

## “Celeumas jurídicos decorrentes da pandemia COVID -19”

### “Legal issues arising from the COVID pandemic”

DOI:10.34117/bjdv7n2-115

Recebimento dos originais: 20/01/2021

Aceitação para publicação: 08/02/2021

**Nattasha Queiroz Lacerda de Campos**

Advogada

Mestranda em direito civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –  
PUC/SP

Especialista em direito empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV

E-mail: [nattasha.lacerda@gmail.com](mailto:nattasha.lacerda@gmail.com)

#### **RESUMO**

O presente artigo tem por escopo analisar as problemáticas jurídicas decorrentes da pandemia do coronavírus, principalmente no que concerne aos contratos de execução diferida ou continuada e, para tanto, nos pautamos nas definições clássicas de impossibilidade superveniente e procuramos enquadrar a situação pandêmica nos conceitos legais e nos casos predefinidos em nosso ordenamento jurídico. Ademais, tem por objetivo debater sobre eventuais soluções trazidas por juristas até o presente momento e, para tanto, partimos de premissas deontológicas, bem como legalistas, visando enfrentar os prós e contras das possíveis elucidaciones trazidas por juristas nacionais.

**Palavras-chave:** pandemia, COVID-19, impossibilidade superveniente, cláusula hardship, consequentialismo jurídico, revisão contratual.

#### **ABSTRACT**

This paper tackles aims to analyze legal issues arising the coronavirus pandemic, mainly regarding continuous also predetermined contracts and for that we are guided by the classic definitions of supervening impossibility which we seek to frame the pandemic situation in legal concepts and in predefined cases in our legal system. Furthermore it aims to debate possible solutions brought by jurists up to the present moment and for that we start from deontological premises as well as legalists, aiming to face the pros and cons of these possible elucidations brought by national jurists.

**Keywords:** pandemic, COVID , supervening impossibility, hardship clause , legal consequentialism ,contractual review

## 1 INTRODUÇÃO

Os tempos atuais lembram tristemente a seguinte passagem da obra “Ensaio sobre a cegueira”, de José Saramago: “Há mil razões para que o cérebro se feche, só isto, e nada mais, como uma visita tardia que encontrasse cerrados os seus próprios umbrais”<sup>1</sup>. Com essa passagem pretendemos instigar os leitores para que tenham cuidadosas e racionais reflexões sobre essa temática tão incerta em todos os seus contextos.

Diversos questionamentos e celeumas jurídicos surgiram com a pandemia do novo coronavírus. Desde então, alguns juristas vem se posicionando para tentar desvendar melhores soluções para os conflitos, frutos desta disrupção mundial, decorrente da decretação feita pela Organização Mundial de Saúde, em 11 de março de 2020, de que a doença provocada pelo vírus Sars-CoV-2 havia alcançado a natureza de pandemia. No presente trabalho, daremos enfoque ao conjunto de problemas que envolvem vínculos obrigacionais. Obviamente, falar de possíveis soluções jurídicas em um cenário de crise sanitária tão frágil, o qual, ainda estamos inseridos, é um tanto quanto desafiador e incerto.

Estamos há exatos oito meses enfrentando a pandemia, contados do dia em que escrevemos o presente artigo, e a instabilidade continua, não só das questões jurídicas, como das legislativas é patente, sem contar as decisões políticas que mal são tomadas e logo após já são revistas, quase que de modo imediato.

As incertezas pairam sobre nós e é justamente esse o motivo pelo qual acreditamos que não há apenas uma fórmula correta para enfrentarmos todos os desafios advindos desse 2020 tão atípico. Devemos nos atentar a cada caso concreto e ao fato de que muito provavelmente virá uma segunda onda e mesmo que a pandemia não dure por um longo lapso temporal, suas consequências certamente durarão.

Desta forma, nosso objetivo é tentar reunir informações essenciais sobre a temática e abrir espaço para discussões mais densas, sobre essa temática tão em voga e com tantas contradições e ambivalências. Basicamente partiremos dos conceitos chaves de impossibilidades supervenientes como força maior, onerosidade excessiva, teoria da imprevisão. Também traremos as benesses e/ou as malevolências de resoluções, revisões e renegociações contratuais e, por fim, analisaremos as fontes legais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro, os entendimentos doutrinários e teorias do direito

---

<sup>1</sup> Saramago, José. *Ensaio sobre a cegueira*. São Paulo: Companhia das Letras. 1995, p. 29.

alienígena apresentadas como possíveis soluções para o casos envolvendo desequilíbrio contratual decorrente da pandemia.

## 2 ANÁLISE SOBRE AS POSSÍVEIS SOLUÇÕES NEGOCIAIS

As únicas certezas que temos são, a uma, a leitura da possível solução negocial deve ser feita casuisticamente, sendo necessário obtermos um parâmetro legal e jurisprudencial, sob pena de causar insegurança jurídica, a duas, falar que a pandemia do COVID-19 é causa de força maior é ir de encontro ao princípio da conservação do negócio jurídico, da boa-fé e do dever de renegociar.

Sobre a análise casuística, Agostinho ALVIM: “A necessidade do fato há de ser estudada em função da impossibilidade do cumprimento da obrigação, e não abstratamente”<sup>2</sup>.

Isto porque a pandemia tem perdurado por quase 1 ano e, justamente por esse motivo e pelas readequações econômicas e governamentais feitas até então, há a possibilidade de dar continuidade as obrigações contratuais assumidas, indo de encontro a excludente de responsabilidade que prega o art. 393, Código Civil.

Ora, não há que se falar em extinção do vínculo obrigacional se ainda é possível o cumprimento da obrigação, assim, a exoneração do devedor vai de encontro aos princípios da boa-fé e da conservação do negócio jurídico. Mario Cesar GIANFELICI ao discorrer sobre os efeitos da força maior, é claro ao dizer que impede o nascimento da obrigação de ressarcir o dano:

“[...] El caso *fortuito* [sic], sentido estricto, como el caso de fuerza maior, en sus ámbitos propios, impiden el nacimiento de la obligación de resarcir el daño, tanto en el sector de la responsabilidad por hechos ilícitos como en el de la responsabilidad obligacional. El *casus* nunca funciona como eximente parcial de responsabilidad civil”<sup>3</sup>.

