



A APLICAÇÃO DA CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* EM CONTRATOS EMPRESARIAIS COMO MECANISMO PARA COMBATER OS IMPACTOS ECONÔMICOS DA PANDEMIA DA COVID-19

THE APPLICATION OF THE REBUS SIC STANTIBUS CLAUSE IN BUSINESS CONTRACTS AS A MECHANISM TO COMBAT THE ECONOMICS IMPACTS OF THE COVID-19 PANDEMIC.

SANDRO MANSUR GIBRAN

Doutor em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2009). Mestre em Direito Social e Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1996). É advogado. Professor de Direito Empresarial junto ao Centro de Estudos Jurídicos do Paraná CEJPR e na Escola da Magistratura Federal do Paraná ESMAFE/PR. Professor visitante na Universidade da Indústria da Federação das Indústrias do Estado do Paraná UNINDUS. Coordenador do Curso de Pós-Graduação em Direito Empresarial do UNICURITIBA. Professor permanente no Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Curitiba – Paraná – Brasil. sandro@rochaadvogados.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2738-7199>

HENRIQUE SIMÕES FONSECA DO NASCIMENTO

Advogado. Especialista em Contratos Empresariais pelo UNICURITIBA (2021). Mestrando em Direito Empresarial e Cidadania pelo UNICURITIBA. Curitiba – Paraná – Brasil. hen.sfn@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3509-8100>

LUIS ROBERTO AHRENS

Advogado. Professor. Mestre em Direito Empresarial/UNICURITIBA. MBA em Direito da Economia e da Empresa/FGV. Curitiba – Paraná – Brasil. ahrens@ahrens.adv.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0587-7296>

RESUMO

O ano de 2020 está marcado por crises de todas as dimensões, sejam humanitárias, democráticas, de saúde pública ou econômica. A pandemia mundial causada pela COVID-19 já é a maior testemunhada em gerações e, não diferente de outras, vem gerando consequências em várias esferas sociais. Sendo assim, o presente artigo se dedicará a verificar os efeitos econômicos causados pelas medidas de contenção do vírus. Diante do medo de contágio e das orientações dadas pela OMS, uma drástica alteração na economia tem sido percebida em todos os grandes centros ao redor do mundo, medidas como o isolamento físico culminaram numa abrupta queda na atividade comercial, o que desencadeou uma inevitável crise econômica, vez que postos de trabalho foram extintos, muitas empresas fecharam as portas, outras reduziram sua estrutura para continuar atuando, relações comerciais foram desfeitas, etc. Neste contexto, o presente estudo pretende demonstrar que os contratos ocupam posição de





destaque na atividade empresarial e é por meio deste instrumento que a riqueza circula, assim, é prudente prezar pela sua manutenção, mesmo em momentos de crise, posto que ao promover a segurança jurídica o contrato constitui ferramenta forte para combater os efeitos nocivos causados pela pandemia da COVID-19 à economia. Isto posto, o objetivo específico do presente trabalho é a análise dos efeitos econômicos e jurídicos causados pela pandemia da COVID-19 nas relações contratuais e compreender como a manutenção destas relações, pela aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, é importante para a circulação de riquezas, valores, produtos e serviços, sendo assim indispensável para combater os efeitos nocivos à economia, uma vez que zela pela manutenção do vínculo contratual com restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro entre as prestações previamente avençadas. Para o desenvolvimento deste artigo utilizaremos de uma metodologia dedutiva, que se pautará através de estudos bibliográficos.

Palavras-chave: Cláusula *rebus sic stantibus*. COVID-19. Contratos empresariais. Manutenção contratual. Crise econômica.

ABSTRACT:

The year of 2020 is already tagged by crisis of all dimensions, whether humanitarian, democrátic, public health or economic. The global pandemic caused by th COVID-19 already is the largest witnessed in generations and, no different than the others, has caused consequences in several social spectrums. Therefore, the present article shall dedicate to verify the economic effects caused by the containment measures of the virus. In face the fear of contagion and the orientations given by the WHO, a drastic alteration of social culture is already noted in all big centers around the globe, measures as physical isolation culminated in an abrupt decrease of commercial activity, that triggered an inevitable econômico crisis, once tha jobs were extincts, lots of companies closed their doors, other decreased their number of employees to keep acting, commercial relations was undone, etc. In this contexto, the present study intends to demonstrate that the contracts ocupate a prominent position in business activities and it is through this document that the wealth circulates. Therefore, it is prudent to cherish their maintenance, even in times of crisis, once that promotes legal certainty the contract is an important tool to combat the harmful effects caused by the COVID-19 pandemic in economics. That said, the specific objective of this article is to analises the economics and legal effects caused by COVID-19 pandemic in contractual relations and understand how the maintenance of this relations, by the application of the clause *rebus sic stantibus*, it is important for the wealth circulation, values, products and services, so that indispensable to combat the harmful effects to the economics, once that cares about the maintenance of contractual relations with the reestablishment of the economic-financial stability between the terms previously agreed. To the development of this article it shall use a deductive methodology that uses bibliography studies.

keywords: *Rebus Sic Stantibus clause*. COVID-19. Business contract. Contractual maintenance. Econômic crisis





1. INTRODUÇÃO

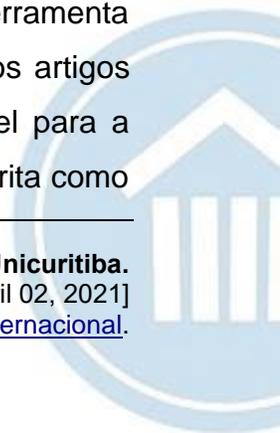
O presente trabalho terá uma abordagem sob a ótica da Análise Econômica do Direito, traçando um paralelo entre a liberdade de contratar/autonomia privada e o dever do Estado em intervir nessas relações para garantir a movimentação econômica segura do livre mercado. Em especial será dedicada atenção aos contratos empresariais, aqueles que visam lucro e, conseqüentemente, a circulação de riquezas. Mesmo que se defenda que a atuação do Estado deva ser apenas no sentido de buscar sanar falhas existentes num sistema de livre mercado e para garantia da equidade, há, num contexto de pandemia global, uma evidente situação de crise que justifica tal intervenção para buscar diminuir as mazelas econômicas já constatadas como inevitáveis, porém passíveis de serem administradas de modo a não alcançar níveis talvez catastróficos.

