

Insper

LL.M Direito dos Contratos

Gisele de Assis

Equilíbrio dos Contratos pós COVID-19

São Paulo

2020

Gisele de Assis

Equilíbrio dos Contratos pós COVID-19

Artigo apresentado ao programa de LL.M de contratos como requisito parcial para a obtenção de título de especialista em contratos.

Orientador: Maria Isabel Carvalho Sica Longhi

São Paulo

2020

Assis, Gisele de.

Equilíbrio dos Contratos pós Covid-19/ Gisele de Assis – São Paulo, 2020. F. 40

Artigo (LL.M em Direito dos Contratos) – Insper, 2020

Orientador: Maria Isabel Carvalho Sica Longhi

1. Teoria da Imprevisão. 2. Onerosidade Excessiva. 3. Vantagem Excessiva. 4. Equilíbrio Contratual. I. Gisele de Assis. II. Equilíbrio dos Contratos pós Covid-19

Resumo

O presente trabalho tem como objeto a análise das teorias da imprevisão e onerosidade excessiva *versus* vantagem excessiva para fins de estabelecimento do equilíbrio contratual no cenário pós pandemia do COVID-19. Para tanto, além da análise legal e doutrinária dos institutos, foram analisados julgados históricos que guardam alguma espécie de semelhança com o momento atual. Ao final do estudo será possível compreender que as consequências da pandemia não atingem todas as relações de forma igual e que para reestabelecimento do equilíbrio contratual deverá ser sopesada a alocação dos riscos feita pelos contratos. Será constatado também que para garantir segurança jurídica às relações contratuais a intervenção judicial deverá ser mínima, devendo prevalecer a negociação e renegociação entre as partes.

Palavras-chave: Teoria da Imprevisão. Onerosidade Excessiva. Vantagem Excessiva. Equilíbrio Contratual.

Abstract

The present paper aims to analyze the theories of excessive imprevision and onerosity as opposed to excessive advantage for the purpose of establishing contractual balance in the post-pandemic scenario of COVID-19. Therefore, in addition to the legal and doctrinal analysis of the institutes, historical judgments that bear some kind of similarity to the present moment were analyzed. At the end of the study it will be possible to understand that the consequences of the pandemic do not affect all relationships equally and that to reestablish the contractual balance should be weighted the allocation of risks made by the contracts. It will also be noted that in order to ensure legal certainty for contractual relations, judicial intervention should be minimal, and negotiation and renegotiation between the parties should prevail.

Keywords: Theory of imprevision. Excessive onerosity. Excessive advantage. Contractual Balance.

Sumário

1. Introdução.....	6
2. Teorias Aplicáveis	8
2.1. A cláusula <i>rebus sic stantibus</i> e a teoria da imprevisão.....	9
2.2. Onerosidade Excessiva x Vantagem Excessiva.....	13
2.3. (Re)Equilíbrio contratual	16
3. Análise de Julgados	23
4. Considerações Finais.....	35
Referências bibliográfica	37

1. Introdução

Vivemos uma das maiores crises dos últimos tempos. Os efeitos da pandemia do Covid-19 não tardaram a chegar no Brasil e já sentimos seus reflexos na economia e nas relações jurídicas, com ordens diretas ou recomendações do Poder Público no sentido de fechamento temporário de estabelecimentos comerciais não essenciais e proibição de eventos públicos ou privados que ensejem aglomeração.

Os impactos da Covid-19 nas relações contratuais serão avassaladores e, portanto, o cenário jurídico/econômico será de renegociação e busca pelo reequilíbrio das avenças.

Serão abordados neste artigo os conceitos de cláusula *rebus sic stantibus*, teoria da imprevisão, onerosidade excessiva *versus* vantagem excessiva, equilíbrio contratual e os dispositivos do Código Civil que amparam essas situações no direito brasileiro.

Após as devidas explanações teóricas, este trabalho adotará como premissa que a pandemia é fato imprevisível e imprevisto, e será excluída dessa análise contratos com previsão de responsabilização nesses casos.

A partir desse ponto, a problemática que se apresentará para verificação da necessidade de revisão de determinado contrato será a seguinte: Quais os efeitos deste fato imprevisto e imprevisível no caso concreto? Esse fato atinge todos os contratos da mesma forma ou será necessário provar o impacto em cada caso?

A princípio parece que em alguns ramos os impactos serão óbvios, em outros será necessária a realização da prova do impacto (há de fato desequilíbrio ou apenas excessiva onerosidade?).

Em razão da contemporaneidade do tema, se fez necessária a busca por situações históricas similares (ao menos em termos econômicos), para o fim de analisar eventuais soluções que poderão ser adotadas nos dias atuais. Para tanto, foram analisados julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça de São Paulo referentes à crise cambial de 1999, bem como a crise mundial de 2009.

Foram analisados, ainda, julgados atuais (de cognição sumária) do Tribunal de Justiça de São Paulo para fins comparativos.

A ideia que se buscará defender ao final deste trabalho é a de que as partes de um contrato não são *ex-adversas*, mas sim parceiros, que devem trabalhar em um sentido comum. Se ambos aceitarem a diminuição da margem de ganho, certamente a margem de perda será minimizada, mesmo porque a intervenção do judiciário poderá ser catastrófica para algumas relações.

Não há a pretensão de se pregar uma apologia ao jusromantismo, mas como bem pontuou o professor Kleber Luiz Zanchim:

(...) Em vários setores da economia, e em especial no relacionamento interempresarial, o ânimo de colaborar (co-labore), no sentido de trabalhar pelo benefício comum, é indispensável para o desenvolvimento dos negócios e requer, evidentemente, que a confiança entre contratantes seja tutelada.¹

Não será descartada a necessidade de análise de alocação de risco dos contratos e o fato de que dependendo da categoria contratual a distribuição dos riscos se altera, por isso deve-se verificar a distribuição da álea para afirmar quem arcará com o risco e a forma como ele deve ser realocado.

Será demonstrado que equilíbrio não se confunde com equidade, na medida em que o contrato é um instrumento de alocação de risco e, portanto, as partes podem escolher alocar mais ou menos riscos para determinada parte.

Ao final, se constatará que as partes deverão ser consideradas como entes únicos com capacidades econômicas e de absorção de riscos distintas e, no momento de eventual reequilíbrio, portanto, deverão buscar o retorno ao status *quo* e não uma equidade inexistente.

¹ Zanchin, Kleber Luiz. Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Quartier, 2012. P. 128

2. Teorias Aplicáveis

A Constituição da República, em seus artigos 1º, inciso IV e 170, caput e parágrafo único consagram o princípio da livre iniciativa e, no ano de 2019, foi promulgada a lei da liberdade econômica (Lei 13.874/2019) a qual tem como objeto a proteção de referido princípio, por meio de disposições de intervenção *subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividade econômica*² e respeito à alocação de riscos estabelecida pelos contratantes³.

Neste contexto, é certo que o contrato obriga as partes e mostrando-se como regulamento intangível, a sua modificação, nas palavras do professor Tepedino somente ocorrerá quando forem constatados “*fatos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis, que tornem a prestação de uma das partes excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, de modo a deflagrarem-se os mecanismos de re-equilíbrio contratual previstos pelo legislador.*”⁴.

Ainda utilizando-se as lições do professor Tepedino para ser suscitada a resolução do contrato em razão de onerosidade excessiva, necessário se faz a configuração dos quatro requisitos constantes do artigo 478 do Código Civil, quais sejam:

- (a) Vigência de contrato de longa duração, de execução continuada ou diferida;
- (b) imprevisibilidade e extraordinariedade do fato superveniente; (c) extrema vantagem para uma das partes decorrente do fato imprevisível e extraordinário;

² Art. 2º São princípios que norteiam o disposto nesta Lei:

I - a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas;

II - a boa-fé do particular perante o poder público;

III - a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e

IV - o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

Parágrafo único. Regulamento disporá sobre os critérios de aferição para afastamento do inciso IV do caput deste artigo, limitados a questões de má-fé, hipersuficiência ou reincidência.

³ Art. 7º A Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), passa a vigorar com as seguintes alterações:

(...)

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que:

I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução;

II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e

III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada.

⁴ Tepedino, Gustavo. Requisitos para a Aplicação da Teoria da Imprevisão no Direito Brasileiro. Soluções Práticas - Tepedino | vol. 2 | p. 547 - 570 | Nov / 2011 DTR\2012\449. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 10. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

e (d) excessiva onerosidade para a contraparte advinda do mesmo fato imprevisível e extraordinário.⁵

Por outro lado, o artigo 317 do mesmo diploma legal, com base apenas na teoria da imprevisão, permite ao Juiz a revisão econômica de prestação manifestamente desproporcional.

Sobre estes dois requisitos que recairá a análise do presente trabalho.

2.1. A cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão

A cláusula *rebus sic stantibus* tem sua origem histórica citada por diversos estudiosos. Sua construção idealizada pelos canonistas foi atribuída a Bartolo de Sassoferrato, jurista pós-glosador do século XIV como sendo a abreviação da fórmula latina *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*⁶.

Mairan Gonçalves Maia Jr.⁷ explica que o ápice da cláusula, ainda com os canonistas se deu em razão do repúdio à usura e ao enriquecimento de um dos contratantes em detrimento do outro, apoiados principalmente nas obras de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino (*Summa Theológica*).

Segundo Carlos Alberto Bittar Filho⁸, a cláusula não teve utilização regular ao longo dos tempos, mas o retorno contemporâneo ocorreu após a primeira guerra mundial ocasião na qual muitas das relações contratuais colocaram em xeque a sustentação do

⁵ Tepedino, Gustavo. Crise Financeira Mundial, Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva. Soluções Práticas - Tepedino | vol. 2 | p. 337 - 350 | Nov / 2011. DTR\2012\436. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 3. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

⁶ Bittar Filho, Carlos Alberto Teoria da Imprevisão: Sentido Atual. Revista dos Tribunais | vol. 679/1992 | p. 18 - 29 | Maio / 1992. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 481 - 500 | Jun / 2011 DTR\1992\161. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 2. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

⁷ Maia Junior, Mairan Gonçalves. Cláusula "Rebus Sic Stantibus". Revista de Processo | vol. 63/1991 | p. 190 - 198 | Jul - Set / 1991. DTR\1991\282. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 5/6 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

⁸ Bittar Filho, Carlos Alberto Teoria da Imprevisão: Sentido Atual. Revista dos Tribunais | vol. 679/1992 | p. 18 - 29 | Maio / 1992. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 481 - 500 | Jun / 2011 DTR\1992\161. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 14. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

princípio *pacta sunt servanda* em sua pureza absoluta.