Estamos diante de contratos que sofrem impactos econômicos em virtude da pandemia, gerando desequilíbrio contratual superveniente ou impossibilidade temporária da prestação, devendo haver cooperação entre ambas as partes, para que cumpram o dever de renegociar e não simplesmente resolvam o negócio.

---

<sup>2</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955, p. 349.

<sup>3</sup> GIANFELICI, Mario César. *Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995, p. 206.

Conforme preleciona SCHREIBER: “o dever de renegociar não é o dever de obter a revisão extrajudicial do contrato, mas sim um dever de *tentar* obtê-la. Em outras palavras, o dever de renegociar consiste tão somente no dever de ingressar em renegociação que pode ou não se revelar bem-sucedida. O dever de renegociar aplica-se a ambos os contratantes, portanto”<sup>4</sup>.

O Código Civil brasileiro não disciplina o dever de renegociar, apenas indicando as possíveis soluções para o desequilíbrio contratual, quais sejam: resolução ou revisão contratual. Entendemos que dever de negociar está amparado pela cláusula geral da boa-fé objetiva, constituindo-se um dever de conduta, de lealdade e de cooperação entre as partes.

Ademais, como bem pontuado por SCHREIBER<sup>5</sup>, deve haver uma uniformidade e coerência no cumprimento do dever de renegociar, aspecto este relevante quando se trata da pandemia, pois não poderá haver uma atuação incoerente por parte do contratante, perante outras partes que celebraram contratos idênticos, sem qualquer critério objetivo, podendo deste modo exprimir violação a boa-fé objetiva, através do *tu quoque*.

Vale ressaltar a importância das tratativas extrajudiciais em época de pandemia, evitando-se assim, enxurradas de litígios processuais. Nesse sentido, partindo da premissa de que as partes tem o dever de renegociar, consoante à cláusula geral da boa-fé, positivada no art. 422, Código Civil e ao princípio da solidariedade social, elencado no art. 3º, I, da Carta Magna, surgiram propostas legislativas – projeto de lei nº 1.179/20 - no sentido de tornar obrigatória a renegociação como etapa prévia à propositura de ações judiciais cujo objetos sejam a resolução ou a revisão contratual.

Tal proposta foi rejeitada na Câmara dos Deputados, sob o argumento que afrontaria a garantia de acesso à justiça. Ora, se os embargos à execução fiscal são condicionados à garantia da execução, o mandado de segurança à demonstração de direito líquido e certo, sem contar outras demandas que exigem atitudes prévias do autor para que possam ser ajuizadas ou interpostos recursos, cediço que não haveria óbice para a exigência de demonstração prévia de tentativa de renegociação do contrato<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 465.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 468.

<sup>6</sup> No mesmo sentido, SCHREIBER. *Ibidem*, p. 472.

Inclusive, o dever de negociar como condicionante para pleitear em juízo é adotado no *Draft Common Frame of Reference*<sup>7</sup>, na seção III, item 1:110 (3) (b) “the debtor has attempted, reasonably and in good Faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation”<sup>8</sup>.

De qualquer modo, veremos mais adiante que há outras alternativas para solução do desequilíbrio contratual, ao invés da aplicação do instituto da força maior.

## 2.1 TEORIAS DA IMPREVISÃO, DA ONEROSIDADE EXCESSIVA E SUSPENSÃO CONTRATUAL

A Teoria da imprevisão – *théorie de l'imprévision* - teve sua aplicação intensificada com emblemáticos casos de contratos que sofreram impactos decorrentes da Primeira Guerra Mundial. A Lei Faillot<sup>9</sup>, de 21 de janeiro de 1918, elaborada pelo Conselho de Estado da França, visou reequilibrar as relações jurídicas celebradas anteriormente ao período que perdurou a guerra, criando regras para aplicação da Teoria da imprevisão no direito francês, acolhendo temporariamente a possibilidade de resolução do contrato que excedesse o limite do razoável, tendo em vista o agravamento imprevisto da guerra<sup>10</sup>.

Historicamente, até mesmo pela veia da ideologia liberal francesa e o forte compromisso legislativo pela não interferência estatal nas relações contratuais, somente em 2016<sup>11</sup>, tendo em vista a reforma do direito das obrigações, a Teoria da imprevisão foi de fato introduzida no *Code*, em seu art. 1.195<sup>12</sup>, para reconhecer não só a possibilidade de resolução, como a de revisão dos contratos privados por força de fatos imprevisíveis.

<sup>7</sup> Disponível em: [https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality\\_distribution/public/documents/EUROPEAN\\_PRIVATE\\_LAW/EN\\_EPL\\_20100107\\_Principles\\_definitions\\_and\\_model\\_rules\\_of\\_European\\_private\\_law\\_-\\_Draft\\_Common\\_Frame\\_of\\_Reference\\_DCFR\\_.pdf](https://www.ccbe.eu/fileadmin/speciality_distribution/public/documents/EUROPEAN_PRIVATE_LAW/EN_EPL_20100107_Principles_definitions_and_model_rules_of_European_private_law_-_Draft_Common_Frame_of_Reference_DCFR_.pdf)

<sup>8</sup> Tradução livre: “o devedor que tenha tentado, de forma razoável e de boa-fé, alcançar por meio de negociação um ajuste razoável e equitativo da disciplina da obrigação”

<sup>9</sup> Para os leitores que tiverem interesse na leitura da referida legislação. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000000869154/>

<sup>10</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos*, p. 54. Disponível em: [HTTP://WWW.ABLJ.ORG.BR/REVISTAS/REVISTA36E37/REVISTA36E37%20C3%81LVARO%20VILLA%20C3%87A%20AZEVEDO%20INAPLICABILIDADE%20DA%20TEORIA%20DA%20IMPREVIS%20C3%A3O%20E%20ONEROSIDADE%20EXCESSIVA%20NA%20EXTIN%20C3%A7%20C3%A3O%20DOS%20CONTRATOS.PDF](http://www.ablj.org.br/revistas/revista36e37/revista36e37%20C3%81LVARO%20VILLA%20C3%87A%20AZEVEDO%20INAPLICABILIDADE%20DA%20TEORIA%20DA%20IMPREVIS%20C3%A3O%20E%20ONEROSIDADE%20EXCESSIVA%20NA%20EXTIN%20C3%A7%20C3%A3O%20DOS%20CONTRATOS.PDF)

<sup>11</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 193.