O avanço dos efeitos da pandemia do COVID-19 que se iniciou em Wuhan na China em novembro de 2019 e alcançou níveis globais já no início de 2020 ainda perduram até a data da realização deste estudo. Este fato revela a necessidade da atuação do Estado na busca da amenização da crise em todas as dimensões que ela alcança. Aqui em especial nos dedicamos à economia.

Mesmo que se defenda um mercado livre com mínima atuação estatal, o contexto atual demonstra evidente situação de exceção no qual se mostra mais do que necessária essa intervenção, obviamente que com cautelas e de maneira quase que cirúrgica para que não se instaure um ambiente de insegurança jurídica passível de causar ainda maior prejuízo ao mercado brasileiro.

A crise econômica que estamos testemunhando, em uma análise mais interna ao problema, tem como um dos agentes causadores o inadimplemento contratual ainda crescente, o que interfere diretamente na especulação de mercado.

Assim, o presente estudo se mostra relevante pois busca uma ferramenta doutrinária, positivada em nosso ordenamento pela **teoria da imprevisão** nos artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, para apresentar uma alternativa viável para a manutenção das relações empresariais. Tal ferramenta, doutrinariamente descrita como





a cláusula ***rebus sic stantibus***, implícita a qualquer contrato de prestação continuada ou diferida, quando aplicada para a busca do restabelecimento da equidade nas prestações pode significar uma nova possibilidade para o adimplemento contratual, de modo a tornar factível o cumprimento da obrigação inadimplida ou em vias de inadimplemento. Uma outra opção que a referida cláusula pode apresentar é a exoneração do devedor de sua obrigação, sem que isso gere mais ônus ao inadimplente, porém esta seria uma alternativa de aplicação subsidiária, visto que para o objetivo de combater, na medida do possível, o que as mazelas econômicas causadas pela Pandemia do COVID-19 o interessante é a manutenção da relação contratual para que seja possível a circulação de riquezas, bens e serviços.

Sendo o Brasil um país regido por uma Constituição baseada no modelo capitalista de governo, evidenciado pelos princípios da livre iniciativa empresarial, da tutela ao direito de propriedade e da livre concorrência, ao se falar em intervenção governamental no mercado deve se munir de cautela, ainda mais com as novas mudanças legislativas que trouxeram maior segurança jurídica inclusive nas relações obrigacionais entre empresários. Assim, este artigo busca explicar como a atual situação global pode e, em alguns casos deve, ensejar uma intervenção estatal cirúrgica nas relações contratuais com o propósito de ajudar o livre mercado recolocar a economia brasileiro no caminho ascendente de evolução. Para tanto será utilizado uma metodologia qualitativa de análise bibliográfica.

2. O CONTRATO NA VIDA EMPRESARIAL

O objeto de qualquer atividade comercial é a circulação de bens ou serviços de forma onerosa (não gratuita). Assim, é coerente concluir que quem exerce uma atividade comercial oferta ao mercado um produto ou um serviço em troca de dinheiro ou, menos comumente, outro serviço. Diante da oferta pode surgir o aceite, o que gera a obrigação do ofertante em honrar o ofertado. Estamos neste caso diante de um contrato, onde as partes manifestam vontades concordantes que geram obrigações recíprocas.





Aliás, o contrato é tão presente em nossas vidas em sociedade quanto o ar que respiramos... todos contratam, a todo instante, mesmo sem perceber: ao comprar um pão, ao navegar na internet, ao solicitar uma comida por aplicativo, ao darmos a descarga, ao tomar banho, entre outras demais atividades corriqueiras do nosso dia a dia. Neste sentido, pronunciou o professor Paulo Lobo (2017, p.16):

Na sociedade atual, a cada passo, o cidadão ingressa em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir e utilizar os bens da vida e os serviços. Até mesmo quando dormimos poderemos estar assumindo obrigações contratuais, como se dá com o fornecimento contínuo de luz ou de água.

Assim, supera-se a falsa noção de contrato como um documento formal, o que facilita o entendimento segundo o qual a atividade empresarial opera 100% por meio de contratos. Deste modo podemos definir contrato como a manifestação de vontade consciente de uma ou mais pessoas civilmente capazes e livres de vícios, que gera, por conseguinte, uma obrigação ativa ou omissiva. A necessidade de uma formalização em um documento denominado “contrato de ...”, só é exigida em situações determinadas por lei, sendo que muitas vezes se faz, não por obrigatoriedade legal, mas sim para conferir uma segurança maior para as partes.

Neste estudo limitamos a análise aos contratos empresariais pertinentes a obrigações sucessivas ou de execução diferida ou continuada. Assim, necessário se faz uma diferenciação de contratos que se resolvem imediatamente daqueles de trato sucessivo. Contratos imediatos são aqueles que se formam e se resolvem na mesma oportunidade, por exemplo quando se compra uma roupa à vista; a loja oferta o produto, o consumidor consente com o preço e expressa sua vontade de comprar, como a oferta é vinculante o produto é vendido pela loja e o consumidor faz o pagamento do valor total e assim obtém a propriedade sobre o produto; diferente do contrato de trato sucessivo que pode ser exemplificado caso a compra fosse feita com pagamentos em parcelas, onde o consumidor assume obrigações futuras, quais sejam, pagar as parcelas nas datas e valores acordados.



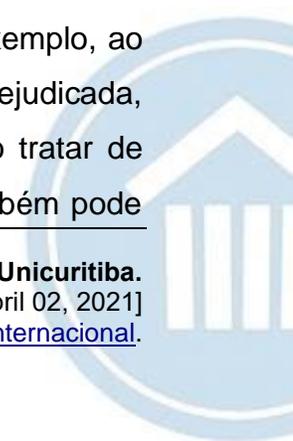


Contratos empresariais são aqueles utilizados “pelos agentes econômicos no exercício de sua atividade profissional, de forma essencial à consecução do objeto da empresa” (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 225), assim, esta relação se faz com o objetivo de possibilitar a atividade empresarial, seja com a execução direta de sua atividade (fornecedor de produto ou serviço) bem como indireta (o tomador do serviço ou produto que o utiliza para possibilitar a consecução do objeto empresarial) que contrata, por exemplo, um serviço de limpeza, de segurança, de reforma para sua estrutura ou de fornecimento de produtos. Em regra, contratos de atos sucessivos são os mais presentes nas relações B2B (empresa x empresa), como nos exemplos citados acima, a obrigação não se cumpre de forma imediata, mesmo no fornecimento de produtos, corriqueiramente a venda é feita de modo parcelado, embora a obrigação do fornecedor tenha se esgotado no momento da entrega, a do comprador pode terminar em tempo futuro.

