função judicante. Com o Judiciário sobrecarregado com as demandas relacionadas à crise, outras demandas serão afetadas e deixarão de serem atendidas.

Assim, é preciso que se defina as razões iniciais para a ocorrência desse problema e, após, que se estructurem as potenciais soluções, com a agilidade que a situação demanda. Um dos motivos para a ocorrência desse fenômeno, a partir do ferramental proposto pela Economia, pode estar vinculado ao caráter de bem público do Poder Judiciário, ou seja, seu exercício demanda a intervenção e atuação do Estado, diante da inviabilidade de exclusão da sua utilização pelos cidadãos, além da inviabilidade de que referida função seja realizada exclusivamente pela iniciativa privada.

Como lembra Ivo Gicco (2014, p. 176), o Judiciário pode ser considerado como um recurso comum, à semelhança do que trata a Economia, pois ele é inclusivo e rival,



ou seja, é difícil excluir os usuários que não são autorizados e a sua utilização acarreta na diminuição da sua utilidade.

Ou seja, como bem público, a sua característica é a de que não se pode excluir os agentes da sua utilização e, no estado atual, da sua sobreutilização. E a economia já se debruça há algum tempo sobre a sobreutilização de bens públicos, sendo recorrente a utilização do exemplo da chamada “tragédia dos comuns” ou “tragédia dos baldios” para explicar a questão.

A tragédia dos baldios nos lembra que a inexistência de custos para o uso de bens pelos indivíduos pode levar ao seu esgotamento. Resumidamente, a tragédia dos baldios (ou dos comuns), se refere à hipótese de que, dado um espaço público e os baixos (ou inexistentes custos), o agente é levado a utilizar do espaço com a tendência futura da exclusão de outros agentes, pelo esgotamento ou inexistência do bem.

Hardin, utilizando o exemplo do pasto aberto a todos, em que os incentivos levam aos criadores de gado a sobreutilizarem o espaço até a sua inviabilização, nos apresenta a problemática da tragédia dos comuns:

The tragedy of the commons develops in this way. Picture a pasture open to all. It is to be expected that each herdsman will try to keep as many cattle as possible on the commons. (...) As a rational being, each herdsman seeks to maximize his gain. Explicitly or implicitly, more or less consciously, he asks, "What is the utility to me of adding one more animal to my herd?" This utility has one negative and one positive component. 1) The positive component is a function of the increment of one animal. Since the herdsman receives all the proceeds from the sale of the additional animal, the positive utility is nearly +1. 2) The negative component is a function of the additional overgrazing created by one more animal. Since, however, the effects of overgrazing are shared by all the herdsmen, the negative utility for any particular decision-making herdsman is only a fraction of -1. (HARDIN, 2009)

Considerando a inexistência de custos para a introdução de mais um animal para a pastagem, a tendência é que o agente o faça. Ocorre que, com a introdução sistemática e sem custos, pelo agente, o bem público tende a se esvaír, excluindo, por lógica, outros interessados da utilização do bem.



Early work in law and economics proceeded from homo economicus assumptions to address the economic aspects of individual interaction. The Tragedy of the Commons (Hardin, 1968) explained the resource-destructive course of activity when a number of individuals had access to a resource in circumstances in which entitlements to the resource were poorly defined. The seminal analysis in The Problem of Social Cost, which came to be known as the Coase Theorem, holds that, in the absence of transaction costs, the original assignment of entitlements does not affect the allocation of resources to production in circumstances of conflict in resource use (Coase, 1960). In addition to the basic assumptions about human nature, both of these analyses posited that the paramount criterion of evaluation of human interaction is efficiency, implicitly defined as putting resources to the most valuable use in production. And both of these analyses posit, implicitly or expressly, that the prior definition of a pattern of individual entitlements to resources makes possible market action that guides the allocation of these resources toward efficiency. (BOUCKAERT; DE GEEST, 2000, p. 1042)

A relação com os processos judiciais derivados da crise pandêmica parece clara: à medida que os custos de transação para a introdução de novos processos judiciais tendem a ser baixos, há o incentivo para que o agente/litigante utilize (ou sobreutilize) o judiciário (bem público) na tentativa - ainda que injustificada - de resolver seus problemas.