<sup>12</sup> Art. 1195, Código Civil francês: “Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le

Interessante citar que a Lei Faillot foi inspiração para criar o projeto de lei brasileiro nº 1179/20, conhecido como RJET – Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado – lei transitória para o período que perdurar a pandemia do COVID-19 e enfrentar as problemáticas emergenciais decorrentes desta. O Senador Antonio Anastasia, contou com magistrados e juristas de renome<sup>13</sup>, dentre eles José Manoel de ARRUDA ALVIM NETTO, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. No projeto mencionou-se a lei Faillot:

“A inspiração para este projeto, a qual compartilhamos com o Min. Dias Toffoli, o Min. Antonio Carlos Ferreira e o Professor Otavio Rodrigues, foi a célebre Lei Faillot, de 21 de janeiro de 1918, que foi apresentada pelo deputado que lhe deu nome. A Lei Faillot criou regras excepcionais para a aplicação da teoria da imprevisão no Direito francês”<sup>14</sup>.

A cláusula *rebus sic stantibus* surgiu no direito medieval, da seguinte frase: “Os contratos que têm trato sucessivo e dependência futura devem ser entendidos estando as coisas assim (*contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*)”<sup>15</sup>. O art. 317, CC contempla a possibilidade de revisão judicial do contrato com base na cláusula *rebus sic stantibus*, a qual representa a Teoria da imprevisão, buscando abrandar o *pacta sunt servanda* quando ocorrem situações que alteram bruscamente o equilíbrio contratual, modificando o anteriormente acordado.

---

risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.”  
Disponível em:

[https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150249/#LEGISCTA000032041319](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070721/LEGISCTA000006150249/#LEGISCTA000032041319)

<sup>13</sup> Ministro Dias Toffoli, do Supremo Tribunal Federal; Ministro Antonio Carlos Ferreira, do Superior Tribunal de Justiça; Conselheiro Nacional do Ministério Público e professor Otavio Luiz Rodrigues Jr., docente de Direito Civil do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo; Fernando Campos Scaff, Paula Forgioni, Marcelo von Adameke Francisco Satyro, da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, da Universidade de São Paulo; José Manoel de Arruda Alvim Netto, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Rodrigo Xavier Leonardo, da Universidade Federal do Paraná, e Rafael Peteffi da Silva, da Universidade Federal de Santa Catarina, além dos advogados Roberta Rangel e Gabriel Nogueira Dias.

<sup>14</sup> Projeto de lei 1179/20. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8081779&ts=1600362412765&disposition=inline> p. 14.

<sup>15</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaza. *Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos*, p. 53-54. Disponível em: <HTTP://WWW.ABLJ.ORG.BR/REVISTAS/REVISTA36E37/REVISTA36E37%20%20C3%81LVARO%20VILLA%20C3%87A%20AZEVEDO%20INAPLICABILIDADE%20DA%20TEORIA%20DA%20IMPREVIS%20A3O%20E%20ONEROSIDADE%20EXCESSIVA%20NA%20EXTIN%20A7%20C3%A3O%20DOS%20CONTRATOS.PDF>

Seguindo os ensinamentos de Giovanni ETTORE NANNI<sup>16</sup>, os requisitos para possibilitar a readequação da prestação pelo julgador são: haverem prestações sucessivas; desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o valor no momento de sua execução; ocorrência superveniente à celebração contratual; fato imprevisível; e circunstâncias alheias a vontade das partes.

Conforme menciona Judith MARTINS-COSTA<sup>17</sup>, não há unanimidade na doutrina e na jurisprudência sobre o alcance da regra do art 317, CC. A doutrina majoritária defende a aplicação da regra para quaisquer obrigações, ao passo que há os que entendem que se deve dar uma interpretação restrita, literal e topográfica – já que a regra está inserida junto com as que tratam das obrigações pecuniárias -, pois alude expressamente à “correção do valor”, assegurando-se assim o valor real da prestação.

Inclusive, este último entendimento corrobora com o que foi proposto no anteprojeto do Código Civil. Assim, a regra só seria destinada a viabilizar a correção monetária, quando, devido a desvalorização da moeda ocorresse desproporção manifesta. Tanto isso é verdade que, na tramitação na Câmara dos Deputados, todas as emendas se referiam à correção monetária, não se falando em “motivos imprevisíveis, mas sim fazendo referência à desvalorização da moeda e a correção dos valores em obrigações pecuniárias, devastados pela inflação<sup>18</sup>.

Essa redação foi modificada posteriormente, na tramitação no Senado Federal, que entenderam por bem ampliar a *fattispecie* legal para além da hipótese de desvalorização da moeda, abarcando outras situações<sup>19</sup>. Ocorre que, conforme pondera Judith MARTINS-COSTA: “certo é que permaneceu a expressão “valor real da prestação”, continuando o dispositivo situado na Seção destinada a reger o objeto de pagamento”.

MARTINS-COSTA<sup>20</sup> entende que o dispositivo alcança apenas e única prestação, considerada em dois momentos, o da conclusão contratual e o da execução e também afirma que este entendimento “distingue entre a área de abrangência do artigo 317 e a dos

---

<sup>16</sup> NANNI, Giovanni Ettore. Vários autores. *Comentários ao Código civil: direito privado contemporâneo*. NANNI, Giovanni Ettore ( coord), São Paulo: Saraiva jur, 2018, p. 502-503.

<sup>17</sup> MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2020, p. 204.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 206-207.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 210.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 210-211.

artigos 478 a 480, restringindo a *revisão* dos contratos por excessiva onerosidade superveniente em normas de caráter geral às hipóteses do art. 479 e 480 do Código Civil”.

FERREIRA DA SILVA propõe interpretação mais ampla ao art. 317, abarcando tanto execuções continuadas, quanto execuções diferidas, entendendo inclusive que tais contratos poderão ser tanto bilaterais, quanto benéficos, pois não há menção a uma contraprestação e sim, a uma prestação em si mesma<sup>21</sup>.

Fato é que embora inspirado no combate à desvalorização da moeda, foi redigido em termos amplos para ser um alicerce da proteção contra o desequilíbrio superveniente. Assim, entendemos que, a pandemia é situação que se coaduna perfeitamente à Teoria da imprevisão, e que, como se verá mais adiante, esta é a teoria que melhor se adequa à situação em que vivemos se comparada com a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico. Isto porque, diferentemente da base objetiva do negócio, a Teoria da imprevisão pressupõe a ocorrência de um fato imprevisível.