Assim, fácil verificar que a figura do contrato é de extrema utilidade e, por que não, importância para a vida econômica de uma sociedade, conforme leciona Bruno de Souza Saraiva (2019, p.61) que ao tratar de contratos, inclusive os de doação, afirma ser a “veste jurídica de uma operação econômica”. Fácil concordar com o que diz o Jurista, vez que é por meio do instrumento contratual que se possibilita a circulação de valores em uma sociedade capitalista e economicamente liberal. Quanto a instrumentalidade do contrato na atividade empresarial e econômica, ensina Orlando Gomes (2019, p.5):

O liberalismo econômico, a idéia basilar de que todos são iguais perante a lei e devem ser igualmente tratados, e a concepção de que o mercado de capitais e o mercado de trabalho devem funcionar livremente em condições, todavia, que favorecem a dominação de uma classe sobre a economia considerada em seu conjunto permitiram fazer-se do contrato o instrumento jurídico por excelência da vida econômica.

Embora a ideia de igualdade formal entre os contratantes não seja absoluta, como se vê na relação de consumo e no contrato de aluguel comercial por exemplo, ao tratar de contratos B2B, a pressuposição de igualdade formal não parece ser prejudicada, sendo necessário uma comprovação da desigualdade quando alegada. Ao tratar de atividade empresarial, sem se confundir aqui a relação de consumo que também pode





ser caracterizada em contratos entre empresas em situações específicas, as partes envolvidas objetivam o lucro, mesmo que o produto ou serviço adquirido não seja o objeto da sua atividade econômica. Para a professora Paula A. Forgioni (2009, p.37) “nos contratos empresariais, ambas (ou todas) as partes têm no lucro o escopo da sua atividade”. O objeto lucro é o elemento fundante dos contratos empresariais, quando há um contrato entre empresários, há um contrato empresarial, seja ele pessoa jurídica ou física, Orlando Gomes ainda afirma (2019, p. 81) que estamos diante de um contrato empresarial mesmo “[...] entre um empresário e um não-empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro.”

Já os contratos não-empresariais ou existenciais, são os celebrados entre não-empresários, ou entre um não-empresário e um empresário, porém sem o objetivo de lucro, são aqueles necessários para a manutenção da vida civil. Estes contratos não são os grandes vetores de movimentação de valores se vistos individualmente, uma vez que a atividade empresarial que dá a dinâmica da economia de um Estado capitalista liberal, portanto não será aprofundado neste estudo específico.

Neste item do trabalho, buscamos demonstrar a função central do contrato na vida cotidiana, mesmo que de maneira informal, porém extremamente corriqueira no dia a dia de todo cidadão civilmente capaz. Foi demonstrado que a atividade empresarial é movida por meio de contratos, seja com seus clientes finais ou com outras entidades empresariais (contratos B2B). Embora haja uma relativização na equiparação das partes em algumas relações contratuais, esta não se aplica nos contratos empresariais, visto que não se pode pressupor a vulnerabilidade de uma das partes, como ocorre em alguns contratos existenciais, assim, havendo situação fática de vulnerabilidade, esta deve ser comprovada. Por fim, encontramos o lucro no posto central da caracterização de um contrato empresarial, que também pode envolver uma parte não-empresária.





3. A INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO LIBERAL NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

No ano de 2019 ocorreram mudanças sensíveis na vida empresarial e no empreendedorismo no Brasil, com a mudança da gestão Federal o governo pôs em prática suas propostas de liberdade econômica, com o propósito de efetivar de vez a regra Parágrafo Único do Art. 170 da CF/88. Para incentivar a atividade empresarial foi editada a medida provisória 881/2019, que mais tarde veio a se tornar a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), que conferiu ao empreendedor e ao pequeno empresário maiores facilidades e menor burocracia no desenvolvimento da sua atividade econômica. Nas palavras do professor Fábio Ulhoa Coelho (2019. p.28) “até 30 de abril de 2019, quando foi editada a Medida Provisória, deu-se origem à Lei 13.874/19, o princípio da ‘livre iniciativa’ era um dos que não dispunham de concretude no plano legal”.

A nova Lei trouxe mudanças sensíveis também na relação obrigacional, com a inclusão do artigo 421-A e seus incisos no Código Civil, no sentido de valorizar a autonomia privada das partes em contratar, dispondo os seguintes mandamentos:

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. (BRASIL,2002).

Como se verifica, a nova Lei dá ainda mais liberdade contratual às partes, limitando a intervenção do Estado, via judicial, nas avenças pactuadas entre empresários, deixando a encargo destes também a alocação dos riscos inerentes à atividade empresarial.

De todo modo, uma precaução que o intérprete deve ter é quanto a leitura do dispositivo supracitado em consonância do com o disposto no artigo 393 do Código Civil





de 2002, que trata sobre a superveniência de causalidade fortuita ou de força maior, no qual exige que a assunção deste tipo de risco seja expressa de maneira inequívoca e clara.

Não obstante, salvo a exceção do parágrafo anterior, a nova Lei da Liberdade Econômica vem no sentido de revalorizar a autonomia das partes, dando mais eficácia ao princípio do *pacta sunt servanda* nas relações negociais, obviamente sempre que estiverem evidentes os princípios constitucionais pertinentes, tais como a boa-fé objetiva e solidariedade social.

Neste contexto, asseveram os professores Sandro Gibran, Marcos Alves da Silva e Silvana F. M. Bonsere no seguinte sentido (2019, p.21): “a observação do objeto contratual estipulado pelas partes no exercício de uma operação econômica e segundo os critérios da autonomia privada devem ser consideradas pelo intérprete e julgador no caso concreto”.

