

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

Gilberto Fachetti SILVESTRE*

RESUMO: Trata-se de artigo de opinião, produzido de uma investigação que se desenvolveu a partir de metodologia de revisão bibliográfica e que analisou a aplicação das *regulis juris* antigas aos contratos de hoje a partir dos valores fundamentais da teoria contratual contemporânea. Os remédios jurídicos para a *reductio ad æquitatem* da comutatividade desequilibrada pelos efeitos da *Covid-19* podem encontrar dificuldades de serem aplicados nos casos concretos, em razão das regras rígidas do regime jurídico obrigacional. Por isso, a pesquisa se propôs a apresentar outros argumentos para facilitar a interferência sobre os contratos. A solução não pode ser somente a revisão e a resolução; e a causa não pode ser os fatores extraordinários e imprevisíveis. Assim, foi feita uma interpretação sistemática para adaptar as *regulis juris* aos remédios jurídicos atuais, oferecendo elementos a mais para a promoção da *reductio ad æquitatem* para além daqueles que são os mais conhecidos. A partir de raciocínio dedutivo, foi possível ampliar os contornos do significado e da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, para nela incluir a possibilidade de renegociação e suspensão dos contratos, além da revisão e da resolução que sempre lhe deram conteúdo.

PALAVRAS-CHAVE: SARS-CoV-2; contratos cíveis e empresariais; renegociação; suspensão; revisão judicial.

SUMÁRIO: 1. Introdução; – 2. Cláusula *rebus sic stantibus*: novas dimensões e novos contornos; – 3. O *favor debitoris*; – 4. O *favor suspensionis*; – 5. O dever de renegociar; – 6. O *favor negotii*; – 7. Conclusão; – 8. Referências bibliográficas.

TITLE: *New Problems, Old Solutions: the Broad Meaning of the Rebus Sic Stantibus Clause and the Renegotiation, the Suspension and the Maintenance of Civil and Commercial Contracts*

ABSTRACT: *It is an opinion article, produced from an investigation that was developed based on a bibliographic review methodology and that analyzed the application of ancient regulis juris to today's contracts based on the fundamental values of contemporary contract theory. The legal remedies for the reductio ad æquitatem of unbalanced commutativity due to the effects of Covid-19 may encounter difficulties to be applied in specific cases, due to the strict rules of the obligatory legal regime. Therefore, the research proposed to present other arguments to facilitate the interference on the contracts. The solution cannot be just review and resolution; and the cause cannot be the extraordinary and unpredictable factors. Thus, a systematic interpretation was made to adapt the regulis juris to the current legal remedies, offering additional elements for the promotion of reductio ad æquitatem beyond those that are the best known. From deductive reasoning, it was possible to expand the contours of the meaning and application of the rebus sic stantibus clause, to include the possibility of renegotiating and suspending contracts, in addition to the review and resolution that have always given it content.*

KEYWORDS: SARS-CoV-2; civil and commercial contracts; renegotiation; suspension; judicial review.

* Professor da Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Doutor em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES); Advogado. E-mail: gilberto.silvestre@ufes.br.

CONTENTS: 1. Introduction; – 2. Rebus sic stantibus clause: new dimensions and new contours; – 3. The favor debitoris; – 4. The favor suspensionis; – 5. The duty to renegotiate; – 6. The favor negotii; – 7. Conclusion; – 8. Bibliographic references.

1. Introdução

Em tempos de pandemia causada por um vírus mutante, de proibição de atividades não essenciais (mas que geram empregos e renda) e de iminente recessão econômica em grande escala na maior parte dos setores produtivos, surgem dúvidas, discussões e propostas de soluções no âmbito das relações econômico-negociais, especialmente os contratos cíveis e empresariais.

Economistas e publicações especializadas traçam um cenário de forte recessão econômica para o ano de 2020 e os seguintes. Em relatório, a empresa de consultoria de negócios KPMG avalia como singular o efeito da *Covid-19*: é um choque na oferta, na demanda e no mercado.

No Brasil, o Ministério da Economia reduziu a zero a projeção de crescimento do PIB, que antes era de 2,1%. Já a Fundação Getúlio Vargas avalia que o PIB pode decrescer 4,4% em 2020. E para o Banco Itaú, se a economia brasileira for paralisada como ocorreu na China durante as quarentenas impostas, o PIB pode cair 0,7% em 2020.

Thomas Friedman, em artigo no *The New York Times* de 22 de março de 2020, adverte que a pior doença não é a *Covid-19*, mas a paralisação da economia e o consequente e crescente desemprego.

Esses dados macro e microeconômicos permitem induzir os prejuízos que os particulares podem vir a sofrer, como, por exemplo, desemprego, perda de renda, desabastecimento, perda de financiamento público e desestímulo ao empreendedorismo.

A pandemia foi algo inesperado no mundo, visto que o governo chinês omitiu por meses os estágios de contaminação, reprimiu a divulgação pela imprensa e demorou a agir contra o alastramento do vírus. A própria epidemia, na China, foi algo imprevisto por causa da mutação do coronavírus da síndrome respiratória aguda grave 2 (*SARS-CoV-2*), que sempre existiu e infectou as pessoas, porém de maneira mais leve; o problema foi a mutação do vírus que provocou um agravamento dos seus efeitos colaterais. (Tanto assim que foi descoberto em 2019 e recebeu nome provisório na ocasião: “*2019 novel coronavirus*”).

Isso fugiu das previsões econômicas do passado e os mercados não estavam preparados para enfrentar a pandemia inesperada de um vírus mutante. Nesse sentido, a pandemia de *Covid-19* se tornou um fato extraordinário e imprevisto. A propósito, não somente o fato *per se* foi extraordinário e imprevisível, mas também seus efeitos.

Mas os problemas não são só econômicos. Deve-se pensar, também, nos efeitos colaterais psicossomáticos causados pela *Covid-19*. Trata-se de doença que pode provocar pneumonia grave, insuficiência respiratória grave, falência de órgãos e morte. É possível, inclusive, internação por dias em UTI, inabilitando o doente para o trabalho no período. Assim, no Brasil quanto na Itália já se fala em medidas jurídicas para preservar contratos, e até mesmo a aplicação dos arts. 317 e 478 do Código Civil.

Essa pesquisa propõe desenvolver algumas reflexões e soluções jurídicas no âmbito das relações econômico-negociais, especialmente os contratos cíveis e empresariais afetados pelos impactos da pandemia de *SARS-CoV-2*.

Aqui se apresentam propostas hermenêuticas de soluções equitativas para as dificuldades de pagamento decorrentes do contexto atual a partir de preceitos tradicionais e clássicos do Direito Privado, de origens romanas e que constituem verdadeiras *regulis juris* (ou “princípios”). O objetivo é oferecer um reforço hermenêutico para a melhor operabilidade dos remédios já previstos no Código Civil, e uma *reductio ad æquitatem* fundada na consuetudinarietà sobre a qual repousa a civilística. Dessa maneira, aqui se opina no sentido de que a redução à comutatividade do sinalagma afetado (ou *reductio ad æquitatem*) perpassa por outros mecanismos jurídicos e que constituem *regulis juris* seculares sobre as quais se embasa a civilística desde sempre e também nos tempos atuais.

A pesquisa produziu esse artigo de opinião a partir de uma metodologia de revisão bibliográfica, que analisou a aplicação das *regulis juris* antigas aos contratos de hoje a partir dos valores fundamentais da teoria contratual contemporânea. Foi feita uma interpretação sistemática para adaptar as *regulis juris* aos remédios jurídicos atuais.

Daí que, a partir de raciocínio dedutivo, foi possível ampliar os contornos do significado e da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, para nela incluir a possibilidade de renegociação e suspensão dos contratos, além da revisão e da resolução que sempre lhe deram conteúdo.

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 e 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 responsabilidade civil negocial e, portanto, se aplicam na ocorrência do inadimplemento (ato ilícito negocial). O que se pretende aqui e nesse momento histórico é garantir a sobrevivência do contrato e que justamente não haja 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.

Obviamente, o ordenamento jurídico atual possui um amplo conjunto de normas jurídicas capazes de solucionar (ou deixar as coisas no estado em que se encontram) os desequilíbrios contratuais. Mas ao abordar as máximas antigas, essa pesquisa oferece um reforço hermenêutico para a melhor operabilidade das normas do Código Civil e uma *reductio ad aequitatem* fundada na nos valores da teoria contratual contemporânea.