Já no que diz respeito a Teoria da onerosidade excessiva – *dell' eccessiva onerosità* -, esta foi acolhida nos artigos 478 a 480, do diploma civilista brasileiro, que também teve como origem a cláusula medieval *rebus sic stantibus* e que encontrou sua fonte de inspiração nos artigos 1.467 a 1468<sup>22</sup>, do *Codice Civile* italiano, que basicamente os transcreveu de forma literal, deixando de reproduzir apenas a alusão à álea contratual contidos nos dispositivos do diploma civil italiano.

O art. 478, Código Civil, autoriza a resolução de contrato bilateral, desde que o evento seja imprevisível e extraordinário e, mais adiante, o art. 479, do mesmo diploma, prevê que a resolução poderá ser evitada, se o credor demandado, em face de pedido de resolução da relação jurídica pelo devedor, oferecer proposta para modificar equitativamente as condições contratuais.

---

<sup>21</sup> FERREIRA DA SILVA, Jorge cesa. *Adimplemento e extinção das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 177 In: MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2020, p. 211.

<sup>22</sup> Art. 1467, Codice Civile italiano: “nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto con gli effetti stabiliti dall'[articolo 1458](#).;

Art. 1.468, Codice Civile italiano: “Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità”.

Ademais, o art. 480, dispõe sobre os contratos unilaterais que se protraem no tempo, que podem ocorrer tanto com contratos de execução diferida, quanto em contratos de duração<sup>23</sup>.

Iremos nos ater a tais observações quanto a teoria da onerosidade excessiva, pois para o presente trabalho é o que basta. O importante é ter em mente que tanto a Teoria da imprevisão, quanto a Teoria da onerosidade excessiva são as mais adequadas para fundamentar eventuais modificações e resoluções contratuais por conta da pandemia.

Interessante, e pertinente ponto de vista, é a possibilidade da suspensão contratual, exposto pela jurista Judith MARTINS-COSTA que pressupõe a necessidade de distinção da impossibilidade não imputável definitiva, da impossibilidade temporária<sup>24</sup>, pois claramente esta última é mais relevante quando o assunto é a pandemia e suspensão contratual. Isto porque a impossibilidade definitiva é liberatória, não se coadunando com o cenário pandêmico, já que esta só restaria configurada se a prestação jamais pudesse ser cumprida.

Orlando GOMES, também as distingue:

“A rigor, somente a impossibilidade definitiva exonera o devedor. A impossibilidade *temporária* apenas retarda o adimplemento da obrigação. Da natureza transitória do obstáculo resulta que o devedor pode satisfazer, mais tarde, a prestação, salvo em alguns contratos, nos quais é *essencial o termo* para o cumprimento da obrigação”<sup>25</sup>.

Cediço que a maioria dos contratos de prestação diferida ou continuada poderão ser cumpridos após um dado momento da pandemia, ou melhor, muitos destes contratos já retomaram sua execução, ainda que de forma gradativa. A pandemia é claramente uma circunstância temporária, não sendo necessária a resolução contratual na ampla maioria dos casos. Justamente por esta razão, entendemos que a suspensão contratual seria uma alternativa acertada, até mesmo em respeito ao princípio da conservação dos negócios jurídicos.

---

<sup>23</sup> ZANETTI, Cristiano de Sousa; Vários autores. *Comentários ao Código civil: direito privado contemporâneo*. Nanni, Giovanni Ettore (coord), São Paulo: Saraiva jur, 2018, p. 779.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 159.

<sup>25</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 147.

O cerne da questão é que o Código Civil brasileiro não prevê expressamente a suspensão da exigibilidade da prestação de caráter geral, enquanto perdurar a impossibilidade da execução, como no Código Italiano<sup>26</sup> ou Francês<sup>27</sup>.

Lembrando que ainda para aqueles que encaram a pandemia como caso de força maior, o art. 393, do diploma civilista brasileiro, refere-se tão somente à impossibilidade superveniente definitiva, extinguindo a relação obrigacional. Assim, em nosso sentir, o dispositivo legal não deve ser aplicado nos casos concretos envolvendo a pandemia do COVID-19, pois cremos que se faz necessário levar em consideração o princípio da conservação do negócio jurídico.

Basicamente, quanto a impossibilidade temporária, MARTINS-COSTA<sup>28</sup> traz quatro premissas, com as quais concordamos: i) se for possível prever que a situação que gera a impossibilidade de executar pode passar, a extinção contratual não deve ocorrer, desde ainda possa ser atingida a sua finalidade, não incorrendo o devedor em mora, já que não há incumprimento e sim impossibilidade (tal solução é fruto de construção doutrinária, vez que nosso Código não traz menção expressa); ii) caso seja um negócio jurídico cujo cumprimento não poderá se dar em outro momento, tem-se por extinta a obrigação, equiparando-se à impossibilidade definitiva.

E ainda, iii) se embora a situação de impossibilidade seja passageira e a prestação, caso seja executada posteriormente, não atinja sua finalidade, poderá dar ensejo a resolução; iv) da mesma forma será resolvida a obrigação se, tendo em vista o tipo de obrigação, o devedor não pode ser obrigado a executá-la.

---

<sup>26</sup> Tratando da suspensão contratual de forma expressa, o art. 1256, Código Civil Italiano: “L’obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l’impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell’adempimento. Tuttavia l’obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla”.

<sup>27</sup> Da mesma forma, o art. 1218, Código Civil francês: “Si l’empêchement est temporaire, l’exécution de l’obligation est suspendue à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l’empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles [1351](#) et [1351-1](#). Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu’un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l’exécution de son obligation par le débiteur”.

<sup>28</sup> MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2020, p. 160-162.

Por todo o exposto, levando em consideração que as situações que no início da pandemia geravam essa desproporcionalidade contratual, hoje já se dissiparam e que é possível reestabelecer aqueles mesmos contratos nos mesmos moldes do início da contratação, não seria mais eficaz a suspensão contratual ou a revisão temporária contratual, ao invés de considerar caso de força maior, tendo por consequência a resolução do contrato?