Ainda antes da edição da referida Lei, os professores Luis Ahrens e Viviane Sellos-Knoerr, (2013, p.18-19) já preconizavam a necessidade de maior segurança institucional dada aos agentes privados sobre as obrigações empresariais para que estes pudessem ter mais confiança em seu cumprimento sem a intervenção indesejada do Estado, diminuindo os chamados “custos de transação” o que traria benefícios para o mercado de consumo e conseqüentemente ganho para a sociedade brasileira que é organizada num sistema capitalista, em suas palavras:

(...) não será, certamente, com o engessamento da economia ou com a restrição da atuação dos agentes privados que o objetivo final de desenvolvimento econômico e produção de riqueza será alcançado. Ao contrário, o estímulo à realização de negócios que, evidentemente, são instrumentalizados por meio de contratos, somente é possível num ambiente institucional seguro em que a intervenção do Estado na economia sirva como vetor de aceleração dos negócios e não como freio ao desenvolvimento.

A menor intervenção estatal nas relações contratuais, dá ao agente civil, empresarial ou não, uma maior segurança jurídica, o que não era explícito no texto original do Código Civil de 2002, onde se observava um terreno propício para o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil através de cláusulas gerais como o boa-fé, justiça





social e dignidade humana. No contexto em que nos encontramos agora, as partes podem delimitar parâmetros para a interpretação das cláusulas, bem como alocar os riscos do contrato e estabelecer critérios objetivos de revisão. Com a lei conferindo uma maior segurança jurídica para as partes contratantes, surge como consequência uma influência positiva para o crescimento econômico do país (GIBRAN; SILVA; BONSERE, 2020).

De todo modo, mesmo em uma economia de mercado, não se pode imaginar uma “anarquia” dos agentes privados para levarem como bem entenderem os rumos do desenvolvimento econômico do país, até porque não se veria um desenvolvimento, mas sim um domínio de empresas com grande poder monetário sobre as demais e até ao próprio Estado, gerando grande prejuízo para os consumidores. Então, no sentido de impedir estes abusos e no sentido de garantir um mercado concorrencial seguro e apto a atuar é que o Estado deve usar de sua “mão invisível”.

4. A PANDEMIA DA COVID-19 E A ATIVIDADE EMPRESARIAL EM 2020/2021

É fato notório que as medidas de contenção do vírus Sars-Cov-2 causou um efeito nefasto na economia de vários centros ao redor do mundo, sendo que o próprio FMI (Fundo Monetário Internacional) já previu, nos primeiros momentos da pandemia, uma recessão mundial, como consta em matéria divulgada pela Empresa Brasileira de Comunicação (EBC) em 23 de março de 2020: “A pandemia causará uma recessão global em 2020, que poderá ser pior do que a observada durante a crise financeira global de 2008-2009(...)”.

De fato, as previsões do FMI se concretizaram, os efeitos já são percebidos no Brasil e no mundo de maneira bem evidente. Empresas encerraram as atividades aos montes. As medidas de prevenção adotadas por governos limitaram muito as atividades comerciais, empresas ficaram sem receita pelo simples fato de não ter clientes para atender. Com a diminuição drástica da atividade comercial a economia brasileira sofreu e vem sofrendo destes efeitos. Governantes municipais e estaduais se veem tendo que





decidir entre a força da constante diminuição de leitos em hospitais e a espada que degola a economia aos poucos.

Na China, segunda maior economia do mundo, e o epicentro inicial da pandemia, se observou um recorde na diminuição da atividade industrial, o que afetou toda a economia global. Não só na atividade industrial houve queda (13,5% em março de 2020), bem como as vendas no varejo (20,5% em março de 2020) e os investimentos em ativos fixos (24,5% em março de 2020). Como se observa nos dados disponibilizados pelo portal online do G1¹.

O que se pode entender dessas situações fáticas é que, com uma menor circulação de valores e riquezas, empresas, que como visto anteriormente são viabilizadas por meio de contratos, não conseguiram manter suas atividades, deixando uma grande onda de inadimplementos contratuais evidentes, sem poder pagar seus fornecedores e firmar novas avenças para combater esses efeitos econômicos.

Embora a economia chinesa já esteja se restabelecendo (janeiro de 2021), por consequência de uma precoce e “eficiente” atuação no combate ao vírus, que possibilitou o retorno gradativo de suas atividades industriais e demonstrou uma “recuperação impressionante”, utilizando das palavras de Gabriel Crossley, em reportagem divulgada no site da CNN Brasil em 04 de janeiro de 2021. Cenário este que está longe de ser realidade no Brasil.

Pode-se dizer que estamos diante uma crise do inadimplemento, os contratos não estão sendo cumpridos por força das medidas preventivas da COVID-19, por falta de dinheiro no comércio e por falta de uma previsão de retorno à normalidade.

Embora se verifique no Brasil, com a edição de Lei da Liberdade Econômica, um zelo mais acentuado com as relações contratuais, tendo em vista a busca em apresentar ao mercado uma maior segurança jurídica com uma mínima intervenção do Estado nas negociações empresariais, as circunstâncias que nos encontramos demonstram uma real situação de exceção, o que justifica a atuação do Estado, através do Judiciário, no restabelecimento da equidade nas relações contratuais. Na obra de Luis Ahrens e Viviane

¹ Disponíveis em <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/03/22/coronavirus-o-impacto-na-economia-chinesa-e-por-que-isso-e-uma-grande-ameaca-ao-mundo.ghtml>> Acesso em: 19 de jan. 2021





Sellos-Knoerr (2013, p.50) há assertiva análise do entendimento que Fernando Araújo tem sobre o tema:

FERNANDO ARAÚJO sustenta que o Estado usualmente deve interferir na economia em duas situações: (i) para atender às demandas de eficiência corrigindo as falhas de mercado e (ii) para atender a um imperativo de justiça. Daí, portanto, a conclusão de inexistência de conflito ontológico entre os valores da eficiência e da justiça haja vista que ambos podem justificar a válida intervenção do Estado na economia.

Sobre o tema da intervenção do Estado na economia, Gregory N. Mankiw (2012, p. 11) entende que para que o livre mercado seja exercido a ponto de promover maravilhas, há sim de haver uma atuação do governo para deixar o mercado atuar de modo a se sustentar e assim estar apto para se expressar de maneira plena, conforme se extrai do trecho de sua obra:

Se a mão invisível do mercado é grande, por que precisamos do governo? Um dos objetivos do estudo de economia é refinar nossa visão sobre o papel e os objetivos adequados das políticas governamentais.

