

Os contratos bancários em tempos de Covid-19

Evaristo Aragão Santos¹

1. O aumento da litigiosidade: o desafio começa agora

A crise decorrente do Covid-19 não é apenas imprevisível. É também inédita. Nunca um desastre natural atingiu tão ampla e duramente a dinâmica da economia em escala global (nem mesmo a gripe espanhola, do início do séc. XX, dada a globalização das relações, hoje).

A necessidade de restringir a circulação de pessoas, obrigou o fechamento de comércios, fábricas e prestadores de serviços. Isso reduziu a atividade econômica a níveis nunca vistos. Mesmo agora (dois meses depois dessas medidas restritivas), ainda não está descartada uma severa crise de insolvência.

Por isso é tão importante a reflexão serena (e técnica) a respeito dos impactos da Covid-19 sobre os contratos em geral. Em que medida essa situação imprevisível realmente autoriza a *revisão* ou o desfazimento dos contratos. Não faltam exemplos de contratantes buscando a redução de suas obrigações, não porque estas tenham se alterado objetivamente, mas porque sua capacidade de adimplemento foi afetada pela crise. A sua situação subjetiva mudou. Não a obrigação em si.

Isso é especialmente perigoso, em um ambiente no qual as relações negociais estão cada vez mais interligadas. Aí o benefício eventualmente concedido a um (reduzindo valores; suspendendo pagamentos etc.), facilmente pode significar o agravamento (indevido) da situação do outro, atingido pela mesma crise. A banalização dessa prática pode ser o estopim para deflagrar a insolvência generalizada.

No que se refere às instituições financeiras, esse cenário é ainda mais visível, porque sua atividade é essencialmente de intermediação: capta recursos de um

lado, para transferi-los, na forma de crédito, ao outro. O recurso emprestado não é do banco. Precisa retornar, devidamente remunerado, a seu investidor.

Por isso momentos como o atual são especialmente desafiadores. Daí a razão pela qual é oportuno refletir sobre como nosso sistema lida com essa imprevisibilidade e em quais situações os contratos em curso realmente poderiam ser revisados ou desfeitos por intervenção do Judiciário

2. Imprevisibilidade, onerosidade excessiva e a perda de capacidade de pagamento do financiado

O equilíbrio das relações contratuais pode ser afetado por fatos imprevisíveis. A depender do impacto interno na economia do contrato, isso pode acarretar desde sua *revisão* até seu *desfazimento*. É basicamente o que aparece previsto nos arts. 317 e 478 do Código Civil.

Já as *relações de consumo* podem ser revisadas, mas independentemente do surgimento de fato imprevisível a desequilibrá-la. Basta que a obrigação tenha se tornado desproporcional por força de circunstâncias supervenientes, mas não necessariamente imprevisíveis (art. 6º, inc. V, do CDC).

Feita essa ressalva, a superveniência de circunstâncias imprevisíveis, por si só, não autoriza a alteração do contrato. Ao lado dela (e por força dela) é indispensável que também surja *desequilíbrio* na sua equação econômico-financeira, a ponto de torná-lo *excessivamente oneroso* para uma das partes.

Mais do que a imprevisibilidade em si, o *onus excessivo* a ser suportado por uma das partes *é o fator preponderante* para fazer surgir a pretensão de modificar ou desfazer aquilo que inicialmente se ajustou.

Trata-se de elemento objetivo: ou a obrigação pactuada se altera excessivamente por força da superveniência de fato imprevisível ou não se está diante de desequilíbrio protegido pela lei.

Essa ressalva é importantíssima neste momento. Com a crise, obrigações contratuais antes assumidas de maneira consciente, tornaram-se insuportáveis para muitos. A perda súbita de receita ou impediu ou tornou muito difícil o cumprimento de

contratos anteriores. Relacionar esse contexto com a percepção de algo excessivamente oneroso é quase inevitável.

O problema, porém, é que a onerosidade excessiva (ou a desproporção manifesta) prevista na lei como pressuposto para a alteração/resolução de contratos, deve se manifestar, *objetivamente* na prestação a ser adimplida. Isso quer dizer, que a situação *subjetiva* do devedor (a diminuição ou perda de sua capacidade de pagamento, p.ex.) não é apta a caracterizar *onerosidade excessiva*. O que interessa é a variação da prestação em si, a ponto de torná-la desproporcional àquilo que inicialmente se contratou^{2 e 3}.

Para uma gama expressiva de relações contratuais, a crise gerada pelo COVID-19 não é, *objetivamente*, geradora de onerosidade excessiva. Por óbvio não se ignoram as dificuldades de adimplemento geradas nesse período. No entanto, se as prestações continuaram substancialmente iguais ao estabelecido no contrato, não surgiu o principal requisito legal para autorizar a revisão ou resolução do contrato.