Bittar Filho explica que neste momento histórico é que foi elaborada a teoria da imprevisão, sustentada pela ideia de “*radical modificação do estado de fato do momento da contratação determinada por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, dos quais decorra onerosidade excessiva no cumprimento da obrigação e, assim, a possibilidade de revisão contratual.*”⁹

Nesta linha é que Mairan¹⁰ cita que a adoção da cláusula *rebus sic stantibus*, pressupõe a ocorrência de acontecimentos excepcionais e imprevistos que resultem em ônus insuperável para um dos contratantes.

Ou seja, a cláusula *rebus sic stantibus* ínsita nos contratos de prestação continuada tem aplicação condicionada à verificação de elementos de avaliação objetiva.

Sua utilização nos dias atuais não ocorre tal como se dava no direito romano: não é suficiente a alteração do contexto em que o contrato foi firmado para ensejar sua aplicação. A transformação deve ser imprevisível e as consequências devem guardar nexos de causalidade com a onerosidade recaída sobre uma das partes do contrato.

Nas palavras de Mairan Gonçalves Maia Jr. “*não basta qualquer mudança, ainda que imprevista; é necessário que ela determine uma tal agravação obrigacional, que, se prevista teria levado os contratantes a não concluírem o contrato.*”¹¹.

No Brasil, a análise da jurisprudência demonstra a utilização da teoria da imprevisão antes mesmo de ser positivada pelo legislador. Neste sentido é o julgado STJ, anterior à promulgação do Código Civil de 2002:

⁹ Bittar Filho, Carlos Alberto Teoria da Imprevisão: Sentido Atual. Revista dos Tribunais | vol. 679/1992 | p. 18 - 29 | Maio / 1992. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 481 - 500 | Jun / 2011 DTR\1992\161. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 14. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

¹⁰ TACivSP, Ap. Civ. 88.928, RT 387/177 citado por Maia Junior, Mairan Gonçalves. Cláusula "Rebus Sic Stantibus". Revista de Processo | vol. 63/1991 | p. 190 - 198 | Jul - Set / 1991. DTR\1991\282. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 5/6 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

¹¹ Maia Junior, Mairan Gonçalves. Cláusula "Rebus Sic Stantibus". Revista de Processo | vol. 63/1991 | p. 190 - 198 | Jul - Set / 1991. DTR\1991\282. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 8 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Teoria da imprevisão. Aplicabilidade, mesmo à mingua de texto expreso, posto que exigência da equidade. Necessidade, entretanto, de que se apresentem todos seus pressupostos entre eles, o de que os fatores imprevisíveis alterem a equivalência das prestações, tal como avaliadas pelas partes, daí resultando empobrecimento sensível para uma delas com enriquecimento indevido da outra. Inexiste razão para invocar essa doutrina quando, em contrato de mutuo, tenha o mutuário dificuldade em cumprir aquilo a que se obrigou, em virtude de prejuízos que sofreu. não há falar em desequilíbrio das prestações nem em enriquecimento injustificável do mutuante.¹²

A bem da verdade, tal como explicou Antonio Celso Fonseca Pugliese¹³ foi com a inflação que assolou o País na década de 80 e os planos econômicos governamentais que se seguiram, que a discussão acerca da teoria da imprevisão ganhou debate acalorado nos tribunais brasileiros. Após esses eventos, a aplicação da referida teoria voltou à tona com a revisão de contratos vinculados à moeda estrangeira atingidos pela abrupta desvalorização cambial do ano de 1999.

A positivação do instituto no Brasil ocorreu com o Código Civil, em 2002, por meio da inserção dos artigos 317 e 478 a 480.

E então vêm à baila as primeiras perguntas acerca do instituto. Como caracterizar acontecimentos extraordinários em uma relação contratual? E o que realmente pode-se considerar como um acontecimento imprevisível?

Luiz Gastão Paes de Barros Leães, se vale da doutrina de Franceschelli para explicar que:

Imprevisibilidade e extraordinariedade são, na relação contratual, critérios correlacionados, mas que existem separados, pois o acontecimento pode ser extraordinário, afastando-se do curso comum das coisas, mas suscetível de previsão, e pode ser imprevisível, sem ser extraordinário, porque não se afasta da área habitual de risco.¹⁴

¹² (REsp 5.723/MG, Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 25/06/1991, DJ 19/08/1991, p. 10991)

¹³ Pugliese, Antonio Celso Fonseca. Teoria da Imprevisão e o Novo Código Civil. Revista dos Tribunais | vol. 830/2004 | p. 11 - 26 | Dez / 2004 Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 415 - 436 | Jun / 2011 DTR\2004\702. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 3 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

¹⁴ Franceschelli, Remo, 1949 citado por Leães, Luiz Gastão Paes de Barros. A Álea Normal do Contrato e o Momento do Exercício das Opções. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 39/2008 | p. 101 - 115 | Jan - Mar / 2008. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 3 | p. 217 - 234 | Dez / 2010. DTR\2008\733. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 1/2 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Para efeitos de tutela jurisdicional é preciso que as duas hipóteses estejam presentes no caso concreto. Portanto, para que seja possível a resolução de um contrato decorrente de fato imprevisível, é preciso que se trate de uma relação contratual de execução continuada em que o fato extraordinário e imprevisível à época da contratação resulte em excessiva onerosidade à uma das partes.

A onerosidade que trata a lei é a objetiva, ou seja, “*se configuraria excessiva a qualquer pessoa que estivesse na posição do contratante*”.¹⁵

Para sintetizar Maia Jr.¹⁶ cita a doutrina de Othon Sidou que fixa os requisitos necessários à aplicação da teoria:

1. Mudança de circunstância definitiva e estranha à vontade do obrigado, ditada por acontecimento imprevisto e imprevisível ao tempo do mútuo consenso, de caráter extraordinário e anormal, resultando no agravamento da prestação em tal vulto, que se previsto, o contrato não teria sido concluído;
2. Inaplicabilidade aos contratos de natureza aleatória, ou seja, aqueles em que pelo menos uma contraprestação é incerta, por depender de fato futuro.

Via de regra, os tribunais afastam a imprevisibilidade dos fatos em que seria possível antever aos olhos do homem médio, mas a exigência cresce de acordo com o tamanho do contrato e das partes envolvidas, ou seja, contratos assessorados por bancas de juristas e economistas tendem a ter sua revisão reduzida pelo judiciário na medida em que pouquíssimos eventos são de fato imprevisíveis.

Esta constatação fica ainda mais evidente quando estamos diante de acontecimentos de caráter direta ou indiretamente políticos que ensejem em alterações de cunho econômico no país.

Historicamente, há precedentes cujo o entendimento é o de que a escalada

¹⁵ Goldberg, Daniel K. Teoria da Imprevisão, Inflação e "Fato do Príncipe". Revista dos Tribunais | vol. 723/1996 | p. 194 | Jan / 1996. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 537 - 550 | Jun / 2011. DTR\1996\523. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 1 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

¹⁶ Othon Sidou, J. M, 1978 citado por Maia Junior, Mairan Gonçalves. Cláusula "Rebus Sic Stantibus". Revista de Processo | vol. 63/1991 | p. 190 - 198 | Jul - Set / 1991. DTR\1991\282. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 8 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

inflacionária ocorrida no Brasil nos anos 80 não seria evento imprevisível, assim como na década de 50 as Cortes americanas afirmavam que o fechamento do Canal de Suez pelo governo egípcio, também não representava evento imprevisível aos olhos das empresas de transporte marítimo que atuavam na região, afastando a aplicação da teoria da imprevisão¹⁷.

O que se quer dizer é que por ser o contrato um instrumento de alocação de riscos, estes podem e devem estar previstos, devendo as partes adotar mecanismos para minimizar os seus efeitos ou realocar as consequências.

A pandemia do COVID-19, de forma incontroversa é um fato extraordinário, imprevisto e imprevisível. Todavia, será preciso analisar as consequências deste fato em cada uma das relações contratuais para que se possa entender o destino dessas contratações.

2.2. Onerosidade Excessiva x Vantagem Excessiva

Além do fato imprevisível, o artigo 478 do Código Civil impõe ao devedor o ônus de comprovar não apenas a onerosidade de suas prestações, mas também que a outra parte foi beneficiada de forma excessiva pelo mesmo evento imprevisível.

Ou seja, não basta que a parte lesada demonstre que um fato é imprevisível e que tornou onerosa a sua parcela obrigacional, é preciso demonstrar que esse mesmo fato não atingiu o credor e por isso a onerosidade de um ensejará em uma vantagem excessiva para o outro, rompendo o equilíbrio contratual avençado entre as partes.

Este talvez seja o maior empecilho à aplicação do artigo 478 do Código Civil às relações que tiveram impactos em razão do cenário de pandemia atual. Isto porque, apesar da imprevisibilidade do fato ser patente, a crise atinge a todos de forma quase que

¹⁷ Pugliese, Antonio Celso Fonseca. Teoria da Imprevisão e o Novo Código Civil. Revista dos Tribunais | vol. 830/2004 | p. 11 - 26 | Dez / 2004 Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 415 - 436 | Jun / 2011 DTR/2004/702. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 8/9 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

indistinta e, ainda que alguns nichos tenham sofrido de forma mais branda os efeitos da pandemia, poucos são os exemplos de casos em que o credor esteja tendo uma vantagem diversa da pactuada.

Pode-se dizer então que este requisito desloca o foco protetivo do instituto para o equilíbrio entre as prestações contratuais. Com isso, casos típicos de aplicação da teoria da imprevisão, poderão ser afastados pois a parte “credora” do contrato não terá qualquer vantagem excessiva como decorrência dos problemas que afetaram a atividade produtiva da parte “devedora”¹⁸.

