

A REVISÃO DOS CONTRATOS EM FACE DA REDUÇÃO OU PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES EMPRESARIAIS NO CONTEXTO DA PANDEMIA

Otávio Augustus Carmo¹

Pedro Germano dos Anjos²

RESUMO: Este artigo trata da possibilidade da revisão judicial dos contratos empresariais afetados pela pandemia diante da alteração na solvabilidade do empresário e por conta da redução ou paralisação das atividades deste. Objetiva identificar soluções jurídicas mais eficientes após analisar os impactos decorrentes da pandemia do Coronavírus no Brasil, notadamente nas pequenas empresas. O trabalho se justifica em face do efeito negativo da pandemia no País, o que requer soluções mais ágeis do que a burocrática e limitada recuperação judicial, com o fito de manutenção das atividades empresariais. Como se trata de pesquisa bibliográfica, utilizou-se o método hipotético-dedutivo, com as técnicas de revisão de literatura e documental. A alteração contratual com base nos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, já que pensada para o advento de desequilíbrio das prestações entre si consideradas ou desequilíbrio caracterizador da onerosidade excessiva causada por alteração na base objetiva do negócio, nesse ínterim se revela como solução viável do problema. Espera-se demonstrar uma equivalência entre as duas hipóteses, mudança na capacidade de pagamento e na equivalência entre as prestações, ao considerar a alteração nas condições do devedor em solver a obrigação por conta da pandemia como, também, mudança na base do negócio. A equivalência legítima, como consequência, a revisão judicial com o escopo de viabilizar o adimplemento e evitar a extinção da empresa.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos empresariais; Efeitos da pandemia; Base objetiva do negócio; Preservação da empresa.

ABSTRACT This article deals with the possibility of judicial review of business contracts affected by the pandemic due to the change in the solvency of the entrepreneur and due to the reduction or paralysis of his activities. It aims to identify more efficient legal solutions after analyzing the impacts resulting from the Coronavirus pandemic in Brazil, especially in small companies. The work is justified in view of the negative effect of the pandemic in the country, which requires more agile solutions than the bureaucratic and limited judicial recovery, with the aim of maintaining business activities. As it is a bibliographic research, the hypothetical-deductive method was used, with the techniques of literature and document review. The contractual amendment based on arts. 317, 478, 479 and 480 of the Civil Code, since thought for the advent of imbalance of the benefits considered among themselves or imbalance that characterizes the excessive onerosity caused by changes in the objective basis of the business, in the meantime it is revealed as a viable solution to the problem. It is expected to demonstrate an equivalence between the two hypotheses, a change in the ability to pay and an equivalence

¹ Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estadual de Santa Cruz e em Análise Econômica do Direito pela Unicamp. Professor de Direito Empresarial na Universidade Estadual de Santa Cruz – Uesc. E-mail: ocarmo@uesc.br.

² Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Professor Assistente na Universidade Estadual de Santa Cruz. E-mail: pganjos@uesc.br.

between installments, when considering the change in the debtor's conditions in resolving the obligation due to the pandemic as well as a change in the basis of the business. The legitimate equivalence, as a consequence, the judicial review with the scope of making the payment viable and avoiding the company's extinction.

KEYWORDS: Business contracts. Effects of the pandemic. Objective basis of the business. Preservation of the company.

INTRODUÇÃO

A crise em decorrência da paralisação ou diminuição das atividades econômicas diante da pandemia do Coronavírus trouxe e trará consequências graves, cuja extensão não pode ser antevista com precisão, eis que, embora o quadro agudo tenha esmaecido, ainda persistem níveis significativos de contágio, além da temida possibilidade de “nova onda” de infecções. Mas se todos os efeitos deletérios já tivessem cessado, a magnitude da desorganização e dos danos causados certamente é algo sem precedentes na história da humanidade.

A questão toma cores ainda mais dramáticas em função da incerteza sobre a duração e exato tamanho da alteração na vida das pessoas e, sob a ótica mais específica deste trabalho, reflexo nas atividades das empresas.

Claro está que as consequências sobre os indivíduos e o funcionamento das instituições se irradiam em diversas dimensões. Com o presente artigo se quer destacar os efeitos causados no plano da execução dos contratos e das obrigações empresariais, diante das mudanças drásticas na capacidade de pagamento do empresário, o inadimplemento sistêmico e generalizado na cadeia econômica e a possibilidade de insolvência e extinção da empresa, o que significa, em última instância, perda da unidade produtiva e ineficiência na alocação dos ativos.

O objetivo principal deste trabalho é identificar soluções jurídicas mais eficientes à manutenção das atividades empresariais. Como objetivos secundários, analisar os impactos decorrentes da pandemia de Coronavírus no Brasil, notadamente nas pequenas empresas e analisar se esses efeitos podem legitimar a aplicação do instituto de revisão contratual por via judicial, com equiparação aos efeitos observados ante a alteração imprevista e superveniente na equivalência recíproca entre as contraprestações contratuais.

O trabalho busca, por meio e pesquisa com técnica bibliográfica, com método hipotético-dedutivo, e técnicas de revisão de literatura e documental, apontar dentro do estágio atual do Direito dos Contratos, notadamente as normas codificadas que tratam da revisão

contratual, instrumentos pelos quais os efeitos do inadimplemento generalizado, causado pela situação extraordinária, possam ser minorados.

Deve ser esclarecido, de logo, que as presentes reflexões não empreendem a análise sobre os veículos processuais envolvidos na revisão contratual discutida, salvo pontualmente, apenas para contextualizar o tema de direito material, que se limita, repita-se, à verificação da possibilidade de revisão contratual por via judicial fundada na alteração da capacidade de pagamento do empresário.

Por outro lado, o trabalho parte da “infeliz” premissa de que as partes não conseguiram encontrar a saída sempre mais eficiente, aquele fruto da negociação e da autocomposição. Os instrumentos de mediação não foram acionados ou não lograram êxito.

Salutar esclarecer também que não se considera no trabalho a hipótese da elisão do inadimplemento diante da impossibilidade da prestação por força maior ou caso fortuito, a *fattispece* do art. 393 do Código Civil, assim positivada: “o devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado”.

Esta discussão é excluída não só por não se tratar, a rigor, de revisão contratual, mas principalmente porque não guarda relação com o inadimplemento fundado na insolvência do empresário, objeto do presente trabalho, pois a impossibilidade prevista no art. 393 do Código Civil quase sempre está ligada à obrigação de fazer e não deriva de desequilíbrio na relação contratual. Quando se levanta a hipótese de revisão contratual, a categoria dos fatos constitutivos corresponde à noção de imprevisibilidade, e não às figuras do caso fortuito e força maior.

O trabalho considera, desta feita, somente quando a hipótese da prestação de dar (principalmente pecúnia) possa ser objetivamente executada mas deva ser minorada, diante da situação subjetiva do devedor, decorrente da enorme alteração na base em que o contrato fora celebrado, associada à perda dos meios econômicos necessários para se adimplir a obrigação, ou quando ela é possível apenas mediante descumprimento de outras relações contratuais.

1 A REPERCUSSÃO DA PANDEMIA NAS ATIVIDADES ECONÔMICAS E A RELEVÂNCIA DO PROBLEMA NO CONTEXTO BRASILEIRO

A suspensão ou redução das atividades atingiu todos os setores e espalhou-se sobre toda a cadeia econômica. De Ilhéus à Uberaba; do Peru à Austrália. Não seria arriscado afirmar

que não foi poupado nenhum país do mundo. Com variação de período e em sua dimensão, os efeitos da pandemia sobre a economia são sistêmicos, tragando praticamente todos os agentes e todos os mercados, com exceção de algumas atividades que tiveram sua utilidade reforçada ou até mesmo viabilizada na esteira do isolamento social, assim como aquelas que não foram afetadas pelo impedimento à livre circulação de pessoas, como, por exemplo, serviços considerados essenciais, de entrega e o *e-commerce*. Mas esses “nichos” não alteram a extensão e a natureza da crise.

Parece indiscutível que a paralisação total ou parcial da atividade, seja por ato estatal, editado por força da calamidade pública declarada e proibindo o funcionamento dos estabelecimentos empresariais, seja por redução de demanda ou impossibilidade de aquisição de insumos, e a perda de grande parte do faturamento que disso decorre, se não a sua totalidade, pode comprometer a capacidade do empresário em solver suas obrigações. Quando se trata de microempreendedor individual, microempresa, ou até mesmo empresa de pequeno porte, o problema é ainda mais grave, eis que estes dispõem de menos opções de financiamento e de instrumentos de reestruturação do passivo.

Inúmeras são as frentes nas quais a tragédia humana, econômica e social deve ser enfrentada e, de certa forma, vem sendo. Medidas visando o estímulo ao crédito, através de linhas em condições diferenciadas e aquelas que aumentam a liquidez no sistema financeiro, inclusive com “afrouxamento” de exigências de caráter prudencial para as instituições financeiras; estímulos à manutenção do nível de emprego, também com apoio creditício e adaptações da legislação trabalhista à conjuntura; dilação de determinadas obrigações fiscais, etc.

Tão ou mais importante que as instituições jurídicas no enfrentamento do inadimplemento sistêmico é a eficiência e extensão das políticas públicas adotadas para estimular a atividade econômica, inclusive no âmbito fiscal, bem como medidas capazes de garantir liquidez no mercado e capital de giro e de caixa para as empresas, sobretudo as micro e pequenas.

O que cumpre aqui ser asseverado, neste particular, é que o Direito não resolve o problema econômico, enquanto problema de escassez, que deve encontrar solução na própria lógica do mercado e nas políticas econômicas implementadas. Nenhuma instituição jurídica, lei ou sentença, por si mesmos, geram valor ou produzem riqueza. A rigor, o contrato enquanto conceito jurídico produz ganho, já que é apenas o arcabouço institucional da troca. Esta sim, operação voluntária entre os agentes, é a gênese da circulação produtiva de riquezas. O que o

Direito pode e deve fazer é propiciar um ambiente institucional que facilite os arranjos econômicos produtivos, diminuindo os custos para a sua realização.

Contudo, certamente essas ações no âmbito da economia e das políticas públicas, não obstante sua importância, não evitarão a ocorrência de um expressivo inadimplemento, a atingir, em certo “efeito dominó, os agentes econômicos.

A dificuldade de caixa do empresário para garantir o pagamento de seu passivo, diante da paralisação ou diminuição de sua atividade, pode ser gerada ou agravada exatamente por um inadimplemento daquele que lhe é devedor, uma vez que este também pode ser atingido pelas mesmas ou semelhantes vicissitudes. Não será incomum a situação na qual o empresário se vê ou se viu privado de faturamento em decorrência da suspensão ou diminuição de sua atividade e, ainda, deixe de receber seus créditos que detém junto a outros empresários ou consumidores.

Neste contexto, ganha relevância social a intervenção nos contratos e relações jurídicas com o escopo de adaptar as condições e termos à situação fática imprevista causada pela pandemia.

