

PROCESSO N.: 0711408-43.2021.8.07.0000

CLASSE: AGRAVO DE INSTRUMENTO (202)

AGRAVANTE: ----

AGRAVADO: -----

DECISÃO

Trata-se de AGRAVO DE INSTRUMENTO interposto por ----- contra a seguinte decisão proferida na AÇÃO DE REVISÃO DE CONTRATO ajuizada por -----:

Apreciarei o pedido de tutela de urgência após o oferecimento de resposta, porquanto não houve a demonstração de lesão imediata do direito do autor, a fim de impor a apreciação do pedido. Outrossim, o retardamento da apreciação permitirá a formação do contraditório e a ampla defesa.

Considerando o disposto na Portaria Conjunta n. 33, de 20 de março de 2020, e que no presente caso não obrigatoriedade de realização do ato, não haverá designação de audiência no presente feito, a fim de permitir um andamento no processo.

Ante o exposto, CITE-SE o réu a apresentar contestação em 15 dias, observada a regra do art. 231, V, do Código de Processo Civil.

Atribuo à presente decisão os efeitos de mandado de citação.

(...)

Trata-se de embargos de declaração opostos pela ----- para que seja apreciado o pedido de tutela de urgência, ante a decisão anterior que retardou a apreciação do pedido, após o oferecimento de resposta.

Houve a apresentação de emenda no ID 87158708.

Em primeiro lugar, acolho o pedido de emenda apresentado, a fim de acrescer o pedido formulado.

Conheço dos presentes embargos, porquanto foram interpostos tempestivamente, nos termos do artigo 1.023 do Código de Processo Civil.

Os embargos de declaração têm a finalidade de corrigir erro, obscuridade, contradição ou omissão na decisão.



Passo então a apreciar o pedido de tutela de urgência, porquanto o pedido de depósito pressupõe acolher o pedido de modificação do índice de correção.

As partes estão vinculadas por meio de um contrato de locação (doc. de ID 86699156) da Loja Comercial nº 149-01/02/P, com área total de 700,85m², no empreendimento do Parkshopping.

O contrato foi assinado em 22.01.2020, com prazo de locação de 120 (cento e vinte) meses, com início dia 01.02.2020 e término dia 31.01.2030. O valor do aluguel é de R\$ 50.723,20.

Afirma que loja foi inaugurada em agosto de 2020 e que os pagamentos dos alugueres, em face da COVID, dos decretos e de acertos, foram iniciados, tão somente, em janeiro de 2021.

Tece extenso arrazoado no sentido de questionar a cláusula contratual estipula a incidência do IGP-DI como índice de correção do aluguel, pois este somou o importe de 23,07% no período.

A questão posta em análise é a legalidade e a possibilidade de intervenção judicial no índice de reajuste (correção) do aluguel, pois a parte pretende substituir o IGP-DI (23,07%) pelo IPC (5,64%).

A cláusula 4.2. possui a seguinte redação:

4.2. Para preservar o equilíbrio contratual, a fim de que não haja redução do preço pactuado para a locação, fica expressamente ajustado entre as partes que, a partir da data da assinatura deste instrumento o valor do 'aluguel mínimo reajustável' será reajustado permanentemente segundo a eventual perda de compra da moeda legal, apurada em função da variação positiva do Índice Geral de Preços – Disponibilidade Interna (IGP-DI), coletado e divulgado pela Fundação Getúlio Vargas (doc. de ID 86699156 - Pág. 3)

O artigo 300 do Código de Processo Civil impõe a presença de elementos que evidenciem a probabilidade do direito (verossimilhança das alegações) e a existência de perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. Deve ser ausente o risco da irreversibilidade da medida.

A vontade humana deve ser sempre o elemento nuclear de fonte e legitimação do contrato.

É certo que num processo histórico de evolução dos contratos, a relação jurídico contratual já foi apreciada sob diversos enfoques, mas a partir da Revolução Francesa passou a ter um faceta predominante na autonomia da vontade, a fim de valorizar a liberdade do cidadão, e conjugou-se com a idéia soberana da força obrigatória dos contratos, a ponto do Código Civil Francês de 1804 (Código de Napoleão) disciplinar de forma expressa no art. 1.134[1] que o Contrato faz lei entre as partes. Temos aqui o momento do liberalismo contratual.

O nosso sistema contratual de 1916 teve forte influência ideológica francesa. Assim, neste momento histórico, era impossível uma intervenção estatal, por meio do Judiciário, nos contratos formatados.

