

A PANDEMIA DO COVID-19 E O DESAFIO DA INCERTEZA NAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS

Fernanda Linden Ruaro Peringer¹

Ricardo Lupion²

Resumo: O presente artigo visa analisar o impacto das incertezas geradas pela pandemia do covid-19 nos contratos empresariais. É fato notório que o novo coronavírus se espalhou rapidamente pelo mundo, acarretando diversas consequências em face das medidas restritivas impostas por medidas governamentais, o que, indubitavelmente, transformou-se em uma crise nunca antes vista. Desta forma, em face do cenário de incerteza que hoje se apresenta, especificamente no âmbito jurídico e econômico, propõe-se examinar os contratos empresariais e o ambiente empresarial sob enfoque da existência (ou não) de um dever de cooperação entre os contratantes.

Palavras-Chave: Contratos empresariais. Contratos existenciais. Contratos de Lucro. Dever de cooperação. Crise. Pandemia. Covid-19.

Sumário: Introdução. 1. Da crise nos contratos empresariais no cenário da pandemia (covid-19). 2. Ambiente empresarial: atuação profissional, organizada e direcionada à obtenção de lucro

¹ Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Advogada.

² Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Empresariais pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Titular de Direito Empresarial na Escola de Direito da PUCRS. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) na PUCRS, Advogado.

3. Do dever de cooperação entre os contratantes nos contratos empresariais. 4. Conclusão: em tempos de incerteza, há conclusão? Referências.

INTRODUÇÃO



fato inegável que a pandemia do Covid-19 causou uma grande desordem nas relações contratuais, não se mostrando diferente nas relações empresariais. O novo coronavírus (Sars-Cov-2) foi declarado no dia 30 de janeiro de 2020, pela Organização Mundial de Saúde (OMS), como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Mundial, sendo, posteriormente, no dia 11 de março, declarado como pandemia, considerando seu alto grau de disseminação.

As consequências causadas pela pandemia, que na realidade se deram em virtude do isolamento social com marco inicial no dia 20 de março de 2020, geram, ainda, grande instabilidade econômica trazendo dificuldades nunca antes vivenciadas no cumprimento das obrigações contratuais, principalmente, nos contratos empresariais de longa duração³. Assim, muitas são as

³ Sobre contratos de colaboração, dever de negociação e rompimento, consultar: DUARTE, Victória Albertão. *Contratos empresariais de colaboração: a resilição unilateral e a proteção dos investimentos* 2020. 120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre). “No plano jurídico, a racionalidade jurídica se reflete em contratos empresariais de longa duração, os quais tem por característica obrigações de caráter continuado ou de trato sucessivo e não apenas uma operação isolada de compra e venda” (FAGANELLO, Tiago. *Contratos empresariais de longa duração e incompletude contratual*. 125 f. Dissertação - Mestrado em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017). “Os contratos de longa duração ganham muita relevância no âmbito empresarial. Isso porque permitem, de um lado, a adaptabilidade dinâmica às necessidades concretas de uma empresa, diminuindo os custos (economiza-se, com efeito, nos custos de transações, por exemplo); de outro, o atendimento imediato de tais necessidades, sem que seja necessário aguardar o tempo necessário para as tratativas, negociações etc”. (RAMOS, Vitor de Paula. *A dependência econômica nos contratos de longa duração*, In: Revista Brasileira de Direito Civil. Belo Horizonte,

dúvidas acerca da melhor forma de solução dos conflitos surgidos, questionando-se qual seria a melhor solução a ser dada em relação ao cumprimento dos contratos empresariais.

Desta forma, tratando-se de contratos que têm por pressuposto determinada realidade fática que foi radicalmente alterada, de modo a agravar ou impedir o seu regular cumprimento em momento posterior, quais seriam as soluções para tais situações? Parafraseando Resedá: “Todos querem apertar o botão vermelho do art. 393 do Código Civil para se ejetar do contrato em razão da covid-19, mas a pergunta que se faz é: todos possuem esse direito?”.⁴

No entendimento de Bruno Miragem, torna-se necessário diferenciar os contratos cujos efeitos se projetam no tempo, ou seja, aqueles contratos de duração sucessiva ou periódica, dos contratos de simples diferimento entre o momento da sua celebração e o da realização da prestação, de que modo que a situação atual, ou seja, a pandemia altera a relação contratual⁵.

Conforme o jornal “El País”, da Espanha, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) estima que a “Crise do coronavírus levará mais de 11,5 milhões de latino-americanos ao desemprego neste ano”.⁶ A lógica é: nos Estados que adotaram ou vierem a adotar o chamado “*lockdown*” (bloqueio total) das

v. 20, pp. 18-38, abr./jun. 2019).

⁴ RESEDÁ, Salomão. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323958/todos-querem-apertar-o-botao-vermelho-do-art-393-do-codigo-civil-para-se-ejetar-do-contrato-em-razao-da-covid-19-mas-a-pergunta-que-se-faz-e-todos-possuem-esse-direito> Acesso em 10 abril 2020. BRASIL. Código Civil. Artigo 393: Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.