2. Cláusula *rebus sic stantibus*: novas dimensões e novos contornos

Pois bem. 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 de coronavírus, ela será o melhor remédio jurídico para a garantia da comutatividade do sinalagma negocial.

A teoria contratual contemporânea — a partir de uma base axiológica fundada, principalmente, na solidariedade social e inter-relacional — concebe que todo contrato possui um conjunto de cláusulas legalmente cogentes que se voltam à comutatividade do sinalagma e à equidade entre os contratantes. Essas cláusulas são “não escritas” porque incidem no contrato independentemente de convenção entre as partes, à exceção das hipóteses de negócios aleatórios. São exemplos a boa-fé, a incolumidade de terceiros e a resolutória. Outra delas é uma cláusula vista desde sempre com caráter revisionista e resolutivo, qual seja, a *rebus sic stantibus*, uma redução da fórmula do *consul suffectus* Lucius Neratius Priscus: “*Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam*

*de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*¹ (“Os contratos de execução sucessiva se subordinam à subsistência do estado das coisas a todo tempo”).

Ao longo da história do pensamento jurídico civilista surgiram teorias que sustentaram a resolução ou a revisão dos contratos de longa duração, não aleatórios, por alteração do “estado das coisas” que existia à época da sua conclusão. Não necessariamente fazem alusão expressa à cláusula *rebus sic stantibus*, porém as consequências são no mesmo sentido. Destacaram-se as seguintes teses:^{2,3}

- teoria da pressuposição, de Bernhard Windscheid;
- teoria da situação extracontratual, de A. Brunzin;
- teoria da vontade marginal, de Giuseppe Osti;
- teoria do dever de esforço, de Robert Hartmann;
- teoria do equilíbrio das prestações, de Raffaele de Giorgi e Otto Lenel;
- teoria do erro, de Achille Giovene;
- teoria do estado de necessidade, de Lehmann e Coviello;
- teoria do fundamento na moral, de Georges Ripert e Pierre Joseph Voirin;
- teoria do fundamento na boa-fé, de Wendt, Naket e Klenhe;
- teoria da reserva virtual, de Paul Krückmann;
- teoria da vontade eficaz, de Erich Kaufmann;
- teoria do fundamento na extensibilidade do fortuito;
- teoria do fundamento na socialização do direito, de Ramon Badenes Gasset;
- teoria do fundamento na equidade e na justiça, de Arnaldo Medeiros da Fonseca Junior;
- teoria da onerosidade excessiva, de origem italiana;
- teoria da imprevisão, de origem publicista francesa;
- teoria da base objetiva (*Geschäftsgrundlage*), de Paul Ernst Wilhelm Oertmann e Karl Larenz; e

¹ FERRI, Giovanni Batista. Dalla clausola *rebus sic stantibus* alla risoluzione per eccessiva onerosità. In: *Quadrimestre*, 1988; GALLETTO, Tommaso. voce Clausola *rebus sic stantibus*. In: *Digesto (Sez. Civ.)*, Torino, 1988; OSTI, Giuseppe. La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico. In: *Rivista di Diritto Civile*, vol. 4, n. 3, Padova, jan. 1914; e PESCE, Edoardo. Dinamiche processuali dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. In: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, anno XXXIV, n. 5, Padova, p. 631-639, 2018.

² OLIVEIRA, Anísio José de. *A cláusula 'rebus sic stantibus' através dos tempos*. Belo Horizonte: s/n, 1968; NOVAES, Gretchen Lückeroth. *A teoria da base do negócio jurídico na revisão dos contratos de consumo*. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2010, p. 15; SILVESTRE, Gilberto Fachetti; OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. A verdadeira revisão do contrato. In: LISBOA, Roberto Senise; REZENDE, Elcio Nacur; COSTA, Ilton Garcia da. (Orgs.). *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: CONPEDI, 2014, p. 54.

³ FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 20 e ss.

- teoria da frustração do fim do contrato (*frustration of purpose*), de origem inglesa.

Direta ou indiretamente, essas teses convergem para a valorização da equidade e da vontade contratual, e a realização da eticidade e da sociabilidade do contrato por meio da aplicação de uma cláusula “não escrita” com caráter de *rebus sic stantibus*.

Paolo Gallo aponta que historicamente a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* verificava três requisitos: 1) a mudança do equilíbrio contratual não poderia resultar da mora e da culpa *aut facto debitoris*; 2) a causa do desequilíbrio era difícil de prever; e 3) se o devedor tivesse conhecimento da alteração do desequilíbrio futuro no momento da celebração do acordo, ou não teria consentido em se obrigar.⁴ Seguindo essa linha histórica, o Código Civil brasileiro previu a cláusula *rebus sic stantibus* para os casos em que fatores extraordinários e imprevisíveis que fazem com que as prestações de contratos não aleatórios de longa duração se tornem excessivamente onerosas para uma das partes (arts. 317, 478 e 479).

A *ratio juris* do regime jurídico brasileiro da cláusula *rebus sic stantibus* é a proteção do pacto que, por circunstâncias alheias à vontade das partes, sofreu severas alterações de sua situação inicial.⁵ Isso implica, por consequência, no assolamento econômico de um dos contratantes (ou de ambos).⁶

Com o tempo, convencionou-se que essa cláusula teria aplicação nas hipóteses de onerosidade excessiva decorrente de fatores extraordinários e imprevisíveis, o que é verdade, mas não é tudo. No caso do Brasil, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* ficou relacionada às hipóteses dos arts. 317, 478 e 479 e à discussão em torno das teorias da imprevisão, da onerosidade excessiva e da base do negócio jurídico, os quais dão suporte à revisão judicial (*ultima ratio regum*) e à resolução contratual (*extrema ratio*) como formas prioritárias de *reductio ad æquitatem* e com vistas à recuperação da comutatividade (equilíbrio) do sinalagma.

Ocorre que, em realidade, na perspectiva da base axiológica contemporânea do direito contratual, a cláusula *rebus sic stantibus* deve ser vista como uma norma contratual não

⁴ GALLO, Paolo. Revisione e rinegoziazione del contratto. In: *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Sezione Civile. Aggiornamento. Milano: Utet, 2011, p. 805.

⁵ GALLO, Paolo. Revisione del contratto ed equilibrio sinallagmatico. In: *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Sezione Civile. Aggiornamento. XII. Milano: Utet, 2019, p. 365-381.

⁶ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; OLIVEIRA, Guilherme F. de. A verdadeira revisão do contrato, ob. cit., 2014, p. 51.

escrita com contornos mais amplos e gerais: ela é a aplicação de medidas visando ao equilíbrio contratual, o que não necessariamente passa pela revisão ou resolução judiciais do contrato. Ou seja, a *rebus sic stantibus* não deve ser vista como sinônimo de teoria resolutória ou revisional do contrato supervenientemente oneroso; ela é a consequência comum defendida pelas teorias que sustentam a possibilidade de mitigar o *pacta sunt servanda* em um contrato que se tornou desproporcional e despropositado para uma das partes (ou ambas), em que há dificuldades de pagamento.

Muito embora a cláusula *rebus sic stantibus* histórica e tradicionalmente tenha sido invocada para revisar ou resolver o contrato diante de circunstâncias extraordinárias que causavam onerosidade da prestação (ou das parcelas da prestação), essa não é sua *ratio juris*; a revisão e a resolução são consequências possíveis da sua finalidade. Teleologicamente falando, a cláusula foi concebida para reequilibrar ou garantir o equilíbrio da comutatividade da relação contratual em perspectiva substancial (e não meramente formal). Por isso, seja qual for a medida aplicada, o que a cláusula quer é assegurar o equilíbrio prestacional e a capacidade de pagamento.

Tradicionalmente, o reequilíbrio seria promovido judicialmente: em *ultima ratio regum* pela revisão das condições contratuais (arbitrariamente); e em *extrema ratio* com a desconstituição do vínculo contratual (arbitrariamente), resolvendo o contrato.

Entendo, porém, que a cláusula *rebus sic stantibus* é muito mais que uma permissão ao juiz para revisar ou resolver um contrato por arbitramento. Verdadeiramente, ela é uma cláusula relacionada com a função socioeconômica do contrato e a boa-fé objetiva e congrega uma série de remédios prioritariamente conservativos do vínculo contratual e, em último caso, o remédio resolutório do negócio jurídico. Seu objetivo é proteger o contrato, e não as pessoas das partes. Ainda que para proteger o contrato seja necessário proteger as partes. Sua operabilidade se destina a evitar o inadimplemento e o rompimento (voluntário ou involuntário) do negócio.