Dado que os indivíduos pautam suas ações a partir uma maximização racional dos seus interesses, a decisão de ingressar com uma demanda judicial levará em conta se esta escolha representa benefícios marginais superiores aos custos marginais relacionados ao não ingresso. Sobre a maximização racional e o processo decisório, assim escreve Bruno Salama:

A suposição de maximização racional leva ao chamado processo de decisão marginalista. Isso quer dizer que, nos processos de tomada de decisão, os indivíduos realizarão a próxima unidade de uma dada atividade se, e somente se, os benefícios dessa próxima unidade forem maiores ou iguais a seus custos. Ou seja: o indivíduo somente realizará a atividade marginal, qualquer que seja ela, se os benefícios marginais (estimados ex ante) forem maiores ou iguais aos custos marginais (estimados ex ante) (SALAMA, 2008, p. 17)

Assim como na tragédia dos baldios, na tragédia da justiça, a sobreutilização do judiciário levará o seu esgotamento e, conseqüentemente, à exclusão de outros agentes da sua utilização. Sobre o tema, Luciano Timm frisa que a continuidade da situação como tal levará ao que chama de tragédia da justiça, em um cenário em que a prestação judicial será insuficiente para a satisfação dos direitos:



Por conseguinte, percebe-se que o abarrotamento e a consequente morosidade do Poder Judiciário são consequências de elementos tanto internos quanto externos ao sistema judicial. E é o conjunto desses elementos, insolúveis até o momento, que oferece riscos para que a tragédia da exaustão da prestação judicial se torne real. Ou seja, se o quadro acima diagnosticado continuar evoluindo da mesma forma, o nível da prestação judicial tenderá a decair até o ponto em que a satisfação dos direitos passará a não ser mais atendida, o que, aliás, de certo modo já parece estar ocorrendo. (TIMM, 2018)

Conforme escreve Joshua Greene ao analisar a tragédia dos comuns, a mais conclusiva das soluções para esse fenômeno está na moralidade das pessoas, que pensando em consequências mais amplas dos seus atos, deveriam agir de forma altruísta e, ao terem por base o campo público, limitariam por decisão própria a inserção de gados como forma de preservar o pasto.

How does morality do this? We'll spend the next chapter answering this question in more detail, but here is the gist: The essence of morality is altruism, unselfishness, a willingness to pay a personal cost to benefit others. Selfish herders will keep adding animals to their herds until the individual costs outweigh the individual benefits, and this, as we saw, leads to ruin. Moral herders, however, may be willing to limit the sizes of their herds out of concern for others, even though such restraint imposes a net cost on oneself. Thus, a group of moral herders, through their willingness to put Us ahead of Me, can avert the Tragedy of the Commons and prosper. (GREENE, 2013, p. 23)

Mas, ao contrário, a forte tendência de comportamentos egoístas leva os agentes a pautarem suas ações em benefícios imediatos e que apenas os beneficiem, afastando da prática recorrente a moralidade indicada por Greene. Nesse aspecto, vale ressaltar as contribuições feitas pela Behavioral Law and Economics, que em contraponto à ideia da teoria da escolha racional, afirma que os comportamentos do homem comum nem sempre representam uma boa escolha. O comportamento egoísta, neste caso, levará ao esgotamento de um recurso que se mostra relevante, não representando, assim, a escolha mais racional.

Pesquisas advindas da economia comportamental mostram que, embora em alguns casos a maximização de interesses adviria da cooperação, o agente, a partir de



vieses comportamentais e heurísticas, não opta pelo comportamento mais racional, agindo de forma egocêntrica.

Egocentrism and motivated reasoning are crucial to understanding people's ethical behavior—especially the mechanisms that allow ordinary people to violate ethical norms while preserving their self-image as moral people. This topic—commonly known as behavioral ethics—has attracted considerable attention in recent years. Behavioral ethics draws heavily on the notion of dual reasoning (System 1 and System 2), and argues that self-interested behavior is largely automatic. While JDM research focuses on how people's heuristics and biases often hinder the advancement of their interests and goals, behavioral-ethics studies show how automatic processes facilitate the promotion of people's interests and goals. However, unlike standard economic analysis, which posits that people deliberately maximize their own utility, behavioral ethics focuses on the effect of self-interest on people's automatic cognitive processes. (ZAMIR; TEICHMAN, 2018, p. 72)

Apesar da fácil constatação, é sempre importante ressaltar que, em um cenário de sobreutilização do Poder Judiciário - assim como no sistema de saúde - direitos fundamentais deixariam de ser efetivados, o que evidencia a importância do tema e a necessária construção de soluções imediatas. E como ensina Fernando Araújo (2008, p. 63), “a racionalidade colectiva levará ao incremento cumulativo e à ruína do recurso, dada a liberdade de acesso: essa liberdade acaba por ter consequências trágicas”.