A intervenção proposta, ao equalizar a prestação devida à capacidade de pagamento e viabilizar a execução, vai ao encontro de interesses gerais e coletivos, tendo como norte verdadeiro, não apenas o devedor empresário e a sua respectiva atividade, mas, sobretudo, a higidez e a “normalidade” do mercado, sendo aqueles meros instrumentos deste.

Nada justifica que o inadimplemento generalizado, causado pelos fatos absolutamente imprevistos, dessa magnitude e extensão, seja remetido para uma solução, apenas, no próprio mercado, que seja “deixado à própria sorte”. É previsível o cipoal e emaranhados de contratos em aberto e inexecutáveis; a multiplicação de processos de execução ou falência (muitos de duvidosa utilidade ou eficiência), a sobrecarregarem ainda mais o já assoberbado Poder Judiciário; inabilitação de parcela significativa dos agentes econômicos para a atividade produtiva. Enfim, uma verdadeira fábrica de custos de transação, máquina de triturar empresas e de destruição dos ativos alocados à produção.

Trata-se de evitar que uma inadimplência generalizada e em cadeia transforme-se, além do inevitável, em mais um grave entrave ao retorno para os níveis das atividades produtivas observados antes da pandemia, com todo o custo social decorrente desse retardo.

Para qualquer lado que se olhe, vê-se o estrago que a pandemia causou à economia.

Pinçando, sem rigor econométrico, alguns números, bem representativa é a pesquisa do IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, sobre o impacto da Covid-19 nas empresas, realizada em 15 de junho de 2020. Demonstra que 32,6% das empresas encerraram

atividades temporária ou definitivamente, entre 11/03/2020 a 15/06/2020 (período da pesquisa), sendo que 70% atribuem à pandemia esses efeitos (IBGE, 2020).

Ainda segundo o IBGE, 63,7% das empresas relataram dificuldade ou impossibilidade de realizar pagamentos de rotina (IBGE, 2020).

No mês anterior ao levantamento do IBGE, ainda em abril, em pesquisa realizada entre os dias 04 e 07 do mês, o SEBRAE levantou dados ainda mais preocupantes: 58,9% das empresas, consideradas as MEI, ME e EPP, interromperam suas atividades. Quando do levantamento, o tempo médio do início da interrupção era de 20 dias.

Ainda, trinta e um por cento das empresas alteraram seu funcionamento, principalmente com redução de horário ou com a adoção do regime de atendimento *online* ou de entregas a domicílio (SEBRAE, 2020).

Pelos dados do SEBRAE, inacreditáveis 87,5% das empresas apresentaram redução de faturamento, cujo patamar médio foi de 74,8%. E o pior: a pandemia nos atingiu após considerável período de estagnação econômica (não obstante alguns indicadores positivos do início do ano, que os otimistas creditavam ao começo de uma expansão da atividade econômica).

Pelo quarto ano consecutivo, o Brasil registrou, em 2017, mais fechamento do que abertura de empresas, segundo levantamento Demografia das Empresas e Estatísticas de Empreendedorismo, divulgado pelo IBGE, última atualização dos dados divulgada pelo órgão (IBGE, 2017).

Em 2017, enquanto 699,4 mil companhias encerraram suas atividades, apenas 676,4 mil começaram o negócio – 503,21 nasceram naquele ano e 173,23 reativaram suas atividades –, o que contabiliza um saldo negativo de 23 mil empresas. Em quatro anos, de acordo com os últimos dados levantados pelo IBGE, entre 2014 e 2017, o Brasil já havia perdido 316.680 empresas.

Felizmente, os indicadores vêm mostrando incremento na atividade econômica. A sexta edição da pesquisa Sebrae “O Impacto da pandemia de coronavírus nos Pequenos Negócios”, com dados coletados entre 27.07 e 30.07.20, reflete redução na inadimplência e também queda da redução do faturamento, dentre outros números positivos.

Contudo, grande parte do estrago permanecerá mesmo após a retomada da economia, até porque não se tem, ainda, a exata duração desta. A retomada da “normalidade” pode não ser suficiente, de *per se*, para contornar o desequilíbrio gerado pelos meses sem faturamento ou com faturamento muito reduzido. Muitos ficarão pelo caminho, sem que a bancarrota decorra

da inviabilidade da empresa ou de qualquer decisão adotada pelo empresário, muito menos dos riscos assumidos ou aqueles inerentes à atividade.

É o próprio SEBRAE quem também alerta

Segundo dados da nova pesquisa Pulso Empresa, do IBGE, 53% das empresas brasileiras enfrentaram dificuldade em realizar pagamentos de rotina, como tributos, fornecedores, salários, aluguéis, etc. Esse quadro é pior para o setor de serviços, com percentual de 60%. Tal quadro acende o alerta para uma possível onda de inadimplência e disputas judiciais a respeito de passivos acumulados durante a pandemia (SEBRAE, 2020).

Eis, em linhas gerais e rápidas, o quadro que desafia o Direito sob a ótica delimitada neste trabalho: oferecer suporte institucional aos arranjos contratuais e de mercado para enfrentar os efeitos sistêmicos da crise de liquidez causada pela calamidade pública sobre as atividades produtivas, permitindo uma espécie de lubrificação do contrato, diminuindo o atrito nas relações entre os agentes, com redução dos custos de transação causados pela desorganização da cadeia econômica e do mercado.

Por essas razões, a revisão judicial deve cumprir um papel importante, para além das medidas legislativas de cunho geral, na redução do impacto dos efeitos da pandemia e na garantia de que os recursos e ativos tenham oportunidade de serem realocados (mantidos) na atividade produtiva, evitando que sejam tragados pelo buraco negro das vias judiciais dos processos de execução individual e de insolvência, com incremento dos custos de transação e da ineficiência, com a deterioração dos ativos.

“O case do processo de falência da TransBrasil demonstra a capacidade que a burocracia possui de transformar capital de alta tecnologia em sucata. Em média, a morosidade dos processos de falência deprecia o capital das empresas em 51%” (Ministério da Economia, 2020).

1.1 A INTERVENÇÃO LEGISLATIVA X INTERVENÇÃO JUDICIAL

A crise de liquidez e de capital de giro é indiscriminada, afetando boa parte dos agentes econômicos, como de resto quase todos os setores, conforme o pequeno retrato exibido acima.

Contudo, se os efeitos são gerais, o remédio proposto, embora obedeça a princípios e requisitos também gerais, deve ser prescrito individualmente, exatamente porque só assim entendemos possa ser assegurada a instrumentalidade do contrato para uma eficiente

distribuição dos ônus entre as partes, bem como o respeito ao princípio da excepcionalidade da revisão.

O estabelecimento de um tratamento geral e predeterminado, para se fixar, *a priori*, os casos possíveis, conteúdo e a extensão exata da intervenção, deve decorrer no âmbito legislativo, de preferência para aqueles contratos que apresentem certa padronização, certa standardização de direitos e deveres, celebrados em contexto fático semelhante, como o contrato de locação, mútuo e financiamento bancário, por exemplo. Preferencialmente, recomenda-se considerar que os instrumentos já existentes no Direito dos Contratos sejam suficientes para disciplinar os efeitos nas relações contratuais por conta da pandemia.

Essa foi a base teleológica do Projeto de Lei 1179/2020, que culminou na Lei n.º 14.010, de 10 de junho de 2020. Desfigurada de forma injustificável por vetos presidenciais com fundamentação extremamente débil, que foram rejeitados pelo Congresso Nacional, a Lei n.º 14.010/2020 instituiu o “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus”.

A Lei n.º 14.010/20 não estabelece normas de cunho geral para alteração nos contratos. Em relação aos contratos de locação, não obstante, retira a eficácia dos efeitos da inadimplência ao vedar a possibilidade de concessão de liminar de despejo nas ações propostas após 20 de março de 2020. E não altera o sistema vigente relativo à revisão judicial.

Em dispositivo de natureza interpretativa (art. 7º), em prol da segurança jurídica e homogeneidade no tratamento de situações idênticas, dispõe que “para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil”, variações cambiais e inflacionárias não podem ser consideradas como fato imprevisto, salvo na seara consumerista, entendimento que de resto já se encontra consolidado em nossa jurisprudência e não enseja maiores discussões doutrinárias.

No mais, a Lei limita-se a suspender prazos prescricional, inclusive os de natureza aquisitiva, e regula a realização de atos coletivos de membros de pessoas jurídicas. Nessa linha e, pontualmente, temos no direito interno as seguintes iniciativas legislativas, por conta da pandemia, sobre contratos anteriormente firmados.

Lei 14.046, de 24 de agosto de 2020, que dispõe que o prestador de serviços ou a sociedade empresária do setor de turismo e cultura não será obrigado a reembolsar os valores pagos em caso de cancelamento de serviços, de reservas e de eventos, incluídos **shows** e espetáculos pelo consumidor, desde que adote certas providências.

Lei 14.034, de 05 de agosto de 2020, que dilata prazo para pagamento das contribuições em contratos de concessão de aeroportos e estabelece que o reembolso do valor

da passagem aérea devido ao consumidor por cancelamento de voo no período compreendido entre 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020 será realizado pelo transportador no prazo de 12 (doze) meses.

Uma opção que sempre se coloca ao legislador ao intervir no contrato para regular a impontualidade causada pela situação extraordinária, é o estabelecimento de uma moratória generalizada, aplicada a todas as relações contratuais ou então para contratos específicos, como mútuo.

E foi em um ainda projeto, aprovado no Senado (PL 1166/2020) em 06.08.20, com previsão de vigência durante o estado de calamidade pública, que, a par de estabelecer um questionável tabelamento de juros (o que pode ter como consequência justamente uma maior dificuldade ao crédito nesse momento de falta de liquidez), vedou a cobrança de encargos moratórios nos contratos celebrado com instituições financeiras e nos contratos de compra direta de produtos e serviços, além de conceder moratória em benefício dos “consumidores que comprovadamente diferem redução de renda, inclusive de seu núcleo familiar”.

O projeto, portanto, ao conceder uma moratória geral, estabelece uma revisão *ex lege* do contrato por conta de alteração na capacidade de adimplemento do devedor, embora restrita ao campo consumerista

Diversos países foram nessa linha, ao editarem legislação com o escopo minimizar os efeitos do inadimplemento generalizado motivado pelos efeitos da pandemia sobre a atividade econômica, a exemplo do Portugal, que, através do Decreto-Lei n.º 10-J/2020, decretou a moratória por seis meses da exigibilidade das obrigações constituídas por operações de créditos celebrado com instituições financeiras, dentre outras medidas intervencionistas.

A França adotou uma série de medidas de cunho emergencial para fazer face aos problemas decorrentes da Covid-19, as quais têm como marco legal a Lei nº 2020-290, de urgência para o enfrentamento da epidemia de Covid-19, de 23 de março de 2020. Dentre as intervenções promovidas na seara dos contratos, destaca-se a prorrogação geral dos prazos que suscitarium a incidência de cláusulas penais, cláusulas resolutórias e astreintes, bem como dos prazos decadenciais; suspensão temporária das medidas de despejo; corte do fornecimento de energia elétrica, água e aquecimento.