⁵ MIRAGEM, Bruno. *Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil*. Disponível em http://genjuridico.com.br/2020/03/27/coronavirus-responsabilidade-civil/#_ftnref2. Acesso em 01 de março de 2021.

⁶ Jornal El País. Disponível em <https://brasil.elpais.com/economia/2020-05-22/crise-do-coronavirus-levara-mais-de-115-milhoes-de-latino-americanos-ao-desemprego-neste-ano.html>. Acesso em 31 de agosto de 2020.

atividades, serão mais graves ainda os prejuízos causados em detrimento dessas ordens, visto que quanto mais tempo durar a paralização das atividades, maiores serão as consequências, levando inúmeros empresários à insolvência e, até mesmo, à falência.

Além disso, diante de um cenário distópico, muitas são as questões jurídicas que estão surgindo a respeito do cumprimento dos contratos empresariais. Deste modo, competirá ao Poder Judiciário, inevitavelmente, suscitar sobre essa nova realidade.

Nesse contexto, o presente artigo visa analisar o efeito das incertezas geradas pela pandemia no cumprimento dos contratos empresariais, celebrados antes da pandemia.

Por fim, para atingir o resultado desejado, o estudo utilizará o método de abordagem hipotético-dedutivo, utilizando-se como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica e explicativa, bem como artigos já publicados sobre o tema.

1. DA CRISE NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS NO CENÁRIO DA PANDEMIA (COVID-19)

As circunstâncias atuais, que na realidade se deram em virtude do isolamento social com marco inicial no dia 20 de março de 2020, provocam grande instabilidade econômica, trazendo dificuldades e desequilíbrios inéditos sobre a forma de cumprimento dos contratos empresariais.

Desde o início da pandemia tudo se tornou extremo: o número de mortes, o número de doentes, as informações descontraçadas, uma grave crise econômica sendo que, na realidade, esperava-se que o Brasil alavanca-se de vez com a nova Lei de Liberdade Econômica n.º 13.874, de 20 de setembro de 2019. Contudo, a realidade que hoje se apresenta é completamente diversa daquela que se esperava e se imaginava, o sonho da liberdade econômica, que se transformou no pesadelo da pandemia

da covid-19.⁷

De fato, a paralisação integral das atividades de alguns setores de atividades tidas como não essenciais, o abre-fecha, o reabre-refeça têm levado a uma diminuição no ritmo de trabalho. Conseqüentemente, acarreta na desaceleração do consumo de produtos e serviços levando a uma queda no fluxo de caixa de inúmeras empresas e, também, ao descumprimento de várias obrigações anteriormente pactuadas: “é como se tivessem ‘tirado a economia da tomada — e ninguém sabe quando e como ela vai religar. Em grande medida, o dinheiro deixou de circular. Quem possui recursos segura-os ao máximo; quem não os tem apenas avisa que não há como pagar”.⁸

Torna-se importante, para o presente estudo, destacar que os contratos empresariais muitas vezes assumem uma condição de execução continuada, ou seja, são contratos de longa duração, que persistem no tempo, acarretando, muitas vezes, na sua natural incompletude. Portanto, diante de um fato imprevisível, como a atual pandemia, não pode ser deixada de lado a forma de interpretação e integração contratual dos contratos de longa duração.

No entanto, é preciso agir com atenção de modo a se evitar soluções que, no ímpeto de responder à crise, force a subsunção da pandemia a modelos normativos que não a comportam efetivamente⁹.

Aqui, cabe abrir espaço para sintetizar que até o advento da LLE não existia no ordenamento jurídico brasileiro norma geral prevendo a possibilidade de revisão dos contratos,

⁷ LUPION, Ricardo. “O sonho da liberdade econômica, o pesadelo da pandemia do covid-19 e a empresa resiliente”. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol 4, págs 2493-2521.

⁸ Scalzilli, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. *Pandemia, crise econômica e Lei de Insolvência*. Porto Alegre, RS. Buqui, 2020, p. 29

⁹ DE SOUZA, Eduardo Nunes, SILVA, Rodrigo da Guia. *Relação contratual nos tempos do novo coronavírus*. <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em 29 de agosto de 2020.

inclusive em situação tidas como excepcionais. A doutrina possibilitava espaço para a modificação dos efeitos dos contratos tão-somente nas situações previstas nos artigos 317, 478 e 479, todos do Código Civil Brasileiro. Contudo, nenhum dos artigos citados anteriormente abarca a possibilidade de revisão geral dos contratos¹⁰.

Nesse mesmo sentido, Francisco Marino afirmou a respeito da possibilidade de revisão contratual, ainda sob a perspectiva anterior a LLE, que “não há, em suma, um princípio geral da revisão dos contratos no Direito positivo brasileiro”¹¹.

Na visão de Fábio Ulhoa Coelho¹² “os contratos são empresariais (comerciais ou mercantis), assim, se os dois contratantes são empresários”. Seguindo a mesma linha de raciocínio para André Luiz Santa Cruz Ramos¹³ são “contratos estritamente empresariais aqueles formulados entre dois empresários”.