Além disso, é importante lembrar dos comportamentos oportunistas dos agentes, que baseando-se em incentivos ineficientes, pautam as suas condutas visando um ganho extremado e que causam externalidades negativas. Lembra-se que, segundo a teoria econômica, um dos papéis desempenhados pelo contrato é o de exatamente conter o oportunismo futuro no negócio (KING; SMITH, 2007, p. 1), de modo a impedir que uma parte se utilize de ações para prejudicar a outra. A relativização do contrato, em alguns casos, objetiva evitar essa função e promover o oportunismo de umas partes.

Por outro lado, é importante frisar que a limitação da racionalidade acarreta escolhas não intencionalmente oportunística, mas baseando-se em regras ou disposições vislumbradas no momento da decisão, como bem apontam Werner Guth e Hartmut Kliem:



The rational choice assumption that all choices are made intentionally and strictly opportunistically, in view of the expected consequences of each choice taken separately, seems off the mark empirically. Individuals choose according to rules or dispositions of a general nature rather than in a case-by-case manner. Because of either the limits of their rational faculties or their ability to follow rules intentionally they do not behave in an opportunistically rational way, at least not completely so. (GUTH; KLIEM; 1998, p. 377)

Assim, o ambiente permissivo e de alta aceitabilidade de demandas que visam questionar as balizas inicialmente estabelecidas nos contratos privados podem incentivar comportamentos oportunistas de determinados agentes, inclusive daqueles que não tinham a intenção ou a necessidade de assim agirem, mas encontram na situação uma oportunidade de se beneficiarem.

Mas quais seriam os custos e os níveis ideais para a equalização da utilização do Judiciário?

3. ENTRE A NEGOCIAÇÃO E A JUDICIALIZAÇÃO: os custos ideais e possíveis soluções

Nota-se uma ideia generalizada de que ao se tratar de custos (e do seu potencial aumento), estamos tratando de aumento do valor-moeda necessário para a utilização de certos bens. Essa ideia, por vezes, se mostra como equivocada, à medida em que, como o ferramental econômico demonstra, a ideia de custos não tem relação direta com o acréscimo do valor-moeda necessário para usufruir de determinado bem, mas sim nos recursos materiais ou imateriais a serem despendidos para que o agente possa alcançar o seu objetivo.

O acesso a um recurso público ou privado demanda a opção por determinados custos. Não só custos diretos, através da injeção de valores monetários, mas também de custos relacionados ao tempo, pesquisa e disposição do agente para alcançar o recurso.

Alguns custos estão envolvidos na escolha entre judicializar determinada demanda: o custo com o advogado, despesas judiciais, disposição para o conflito com a



outra parte, deslocamento para audiências, risco de sucumbência e a incerteza se todo o tempo dedicado para o processo terá resultados positivos.

Além dos custos ponderados para o ingresso da demanda no Poder Judiciário, há também o custo de manter o *status quo* da relação contratual ou o risco de vê-la rompida abruptamente pela outra parte, inclusive com a imposição de penalidades contratuais.

Assim, a opção de judicializar determinada questão, sobretudo ao se tratar de uma relação privada, considera, de antemão, os custos de se manter um contrato em um estado que já não convém ao contratante e os custos relacionados ao ajuizamento de demanda que visa discutir as obrigações anteriormente pactuadas. E, em um ambiente de crise econômica aguda, torna-se parte da estratégia empresarial a opção por pleitear alguma medida judicial que, ainda que se acredite como infundada, poderá garantir a extensão de prazo para o cumprimento de alguma obrigação, de modo que o processo se torna instrumento de equilíbrio do fluxo de caixa da empresa.

Conforme estudos conduzidos pelo economista Oliver Williamson (1998, p. 47), o oportunismo nos contratos pode estar presente *ex ante* e *ex post* e se caracteriza como a busca ativa do preenchimento do próprio interesse pelo contratante, através de formas como a mentira, roubo ou trapaça. Poderia ser considerada como oportunista a conduta de utilizar a judicialização do contrato como estratégia de ganho tempo na relação ou para impor a outra parte custos que o façam aceitar uma renegociação.