3. O favor debitoris

A *regulæ juris* do *favor debitoris* não é muito conhecida, embora seja antiga. Contemporaneamente é designada, também, de *favor debilis* ou *favor deboli*.

O *favor debitoris* tem origens romanas — especialmente na *Lex Poetelia Papiria* e nas consultas de Paulus e Ulpianus — e atualmente é reavivado para promover a equidade

contratual.⁷ Em suas origens, destinava-se a corrigir a *voracitas creditorum*, isto é, as medidas abusivas e maliciosas promovidas pelo credor.⁸

Embora originalmente concebido para a proteção da parte devedora, a abrangência do princípio desde o medievo tem sido sobre qualquer das partes que se encontre em situação de vulnerabilidade.⁹ (Por esse motivo, deixou de ser *debitoris* para ser *debilis* ou *deboli*).

A *causa favorabilis* do *favor debitoris* é a proteção da parte débil de uma obrigação.¹⁰ Entenda-se por contratante débil aquele que se encontra em uma posição de fragilidade, vulnerabilidade, cuja suportabilidade ultrapassa os padrões do *bonus pater familiae* (“homem médio”). A vulnerabilidade (*causa favorabilis*) decorre da *vis fatale cui resisti non potest* (força à qual não se pode resistir), que independente da vontade do sujeito e que é imprevisível.

Por meio de processo de indução e generalização que partiu de regras explícitas do ordenamento jurídico, José Carlos Moreira Alves¹¹ entendeu que, contemporaneamente, o *favor debitoris* é um princípio geral do Direito das legislações de tradição romano-germânicas. Para ele, o *favor debitoris* é utilizado para fugir da lógica consubstancial da técnica jurídica rigorosa dos princípios básicos que regem o crédito. O objetivo, então, é “proteger o devedor de abusos ou de iniquidades, ou, ainda, de situações que, pelo apego injustificado a rígidos princípios racionais, lhe dificultem liberar-se do débito”. Outrossim, entende que esse princípio colabora para a aplicação de outro, o da preservação do equilíbrio econômico entre prestação e contraprestação (sinalagmaticidade): o *favor debitoris* permite o reajuste do equilíbrio ainda que não se trate de desequilíbrio anormal, abusivo ou iníquo.

⁷ GIUFFRÈ, Vincenzo. Il “favor debitoris”: araba fenice. In: *VI Congreso Latino-Americano de Derecho Romano*, Mérida, Venezuela, 5-8 agosto 1987; RESCIGNO, Pietro. Favor debitoris, ambiguità di una formula antica. In: SCHIPANI, Sandro. *Debito internazionale. Principi generali del diritto*. Padova, 1995.

⁸ MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor e o *favor debitoris*: do direito romano ao direito latino-americano. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série, n. 3, Brasília, p. 109-165, jan./jul. 1997; MOREIRA ALVES, José Carlos. O *favor debitoris* como princípio geral de direito. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 26, Rio de Janeiro, p. 03-23, jan./jun. 2004; SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018, p. 94; MOTA, Maurício. A proteção decorrente do *favor debitoris* como princípio geral do direito das obrigações no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Quaestio Iuris*, v. 3, Rio de Janeiro, p. 49-108, 2006; e SOTO, Erika Isler. Del *favor debilis* al *favor consumatore*: consideraciones históricas. In: *Derecho PUCP*, n. 82, Lima, junio-noviembre, p. 35-59, 2019, p. 38.

⁹ SCHULZ, Fritz. *Principios del Derecho Romano*. Madrid: Civitas, 1990, p. 201 e ss.; e VELASCO, Ignacio Maria Poveda. *A execução do devedor no Direito Romano*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

¹⁰ CABANA, Roberto M. López. Defensa jurídica de los más débiles. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 28, São Paulo, p. 7-21, out./dez., 1998.

¹¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. O *favor debitoris* como princípio geral de direito, 2004, p. 3-5.

Nesse sentido, Arnaldo Medeiros da Fonseca concluiu que a proteção dos mais fracos é o objetivo da revisão contratual em caso de onerosidade excessiva.¹² E Moreira Alves reputa a inserção dos arts. 317 e 478 a 480 no Código Civil a uma inspiração do legislador no *favor debitoris*.¹³

O *favor debitoris* aparece como um critério hermenêutico para que se analise o contrato visando a que este alcance sua finalidade prática objetiva (função socioeconômica) e subjetiva (satisfação de legítimos interesses das partes) de maneira equitativa.

Nesse contexto da *Covid-19* no Brasil, essa *regulæ juris* de mitigação da debilidade de uma das partes (ou de ambas) pode contribuir substancialmente para a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*. A título de exemplo, imagine alguém que, infectado pelo coronavírus e recluso por determinação das autoridades públicas, deixa de trabalhar e, por isso, passa a ter dificuldades pessoais para honrar contratos de alienação fiduciária, *leasing* ou *franchising* nos quais é devedor. Não houve onerosidade excessiva das prestações por aumento do seu valor nominal; a prestação se tornou onerosa por causa das condições pessoais que debilitam o devedor: trata-se de uma dificuldade de pagamento. A revisão contratual — e, talvez, até a sua resolução — será uma forma de proteger as vulnerabilidades econômicas, sociais e pessoais dessa parte prejudicada por circunstâncias que não consegue romper e que independem da sua vontade. Logo, seria favorecida por uma interpretação ou uma integração das cláusulas contratuais de modo a que ela e o credor alcancem os legítimos fins práticos por meio de uma cooperação sinalagmática, porém com sacrifícios recíprocos impostos pela solidariedade social.

Para Moreira Alves, um campo propício para a aplicação do *favor debitoris* é justamente a correção do desequilíbrio contratual que “circunstancialmente (pelas condições econômicas-sociais de uma época ou de um momento) torna o devedor a parte mais débil na relação obrigacional”, afinal, aponta, “quem se obriga, se obriga sempre pelo menos”.¹⁴

Assim, nas condições adversas de cumprimento de prestação por causa das variadas consequências da pandemia de *Covid-19*, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* (para reequilibrar a comutatividade do sinalagma) pode decorrer da superveniente

¹² FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943, p. 345.

¹³ MOREIRA ALVES, José Carlos. *O favor debitoris como princípio geral de direito*, 2004, p. 11.

¹⁴ MOREIRA ALVES, José Carlos. *O favor debitoris como princípio geral de direito*, 2004, p. 7.

vulnerabilidade da parte por circunstâncias que atingem sua pessoa e tornam a prestação onerosa para ela.

A partir da ampliação do significado e dos contornos da cláusula *rebus sic stantibus*, a cláusula passa a possibilitar uma série de outras soluções para os desequilíbrios contratuais, incluindo aí as dificuldades da parte.

Assim é que, nas condições adversas de cumprimento de prestação por causa das variadas consequências da pandemia de *Covid-19*, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* (para adequar o cumprimento do contrato às possibilidades das partes) poderá decorrer da onerosidade excessiva superveniente originada pela alteração da base objetiva/subjetiva do negócio jurídico (“*Geschäftsgrundlage*”), ou pela superveniente vulnerabilidade da parte por circunstâncias que atingem sua pessoa e tornam a prestação de difícil cumprimento para ela.

A literatura jurídica brasileira diverge sobre qual foi a teoria que fundamenta a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, se a da *imprevisão* ou da *onerosidade excessiva*. Maria Helena Diniz e Álvaro Villaça Azevedo entendem que foi a teoria da imprevisão; já Judith Martins-Costa¹⁵ e Antonio Junqueira de Azevedo¹⁶ entendem ter sido a teoria da onerosidade excessiva.¹⁷ Seja qual for, em comum ambas propõem a tutela contratual nos panoramas acometidos por grave instabilidade econômica que gere desequilíbrio no âmbito do vínculo entre as partes.¹⁸ O que as diferencia é a causa que reconhece qual onerosidade possibilita a revisão ou a resolução do contrato.

Mas outra importante teoria que foi recebida pela literatura jurídica e influencia teses e decisões judiciais é a teoria da base do negócio jurídico, de origem germânica, inicialmente desenvolvida por Paul Ernst Wilhelm Oertmann e posteriormente aperfeiçoada por Karl Larenz.

Paul Oertmann, no período da I Guerra Mundial e vinculado aos dogmas da teoria subjetiva da vontade, sustentou na Alemanha que as novas circunstâncias fático-

¹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

¹⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2008.