Nas palavras de Pontes de Miranda¹⁹, é preciso que a par da onerosidade excessiva, haja, para o credor, lucro inesperado e injustificável. Não há limite *a priori* para esse lucro, mas ele há de ser excessivo e a sanção normal é a rescisão, salvo se o credor admitir a renegociação.

Debruçando-se sobre o histórico jurisprudencial, que será trazido em tópico próprio, parece haver uma tendência ao entendimento de que a crise financeira decorrente da pandemia não será, automaticamente, caracterizada como fato extraordinário e imprevisível que, a um só tempo, acarrete extrema vantagem à uma das partes e excessiva onerosidade à outra.

A excessiva onerosidade, como argumento jurídico para o não cumprimento das obrigações contratuais, mostra-se excepcional e não serve a tutelar as dificuldades inerentes à crise econômica. Nesse sentido, o professor Tepedino, em parecer sobre a crise financeira mundial de 2009, pontuou acerca da necessidade de se garantir segurança jurídica aos pactos:

(..) a excessiva onerosidade visa a corrigir o desequilíbrio intracontratual decorrente de fatores externos, imprevisíveis, extraordinários, não abrangidos pela álea do negócio e que, ao mesmo tempo em que ocasionam excessiva onerosidade a uma das partes, acarretam extrema vantagem à outra. Não fosse assim e ruiria por terra a segurança nas relações privadas, entrando em *débâcle*

¹⁸ Pugliese, Antonio Celso Fonseca. Teoria da Imprevisão e o Novo Código Civil. Revista dos Tribunais | vol. 830/2004 | p. 11 - 26 | Dez / 2004 Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 415 - 436 | Jun / 2011 DTR\2004\702. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 10/11 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

¹⁹ Pontes de Miranda, Francisco Calvanti, 1971 citado por Tepedino, Gustavo. Requisitos para a Aplicação da Teoria da Imprevisão no Direito Brasileiro. Soluções Práticas - Tepedino | vol. 2 | p. 547 - 570 | Nov / 2011 DTR\2012\449. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 7 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

todo o sistema contratual. Levado o raciocínio às últimas consequências, poder-se-ia alegar, por exemplo, desemprego superveniente para pleitear revisão ou resolução de contratos.²⁰

O que se quer dizer é que ainda que a pandemia prejudique a saúde financeira de uma das partes da relação contratual e, em última análise, sua capacidade de cumprir o pactuado, tal fato não obstará obrigatoriamente a reciprocidade do contrato uma vez que a outra parte poderá não se beneficiar, frise-se, de forma extrema de tal onerosidade.

Este certamente será o maior desafio a ser enfrentado para revisão ou resolução dos contratos impactados pela COVID-19.

²⁰ Tepedino, Gustavo. Crise Financeira Mundial, Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva. Soluções Práticas - Tepedino | vol. 2 | p. 337 - 350 | Nov / 2011. DTR\2012\436. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 4 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

2.3. (Re)Equilíbrio contratual

Uma vez constatada a natureza do fato como imprevisível e a consequência na relação contratual, tornando-a onerosa para um e vantajosa para o outro, será necessário verificar a possibilidade de reequilíbrio desse contrato ou a sua rescisão.

Para tanto, deverá ser analisada a distribuição dos riscos no momento da contratação uma vez que o reequilíbrio depende de alterações das circunstâncias em que o pacto foi firmado, as quais deverão atingir de forma direta a equação evidenciada pelos contratantes.

Em outras palavras, para que determinado fato atinja o equilíbrio do contrato, será necessário verificar em qual *álea contratual* este fato está inserido. O professor Kleber Luiz Zanchim²¹ explica que as *áleas* (natural e extraordinária ou extracontratual) dão a dimensão da capacidade da parte em prever os fatos. Ou seja, quanto maior for a capacidade da parte, maior será a amplitude da *álea natural* e menor a da *álea extraordinária*.

É observando-se a alocação dos riscos que se definirá o sinalagma contratual, ou seja, a comutatividade entre as parcelas é o que revela a equação econômica desejada pelos contratantes. Tal equação econômica traduz o equilíbrio intrínseco e concreto do negócio e deverá ser perseguida pelas partes²².

O que se quer dizer é que equilíbrio não está vinculado a valores contábeis e sim à finalidade almejada pelos contratantes com o sinalagma ou a correspectividade entre as prestações²³.

²¹ Zanchin, Kleber Luiz. Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Quartier, 2012. P. 135

²² Bandeira, Paula Greco. O Contrato como Instrumento de Gestão de Riscos e o Princípio do Equilíbrio Contratual. Revista de Direito Privado | vol. 65/2016 | p. 195 - 208 | Jan - Mar / 2016 DTR\2016\4155. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 2. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

²³ Camilletti, Francesco, citado por Bandeira, Paula Greco. O Contrato como Instrumento de Gestão de Riscos e o Princípio do Equilíbrio Contratual. Revista de Direito Privado | vol. 65/2016 | p. 195 - 208 | Jan - Mar / 2016 DTR\2016\4155. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 3. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Não por acaso é que a lei de liberdade econômica inseriu no Código Civil o inciso II, ao artigo 421-A, positivando o entendimento de que a alocação dos riscos definidas pelas partes deverá ser respeitada.

Ou seja, o equilíbrio buscado pelo legislador é justamente aquele estabelecido pelas partes ao firmarem o contrato e estabelecerem as bases de risco.

No âmbito dos contratos omissos, deverão ser trazidos à tona as regras de interpretação dos negócios jurídicos, notadamente ao que tange a boa-fé e costumes do local da celebração.

Deve-se estabelecer aqui que a boa-fé trazida pelo legislador não se revela naquela boa-fé ordinária e despregada da realidade em que o negócio está inserido, mas sim na boa-fé, usos, costumes e práticas do mercado em que está inserido o pacto.

Por isso, para interpretação de tais contratos o legislador pontuou que deverá se considerar qual seria a razoável negociação das partes sobre os riscos, levando-se em conta as demais disposições do negócio, racionalidade econômica das partes e consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração (art. 113, § 1º, V, CC).

Com isso, a omissão contratual poderá ser interpretada como “(i) *intenção de preservação das condições contratuais em quaisquer circunstâncias ou (ii) falta de cuidado ou desídia na negociação e redação do contrato*”²⁴. Os dois casos terão consequências para as partes, quer seja porque entenderá o julgador que o preço foi um dos critérios para alocação de risco, o que de fato ocorre, ou porque desidiosa a parte, deverá arcar com o ônus de sua pouca diligência.

A bem da verdade, “*ninguém contrata para experimentar prejuízos, submetendo-se a riscos anormais, a não ser que os riscos anormais sejam objeto do próprio negócio,*

²⁴ Pugliese, Antonio Celso Fonseca. Teoria da Imprevisão e o Novo Código Civil. Revista dos Tribunais | vol. 830/2004 | p. 11 - 26 | Dez / 2004 Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 415 - 436 | Jun / 2011 DTR\2004\702. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 8/9 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

como nos contratos aleatórios”²⁵.

Nesta linha, a alocação dos riscos previstos (ou não) em contrato definem o equilíbrio do negócio e devem, portanto, serem observadas para fins de eventual revisão contratual.

Tomando-se como exemplo um contrato de locação comercial, cujo valor do aluguel foi definido sobre percentual do faturamento do locatário, salvo se houver expressa previsão em contrário, é certo que as partes assumiram o risco desse valor sofrer uma grande variação em decorrência de algum fato externo à relação. Em outras palavras, este risco passou a integrar a álea normal do contrato:

Na realidade, a normalidade da álea não tem relação alguma com a ordinaryidade e a previsibilidade dos eventos que provocam o desequilíbrio dos valores: pode ser normal e previsível uma variação de valores suscitada até por acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Em tais negócios - que são, por tal razão, chamados de negócios com álea ilimitada - é normal a possibilidade de verificarem-se, em rápido período de tempo, variações de valor e como tal gerarem uma excessiva (em sentido quantitativo) onerosidade da prestação para uma das partes: variações de valor que, por sua previsibilidade por parte dos contratantes, não dão lugar, por força do art. 1.467, parágrafo 2º, do Código Civil, à aplicação do remédio legislativo. É o que ocorre nos contratos de bolsa, onde o desequilíbrio dos valores é, pode dizer-se assim, normal e previsível, ainda que não sejam totalmente previsíveis os eventos que possam provocá-lo.²⁶

Portanto, é possível que os contratantes optem por alocar mais ou menos riscos no contrato, mas se mostra improvável e insustentável a alocação do imponderável, pois tal fato oneraria sobremaneira os negócios jurídicos.

Ainda assim, o simples fato de um acontecimento ser imprevisível, não significa que a sua ocorrência irá alterar a equação contratual ainda que a saúde financeira de uma das partes tenha sido prejudicada em decorrência de tal evento.

²⁵ Leães, Luiz Gastão Paes de Barros. A Álea Normal do Contrato e o Momento do Exercício das Opções. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 39/2008 | p. 101 - 115 | Jan - Mar / 2008. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 3 | p. 217 - 234 | Dez / 2010. DTR\2008\733. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 1/2 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

²⁶ Gambino, Agostino, 1960 citado por Leães, Luiz Gastão Paes de Barros. A Álea Normal do Contrato e o Momento do Exercício das Opções. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 39/2008 | p. 101 - 115 | Jan - Mar / 2008. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 3 | p. 217 - 234 | Dez / 2010. DTR\2008\733. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 8 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Nesta linha de raciocínio “*estaria assegurado ao credor o direito de exigir a prestação mesmo quando o adimplemento resultar de tal forma gravoso que venha a infligir no devedor sacrifícios de tal magnitude que irão comprometer totalmente a sua economia individual?*”²⁷

A pergunta trazida por Leães origina-se, como explicado por ele, na teoria alemã do "limite de sacrifício" (*Lehre von der Opfergrenze*). Por esta teoria o devedor não estaria obrigado a despender esforços que ultrapassem o limite da possibilidade por assim dizer, sob pena de configuração de abuso de direito. Segundo a teoria, tratar-se-ia de um caso de impossibilidade relativa, que inseriria a onerosidade excessiva entre as hipóteses de *difficultas praestandi*.