Essa ponderação se aprofunda em ambientes de crise, em que os custos para o cumprimento do contrato se tornam superiores àqueles previstos inicialmente e, quando balanceados com os custos necessários para o ingresso de ação judicial, verifica-se que a manutenção do contrato representa uma perda superior à tentativa de modificá-lo via Poder Judiciário.

As decisões do Poder Judiciário também servem como sinalização para que os agentes possam escolher entre apresentar a demanda ou não. A existência de decisões que rejeitam os pedidos serve como fortes indícios de que não valeria a pena o trajeto



com a judicialização. Por outro lado, decisões favoráveis ou a inexistência de consenso entre os julgadores representará uma sinalização positiva em relação ao potencial benefício do ingresso da ação.

Como escreve Ivo Gicco, a soma entre a insegurança jurídica e os baixos custos para litigar podem levar à tragédia da justiça, à medida em que as partes desconhecem os potenciais resultados da demanda proposta, mas fazem uma “aposta” diante dos custos envolvidos.

A conjunção de insegurança jurídica com baixos custos para litigar gera incentivos para que as partes litiguem em demasia, demandando serviços públicos adjudicatórios acima da capacidade instalada do Judiciário. O excesso de demanda gera efeitos semelhantes ao congelamento de preços abaixo do preço de equilíbrio em um mercado competitivo: filas. Litigantes que não arcam inteiramente com o custo social do litígio, mas apenas os custos e benefícios privados, geram filas, i.e., pagam com o seu tempo. O resultado é a dificuldade judicial para resolver questões em um período razoável (congestionamento), tem-se a famosa crise do Judiciário. Todavia, como não há investimento suficiente em capital jurídico pelos magistrados para repor a depreciação dos períodos anteriores, a expansão da litigância não é acompanhada de um período de retração decorrente de maior segurança jurídica. O subinvestimento em capital jurídico, portanto, contribui diretamente para a sobreutilização do Judiciário. É a tragédia do Judiciário (GICO, 2014, p. 186)

Sendo as perdas de manutenção do contrato superiores às probabilidades de insucesso da ação judicial, a tendência esperada é que ocorra o ingresso da ação. A pergunta feita pelo contratante nessa situação é: “por que não judicializar uma relação que não mais interessa?”

E, se essa situação se replica para momentos de alta crise econômica na sociedade, as chances de sobrecarregar o Poder Judiciário com demandas que seriam solucionadas extrajudicialmente em situações “normais” crescem. Retornando aos pontos tratados no capítulo anterior, verifica-se que o cenário que se constrói é o de uma tragédia da justiça, semelhante à tragédia dos comuns, com o esgotamento de recurso tão relevante como o Poder Judiciário.

Portanto, a resolução ou, ao menos, a minimização de danos em situações como a analisada, é imprescindível. Com o suporte da teoria econômica, pode se identificar



que o aumento dos custos para a judicialização das relações privadas tem o condão de diminuir o fluxo de demandas oportunistas direcionadas ao Poder Judiciário em épocas de crise.

Algumas sugestões para amenizar os impactos da sobreutilização do Poder Judiciário são formuladas utilizando como base os pressupostos do Direito e Economia, dentre elas a formulação objetiva dos critérios para a concessão da assistência judiciária gratuita que, com sua ampla concessão, representa incentivo para o início do litígio judicial.

Com o afastamento das despesas judiciais, o agente passa a fazer parte de um jogo em que inexiste perda, à medida em que o seu cenário negativo significa a preservação do *status* atual, pois a improcedência de sua demanda não altera as condições iniciais.

Muito embora os custos financeiros possam auxiliar na adequada valorização de recursos pelos litigantes, servindo como verdadeiro filtro para demandas que os envolvidos realmente acreditam no direito postulado, observa-se que outros custos podem ser impostos para se evitar comportamentos oportunistas.

A partir da ideia desenvolvida pela economia em relação aos custos de transação, é possível analisar quais desses custos podem ser aumentados, a fim de, conseqüentemente, aumentar a eficiência na recepção das demandas judiciais.

Como bem apontado por Cooter e Ulen, ao se falar de custos de transação, não se diz propriamente de custos financeiros para que determinada situação ocorra. A ideia de custos para que determinada situação aconteça pode estar relacionada a fatores não monetários, como o tempo dispendido pelo agente, a sua disponibilidade para procurar o que almeja e os custos de fiscalização para confirmar que determinada situação está de acordo com o previamente definido.