Um dos motivos por que precisamos do governo é que a mão invisível poderá fazer maravilhas apenas se o governo garantir o cumprimento das regras e manter as instituições principais da economia. Mais importante, as economias de mercado precisam das instituições para garantir o direito de propriedade de modo que os indivíduos tenham condições de possuir e controlar os recursos escassos. Os fazendeiros não cultivarão alimentos se acharem que suas colheitas serão roubadas, os restaurantes só servirão refeições se tiverem a garantia de que os clientes pagarão antes de ir embora, e uma companhia de entretenimento não produzirá DVDs se muitos consumidores em potencial fizerem cópias ilegais. Todos nós confiamos no governo para providenciar polícia e tribunais a fim de fazer valer o direito sobre aquilo que produzimos - e a mão invisível conta com nossa habilidade para garantir esses direitos.

Há, ainda, outra razão que justifica o fato de precisarmos de governo: a mão invisível é poderosa, mas não é onipotente. Há dois motivos genéricos para que um governo intervenha na economia - promover a eficiência e promover a igualdade.

Assim, o que se pretende neste estudo é evidenciar uma possível ferramenta que se expressa pela atuação do Estado através do Judiciário, com o objetivo de restabelecer o equilíbrio entre as prestações, e assim ajudar a amenizar as mazelas econômicas causadas pela pandemia do coronavírus, o que se dá pela busca da manutenção das relações contratuais e, como uma segunda opção, o desfazimento da relação sem que





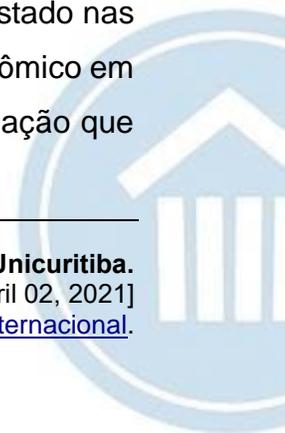
isto gere prejuízos maiores às partes. O que se propõe é a utilização da teoria da imprevisão, extraída da cláusula *rebus sic stantibus*, para manejar as relações contratuais em busca de um restabelecimento da equidade das avenças, ou então uma distribuição equitativa dos prejuízos já verificados. Muito embora a nova Lei da Liberdade Econômica apresente critérios para a intervenção do Estado na relação contratual, há, como se pretende clarificar neste estudo, situações que podem ensejar a intervenção por via judicial em consequência do fato superveniente da pandemia da COVID-19.

A professora Rachel Sztajn (2011, p.90), no que se refere a aplicação da lei de maneira descuidada, por assim dizer, pode representar perdas de custo social, por isso afirma que “ao analisar contratos interempresariais, a aplicação literal das normas positivadas, descasadas da importância da eficiência na produção de utilidades, tende a gerar perdas ou custos sociais”, portanto o contexto da relação e os reflexos dela decorrentes devem ser considerados pelo intérprete no caso concreto.

5. A CLÁUSULA REBUS SIC STANTIBUS EM CONTRATOS EMPRESARIAIS

A cláusula *rebus sic stantibus* tem origem na Idade Média e no Direito Canônico, historicamente foi utilizada pelo *consul sullfectus* Lucius Neratius Priscus, no *Digesto* do *Corpus Iuris* de Justiniano na expressão: *Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*. Que na leitura de Paulo Carneiro Maia (1977, p.137) corresponde a “contratos que têm tratos sucessivos ou são a termo, ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência da coisa”.

Embora sua origem na Idade Média, a referida cláusula entrou em desuso com as revoluções burguesas do século XVIII. As revoluções pautadas nos interesses da burguesia significaram forte abalo para esta doutrina. A escola de Exegese na França e a Escola Histórica na Alemanha, responsáveis pelo descrédito à atuação do Estado nas relações particulares naquela época, surgem num contexto de liberalismo econômico em que os interesses da burguesia estavam em pauta e se refutava qualquer situação que





puдesse oferecer risco à segurança jurídica, prezando por um maior apego à literalidade da lei.

O ressurgimento doutrinário da cláusula *rebus sic stantibus* se deu no início do século XX, em vésperas da Primeira Grande Guerra, em princípio voltada para relações públicas internacionais. Porém, com o conflito bélico de 1914 o jurista alemão Krüggmann resgatou a doutrina da cláusula, visto que uma grande depressão econômica que seguiu a sangrenta disputa causou uma grande onda de inadimplementos, posto que a abrupta mudança das circunstâncias fáticas existentes no momento da celebração gerou um grande desequilíbrio na equivalência das prestações, sendo que esta renovada doutrina poderia salvaguardar a continuidade dos contratos. Percebeu-se que pautar as relações contratuais na literalidade da lei não possibilitava o atendimento dos interesses dos credores e ainda poderia causar a ruína de diversos contratantes.

Diante das situações fáticas da Europa pós-guerra, verificou-se que nas relações obrigacionais o princípio do *pacta sunt servanda*, amplamente defendido em outros tempos, havia de ser relativizado para então tentar salvar a economia europeia já bastante debilitada.

A doutrina brasileira também adota esta relativização do princípio do *pacta sunt servanda*, sendo que mesmo Pontes de Miranda (2000, p.474), referindo-se ainda ao Código de 1916, já vislumbrava sua aplicação sob as normas brasileiras, porém com cautelas:

Algumas vezes o sistema jurídico dá relevo a circunstâncias não-previstas, como a superveniência da insolvabilidade (art. 1.092, alínea 2ª), a resolução ou a denúncia por certos motivos graves (e.g., art. 1.193, 1.226 e 1.229). Daí não se tire que se subentenda nos negócios jurídicos a cláusula *rebus sic stantibus*, que de modo nenhum o sistema jurídico acolhe, em sua generalização desabusada. Quem figura nos negócios jurídicos pesa o presente e o futuro; se a modificação das circunstâncias era imprevisível e não podia acautelar-se o devedor, só a equidade pode sugerir que algo se faça a favor do devedor. De jeito nenhum, supor-se, o que seria ficção impertinente, que se previu não ser levado em conta o imprevisível. Não se trata, portanto, de interpretar o negócio jurídico; trata-se de não se deixar que os fatos supervenientes causem agravação insuportável da dívida.