¹⁷ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. A manutenção da base objetiva do contrato na onerosidade excessiva no Brasil. In: *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 2, Lisboa, p. 773-810, 2015.

¹⁸ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; OLIVEIRA, Guilherme F. de. A verdadeira revisão do contrato, ob. cit., 2014, p. 50 e ss.

jurídicas exigiam uma nova maneira de interpretar os negócios, para restabelecer o equilíbrio dos interesses das partes (comutatividade).¹⁹ José Maria Othon Sidou explica que a teoria de Oertmann é uma “análise psicológica” da vontade e das representações mentais das partes na celebração do contrato, sendo a base a manifestação mental das partes no momento da conclusão. Poderá ser também a intenção comum quanto ao que está exteriorizado e para sobrevir. Assim, por exemplo, se um negócio é celebrado sem considerar uma condição que possa ser modificada por fatores supervenientes, uma parte poderia se escusar ou se exonerar do acordo, sem que isso fosse considerado uma “violentação da vontade” da outra, já que a circunstância não era prevista.²⁰ Por isso, a teoria ficou conhecida como “base subjetiva do negócio jurídico”.

Em regra, a teoria de Paul Oertmann não depende de fatores externos ou supervenientes para que se considere a base do negócio alterada; bastaria, para tanto, que uma das partes alterasse sua intenção interna para que as condições do contrato devessem ser reajustadas.²¹ Ao que tudo indica, não se trataria de um direito potestativo, pois a representação mental deveria ser conhecida e não repelida pela outra parte. Logo, o que mantém o negócio jurídico são as representações subjetivas das partes. Se situações não imaginadas pelas partes no ato das tratativas e da celebração alterarem a finalidade intencional de uma delas ou de ambas, dará ensejo à revisão das condições negociais.²²

Aperfeiçoando a teoria de Paul Oertmann, Karl Larenz propõe a “*Geschäftsgrundlage*”, uma teoria eclética da base do negócio jurídico, na qual confirma a existência de uma base subjetiva, mas a esta se soma uma base objetiva.²³ A diferença entre as duas bases é a seguinte:²⁴

Base subjetiva	Base objetiva
Legítimas expectativas das partes, isto é, os motivos que levaram os negociantes a se vincularem: “la determinación de la voluntad de una o de ambas partes, como una representación mental existente al concluir o negócio que há	Finalidade do contrato e do vínculo, ou seja, a relação como um todo em seu contexto geral (“complejo de sentido inteligible”): “conjunto de circunstancias cuja existência o persistencia presupone debidamente el contrato — sépanlo o no los contratantes —, ya que, de no seu así, no se

¹⁹ OERTMANN, Paul Ernst Wilhelm. *Die Geschäftsgrundlage — Ein neuer Rechtsbegriff*. Leipzig: Scholl, 1921.

²⁰ SIDOU, José Maria Othon. *A cláusula rebus sic stantibus no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962, p. 41.

²¹ OERTMANN, Paul Ernst Wilhelm. *Die Geschäftsgrundlage — Ein neuer Rechtsbegriff*, ob. cit., 1921.

²² OERTMANN, Paul Ernst Wilhelm. *Die Geschäftsgrundlage*, ob. cit., 1921.

²³ COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui (Orgs.). *Doutrinas essenciais*. Direito Civil, Parte Geral. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 205-212.

²⁴ LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung ‘veraenderter Umstaende’ im Zivilrecht*. 3. Aufl. Muenchen: Beck, 1963, p. 30 e ss.; LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico e cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2002, p. 35 e ss.

influido grandemente em la formación de los motivos” ²⁵ .	lograria el fin del contrato, el propósito de las partes y la subsistencia del contrato no tendría ‘sentido, fin u objeto’ ²⁶ . Essa base poderia ser danificada por dois elementos: <i>Äquivalenzstörung</i> (fim da equivalência) e <i>Zweckvereitelung</i> (impossibilidade de atingir a finalidade do negócio).
--	--

A base subjetiva do negócio consiste em uma “representação mental” de ambos os celebrantes — e nesse sentido se aproxima de Oertmann — destinada a estabelecer o conteúdo do negócio. Essa representação induz ambas as partes a concluir o contrato. Se, porém, a representação mental não se confirma na execução do acordo, então as partes terão incorrido em “erro quanto aos motivos”. Os motivos são situações de fato que ensejam a avença e são comuns às partes.²⁷ De se observar que essa representação mental — comum às partes — foi e continuou sendo o motivo que embasou a vontade, influenciou nas negociações e foi determinante para conclusão do ato. Trata-se do motivo determinante, que no caso do Direito Brasileiro encontra previsão no art. 140 e no inciso III do art. 166 do Código Civil, em que o motivo não confirmado ou ilícito, respectivamente, são causa de invalidade do negócio jurídico.

Logo, a base subjetiva se refere ao *conteúdo* do negócio jurídico. (Observe que, mesmo subjetiva, o fato de expressar o conteúdo do negócio faz a teoria ir além do subjetivismo psicológico defendido por Paul Oertmann, dando mais objetividade à ideia).

Essa base subjetiva, no caso do Código Civil brasileiro, não deixa de estar prevista, também, no art. 112, que orienta a interpretação do negócio privilegiando a intenção da declaração de vontade.

Já a base objetiva do negócio, para Larenz, é constituída de circunstâncias determinantes que influenciaram a celebração do acordo. É o estado geral das coisas presente no ato de conclusão e que deve subsistir durante a execução para a manutenção do negócio jurídico, sempre de acordo com a intenção das partes.²⁸ Logo, são os fatores de ordem socioeconômica e cultural que foram determinantes na conclusão do acordado. (Veja que são os que se fazem presentes na conclusão do acordo, e não os que aparecem durante a execução). Eles não são expressos na declaração de vontade em si, como ocorre na base subjetiva; eles constam na externalidade do vínculo, mas mesmo assim determinantes

²⁵ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico e cumplimiento de los contratos*, ob. cit., 2002, p. 37.

²⁶ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico e cumplimiento de los contratos*, ob. cit., 2002, p. 37.

²⁷ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico e cumplimiento de los contratos*, ob. cit., 2002, p. 37.

²⁸ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico e cumplimiento de los contratos*, ob. cit., 2002, p. 157 e ss.

para a vinculação. No caso do Código Civil brasileiro, essa base é aquela prevista nos arts. 317 e 478.

O problema é que se fazem interpretações do art. 112, do art. 140 e do inciso III do art. 166 (fundamentos da base subjetiva) apartados dos arts. 317 e 478 (fundamentos da base objetiva). Caberia *in casu* uma interpretação sistemática: aqueles fatores externos ao vínculo que fazem com que as intenções das partes percam sentido, interferindo de certo modo no conteúdo do contrato, lesam a base do negócio jurídico e, como tal, ensejam a aplicação de mecanismos para corrigir a perda da sinalagmaticidade e da finalidade, pois, do contrário, haveria uma iniquidade.

Além disso, Francisco Paulo de Crescenzo Marino aponta que no Brasil não existe um princípio geral de revisão dos contratos;²⁹ o que existe são situações excepcionais, como a dos arts. 478 e 479.

É a partir daí que, diante do desastroso e comovente cenário social e econômico da pandemia da *Covid-19*, é de se questionar se a *Geschäftsgrundlage* pode contribuir para a realização da *ratio juris* dos arts. 478 a 480 do Código Civil e, assim, para a aplicação ampliada da cláusula *rebus sic stantibus*; afinal, oferece ampla proteção às partes — e ao próprio contrato — e leva em consideração aspectos objetivos e subjetivos para a revisão ou resolução contratual.

Como consequência de sua teoria, Larenz entende que a impossibilidade de concretizar a finalidade das partes legitima a resolução do contrato, sem indenização por perdas e danos. Estas somente caberiam se uma parte tivesse dado causa à transformação das circunstâncias por atos livres.³⁰

Essa teoria poderá, então, colaborar para corrigir os mecanismos rígidos que às vezes o Direito oferece para a promoção da *reductio ad æquitatem*; poderia ajudar a resolver um problema identificado por Alberto Maria Benedetti e Roberto Natoli³¹ para aquilo que designaram de “insensibilidade” e “impermeabilidade” do sistema jurídico a partir dos rígidos princípios e regras da técnica jurídica das obrigações.

²⁹ MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 24.