Deste modo, se analisado pelo viés econômico e jurídico, o contrato empresarial tem como atributo basilar a função econômica, caracterizada pelo objetivo materializado através do lucro. Assim sendo, como bem pontuou Adelino Borges Ferreira Filho, esta modalidade de relação negocial realizada entre empresas ou entre empresas e indivíduos define-se pela finalidade patrimonial.¹⁴

O artigo 421 do Código Civil de 2002, com a redação dada pela Lei de Liberdade Econômica, dispõe que “a liberdade

¹⁰BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos, lei de liberdade econômica e o coronavírus*. Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/ConJur_Funossocialdoscontratosleidaliberdadeeconmica_eoronavirus.pdf. Acesso em 01 de setembro de 2020.

¹¹MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão Contratual. Onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 24 – 32.

¹²COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 254.

¹³RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. 8ª edição. São Paulo: Editora Gen, 2018, p. 639.

¹⁴FILHO, Adelino Borges Ferreira, *A Função Social do Contrato Empresarial*, Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/5854-18241-2-PB.pdf. Acesso em 14 de julho de 2020.

de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, e que “nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

Impende sopesar que nos contratos empresariais, a simetria entre as partes pode ser presumida, a qual só poderá ser relativizada em casos concretos. Ademais, cumpre ressaltar que possibilitar ampla intervenção estatal em contratos desta natureza, importaria em afronta ao próprio texto constitucional, mais especificamente o seu artigo 170, caput e inciso IV, que consagra como princípios da ordem econômica a livre iniciativa e a livre concorrência.

O novel dispositivo da Lei de Liberdade Econômica, de forma expressa, acrescentou no Código Civil o artigo 421-A, vejamos:

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

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

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

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

De irrefutável importância asseverar que na elaboração de contratos empresariais deve atentar-se, entre outros aspectos, à probabilidade de riscos, conforme destacado acima no artigo 421-A, inciso II, do CC. Desta forma, a despeito do que as partes contratantes acordarem, é natural que a incerteza acompanhará os negócios, ora com resultados positivos, ora com implicações desastrosas (como no momento atual). Portanto, a conduta das partes, em contratos de execução continuada, deve ser distinta daquele comportamento que se espera em contratos de execução

imediate, fazendo-se “necessária uma maior cooperação entre as partes, em todas as fases contratuais, principalmente na fase de execução, que se protraí no tempo”¹⁵.

De tal modo, a existência do alto custo de transação para a completude contratual pode levar à necessidade de reconhecer a utilidade dos contratos tidos como incompletos, dados os elevados custos de transação para regular, antecipadamente, todos os possíveis cenários e suas consequências. Os contratos empresariais, especialmente aqueles de longa duração¹⁶, “não contêm — e não podem mesmo conter — a previsão sobre todas as vicissitudes que serão enfrentadas pelas partes”¹⁷.

Fernando Araújo alerta que:

É frequente verificar-se que a negociação dos contratos nem sempre revela um adequado nível de previsão e de explicitação de todos os aspectos que uma estipulação mais completa poderia abarcar, nomeadamente a descrição mais exaustiva do objeto do contrato, a enumeração das contingências susceptíveis de interferirem na onerosidade do contrato, a definição dos standards de cumprimento, de incumprimento ou de cumprimento defeituoso, e o estabelecimento de um quadro preventivo ou sancionatório [...]. Mas na busca de um contrato mais completo, o esforço das partes pode «esbarrar» com a necessidade de uma peculiar ponderação custo-benefício: valerá a pena continuar a negociar e a estipular, se porventura para lá de certo limite se torna difícil estabelecer deveres suplementares de forma eficaz – ou seja, obrigação que ainda sejam supervisionáveis pela contraparte ou sindicáveis por um terceiro?¹⁸.

Nesse viés, a teoria econômica do contrato incompleto afasta a ideia de completude contratual, por demonstrar,

¹⁵SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longa duração e dever de cooperação*. Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Desktop/TESE%20DE%20DOU-TORADO.pdf. Acesso em 01 de setembro de 2020.

¹⁶FAGANELLO, Tiago. *Incompletude dos contratos de longa duração*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/faganello-incompletude-contratos-longa-duracao>. Acesso em 01 de setembro de 2020.

¹⁷FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 155.

¹⁸ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 147 e 152;

conforme destacado por Giuseppe Bellantuono que "nenhum contrato estabelece uma disciplina específica para todos os eventos que poderiam interferir na execução das obrigações"¹⁹. Arriscar-se-ia dizer que prever todas as futuras possíveis contingências seria uma atividade arriscada e, mesmo assim, sujeita a condições de incerteza.