A Alemanha optou por uma posição que tangencia a solução proposta nestas linhas, estabelecendo uma moratória de seis meses, prorrogáveis por mais seis, sobre todos os contratos, mas aplicável apenas, no caso de pessoas jurídicas, quando o pagamento implique a não conservação da viabilidade econômica de suas atividades. Atenta a distribuição dos riscos

e ônus entre as partes, a lei alemã exige que a postergação não cause prejuízo intolerável ao credor.

O presente trabalho não trata das intervenções legislativas que foram editadas, aqui e alhures, no enfrentamento da pandemia. Ao mencionar algumas iniciativas neste sentido, pretende apenas destacar que estas intervenções têm, em comum, o mesmo móvel da hipótese levantada, a necessidade de revisão do contrato por conta da inadimplência causada pela alteração da capacidade de pagamento do devedor ou a suspensão da eficácia da exigibilidade, o que, fática e materialmente, podem significar a mesma coisa e atingir o mesmo desiderato.

A intervenção no contrato via lei, dentro dos limites e no contexto acima colocados, quando comparada com a revisão via judicial, tem aspectos positivos. Estabelece critérios mais objetivos para a alteração do pactuado pelas partes; faz uma melhor sinalização aos agentes sobre as balizas jurídicas daquilo que prevalecerá na eventualidade de inexistir consenso, delimitando melhor o direito entre as partes; pode, até certo ponto, planejar e direcionar as consequências da intervenção no mercado e equacionar o impacto desta na cadeia econômica; se bem implementada, pode acarretar diminuição da judicialização das relações negociais.

Talvez se pudesse resumir esse atributo positivo resumindo-se que a intervenção *ex lege* conflitaria menos com a segurança jurídica, princípio tão caro ao direito contratual, sobretudo quando se trata de alteração, via iniciativa estatal, no arranjo econômico entabulado pelas partes.

Não obstante, exatamente por conta dessa generalização das medidas e da objetivação dos critérios da intervenção, a via legislativa tem maiores dificuldades em calibrar a excepcionalidade e limitá-la ao mínimo necessário, somente àqueles casos onde efetivamente haja desequilíbrio motivado pelo fato imprevisto, análise sempre dependente da peculiaridade do contexto econômico nos quais se inserem os sujeitos. É certo que a pandemia atingiu a quase todos, mas sempre há variação na natureza e no grau dos impactos.

A intervenção judicial, por incidir sobre o caso em concreto, pode ser mais fiel ao caráter excepcional da figura da revisão. *A priori*, possui mais condições de não incidir ou de reduzir externalidades negativas. Pautando-se nos efeitos provocados na cadeia econômica pela “insolvência por atacado”, mas submetendo-os as particularidades do caso individual, a revisão judicial pode ensejar a execução da obrigação na forma mais próxima da contratada que os meios do devedor permitam, sem causar, por outro lado, ônus insuportáveis ao credor.

2 A REVISÃO JUDICIAL DOS CONTRATOS

2.1 A SOLUÇÃO MAIS EFICIENTE

Ao tratar da revisão judicial no contrato enquanto intervenção estatal na autonomia da vontade das partes e na força vinculante do pacto privado, a primeira premissa a ser assentada é que a solução mais eficiente para eventual conflito nos vínculos que se protraem no tempo é aquela que as partes acertaram ou podem acertar entre si, entabulada sob os parâmetros consensuais de distribuição de riscos e de ganhos, inclusive diante da sempre presente incompletude do contrato.

A livre negociação entre os contratantes certamente é a forma mais eficiente de eventualmente rever (ou completar) o arranjo contratual como forma de se garantir sua execução, sem os ônus e riscos que as partes incorrerem ao optarem pelo litígio diante da situação imprevista. Da incerteza sobre os termos da futura decisão judicial, passando pelo tempo de duração do litígio, pelos custos financeiros e de gestão do processo e, também, pela “aptidão” do nosso direito concursal em destruir ativos, diversos são os incentivos para se evitar o recurso ao Judiciário.

Como consequência, o papel do direito contratual é facilitar a negociação e remover os entraves para que as partes confiem no cumprimento das promessas que viabilizam as trocas no mercado, notadamente quando a troca envolver operação de concessão de crédito e diferimento da prestação.

Em caso de alteração substantiva na causa objetiva do negócio e nas suas premissas econômicas a ponto de caracterizar a necessidade da revisão, o Direito Contratual é edificado de forma a incentivar às partes a transigir e para chegarem ao arranjo mais eficiente, conseguirem a alocação dos bens onde alcançam maior valor a menor custo.

Mas quando os custos envolvidos na solução negociada são elevados, quando os custos de transação são significativos, pode ser inviabilizada a alocação mais eficiente.

Numa imagem resumida, podemos ver os custos de transação (*ex ante*: custo de planejamento, negociação e adoção de salvaguardas; ou *ex post*: os custos originados dos desvios dos acordos propostos no contrato) como aqueles custos que não correspondem a um proveito ou ganho para a outra parte, vale dizer, custo com o contrato em si mesmo e não como custo da coisa objeto do contrato (preço) ou custo para produzi-la. (custo de produção).

Parte do custo arcado por uma parte não é recebido pela outra. Isso pode impedir ou dificultar que elas cheguem a um consenso sobre a troca.

Se não existissem os custos de transação, entendidos como os custos incorridos na celebração do contrato, os “custos de realização de operações de mercado” (COASE, 2017, p. 115), o direito nada influenciaria na eficiência das escolhas das partes.

Independentemente do disposto na norma jurídica, sempre prevalecerá o arranjo contratual mais eficiente na economia, “desde que os direitos das partes sejam bem definidos e os resultados das ações judiciais fáceis de prever” (COASE, 2017 p. 119).

Contudo, como sempre existirão custos de transação, cumpre ao arcabouço jurídico reduzi-los, para que a solução se afaste o menos possível daquela prevista no modelo ideal, aquela onde a alocação de recursos fica restringida totalmente ao âmbito econômico das partes. A redução dos custos de transação, portanto, “lubrifica” a negociação.

Assim, não alcançado o meio mais eficiente de rever o contratado para, quando for o caso, adaptá-lo às consequências da pandemia, cumpre ao Direito Contratual a missão.

Almeja-se que a consciência dos operadores do direito, a prática do mercado e as iniciativas dos Tribunais no sentido de estimular e promover a conciliação e a mediação, contribuam na escala necessária para a redução dos processos judiciais. Se todos os litígios forem carreados à via judicial; se todo contrato inadimplido tiver sua solução condicionada a um processo, não há ou haverá instituto jurídico (sobretudo porque sempre pensados dentro de um ambiente de álea normal na cadeia econômica) que possa evitar o caos.

2.2 A FORÇA VINCULANTE DO CONTRATO

As posições adotadas nestas reflexões sobre a revisão nos contratos longe estão de relativizar a força vinculante do pacto em sua dimensão jurídica (e econômica), muito menos deixa de considerar que nenhuma norma ou princípio jurídico pode ser sobrepor, sob o prisma da eficiência, à livre disposição das partes no estabelecimento das regras aplicáveis à troca que decidiram ou pensam em fazer.

A força vinculante do contrato e, em medida maior, a segurança jurídica, são princípios permeados por uma dimensão instrumental, não são um fim em si mesmos, mas meios à realização (a garantia da execução) daquilo que as partes livremente estabeleceram. O contrato é o veículo que permite a circulação (e produção) de riqueza. Se as partes não acreditarem que a troca estabelecida será realizada na forma contratada, não realizarão a operação ou o farão de forma mais custosa e com ineficiência alocativa.

O contrato, mais precisamente o respeito ao contrato, a garantia de seu cumprimento, talvez seja o principal elemento da existência e funcionamento da economia de mercado. Sem contrato (e instituições aptas a assegurar o cumprimento) não há mercado

Diante dos limites do trabalho, pensamos resumir a importância da força do pacto privado no princípio de “respeito aos contratos” enquanto instrumento da “liberdade econômica”, na dicção do art. 1º, § 2º, da Lei 13.874/19:

Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do inciso IV do caput do art. 1º, do parágrafo único do art. 170 e do caput do art. 174 da Constituição Federal.

[...]

§ 2º Interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do **respeito aos contratos**, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas (grifos nossos).

Ainda usando a Lei de Declaração dos Direitos da Liberdade Econômica e nas alterações que implementou no Código Civil, destacamos os dispositivos que consideramos as balizas centrais do Direito Contratual aplicável às relações entre empresários.

Art. 421 A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato.

Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.” (NR)

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.

A função social do contrato, notadamente em caso de operação no e para o mercado, é viabilizar o fluxo econômico, garantindo a celebração das transações, ser o instrumento de repartição de riscos entre os agentes e, assim, fortalecer o compromisso e incremento na realização de futuras transações.

O contrato, enquanto instituição fundante da ordem econômica e do mercado, veículo de geração de riqueza e ganho social, no plano do vínculo entre as partes e dos respectivos

interesses individuais, deve ser visto, já se disse, como uma árvore em relação à floresta. A(s) árvore(s) são os direitos subjetivos individuais inerentes à relação contratual. A floresta, é o conjunto das operações travadas no âmbito do respectivo mercado e a forma como essas operações entre os indivíduos guardam relação entre si (oferta x demanda).

A possibilidade de intervenção externa no pacto que rege a relação individualmente considerada pode interferir diretamente nas escolhas que os indivíduos e empresas passam a fazer na alocação de seus recursos. A intervenção constitui-se, em regra, incentivo negativo se desrespeitar a livre disposição das partes e a divisão de riscos pactuada, podendo inviabilizar o interesse na celebração de novos negócios ou alterar os custos para celebrá-los.

É sobretudo em decorrência das consequências sobre a floresta causadas pelas alterações que se façam à árvore, que se inabilita o Direito Contratual para a missão de cunho distributivo com o intuito de alocar os bens de acordo com um juízo axiológico, de forma supostamente mais “justa”, em detrimento da alocação decidida pelas partes.

Isso não quer dizer que o Direito Contratual e, de forma mais ampla, o ordenamento jurídico como um todo, diante das falhas no mercado (assimetria das informações, poder de mercado, oportunismo etc.) que podem afetar exatamente a premissa da escolha racional (e eficiente), não deva estabelecer regras protetivas para um dos sujeitos (agentes), visando atenuar essas falhas, melhorar o equilíbrio no processo de decidir ou na paridade da relação negocial (contratos de franquia, mercado de capitais, consumidor, trabalhista, por exemplo).