A título de curiosidade, trago a colação o pequeno trecho do livro da Professora Cláudia Lima Marques:

A ideia da força obrigatória os contratos significa que uma vez manifestada a vontade as partes estão ligadas por um contrato, têm direitos e obrigações e não poderão se desvincular, a não ser através de outro acordo de vontade ou pelas figuras da força maior e do caso fortuito (acontecimentos fáticos externos e incontroláveis pela vontade do homem). Esta força obrigatória vai ser reconhecida pelo direito e vai se impor ante a tutela jurisdicional. Ao juiz não cabe modificar e adequar à equidade a vontade das partes, manifestada no contrato, ao contrário, na visão tradicional, cabe-lhe respeitá-la e assegurar que as partes atinjam os efeitos queridos pelo seu ato. Lembre-se por último que, como corolário da liberdade e autonomia da vontade, a força obrigatória dos contratos fica limitada às pessoas que dele participaram, manifestando a sua vontade (inter partes). (Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4ª ed. rev. atualizada e ampliada. São Paulo: RT, 2002, pág. 50)



Ou seja, uma vez pactuado o contrato não haveria a possibilidade de intervenção judicial, daí alguns doutrinadores chamam esta faceta de princípio da intangibilidade.

Todavia, esta rigidez na análise dos contratos não encontra mais suporte no atual modelo de interpretação contratual, porquanto vigemos sob a égide do modelo do Estado Social e uma série de mudanças sociais, entre elas a massificação dos contratos, a modernização tecnológica e a existência de desequilíbrio entre as partes, deram impulso a evolução do sistema contratual. O contrato passa a ser visto sob o seu aspecto ético e social.

A professor Teresa Negreiros assevera que:

A tarefa do intérprete, diante da hipercomplexidade antes referida, é reconstruir o sistema contratual, com o impulso da entrega em vigor de um novo Código Civil, de forma a conciliar os princípios clássicos, de índole liberal, com os princípios contemporâneos, de índole social e tutelar, num equilíbrio o mais fiel possível ao compromisso que a esse respeito foi firmado na arena constitucional.

Em reação aos excessos provenientes da absolutização da força jurígena da vontade individual, parece equivocado opor uma absolutização às avessas, através da negação pura e simples dos aspectos voluntarísticos que constituem o instituto contratual. Por outro lado, não menos certo é que a autonomia da vontade e os princípios que em torno dela fundaram o modelo clássico do contrato devem hoje ser relidos à luz da Constituição – o que, embora não os anule, certamente os modifica em aspectos essenciais.

As vezes, a conciliação entre os antigos e novos princípios ocorre naturalmente: os princípios que hoje se contrapõem ao modelo clássico de contrato podem ser considerados como um reforço aos princípios tradicionais, não se lhes podendo negar o papel fundamental que exercem na composição e na compreensão da relação contratual. (Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, págs. 111/112)

O tema em análise centra-se, mais especificamente, na possibilidade da aplicação no caso concreto da chamada teoria da imprevisão (onerosidade excessiva).

E, sobre o assunto, dispõem os artigos 317, 478 e 479 do Código Civil de 2002:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

(...)

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

O professor Daniel Eduardo Carnacchioni assevera:

O contrato de execução prolongada ou de duração sucessiva e continuada pode suportar intercorrências capazes de alterar as circunstâncias que pautaram os sujeitos no momento da formação. Após a formação e durante a execução, as mais variadas circunstâncias podem afetar o equilíbrio material e econômico do contrato, impondo a sua revisão ou resolução. Tais circunstâncias são exteriores e supervenientes à formação do contrato, fato que exige uma relação jurídica negocia duradoura ou prolongada. (Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e dos contratos: institutos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 814)



O ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA asseverou quando do julgamento do Resp 1.034.702 - ES (20080043541-5), o seguinte:

Cumpre abordar que o Novo Código Civil, ao dispor sobre a onerosidade excessiva, enumerou os requisitos de fato que devem estar presentes para sua caracterização (artigo 478 do CC): o contrato de execução continuada ou diferida, onerosidade excessiva para a prestação do devedor, vantagem extrema de outra parte e acontecimentos extraordinários ou imprevisíveis. Ademais, a parte prejudicada pode pedir a modificação ou a resolução da relação.