## 2.2 TEORIA DA BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO: SERIA UMA SOLUÇÃO PLAUSÍVEL?

A teoria da base objetiva do negócio jurídico teve sua origem na Alemanha e como sustentáculo a tese desenvolvida por WINDSCHEID, reformulada por OERTMANN após a Primeira Guerra Mundial, que então construiu a famosa Teoria da base do negócio – *Geschäftsgrundlage* – publicada em 1921<sup>29</sup> e que, posteriormente, foi aprimorada por LARENZ.

A teoria teve grande acolhida no pós guerra na Alemanha, posto que o país havia sido derrotado e enfrentavam os maiores índices inflacionários da história<sup>30</sup>.

A definição da base do negócio para OERTMANN consistiria em:

“[...] representación mental de una de las partes en el momento de la conclusión del negocio jurídico, conocida en su totalidad y no rechazada por la otra parte, o la común representación de las diversas partes sobre la existencia o aparición de ciertas circunstancias, en las que se basal a voluntad negocial”<sup>31-32</sup>.

Importante salientar que OERTMANN não definiu quais seriam as situações que poderiam ser enquadradas como a “base” do negócio, referindo-se apenas às vontades das partes. Ora, de pronto já é possível vislumbrar que a Teoria da quebra da base do negócio jurídico não é a solução adequada para enfrentarmos as impossibilidades de cumprimento contratuais advindos da pandemia.

---

<sup>29</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 181.

<sup>30</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>31</sup> Larenz, Karl. *Base del Negócio Jurídico y Cumplimento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 7.

<sup>32</sup> Tradução livre: “[...] representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio jurídico, conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra parte, ou a comum representação das diferentes partes sobre a existência ou surgimento de certas circunstâncias, nas quais se baseia a vontade negocial”.

Explica-se. No caso da teoria da base objetiva do negócio jurídico, se a vontade de uma das partes, que é a circunstância que define a “base”, não existisse ou desaparecesse, ou seja, sujeitando a parte à frustração da vontade – elemento subjetivo - da outra parte, o contratante prejudicado poderia resolver o contrato ou tratando-se de contrato sucessivo, denuncia-lo<sup>33</sup>.

Nas esclarecedoras palavras de LARENZ “se ocupa de lo que las partes se han representado, no de lo que es necessário objetivamente para la consecución de la finalidad contractual común a ambas”<sup>34</sup>.

Assim, a teoria se ocupa do que as partes tenham representado ou que não tivessem rechaçado no momento da celebração do contrato, ou seja, a teoria está pautada em elementos subjetivos.

Apesar de juristas nacionais renomados<sup>35</sup>, os quais temos profundo apreço, sustentarem que esta teoria seria a melhor solução para enfrentarmos os desequilíbrios contratuais decorrente da pandemia, esta não parece ser a melhor solução. A uma porque a Teoria da base não é adotada pelo nosso sistema pátrio, a duas porque a imprevisibilidade está presente quando se trata do cenário pandêmico, então, a nosso sentir, não há que se falar em teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico, já que esta não menciona a imprevisão como circunstância para a quebra da “base”.

Corroborando nesse sentido, tanto é verdade que a referida teoria não dá azo aos motivos imprevisíveis como quebra da base objetiva que Paul KRÜCKMANN buscou ampliar a Teoria de OERTMANN, criando a chamada “Teoria da reserva virtual”<sup>36</sup>, que defendia que os contratantes poderiam recorrer justamente à cláusula *rebus sic stantibus* como componente inerente à sua vontade, ressalvado os casos que houvesse sido oposta expressamente, daí decorrendo a possibilidade de resolução contratual também nessas hipóteses.

<sup>33</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 182.

<sup>34</sup> Larenz, Karl. *Base del Negócio Jurídico y Cumplimento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 20. Tradução livre: “se ocupa do que as partes tenham representado, não do que é necessário objetivamente para a consecução da finalidade contratual comum de ambas”.

<sup>35</sup> SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19-esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>

<sup>36</sup> KRÜCKMANN, Paul. *Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel*, in *Archiv für die civistische Praxis*, 116, Tübingen: Mohr, 1918, p. 157 e ss. In: SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 183.

Ainda que citássemos a contribuição de LARENZ que unificou a Teoria buscando seu lado subjetivo e objetivo, não haveria espaço para a adoção da Teoria da base objetiva do negócio jurídico em nosso ordenamento, pois já está positivada a teoria da imprevisão no art. 317, do Código Civil brasileiro.

LARENZ buscou atrair a base subjetiva da vontade das partes, com a base objetiva “como o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõe devidamente o contrato”<sup>37</sup>. Desta forma, conforme leciona SCHREIBER<sup>38</sup>, para LARENZ as duas bases do negócio seguiam disciplinas autônomas que, no nosso sentir, configuraria outra espécie de Teoria que não a da base objetiva do negócio jurídico.

Nesse sentido, a base subjetiva entraria no campo dos vícios da vontade e a base objetiva “en la teoría de la ineptitud, de la posterior imposibilidad y de la consecución del fin”<sup>39-40</sup>. Ato contínuo, a imprevisibilidade não está amparada pela Teoria da base objetiva do negócio jurídico, pois conforme as afirmações de LARENZ, esta só abrangeria a vontade das partes ou impossibilidade de sua execução - *Zweckvereitelung*.

De qualquer modo, repisa-se, no cenário da pandemia entraríamos na cláusula *rebus sic stantibus* – Teoria da imprevisão -, positivada no art. 317 do nosso diploma civil ou mesmo na onerosidade excessiva elencada no art. 478, CC, que autoriza a resolução do contrato nesses casos, não havendo razão de ser para trazermos um instituto do direito alienígena que não está entre nós e que tampouco se refere a imprevisibilidade, característica patente da atual crise sanitária.

Importante se faz, para fins de esclarecimento, frisar a diferença entre a Teoria da imprevisão e a Teoria da base objetiva do negócio jurídico. Para aquela, de acordo com o art. 317, CC, a imprevisibilidade se faz presente à sua aplicação, ao passo que para esta a superveniência de fato imprevisível em contrato de execução continuada ou diferida não é pressuposto à sua aplicação, nos termos do art. 6º, inc. V, 2ª parte, do CDC.

Assim, para aplicação da teoria da base objetiva as circunstâncias intrínsecas verificadas quando da contratação devem ter sido alteradas ao longo de sua execução, alterando a

---

<sup>37</sup> Larenz, Karl. *Base del Negócio Jurídico y Cumplimento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 37 In: SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 184.