Fora do âmbito das falhas de mercado ou no desequilíbrio no processo de decidir diante da racionalidade limitada, o Direito Contratual, especialmente no campo empresarial, não deve possuir escopo de índole protecionista ou paternalista. O saldo é sempre negativo quando se tenta, através da alteração do pacto ou regulamentação intervencionista, impor-se uma solução supostamente mais justa do que aquela decidida pelas partes. A busca por equidade da seara do Direito Contratual, se sob o prisma do caso individual pode distribuir “melhor o recurso” segundo determinado juízo axiológico, no plano coletivo e social) gera um saldo negativo, posto que desestimula a celebração de novos contratos, eleva os custos de transação para as operações de mercado, distorce o sistema de preços e é deletério para o tráfico econômico.

O que garante o cumprimento do contrato, por sua vez, não é apenas o enunciado legal, declarando-o de cumprimento obrigatório, mas sim a existência de um aparato institucional apto a executá-lo independentemente da vontade das partes e, sobretudo, normas que internalizem o custo do inadimplemento, ao fazerem com que a parte inadimplente incorra no prejuízo que a outra sofreu ou que deixou de ganhar com o não cumprimento.

Essa internalização dos custos do inadimplemento propiciado pelo direito contratual permite, inclusive, que a inexecução voluntária possa ser considerada pelo prisma da eficiência, o que significa dizer que o não cumprimento do contrato pode ser solução mais vantajosa para ambas as partes.

Sendo o ganho social (aqui entendido como a soma dos interesses de ambas as partes – critério Kaldor-Hicks) positivo, o direito pode admitir a inexecução do contrato como opção considerada mais eficiente.

Quando o custo total da execução do contrato é maior que a soma dos benefícios gerados, não se justifica, sob o critério da eficiência, seu cumprimento, sendo preferível a não execução, mediante indenização à parte credora, se assim for decidido pela parte devedora.

Este é um ponto importante na construção de uma baliza que deve ser observada nos contratos atingidos pela pandemia, a justificar possível revisão, sem que tal intervenção represente, em verdade, ofensa ao princípio da força vinculante ou à cláusula *pacta sunt servanda*.

As regras e princípios do Direito Contratual são construídos pressupondo sua incidência sobre e sob as decisões das partes e suas consequências, buscam incentivar as partes às escolhas mais eficientes, seja no plano da celebração, seja na execução do contrato ou até mesmo na sua inexecução.

2.3 A REVISÃO JUDICIAL COM BASE DA ALTERAÇÃO NA EQUIVALÊNCIA ENTRE AS PRESTAÇÕES E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

Construído na esteira da evolução dos institutos contratuais e em certa medida sedimentado no embate entre as diversas formas em que o problema é posto, a começar pela própria possibilidade da revisão judicial do contrato, o instituto da revisão busca a manutenção da base objetiva do negócio, entendida como “ relação de equiponderância entre prestação e contraprestação ou como o princípio da equivalência. Essa relação entre os valores pode se deteriorar tanto que não se pode mais falar em contraprestação” (COUTO, 2007, p. 108).

Por vários caminhos e trilhas chegou-se a um sistema arquitetado na implicação entre as decisões das partes e a manutenção da equação econômica sob as quais as decisões foram tomadas.

Princípio da boa-fé contratual, função social do contrato, equidade, causa objetiva no negócio, imprevisão, onerosidade excessiva, *pacta sunt servanda*, *rebus sic stantibus*, força

maior, alteração das circunstâncias, caso fortuito, autonomia da vontade, segurança jurídica. Em torno desses institutos jurídicos (dentre outros que poderiam ser citados) e teorias jurídico-filosóficas deu-se, e ainda em certa medida permanece, rica discussão, permeada por dimensões várias, a começar por premissas ideológicas.

O presente trabalho, ao não reproduzir essa discussão, inclusive pelos limites de seu objeto e extensão, pensa não causar prejuízo à justificativa das posições aqui expostas. Até porque, por qualquer caminho que se tome dentro desses embates acadêmicos, chegaremos ao mesmo ponto, no qual a dogmática jurídica e a visão instrumental do Direito Contratual em busca da eficiência na regulação jurídica da troca se encontram.

Hoje temos um sistema, aqui entendido como um conjunto de normas e princípios entre si relacionados diretamente, que admite a revisão ou resolução do contrato através da via judicial, embora como estreita exceção (especialmente no âmbito do Direito Empresarial), diante de fato imprevisto e inevitável, que altere a equivalência de uma prestação em relação à outra.

Essa intervenção tem o escopo exatamente de preservação daquilo que fora contratado, vendo-o sob a perspectiva de seu equilíbrio, o mesmo equilíbrio observado quando da contratação.

Depreende-se, assim, que se trata de uma característica própria de um sistema maduro e comprometido com sua manutenção, no qual as regras, usos e costumes já estão suficientemente sedimentados para garantir que, na ocorrência de adversidade graves, estas não serão internalizadas, nem causarão situação de ruptura (PINHEIRO, A.C.P.; SADDI, 2006, p. 121).

Também quando se fala em equilíbrio na relação contratual, este pode ser concebido sob categorias distintas dentro das discussões teóricas sobre a revisão judicial. Mas seja pelo caminho da boa-fé contratual ou pela base objetiva do negócio, por exemplo, igualmente convergimos para o mesmo local na aplicação do sistema que gravita em torno dos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil: a equivalência das prestações. Manutenção do equilíbrio no contrato significa a manutenção da equivalência entre as prestações dispostas pelas partes na contratação.

Adere-se, aqui, à doutrina de que o Código Civil de 2002 implantou um sistema aplicável aos contratos não empresariais como aos empresariais (estes com suas especificidades) uma combinação entre a teoria italiana da onerosidade excessiva e a teoria francesa da imprevisão, sendo pertinente o registro de que em relação às relações de consumo a possibilidade de revisão prescinde da imprevisibilidade.

Novamente destacando que não é o caso de aprofundamento nas polêmicas teóricas, parte-se do pressuposto de haver consenso de que a revisão contratual visa manter a equação econômica contratada, quando a alteração desta não decorrer dos riscos inerentes ao objeto do contrato, salvo se o próprio contrato já estabelecer a divisão dos riscos por fato imprevisto.

Um caminho seguro para essa implicação entre a manutenção do equilíbrio contratual e possibilidade de revisão judicial é aquele que tem como centro de imputação (o critério que relaciona os dois conceitos) a base objetiva do negócio.

Por base do negócio entendem-se as representações dos interessados, ao tempo da conclusão do contrato, sobre a existência de certas circunstâncias básicas para sua decisão, no caso de serem estas representações encaradas por ambas as partes como base do acordo contratual (*Geschäftsgrundlage*), incluindo-se, assim, em princípio, entre elas, v. g., **a equivalência de valor entre a prestação e a contraprestação**, considerada tacitamente querida; a permanência aproximada do preço convencionado, etc. Quando, em consequência de fatos sobrevividos depois da conclusão do contrato, a base do negócio desaparece, perturbando-se o equilíbrio inicial, o contrato não corresponderia mais à vontade das partes e o juiz deveria, por sua intervenção, readaptá-lo a essa vontade, fosse resilindo-o, fosse modificando-o, para que ele correspondesse ao que as partes teriam querido, se previssem os acontecimentos (FONSECA, 1943, p.115).

Essa equivalência entre as prestações é imanente à estrutura do contrato enquanto vínculo jurídico, já que o equilíbrio daí gerado remete à igualdade. É esse o fundamento do ordenamento quando prevê a resolução ou revisão diante de profunda alteração das circunstâncias: a desigualdade criada. “A paridade é a *ratio* que enseja a proporcionalidade nas relações contratuais privadas” (MATTIETTO, 2020).

Portanto, se os efeitos da pandemia alterarem essa equivalência entre as prestações, emergirão os arts 317, 478, 479 e 480 do Código Civil:

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.

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Imagine-se um empresário que tenha adquirido insumo com exíguo prazo de validade ou de custosa estocagem, que, antes de recebê-lo, depare-se com a interdição de seu estabelecimento como decorrente das normas sanitárias editadas e, portanto, fique sem condições de utilizá-lo ou comercializá-lo.

É evidente que a inexistência da possibilidade de normal utilização ou disposição da coisa no comércio implica em redução de seu valor para o contratante, tornando-a excessivamente onerosa quando comparado com o valor vigente quando da contratação.

Quanto ao requisito de extrema vantagem para uma parte, parte final do art. 478 do Código Civil, “quando comprovada a onerosidade excessiva, a vantagem da contraparte seria reconhecida por presunção *iuris tantum*” (AGUIAR Jr., 2003, p. 911).

Portanto, presentes as *fattispecies* dos arts 317 e 478 do Código Civil e atendidos os requisitos da excepcionalidade, dar-se-á a revisão (ou resolução), com o difícil, mas necessário, escopo de reequilíbrio das prestações entre si consideradas. A mudança no funcionamento dos mercados, tanto no lado do consumo como na produção, e os efeitos nas cadeias produtivas e nos preços relativos, podem ser, evidentemente, causa de profunda alteração nos valores recíprocos entre as prestações, além daquela inerente aos normais riscos das atividades especulativas, notadamente quando pensamos nas relações negociais entre empresários.

Não deve haver confusão entre esse tratamento das consequências na economia da pandemia com a forte tradição jurisprudencial contrária ao reconhecimento da *imprevisibilidade* por eventos puramente macroeconômicos, como variação cambial e desvalorização monetária. A uma, porque tais variações, grandes ou pequenas, são ínsitas ao mercado e às atividades especulativas, ao contrário da pandemia com as características da atualmente vivida. A duas, porque não é a variação de qualquer preço ou cotação a causa do desequilíbrio, mas a paralisação das atividades econômicas.

Diante da pandemia, a doutrina, como não poderia deixar de ser, tem se mostrado atenta para esta necessidade e lições importantes têm sido ministradas sobre a matéria, mas todas começam sua fundamentação por lembrar a extrema cautela que deve cercar a intervenção estatal sob o pacto (válido e eficaz) entre as partes e o cuidado para que esta não termine por gerar desequilíbrios ainda maiores, com o aumento dos custos de transação e do custo social acima dos benefícios gerados com a realocação dos bens.

A jurisprudência, em decisões em número cada vez maior, vem enfrentando bem o desafio, notadamente tendo em vista o suporte operacional e institucional que dispõe o nosso judiciário.

2.4 A REVISÃO COM BASE DA ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE DE PAGAMENTO DO DEVEDOR EMPRESÁRIO

A realidade imposta pela pandemia durante a paralisação ou redução das atividades empresariais e a certa “homogeneidade” dos efeitos econômicos, assim, ensejam a necessidade e possibilidade de revisão do contrato diante de desequilíbrio de outra natureza, mas também como consequência de alteração na base objetiva do negócio e derivado (o desequilíbrio) de fato superveniente, imprevisto e inevitável.

Neste ponto, nada se altera na lógica observada no Código Civil ao tratar da onerosidade excessiva por mudança na equivalência entre as contraprestações.