³⁰ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico e cumplimiento de los contratos*, ob. cit., 2002, p. 159.

³¹ BENEDETTI, Alberto Maria; NATOLI, Roberto. Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito. In: *Diritto Bancario*. Editoriali di 25/03/2020, Trento, 2020. Disponibile in: <http://dirittobancario.it/editoriali/alberto-maria-benedetti-e-roberto-natoli/coronavirus-emergenza-sanitaria-e-diritto-dei-contratti-spunti-un-dibattito>. Acesso in 01 apr. 2020.

Então, a proposta é que, nas condições adversas de cumprimento de prestação por causa das variadas consequências da pandemia de *Covid-19*, a aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* seja ampliada para abranger condições objetivas e subjetivas de desequilíbrio contratual (mas sempre decorridas do fato imprevisível pandêmico). Ou seja, propõe-se que a aplicação da cláusula decorra da onerosidade excessiva superveniente originada pela alteração da base objetiva/subjetiva do negócio jurídico (“*Geschäftsgrundlage*”), ou pela superveniente vulnerabilidade da parte por circunstâncias que atingem sua pessoa e tornam a prestação onerosa para ela. Sistematizando, tem-se:

Aplicação ampliada da cláusula <i>rebus sic stantibus</i> : onerosidade excessiva superveniente decorrente de <i>Covid-19</i>	
Onerosidade decorrente de fatores extraordinários e imprevisíveis que aumentam os valores das prestações e atingem objetivamente a coletividade ou um grupo social indeterminado.	Onerosidade decorrente de <i>vis fatale cui resisti non potest</i> que vulnerabiliza a parte e torna difícil ou impossível a execução das prestações do contrato.
Revisão ou resolução do contrato a partir das teorias da imprevisão ou das bases do negócio jurídico (<i>Geschäftsgrundlage</i>).	Revisão ou resolução do contrato a partir do <i>favor debitoris</i> . É uma solução análoga à aplicação da excludente de responsabilidade da força maior (art. 393 do Código Civil).

4. O *favor suspensionis*

Um dos consectários do *favor debilis* e que pode ser aplicado em situações imprevisíveis excepcionais — talvez até excepcionalíssimas — que dificultam o pagamento é o *favor suspensionis*, que consiste em priorizar a suspensão dos efeitos do contrato em tais circunstâncias. Pode ser aplicado, por exemplo, nas hipóteses em que simultaneamente uma parte pede a suspensão do contrato e a outra requer o cumprimento da prestação e/ou a resolução do vínculo contratual.

Pelo *favor suspensionis* — desde que a suspensão seja justificada pela vulnerabilidade da parte (*favor debilis*) que sofre consequências prejudiciais por causa de um evento imprevisível e sob *vis fatale cui resisti non potest* — deve-se optar pela suspensão em detrimento do pedido de continuidade (cumprimento) ou extinção (resolução) da outra parte. A continuidade poderá causar o inadimplemento, cujos consectários da mora acabariam por aumentar ainda mais as dificuldades do cumprimento prestacional; e a resolução faria com que o contrato não alcançasse seus fins econômicos e sociais.

Não a *Covid-19* em si, mas toda sua repercussão calamitosa e nefasta, constituem a *vis fatale cui resisti non potest* imprevisível que ensejará, em *ultima ratio regum*, o

favorecimento da parte fragilizada (*favor debilis*), seja pela suspensão do cumprimento das prestações (*favor suspensionis*), seja por meio da revisão ou resolução contratual. O *favor suspensionis* pode ser aplicado para suspender totalmente o contrato ou suspender algumas cláusulas (suspensão parcial).

Em várias situações judiciais, após o início da pandemia de *SARS-CoV-2* no Brasil, suspensões de condições contratuais têm sido aplicadas. Dogmaticamente falando, são verdadeiras aplicações do *favor suspensionis*.

Por exemplo, a *regulæ juris* foi aplicada parcialmente em juízo de piso no Distrito Federal, na 25ª Vara Cível de Brasília (Processo nº. 0709038-25.2020.8.07.0001). Nessa decisão, um lojista foi autorizado a suspender o pagamento do aluguel mínimo que deve ao *shopping center*. Foi suspensa apenas parte do contrato de locação, para suprimir o pagamento do aluguel mínimo e do fundo de promoção e propaganda, mantendo o aluguel percentual sobre o faturamento. A parte autora pediu a total suspensão do contrato, mas o juízo, prudencialmente, suspendeu parcialmente: “Se todas as pessoas e empresas agirem como quer a empresa autora, será a vitória do egoísmo [...]. Não há como simplesmente parar de adimplir as obrigações” (Fonte: *ConJur*).

O mesmo não ocorreu no Agravo de Instrumento nº. 2063701-03.2020.8.26.0000, julgado pela 36ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo. Nesse processo, entendeu a Câmara que a queda do faturamento de uma concessionária de veículos em decorrência da pandemia do coronavírus não é motivo para a dispensa de pagamento de aluguéis do imóvel onde funciona a concessionária (Fonte: *ConJur*).

Já no Processo nº. 1026645-41.2020.8.26.0100, o juízo da 22ª Vara Cível de São Paulo concedeu liminar para reduzir em 70% o aluguel do imóvel de funcionamento de um restaurante em razão da redução das atividades e dos lucros do negócio (Fonte: *ConJur*). No Agravo de Instrumento nº. 2069928-09.2020.8.26.0000, o relator da 34ª Câmara de Direito Privado do TJSP manteve a liminar de piso que reduziu em 50% o valor de aluguel a ser pago por uma casa de *shows*, embora os recorrentes desejassem, na verdade, uma redução de 70% (Fonte: *ConJur*).

Contudo, a suspensão do contrato deve seguir alguns parâmetros prudenciais, para que, na tentativa de favorecer uma parte debilitada, não seja debilitada e desfavorecida a contraparte. Pode-se propor alguns critérios para a razoável aplicação e operabilidade do *favor suspensionis*:

1. A suspensão é medida para evitar o inadimplemento e, assim, não aumentar ainda mais a dívida da parte debilitada e as dificuldades de pagamento através da incorporação de juros, multa e perdas e danos. Aliás, ser considerado “inadimplente” pode ser prejudicial ao devedor, pois, em tese, terá o nome inscrito em cadastro de devedores, não obterá empréstimos e financiamentos junto a instituições financeiras, não terá o nome inscrito em “cadastro de bom pagador”, pagará juros mais altos, é impossibilitado de contratar com a Administração Pública *etc.*;
2. A contraparte não pode ser prejudicada pela suspensão, a ponto de se tornar o novo “*deboli*” da relação contratual. Porém, a circunstância impõe que todos os agentes do contrato sofrerão adversidades: nesse cenário da pandemia de um lado e de paradigma sócio-jurídico de solidariedade de outro, todos terão que perder para garantir a estabilidade das relações econômicas, e todos deverão sofrer consequências nefastas para que o contrato seja bom para ambas as partes (*affectus contractus*). A suspensão fica prejudicada se o pagamento a ser suspenso for a única fonte de renda da contraparte, ou seja, também as condições subjetivas da contraparte devem ser consideradas. Por isso, em se tratando de suspensão, entendo que não cabe liminar *inaudita altera pars*, independentemente de qualquer grau de urgência. Sói fácil aceitar a suspensão nos contratos empresariais, os quais costumam envolver altos valores; o problema é quando se fala em suspensão de aluguel residencial de um apartamento ou de suspensão do contrato de fornecimento de alimentos feito por um pequeno produtor rural... Aí, nestes últimos casos, deve ser tomada a decisão que favoreça ao máximo ambos os lados;
3. A mera diminuição dos lucros em razão da baixa demanda não é causa de suspensão. Deve ser comprovada uma redução substancial dos rendimentos, associada à falta de capital de giro ou liquidez do estabelecimento;
4. Em caso de contratos empresariais, a suspensão pode ser aplicada toda vez que o empresário estiver diante do dilema entre pagar seus credores ou pagar os salários de seus empregados. Não há dúvidas que o crédito empregatício terá preferência, mas o devedor não merece o tratamento de um inadimplente; e
5. A suspensão deve ser vista como uma medida, *a priori*, transitória e destinada ao restabelecimento das condições econômicas da parte e ao seu soerguimento. Tem por objetivo, então, a manutenção do negócio jurídico, da atividade econômica e — principalmente — a manutenção dos empregos e do trabalho (*favor contractus*).