Os custos de transação são os custos de troca ou comércio. Uma transação comercial tem três passos. Primeiramente, é preciso localizar um parceiro comercial. Isto implica achar alguém que queira comprar o que você está vendendo ou vender o que você está comprando. Em segundo lugar, uma negociação é alcançada por uma negociação bem-sucedida, que pode incluir a



redação de um acordo. Em terceiro lugar, depois de se ter alcançado uma negociação, é preciso fazer com que ela seja cumprida. O cumprimento implica monitorar o desempenho das partes e punir violações ao acordo. Podemos dar os seguintes nomes às três formas de custos de transação correspondentes a esses três passos de uma transação comercial: (1) custos de busca para a realização do negócio, (2) custos de negociação e (3) custos do cumprimento do que foi negociado. (COOTER; ULEN, 2010, p. 105)

Se o objetivo do agente racional é de maximizar o seu interesse, diante de uma situação de crise e do desinteresse no cumprimento do contrato pactuado anteriormente, a ponderação entre os custos se dará a partir da avaliação entre cumprir o contrato ou arcar com a ônus pelo inadimplemento de um lado e do outro em ingressar com uma ação judicial visando rediscutir o contrato, seja pela relativização de alguma cláusula, seja pelo ganho de tempo com o trâmite do processo.

Portanto, como forma de preservar a continuidade da função desempenhada pelo Poder Judiciário, é preciso, sobretudo em um contexto de crise, conhecer os interesses de agentes relacionados e quais são os custos envolvidos, além dos financeiros. Lembre-se, de outro lado, o alerta em relação à tragédia dos anticomuns, que ocorre quando há vários proprietários de um direito sobre o mesmo bem, todos com a autonomia de excluir uns aos outros da utilização do recurso, como aponta Fernando Araújo (2008, p. 81):

Terminemos este ponto com a ressalva com a qual possivelmente o deveríamos ter começado: a solução da privatização, ainda onde possível e abstractamente desejável, não é isenta de riscos graves que se prendem com outros tipos de questões: a excessiva fragmentação em parcelas privadas de um recurso que se encontrava até uma certa altura indiviso pode inutilizar esse recurso, no sentido de o colocar em dimensões inferiores às aceitáveis em termos de exploração, fazendo perder economias de escala e impondo custos de coordenação - pode, em suma, conduzir ao pólo opostos dos <<Anti-Baldios>>. (ARAÚJO, 2008, p. 81)

É preciso ter a cautela necessária para que não se institua uma tragédia inversa, a tragédia dos anticomuns, que representaria uma total inutilização do bem pelo direito de que todos excluam a todos, o que poderia inutilizar o recurso. O modelo ideal, dessa forma, não é aquele que exclui as partes de recorrerem ao Poder Judiciário, mas que



impõe condições prévias para esse acesso, aumentando, assim, os custos indiretos para que a demanda chegue ao Poder Judiciário.

E é importante que essas ações se estabeleçam logo no início dos problemas advindos ao contrato empresarial, pois, como demonstra a economia comportamental, após o trâmite do processo no tribunal e advindo a sentença, a disposição das partes em negociar diminui, o que demonstra que os momentos iniciais do litígio podem ser melhores para promover opções de acordo.

The lawyers' explanations for these results are behavioral in character. Once people have received a court judgment, they are unwilling to negotiate with the opposing party, partly because of an unwillingness by victorious plaintiffs to confer advantages upon their opponents. Having invested a great deal of resources in pursuing the case all the way to court and through a trial, victors perceive themselves as having a special right to the legally endorsed status quo, and they are unlikely to give that right up, especially to their opponent, for all, or most, of the tea in China. Their investment in the entitlement gives it a distinctive character. Bargains are unlikely in the extreme; the plaintiff and the defendant tend not even to think about them. These tendencies are reinforced (according to the lawyers in Farnsworth's study) by the presence of acrimony between the parties; thus acrimony combines with the endowment effect to produce an absence of negotiation. (SUNSTEIN; JOLLS; THALER, 1998, p. 31)

Como esclarece Williamson, o oportunismo nas relações contratuais pode ser mitigado a partir de negociações abertas e honestas, em que os contratantes possam expor seus reais objetivos com a relação estabelecida, evitando-se, dessa forma, a incerteza comportamental nas relações econômicas.