A onerosidade excessiva, entretanto, pode decorrer da profunda diferença na situação econômica do devedor quando da celebração do contrato, comparada com as condições de solvabilidade diante da paralisação de suas atividades em função da pandemia.

Essa espécie de onerosidade excessiva, ao contrário daquela derivada do sopesamento ou comparação das contraprestações entre si, não está associada a um proveito exagerado da outra parte. As contraprestações continuam na mesma equivalência.

Nesse sentido, com a fragilização nacional perante a crise, em quase que a totalidade dos casos não seria possível que todos os requisitos para a aplicação do artigo 478 do Código Civil fossem preenchidos. Recorde-se que citado dispositivo exige que a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra. Ora, no panorama recente, o primeiro pressuposto é alcançado por praticamente todos os empresários, enquanto o segundo não foi atingido por quase nenhum (Roth, et.al, 2020)

A alteração da base objetiva do negócio resta configurada pela privação de parte ou totalidade do faturamento, somada muitas vezes ao não recebimento de seus haveres junto a outros empresários ou consumidores, igualmente afetados pela pandemia.

Cumprido ao Direito Contratual o equacionamento do liame entre a pandemia (fato imprevisto), a paralisação temporária ou diminuição da atividade do empresário (por motivo absolutamente alheio à sua vontade) ensejadora do inadimplemento contratual e, como

decorrência deste inadimplemento, a possibilidade de extinção da atividade produtiva em definitivo.

Essa intervenção não decorre da necessidade de reequilíbrio das prestações entre si consideradas, eventualmente afetadas por um fato imprevisível, que tenha gerado uma onerosidade excessiva.

A revisão do contrato, nesta ótica, não tem como pressuposto o proveito desproporcional de uma parte em relação a outra, gerada por alteração significativa no “quadro externos das circunstâncias” (ROPPO et.al, 2009, p. 262) vigente quando da contratação.

A alteração na base objetiva do negócio não emerge da relação de reciprocidade entre as prestações, mas da grave alteração na solvabilidade, tendo em vista a paralisação que foi imposta às atividades do contratante e nas condições deste adimplir com sua obrigação.

Não se trata de “busca do sinalagma perdido”, porque não há (não passou haver) desproporção entre prestações, mas de equalização das consequências da pandemia nas bases do negócio, nelas incluídas as relacionadas a atividade do devedor, a própria existência desta, com o objetivo de possibilitar o adimplemento do contrato e criar meios que facilitem que o mesmo cumpra com seu objetivo enquanto instituição jurídica.

Poder-se-ia questionar, então, se toda inadimplência que possa levar à insolvência, ao passar a ser incluída na noção de base objetiva do negócio, legitimaria a revisão dos contratos dos contratos empresariais.

Em resposta, deve ser dito que a hipótese trata da insolvência (aqui considerada como incapacidade de adimplir determinada obrigação) diretamente ligada a um fato imprevisto, inevitável é causa suficiente (pandemia).

Depois deve ser acrescentado que em certa medida isso já ocorre, quando se considera os efeitos da falência sobre os contratos do falido e, ainda mais, no caso de recuperação, onde o plano pode impor a revisão do contrato sem anuência do credor (com voto contrário), individualmente considerado.

A pergunta deveria ser outra: durante a pandemia e em função dos seus efeitos, o tratamento jurídico da inadimplência generalizada, diante de uma mesma circunstância extraordinária, deve ficar restrito ao direito concursal? Só é possível a alteração do contrato, calcada na perda da capacidade de o devedor adimplir, se decretada a falência ou instaurada a recuperação judicial, mesmo sendo evidente a extinção da empresa? Mesmo quando os custos e perdas com a execução da obrigação na forma contratada superam os ganhos totais (inclusive

sobre a ótica do credor), esta deve ser a resultante do conjunto das normas do nosso Direito Contratual? Essa seria a forma eficiente de suporte institucional do mercado?

Diante do quadro econômico geral que atinge os agentes de forma indiscriminada, esse “inadimplemento imprevisto e inafastável” gera distorção no mercado e pode retirar do contrato o atributo de ser o instrumento (eficiente) das trocas.

Não parece em sintonia com as modernas instituições de nossa ordem econômica e jurídica, que tem o contrato enquanto “máquina” destinada a facilitar as decisões eficientes das partes na alocação de recursos, a recusa, quando presentes as premissas consideradas, de se intervir na relação contratual com o escopo, exatamente, de viabilizar a sua execução e opte-se por deixar o inadimplemento generalizado “entregue à própria sorte”, como numa espécie de resignação: *alea jacta est*.

Apesar da autoridade inegável do autor, discordamos do entendimento do civilista Gustavo Tepedino, quando afirma

É possível, ainda, que a pandemia não atinja diretamente determinada relação contratual, mas comprometa, de maneira geral, a situação patrimonial do contratante, reduzindo, assim, sua aptidão para honrar as obrigações assumidas, as quais não necessariamente tiveram seu equilíbrio intrínseco comprometido com a pandemia. Seria o caso, por exemplo, do indivíduo que perde seu emprego ou fontes de renda em razão da pandemia ou de uma empresa que tem suas receitas suspensas ou significativamente reduzidas por força da crise sanitária. Nestes casos, a pandemia atinge o sujeito da relação contratual e não a relação contratual em si.

Assim, exemplificativamente, a sociedade empresária que passa por crise financeira em razão da pandemia pode buscar reestruturação global de suas dívidas pela via própria (recuperação judicial). Em contrapartida, o remédio da excessiva onerosidade possui alcance limitado, não se prestando a reequilibrar o patrimônio do devedor, mas apenas as relações contratuais específicas, diretamente atingidas, em seu sinalagma, pelo evento imprevisível e extraordinário” (TEPENDINO, 2020).

A solução defendida pelo renomado autor é deixar o desequilíbrio entregue aos “valores éticos”, pelos quais as partes, então, repactuariam, possibilitado a possibilidade de cumprimento da prestação, ou, então, que o devedor pleiteie sua “reestruturação pela via própria”, a recuperação judicial.

O fundamento levantado pelo professor Tepedino é que faltaria às consequências da pandemia nas atividades do empresário o atributo da generalidade, restringindo-se à situação patrimonial subjetiva individual, o que seria incompatível com a revisão calcada na onerosidade excessiva.

Com a devida vênia, mas entendemos que, sob o ponto de vista dessa objetividade e generalidade cobrada pelo ilustre civilista, ocorre exatamente o contrário.

Observa-se o caráter generalizado dos efeitos da pandemia sobre praticamente todas as cadeias econômicas de forma indiscriminada.

E é essa amplitude e generalidade, expostas nas linhas iniciais deste trabalho, que criam uma outra dimensão para a necessidade de tutela (revisional), não somente a execução deste ou daquele contrato, mas, através da viabilização da execução de um contrato em particular, permitir ao mercado superar a “patologia” no conjunto das relações negociais. Os mecanismos do mercado não foram moldados para enfrentar uma situação onde o “mundo parou”.

Mesmo entre aqueles que consideram a matéria limitada ao plano das partes, sem associá-lo aos interesses em torno do funcionamento da cadeia econômica e da preservação dos seus agentes, há quem, ressaltando a ausência de culpa do devedor pelo inadimplemento, admite a possibilidade de revisão dos termos da obrigação ou a suspensão dos efeitos do inadimplemento diante da perda das condições do devedor arcar com suas dívidas:

Eis a grande preocupação dos devedores nesse momento, sejam em relações civis, empresariais ou de consumo: de fato, em razão das restrições de atividade impostas na maioria dos Estados e pela provável queda do faturamento, desemprego ou ausência de atividade durante a pandemia, o devedor por se ver, temporária ou definitivamente, sem condições de arcar com as suas dívidas. Caso, de fato, o devedor comprove que não tem culpa pelo inadimplemento em razão do estado de calamidade, os efeitos da mora devem ser afastados, donde resulta dizer que, nesses casos, os dados do devedor não podem ser inseridos no cadastro de inadimplentes, não se pode efetuar protesto de títulos, nem mesmo requerer o vencimento antecipado das prestações.

Os encargos em financiamentos também não podem ser cobrados nessas hipóteses”. (VENOSA et. al,2020).

Os ganhos com a intervenção, pensada a economia como um todo, superam os custos (evidentemente existentes quando relativizada a força obrigatória dos contratos) de se deixar a inadimplência sistêmica deixada à própria sorte, com a retirada do mercado de um número infinito de empresas com atividades produtivas viáveis.

Sob esta perspectiva, o bem tutelado não se circunscreve ao interesse das partes (e ao fundamento lógico e ideológico do equilíbrio no sinalagma). O que se busca proteger é a viabilidade (e exequibilidade) do próprio contrato, que se busca é viabilizar o adimplemento, inclusive como meio para se alcançar, também, a preservação da atividade produtiva. O inadimplemento (diante da paralisação ou restrição da atividade econômica) por parte de um empresário, pode levar, em número não desprezível de casos, a inadimplemento por outro empresário, numa espécie de efeito cascata.

Para todos que não possam ou não consigam impedir o inadimplemento, mesmo tendo apresentado uma proposta equitativa (art. 479 do Código Civil) que lhe permitam meios de cumprir com a prestação, não devem restar apenas as agruras e ineficiência do direito concursal.

Portanto, mostra-se equivocada, sob nossa ótica, a conclusão pelo afastamento da revisão, sob o fundamento de inexistência de desequilíbrio entre as prestações e ausência de proveito desproporcional de uma parte em detrimento da outra.

Em decisão que bem sintetiza o esse equívoco, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em decisão de 05.05.20 da 21ª Câmara de Direito Privado, negou provimento ao agravo de instrumento nº 2062931-10.2020.8.26.0000. O acórdão assentou que “não cabe redução da prestação ou alteração do modo de pagamento com fundamento na Teoria da Onerosidade Excessiva do Código Civil (art. 480 do CC), **porquanto a atual retração da atividade econômica ensejada por distanciamento social não teve o condão de impor extrema vantagem para a parte ré (art. 478 do CC), que continua sendo credora de parcela de valor igual àquele vigente antes da crise sanitária**”. Afirmou, ainda, não ser aplicável o disposto no artigo 317 do Código Civil, vez que “**não sobreveio desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução**” (grifos nossos).

É bem verdade que a decisão não enfrentou a matéria sob o fundamento levantado por nossas reflexões, não analisou a relação *sub judice* sob a perspectiva da insolvência do empresário por conta da paralisação. Entrementes, a censura que se faz ao precedente é descartar, na atual situação que se abate sobre todos, de plano e *ab ovo*, a existência de desequilíbrio contratual porque as obrigações permanecem “de valor igual àquele vigente antes da crise sanitária”.

Neste contexto, o “trade off” (a outra opção) é o contrato sem cumprimento permanecer, na grande maioria dos casos (diante exatamente da impossibilidade de meios econômicos de adimplemento), como um cadáver insepulto, uma alma a vagar pelo judiciário (vestido com a mortalha da execução frustrada) ou a penar no limbo da insolvência e no inferno da falência eterna.