Pois bem, a situação fática brasileira atual guarda suas semelhanças com a Europa pós-guerra. As circunstâncias pré-pandemia sofreram grandes alterações em relação às atuais. A execução de contratos de prestação continuada ou diferida firmados naquele contexto pré-pandêmico podem significar a ruína de empresas se exigidas agora. Portanto, buscar um remédio jurídico para tais relações precarizadas pela COVID-19 se faz patente. Neste sentido o professor Gilberto Fachetti Silvestre se manifestou (2020, p.4-5):

A solução de todos os desequilíbrios na comutatividade do sinalagma contratual, originados dessa pandemia, perpassa, necessariamente, pela cláusula rebus sic stantibus. Não convence o argumento de que a força maior e o caso fortuito (art. 393 do Código Civil) sejam – técnica ou dogmaticamente falando – as vias adequadas para a correção dos efeitos colaterais da Covid-19 sobre as relações contratuais. A força maior e o caso fortuito são excludentes de responsabilidades civil negocial e, portanto, se aplicam na ocorrência de inadimplemento (ato ilícito negocial). O que se pretende aqui e nesse momento histórico é garantir a sobrevivência do contrato e que justamente não haja o inadimplemento. Outrossim, para que a parte se beneficie dos remédios jurídicos que lhe são favoráveis, ela não pode estar inadimplente. Por exemplo: para se beneficiar dos remédios jurídicos dos arts. 478 e 479 do Código Civil, a parte deve estar em dia com as parcelas da sua prestação.

E continua:

A aplicação da cláusula rebus sic stantibus nas situações de desequilíbrio contratual é um meio para a reductio ad aequitatem. E no caso dos efeitos perniciosos causados pela pandemia do coronavírus, **ela é o melhor remédio jurídico para a garantia da comutatividade do sinalagma negocial.** (grifos nossos)

De muita valia são os ensinamentos do professor Silvestre pois a cláusula visa ao restabelecimento da equidade e justiça na relação contratual, buscando readequar os termos ao que seria a base objetiva do negócio² no contexto atual. De muita valia também

² Aqui se faz alusão à teoria da “base objetiva do negócio jurídico” de Karl Larenz, que consiste nas circunstâncias existentes no momento da contratação que justificam as partes, mesmo que sem consciência ou não expressamente declarado, a realizarem aquele negócio jurídico, sendo que a existência ou manutenção é pressuposto para dar sentido ao contrato. Uma das hipóteses apresentadas por Larenz para esta teoria é justamente a equivalência das prestações.





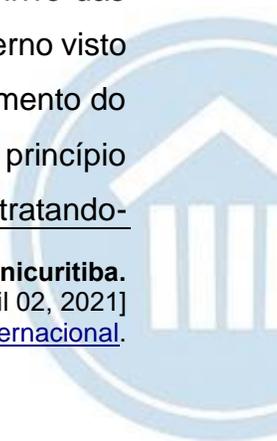
são as palavras de Pontes de Miranda, que alerta que o ordenamento não acata tal remédio com uma “generalização desabusada”.

Não parece que em uma situação da pandemia mundial como motivadora da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, ainda mais se tratando de contratos que são veículos de circulação de riquezas em um país pautado num modelo de governo capitalista, seja uma utilização “generalizada e desabusada” do mecanismo. Para o professor Caio Mário da Silva Pereira (1942, p.797), a aplicação da aludida cláusula se deve também em observância da boa-fé:

Ora, se as modificações forem em tão elevado ponto que escapam à previsibilidade humana, ninguém negará que houve previsão, quanto era possível prever, e além dela, e fora de seu alcance, a alteração se operou. Então, foi além da capacidade humana, e a obrigação não pode prevalecer, porque os homens devem ser previdentes, mas ninguém os quer profetas. Em tal situação, vai-se ler, nas declarações de vontade, não o sentido literal da linguagem, mas a intenção das partes, que era contratar de boa-fé, e cumprir a obrigação também de boa fé.

Entretanto, tratando-se de contratos empresariais, para não correr o risco de uma atuação estatal que signifique enfraquecimento da força dos contratos e assim gere insegurança jurídica com consequências já explanadas anteriormente, a atuação deve ser pautada em cautelas. Além de ser aplicável apenas para contratos com obrigações diferidas no tempo e diante a superveniência de fato extraordinário e imprevisível, também há de se verificar uma evidente alteração nas condições fáticas do momento da execução que, em oposição ao momento da celebração, esta não existia, bem como se verificar uma alteração no equilíbrio contratual que signifique um enriquecimento sem causa da parte credora e uma prestação exagerada do devedor, salvo, nesta última hipótese, se o risco que causou este desequilíbrio for inerente ao negócio jurídico objeto do contrato.

A nova Lei da Liberdade Econômica deu ainda mais força à vontade livre das partes, situação indispensável para um país que busca incentivar o mercado interno visto que dá mais segurança jurídica aos contratantes, com uma garantia do cumprimento do contrato nos termos que as partes acordaram. Portanto, falar em relativização do princípio do *pacta sunt servanda* é algo que pode causar estranheza ao leitor, ainda mais tratando-





se de contratos entre empresas. Porém, deve-se entender que esta legislação foi redigida para regular certas relações civis em “tempos de paz”, o que não é a situação em que o Brasil se encontra neste momento. Sobre o tema, Pontes de Miranda (2000, p.104) assevera:

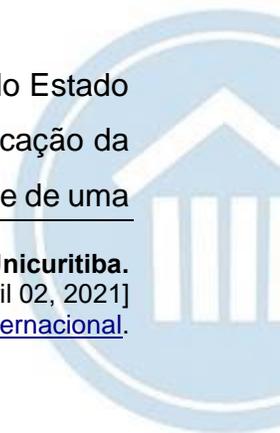
Assoberbamento de circunstâncias novas e imprevistas. Durante e após as guerras, ou outras calamidades, com o assoberbamento das circunstâncias novas e imprevistas, — a profundidade das alterações, econômicas, políticas e morais, mostra que algumas soluções do direito, que foram pensadas para os tempos de paz, se tornaram injustas, no plano da técnica legislativa. A equidade impõe-se;(...)