Outro ponto a ser considerado é a possibilidade do surgimento de comportamentos oportunistas: seja do lado do devedor, para obter a revisão do contrato apenas pela mera dificuldade subjetiva de prestar decorrente de redução de fluxo de caixa ou, ainda, pelo intento de não desejar recorrer a reservas financeiras ou, mesmo, obtenção de crédito; seja do lado do credor, em exigir a prestação originalmente pactuada diante da alteração superveniente de circunstâncias com efeitos imprevisíveis e extraordinários sobre o contrato e que pode ensejar a frustração da função econômica, com recusa à renegociação imposta pela boa-fé. Enfim, o comportamento oportunista deve ser inibido e, incentivado o comportamento cooperativo, inerente aos deveres da boa-fé.²⁰

Ana Frazão, alerta sobre a alegação “em abstrato” dos impactos da pandemia da covid-19 que possa ser feita pela parte, na busca da revisão e/ou da resolução do contrato, afirmando:

Entretanto, se há um ponto sobre o qual existe considerável convergência, senão unanimidade é o fato de que todas essas soluções precisam considerar as peculiaridades do caso concreto. Isso afasta preliminarmente a ideia de que a pandemia

¹⁹ UINIE, Caminha; Juliana Cardoso Lima *Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo*. Rev. direito GV vol.10 no.1 São Paulo Jan./June 2014. Apud BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: Cedam, 2000, p. 61. https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322014000100007&script=sci_arttext&tlng=pt#tx01 Acesso em 25 de fevereiro de 2021.

²⁰ PIANOVSKI Carlos Eduardo. *A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas* Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324727/a...-19-entre-boa-fe-abuso-do-direito-e-comportamentos-oportunistas>. Acesso em 16 de abril de 2020.

possa ser um fato que desequilibra todos os contratos na mesma extensão e, exatamente por isso, justificaria de forma apriorística o descumprimento, a resolução ou a revisão. Daí os cuidados que se deve ter com soluções amplas e generalizantes. Mesmo a breve experiência que já estamos tendo com a pandemia mostra que os seus impactos realmente divergem conforme o tipo e as circunstâncias dos contratos, assim como variáveis externas – como os casos em relação aos quais se cogita da aplicação da teoria do fato do príncipe. Em vários casos, a impossibilidade de cumprimento da prestação é apenas momentânea, o que igualmente não justificaria soluções extremas, como a resolução.²¹

Fala-se em recuperação da economia global em forma de “K”, isto é, após um brutal declínio, segue-se uma divisão entre setores que terão uma vigorosa recuperação (tecnologia) e outros que permanecerão em queda livre (turismo).²² Assim sendo, seria possível falar-se em dever de cooperação nos contratos empresariais? No próximo tópico serão apresentadas as principais características da atividade empresarial.

2. AMBIENTE EMPRESARIAL: ATUAÇÃO PROFISSIONAL, ORGANIZADA E DIRECIONADA À OBTENÇÃO DE LUCRO

A atividade empresarial reúne os seguintes elementos: exercício de atividade econômica, organização dos fatores da produção e comportamento profissional voltado à obtenção de lucros, mediante a assunção dos riscos a ela inerentes.

Um dos elementos a ser destacado nos contratos empresariais é o fato de que são realizados por empresas no exercício

²¹ FRAZÃO, Ana. *Impactos da covid-19 sobre os contratos empresariais*. <https://www.aasp.org.br/em-pauta/impactos-da-covid-sobre-os-contratos-empresariais/>. Acesso em 15 de julho de 2020.

²² Disponível em [https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54229154#:~:text=O%20FMI%20\(Fundo%20Monet%C3%A1rio%20Internacional,recupera%C3%A7%C3%A3o%20s%C3%B3%20vir%C3%A1%20em%202020](https://www.bbc.com/portuguese/internacional-54229154#:~:text=O%20FMI%20(Fundo%20Monet%C3%A1rio%20Internacional,recupera%C3%A7%C3%A3o%20s%C3%B3%20vir%C3%A1%20em%202020) Acesso em 22 de setembro de 2020.

das suas atividades: “O estabelecimento de vínculo jurídico entre empresários parte de dois pressupostos básicos, compartilhados pelos partícipes da avença. O primeiro deles é a certeza de que a contratação colocá-los-á em uma situação mais vantajosa daquela em que se encontram. [...] O segundo é que a contratação é feita na esperança de que atinja determinados objetivos, ou seja, desempenhe determinada função”.²³

Para alcançar os seus objetivos, a empresa necessita de uma mínima preparação ou organização. Somente se organizar e planejar os seus negócios e, sobretudo, se aproveitar as oportunidades negociais que surgirem à sua frente, a empresa poderá se manter em funcionamento.²⁴ Nessa perspectiva, os contratos empresariais assumem a função de “planificar, antecipar o futuro e, mesmo, de certo modo, ‘trocar’ o presente pelo futuro ou, vice-versa, assumir uma desvantagem presente em troca de uma vantagem futura”.²⁵

O empresário, como homem de negócios cuja profissão está no contratar, tem tal energia de prontas e sagazes deliberações. Cada empresa de alguma importância conta com setores especializados, com o domínio de técnicas de atuação, tais como das compras por tomadas de preços e seletivas, das planilhas de custos, do ponto de equilíbrio, da análise dos balanços, da racionalização do trabalho, do gerenciamento setorizado, da segurança do trabalho, da prevenção de acidentes, do marketing, da política de preços, da capitalização, das projeções preventivas, dos planejamentos dos investimentos propriamente

²³ FORGIONI, Paula. "Interpretação dos negócios empresariais". *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais* / Wanderley Fernandes (coord.). São Paulo: Saraiva, 2007. p. 82.