Sob esse enfoque, essa empreitada da revisão contratual como integrante de um direito dos contratos eficiente, viabilizador e facilitador das operações de mercado, com redução de custo de transação, ganha cores singulares, impostas por nosso direito concursal

As regras sobre a insolvência, sejam aquelas destinadas a preservar as empresas viáveis, sejam aquelas destinadas a uma rápida e eficiente liquidação do patrimônio do devedor, com equacionamento das relações jurídicas atingidas pelo inadimplemento causado pelo estado

patrimonial deficitário ou inviabilidade da atividade, são parte importante nesse arcabouço institucional

O sistema concursal não é aqui tratado. Contudo, sua ineficiência em promover os objetivos acima colocados (preservação de empresa e realocação de ativos), reforça, nesta quadra, a importância da revisão dos contratados desequilibrados na defesa da preservação da atividade produtiva.

Impõe-se a superação do inadimplemento e da inexecução do contrato, adaptando seus termos às alterações causadas pela pandemia sobre os contratantes e sobre às bases que levaram a contratação, construídas estas bases que foram na capacidade de pagamento que o devedor exibiu antes da situação anômala, tudo exatamente com o escopo de possibilitar o cumprimento.

Por esse raciocínio, não se mostra eficiente que se garanta a execução de uma determinada obrigação que, por força da situação extraordinária e imprevista decorrente da pandemia, mostra-se em total desacordo com o novo estado de solvabilidade do devedor (quicá a execução de iniciativa do credor mais ágil ou que se recusa a negociar como estratégia comercial). Por esse caminho, o que se faz é impor aos outros credores a certeza da impossibilidade de cumprimento de seus respectivos contratos e, ainda, a possibilidade de extinção da empresa, com todo o custo social que isso acarreta, inclusive, isso é importante ser destacado, custo que é também arcado pelo próprio credor.

2.5 A REVISÃO JUDICIAL COM BASE NA ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE DE PAGAMENTO DO EMPRESÁRIO E O CÓDIGO CIVIL DE 2002

A abordagem proposta nada inova no que diz respeito à “excepcionalidade da revisão contratual” (art. 421, parágrafo único, do Código Civil), muito menos conflita com “a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes” (art. 3º, inciso VIII, da Lei 13.874/2019).

A excepcionalidade tem início pela consciência de que as instituições jurídicas, como já colocado, não resolverão, por si, o grave problema econômico e social. Se as instituições podem em muito contribuir para o mercado absorver os efeitos negativos, reduzindo os custos de transação gerados pela crise de pagamentos, suas limitações e a concreta possibilidade de produção de incentivos negativos, recomendam cautela na intervenção judicial em alterar o que fora barganhado pelas partes. A excepcionalidade, por sua vez, é operacionalizada através do estabelecimento de requisitos à implementação da revisão via judicial.

Os mesmos requisitos exigidos para a intervenção judicial prevista na sistemática construída em torno dos arts. 317, 421, 478, 479 e 480 do Código Civil para a hipótese de

desproporção superveniente entre os valores das prestações recíprocas, em extrema vantagem para uma parte, aplicar-se-ão no caso de a intervenção pautar-se nos efeitos diretos da pandemia sobre a atividade do empresário e em redução drástica de sua capacidade de pagamento.

Há identidade entre a revisão motivada pelo desequilíbrio das prestações entre si consideradas e aquela motivada pelas alterações nas condições de solvabilidade do agente econômico, ambas têm a mesma previsão legal e os mesmos requisitos.

Primeiro, deve existir desequilíbrio na relação contratual gerado pela alteração nas bases sob as quais o negócio foi entabulado.

Segundo, ocorrência de fato superveniente, imprevisto e inevitável em relação causal com esse desequilíbrio.

Na hipótese considerada, o desequilíbrio gerador da onerosidade excessiva manifesta-se na mudança radical da capacidade de pagamento da empresa. Mudança que atingiu uma parcela muito significativa dos agentes econômicos e sem qualquer nexo com as vicissitudes inerentes à atividade especulativa, a exemplo de flutuação de preços, cotações, índices, especificidade de ativos, alterações na regulação, etc.

Não é necessário, dentro desse quadro absolutamente excepcional, muito esforço para se incluir na noção de base objetiva do negócio, não só o cálculo levado a cabo pela parte em sua decisão de contratar, notadamente a equação econômica entre os direitos que adquire e as obrigações que assume, dentro das expectativas e dos riscos considerados, mas, também, em se tratando de atividade empresarial, a condição de existência da própria atividade, que foi suspensa ou reduzida drasticamente.

Tendo o equilíbrio contratual o sentido de igualdade, a revisão do contrato em razão de mudança substancial nessas circunstâncias é exigência fundamental do ordenamento. “A paridade é a *ratio* que enseja a proporcionalidade nas relações contratuais privadas”.

3. OS LIMITES E PRESSUPOSTOS DA REVISÃO JUDICIAL COM BASE NA ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE DE PAGAMENTO DO DEVEDOR EMPRESÁRIO

3.1. OS LIMITES TEMPORAIS

As obrigações passíveis de revisão objeto da hipótese considerada são as constituídas antes de decretação do estado de calamidade pública, portanto antes de 20 de março

de 2020 (Decreto Legislativo nº 06/2020), e exigíveis após essa data e enquanto durar a calamidade.

Já que a revisão tem por fundamento, como fato imprevisto, superveniente e inevitável, a pandemia, soa, de plano, como certo que sejam excluídas as obrigações contraídas após o reconhecimento do estado de pandemia e aquelas que já se encontravam vencidas. Nesta linha dispõe o art. 6º da Lei 14.010/2020:

Art. 6º As consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos.

A fixação de tal intervalo temporal obedece ao requisito da imprevisibilidade do fato com nexos causal com o desequilíbrio, o que necessariamente remete à noção de superveniência (“sobrevier”, na dicção do art. 317, e “em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, art. 478, ambos do Código Civil).

Por essas mesmas razões de ordem temporal, o instituto de revisão (assim como a resolução por onerosidade excessiva) guarda íntima relação com os contratos de “execução continuada ou diferida”.

Mas, para além do comando normativo, esse critério temporal também é justificado quando se pensa na ineficiência dos incentivos que a intervenção pode gerar na atuação dos indivíduos e das empresas, sempre em busca de maximizar seus ganhos. Quando esse critério é analisado sob o prisma das possíveis consequências nas escolhas dos agentes econômicos, é fácil enxergar sua importância para evitar ou se diminuir os casos de oportunismo do devedor e restringir a medida excepcional às hipóteses que a justificam (exatamente a imprevisibilidade dos fatos)

Limitando-se às obrigações constituídas antes da pandemia e exigibilidade posterior ao início de seus efeitos (presumido quando da declaração legislativa do estado de calamidade) reduz-se a possibilidade de devedor assumir conduta oportunista, sem ter a pandemia como causa de sua incapacidade de pagar, ou até mesmo sem que esta exista, tente pleitear alteração do contratado para obter ganho, apropriando-se de recurso contratualmente alocado de forma diversa.

3.2 A NECESSÁRIA RELAÇÃO CAUSAL ENTRE A PANDEMIA E A INCAPACIDADE DE PAGAMENTO DO EMPRESÁRIO

A relação entre os efeitos da pandemia nas atividades do devedor, reduzindo-as ou mesmo as paralisando totalmente, e a incapacidade de executar o contrato na forma pactuada, agregada à possibilidade de extinção da empresa, é, ao mesmo tempo, o requisito causal para a revisão judicial do contrato e a circunstância que diferencia esta intervenção, com base na alteração da capacidade de pagamento, daquela pautada no desequilíbrio entre os valores das contraprestações, ou seja, na mudança na equivalência entre ambas.

Como já exposto, essas causas mediatas distintas, porém, convergem para o (mesmo) pressuposto considerado na sistemática do Código Civil para a intervenção judicial: a ruptura das bases objetiva do negócio, vista, na hipótese analisada, sobre outro ângulo, precisamente na paralisação ou redução das atividades da empresa e a incapacidade de realizar o pagamento, tudo por conta de fato absolutamente imprevisível, inevitável e de repercussão nunca vista na história.

O fato imprevisto, contudo, para efeitos de submissão do contrato ao defendido nessas linhas e para ser considerado como alteração da base objetiva, não pode se resumir apenas a emergência da pandemia, mas deve se revelar na dimensão dos seus reflexos, já que deve ser exigido que a crise de origem sanitária tenha afetado, concreta e gravemente, a própria existência das atividades do devedor empresário, com profunda repercussão em seus meios de solver as obrigações, por retirar-lhe ou reduzir-lhe drasticamente qualquer faturamento ou receita.

Assim, para efeito de atendimento deste requisito específico da revisão defendida, é necessária a demonstração de forma convincente da alteração no fluxo de caixa e o reflexo na liquidez, a ponto de comprometer sua capacidade de adimplir a obrigação ou que só possa ser feito mediante o certo e previsível inadimplemento de outras.

A cognição, para esses fins, sobre a existência de meios que permitam o pagamento na forma acordada ou o mais próximo disso, deve atentar para a possibilidade de eventual desmobilização de ativo, notadamente aqueles bens e direitos de mais fácil alienação. Eventuais recebíveis do empresário devedor devem ser considerados prioritariamente vinculados ao cumprimento de suas obrigações, como de resto toda a receita ou faturamento, ressalvada às indispensáveis à manutenção da atividade, não sendo admitido que se leve em conta despesas que devem ser evitadas ou suspensas. Ou seja, deve ser exigido e pressuposto todo o esforço possível do devedor para cumprir a prestação de forma mais próxima possível do pactuado.

A incapacidade de adimplir como fruto da pandemia deve ser aquilatada no conjunto de obrigações e contratos do devedor. O pagamento não pode implicar na inviabilidade de suas

atividades. A execução de uma obrigação não pode exaurir totalmente a capacidade do empresário de adimplir as outras obrigações, algumas eventualmente dotadas de privilégio caso instaurado o concurso, situação que pode “esvaziar” o direito do credor (futuramente preterido diante dos títulos legais de preferência), não obstante sua execução tenha impossibilitado a manutenção da atividade produtiva do devedor e sacramentado a insolvência deste.

Em determinados casos essa relação causal entre a pandemia, a magnitude dos efeitos nas atividades do contratante e em sua capacidade de pagamento, será relativamente evidente.

Pensemos nos casos que aconteceram aos milhares, do empresário titular de único estabelecimento, que, por determinação do Poder público, foi obrigado a interromper o funcionamento da empresa, em muitas situações por mais de 120 dias, privando-o totalmente de seu faturamento, enquanto grande parte de seus custos fixos tenham permanecido, apesar da adoção das medidas gerenciais possíveis, até mesmo demissão de trabalhadores e desmobilização ou cessão de ativos em caráter definitivo.