As discussed below, opportunism is a troublesome source of "behavioral" uncertainty in economic transactions - which uncertainty would vanish either if individuals were fully open and honest in their efforts to realize individuals advantage or, alternatively, if full subordination, self-denial, and obedience could be presumed. Open or simple self-interest seeking is the motivational assumption on which neoclassical economics relies. It is the semistrong form of self interest seeking. Obedience is tantamount to non-self-interest seeking. (WILLIAMSON, 1998, p. 49)

A partir dessa consideração de Williamson e tendo como premissa que em situações de crise financeira o comportamento oportunista dos empresários em relação



aos seus contratos tende a aumentar, sobretudo *ex post*, verifica-se a necessidade de que se estabeleçam instrumentos que possibilitem aos contratantes conhecerem os interesses atuais. Assim, as ferramentas para evitar comportamentos oportunistas são aquelas que permitem a ampla divulgação dos interesses em jogo através da negociação.

Neste interim, a Economia pode auxiliar na construção de soluções para o problema da tragédia da justiça, partindo inicialmente do adequado manejo dos custos de transação, como por exemplo, através de requisitos específicos para que essas demandas sejam recepcionadas pelo Poder Judiciário, como forma de se evitar que oportunisticamente ocorra a propositura de demandas que, como fundamento apresentem a discussão de contratos empresariais, mas que a razão principal seja a de prejudicar o parceiro comercial.

Segundo Coase (2016, p. 159), em ambientes de custos de transação baixos, a negociação é estimulada. Com o aumento dos custos de transação, os ganhos de troca entre os negociantes diminuem. E como ensinam Décio Zylbersztajn e Rachel Sztajn (2005, p. 63) na situação de aumento dos custos de transação, a “Análise Econômica do Direito recomenda que a lei deve dar incentivos para que os agentes ajam da forma que resulte na mesma alocação de recursos que resultaria caso custos de transação fossem baixos”.

A teoria econômica, assim, aponta que o adequado equilíbrio na recepção das demandas judiciais em razão da crise econômica perpassa pelo estímulo à negociação entre os contratantes, de modo que fiquem claros os interesses atuais da relação, evitando o oportunismo de uma das partes. No mesmo sentido, o requisito de que ocorra uma negociação prévia pode servir como um custo adequado para a situação.

O questionamento, a partir de então, deve ser para que se entenda a razão pela qual os agentes optam ou não pela negociação. A negociação, de acordo com a teoria econômica, também apresenta seus custos, à medida em que cada uma das partes deve empreender esforços e recursos (sejam eles relacionados a tempo, disposição ou



monetários) para que as informações relativas à modificação inicial do contrato sejam conhecidas.

As negociações tendem a ser complicadas e difíceis quando as informações sobre os valores de ameaça e a solução cooperativa são privadas. As informações privadas impedem a negociação porque grande parte delas precisam ser transformadas em informações públicas para que possam calcular condições razoáveis para a cooperação. Em geral, a negociação tem um custo elevado quando exige que se transformem muitas informações privadas em informações públicas. (COOTER; ULEN, 2010, p. 105)

Ainda de acordo com Cooter e Ulen (2010, p. 106), a negociação e cooperação entre as partes é estimulada quando os direitos dos negociadores estão claros, ou seja, para a análise realizada no presente trabalho, seria importante que cada parte tenha a exata compreensão de qual seria a consequência da sua decisão em caso de uma sentença judicial.

Verifica-se, assim, que a subjetividade jurídica, sem um posicionamento claro em termos do que e como os contratos empresariais podem ser revisados, pode representar um estímulo para que as partes deixem de negociar e recorram, de imediato, ao órgão judicante.

A criação de medidas que possam estimular a negociação entre os contratantes, inclusive como forma de se tornar um custo para que a demanda possa ir ao Poder Judiciário em momento posterior, caso a negociação seja infrutífera, demonstra ser uma das formas de evitar a sobreutilização do Judiciário e, por consequência, da tragédia da justiça.

4. CONCLUSÃO

A pandemia do Coronavírus (Covid-19) trouxe uma inesperada crise sanitária mundial, afetando de forma direta a população. As consequências das medidas visando



conter a propagação do vírus, principalmente com as determinações de isolamento social, também atingiram a economia dos países.

Enquanto as atividades empresariais tiveram uma grande diminuição em razão da interrupção dos negócios presenciais, as obrigações firmadas antes de março de 2020, quando se iniciaram as principais medidas de isolamento, continuaram com as suas exigibilidades garantidas. Vale frisar que muitas delas foram constituídas a partir de uma confiança na economia, a qual foi diretamente afetada pelas ações de interrupção das atividades.