Nesses casos, o *favor suspensionis* e o dever de renegociar são medidas mais eficazes para a adequação do contrato às circunstâncias contemporâneas das partes. Há dificuldades em verificar uma operabilidade precisa dos arts. 317 e 478, pois o desequilíbrio a que estas normas se referem pode não se encaixar nessa situação da pandemia, o que levaria a discussões infundáveis e complexas que tramitariam por anos na Justiça. E — apesar de o regime jurídico contratual brasileiro ser voltado à equidade e à justiça contratual, no campo da revisão contratual por onerosidade excessiva — o Superior Tribunal de Justiça tem uma visão conservadora na apreciação dos requisitos do art. 478 para admitir a revisão contratual em caso de crises macroeconômicas.

Observe que nos exemplos de suspensão o problema de onerosidade decorre de dificuldades subjetivas de cumprimento da prestação, ou seja, de pagamento; a prestação não passou a ter uma onerosidade *nominalmente* excessiva. Tampouco o beneficiário da prestação está auferindo vantagem excessiva. Ou seja, o valor dos aluguéis não aumentou por causa da pandemia; o valor da prestação (aluguéis) é o mesmo tanto na conclusão do contrato quanto agora; o que mudou foi a condição financeira dos locatários. Não há que se falar em *sobrevalorização* dos alugueres.

Assim, o reconhecimento dessa excepcionalidade do fato que enseja a intervenção judicial no contrato é um imperativo do *favor debilis*, que garantirá a *reductio ad aequitatem* para a parte que foi fragilizada pelos efeitos econômicos e sociais da *Covid-19*.

5. O dever de renegociar

No contexto das dificuldades de pagamento causadas pelas medidas de controle da pandemia de *Covid-19*, é possível falar, ainda, no *dever de renegociar os contratos*, destinado a manter o equilíbrio contratual e a conservar o vínculo, evitando sua resolução.³² O dever de renegociar — tal qual o *favor suspensionis* — não deixa de ser um consectário do *favor debitoris*.

No Código Civil, há formulações normativas que propõem que a parte ofereça a possibilidade de renegociar um negócio, como, por exemplo, o art. 479 e o § 2º do art.

³² SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018; ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2011; TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Alterações imprevisíveis das circunstâncias: impactos contratuais. In: Revista Consultor Jurídico, 01 de abril de 2020; e SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no Direito brasileiro. In: *Revista Interdisciplinar de Direito*, Faculdade de Direito de Valença, v. 16, n. 1, Valença, p.13-42, jan./jun. 2018.

157. O problema é que tais regras são interpretadas, muitas vezes, como direito potestativo de uma das partes ou, então, como situação de caráter excepcional, sendo a resolução a medida ordinária.

Renegociar não é revisar o contrato: revisão é o ato judicial que irá alterar ou adaptar as condições contratuais a uma nova realidade da parte; e renegociação é um ato — em juízo ou fora dele — praticado pela própria vontade das partes dirigida a alterar ou a adaptar as condições contratuais a uma nova realidade. Daí que a renegociação é a *ultima ratio*, a revisão é a *ultima ratio regum* e a resolução é a *extrema ratio*.

A renegociação é uma proposta salutar porque adapta o contrato sem imposições e de acordo com as finalidades e expectativas legítimas das partes.³³

Sobre essa cláusula de renegociação, Emanuele Tuccari — embora resistente à sua aplicação como construída atualmente — entende que ela foi concebida para as situações de contingências contratuais para a adaptação do contrato. Assim, existem cláusulas destinadas a proteger as partes em contingências contratuais específicas (cláusulas de renegociação específicas) e cláusulas destinadas a proteger as partes contra um sentido mais amplo de circunstâncias que ocorrem (cláusulas de renegociação genéricas).³⁴

Segundo Anderson Schreiber (*Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, 2018), o dever de renegociar é um daqueles anexos da cláusula geral de boa-fé objetiva e que têm função integradora do contrato. Existe para, dentro da honestidade e sem exploração econômica, as partes manterem o equilíbrio do vínculo e o contrato realizar seus objetivos de modo equitativo e sem ser instrumento de enriquecimento de uma parte em detrimento do empobrecimento da outra³⁵:

não se pode deixar de notar que tanto o dever de avisar prontamente a contraparte acerca do desequilíbrio contratual identificado, quanto o dever de ingressar em renegociação com vistas a obter o reequilíbrio do contrato constituem deveres de conduta que, conquanto instrumentalizados à recuperação do equilíbrio contratual, derivam, a rigor, da necessidade de que as partes cooperem entre si para a concretização do escopo contratual. Assim, é de se concluir que o reconhecimento do dever de renegociar, entre nós, encontra fundamento normativo na cláusula geral de boa-fé objetiva, mais

³³ HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete contracts and renegotiation. In: *The Econometric Society*, v. 56, n. 4, Cleveland, p. 755-785, July 1988.

³⁴ TUCCARI, Emanuele. Clausole di rinegoziazione ed eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione. In: *I Contratti*, n. 11, p. 990-996, 2014, p. 993; e TUCCARI, Emanuele. La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta. In: *Contratto e impresa*. Anno XXXIV, n. 2, Milano, p. 843-885, 2018.

³⁵ SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no Direito brasileiro, ob. cit., v. 16, n. 1, Valença, jan./jun. 2018, p. 34-35.

especificamente no art. 422 do Código Civil. Não há, assim, necessidade de norma específica estabelecendo, entre nós, o dever de renegociar.

Com isso se pode concordar. E ir um pouco além: a aplicação desse dever anexo decorrente da cláusula geral de boa-fé é promovida via cláusula *rebus sic stantibus*. O dever de renegociar não tem como *ratio juris* proteger a relação subjetiva entre as partes (*affectius contractus* pela boa-fé), mas sim garantir a subsistência e consecução do contrato pela via do equilíbrio da sinalagmaticidade (*favor contractus*). A renegociação se fundamenta na eticidade intersubjetiva dos sujeitos contratuais, mas se operacionaliza pela cláusula *rebus sic stantibus* para garantir a sobrevivência do contrato; é um fôlego novo (ou o último) do negócio.

Para Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova, a renegociação é uma obrigação de estar disponível para contratar sobre o que já está contratado, nas condições certas, quais sejam, os parâmetros resultantes do acordo original e a partir de eventos novos e inesperados.³⁶ Em igual sentido, Gerardo Marasco.³⁷

Agora, acompanhe este raciocínio para compreender um dos efeitos dessa tese: o dever de renegociar, como consectário da boa-fé objetiva, constitui cláusula contratual “não escrita” e que confere à parte em dificuldades de pagar a prestação o direito de propor a renegociação das condições contratuais para adaptar o contrato à nova realidade e, assim, manter o vínculo. Se há um direito subjetivo de uma parte, então há o correspondente dever jurídico da contraparte. Porém, se a contraparte se recusar a renegociar, estará infringindo o dever de uma cláusula (“não escrita”, mas incidente e cogente), sendo, portanto, constituída em mora. Daí, se a parte que propôs a renegociação incorrer em mora ou inadimplemento absoluto por causa da dificuldade, poderá suscitar a *exceptio non rite adimpleti contractus* — ou até mesmo a *exceptio non adimpleti contractus* — em sua defesa em possível ação judicial de cobrança, execução ou resolutória. Pode ainda, se for necessário, invocar a cláusula *solve et repete* (“cumpra e depois reclame”) para exigir que ocorra a renegociação para, só então, cumprir sua prestação. Ou seja, o dever de renegociar inadimplido pela contraparte impede que ela, posteriormente, exija o cumprimento da prestação. É, portanto, verdadeira consequência do *nemo auditur propriam turpitudinem suans allegans*.

³⁶ SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. T. II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012, p. 724: “Il dovere di negoziare null’altro è, se non un obbligo di contrarre: detto meglio, l’obbligo di essere disponibile a contrarre, nelle condizione che risultano giuste alla stregua (a) dei parametri risultanti dal testo originario del contratto, (b) rivisitati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti”.

³⁷ MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione. In: VISINTINI, Giovanna. *Trattato della responsabilità contrattuale*. Vol. I. Padova: Cedam, 2009, p. 595.