Parece incontroverso que tal teoria tem aplicabilidade apenas no âmbito dos acontecimentos imprevistos, pois do contrário estaria se albergando a imprudência de contratantes acerca da alocação de riscos, já que em última análise a sobrevivência da pessoa jurídica sempre seria beneficiada em prol do adimplemento dos negócios por ela pactuados.

No âmbito dos fatos imprevistos, deverá se considerar se as consequências também eram imprevisíveis. O que se quer dizer é que a mera alegação de crise econômica ou variação cambial decorrente de fato imprevisto, não se mostra suficiente à revisão contratual.

Nesse sentido são as lições da Professora Paula Forgione:

Nenhuma interpretação de um contrato empresarial será coerente e adequada se retirar o erro do sistema, neutralizando os prejuízos (ou lucros) que devem ser suportados pelos agentes econômicos, decorrentes de sua atuação no mercado. Regra geral, o sistema jurídico não pode obrigar alguém a não ter lucro (ou prejuízo), mas apenas a agir conforme os parâmetros da boa-fé objetiva, levando em conta as regras, os princípios e as legítimas expectativas da outra parte (agir conforme o direito). Não fosse assim e o sistema jurídico (i) estaria cometendo o equívoco metodológico bastante semelhante ao da análise microeconômica clássica, porque anularia ou desconsideraria o necessário diferencial entre os agentes econômicos ou (ii) desestimularia as contratações. (...) um ordenamento que - em nome da proteção do agente

²⁷ Leães, Luiz Gastão Paes de Barros. A Álea Normal do Contrato e o Momento do Exercício das Opções. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 39/2008 | p. 101 - 115 | Jan - Mar / 2008. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 3 | p. 217 - 234 | Dez / 2010. DTR\2008\733. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 9 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

econômico mais fraco - neutralize demasiadamente os efeitos nefastos do erro para o empresário pode acabar distorcendo o mercado e enfraquecendo a tutela do crédito.²⁸

A par dessas considerações é que poderia o julgador, valendo-se do artigo 478 do Código Civil declarar a rescisão do contrato manifestamente oneroso para uma parte com extrema vantagem para outra em decorrência de fatos imprevisíveis, não cabendo ao judiciário, todavia, estabelecer novos parâmetros para essa negociação, cuja possibilidade é atribuída ao credor nos termos do artigo 479 do Código Civil.

O artigo 317 do Código Civil²⁹, no entanto, também traz em seu bojo os princípios da teoria da imprevisão, mas ao contrário do que dispõe o artigo 478 não impõe ao devedor o ônus de comprovar a onerosidade excessiva *versus* a extrema vantagem do credor e abre espaço para que o julgador intervenha de forma direta na avença.

Referido artigo se diferencia ainda ao propor apenas o requisito de "desproporção manifesta". Ou seja, basta a prova de que o valor econômico da prestação tenha se alterado em decorrência de um fato imprevisível para que o julgador possa revisar o preço acordado entre as partes e assegurar o *valor econômico* do contrato.

Como bem pontuou Antonio Celso Fonseca Pugliese³⁰, a redação do art. 317 é incompatível com a solução adotada pelo art. 478, pois ignora o fato de que a correção do valor das prestações em favor de uma das partes, apesar de justa de um ponto de vista econômico, poderá importar em uma excessiva onerosidade para a outra parte (que poderá não ter condições para o cumprimento dos novos termos impostos pelo juiz).

Por outro lado, fato é que em algumas relações a pandemia não resultará em mera crise econômico financeira que torna onerosa a prestação para uma das partes se não

²⁸ Forgioni, Paula A. Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro, in Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro, no130, Rio de Janeiro, Malheiros, 2003. Disponível em: Scribd. Acesso em 01.06.2020. P. 15/16

²⁹ Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

³⁰ Pugliese, Antonio Celso Fonseca. Teoria da Imprevisão e o Novo Código Civil. Revista dos Tribunais | vol. 830/2004 | p. 11 - 26 | Dez / 2004 Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 415 - 436 | Jun / 2011 DTR\2004\702. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 10/11 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

reequilibrada a equação contratual. Em alguns casos a pandemia se caracterizará como verdadeiro caso fortuito ou de força maior, previsto no artigo 393 do Código Civil, em decorrência de inúmeras imposições oficiais de isolamento.

São acontecimentos alheios à vontade das partes e cujos efeitos, inevitáveis, obstaculizam inteiramente o cumprimento da prestação, de tal sorte que o devedor não consegue resistir ao acontecimento e, por isso mesmo, não pode ser responsabilizado pelo credor pela inexecução da obrigação.

Um exemplo claro deste fato são os contratos que envolvem eventos. O inadimplemento do contratado é resultado de ordem direta das autoridades públicas, de modo que não se mostra razoável a aplicação das penalidades contratuais a qualquer uma das partes na hipótese de impossibilidade de realização do evento em outra data. Ainda assim, nas palavras de Agostinho Alvim, é preciso se ter cuidado nessa análise:

Geralmente se diz, e com razão, que a dificuldade de cumprir a obrigação não exonera o devedor. Ainda que seja com sacrifício e aumento de ônus, terá ele que cumpri-la, e só se exonerará se lhe não for isto possível. (...) é necessário muito cuidado, para não transformar simples dificuldade em caso fortuito. Já vimos sustentar, a nosso ver erroneamente, que, de um modo geral, a crise econômica, quando aguda, constitui caso fortuito. As dificuldades que surgem imprevistamente no mundo dos negócios, como, p. ex., o repentino retraimento dos Bancos, a brusca mudança de orientação financeira, por parte do Governo etc., nada disso escusa o devedor.³¹

Uma vez mais utilizando-se os ensinamentos do professor Tepedino³² o instituto da excessiva onerosidade, diz respeito a hipóteses de impossibilidade subjetiva de cumprimento da prestação que repercute na comutatividade do contrato, já no caso fortuito ou força maior a impossibilidade é objetiva, a impedir o adimplemento *tout court*, uma vez que a prestação se torna impossível.

Ou seja, ao mesmo tempo que o Covid-19 tido como fato imprevisível poderá acarretar *onerosidade excessiva* em algumas relações, traduzida em uma impossibilidade

³¹ Alvim, Agostinho. 1972 citado por Tepedino, Gustavo. Crise Financeira Mundial, Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva. Soluções Práticas - Tepedino | vol. 2 | p. 337 - 350 | Nov / 2011. DTR\2012\436. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 7/8 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

³² Tepedino, Gustavo. Crise Financeira Mundial, Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva. Soluções Práticas - Tepedino | vol. 2 | p. 337 - 350 | Nov / 2011. DTR\2012\436. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 4 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

subjetiva de cumprimento do contrato e caracterizada pela extrema dificuldade no adimplemento, em outras relações esse fato poderá ser caracterizado como hipótese de *caso fortuito ou força maior* apto a ensejar em impossibilidade objetiva do cumprimento da prestação.

Para a primeira hipótese, o artigo 479 do Código Civil admite a readequação dos termos e condições do contrato desde que o credor se pronuncie favorável, na mesma linha, ainda, é possível a revisão judicial econômica nos termos do artigo 317. Por outro lado, a segunda hipótese enseja em rescisão, nos termos do artigo 393.

3. Análise de Julgados

Uma vez decretada a pandemia da COVID-19 não tardou para que tal qual ocorreu em outros países, as medidas protetivas de isolamento social chegassem no Brasil.

Com tais medidas, uma das primeiras relações colocadas em cheque foram as locações para fins comerciais.

O Tribunal Paulista, em princípio, entendeu por negar a maior parte das tutelas pleiteadas com fundamento não apenas no fato de que a pandemia afeta a todos de forma indistinta, como também no entendimento de que eventuais suspensões ou descontos deveriam advir de negociação entre as partes. Todavia, não tardou para que posições conflitantes começassem a aparecer.

A exemplo do julgado abaixo, a tutela de urgência concedida em primeira instância foi revogada pelo Tribunal sob o fundamento de que a pandemia atinge não apenas ao devedor, como também ao credor, não sendo possível a suspensão parcial dos pagamentos em sede de cognição sumária:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Tutela cautelar antecedente – Locação comercial de lojas em praça de alimentação de shopping center – **Decisão agravada que concedeu parcialmente liminar para suspender a exigibilidade do percentual de 50% do valor originário de parcelas de aluguel, condomínio, fundo de promoção e contrato de mídia, pelo período em que perdurar a determinação de fechamento do estabelecimento comercial** – Locadoras defendem que o restaurante agravado não está impedido de funcionar, além de não demonstrar, de maneira concreta, dificuldades financeiras decorrentes da crise causada pela pandemia da COVID-19. 1. Recorrida sustenta a ilegitimidade recursal das recorrentes – Não verificação – Agravantes figuram como locatárias no contrato cuja suspensão pretende a agravada na ação de origem. 2. No mérito, a insurgência das recorrentes prospera – **Embora a agravada alegue que a manutenção do contrato lhe é prejudicial, é certo que sua suspensão, ainda que parcial, importará em consequências negativas à parte contrária, que, do mesmo modo, também está submetida aos efeitos da crise – Situação financeira da agravada não demonstrada concretamente – Questão que demanda maiores elementos de convicção – Liminar concedida em primeira instância revogada – Recurso provido.**(grifo nosso)³³

³³ (TJSP; Agravo de Instrumento 2094475-16.2020.8.26.0000; Relator (a):Francisco Carlos Inouye Shintate; Órgão Julgador: 29ª Câmara de Direito Privado; Foro de Itupeva - Vara Única; Data do Julgamento: 26/06/2020; Data de Registro: 26/06/2020)

Houve também negativa de tutela de urgência pelo Tribunal de São Paulo, pelo entendimento de que o pedido de redução se mostrava prematuro e desprovido de elementos probatórios da situação financeira do locatário:

Agravo de instrumento. Locação imobiliária. Ação renovatória. Tutela antecipada requerida em caráter incidental. Deferimento para redução do aluguel. A tutela de urgência de natureza antecipada será concedida quanto houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Artigo 300 do Código de Processo Civil. Não evidenciada a presença de seus requisitos legais. **Medida antecipatória que se mostra prematura diante da ausência de provas concretas da impossibilidade de arcar com os aluguéis provisórios em decorrência da situação excepcional causada pela pandemia do Covid-19.** Revogação da tutela de urgência. Recurso provido. (grifo nosso)³⁴