Tal posição de tão ilustre jurista somente assevera a necessidade de o Estado apresentar uma outra solução justa para o restabelecimento da equidade na relação contratual. Uma vez que o legislador regulou relações para contexto de “paz”, cabe ao Judiciário salvaguardar injustiças no campo contratual em tempos de “guerra”.

Como já aludido anteriormente, não é objetivo deste estudo ir de encontro com os avanços legislativos quanto a matéria e sim louvar as conquistas do livre mercado. Entretanto, a situação pandêmica que nos encontramos é uma evidente exceção da presunção de paridade expressa no caput do artigo 421-A do Código Civil brasileiro, vez que a pandemia da COVID-19 forçou uma mudança de comportamento inimaginável. A atividade empresarial que não pode se valer meios eletrônicos para alcançar seu público e suprir suas despesas, ficou à mercê de políticas públicas para evitar a falência, o que se mostra insuficiente para manter uma economia forte.

A aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, neste contexto, deve ser defendida também em observância à função social do contrato, vez que é de interesse social que o contrato seja cumprido, então o que se busca é a proteção da figura do contrato, não dos contratantes, mesmo que isso implique em proteção a estes. O Professor Luciano Bonetti Timm (2005, p.96) afirma: “Os contratos são instrumentos para a circulação de bens e serviços na sociedade. Esta é a sua função social”.

Dada a importância social do adimplemento contratual, a intervenção do Estado deve se pautar nesta máxima. Assim, evidenciado fatores que justificam a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, as partes podem recorrer ao Judiciário para que este de uma





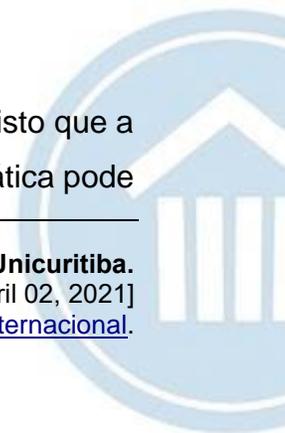
resposta satisfatória ao fim social de proteção contratual, pois em máxima análise o “bem” a ser protegido não é o objeto do contrato no caso concreto, mas sim o próprio contrato.

Não estamos defendendo aqui o mau pagador, até porque o mau pagador não pode se valer da cláusula *rebus sic stantibus*, no sentido que somente se considera fato superveniente passível de ensejar a referida cláusula caso não haja culpa de uma das partes ou se não existisse mora antes do fato, ou seja, mesmo que uma situação pandêmica macule o adimplemento contratual de uma das partes, esta não estará livre de sua obrigação se já estava em mora no momento da ocorrência do fato.

A incidência da referida cláusula deve ser objeto de minuciosa análise em cada caso, para se verificar o grau de culpa das partes no inadimplemento, se realmente decorrente da pandemia do coronavírus ou como consequência da ingerência de uma das partes, bem como definir a data em que o vírus afetou a atividade econômica da parte. Muitas vezes a constatação dos efeitos da pandemia em certa relação contratual não se dá de maneira clara, sendo necessária a instrução processual para a sua constatação, pois pode haver situação em que a boa gerência do empresário fez com que ele conseguisse cumprir suas obrigações contratuais, mas por algum fato pontual, por exemplo um ou mais funcionários que foram infectados com o vírus em certo momento que o obrigou a interromper as atividades por certo tempo, ficou impossibilitado de honrar com alguma parcela da compra de algum produto, ou mesmo não pode fornecer o serviço que havia se comprometido naquele momento. As peculiaridades do caso concreto que dirão qual a melhor solução para a relação contratual em análise, se a repactuação, se a exoneração de certas obrigações ou a extinção da relação contratual. A busca deve ser sempre a manutenção do contrato, que pode se dar pela autocomposição em juízo, privilegiando ainda mais autonomia das partes.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Situações de desequilíbrio contratual não são raras tampouco novas visto que a discussão ultrapassa séculos. A questão central é saber que tipo de situação fática pode





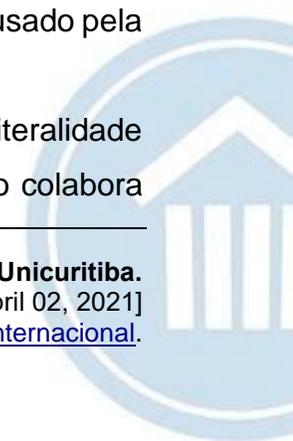
justificar a repactuação da avença para o restabelecimento da equidade. Evidente que a melhor solução seria um acordo prévio entre as partes sobre o modo de resolver esta questão conforme artigo 421-A do Código Civil. Porém é impensável exigir das partes que prevejam toda e qualquer situação possível. Assim, diante de um cenário de pandemia mundial, muito provavelmente não previsto até mesmo pela parte mais diligente, é dever do Estado, quando acionado através do Judiciário, apresentar uma solução satisfatória à justiça social nas relações contratuais.

Diante da importância econômica da relação interempresarial os contratos que as regem devem ter um zelo ainda maior vez que são os motores de uma economia capitalista e tem como função social o seu próprio adimplemento. Portanto, buscar soluções para proteger o contrato é dever do Estado, seja com uma produção legislativa a fim de fortalecer o instituto, ou pela atuação pontual do Judiciário quando as soluções legislativas não se mostrarem adequadas ao ideal de justiça.

A ideia da cláusula *rebus sic stantibus*, embora já observada em ordenamentos mais antigos, foi doutrinariamente criada no medievo e sua aplicabilidade ainda se mostra importante atualmente. Com o forte impacto da pandemia do coronavírus nas interações sociais e conseqüentemente na economia, encontra-se na referida cláusula uma possível ferramenta para combater os efeitos deste impacto nas relações contratuais entre empresas. A situação é de “guerra”, portanto as regras feitas para tempos de “paz” não se mostram satisfatórias.

Ao tratar de direito das obrigações e defender uma relativização do princípio da força normativa de contrato - *pacta sunt servanda* - pode soar estranho, o que de fato é, entretanto, este princípio deve ser utilizado, na sua máxima eficácia possível, para garantir um ideal de justiça, porém, quando sua aplicação demonstra uma evidente situação de falta de equidade, pode ter sua eficácia relativizada em prol do mesmo ideal de justiça. É justamente neste ponto que se defende aqui a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, para atender uma relação de evidente desequilíbrio contratual causado pela pandemia da COVID-19.