Como abordado no primeiro tópico do presente artigo, agentes racionais pautam as suas escolhas visando a maximização do seu bem-estar, ainda que referidas escolhas sejam influenciadas por vieses comportamentais e heurísticas que impedem a adequada avaliação da situação. À medida que o caixa das empresas está sendo impactado pela crise econômica, muitas delas recorrem a renegociação dos seus contratos, quando a continuidade da relação ainda seja interessante.

Ocorre que, em situações em que as negociações não são exitosas ou naquelas em que a continuidade do contrato já não interessa à uma das partes, o conflito tende a ser direcionado para o Poder Judiciário, através de pedidos de revisão de contratos ou concessão de moratórias. Muitos desses pedidos, como destacado, podem ter a finalidade única de postergar alguma obrigação, para que assim se garanta um “equilíbrio” de caixa nas empresas.

Em um ambiente de incerteza e de baixo custo para o ingresso de demandas oportunistas, o judiciário pode ser afetado em razão do recebimento de inúmeras ações em que se discutam os efeitos da crise nos contratos, o que causaria uma sobreutilização do recurso (judiciário) e, em níveis mais críticos, a sua escassez, à medida que novas demandas podem não ser analisadas.

A situação assemelha-se à ideia tratada na tragédia dos comuns, em que a falta de delimitações da propriedade, com o uso comum de um bem, pode levar ao seu



esgotamento, caso inexistas regras que regulamentem a adequada utilização do recurso.

Portanto, é necessário que se institua mecanismos visando a adequada utilização do judiciário em épocas de crises sistêmicas, como a vivenciada em razão da pandemia, a fim de que se evitem condutas oportunistas. Como tratado no segundo tópico, a correta identificação entre as partes dos novos interesses que envolvem a relação e a instituição dos custos adequados – não somente monetários – para o ingresso de demandas, como o requisito prévio de negociação, podem auxiliar na filtragem de condutas oportunistas, com a preservação da atuação jurisdicional.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. **A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios**: o problema econômico do nível ótimo de apropriação. Lisboa, Ed. Almedina, 2008.

BOUCKAERT, Boudewijn; DE GEEST, Gerrit. **Encyclopedia of Law and Economics**, Volumes I–V. Edward Elgar Publishing, 2000.

COASE, Ronald Harry. **A firma, o mercado e o direito**. São Paulo: Forense, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. Porto Alegre: Bookman, 2010.

GICO JR, Ivo Teixeira. A tragédia do Judiciário. **Revista de Direito Administrativo**, v. 267, p. 163-198, 2014.

GREENE, Joshua David. **Moral tribes**: Emotion, reason, and the gap between us and them. Penguin, 2013.

GUTH, Werner; KLIEM, Hartmut. **The Indirect Evolutionary Approach**: Bridging the Gap between Rationality and Adaptation. Rationality and Society, 1998.

HARDIN, Garrett. The tragedy of the commons. **Journal of Natural Resources Policy Research**, v. 1, n. 3, p. 243-253, 2009.

KING, Brayden G.; SMITH, D. Gordon. **Contracts as Organizations**. Winsconsin: Legal Studies Research Papers Series, 2007.



SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em Direito e Economia**. São Paulo: Cadernos Direito GV, 2008.

SCALZILLI, J. P.; SPINELLI, L. P.; TELLECHEA, R. **Pandemia, Crise Econômica e Lei de Insolvência**. Porto Alegre: Buqui, 2020.

SUNSTEIN, Cass R.; JOLLS, Christine; THALER, Richard H. A behavioral approach to law and economics. **Stanford Law Review**, v. 50, p. 1471, 1998.

TIMM, Luciano Benetti. **A tragédia da justiça**: não existe justiça de graça. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-abde/a-tragedia-da-justica-nao-existe-justica-de-graca-29112018>> Acesso em 24 de mai 2020.

TIMM, Luciano Benetti. CAOVILLA, R. Análise Econômica da Propriedade Intelectual: Commons vs. Anticommons. In. **Reflexões Acerca do Direito Empresarial e a Análise Econômica do Direito**. Curitiba: GEDAI-UFPR, 2014.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism**: firms, markets, relational contracting. Free Press, 1985.

ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron. **Behavioral law and economics**. Oxford University Press, 2018.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