Esse dever de renegociar é uma exceção mitigativa ao *pacta sunt servanda* construídas nos últimos tempos. E mitigar o *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* (Lei das XII Tábuas — a primeira de todas as consequências lógicas do *honest vivere* — nem sempre é salutar para a segurança das relações econômico-negociais, que não pode ser preterida. Por isso, parece razoável que seja relativizado por meio da imposição do dever de renegociar em hipóteses *excepcionalíssimas*, as quais não são os fatores de ordem pessoal quotidianos, mas situações de comoventes calamidades que afetam a comunidade (no todo ou em um significativo grupo). Exemplos dessa excepcionalidade maior são crises humanitárias, acidentes ambientais gravíssimos e pandemias como essa causada pelo *SARS-Cov-2*.

E — o mais importante — a renegociação não pode causar prejuízo substancial para a contraparte, afinal, ela não deu causa ao problema. É certo que, para o reequilíbrio contratual retornar, a contraparte terá que abrir mão de vantagens e também sofrerá perdas, mas para que seja aplicado esse dever é preciso que a renegociação também seja uma medida não tão prejudicial para ela, ou seja, a manutenção do contrato também lhe beneficia (embora com vantagens reduzidas), já que, como aponta Rona Serozan, a frustração causa, *eo ipso*, uma liberação automática das partes do contrato e, para mantê-lo, será necessário renegociar um novo contrato com termos diferentes e adaptado à nova realidade econômica.³⁸

Inclusive, a renegociação pode ser proposta pela própria contraparte. Nesse sentido, Gerardo Marasco entende que a renegociação pode ser proposta pela própria parte a quem a onerosidade e o desequilíbrio beneficia, pois é “un’obbligazione che, in egual misura, investe entrambi i contraenti. Al verificarsi dei richiesti presupposti, uno dei contraenti potrà dare impulso alla rinegoziazione (l’iniziativa, nella generalità dei casi, viene assunta dalla parte che vi ha interesse, ma nulla toglie che il procedimento rinegoziativo venga avviato dall’altro contraente)”.³⁹

A renegociação é uma medida heterodoxa e polêmica, mas está de acordo com o contexto excepcional e com os parâmetros solidaristas que se impõem ante os impactos nas relações econômicas causados pela *Covid-19* e que irão justificar renegociações por causa da sua necessidade. A situação atinge a todos, e todos deverão, de alguma maneira, sofrer

³⁸ SEROZAN, Rona. General report on the effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. New York: Springer, 2016, p. 24.

³⁹ MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione, ob. cit., 2009, p. 600.

para amenizar prejuízos. Não se trata de caridade, mas de cumprir o papel social solidário exigido pela convivência.

6. O *favor negotii*

O *favor negotii* é uma *regulæ juris* voltada à obrigatoriedade de se tomarem medidas para manter o vínculo contratual, deixando a resolução como *extrema ratio*.

O *favor debitoris* e o *favor negotii* são *regulis juris* que têm como efeito de sua aplicação:

- o alargamento dos contornos da cláusula *rebus sic stantibus*, para promover uma readequação contratual independentemente da caracterização da onerosidade excessiva concebida pela teoria da imprevisão e da onerosidade;
- a obrigatoriedade de renegociação das condições do contrato (dever de renegociação);
- a suspensão total ou parcial do pagamento (*favor suspensionis*);
- a revisão judicial; e
- a desconstituição do vínculo (resolução), em último caso.

O *favor negotii* cria uma ordem preferencial entre as soluções possíveis para reequilibrar a comutatividade do contrato.

Os negócios jurídicos, sobretudo os contratos, são instrumentos de circulação de riqueza e, por conseguinte, de desenvolvimento econômico e social, motivo pelo qual os acordos foram feitos para serem cumpridos. É nesse sentido que a *regulæ juris* do *favor negotii* — ou *princípio da conservação do negócio jurídico* — pode realizar importante papel hermenêutico nas circunstâncias atuais.

Anne-Sophie Lavefve Laborderie fala de um paradigma contemporâneo dos contratos, qual seja, o da “*pérennité contractuelle*” e, desse modo, da sustentabilidade do negócio. Entende tratar-se de um dever que não encontra previsão legal, mas se manifesta pela estrutura geral da natureza e dos valores do direito contratual.⁴⁰

Como consectário lógico da preservação da confiança das partes e da função social do negócio, esse princípio determina que seja aproveitada ao máximo a vontade das partes para a produção dos efeitos pretendidos (finalidade prática), o que permite, não raro,

⁴⁰ LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *La pérennité contractuelle*. Paris: LGDJ, 2005.

afastar o vício que leva à ineficácia ou incumprimento do ato; ou, ainda, re-categorizar, re-qualificar o ato mediante um esforço hermenêutico.⁴¹

Emanuele Tuccari aponta que na França as modificações no art. 1.195 do *Code Napoleon* ocorridas em 2016 deram à revisão um papel preferencial no contexto da onerosidade excessiva: trata-se da “*révision pour imprévision*”,⁴² o que é um demonstrativo da influência do princípio no âmbito do direito contratual.

Apesar de positivado, o *favor negotii* não está expressamente objetivado no ordenamento jurídico. Mas há regras de conduta específicas que, por interpretação sistêmica e raciocínio indutivo, permitem detectar a conservação como regra geral de Direito que incide sobre as relações negociais. Por exemplo: o § 2º do art. 157 (redução do valor da prestação em caso de vício de lesão), o art. 170 (conversão do negócio jurídico nulo), o art. 172 (confirmação do negócio jurídico anulável), o art. 184 (redução do negócio jurídico ou princípio do *utile per inutile non vitiatur*) e o art. 479 (revisão por onerosidade excessiva) levam a concluir que no ordenamento jurídico brasileiro incide o princípio do *favor negotii* ou conservação do negócio jurídico.

No caso do Código Civil brasileiro, a conservação se relaciona com seus princípios fundamentais — *socialidade, eticidade e operabilidade* — e com aqueles que norteiam as relações obrigacionais — *boa-fé, função social e autonomia negocial*. Por essa razão, mesmo que não se pudesse induzir o *favor negotii* de regras especiais, seria um desfecho obrigatório para relações contratuais regidas por um *Codex* que se propõe a promover uma pauta axiológica com tal envergadura, pois é inegável que se trata de um meio de desenvolvimento de valores, como a equidade das relações jurídicas.

A ideia desse princípio é basicamente direcionada a evitar, dentro do máximo possível, que o negócio deixe de perseverar. É direcionado ao legislador e ao juiz, pautando suas atividades para que, sempre que possível, seja desenvolvida uma maneira ou mecanismo jurídico que permita ao negócio produzir alguma eficácia.

⁴¹ SILVESTRE, Gilberto Fachetti; OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. A manutenção da base objetiva do contrato na onerosidade excessiva no Brasil. In: *RJLB — Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 2015/2, Lisboa, 2015, p. 739 e ss.

⁴² TUCCARI, Emanuele. Prime considerazioni sulla “*révision pour imprévision*”. In: *Persona e Mercato*, n. 1, Firenzi, p. 130-134, 2018.

A *regulæ juris* do *favor negotii* impõe uma ordem preferencial, alternativa ou cumulativamente, de medidas destinadas a assegurar o vínculo (*pacta sunt servanda*) e a comutatividade contratual (*reductio ad æquitatem*):

- 1º. Em *ultima ratio*, aplicar a cláusula de renegociação, com possibilidade de beneficiar a parte com a *exceptio non rite adimpleti contractus*;
- 2º. Em *ultima ratio regum*, aplicar o *favor suspensionis* (suspensão da execução contratual), caso isso não prejudique ainda mais a situação das partes e da economia;
- 3º. Em *ultima ratio regum*, revisar o contrato por ato judicial; e/ou
- 4º. Em *extrema ratio*, resolver o contrato por ato judicial.

Assim e nesse sentido, pode-se afirmar que o ordenamento jurídico deve considerar o desfazimento do negócio uma excepcionalidade, porque o propósito principal é a preservação do vínculo obrigacional.

7. Conclusão

As soluções para os problemas do presente podem ser embasadas nas regras históricas do passado e que se perpetuam até os tempos atuais, e compreender sua *ratio juris* permite estender a operabilidade dos institutos e remédios jurídicos e promover soluções razoáveis e equitativas. Assim, nesse cenário da pandemia de um lado e de paradigma da solidariedade de outro, todos terão que perder para garantir a estabilidade das relações econômicas; e todos deverão sofrer consequências nefastas para que o contrato seja bom para ambas as partes.

S.S. o Papa Bento XVI, na Encíclica “*Deus Caritas Est*” de 2005, explica em que consiste a humanização do mundo tão almejada pelas atuais sociedades: “Só se contribui para um mundo melhor fazendo o bem agora e pessoalmente, com paixão e onde for possível, independentemente de estratégias e programas de partido”.