Em seu voto o relator, na linha de precedentes do passado, pontuou que a mera alegação de crise não se mostra suficiente à revisão contratual pelo judiciário:

Ainda que, de forma geral, não se possa negar os nefastos efeitos da pandemia do Covid-19 na economia, **a mera alegação de crise financeira que dela seria decorrente não pode ser tomada como motivo juridicamente relevante para o não pagamento do débito locatício.** Na hipótese, a parte agravada não indica de forma precisa a alegada dificuldade financeira, nem demonstra queda de faturamento, que justifique a excepcionalíssima intervenção do Poder Judiciário na relação contratual entre as partes. (grifo nosso)

Foi objeto de análise, ainda, a alegação da pandemia caracterizada como caso fortuito ou força maior, tendo o Tribunal entendido na linha do quanto exposto nesse trabalho, ou seja, que a queda de faturamento não se mostra apta a caracterizar referido instituto:

Agravo de instrumento – locação de imóvel não residencial – hipótese em que os locatários almejam a redução dos aluguéis provisórios fixados – descabimento – **a queda do faturamento por certo período não caracteriza caso fortuito ou força maior hábil a autorizar a intervenção do judiciário** – decisão mantida – recurso desprovido. (grifo nosso)³⁵

Em seu voto o relator pontua a excepcionalidade da revisão contratual pelo judiciário e a alocação de risco dos contratos de execução continuada:

Efetivamente, **a lei estabelece nas relações contratuais privadas os princípios da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão**

³⁴ (TJSP; Agravo de Instrumento 2118428-09.2020.8.26.0000; Relator (a): Cesar Lacerda; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 26/06/2020; Data de Registro: 26/06/2020)

³⁵ (TJSP; Agravo de Instrumento 2086776-71.2020.8.26.0000; Relator (a): Cesar Luiz de Almeida; Órgão Julgador: 28ª Câmara de Direito Privado; Foro de Diadema - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/05/2020; Data de Registro: 29/05/2020)

contratual (Código Civil, artigo 421, parágrafo único, com redação alterada pela Lei de Liberdade Econômica - Lei 13.874/2019). Ora, trata-se de obrigação de trato contínuo e que demanda prévia alocação de recursos para o respectivo custeio de curto prazo, de modo a atenuar a interferência das variações do mercado sobre o cumprimento da obrigação. Ademais, nos casos de força maior ou caso fortuito o direito positivo apenas autoriza a parte a resolver o contrato (artigo 478, do Código Civil). Mais ainda, apenas eventual composição amigável entre as partes poderia prever a possibilidade de moratória, parcelamento ou redução da obrigação. (grifo nosso)

Neste mesmo sentido:

Agravo de instrumento. Locação comercial em Shopping Center. Pedido de tutela provisória de urgência visando à redução do aluguel, quota condominial e contribuição ao fundo de propaganda, em razão da suspensão da atividade comercial no âmbito do enfrentamento da pandemia relacionada ao COVID-19. Indeferimento. **Shopping que, espontaneamente, concedeu descontos aos locatários. Inexistência de prova inequívoca do desequilíbrio do contrato que obsta revisão dos descontos.** Recurso desprovido. (grifo nosso)³⁶

Ainda:

Locação de imóvel comercial. Tutela de urgência destinada a **suspender a exigibilidade dos aluguéis em face da quarentena** decorrente da pandemia por COVID-19. Descabimento. **Moratória que pelo regime legal não pode ser imposta ao credor pelo Juiz, devendo decorrer de ato negocial entre as partes** ou por força de especial disposição legal. **Evocação do caso fortuito e força maior que tampouco autoriza aquela medida.** Cabimento, porém, da vedação à extração de protesto de título representativo do crédito por aluguéis. Recurso parcialmente provido. (grifo nosso)³⁷

Em outra frente, vieram os julgados de concessão da medida liminar, fundados em fato do príncipe e, principalmente, no artigo 317 do Código Civil.

Vale aqui destacar um julgado de Embargos de Declaração, opostos em Agravo de Instrumento, que tinha se valido do trecho do voto³⁸ do acórdão supra para negar a redução de 50% dos aluguéis de uma grande rede do ramo alimentício, que reformou o

³⁶ (TJSP; Agravo de Instrumento 2067880-77.2020.8.26.0000; Relator (a): Pedro Baccarat; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Cotia - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/06/2020; Data de Registro: 26/06/2020)

³⁷ (TJSP; Agravo de Instrumento 2063701-03.2020.8.26.0000; Relator (a): Arantes Theodoro; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/04/2020; Data de Registro: 06/04/2020)

³⁸ “Com efeito, à parte aferição valorativa aprofundada do tema, sabidamente descabida nessa etapa, não se pode considerar a redução do faturamento em certo período como motivo de força maior ou caso fortuito a dispensar o empresário do pagamento de aluguel pelo imóvel que ocupa. Afinal, cuida-se de obrigação de trato contínuo e que demanda prévia alocação de recursos para o respectivo custeio de curto prazo, isso justamente de modo a atenuar a interferência das variações do mercado sobre o cumprimento daquela sorte de obrigação. (...). Mais ainda, a lei nem autoriza o Juiz a instituir moratória a pedido do devedor.”

acórdão para conceder a redução fundamentada no artigo 317 do Código Civil. Confira-se trecho do voto:

De início, anote-se que, como constou do v. acórdão embargado, de fato, não há óbice à resolução de contratos de execução continuada ou diferida, em virtude de acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis, a teor do que dispõe o art. 478 do CC. **Contudo, a fim preservar a relação jurídica estabelecida e considerando os efeitos notórios decorrentes do Covid-19, impõe-se, atendendo às peculiaridades da lide, aplicar ao presente caso o art. 317 do CC**, segundo o qual “quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quando possível, o valor real da prestação”. (grifo nosso)³⁹

Os precedentes⁴⁰ invocados no referido julgado fazem alusão ao fato do príncipe, que são as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico financeiro em detrimento do contratado.⁴¹

Ainda, em sentido totalmente contrário aos entendimentos supratranscritos, em nítido caráter protecionista houve a concessão de liminar com suspensão integral de pagamentos de aluguel:

Locação. Loja em shopping center. Tutela de urgência. **Pedido de suspensão de pagamento de aluguel pelo período da pandemia**. Fechamento do shopping. Teoria da imprevisão. Art. 317, CC. Elementos de convicção que, num exame sumário, autorizam a concessão da tutela. Valores em conflito sopesados. Projeto de Lei nº 936/2020, que tramita no Congresso Nacional, com vistas a alterar a Lei nº 8.245/91. Recurso não provido, com observação. **Pela análise dos elementos constantes nos autos, em juízo de cognição sumária, considerando a relação continuada de locação, o fechamento do shopping devido à pandemia e os dados apresentados, cabe, a priori, observar a teoria da imprevisão, nos termos do art. 317 do CC, sopesando os valores sociais em conflito**. Assim, preenchidos os requisitos necessários, resta mantida a concessão parcial da tutela de urgência, em relação à suspensão temporária do pagamento do aluguel mínimo e fundo de promoção, até a abertura do estabelecimento, com condicionamento futuro ao que restar decidido pelo legislativo. (grifo nosso)⁴²

³⁹ (TJSP; Embargos de Declaração Cível 2068208-07.2020.8.26.0000; Relator (a): Gomes Varjão; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 19ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/05/2020; Data de Registro: 29/05/2020)

⁴⁰ Locação comercial. Tutela de urgência. Pandemia por COVID19. Redução do valor do aluguel em face da proibição à abertura do estabelecimento comercial. Fato do príncipe que corresponde à figura da força maior. Artigo 317 do Código Civil que autoriza nesses casos a readequação do valor da contraprestação. Redução em 50% que se mostra razoável enquanto persistir aquela proibição. Recurso provido. (TJSP; Agravo de Instrumento 2081753-47.2020.8.26.0000; Relator (a): Arantes Theodoro; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro - 9ª Vara Cível; Data do Julgamento: 06/05/2020; Data de Registro: 06/05/2020)

⁴¹ DI PIETRO, Maria Sylvia. Direito Administrativo, 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 324

⁴²(TJSP; Agravo de Instrumento 2104141-41.2020.8.26.0000; Relator (a): Kioitsi Chicuta; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Campinas - 8ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 25/06/2020; Data de Registro: 25/06/2020)

No caso, consoante trecho do voto abaixo, o relator sopesa o impacto da crise no locatário, mas não considera que esta atinge na mesma medida o locador:

A priori, tem-se como caracterizados motivos imprevisíveis e inevitáveis, para a incidência do disposto no art. 317 do Código Civil.

(...)