Nessas situações, tanto o fato de paralisação das atividades (por ato estatal editado por conta da pandemia), como a privação do faturamento e o respectivo nexos causal, restam incontroversos, reservando-se à cognição judicial para o dimensionamento do impacto na capacidade de pagamento e a melhor forma que pode tomar a intervenção, que sempre será aquela que viabilizará o adimplemento mediante o menor sacrifício imposto à parte credora, em outras palavras, “corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes” (na dicção do art. 113, V, do Código Civil).

Em outras situações, talvez na maioria dos casos, essa relação, entre os efeitos da pandemia e a atividade do empresário, o efetivo e verdadeiro impacto em sua liquidez, não será tão evidente.

Contudo, mesmo não havendo uma correlação tão direta como no exemplo utilizado, ou mesmo inexistindo privação da totalidade da receita do empresário, é possível, mediante uma análise sobre as circunstâncias e o conjunto de fatos que cercam a atividade do devedor, suas demonstrações contábeis, seu fluxo de caixa, em cotejo com o passivo exigível a curto prazo, existência de bens com possibilidade de desmobilização, dentre outros elementos, chegar-se a um juízo de valor sobre as dimensões dos efeitos econômicos da pandemia como causa determinante de sua incapacidade de honrar a prestação. Incapacidade que deve ser aquilatada, como já dito, diante do conjunto das demais obrigações do devedor e a possibilidade

concreta da execução, se implementada nos termos e condições anteriormente contratados, importar em insolvência da empresa, formalizada através de declaração judicial ou não.

Apesar das dificuldades desta cognição para dimensionar os reflexos da pandemia sobre a capacidade de pagamento do devedor, os elementos probatórios e as informações que podem ser carreados ao juízo, tanto em sede de conhecimento sumarizado para fins de tutela antecipada, que quase sempre estará em tela, como em sede de provimento definitivo, permitem afirmar que há ampla condições da atuação judicial empreender essa verificação sobre a existência deste pressuposto causal da revisão e também visualizar a medida necessária que melhor possibilite a execução, observada, por óbvio, a posição e os interesses do credor (o menor sacrifício imposto a este) e a alocação mais eficiente.

Embora não sejam enfrentadas as questões processuais inerentes à matéria, já que o trabalho se limita ao direito material na análise da possibilidade de revisão judicial na hipótese levantada, o juízo sobre a relação entre a pandemia e a capacidade de pagamento do devedor e em última instância sobre a possibilidade da revisão judicial do contrato, recomendam que, mesmo na hipótese de eventual pedido de tutela antecipada, seja reforçada a excepcionalidade de sua concessão *inaudita altera pars*.

Sempre que possível, e neste contexto mais ainda, eventual medida liminar (antecipatória) deve ser precedida de prévia oitiva do credor. Não só porque “toda liminar é uma violência, porque invade a esfera de influência de alguém sem dar a chance de seu pronunciamento prévio, sem dar a oportunidade de intervir na decisão” (GRECO, 2012, p. 452), mas, sobretudo, porque permitirá um melhor sopesamento da relação bilateral e dos ônus que o credor pode ou deve suportar para viabilizar o adimplemento do contrato e, portanto, uma intervenção mais eficiente.

Os fatos relativos ao efetivo impacto sobre a capacidade de adimplemento colocado como suporte causal da revisão judicial requerida, podem ser melhor esclarecidos e analisados se for assegurado ao credor, parte ré na ação revisional, a oportunidade de apontar circunstâncias e trazer informações e documentos aptos a afastarem a plausibilidade da alegação do devedor, pelo menos no plano da verossimilhança.

4. O CONTEÚDO DA REVISÃO JUDICIAL

Não é objeto deste trabalho expor e discutir como a decisão judicial pode instrumentalizar a revisão contratual, os meios a serem empregados, já que se limita a analisar

a possibilidade, em certa medida necessidade, de aplicação do instituto quando o desequilíbrio superveniente não decorrer do valor ou da utilidade das prestações comparadas entre si e não implicar em proveito excessivo de uma parte em relação a outra.

Mas talvez fosse pertinente alguma elucubração sobre o conteúdo que pode adotar a intervenção judicial.

A primeira e importante nota deve ser o registro da necessidade de ser incentivada a autocomposição, como colocado, ser esse o melhor caminho na realocação dos recursos e divisão dos riscos e ônus diante dos fatos imprevistos.

Sem entrar na polêmica sobre a existência do dever de negociar, a circunstância da parte que ficou impossibilitada financeiramente de adimplir informar prontamente o ocorrido para a outra contratante, expondo a situação e formulando um pedido de revisão, pode ser elemento de convicção sobre o efetivo interesse na manutenção da atividade empresarial e de sua viabilidade, fim último da revisão aqui defendida. A parte credora, por sua vez, deve responder a proposta, analisando-a de forma efetiva e em boa-fé.

Fundamental que os meios institucionais, sobretudo extrajudiciais, incentivem e facilitem a negociação para se rever os termos do contrato, com o intuito de viabilizar o seu cumprimento. Inclusive porque é certo que o Poder Judiciário, já sobrecarregado, não tem condições de se desincumbir, na condição de palco principal, das desavenças contratuais por conta da pandemia

A judicialização, evidentemente, não elide a necessidade de se investir na solução negociada, não obstante já se tenha incorrido em custos com a propositura do processo. Pelo contrário, o magistrado, ou mesmo os conciliadores, tem todas as condições para assumir um protagonismo na condução das partes em direção a uma solução negociada, até por sinalizar (sem prejulgamento) as balizas de uma futura e eventual decisão judicial.

Os advogados também terão um papel relevantíssimo na defesa e promoção da saída mais eficiente e com menores custos de transação para seu cliente, não patrocinando o litígio como primeira opção.

Se esse trabalho não elenca os meios pelos quais a revisão contratual pode ocorrer, sobretudo porque o conteúdo desta depende do tipo da relação jurídica negocial e das circunstâncias de cada caso, cumpre, por outro lado, tentar expor quais as características de cunho geral que a intervenção deve incorporar, no liame entre os seus pressupostos e o seu escopo.

Ao nosso sentir, a intervenção judicial deve, uma vez considerados presentes os requisitos e dimensionada às repercussões no estado de solvabilidade do devedor (o que implica em se considerar a totalidade do passivo exigível a curto prazo), viabilizar as condições para o adimplemento do contrato, impondo, como reiteradamente dito, entretanto, o menor sacrifício possível ao credor, a mínima invasão no disposto pelas partes.

Em muitos casos, a melhor decisão será, não a manutenção via revisão, mas a resolução do contrato. Não a resolução e retorno ao *status quo ante* por impossibilidade da prestação motivada por caso fortuito ou força maior do art. 393 do Código Civil, matéria excluída dessa análise, mas a resolução com base da onerosidade excessiva prevista no art. 478 do Código Civil.

Em caso de contratos com execução (bilateral) diferida ou de trato sucessivo e sendo certo que uma parte já se sabe incapaz de honrar o sinalagma pela mudança superveniente, a solução mais eficiente poderá ser a resolução, evitando a constituição de obrigações futuras.

O axioma que considera a revisão uma intervenção menos drástica que a resolução e que devemos, sempre, prestigiar a continuidade do contrato, recomenda cautela em sua aplicação, ou melhor, deve ser devidamente contextualizado. Muitas vezes é preferível à parte desfazer o contrato do que permanecer vinculada sob termos definidos contra a sua vontade. Portanto, não raras vezes, a manutenção do contrato importa em sacrifício maior à liberdade e aos interesses da parte do que a própria extinção do vínculo.

Retomando à hipótese de revisão propriamente dita, objeto do presente trabalho, entendemos haver grande margem à cognição judicial para definir os meios viabilizadores do adimplemento da obrigação e evitar a extinção da empresa, observados os limites e requisitos acima colocados.

Acredita-se ser possível afirmar que a medida mais frequente apresentada venha a ser a dilação do prazo de cumprimento da obrigação, com ou sem suspensão dos encargos moratórios.

Os expedientes já previstos no ordenamento com esse escopo, mesmo pensados para condições normais da convivência social e das relações negociais e arquitetados para situações jurídicas com outras especificidades, podem sinalizar o caminho para essa intervenção judicial.

Nessa linha, viável é uma medida com semelhante ou igual conteúdo da moratória legal prevista no art. 916 do Código de Processo Civil.

Art. 916. No prazo para embargos, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, o executado poderá requerer que lhe seja permitido pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

Por esse comando normativo, em sede de execução por título extrajudicial, dentro do prazo para embargos, o executado, reconhecendo o crédito do exequente e realizando o depósito de trinta por cento do valor em execução, acrescido de custas e de honorários de advogado, poderá requerer pagar o restante em até seis parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e de juros de um por cento ao mês.

Depreende-se, assim, que existe previsão legal para uma moratória geral da exigibilidade da obrigação de dar e, cumpre ressaltar, sem condicionar tal “favor” a comprovação de dificuldade do devedor ou mesmo alegação de impossibilidade de cumprimento no prazo previsto.

A moratória prevista no art. 916 do Código Civil não exige qualquer requisito, além da óbvia adequação da proposta do devedor aos termos às condições definidas pela norma.

Na verdade, o único requisito ou pressuposto para a concessão dessa moratória *ex lege* é a existência de prévio processo de execução singular.

Assim, a revisão fundada nas previsões dos artigos 317 e 478 e seguintes do Código Civil pode encontrar veículo, ter o seu conteúdo definido, através de meio igualmente já previsto na previsto pela legislação, o art. 916 do Código de Processo.

Qual sentido faria e qual valor maximizaria o entendimento que venha a afastar a concessão da mesma moratória, só que por via judicial, especialmente diante da situação extraordinária, sob o argumento de inexistência de processo de execução singular. Esse entendimento termina por exigir, assim, que as partes antes incorram em todos os custos e ônus da propositura da execução, para só assim, ser possível o parcelamento.

Para o empresário que não honrou a prestação porque viu os meios necessários evaporarem por força da pandemia e que busca manter uma atividade produtiva, nega-se; para o devedor executado que não paga porque busca obter algum ganho oportunista ou porque optou por gastar seu dinheiro com os prazeres da vida, concede-se a moratória

O único *discrímen* desse *nonsense* seria a existência da execução singular.

Ademais, a *fattispecie* do art. 916 do CPC guarda relação apenas com os sujeitos da relação contratual, notadamente o devedor, fazendo mais sentido ainda sua aplicação como instrumento de tutela de interesses plúrimos, que se manifestam na preservação da empresa e

diminuição do impacto da crise liquidez no mercado, assumindo a função de paradigma para uma revisão judicial.

Observe-se, contudo, que os prazos e condições do parcelamento possam ser alterados, a depender das circunstâncias fáticas e das condições de ambos os contratantes, sempre com a referência de possibilitar meios de adimplemento com o menor sacrifício possível do credor.