Por exemplo, no Brasil deverá existir um controle dos juros (moratórios e remuneratórios) para além daquele dos arts. 406 e 407 do Código Civil e do *caput* do art. 1º e do art. 5º do Decreto nº. 22.626/1933 (Lei da Usura). O mesmo se diga para a cláusula penal (arts. 408 a 416 do Código Civil). É que a suspensão das atividades e a diminuição da renda acarretará em aumento da taxa de inadimplência, o que levará a um aumento das taxas de juros e dos valores das cláusulas penais, prejudicando mais ainda o adimplemento. E a Súmula nº. 596 do Supremo Tribunal Federal (STF) afasta o

controle dos juros sobre as instituições financeiras, que são livres para estabelecer suas taxas. E, para deixar o cenário ainda mais desfavorável, a taxa média de juros de alguns empréstimos bancários rotativos no Brasil chega a aproximadamente 300% ao ano, e a taxa média de inadimplência é de 40% da população adulta.

A proposta hermenêutica aqui desenvolvida não pretende desonerar as partes dos contratos e criar um ambiente de insegurança contratual que possa prejudicar ainda mais o cenário econômico. O que se defende é que os paradigmas axiológicos contemporâneos da teoria do contrato exigem essa sensibilidade jurídica, de ordem dogmática e de ordem judicial. É a medida possível para fazer com que o contrato seja bom para ambas partes (*affectio contractus*) e siga produzindo seus efeitos e impactos positivos na recuperação do país (*favor contractus*).

8. Referências bibliográficas

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2008.

BENEDETTI, Alberto Maria; NATOLI, Roberto. Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito. In: *Diritto Bancario*. Editoriali di 25/03/2020, Trento, 2020. Disponibile in: <http://dirittobancario.it/editoriali/alberto-maria-benedetti-e-robotto-natoli/coronavirus-emergenza-sanitaria-e-diritto-dei-contratti-spunti-un-dibattito>. Acesso in 01 apr. 2020.

BENEDICTUS, PP. XVI. *Deus caritas est (Deus é Amor)*. Encíclica, 2005.

CABANA, Roberto M. López. Defensa jurídica de los más débiles. In: *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 28, São Paulo, p. 7-21, out./dez., 1998.\

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. In: MENDES, Gilmar Ferreira; STOCCO, Rui (Orgs.). *Doutrinas essenciais*. Direito Civil, Parte Geral. Vol. IV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 205-212.

FERRI, Giovanni Batista. Dalla clausola *rebus sic stantibus* alla risoluzione per eccessiva onerosità. In: *Quadrimestre*, 1988.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943.

GALLETTO, Tommaso. voce Clausola *rebus sic stantibus*. In: *Digesto (Sez. Civ.)*, Torino, 1988.

GALLO, Paolo. Revisione del contratto ed equilibrio sinallagmatico. In: *Digesto delle Discipline Privatistiche*. Sezione Civile. Aggiornamento. XII. Milano: Utet, 2019, p. 365-381.

GIUFFRÈ, Vincenzo. Il “favor debitoris”: araba fenice. In: *VI Congreso Latino-Americano de Derecho Romano*, Mérida, Venezuela, 5-8 agosto 1987.

HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete contracts and renegotiation. In: *The Econometric Society*, v. 56, n. 4, Cleveland, p. 755-785, July 1988.

LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *La pérennité contractuelle*. Paris: LGDJ, 2005.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico e cumplimiento de los contratos*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 2002.

LARENZ, Karl. *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung: die Bedeutung ‘veraenderter Umstaende’ im Zivilrecht*. 3. Aufl. Muenchen: Beck, 1963.

- MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione. In: VISINTINI, Giovanna. *Trattato della responsabilità contrattuale*. Vol. I. Padova: Cedam, 2009.
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão Contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A teoria da imprevisão e a incidência dos planos econômicos governamentais na relação contratual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. As normas de proteção ao devedor e o *favor debitoris*: do direito romano ao direito latino-americano. In: *Notícia do Direito Brasileiro*. Nova Série, n. 3, Brasília, p. 109-165, jan./jul. 1997.
- MOREIRA ALVES, José Carlos. O *favor debitoris* como princípio geral de direito. In: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, nº 26, Rio de Janeiro, p. 03-23, jan./jun. 2004.
- MOTA, Mauricio. A proteção decorrente do *favor debitoris* como princípio geral do direito das obrigações no ordenamento jurídico brasileiro. In: *Quaestio Iuris*, v. 3, Rio de Janeiro, p. 49-108, 2006.
- NOVAES, Gretchen Lückeroth. *A teoria da base do negócio jurídico na revisão dos contratos de consumo*. Nova Lima: Faculdade de Direito Milton Campos, 2010.
- OERTMANN, Paul Ernst Wilhelm. *Die Geschäftsgrundlage – Ein neuer Rechtsbegriff*. Leipzig: Scholl, 1921.
- OLIVEIRA, Anísio José de. *A cláusula ‘rebus sic stantibus’ através dos tempos*. Belo Horizonte: s/n, 1968.
- OSTI, Giuseppe. La così detta clausola «rebus sic stantibus» nel suo sviluppo storico. In: *Rivista di Diritto Civile*, vol. 4, n. 3, Padova, jan. 1914.
- PESCE, Edoardo. Dinamiche processuali dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. In: *La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, anno XXXIV, n. 5, Padova, p. 631-639, 2018.
- RESCIGNO, Pietro. Favor debitoris, ambiguità di una formula antica. In: SCHIPANI, Sandro. *Debito internazionale. Principi generali del diritto*. Padova, 1995.
- ROPPO, Vincenzo. *Il contratto del duemila*. 3. ed. Torino: Giappichelli, 2011.
- SACCO, Rodolfo; DE NOVA, Giorgio. *Il contratto*. T. II. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no Direito brasileiro. In: *Revista Interdisciplinar de Direito*, Faculdade de Direito de Valença, v. 16, n. 1, Valença, p.13-42, jan./jun. 2018.
- SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCHULZ, Fritz. *Principios del Derecho Romano*. Madrid: Civitas, 1990.
- SEROZAN, Rona. General report on the effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. New York: Springer, 2016.
- SIDOU, José Maria Othon. *A cláusula rebus sic stantibus no Direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1962.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti. *A responsabilidade civil pela violação à função social do contrato*. São Paulo: Almedina, 2018.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. A verdadeira revisão do contrato. In: LISBOA, Roberto Senise; REZENDE, Elcio Nacur; COSTA, Ilton Garcia da. (Orgs.). *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: CONPEDI, 2014.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; OLIVEIRA, Guilherme Fernandes de. A manutenção da base objetiva do contrato na onerosidade excessiva no Brasil. In: *RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 2, Lisboa, p. 773-810, 2015.
- SILVESTRE, Gilberto Fachetti; PESCE, Edoardo. *Il governo del contratto ai tempi del Covid-19: clausola rebus sic stantibus e favor debilis tra Italia e Brasile*. Vitória/Genova, 2020.

SOTO, Erika Isler. Del *favor debilis* al *favor consumatore*: consideraciones históricas. In: *Derecho PUCP*, n. 82, Lima, junio-noviembre, p. 35-59, 2019.

TUCCARI, Emanuele. Clausole di rinegoziazione ed eccezione d'inadempimento nel contratto di somministrazione. In: *I Contratti*, n. 11, p. 990-996, 2014.

TUCCARI, Emanuele. La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta. In: *Contratto e impresa*. Anno XXXIV, n. 2, Milano, p. 843-885, 2018.

TUCCARI, Emanuele. Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision". In: *Persona e Mercato*, n. 1, Firenzi, p. 130-134, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Alterações imprevisíveis das circunstâncias: impactos contratuais. In: *Revista Consultor Jurídico*, 01 de abril de 2020.

VELASCO, Ignácio Maria Poveda. *A execução do devedor no Direito Romano*. São Paulo: Livraria Paulista, 2003.

civilistica.com

Recebido em: 23.4.2020

Aprovado em:

4.5.2020 (1º parecer)

11.5.2020 (2º parecer)

Ahead of Print

Publicado em maio/2020

Como citar: 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**. Rio de Janeiro, a. 9, n. 2, 2020 (*ahead of print*). Disponível em: <<http://civilistica.com/novos-problemas-antigas-solucoes/>>. Data de acesso.