Sob uma ótica da Análise Econômica do Direito, encontramos que a literalidade da lei que versa sobre obrigações, nesta situação de pandemia mundial, não colabora





com o desenvolvimento econômico do Estado. A nova Lei da Liberdade Econômica editada em 2019 veio para efetivar os preceitos constitucionais da livre iniciativa e dar maior força à autonomia privada, reduzindo a atuação estatal no desenvolvimento econômico do Brasil. Ocorre que as medidas de contenção do coronavírus e o medo que assola a população fizeram com que a economia brasileira entrasse em crise, diminuindo drasticamente a atividade empresarial e o desenvolvimento econômico que apresentava uma projeção de crescimento. Como se demonstrou, o contrato é o instrumento central da atividade empresarial, é através dele que há circulação de riquezas, bens e serviços, ou seja, é através dele que a economia se desenvolve. Assim, para tentar salvar a economia, deve-se proteger o contrato.

Como ressaltado, este estudo não busca dar guarida ao mau pagador e o empresário relapso, vez que a cláusula *rebus sic stantibus* só alcança situações de inadimplemento quando decorrentes de determinado fato alheio à vontade das partes que guardem nexos de causalidade com o inadimplemento, se o inadimplemento já era presente na ocorrência do fato, ou se do fato não decorrer logicamente a causa do inadimplemento, não pode o devedor se valer desta ferramenta para se eximir de suas obrigações ou exigir a repactuação. Afinal, a intenção da cláusula é proteger o contrato, não as partes.

Estamos aqui diante de uma ferramenta apresentada para combater uma injustiça, uma situação de evidente desequilíbrio contratual na qual a Lei em si não consegue apresentar uma solução justa, cabendo ao Judiciário atuar na busca do restabelecimento da equidade na relação contratual. Portanto, deve o operador do Direito buscar uma solução justa não só para as partes, mas também para a sociedade em um todo, vez que o ideal de justiça não é uma garantia apenas para as partes envolvidas, mas sim para toda a coletividade. Neste ponto, trazemos as assertivas palavras do professor uruguaio Eduardo Juan Couture, que ao aconselhar a atuação dos juristas assim disse: **“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça.”**





REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 10.406, 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, DF. 10 de janeiro de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. Uma Lei Oportuna e Necessária. In: GOERGEN, Jerônimo (Org.). **Liberdade econômica. O Brasil livre para crescer**. Coletânea de artigos jurídicos, 2019.

CROSSLEY, Gabriel. **Atividade industrial da China tem crescimento moderado em dezembro**. CNN Brasil. 2021. Disponível em <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/01/04/atividade-industrial-da-china-tem-crescimento-moderado-em-dezembro>>. Acesso em 21 de jan. 2021.

FORGIONI, Paula Andrea. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GIBRAN, Sandro Mansur; SILVA, Marcos Alves da; BONSERE, Silvana Fátima Mezaroba. **Mais liberdade contratual, menos revisão: A função econômica dos contratos e as provocações ao Direito Civil contemporâneo**. Revista Jurídica, [S.l.], v. 4, n. 57, p. 584 - 613, jun. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4126/371372464>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2019. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986735/>. Acesso em: 05 Jan 2021.

KNOERR, Viviane Coelho de Sellos; AHRENS, Luis Roberto. **Segurança Institucional e Desenvolvimento**. Curitiba: Clássica: 2013.

LAWDER, David. SHALAL, Andrea. Pandemia causará recessão global em 2020, diz FMI. **Agência Brasil. Empresa Brasil de Comunicação**. 23 de março de 2020. Disponível em <[https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/pandemia-causara-recessao-global-em-2020-diz-fmi#:~:text=A%20pandemia%20do%20coronav%C3%ADrus%20causar%C3%A1,FMI\)%20nesta%20segunda%2Dfeira.](https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2020-03/pandemia-causara-recessao-global-em-2020-diz-fmi#:~:text=A%20pandemia%20do%20coronav%C3%ADrus%20causar%C3%A1,FMI)%20nesta%20segunda%2Dfeira.)>. Acesso em 15 de jan. 2021.

LOBO, Paulo. **Direito civil – Contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva: 2017. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215491/>. Acesso em 27 set. 2020.





MAIA, Paulo Cordeiro. Cláusula *Rebus Sic Stantibus*. **Enciclopédia Saraiva de Direito**, v. 15. São Paulo: Saraiva, 1997.

MANKIW, N.Gregory. **Introdução à economia**. Tradução da 6ª ed. norte-americana. São Paulo: Cengage Learnin. 2013.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 2. vol.1. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Tomo 3. vol.1. Campinas: Bookseller, 2000.

PEREIRA. Caio Mário da Silva. **Cláusula *rebus sic stantibus***. Rio de Janeiro: Revista Forense, v.92, dez. 1942. p.797-800.

RIBEIRO. Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu Júnior. **Teoria Geral dos Contratos, Contratos Empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SARAIVA, Bruno De Sousa. **Direito dos contratos, mercado e custos de transação**. Themis: Revista da Esmeac, Fortaleza, v. 17, n. 1, p. 61-86, jan./jun. 2019. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/viewFile/686/572>>. Acesso em: 05 jan. 2020.

SILVESTRE, Gilberto Fachetti. **Novos problemas, antigas soluções: o amplo significado da cláusula *rebus sic stantibus* e a renegociação, a suspensão e a conservação dos contratos *cíveis e mercantis***. *civilistica.com*, v. 9, n. 2, p. 1-26, 11 maio 2020. Disponível em <<https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/496>>. Acesso em 20 de jan. 2021.

SZTAJN. Rachel. Direito e Economia dos Contratos. Os conceitos fundamentais. In Verçosa, Haroldo Malheiros Duclerc. **Curso de Direito Comercial**. vol. IV. São Paulo: Malheiros, 2011.

TIMM, Luciano Benetti. Ainda sobre a função social do direito contratual no Código Civil brasileiro: justiça distributiva versus eficiência econômica. In TIMM, Luciano Benetti (organizador). **Direito e economia**. São Paulo: Thomson/IOB, 2005.