4.1 O *STAY PERIOD* DA LEI DE FALÊNCIA E RECUPERAÇÃO DE EMPRESAS

Assim como o art. 916 do CPC pode ser uma referência normativa para uma eventual revisão judicial, mesmo diante da inexistência de processo de execução individual, os arts 6º, § 4º, e 49, §3º, os dois da Lei 11.101/2005 (Lei de Falência e Recuperação de Empresas) são dispositivos que podem dar suporte normativo à suspensão da exigibilidade da obrigação do empresário sem meios de solvê-la a tempo e modo contratados.

Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

[...]

§ 4º Na recuperação judicial, **a suspensão de que trata o caput deste artigo em hipótese nenhuma excederá o prazo improrrogável de 180 (cento e oitenta) dias** contado do deferimento do processamento da recuperação, restabelecendo-se, após o decurso do prazo, o direito dos credores de iniciar ou continuar suas ações e execuções, independentemente de pronunciamento judicial.

Art. 49. Estão sujeitos à recuperação judicial todos os créditos existentes na data do pedido, ainda que não vencidos.

[...]

§ 3º Tratando-se de credor titular da posição de proprietário fiduciário de bens móveis ou imóveis, de arrendador mercantil, de proprietário ou promitente vendedor de imóvel cujos respectivos contratos contenham cláusula de irrevogabilidade ou irretratabilidade, inclusive em incorporações imobiliárias, ou de proprietário em contrato de venda com reserva de domínio, seu crédito não se submeterá aos efeitos da recuperação judicial e prevalecerão os direitos de propriedade sobre a coisa e as condições contratuais, observada a legislação respectiva, **não se permitindo, contudo, durante o prazo de suspensão a que se refere o § 4º do art. 6º desta Lei, a venda ou a retirada do estabelecimento do devedor dos bens de capital essenciais a sua atividade empresarial** (grifo nosso).

Com efeito, a análise empreendida até aqui deixa clara a correlação entre consequências da pandemia sobre a capacidade de pagamento do empresário e a possibilidade de extinção da empresa.

Os dispositivos, que integram o sistema de direito concursal, na parte relativa à recuperação judicial e tendo como norte a preservação da empresa, determinam uma suspensão da exigibilidade das obrigações do empresário, previsão que costuma ser relacionada ao instituto análogo do direito americano, chamado *stay period*.

O primeiro (art. 6º, § 4ª), suspende as execuções contra o devedor pelo prazo de 180 dias, prazo que a jurisprudência já definiu como prorrogável; o segundo (art 49, § 3º), impede a perda de posse de bem de capital essencial à atividade empresarial pelo mesmo prazo, igualmente prorrogável.

Tal prazo de suspensão da exigibilidade visa permitir ao devedor tempo para reestruturar seu passivo e evitar a falência.

Assim, como deve ser afastada a existência de execução individual para eleição do art. 916 do CPC como paradigma da revisão judicial, por lógica e motivação semelhantes, os dispositivos da Lei. 11.101/2005 citados também pode nortear o conteúdo da decisão judicial de revisão independente da propositura do caro e ineficiente processo de recuperação judicial.

Não obstante a utilidade e pertinência de se admitir o *stay period* como referência e permissivo à revisão judicial do contrato, papel mais relevante teria este instituto se, independente de requerimento de recuperação judicial, o empresário devedor tivesse acesso a esse sistema de proteção que alcance o conjunto de suas obrigações. A criação desse mecanismo de pré-insolvência certamente seria um grande mecanismo de incentivo às negociações eficazes e evitaria a multiplicidade das ações relacionadas ao inadimplemento. Haveria a vantagem do inadimplemento ser tratado no plano da totalidade das obrigações do devedor e com a participação de todos os credores, viabilizando uma melhor e mais eficaz equalização de todos os interesses envolvidos.

Do alto de sua vivência diária, um dos juristas que atualmente mais colabora com a evolução do nosso direito concursal, o Juiz da Primeira Vara de Falência e Recuperação Judicial, Daniel Cardio Costa, sintetiza:

Ocorre que, no sistema brasileiro de insolvência, o stay e o financiamento DIP são medidas que os devedores conseguem obter somente a partir do ajuizamento da ação de recuperação judicial.

A solução para o paradoxo parece ser, então, conceder aos devedores essas proteções do sistema de insolvência, mas sem obriga-los a ajuizar um pedido de recuperação judicial. Vale dizer, deve-se criar um sistema em que o devedor possa ficar protegido por uma ordem judicial de stay e ter acesso ao financiamento DIP durante uma negociação prévia, antes mesmo de ajuizar um pedido de recuperação judicial (COSTA, 2020).

Entretanto, diante da inexistência de um sistema de pré-insolvência, o período de fôlego previsto da Lei de Falência e Recuperação pode contribuir em seus objetivos via revisão judicial do contrato, embora com extensão mais restrita, porque incidente apenas sobre a relação jurídica colocada *sub judice* e submetida aos requisitos exigidos para a intervenção prevista na legislação codificada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise em decorrência da paralisação ou diminuição das atividades econômicas diante da pandemia do Coronavírus trouxe e trará consequências graves, e claro está que essas se irradiam em diversas dimensões. A suspensão ou redução das atividades atingiu todos os setores e espalhou-se sobre toda a cadeia econômica, ocasionando perda da capacidade de adimplemento contratual.

Não obstante a importância que tem a força vinculante do contrato e a necessidade de o aparato institucional assegurar o seu cumprimento nos exatos termos em que pactuado como principal instrumento jurídico viabilizador das trocas voluntárias entre os indivíduos, essa instrumentalidade deve, sob pena de não cumprir seu escopo, guardar sintonia com as condições objetivas sobre as quais o contrato foi celebrado.

Com o escopo de identificar soluções jurídicas mais eficientes à manutenção das atividades empresariais, identificou-se nesse trabalho que do arcabouço legal e jurisprudencial surge como instrumento viável a aplicação do instituto de revisão contratual por via judicial, com equiparação aos efeitos observados ante a alteração imprevista e superveniente na equivalência recíproca entre as contraprestações contratuais.

A economia de mercado pressupõe que o contrato tenha o seu cumprimento assegurado pelo aparato institucional, mesmo diante de eventuais perdas significativas por quaisquer das partes, consideradas essas perdas consequências inerentes à álea normal e as vicissitudes no tráfico negocial, sobretudo as decorrentes da natureza especulativa da atividade empresarial.

Mas o próprio Direito Contratual fornece ferramentas para retorno ao equilíbrio contratual, quando fato imprevisto e inevitável tenha alterado as bases objetivas do negócio e criado uma situação de excessiva onerosidade, quer pela perda da equivalência entre as prestações, com extrema vantagem para uma parte, quer pela alteração na capacidade de pagamento do devedor.

A pandemia configura fato imprevisível, passível de alterar significativamente a base objetiva do negócio, a impor a revisão ou resolução do contrato por onerosidade excessiva em função do desequilíbrio entre as contraprestações.

Mas a crise de origem sanitária também pode acarretar alteração nas condições de solvabilidade do devedor empresário, alteração essa que também pode caracterizar mudança radical na base objetiva do negócio, a impor, igualmente, a revisão do contrato com a finalidade de viabilizar a própria execução e preservação da empresa, medida que tem esteio no Direito Contratual e dentro dos estreitos limites e sob os pressupostos colocados.

De outro lado, a intervenção no contrato via lei, dentro dos limites e no contexto acima colocados, quando comparada com a revisão via judicial, tem aspectos positivos, pois a intervenção *ex lege* conflitaria menos com a segurança jurídica sobretudo quando se trata de alteração, via iniciativa estatal, no arranjo econômico entabulado pelos particulares.

Não obstante, conclui-se que exatamente por conta dessa generalização das medidas e da objetivação dos critérios da intervenção, a via legislativa tem maiores dificuldades em calibrar a excepcionalidade e limitá-la, sendo a via judicial a mais adequada, principalmente por ser mais fiel ao caráter excepcional da revisão e, ao menos *a priori* e nos limites do trabalho, possuir mais condições de não incidir ou de reduzir externalidades negativas, propiciando um caminho seguro à manutenção do equilíbrio contratual tendo como centro de imputação a base objetiva do negócio.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Rosado de Aguiar Jr. **Comentários ao novo Código Civil**. v. 6, t. 2. Coord. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. Ministério da Economia. **Nota Técnica da Secretaria de Política Econômica**. Disponível em: https://www.gov.br/economia/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes/notas-informativas/2020/nt_choques_julho-2020versaofinal.pdf/view. Acesso em 20 de jul 2020.

COASE, Ronald. **A firma, o Mercado e o Direito**. Rio de Janeiro: Forense Universtária, 2017.

COSTA, Daniel Carnio. **O paradoxo da recuperação judicial em tempos de pandemia**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/insolvencia-em-foco/331582/o-paradoxo-da-recuperacao-judicial-em-tempos-de-pandemia>. Acesso em 01.08.2020.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

FONSECA, Arnaldo Medeiros. **Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão**. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

GRECO, Leonardo. **Instituições de processo civil**: introdução ao direito processual civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

INSTITUTO BRASIEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Impacto da Covid-19 nas empresas**. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>. Acesso em 17 jul.2020.

MATTIETTO, Leonardo. **Equilíbrio das prestações: a recuperação da base objetiva dos contratos**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-10/direito-pos-graduacao-equilibrio-prestacoes-recuperacao-base-objetiva-contratos>. Acesso em 01 agos. 2020.

OSNA, M. R. I.; WAKSMAN, Muriel; DUCLERC, H. M. **Onerosidade excessiva e revisão contratual em tempos de pandemia**: Revis(it)ando conceitos. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/5/271259BD1E39FE_Onerosidadeexcessivaerev isaoco.pdf. Acesso em 01 jun. 2020.

PINHEIRO, A.C.P.; SADDI, J. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elseiver, 2006.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SEBRAE. **Boletim de impactos e tendências da COVID-19 nos pequenos negócios**. Disponível em: <https://bibliotecas.sebrae.com.br/chronus/>. Acesso em 24 ago. 2020.

SEBRAE. **O Impacto da pandemia de coronavírus nos Pequenos Negócios**. Disponível em: <https://datasebrae.com.br/>. Acesso em 02 ago. 2020.

SEBRAE. **O Impacto da pandemia de coronavírus nos Pequenos Negócios**. Disponível em: https://datasebrae.com.br/wp-content/uploads/2020/08/Impacto-coronavi%CC%81rus-nas-MPE-6%C2%AAedicao_DIRETORIA-v11.pdf. Acesso em 18 ago. 2020.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. (Coord.) **Comentários ao novo Código Civil**. v. 6, t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

TEPEDINO, Gustavo. **Contratos, força maior, excessiva onerosidade e desequilíbrio patrimonial**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/opiniao-efeitos-pandemia-covid-19-relacoes-patrimoniais>. Acesso em 21 abr. 2020.

VENOSA, Silvio; DENSA, Roberta. **Mora em tempos de pandemia**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/FFFCCB3683814B_Moraemtemposdepandemia.pdf. Acesso em 15 abr 2020.