²⁴ A organização é muito mais importante que o capital. Nela se baseia o sucesso de qualquer empresa, razão pela qual ela deve ser cuidada zelosamente. MIRANDA JR., Darcy Arruda. *Curso de direito comercial*. 1º. vol, parte geral. São Paulo: Saraiva. p. 100.

²⁵ MONTEIRO, Antônio Pinto. “Erro e teoria da imprevisão”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, p. 10.

econômicos.²⁶

Fruto de uma reflexão do saudoso Junqueira Azevedo pode-se falar numa nova dicotomia contratual do século XXI, por categorias, separando-se os contratos existenciais dos contratos de lucro, nos termos seguintes:

“[...] estou propugnando por uma nova dicotomia contratual – contratos existenciais e contratos de lucro, a dicotomia do séc. XXI – porque essas duas categorias contratuais não devem ser tratadas de maneira idêntica na vida prática. Os contratos existenciais têm como uma das partes, ou ambas, as pessoas naturais; essas pessoas estão visando a sua subsistência. Por equiparação, podemos também incluir nesse tipo de contrato, as pessoas jurídicas sem fins lucrativos. Os, as pessoas naturais não são “descartáveis” e os juízes têm que atender à suas necessidades fundamentais; é preciso respeitar o direito à vida, à integridade física, à saúde, à habitação, etc. de forma que cláusulas contratuais que prejudiquem esses bens podem ser desconsideradas. Já os contratos de lucro são aqueles entre empresas ou entre profissionais e, inversamente, se essas entidades ou pessoas são incompetentes, devem ser expulsas, “descartadas”, do mercado ou da vida profissional. No caso desses contratos de lucro, a interferência dos juízes perturba o funcionamento do mercado ou o exercício das profissões; o princípio *pacta sunt servanda* tem que ter aí força.”²⁷

²⁶ GARCIA, Ricardo Lupion. *Boa-fé Objetiva nos Contratos Empresariais. Contornos Dogmáticos dos Deveres de Conduta*. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2010, págs. 139/154.

²⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. “Diálogos com a doutrina: entrevista com Antonio Junqueira de Azevedo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 34, págs. 304-305. Foi com essa mesma perspectiva que o Prof. Junqueira já tinha participado da atualização da obra de Orlando Gomes: “Na esteira da consagração da noção de empresa em nosso Código, uma nova dicotomia toma corpo. Há, de um lado, *contratos empresariais*, que são aqueles celebrados entre empresários, pessoas físicas ou jurídicas, ou, ainda, entre um empresário e um não-empresário, desde que este tenha celebrado o contrato com o fim de lucro. E, de outro lado, há os *contratos existenciais* ou *não-empresariais*, firmados entre não-empresários ou entre um empresário e um não-empresário, sempre que para este a contratação não tenha objetivo de lucro. Dentre os contratos existenciais, encontram-se todos os contratos de consumo, bem como os contratos de trabalho, locação residencial, compra da casa própria e, de uma maneira geral, os que dizem respeito à subsistência da pessoa humana. São exemplos de contratos empresariais os de agência, distribuição, fornecimento, transporte, *engineering*,

Esse entendimento foi secundado por Teresa Negreiros que propôs o uso do paradigma da essencialidade para distinguir situações existenciais das situações patrimoniais para justificar uma tutela qualitativamente diversa.²⁸

Tempos depois, o Min. Ruy Rosado também justificou a necessidade de distinção entre contratos não-empresariais (ou existenciais) e contratos empresariais (de lucro), porque os contratos não empresariais (ou existenciais) “admitem maior participação do juiz na apreciação do seu conteúdo e eventual revisão, tudo feito com o propósito de respeitar a sua função social”, enquanto nos contratos empresariais (de lucro) “essa intervenção heterônoma seria de menor força” porque, como se cuida de atividade de risco, que objetiva lucro, com propósito eminentemente patrimonial, incumbe “às partes os cuidados que devam adotar na celebração, cabendo-lhes sofrer os prejuízos que decorram da sua imprevisão”²⁹

Assim, o dever de cooperação das partes – que será examinado no próximo tópico - pode ter maior ou menor intensidade quando se tratar de um contrato com as características da atividade empresarial, em razão da dicotomia proposta, para separar os contratos existenciais dos contratos de lucro.

3. DO DEVER DE COOPERAÇÃO ENTRE OS

consórcio interempresarial, franquia e os contratos bancários, dentre outros. Essa nova dicotomia, que defendemos e, a nosso ver, a verdadeira dicotomia contratual do século XXI. Por força da renovação dos princípios contratuais e da frequência da sua concretização, não se pode mais empregar a palavra ‘contrato’ sem consciência dessa classificação. Ademais, ela é operacional. Os contratos empresariais apresentam importantes peculiaridades de tratamento, v.g., no que diz respeito à interpretação (papel mais acentuado dos usos comerciais), à alteração das circunstâncias (menor possibilidade de revisão contratual) e à aplicação dos princípios da boa-fé e da função social do contrato”. GOMES, Orlando. *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2008, v. 3, págs. 231-232.

²⁸ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, págs. 449-487.