Sendo evidente o impacto econômico, é possível a intervenção judicial para o reequilíbrio da obrigação, em aplicação à teoria da imprevisão, havendo perigo de dano, sendo caso de diferimento do contraditório. O valor mensal do locativo, obviamente, foi pactuado em período de normalidade, bem como é salutar considerar a função social do contrato, que obtempera o pacto. Por outro lado, há o perigo de dano decorrente de inexecução contratual, cabendo sopesar os valores em conflito, em especial o fechamento da loja. (grifo nosso)

Além dos contratos de locação, outras relações foram objeto de análise liminar pelo Tribunal Paulista:

AGRAVO REGIMENTAL – Decisão que negou provimento ao agravo de instrumento – Razoabilidade – Tutela cautelar antecedente – **Pretensão de suspensão da cobrança de contrato de fornecimento de energia elétrica nos moldes inicialmente contratados, para que seja efetuada a cobrança apenas do valor efetivamente consumido, diante da pandemia (COVID-19)** - Descabimento – Agravada que, segundo a agravante, já se dispôs a reduzir para 50% (cinquenta por cento), nos meses de abril, maio e junho de 2020 – **Pandemia que afeta a sociedade como um todo, cabendo ao Judiciário ter equilíbrio nas concessões feitas no bojo das relações contratuais, de forma a buscar preservar todos os setores da cadeia** – Necessidade de instauração do contraditório, para que sejam sopesados os interesses em conflito – Manutenção, por ora, da decisão, tal como prolatada – Pedido de depósito das parcelas vincendas em juízo que não foi objeto da decisão combatida – Ademais, vislumbra-se que foi prolatada recente decisão deferindo o aludido pedido - Regimental improvido. (grifo nosso)⁴³

No caso paradigma, o relator pontuou em seu voto a necessidade de cautela para que não seja repassado todo o ônus da crise à parte credora do contrato acarretando, via de consequência, um desequilíbrio na relação:

Considere-se que a agravada necessita, a priori e de igual forma, garantir a continuidade de suas atividades, possuindo custos de diversas ordens. Em outras palavras, **não se pode repassar para a distribuidora de energia todo o ônus decorrente da pandemia**. Nada obsta a reapreciação da questão após o contraditório, quando maiores elementos de convicção estarão presentes nos autos, podendo a agravante, de outro lado, **buscar fazer prova de sua efetiva situação financeira**, já que a queda no faturamento por determinado período não implica, necessariamente, na impossibilidade de arcar com os valores já reduzidos, conforme proposta da agravada. (grifo nosso)

⁴³ (TJSP; Agravo Interno Cível 2087070-26.2020.8.26.0000; Relator (a): Lígia Araújo Bisogni; Órgão Julgador: 34ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 20ª Vara Cível; Data do Julgamento: 22/06/2020; Data de Registro: 26/06/2020)

No mesmo sentido:

TUTELA ANTECIPADA – Requisitos – Ação declaratória – **Pedido de inexigibilidade momentânea de título de crédito em razão da pandemia decorrente da COVID-19** – Ausência dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, especialmente a verossimilhança das alegações – **Hipótese em que reconhecida a prestação do serviço que deu azo à emissão do título – Pandemia que atinge a todos indistintamente** - Recurso não provido. (grifo nosso)⁴⁴

Em outra frente, foi negada a suspensão de pagamentos de plano de saúde em razão da mora anterior à pandemia, em consonância com o artigo 399 do Código Civil:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Obrigação de fazer – Plano de assistência à saúde – Tutela antecipada – Manutenção do contrato e concessão de prazo razoável para pagamento dos valores em atraso – Indeferimento – Insurgência – **Alegação de que perdeu rendimentos em razão da pandemia – Descabimento – Mensalidades que estavam vencidas antes mesmo do início da pandemia** – Atrasos reiterados no pagamento das mensalidades desde setembro de 2019 – AGRAVO IMPROVIDO. (grifo nosso)⁴⁵

No mesmo sentido:

TUTELA – tutela indeferida em primeiro grau - ação declaratória – contrato bancário - recurso da autora - insurgência - descabimento - ausência de pressupostos que não autorizam o provimento antecipatório, nos termos do art. 300 do NCPC - pretensão à suspensão das 05 (cinco) últimas parcelas de contratos de empréstimos firmados com o banco – **alegação de queda de faturamento em razão da pandemia, pois que a autora está com atividade suspensa – descabimento – primazia da força vinculante do contrato – falta de provas do alegado** - necessidade do contraditório - decisão mantida - recurso não provido. (grifo nosso)⁴⁶

Por meio da análise do voto, é possível constatar a clara preocupação do julgador em não incentivar o oportunismo pelos efeitos pandemia:

Não há comprovação da inexistência de um fundo de reserva financeiro justamente para se socorrer em situações imprevistas como a retratada na inicial.

Se adotada fosse a alegação da autora, **estar-se-ia “premiando” os devedores em razão da pandemia em detrimento das instituições financeiras**, o que não é permitido pelo ordenamento jurídico pátrio. (grifo nosso)

⁴⁴ (TJSP; Agravo de Instrumento 2119268-19.2020.8.26.0000; Relator (a): Heraldo de Oliveira; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Privado; Foro de Mairinque - 1ª Vara; Data do Julgamento: 26/06/2020; Data de Registro: 26/06/2020)

⁴⁵ (TJSP; Agravo de Instrumento 2064581-92.2020.8.26.0000; Relator (a): Miguel Brandi; Órgão Julgador: 7ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional XII - Nossa Senhora do O - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 26/06/2020; Data de Registro: 26/06/2020)

⁴⁶ (TJSP; Agravo de Instrumento 2119450-05.2020.8.26.0000; Relator (a): Achile Alesina; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 31ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/06/2020; Data de Registro: 25/06/2020)

A contrário sensu, a exceção ao artigo 399 do CC foi ponderada quando se discutiu o fornecimento de água a imóveis de população de baixa renda:

Agravo interno. Interposição contra decisão monocrática do Relator que manteve o deferimento da tutela antecipada, determinando o **fornecimento de água aos imóveis descritos inicialmente, favorecendo população de baixa renda em razão da pandemia causada pelo coronavírus**. Serviço essencial à manutenção da população e conseqüente retardamento da disseminação da doença. **Ponderação de valores**. Providência que deve ser mantida. Ausência de elementos que infirmem os fundamentos da decisão agravada. Recurso desprovido. Nada obstante a insurgência recursal, não há fundamento para alterar a decisão agravada. Consoante já anotado, a "discussão posta envolve a distribuição de água à população de baixa renda, ou seja, **serviço dos mais essenciais à higiene pessoal**, sem considerar o consumo direto, restando inequívoco que a escassez no fornecimento influenciará de forma direta na disseminação do vírus (Covid-19). É fato notório a dificuldade experimentada pelos moradores de comunidades de baixa renda no enfrentamento da pandemia, uma vez que desguarnecidas dos equipamentos urbanos básicos à existência digna, anotado o aumento progressivo de casos de contaminação e vítimas fatais"(grifo nosso).⁴⁷

Em seu voto o relator ponderou que a despeito do impacto econômico às concessionárias de serviço público, o direito à vida deve preponderar:

Não se ignora o impacto econômico a ser suportado pelas concessionárias, contudo, diante dos valores ponderados, deverá prevalecer, na hipótese, a supremacia do direito à vida. Em outras palavras, diante da crise sanitária acarretada pela pandemia de coronavírus e a fim de preservar o direito à vida, bem como à existência digna, é preciso observar, ao menos temporariamente, **a proporcionalidade dos interesses envolvidos**, com ressalva de que há Projeto de Lei nº 703/2020 que tramita na Câmara dos Deputados do Estado de São Paulo, com vistas a estabelecer a impossibilidade de interrupção dos serviços essenciais, autorizando, ainda, que o Poder Executivo conceda incentivos fiscais às concessionárias durante a crise causada pela pandemia. (grifo nosso)

Os julgados acima, apesar de darem uma boa noção dos caminhos que poderão ser adotados pelo judiciário nas relações contratuais impactadas, ou não, pela pandemia, são de cognição sumária e, portanto, ainda poderão ser reformados.

Por isso, serão analisados julgados históricos, os quais poderão vir a ser usados como analogia às relações atuais. Para tanto, foram selecionados julgados de dois momentos históricos distintos, um anterior ao Código Civil de 2002 e um posterior.

⁴⁷ (TJSP; Agravo Interno Cível 2102703-77.2020.8.26.0000; Relator (a): Kioitsi Chicuta; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de Ubatuba - 2ª Vara; Data do Julgamento: 26/06/2020; Data de Registro: 26/06/2020)

O primeiro momento histórico que se pretende analisar é a crise cambial de 1999 e os seus impactos nos contratos de arrendamento mercantil.

A escolha do tema se deu não apenas em razão da solução dada ao assunto pelo Superior Tribunal de Justiça, que ponderou a necessidade de manutenção do equilíbrio das relações, mas também pela natureza jurídica da relação de consumo, que tem caráter altamente protecionista.

O contexto histórico se deu em meio a significativa e inesperada variação cambial da moeda norte-americana que tornou os contratos de arrendamento mercantil extremamente onerosos para os consumidores, cujo valor da prestação em reais aumentou de forma vertiginosa.

Por outro lado, como a arrendadora obteve recursos no exterior, em moeda estrangeira, para realizar a operação de *leasing*, e deveria repagar o empréstimo internacional que tomou, a redução do valor devido pelo arrendatário desequilibraria a estrutura financeira montada pela empresa de arrendamento mercantil.

Após inúmeros julgados de cunho extremamente protecionistas, os quais determinaram a alteração do índice utilizado para reajuste das prestações, o Superior Tribunal de Justiça examinou a estrutura econômico-financeira do contrato e tentou dar uma solução salomônica, concedendo apenas metade do reajuste da prestação pela variação cambial⁴⁸.

O Desembargador Celso Pimentel, em um de seus votos, desenhou de forma bastante clara a evolução do tema no âmbito do STJ:

Em centenas de casos semelhantes, seja pela teoria da imprevisão, seja pela regra do Código do Consumidor, **esta Câmara acolheu pedido de revisão da cláusula, alterando o indexador cambial pelo INPC, a partir de 13 de janeiro de 1999, tomando-se por base o valor do dólar de R\$1,32.** A época, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Terceira Turma, inclinou-se pela mesma tese em venerandos acórdãos relatados pelos eminentes Ministros

⁴⁸ Muniz, Joaquim de Paiva. Considerações sobre certos Institutos de Direito Contratual e Seus Potenciais Efeitos Econômicos. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 25/2004 | p. 104 - 122 | Jul - Set / 2004. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 3 | p. 217 - 236 | Jun / 2011. DTR/2004/377. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. P. 10 (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