Algo semelhante se pode dizer sobre o surgimento de caso fortuito ou força maior: o só fato de se estar diante de evento imprevisível e extraordinário, também não é suficiente para justificar o descumprimento (ou mesmo a liberação) da obrigação.

Para que se caracterize como tal, o evento fortuito ou de força maior precisa atuar como o *fato necessário* (=inevitável) a gerar o impedimento. Isto é, a razão pela qual o adimplemento, inevitavelmente, se tornou impossível. (art. 393, parágrafo único, CC).

Tal análise sempre deve ter como ponto de partida o caso concreto (e não uma interpretação abstrata do evento)⁴. Assim como também se deve avaliar, *objetivamente*, de que maneira o evento realmente tornou *inviável* o cumprimento da obrigação^{5 e 6}.

Caso o cumprimento ainda seja possível, mesmo que de maneira mais onerosa para o devedor, não se estará diante de situação liberatória⁷. A obrigação continua devendo ser cumprida⁸. Isso justamente porque a inviabilidade do cumprimento não é *subjetiva*. O desaparecimento inesperado da fonte de receita financeira, da qual o financiado esperava retirar os recursos para honrar o empréstimo (a perda do emprego; a destruição do empreendimento comercial por desastre natural etc.), não representa causa de força maior a liberá-lo do cumprimento da obrigação.

O problema é que essa resposta (ortodoxa, na medida em que é rigorosamente o que nosso sistema orienta), talvez não seja de todo satisfatória. Mesmo diante dela, no fundo ainda resta aquela sensação de que algo mais deveria ser feito, sobretudo em razão da situação absolutamente inusitada pela qual estamos todos passando. É nesse exato momento, aliás, que costuma surgir o risco do erro judicial: tenta-se suprir o sistema, buscando extrair dele o que, no íntimo, se gostaria que nele constasse. Esse ativismo raramente costuma dar bons resultados. No mais das vezes não passa de um ato essencialmente arbitrário. Uma operação contra ou sem apoio na lei.

3. O que fazer, então?!

Não se sabe o tempo de duração desta crise. Assim como também não se consegue aferir (ao menos não ainda) a extensão de seus impactos econômicos. O que não pode faltar às partes, neste momento, é equilíbrio, bom-senso e empatia. O rompimento contratual raramente é vantajoso para uma das partes (acaba sendo, muitas vezes, a única alternativa). Num contexto como o atual, porém, certamente não o é. Mais do que mero exemplo para invocação do princípio da conservação dos contratos, buscar preservá-los, agora, é algo ético e *economicamente* interessante.

Por isso é provável que outro desdobramento inédito desta crise, manifeste-se numa mudança de paradigma (e de certo modo, também demonstração de amadurecimento): buscarmos menos a intervenção da força coercitiva do Judiciário e mais o consenso entre os interessados.

Nisso a advocacia passa a ter um papel (ainda mais) fundamental. Não tanto por meio da atuação *contenciosa* (o velho estereótipo do advogado “combativo”, que sempre se inclina – e orienta seus clientes - à demanda judicial), mas, sim, da postura *colaborativa*: as partes, assistidas por seus advogados, buscam a solução consensual. O litígio será a última alternativa.

Aliás, o Judiciário parece ser cada vez *menos* a saída para situações como essa. Daí a importância cada vez maior, até como forma de tentar evitar a judicialização, da mediação e, nessa linha, das próprias plataformas *on line* de solução de conflitos.

E mesmo quando a via judicial se revelar inevitável, mesmo aí será preciso lançar mãos das ferramentas que conduzam as partes, o quanto possível, à composição. Mais do que nunca, deve-se buscar dar aplicação adequada à audiência do art. 334 do CPC, quando a opção tiver sido a demanda judicial.

Como o impacto da pandemia afeta a todos, seus efeitos se manifestam muito mais sobre a *capacidade de geração de receita* das pessoas do que, propriamente, no equilíbrio interno dos contratos dos quais fazem parte. A configuração da onerosidade excessiva (autorizadora de alguma modificação coercitiva), se manifestará com bem menos frequência do que, num primeiro momento, se poderia imaginar.

Também não se tem a ingenuidade de pensar que esse impulso para a negociação, decorra essencialmente de algum imperativo ético aflorado nas partes em razão da crise. É claro que os contratantes devem sempre se portar com boa-fé tanto na execução quanto na conclusão dos negócios (art. 422 do CC), mas a preservação do contrato ocorre, sobretudo, pela perspectiva *econômica*.

E isso se materializa agora de maneira muito clara. É mais custoso e incerto (tanto no tempo quanto no resultado), buscar no Judiciário a modificação ou, mesmo, a satisfação coercitiva de contrato que se resolveu, do que tentar preservá-lo (ainda que renegociando prazos de pagamento, encargos financeiros, garantias etc.) e na sua constância futura dissolver prejuízos surgidos com a crise.

Parcela autorizada da doutrina sugere, até, um verdadeiro *dever* de prévia negociação, decorrente da cláusula geral de boa-fé⁹.