²⁹ AGUIAR JR, Ruy Rosado de. “Contratos relacionais, existenciais e de lucro”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 45, págs. 91-111.

CONTRATANTES NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS

Desde o século XII, o direito oscila ora entre o que foi estritamente contratado entre as partes (*pacta sunt servanda*) e ora admitindo que se façam alterações supervenientes ao *status quo* contemporâneo à contratação (*rebus sic stantibus*)³⁰.

A doutrina alemã compreende que a renegociação (*Neuverhandlungspflichte*) está atrelada ao dever de cooperação, resultante e intimamente ligada com princípio da boa-fé objetiva, especialmente nos casos em que há quebra da base objetiva do negócio³¹. Ou seja, soluções alternativas podem e devem ser alcançadas pelas próprias partes contratantes para preservar o cumprimento de seus contratos³², evitando-se, desta forma, a exceção da ruína. Assim, o contrato se tornaria reflexo da adaptação bilateral e cooperativa das condições do contrato.

Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho e João Hora Neto acreditam que “na vida contemporânea, o contrato não é apenas um poderoso instrumento de circulação de riqueza na economia capitalista, mas também visa a efetivar os valores constitucionais, mediante o adequado sopesamento dos interesses contratados”. Para os autores, o contrato deve ser visto como um processo complexo, dinâmico, de cooperação e confiança, exigindo-se das partes contratantes uma série de atividades com o viés de atingir satisfatoriamente o fim almejado.³³

³⁰ DUARTE, Ronnie Preuss. *Apontamentos sobre o dever de solidariedade na jurisprudência de exceção*. Disponível em: Apontamentos sobre o dever de solidariedade na jurisprudência de ... - Migalhas (uol.com.br). Acesso em 26 de fevereiro de 2021.

³¹ GOMES, Josiane Araújo. *Os contratos de plano de saúde à luz da boa-fé objetiva*. Revista de Direito Privado. vol. 60. 2014. p. 217-234.

³² SCHREIBER, Anderson. *Devagar com o andor: coronavírus e contratos – importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirusecontratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em 02 de setembro de 2020.

³³ PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga; HORA NETO, João. *Equilíbrio contratual: Dever ou faculdade de renegociar o contrato?* Disponível em Equilíbrio

Contudo, com relação aos contratos empresariais, Ronnie Preuss Duarte aponta que a assunção de riscos é uma expressão da autonomia privada, bem como faz parte da essência dos contratos empresariais que, uns ganhem e outros percam no âmbito das relações negociais. Enfatiza ainda que “ao contrário do que pretendem alguns, não há norma geral que assegure, mediante um juízo de equidade, a redistribuição de prejuízos resultantes do malogro de qualquer dos contratantes por fatos supervenientes, ainda que decorra de circunstância injusta e inesperada” e ressalta que:

A regra em qualquer país situado em patamares avançados de desenvolvimento civilizatório é o estrito cumprimento ao quanto pactuado. Cuida-se, para além de imperativo da segurança jurídica, de requisito essencial à sanidade econômica de qualquer nação. As exceções dependem do atendimento aos pressupostos indicados no respectivo ordenamento jurídico. Assim é aqui no Brasil³⁴.

O autor também reforça a necessidade de “criação de padrões decisórios claros para a construção de uma jurisprudência que atenda aos reclamos do momento com o necessário equilíbrio e sem incorrer em qualquer dos pecados capitais: a omissão conveniente ou o intervencionismo exagerado”³⁵.

Importante registrar que, no momento da celebração dos contratos empresariais - as partes procuram antever os riscos inerentes ao objeto da relação contratual elencando as possíveis consequências jurídicas em caso de eventual concretização³⁶. Ademais, espera-se que os contratantes tenham e busquem uma postura distinta com a finalidade de cooperação para que o cumprimento do contrato ocorra de forma eficiente.

Não obstante, conforme muito bem pontuado por Tiago Faganello, nos contratos empresariais “analisamos, também, o

contratual: Dever ou faculdade de renegociar o contrato? - Migalhas (uol.com.br) Acesso em 26 de fevereiro de 2021.

³⁴ DUARTE, Ronnie Preuss. *Obra citada*.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ FAGANELLO, Tiago. *Obra citada*.

dever de cooperação decorrente da boa-fé objetiva, suas peculiaridades e forma de aplicação aos contratos de longo prazo, sempre considerando os novos paradigmas dos contratos, associados com o papel e a importância dos contratos à sociedade e à economia”. Desta forma, prossegue o autor, em face do caráter de imprevisibilidade dos contratos empresariais de longa duração torna-se impossível antever todas as possíveis contingências, bem como as alocações de riscos que porventura possam se fazer presentes mais adiante³⁷.

Ainda no que diz respeito aos contratos empresariais de longa duração, “a cooperação tem forte importância”, porque impõe uma postura mais próxima e legal, “dado o seu caráter relacional e incompleto, na visão de Giuliana Bonanno”³⁸.