NANCY ANDRIGHI, CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e ARI PARGENDLER, preponderando nesta Corte orientação em idêntico sentido. **Depois, todavia, a Segunda Seção do Superior Tribunal, por maioria, acabou por adotar solução um pouco diversa, repartindo entre os contratantes, de modo equitativo, o ônus da variação cambial a partir de 19 de janeiro de 1999.** A ementa não deixa dúvida: "Não é nula cláusula de contrato de arrendamento mercantil que prevê reajuste das prestações com base na variação da cotação de moeda estrangeira, eis que expressamente autorizada em norma legal específica (art 6o da Lei n. 8.880/94). II. Admissível, contudo, a incidência da Lei n° 8.078/90, nos termos do art. 6º, V, quando verificada, em razão de **fato superveniente** ao pacto celebrado, consubstanciado, no caso, por aumento repentino e substancialmente elevado do dólar, situação de **oneriosidade excessiva para o consumidor** que tomou o financiamento. III. **índice de reajuste repartido, a partir de 19.01.99, inclusive, equitativamente, pela metade, entre as partes contratantes, mantida a higidez legal da cláusula, decotado, tão somente, o excesso que tornava insuportável ao devedor o adimplemento da obrigação, evitando-se, de outro lado, a total transferência dos ônus ao credor, igualmente prejudicado pelo fato econômico ocorrido e também alheio à sua vontade.** IV. Recurso especial conhecido desprovido". Considerando-se que em matéria infraconstitucional o Superior Tribunal de Justiça detém a última palavra, resta seguir-lhe a orientação, de modo literal: ... " (A ementa transcrita é do REsp. 472.594-SP, Rei. para o acórdão Min. Aldir Passarinho Júnior, j. 12.2.2003, DJU 4.8.2003) (grifo nosso).⁴⁹

Neste mesmo sentido:

LEASING. Variação cambial. **Fato superveniente. Oneriosidade excessiva. Distribuição dos efeitos.** A brusca alteração da política cambial do governo, elevando o valor das prestações mensais dos contratos de longa duração, como o leasing, constitui fato superveniente que deve ser ponderado pelo juiz para modificar o contrato e repartir entre os contratantes os efeitos do fato novo. **Com isso, nem se mantém a cláusula da variação cambial em sua inteireza, porque seria muito gravoso ao arrendatário, nem se a substitui por outro índice interno de correção, porque oneraria demasiadamente o arrendador que obteve recurso externo, mas se permite a atualização pela variação cambial, cuja diferença é cobrável do arrendatário por metade.** Não examinados os temas relacionados com a prova de aplicação de recursos oriundos do exterior e com a eventual operação de leasing. Recurso conhecido em parte e parcialmente provido (grifo nosso).⁵⁰

Neste tema, ponderou o desembargador Marrey Uint que a solução dada pelo STJ é pautada pelo equilíbrio da relação e reparte o ônus de um acontecimento imprevisível a ambas as partes independentemente da disparidade econômica envolvida na relação:

(...)

Mas, além desse motivo, há outro que recomenda o mesmo desfecho. É que a solução intermédia adotada pelo Superior Tribunal de Justiça constitui **medida de equidade**, que **confere melhor equilíbrio à balança da justiça**, repartindo o ônus decorrente da variação cambial, cujos reflexos negativos atingiram a

⁴⁹ (TJSP; Apelação Com Revisão 9125228-95.2001.8.26.0000; Relator (a): Celso Pimentel; Órgão Julgador: 28ª Câmara do D.QUARTO Grupo (Ext. 2º TAC); Foro de Campinas - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 22/03/2005; Data de Registro: 30/03/2005)

⁵⁰ (REsp 401.021/ES, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Rel. p/ Acórdão Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, QUARTA TURMA, julgado em 17/12/2002, DJ 22/09/2003, p. 331)

ambos os contratantes, porém tomando-se como data base 13.01.1999 (grifo nosso).⁵¹

Ou seja, não foi repassado todo o ônus da crise cambial às instituições financeiras pelo simples fato de serem essas as partes hiper suficientes da relação. A bem da verdade, tal medida apenas agravaria a crise, pois certamente esse prejuízo seria repassado a outras relações contratuais.

A solução visou a manutenção do equilíbrio do contrato, bem como considerou os riscos assumidos pelos contratantes que optaram correção de seus financiamentos pela variação cambial pois lhes parecia mais vantajoso à época da contratação.

Por outro lado, já sob a égide do Código Civil de 2002, os impactos da crise de 2009, já foram considerados de maneira mais rígida pelo Tribunal e, alguns pontos chamam atenção para os dias atuais.

O primeiro julgado em análise, trata de suposta abusividade nas taxas uma cédula de crédito bancário. O que chama a atenção nesta decisão é não apenas a constatação de que a crise não foi considerada como fato imprevisível apto a flexibilizar o contrato, como também a consideração das medidas adotadas pelo governo brasileiro para mitigação dos efeitos da crise:

EMBARGOS A EXECUÇÃO. Cédula de crédito bancário. 1. Título executivo extrajudicial. Reconhecimento (Súmula 14 do TJSP). Exegese da Lei 10.931.2004. 2. Juros conforme as taxas de mercado. Abusividade inexistente. 3. **Crise econômica americana de meados de 2008. Irradiação de efeitos de abrangência internacional.** Inocorrência de causa, entretanto, para flexibilização contratual, nem para utilização da teoria da imprevisão. **Mitigação da crise pelas políticas econômicas nacionais.** Empresa devedora que se acha em crise pontual exclusiva. Ausência, ademais, de prova hábil de favorecimento do credor. 4. Nas cédulas de crédito bancário, a Lei nº 10.931, de 02.08.2004, permite expressamente a capitalização de juros, que no caso, além de tudo, foi pactuada 5. Comissão de permanência. Possibilidade da cobrança, mormente quando se mostra até menor que as taxas praticadas para o período de normalidade. 6. Honorários de advogado. Rebaixamento. Impossibilidade. Arbitramento por equidade que, na hipótese em apreço, se revela condigno e proporcional ao trabalho, valor e importância da causa. Embargos rejeitados. Recurso não provido. (grifo nosso)⁵²

⁵¹ (TJSP; Apelação Com Revisão 9137559-12.2001.8.26.0000; Relator (a): Neves Amorim; Órgão Julgador: 28ª Câmara do D.QUARTO Grupo (Ext. 2º TAC); Foro de Santos - 11ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 14/11/2006; Data de Registro: 16/11/2006)

⁵² (TJSP; Apelação Cível 0166687-75.2011.8.26.0100; Relator (a): Gilberto dos Santos; Órgão Julgador: 11ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 17ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/11/2012; Data de Registro: 01/12/2012)

Vale transcrever trecho do voto:

É inegável que a partir de meados de 2008 o mundo tem experimentado situações preocupantes na economia. Em 15.09.2008 a falência do tradicional banco de investimento estadunidense Lehman Brothers (fundado em 1850), serviu de moldura a um cenário de quebra reflexa de outras instituições financeiras, repercutindo no mercado financeiro internacional. **Mas, se por um lado a quebra da confiança retraiu a liquidez e oferta de crédito, por outro o governo brasileiro chegou a adotar políticas econômicas que mitigaram os efeitos da crise.** A redução da alíquota do depósito compulsório dos bancos (a parte que fica com o Bacen e não negociável); a redução do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para automóveis, construção civil e eletrodomésticos; a redução do Imposto sobre Operações Financeiras (IOF); o estímulo ao crédito em bancos públicos, dentre outras medidas, chegaram a influenciar na manutenção da economia aquecida para que as empresas voltassem a ter crédito para investimentos e para que a população tivesse acesso a bens de consumo com melhores preços, estimulando vendas e o crescimento do país.

(...)

É de ser lembrado que a teoria da imprevisão, bem como a da onerosidade excessiva, têm a finalidade básica, primordial, de restabelecer o equilíbrio contratual afetado por fato superveniente à celebração do contrato, estabelecendo novas condições que propiciem o cumprimento da avença. Portanto, o objetivo é sempre restabelecer o equilíbrio contratual, corrigindo eventual enriquecimento indevido de uma das partes em detrimento da outra. (grifo nosso)

Neste mesmo sentido:

Arrendamento mercantil Reintegração de posse Ação procedente Desídia da devedora fiduciante que mudou de endereço e não comunicou ao credor fiduciário. não podendo se queixar que não foi constituída em mora por não ter recebido a notificação extrajudicial, em sua nova residência **A crise econômica mundial e o desemprego não são causas que justifiquem a alteração contratual Contrato livremente pactuado entre as partes que não pode ser alongado para 100 (cem) meses Os problemas financeiros da ré não se revelam como fatos extintivos, modificativos ou impeditivos do direito da autora** Apelação não provida (grifo nosso).⁵³

Igualmente, no âmbito das locações comerciais tão discutidas na atualidade, a crise também não chancelou a revisão dos contratos pelo judiciário:

Locação de imóvel. Despejo por falta de pagamento c.c cobrança de aluguéis. Ação julgada procedente. Apelação. Renovação dos argumentos anteriores. **Alegação de passou por dificuldades financeiras em razão da crise econômica mundial. Dificuldades financeiras que não afastam o dever de adimplir com o pactuado. Pretensão ao parcelamento do débito: descabimento. Prerrogativa de concordância que cabe exclusivamente ao credor.** Ausência de prova de quitação de aluguéis e encargos pela locatária. Art. 333, II, do CPC. Fato desconstitutivo do direito do autor. Ônus da prova

⁵³ (TJSP; Apelação Cível 0006060-09.2009.8.26.0637; Relator (a): Romeu Ricupero; Órgão Julgador: 36ª Câmara de Direito Privado; Foro de Tupã - 3ª Vara Cível; Data do Julgamento: 17/06/2010; Data de Registro: 23/06/2010)

de quem alega. Apelante que não se desincumbiu desse mister. Sentença mantida. Recurso improvido. (grifo nosso)⁵⁴

No âmbito dos contratos de fornecimento de gás industrial a decisão dada em 2009 parece bem semelhante à atual:

Prestação de serviços de fornecimento de gás industrial. Cobrança. Sentença que julgou a ação procedente. Apelação. Reiteração de argumentos de defesa. Inadimplemento contratual quanto ao consumo mínimo pactuado e locação de equipamentos. Multa contratual: incidência prevista em contrato em caso de inadimplemento. Ocorrência. Cláusula não abusiva. Abalo com a crise econômica, queda de produção. Onerosidade excessiva que impediu o cumprimento do contrato: ausente comprovação. Sentença mantida. Recurso improvido. (grifo nosso)⁵⁵

Veja trecho do voto:

Desta forma, afastada a aplicação do art. 413 do Código Civil no presente caso, de rever o contrato, demonstrando sua boa-fé contratual. **Simplesmente deixou de cumprir com sua parte na avença, de modo que inaceitável a alegação de teoria da imprevisão. Mesmo porque, as oscilações de mercado não podem ser consideradas imprevisíveis para uma empresa que atua no ramo dos negócios.** (grifo nosso)