A resolução do contrato por onerosidade excessiva decorre necessariamente de decretação judicial, pois ao juiz compete verificar a existência dos requisitos de caracterização da onerosidade e valorar se agrava a situação do requerente a tal ponto que torne extremamente difícil o cumprimento da obrigação, seja o credor ou o devedor. Ao decidir a respeito da matéria, o magistrado deve ter em mente o contrato como um elo da atividade de produção e repartição de riquezas, de prestação de serviços e de consumo, ou seja, a resolução contratual entendida como a solução recomendada para evitar que o credor de uma prestação tornada excessivamente onerosa receba, como empresário, "uma vantagem concorrencialmente injustificada" à custa de outra, que sofreria um dano sem nenhuma utilidade funcional ou econômica. Ultima ratio, evitar o enriquecimento sem causa de um dos contratantes em detrimento da ruína do outro sob a ótica da função social do contrato no sentido de garantia de equilíbrio e, ao mesmo tempo, fomento ao crescimento e desenvolvimento econômico.

Não há uma definição lapidada do que seria uma prestação excessivamente onerosa, ficando a cargo do juiz, no caso concreto, investigar o prejuízo que exceda a álea normal do contrato.

No caso em apreço, as partes no mês de janeiro de 2020 estipularam o IGP-DI como índice de reajuste do valor do aluguel.

Ocorre que a pandemia da COVID-19 era totalmente imprevisível, não sendo possível antever que um vírus poderia se espalhar tão facilmente, a fim de atingir em poucos meses uma escala global. Assim como, um bloqueio, mesmo que parcial, do desenvolvimento de diversas atividades comerciais e profissionais.

É inegável que todas as atividades empresariais foram impactadas, sendo que todas as empresas atuantes em Shopping tiveram um impacto imenso, porquanto os shoppings foram fechados pelos Governo Local e há o temor da comunidade em frequentar ambientes fechados com ventilação por meio de ar condicionado.

A escolha do índice IGP-DI sempre foi uma praxe nos contratos de locação, mas ninguém poderia prever que no ano de 2020 o índice teria uma variação tão grande e tão desproporcional em relação ao IPC, que é o índice que mede a inflação no período de 2020.

O IGP-DI somou um percentual de 23,07%, ao passo que o pelo IPC somou um percentual de 5,64%.

Pois bem, a finalidade do reajustamento (correção) do valor do aluguel é permitir a manutenção do valor real da moeda. O reajustamento não tem e não pode ter a finalidade de ganho ou repactuação do aluguel.

Portanto, verifica-se que uma escolha do índice no mês de janeiro de 2020 e antes da pandemia do COVID19 gerou um desequilíbrio no contrato quando da incidência do reajustamento do valor do aluguel.

O índice é desproporcional a realidade vivida no ano de 2020, cria uma desproporção no valor, que gera um ganho (vantagem) em favor da parte requerida (embargada) em face do fato imprevisível (COVID-19).

Portanto, reconheço a presença da probabilidade do direito para fins de intervenção no pacto (contrato) e a modificação do índice de correção (reajustamento) do aluguel previsto na cláusula 4.2, devendo ser substituído o IGP-DI pelo IPC.



De outro lado, não há prejuízo efetivo para o requerido, porquanto este manterá o valor real da locação com a correção pelo IPC. Este Juízo não está excluindo a correção, mas a adequando a realidade.

O perigo da demora é latente, porquanto implica reconhecer na possibilidade de constituição em mora do lojista, com a incidência dos encargos de mora, a anotação negativa dos seus dados e quiçá o manuseio de uma ação de despejo.

Presentes os pressupostos, é forçoso o deferimento do pedido.

Ante o exposto, ACOLHO os embargos e DEFIRO o pedido de tutela de urgência.

Em consequência, DEFIRO modificação do índice de correção (reajustamento) do aluguel previsto na cláusula 4.2, devendo ser substituído o IGP-DI pelo IPC.

DEFIRO a consignação judicial do valor do aluguel, conforme postulado no item “d” do parágrafo 79 da petição inicial (doc. de ID 86699150 - Pág. 14).

Venham os depósitos.

Intimem-se as partes.

A agravante sustenta (i) que a decisão agravada foi proferida sem oportunizar o contraditório; (ii) que no curso da pandemia houve aditamento contratual para isentar a cobrança de aluguéis e instituir desconto de 50% nos encargos comuns e de 90% no fundo de promoção; (iii) que no aditamento foi ratificada a cláusula contratual relativa ao índice de reajuste do valor do aluguel, o qual reflete a inflação e o custo dos produtos e insumos utilizados na operação, manutenção, atualização, reforma e modernização do shopping center; (iv) que não há prova de que o reajuste do aluguel provocou onerosidade excessiva, mesmo porque, em fevereiro deste ano, o faturamento da Agravada foi de R\$ 932.733,18, enquanto o aluguel foi de R\$ 62.431,59; (v) que deve ser respeitada a convenção do IPG-M/IGP-DI, pois representa o índice de correção monetária que melhor acompanha a variação do setor de locação; (vi) que não teve vantagem excessiva, pois conferiu inúmeros benefícios à Agravada e aos outros lojistas em relação às demais obrigações contratuais, inexistindo motivos que justifiquem a substituição, via tutela provisória, do índice de reajuste do aluguel previsto no contrato.