No que compete à problemática advinda da pandemia, Ronnie Duarte destaca que não é possível desconsiderar a magnitude das repercussões sociais do Covid-19, as quais se revelam, ainda, totalmente imprevisíveis. O autor também acredita que “a tendência é que, pelo menos para a regulação dos efeitos jurídicos da pandemia, construa-se uma jurisprudência de exceção, que deverá atender à finalidade precípua de solucionar os significativos desafios do momento”³⁹.

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem incentivando e recomendando soluções negociais de conflitos, sejam por meio de um mediador ou ainda de um árbitro. Na visão de Ana Frazão o dever de cooperação faz parte do próprio objeto contratual, ou seja, devem ser mantidos todos os esforços para manutenção do vínculo, ainda que diante de modificações. E, complementa, assegurando que embora não se observe incondicionalmente o princípio do *pacta sunt servanda* existe a necessidade de se conter o oportunismo excessivo para garantir-se a

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Desktop/TESE%20DE%20DOUTORADO.pdf. Acesso em 31 de agosto de 2020.

³⁹ DUARTE, Ronnie. *Obra citada*.

continuidade do pacto, ainda que por meio da sua revisão ou adaptação⁴⁰.

Não obstante, parece não haver dúvidas de que o novo coronavírus é um fato imprevisível, seja em relação à sua existência, seja em relação às suas consequências. Assim sendo, considerando a problemática atual, bem como não ser possível mensurar todos os potenciais incidentes que poderiam trazer no âmbito do contrato, nem inserir todas as excepcionalidades de maneira explícita na forma de cláusulas, uma alternativa razoável seria a colaboração e a negociação das partes em busca de uma solução possível para a solução dos impactos causados pela pandemia do covid-19.

Paula A. Forgioni destaca que os contratos de longa duração exigem colaboração entre as empresas envolvidas, nos seguintes termos:

Sabe-se hoje que, em contratos de longa duração, que exigem forte carga de colaboração das empresas envolvidas, mostra-se altamente ineficiente forçá-las a permanecer no negócio contra a vontade de uma delas. A associação simplesmente deixa de progredir, emperrando a cada nova situação que se apresenta. Sem congruência de vontades, impera a desconfiança e esvai-se a disposição para empreender conjuntamente. Os acordos congelam sua capacidade de adaptação, tendendo ao desgaste e à ineficiência. Na ausência de regra contratual em sentido diverso, inexistente vantagem para o sistema em sua manutenção a fórceps, contra a vontade de uma delas⁴¹.

Ademais, o dever de renegociar o contrato, na visão de Anderson Schreiber, pode surgir da interpretação do artigo 422 do Código Civil e a recusa daquele que está favorecido pelo desequilíbrio econômico do contrato, poderia ensejar pleito indenizatório pela parte afetada pelo desequilíbrio.⁴² Todavia,

⁴⁰ FRAZÃO, Ana. *Obra citada*

⁴¹ FORGIONI, Paula A. "Interpretação dos negócios empresariais". *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. FERNANDES, Wanderley (Coord.), Série GV Law. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 296.

⁴² SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e o Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018.

mesmo diante das gravíssimas consequências da pandemia do covid-19, o desafio está em caracterizar essa recusa como um ilícito contratual capaz de ensejar pleito indenizatório.

4. CONCLUSÃO: EM TEMPOS DE INCERTEZA, HÁ CONCLUSÃO?

Não há dúvida que a realidade fática presente no momento da celebração dos contratos empresariais anteriores à pandemia do covid-19 foi brutalmente alterada e não poderia ser prevista ou sequer imaginada pelas partes contratantes.

Ainda que uma das partes pudesse ter esse vaticínio, os custos de regulação dos seus impactos e dos ajustes contratuais decorrentes dos seus impactos seriam elevadíssimos e, portanto, a teoria econômica do contrato incompleto afasta a ideia da completude do contrato e, portanto, de regulação *ex ante* desse gravíssimo e inimaginável evento.

A rigor, não há culpa de nenhuma das partes porque a paralisação da atividade econômica é fruto de um fato do príncipe, uma determinação da administração pública, que independe da vontade das partes. Também não há uma fórmula mágica. E, talvez, a solução que seja mais eficiente deva ser pausada em deveres de colaboração recíprocos e estruturada sob uma lógica de tempo e disponibilidade de espaço. É preciso avaliar e considerar a possibilidade de reabertura das renegociações com custos de transação inferiores aos da judicialização⁴³.

Também pretendeu-se demonstrar as características do ambiente empresarial, que reúne os seguintes elementos: exercício de atividade econômica, organização dos fatores da produção e comportamento profissional voltado à obtenção de lucros, mediante a assunção dos riscos a ela inerentes, sendo possível,

⁴³ GONÇALVES, Oksandro. *A racionalidade econômica dos contratos em épocas pandêmicas*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/326110/a-racionalidade-economica-dos-contratos-em-epocas-pandemicas> Acesso em 10 maio 2020

falar-se numa nova dicotomia contratual, separando-se os contratos de lucro dos contratos existenciais.