<sup>38</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 184

<sup>39</sup> Larenz, Karl. *Base del Negócio Jurídico y Cumplimento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 38.

<sup>40</sup> Tradução livre: “na teoria da inépcia, da impossibilidade superveniente e da consecução do fim”.

base contratual significativamente, poderá ser solicitado o reajuste do contrato que, inclusive, é o que apregoa o § 313 BGB<sup>41</sup>, dispositivo alemão que traz a quebra da base do negócio.

Conforme preleciona SCHREIBER<sup>42</sup> fora da Alemanha, inclusive no Brasil, a expressão “base do negócio” tem sido usada de forma errônea, não se referindo a Teoria de OERTMANN propriamente dita, indicando uma “visão menos subjetivista do problema da alteração superveniente”. Nesse sentido, MENEZES CORDEIRO, chega a concluir que “a base do negócio tornou-se uma fórmula vazia”<sup>43-44</sup>.

Apesar da respeitosa opinião de José SIMÃO<sup>45</sup>, entendemos que nossa atual jurisprudência é enfática em afirmar que o Código Civil pátrio adota a Teoria da imprevisão, ao passo que o diploma consumerista adota a Teoria da base objetiva do negócio, justamente por não exigir o requisito da imprevisão.

Assim, com base no entendimento do Superior Tribunal de Justiça<sup>46</sup>, a aplicação da Teoria da quebra da base do negócio só foi acolhida nas relações consumeristas, vez

---

<sup>41</sup> § 313 BGB: “(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.”).

<sup>42</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 185.

<sup>43</sup> Menezes Cordeiro, Antônio. *Contratos Públicos*, p. 62. In: SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva jur, 2020, p. 186.

<sup>44</sup> Para os leitores que queiram se aprofundar na temática, recomenda-se a leitura da obra de SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva jur, 2020.

<sup>45</sup> Conforme as lições de José Simão em: SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19--esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>

<sup>46</sup> Ementa. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. AÇÃO REVISIONAL DE CONTRATO DE COMPRA E VENDA. DÓLAR AMERICANO. MAXIDESVALORIZAÇÃO DO REAL. AQUISIÇÃO DE EQUIPAMENTO PARA ATIVIDADE PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIAS DA IMPREVISÃO. TEORIA DA ONEROSIDADE EXCESSIVA. TEORIA DA BASE OBJETIVA. INAPLICABILIDADE. “[...] 5. A teoria da base objetiva, que teria sido introduzida em nosso ordenamento pelo art. 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor – CDC, difere da teoria da imprevisão por prescindir da previsibilidade de fato que determine oneração excessiva de um dos contratantes. Tem por pressuposto a premissa de que a celebração de um contrato ocorre mediante consideração de determinadas circunstâncias, as quais, se modificadas no curso da relação contratual, determinam, por sua vez, consequências diversas daquelas inicialmente estabelecidas, com repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas. Nesse contexto, a intervenção judicial se daria nos casos em que o contrato fosse atingido por fatos que comprometessem as circunstâncias intrínsecas à formulação do vínculo contratual, ou seja, sua base objetiva. 6. Em que pese sua relevante inovação, tal teoria, ao dispensar, em especial, o requisito de imprevisibilidade, foi acolhida em nosso ordenamento apenas para as relações de consumo, que demandam especial proteção. Não se admite a aplicação da teoria do diálogo das fontes para estender a todo direito das obrigações regra incidente apenas no microsistema do direito

que há uma parte vulnerável e ainda, salienta-se a não aplicabilidade do diálogo das fontes para todo regime do direito das obrigações, pois não são situações análogas.

Creemos que poderia causar severa insegurança jurídica, posto que abriria a possibilidade para o magistrado revisar o contrato com base em uma teoria doutrinária que não coaduna com a legislação civilista que seria aplicável nas situações em comento, conforme entendimento do Corte Superior. Certamente, haveria uma elasticidade interpretativa errônea e em demasia, do dispositivo consumerista outrora mencionado.

Outrossim, não havendo que se falar em diálogo das fontes neste caso, abriria um subjetivismo perigoso, dando ao magistrado aval para revisar o contrato como bem entendesse, pois, como vimos, só encontra guarida no ordenamento jurídico pátrio, as revisões contratuais por alteração superveniente e desequilíbrio das prestações, com fulcro na teoria da quebra da base, nas esferas negociais que exigem especial proteção legislativa e nas relações não paritárias consumeristas.

O juiz só pode afastar a *pacta sunt servanda* com fundamento na quebra da base negocial quando, na verdade, uma das partes contratantes, pela natureza do negócio, desde as tratativas não tiver experimentado sua ampla potência volitiva contratual.

Podemos concluir que a teoria da quebra da base objetiva do negócio jurídico não é adequada para o reequilíbrio das relações contratuais civis e empresariais que foram afetadas por conta da pandemia.

### 2.3 DIREITO UNIFORME: CLÁUSULA DE HARDSHIP

A cláusula de hardship é um modelo base que visa adaptar os contratos de execução continuada, celebrados em âmbito internacional, às situações supervenientes que ensejem um desequilíbrio contratual. Nos Princípios do Unidroit, está expressa em seu art. 6.2.3<sup>47-48</sup>, que estipula os efeitos da cláusula hardship, dentre eles, que o pleito

---

do consumidor, mormente com a finalidade de conferir amparo à revisão de contrato livremente pactuado com observância da cotação de moeda estrangeira. [...] REsp 1.321.614-SP, Rel. Originário Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 16/12/2014, DJe 3/3/2015, Informativo 556, STJ.

<sup>47</sup> Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1057-article-6-2-3-effects-of-hardship>

<sup>48</sup> Article 6.2.3 (Effects of hardship) (1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based. (2) The request for renegotiation does not in itself entitle the disadvantaged party to withhold performance. (3) Upon failure to reach agreement within a reasonable time either party may resort to the court. (4) If the court finds hardship it may, if reasonable, (a) terminate the contract at a date and on terms to be fixed; or (b) adapt the contract with a view to restoring its equilibrium.

para a renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução; não havendo acordo entre as partes em tempo razoável, poderão recorrer ao tribunal; e caso o Tribunal perceba a existência de cláusula *hardship*, poderá, se for o caso, extinguir ou readequar o contrato.