Isso também está em linha com a perspectiva que orienta nosso direito privado: o *princípio da intervenção mínima* do Estado nas relações contratuais privadas. A partir dele a revisão dos contratos é medida *excepcional* (art. 421, parágrafo único, do CPC).

Em momentos de crise, é quase natural buscar-se a intervenção do Estado. Não por outra razão, desde a redemocratização (seja pelas instabilidades econômicas e, depois, pela própria estabilização da economia), o Judiciário passou a ser um protagonista externo bastante requisitado nas relações contratuais.

Por isso alguns se perguntam, até com certa perplexidade, como se operará agora a conjugação do viés liberal do nosso direito privado, explicitado pela Lei da Liberdade Econômica, com o comportamento a que fomos condicionados no sentido de

enxergar no Estado o grande tutor (ou o “chefe da tribo”) dos anseios da sociedade, especialmente em momentos de crise.

Não havendo abusos (em sentido amplo) a serem corrigidos, o exercício da *liberdade*, sempre dentro dos limites traçados pela lei, recomenda às partes a solução de seus interesses. É possível incentivá-las a isso. É possível até guiá-las nesse exercício. Mas a imposição de uma solução a entes absolutamente capazes (como acontece nos contratos empresariais) deve ser vista, cada vez mais, como algo excepcional.

É preciso dar esse passo. Se o fizermos, será algo positivo que esse período difícil nos legará.

¹ Doutor pela PUC-SP; Professor em cursos de pós-graduação *lato sensu*; Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP; Membro do Instituto Paranaense de Direito Processual – IPDP; Conselheiro Titular da OAB/PR; Advogado – sócio do escritório Arruda Alvim, Aragão, Lins e Sato – Advogados.

² Em relação a isso, interessante a observação de Custodio da Piedade Ubaldino Miranda, quando lembra que “não basta uma onerosidade *subjetiva*, sentida pelo devedor em razão de outras obrigações que tem de cumprir contemporaneamente, ou por dificuldades financeiras do momento, mas terá de ser uma onerosidade excessiva, do ponto de vista *objetivo*, com abstração das condições pessoais do devedor, considerada tal por critérios de razoabilidade e particularmente em razão do valor claramente desproporcional às prestações que vinham sendo sendo cumpridas pelo próprio devedor, tratando-se de obrigação continuada, ou em relação à prestação do credor, nos casos de execução instantânea”. (*Comentário ao Código Civil – dos contratos em geral (arts. 421 a 480)*, vol. 5, cap. II, seção, IV, p. 480, ed. Saraiva, 2013).

³ No mesmo sentido, Gustavo Tepedino, Carlos Nelson Konder, Paula Greco Bandeira, *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 3, cap. X, n. 3, p. 138, ed. Gen – Forense, 2020.

⁴ Na clássica lição de Agostinho Alvim, “*a necessidade do fato há de ser estudada em função da impossibilidade do cumprimento da obrigação, e não abstratamente*” (Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências, seção IV, n. 207, p. 326, 5ª edição, Saraiva, 1980).

⁵ “O devedor deve provar que deixou de cumprir a obrigação atento a que o evento sobrevindo o privou de agir de outro modo. Daí o dizer-se que o evento constitutivo da força maior deve ser ‘invencível’ ou ‘irresistível’. Todavia não se deve confundir ‘impossibilidade’ com ‘dificuldade’, pois esta não exonera o devedor da responsabilidade pelo inadimplemento da obrigação, reconhecendo, ainda, a melhor doutrina que a impossibilidade deve ser absoluta e não relativa” (Miguel Maria de Serpa Lopes, *Curso de Direito Civil*, vol. II, n. 343, p. 378, ed. Freitas Bastos, 7ª edição, 2000).

⁶ Como observa José Fernando Simão, o “conceito de ‘não impedir’ passa por previsibilidade do evento. Passa por evitabilidade de seus efeitos de acordo de acordo com o ‘standard’ do homem médio, ou seja, não a pessoa em concreto do devedor. Assim, as condições pessoais do devedor não são levadas em conta para a verificação desses elementos”. (*Código Civil Comentado – doutrina e jurisprudência*, em coautoria com Anderson Schreiber, Flavio Tartuce, Marco Aurelio Bezerra de Melo e Mário Luiz Delgado, p. 218, Ed. Gen / Forense, 2019).

⁷ Cf. Judith Martins-Costa, *Comentários ao Novo Código Civil*, art. 393, n. 1.2, p. 204, ed. Forense, 2003.

⁸ “Geralmente se diz, e com razão, que a dificuldade de cumprir a obrigação não exonera o devedor. Ainda que seja com sacrifício e aumento de ônus, terá ele que cumpri-la, e só se exonerará se lhe não for isto possível” (Agostinho Alvim, op. cit., p. 328)

⁹ Por todos, Anderson Schreiber, *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, São Paulo, Saraiva, 2018.