Por fim, inobstante as características antes referidas do ambiente empresarial, se houver cooperação entre os contratantes, mesmo nos contratos empresariais, o que se espera, principalmente em situações atípicas e extremas como a da pandemia do covid-19, o contrato poderá ter maior benefício e proveito econômico para as partes, pois, parafraseando Paulo Roberto Nalin “nada será como antes. Todos devem ter a consciência disso!”⁴⁴



REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007;
- BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função social dos contratos, lei de liberdade econômica e o coronavírus*. Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/ConJurFunosocialdoscontratosleidaliberdadeeconmicaecoronavirus.pdf. Acesso em 01/09/2020;
- COELHO, Fabio Ulhoa. *Manual de Direito Comercial*. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016;
- DE SOUZA, Eduardo Nunes, SILVA, Rodrigo da Guia. *Relação contratual nos tempos do novo coronavírus*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322574/resolucao-contratual-nos-tempos-do-novo-coronavirus>. Acesso em 15/07/2020;
- DUARTE, Ronnie Preuss. *Apontamentos sobre o dever de*

⁴⁴ NALIN, Paulo Roberto. *Em tempos de crise, mediar é preciso e arbitrar mais ainda*. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-contratuais/324396/em-tempos-de-crise--mediar-e-preciso-e-arbitrar-mais-ainda> Acesso em 31 agosto 2020

- solidariedade na jurisprudência de exceção*. Disponível em: Apontamentos sobre o dever de solidariedade na jurisprudência de ...- Migalhas (uol.com.br). Acesso em 26/02/2021;
- DUARTE, Victória Albertão. *Contratos empresariais de colaboração: a resilição unilateral e a proteção dos investimentos*, 2020. p.120 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Programa de Pós-Graduação em Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre;
- EL PAÍS Disponível em <https://brasil.elpais.com/economia/2020-05-22/crise-do-coronavirus-levara-mais-de-115-milhoes-de-latino-americanos-ao-desemprego-neste-ano.html>. Acesso em 31/08/2020;
- FAGANELLO, Tiago. *Incompletude dos contratos de longa duração*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-abr-20/faganello-incompletude-contratos-longa-duracao>. Acesso em 01/09/2020;
- FILHO, Adelino Borges Ferreira, *A Função Social do Contrato Empresarial*, file:///C:/Users/Samsung001/Downloads/5854-18241-2-PB.pdf. Acesso em 14/07/2020
- FORGIONI, Paula A. *Contratos Empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015;
- _____. “*Interpretação dos negócios empresariais*”. *Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais*. FERNANDES, Wanderley (Coord.), Série GV Law. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;
- FRAZÃO, Ana. *Impactos da covid-19 sobre os contratos empresariais*. Disponível em: <https://www.aasp.org.br/em-pauta/impactos-da-covid-sobre-os-contratos-empresariais/>Acesso em 15/07/2020;
- GOMES, Josiane Araújo. *Os contratos de plano de saúde à luz da boa-fé objetiva*. Revista de Direito Privado. vol. 60.

- 2014;
- LUPION, Ricardo. “*O sonho da liberdade econômica, o peso do delo da pandemia do covid-19 e a empresa resiliente*”. Revista Jurídica Luso-Brasileira, vol 4, págs 2493-2521;
- MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. *Revisão Contratual. Onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa*. São Paulo: Almedina, 2020, p. 24 – 32;
- MIRAGEM, Bruno. *Nota relativa à pandemia de coronavírus e suas repercussões sobre os contratos e a responsabilidade civil*. Disponível em http://genjuridico.com.br/2020/03/27/coronavirus-responsabilidade-civil/#_ftnref2. Acesso em 01/03/2021;
- PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário Veiga; HORA NETO, João. *Equilíbrio contratual: Dever ou faculdade de renegociar o contrato?* Disponível em Equilíbrio contratual: Dever ou faculdade de renegociar o contrato? - Migalhas (uol.com.br) Acesso em 26/02/2021;
- RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Direito empresarial*. 8ª edição. São Paulo: Editora Gen, 2018, p. 639;
- TARTUCE, Flávio. *O coronavírus e os contratos – extinção, revisão e conservação – boa-fé, bom senso, e solidariedade*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322919/ocoronaviruseoscontratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bom-senso-e-solidariedade>. Acesso em 01/09/2020;
- SCHREIBER, Anderson. *Devagar com o andor: coronavírus e contratos – importância da boa-fé e do dever de renegociar antes de cogitar de qualquer medida terminativa ou revisional*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/322357/devagar-com-o-andor-coronavirus-e-contratos-importancia-da-boa-fe-e-do-dever-de-renegociar-antes-de-cogitar-de-qualquer-medida-terminativa-ou-revisional>. Acesso em 02/09/2020;

- SCHUNCK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Disponível em file:///C:/Users/Samsung001/Desktop/TESE%20DE%20DOUTORADO.pdf. Acesso em 01/09/2020;
- UINIE, Caminha; Juliana Cardoso Lima: *Contrato incompleto: uma perspectiva entre direito e economia para contratos de longo termo*. Rev. direito GV vol.10 no.1 São Paulo Jan./June 2014. *Apud* BELLANTUONO, Giuseppe. *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*. Padova: Cedam, 2000, p. 61. https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1808-24322014000100007&script=sci_arttext&tlng=pt#tx01 Acesso em 25/02/2021.