Desta forma, conforme preleciona MARTINS-COSTA:

“Situações de *hardship* são previstas, em cláusulas contratuais, como causa do dever, atribuído as partes, de alterar o pactuado para minimizar a situação aflitiva que, por força do *hardship*, atingiu um ou ambos os contratantes, vindo a causar uma “disrupção fundamental” do equilíbrio contratual”<sup>49</sup>.

Nada mais é do que uma pré-determinação sobre a possibilidade de mudança – leia-se renegociação - dos termos contratuais quando sobrevier determinada situação que desequilibre o pacto anteriormente celebrado. A grande vantagem é que as partes não estarão sujeitas as leis domésticas dos países dos contraentes, que em sua ampla maioria, estipulam efeitos que destoam uma das outras.

A principal função da cláusula de *hardship* é assegurar a preservação do sinalagma, preponderando a continuação da execução do contrato, elaborando regras personalizadas que satisfaçam os interesses de ambos – *self-tailored rule* -, deixando de lado o princípio da intangibilidade do pacto negocial.

Na CISG<sup>50-51</sup>, art. 79, dispõe sobre a prática do *sales of goods* para os países signatários desta Convenção, prevê que a parte não será responsável por falha ou impedimento da execução contratual fora de seu controle, e logo no seu §3º disciplina que a isenção mencionada no artigo é válida durante o período de vigência do impedimento, reforçando

---

<sup>49</sup> MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2020, p. 79.

<sup>50</sup> Article 79: 1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it or its consequences. (2) If the party's failure is due to the failure by a third person whom he has engaged to perform the whole or a part of the contract, that party is exempt from liability only if: (a) he is exempt under the preceding paragraph; and (b) the person whom he has so engaged would be so exempt if the provisions of that paragraph were applied to him. (3) The exemption provided by this article has effect for the period during which the impediment exists. (4) The party who fails to perform must give notice to the other party of the impediment and its effect on his ability to perform. If the notice is not received by the other party within a reasonable time after the party who fails to perform knew or ought to have known of the impediment, he is liable for damages resulting from such non-receipt. (5) Nothing in this article prevents either party from exercising any right other than to claim damages under this Convention.

<sup>51</sup> Disponível em: <https://cisgw3.law.pace.edu/cisg/text/e-text-79.html> .

ainda mais a ideia de que a suspensão temporária do contrato pode ser uma excelente solução para os casos envolvendo a pandemia.

O ICC – International Chamber of Commerce<sup>52</sup> disponibilizou um modelo de cláusula voltado especificamente para casos de *force majeure* e *hardship*, como forma de atenuar os diversos efeitos das leis domésticas e suas incertezas, nos casos de renegociação infrutífera, já que para determinadas legislações a única possibilidade será resolver o negócio, enquanto que em outras a parte poderá requerer ao juiz ou árbitro a adaptação do contrato à nova circunstância.

Neste contexto, a cláusula de *hardship* serve para minimizar as incertezas independentemente da lei doméstica que o governa, podendo ser inserida em qualquer contrato.

Evidente que se trata de importante mecanismo para restaurar o equilíbrio de negócios jurídicos internacionais nesta dura fase em que vivemos, pois essa cláusula visa a revisão contratual e têm o escopo de proteger a parte em desvantagem em casos que tornaram o adimplemento do contrato mais oneroso do que se podia razoavelmente esperar ao tempo da sua celebração.

### 3 CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO: POSSÍVEL FERRAMENTA?

Adentramos em um tema que leva em consideração o moralismo, o utilitarismo e o pragmatismo. Muito se tem falado em consequencialismo jurídico como forma de atenuar os drásticos efeitos advindos da situação pandêmica. Inclusive, durante o I Congresso Digital da OAB, o Ministro Luiz Fux<sup>53-54</sup>, do Supremo Tribunal Federal, assim como Tereza Arruda Alvim<sup>55</sup>, defenderam que os Tribunais devem adotar interpretação consequencialista para enfrentar os casos concretos advindos da pandemia.

O consequencialismo jurídico consiste no dever de ponderação por parte do magistrado ao decidir uma causa, avaliando as consequências que esta trará. Por essa razão, podemos dizer que o consequencialismo jurídico está ligado ao conceito de

---

<sup>52</sup> Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/icc-force-majeure-and-hardship-clauses/>

<sup>53</sup> Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/fux-vivemos-num-momento-de-excecao-mas-nao-estamos-em-um-estado-de-excecao-27072020>

<sup>54</sup> O Ministro Fux também adotou o mesmo posicionamento anos atrás, para enfrentar outras circunstâncias, no 3º Congresso Internacional de Direito Financeiro. Disponível em: <http://abracom.org.br/wp/2016/09/02/ministro-luiz-fux-diz-que-stf-adota-postura-consequencialista/>

<sup>55</sup> Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/painel-discute-o-cpc-e-sua-aplicacao-em-tempos-de-pandemia/>

utilitarismo, analisando-se o fim em detrimento dos meios, ou seja, o que aquele resultado irá produzir.

O Ministro Luiz Fux o defendeu naquela ocasião, afirmando que os magistrados devem analisar as consequências que suas decisões e que “é hora de utilização dos incidentes de resolução de demandas repetitivas (IRDR), é hora dos tribunais utilizarem a assunção de competência, para trazer para as cortes superiores a fixação de tese, que vão pacificar o ambiente jurídico, que vão trazer segurança jurídica, que é aquilo que se deseja num momento de pandemia”<sup>56</sup>.

Contudo, o Ministro ressaltou a cautela que se deve ter para que não ultrapassem a razoabilidade, devendo fundamentar suas decisões de acordo com os ditames da Constituição Federal.

Aqui afirmamos que a interpretação consequencialista está intrinsicamente ligada ao pragmatismo, vez que o direito é uma ciência pragmática que visa resolver os casos que o norteia. O ideal do pragmatismo, movimento filosófico baseado nas lições de Charles Sanders Peirce e William James prega o bom êxito da prática em detrimento do uso da teoria.

Ademais, também há similitude com o utilitarismo de Jeremy Betham, cuja ideia principal é maximizar a felicidade da maioria em detrimento da minoria<sup>57</sup>. Basicamente Betham defendia que a utilidade era uma ciência moral que poderia servir como base para planos políticos. A principal crítica do utilitarismo é justamente não respeitar os direitos individuais e a dignidade humana, pensando tão somente no macro.