Por fim, o último acórdão trazido para este trabalho deixa claro que a crise econômica é inerente ao risco das atividades empresariais, mas traz importante ponderação para os dias atuais acerca de sua configuração como força maior se atingisse de forma imprevista todo o mercado:

(...) RECURSO IMPROVIDO NESTE PONTO. APELAÇÃO AÇÃO MONITÓRIA CASO FORTUITO/FORÇA MAIOR INOCORRÊNCIA Conforme já decidiu este Egrégio Tribunal, "...**não configura força maior ou caso fortuito a alegação do insucesso no cumprimento de obrigações pecuniárias pelo devedor por conta de eventual crise econômica no País.** Faz parte do **risco das atividades empresarial e comercial as oscilações macroeconômicas**, e somente seria crível a alegação da contestação se ficasse comprovado de forma inequívoca terem sido os apelantes surpreendidos pelos efeitos da alegada crise econômica. E, mesmo assim, **somente haveria a configuração de força maior se a crise alegada fosse de tal monta que atingisse de forma inopinada, ampla e notória todo o mercado empresarial pátrio.**" (TJSP, Apelação 9170271-79.2006.8.26.0000, 20ª Câmara de Direito Privado, Rel. Cunha Garcia, j. em 19/04/2010). (...) (grifo nosso).⁵⁶

⁵⁴ (TJSP; Apelação Cível 0001336-81.2009.8.26.0565; Relator (a): Francisco Occhiuto Júnior; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Caetano do Sul - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 28/06/2012; Data de Registro: 29/06/2012)

⁵⁵ (TJSP; Apelação Cível 0182245-58.2009.8.26.0100; Relator (a): Francisco Occhiuto Júnior; Órgão Julgador: 32ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 37ª Vara Cível; Data do Julgamento: 20/09/2012; Data de Registro: 24/09/2012)

⁵⁶ (TJSP; Apelação Cível 0146634-50.2009.8.26.0001; Relator (a): Eduardo Siqueira; Órgão Julgador: 38ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional I - Santana - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/05/2013; Data de Registro: 20/05/2013)

4. Considerações Finais

A pandemia causada pela Covid-19 invariavelmente se caracteriza como um acontecimento extraordinário, imprevisível e imprevisto que poderá impactar em maior ou menor grau as relações contratuais.

A saída com certeza mais vantajosa para as partes é a renegociação, na medida em que a intervenção do judiciário poderá desequilibrar de maneira irretratável tais relações.

As decisões atuais são divergentes e, tal como era de se esperar, a brecha deixada pelo artigo 317 do Código Civil, o qual não foi objeto de alteração pela lei da liberdade econômica, abre espaço para que o judiciário reveja economicamente os contratos da forma como parecer mais justa aos olhos do julgador.

O problema deste fato é o benefício àquele que corre primeiro à justiça para alegar sua onerosidade frente ao contrato firmado. Ao conceder a tutela de urgência sem a oitiva da parte contrária, o Julgador não está observando o grau de impacto da crise ao credor.

Não se pode perder de vista, que equilíbrio contratual não significa igualdade entre as partes, mas sim respeito à equação econômica inicialmente firmada. Por isso é que não deveria o judiciário intervir liminarmente em relações que comprovadamente já foram objeto de negociação e, portanto, as partes já renunciaram o que lhes era possível, tampouco naquelas relações em que sequer há indícios de tentativa de negociação. Para esse segundo caso, dever-se-ia agendar audiência de conciliação prévia para o fim de buscar um equilíbrio entre as partes antes da intervenção que deve ocorrer apenas de maneira excepcional.

Este fato fica muito evidente nas decisões de suspensão do pagamento de aluguéis enquanto perdurar a pandemia. Como visto nos julgados trazidos nesse trabalho, inúmeras foram as concessões sem a oitiva da parte contrária, ou seja, sem sequer saber a realidade econômica do locador.

Por outro lado, situações de mora anterior e tentativas de oportunismo vêm sendo, na medida do possível, reprimidas.

A crise atual é sem dúvida ausente de precedentes que se encaixem de forma exata ao momento, já que possui a particularidade de isolamento social proveniente de fato do príncipe. Ainda assim, tal como os julgados referentes à crise de 2009, muito provavelmente o julgador ponderará em suas decisões de mérito os impactos desse fato imprevisível nas relações, observando-se principalmente a forma com que foram alocados os riscos contratuais no momento de sua celebração.

Não se pode esperar, assim, que todos os ramos de negócio sejam revistos pelo judiciário em uma atuação protecionista, pois tal conduta se mostrará como uma negativa de vigência à lei da liberdade econômica e ao princípio da livre iniciativa o que, esperadamente, será objeto de repressão pelas instâncias extraordinárias, tal como ocorreu com a crise cambial.

Aliás, a solução dada pelo Superior Tribunal de Justiça à época da crise cambial parece ser a mais acertada, pois visou reestabelecer o equilíbrio das prestações sem intervir nos termos do pacto, considerando o risco que as partes assumiram para si.

Ainda assim, o menor impacto às relações seria a renegociação pelas partes que, ao final, nada mais são do que parceiros que trabalham (ou deveriam trabalhar) por um objeto em comum. Judicializar contratos implica em transformar parceiros em adversários o que certamente ensejará em menores ganhos (para se dizer o mínimo) a ambas as partes.

Referências bibliográfica

Bandeira, Paula Greco. O Contrato como Instrumento de Gestão de Riscos e o Princípio do Equilíbrio Contratual. *Revista de Direito Privado* | vol. 65/2016 | p. 195 - 208 | Jan - Mar / 2016

Bittar Filho, Carlos Alberto Teoria da Imprevisão: Sentido Atual. *Revista dos Tribunais* | vol. 679/1992 | p. 18 - 29 | Maio / 1992. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* | vol. 4 | p. 481 - 500 | Jun / 2011 DTR\1992\161. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Di Pietro, Maria Sylvia. *Direito Administrativo*, 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 324) DTR\2016\4155. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Diniz, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. São Paulo: Saraiva

Forgioni, Paula A. Interpretação dos Negócios Empresariais no Novo Código Civil Brasileiro, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, no130, Rio de Janeiro, Malheiros, 2003. Disponível em: Scribd. Acesso em 01.06.2020.

Goldberg, Daniel K. Teoria da Imprevisão, Inflação e "Fato do Príncipe". *Revista dos Tribunais* | vol. 723/1996 | p. 194 | Jan / 1996. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos* | vol. 4 | p. 537 - 550 | Jun / 2011. DTR\1996\523. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Gomes, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense

Grau, Eros Roberto e FORGIONI, Paula, *O Estado, a Empresa e o Contrato*, PC Editorial Ltda, São Paulo.

Leães, Luiz Gastão Paes de Barros. A Álea Normal do Contrato e o Momento do Exercício das Opções. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* | vol. 39/2008 | p. 101 - 115 | Jan - Mar / 2008. *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* | vol. 3 | p. 217 - 234 | Dez / 2010. DTR\2008\733. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Maia Junior, Mairan Gonçalves. Cláusula "Rebus Sic Stantibus". *Revista de Processo* | vol. 63/1991 | p. 190 - 198 | Jul - Set / 1991. DTR\1991\282. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Martins, Fernando Rodrigues. *Princípio da Justiça Contratual*. Coleção Prof. Agostinho Alvim. 2ed. São Paulo-SP: Saraiva.

Muniz, Joaquim de Paiva. Considerações sobre certos Institutos de Direito Contratual e Seus Potenciais Efeitos Econômicos. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais* | vol. 25/2004 | p. 104 - 122 | Jul - Set / 2004. *Doutrinas Essenciais Obrigações*

e Contratos | vol. 3 | p. 217 - 236 | Jun / 2011. DTR\2004\377. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Pugliese, Antonio Celso Fonseca. Teoria da Imprevisão e o Novo Código Civil. Revista dos Tribunais | vol. 830/2004 | p. 11 - 26 | Dez / 2004 Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 4 | p. 415 - 436 | Jun / 2011 DTR\2004\702. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Rizzardo, Arnaldo. Contratos. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense

Rodrigues, Silvio. Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 30. ed. São Paulo: Saraiva

Tepedino, Gustavo Código Civil Interpretado. Volume II. 2ed. Rio de Janeiro-RJ: Renovar.

Tepedino, Gustavo. Crise Financeira Mundial, Teoria da Imprevisão e Onerosidade Excessiva. Soluções Práticas - Tepedino | vol. 2 | p. 337 - 350 | Nov / 2011. DTR\2012\436. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Tepedino, Gustavo. Requisitos para a Aplicação da Teoria da Imprevisão no Direito Brasileiro. Soluções Práticas - Tepedino | vol. 2 | p. 547 - 570 | Nov / 2011 DTR\2012\449. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. Volume 2. 5.ed. São Paulo-SP: Atlas

Villela, João Baptista. Equilíbrio Do Contrato: Os Números e a Vontade. Revista dos Tribunais | vol. 900/2010 | p. 85 - 122 | Out / 2010. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos | vol. 3 | p. 767 - 808 | Jun / 2011. DTR\2010\852. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Wald, Arnaldo. A Teoria da Imprevisão e as Peculiaridades do Direito Bancário. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais | vol. 2/1998 | p. 47 - 62 | Maio - Ago / 1998. Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial | vol. 7 | p. 341 - 362 | Dez / 2010. DTR\1998\243. Disponível em: RT Online. Acesso em: 28 jun. 2020. (Paginação da versão eletrônica difere da versão impressa).

Zanchim, Kleber Luiz, O Contrato e seus valores. São Paulo: Editora Quartier.

Zanchin, Kleber Luiz. Contratos Empresariais. São Paulo: Editora Quartier,

Legislação e Jurisprudência

BRASIL. 2002. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Palácio do Planalto Presidência da República, Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso: 20 jun. 2020.

BRASIL. 2019. Lei n. 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm> Acesso: 20 jun. 2020.

BRASIL. 1988. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso: 20 jun. 2020.