Conclui que não estão presentes os requisitos que autorizam a revisão judicial do contrato.

Requer a concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao final, a cassação ou reforma da decisão agravada.

Preparo recolhido (ID 24961091).

É o relatório. Decido.

Decisão que defere tutela provisória de urgência *initio litis* não viola direito subjetivo processual do réu, tendo em vista o disposto no artigo 9º, parágrafo único, inciso I, do Código de Processo Civil. Vale dizer, não se trata de decisão surpresa.

Todavia, é preciso ponderar que a concessão de tutela provisória de urgência antes da citação, por diferir o contraditório, deve ser considerada excepcional, pois esse princípio, devido à sua estatura constitucional (CF, art. 5º, LV), só deve relativizado em circunstâncias extraordinárias. Consoante adverte Araken de Assis:



Duas situações autorizam o juiz à concessão de liminar sem a audiência do réu (inaudita altera parte): (a) sempre que o réu, tomando prévio conhecimento da medida, encontre-se em posição que lhe permita frustrar a medida de urgência; (b) sempre que a urgência em impedir a lesão revele-se incompatível com o tempo necessário à integração do réu à relação processual. (Processo Civil Brasileiro, Vol. II, Tomo II, 2ª ed., RT, 2015, p. 429)

Tutela provisória de urgência antes da citação pressupõe, além da probabilidade do direito, o que a doutrina denomina de *urgência agônica*. Nesse sentido, anotava Arruda Alvim ainda na vigência do Código de Processo Civil de 1973:

A hipótese do art. 273, I, é claramente diferenciada daquelas em que se admite o julgamento antecipado, pois está presente na situação do autor o risco da irreparabilidade ou da difícil irreparabilidade do dano, que poderá destruir a sua pretensão, se este tivesse de aguardar a sentença final, para depois desta e depois do julgamento dos recursos com efeito suspensivo vir a ter satisfeita a sua pretensão. Aqui coloca-se, à evidência, a hipótese de uma urgência agônica, a qual justifica a procedência do pedido (se verossímil), total ou parcialmente, sob pena de inocuidade da procedência somente ao depois da sentença, e do julgamento dos recursos, com efeito suspensivo. (Manual de Direito Processual Civil, Volume 2, 11ª ed., RT, p. 380)

Situação com esse grau de premência não é identificada no caso *sub judice*, tendo em vista que não há indicativo de que a citação da Agravante poderia comprometer a eficácia da tutela provisória de urgência pleiteada ou causar, nesse ínterim, prejuízo irreparável à Agravada.

É certo que a pandemia covid-19 pode acarretar disfunções obrigacionais graves o bastante para respaldar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato autorizado pelos artigos 317 e 421-A do Código Civil.

Contudo, a natureza e a complexidade da relação contratual existente entre as partes recomendam que qualquer intervenção judicial nesse sentido seja precedida do mínimo contraditório, mesmo porque demanda o esquadramento de vários aspectos jurídicos e financeiros para se concluir pela presença dos seus requisitos legais.

Portanto, apesar da inegável consistência da decisão agravada, o exame da tutela provisória de urgência depois do exercício do direito de defesa se revela mais consentânea com a realidade dos autos.

Irrecusável, sob essa perspectiva, a probabilidade do direito da Recorrente, pelo menos no âmbito da cognição superficial.

O risco de dano, a seu turno, decorre das consequências pontuais e sistêmicas da mudança do índice de correção do aluguel, levando em consideração que a locação se insere no contexto abrangente da administração de um *shopping center*.

Isto posto, defiro o pedido de atribuição de efeito suspensivo ao presente Agravo de Instrumento.

Dê-se ciência ao ilustrado Juízo de origem, dispensada as informações.

Intime-se para resposta.

Dê-se ciência ao Juízo da causa.

Publique-se.



Brasília – DF, 06 de maio de 2021.

JAMES EDUARDO OLIVEIRA

Relator