Com essa breve explanação queremos demonstrar que o consequencialismo pode ser temerário como solução para os casos envolvendo a pandemia, levando em consideração que quando a prática se sobrepõe a teoria, muitas vezes há conflitos com direitos positivados em nosso ordenamento jurídico.

Outrossim, seria dar o aval para os magistrados agirem de acordo com suas próprias convicções, não levando em conta a regra basilar desta carreira: a imparcialidade. É dizer, como bem pontuou Lenio Streck<sup>58</sup>:

---

<sup>56</sup> Disponível em: <https://www.jota.info/stf/do-supremo/fux-vivemos-num-momento-de-excecao-mas-nao-estamos-em-um-estado-de-excecao-27072020>

<sup>57</sup> Caso o leitor queira se aprofundar no assunto, sugerimos a leitura do conhecido clássico de Michael Sandel, *Justiça. O que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2019.

<sup>58</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-02/senso-incomum-covid-19-consequencialismo-dilema-trem-matar-gordinho>

“Por exemplo, quando alguém diz que deveríamos afrouxar a movimentação das pessoas e reabrir o comércio porque a economia não pode parar, está fazendo uma argumentação consequencialista. E quando um empresário, dono de hamburguerias, diz que “afinal, morreriam apenas pessoas mais velhas” ou algo assim, é o consequencialismo na veia, esculpido em carrara”.

Como visto, ironicamente, ao invés de trazer um juízo de valor justo e conivente em prol da sociedade, poderíamos ter decisões que vão de encontro com preceitos constitucionais fundamentais, sem contar na incerteza jurídica, e no favoritismo de uns, como seria, no exemplo dado, a economia em detrimento dos mais idosos. Definitivamente, é tema para se refletir com profundidade, sem dar azo ao bel prazer das convicções pessoais de uns em detrimento de outros.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Por todo exposto, é de se considerar que o mais razoável é enxergar a pandemia do COVID-19 como causa para aplicação da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, ao invés de a enfrentarmos como força maior, pois, como visto, a aplicação do art. 393, Código Civil, tem efeitos liberatórios, extinguindo a relação obrigacional.

Ademais, se assim a considerarmos iríamos de encontro ao princípio da conservação do negócio jurídico, a cláusula geral da boa-fé e ignoraríamos o dever de renegociar.

Outra solução bem quista é a suspensão contratual que, apesar de não termos dispositivo que mencione expressamente a suspensão da exigibilidade da prestação de caráter geral, é completamente viável o diálogo das fontes e outras formas de interpretação, até mesmo principiológicas, para sua aplicação, a depender do caso concreto.

A teoria da quebra da base do negócio jurídico não foi amparada pelo nosso ordenamento jurídico, razão pela qual acreditamos ser inviável sua utilização como solução para a problemática em comento. Outrossim, vimos que tal teoria entra no campo dos vícios de vontade, situação divergente da que tratamos, sem contar que contamos com um aparato legislativo de soluções mais que suficientes para enfrentarmos a pandemia.

Já para as relações paritárias de âmbito internacional, podemos – leia-se devemos - recorrer a cláusula de hardship, forma mais eficaz de evitar conflitos por conta das diversidades concernentes das legislações domésticas dos países dos contratantes envolvidos.

Por fim, o consequencialismo jurídico deve ser encarado com cautela, sendo necessário uma maior reflexão sobre a temática por abrir espaço para incertezas jurídicas, violações de direitos individuais e por eventual comprometimento da imparcialidade dos magistrados.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. São Paulo: Saraiva, 1955.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Inaplicabilidade da teoria da imprevisão e onerosidade excessiva na extinção dos contratos*. Disponível em: [HTTP://WWW.ABLJ.ORG.BR/REVISTAS/REVISTA36E37/REVISTA36E37%20C3%81LVARO%20VILLA%20AZEVEDO%20INAPLICABILIDADE%20DA%20TEORIA%20DA%20IMPREVIS%20E%20ONEROSIDADE%20EXCESSIVA%20NA%20EXTIN%20C3%A7%20DOS%20CONTRATOS.PDF](http://www.ablj.org.br/revistas/revista36e37/revista36e37%20C3%81LVARO%20VILLA%20AZEVEDO%20INAPLICABILIDADE%20DA%20TEORIA%20DA%20IMPREVIS%20E%20ONEROSIDADE%20EXCESSIVA%20NA%20EXTIN%20C3%A7%20DOS%20CONTRATOS.PDF)

GIANFELICI, Mario César. *Caso fortuito y caso de fuerza mayor en el sistema de responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1995.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LARENZ, Karl. *Base del Negócio Jurídico y Cumplimento de los contratos*. Trad. Carlos Fernandez Rodriguez. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Do caso fortuito e da força maior: excludentes de culpabilidade no Código Civil de 2002*. In: NERY, Rosa Maria de Andrade; DONNINI, Rogério (Coord.). *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao Professor Rui Geraldo Camargo Viana*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 81-102.

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação. Estudo de Direito Comparado Luso-brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith, *Comentários ao novo código civil*. V. 5, tomo 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MAZEAUD, Henri; MAZEAUD, Léon. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. V. 2 Paris: Librairie du Recueil Sirey, 1939.

NANNI, Giovanni Ettore. Vários autores. *Comentários ao Código civil: direito privado contemporâneo*. NANNI, Giovanni Ettore (coord), São Paulo: Saraiva jur, 2018.

OERTMANN, Paul. *Die Geschäftsgrundlage: ein neuer Rechtsbegriff*. Leipzig: Deichert, 1921.

PERLINGIERI, Pietro, *Manuale di diritto civile*, 6ª ed., Napoli: Edizione Schientifiche Italiane, 2007.

ROSENVALD, Nelson. *O direito como experiência – Dos “coronation cases” ao “coronavirus cases”*. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/04/06/o-direito-como-experiencia-dos-coronation-cases-aos-coronavirus-cases/>

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva jur, 2020.

SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da COVID-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19--esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>

ZANETTI, Cristiano de Sousa; Vários autores. *Comentários ao Código civil: direito privado contemporâneo*. NANNI, Giovanni Ettore ( coord), São Paulo: Saraiva jur, 2018.