

DIREITO EM TEMPOS DE CRISE

COVID-19

**VOLUME V
DIREITO PRIVADO**

Prefácios

Ministro Luís Roberto Barroso

Ministro João Otávio de Noronha

COORDENADORES

Alexandre Jorge Carneiro da Cunha Filho

Carmem Silvia L. de Arruda

Rafael Hamze Issa

Rafael Wallbach Schwind

QUARTIER LATIN

O IMPACTO DA PANDEMIA NOS PLANOS DE RECUPERAÇÃO JUDICIAL

Marcelo Barbosa Sacramone¹

Gabriel de Orleans e Bragança²

**Introdução; I - Natureza jurídica da recuperação judicial ;
II - A mora no cumprimento do plano de recuperação
judicial; III – Onerosidade excessiva e intervenção judicial
no plano de recuperação judicial; Conclusão; Bibliografia**

Introdução

A disseminação do coronavírus (COVID-19) foi classificada como pandemia pela Organização Mundial da Saúde em 11 de março de 2020 e exigiu a imposição de medidas drásticas de controle pelos diversos Estados. As recomendações de distanciamento social impactaram parte da comercialização dos produtos e de prestações de serviços e culminaram na crise econômico-financeira de diversos empresários. O varejo total do Brasil, desde o início da pandemia, teve redução de 29,2%, sendo que o setor de serviços foi o mais afetado, com redução de 59,4% entre março e 05 de maio³.

Diante desse contexto absolutamente imprevisível e que prejudicou a saúde financeira dos diversos agentes econômicos, controvertem a doutrina e jurisprudência sobre os efeitos jurídicos sobre os contratos de modo geral. A discussão desses efeitos jurídicos é ainda mais relevante nas situações em que o empresário já tinha obtido a concessão da recuperação judicial para superar crise econômico financeira anterior, cujo agravamento tem resultado em maior dificuldade para cumprir o plano de recuperação judicial aprovado.

I - Natureza jurídica da recuperação judicial

A aferição dos institutos jurídicos aplicáveis pressupõe a consideração sobre a natureza jurídica da recuperação judicial.

¹ Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito da 2ª Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo.

² Mestre e Doutorando em direito comercial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogado.

³CIELO. *Relatório Impacto do Covid 1 no Varejo Brasileiro*, disponível em <https://www.cielo.com.br/boletim-cielo-varejo/>, acessado em 07/05/2020.

A natureza dos mecanismos para a superação da crise sempre foi controversa na doutrina. Até o Decreto-Lei 7.661/45, a doutrina se posicionava predominantemente pela posição contratual da concordata, ainda que a caracterizando como contrato *sui generis* em virtude da exceção ao princípio da liberdade de contratar e da imposição da vontade da maioria sobre a minoria.⁴

A partir do Decreto-Lei 7.661/45, tornou-se despicinda a concordância dos credores, ainda que por maioria, para a concessão do benefício. O ato normativo ressaltava a característica processual e de benefício legal da concordata, a qual era concedida pelo Juízo e poderia ter apenas os seus pressupostos impugnados pelos credores.

A atual Lei 11.101/05 consagrou a característica negocial da recuperação judicial.⁵ Para que a recuperação judicial seja judicialmente concedida, o plano de recuperação apresentado pelo devedor deve contar com a anuência dos credores, seja pela anuência tácita em virtude da falta de oposição de objeções, ou pela aquiescência da maioria dos presentes em Assembleia Geral de Credores.

Ainda que se exija homologação judicial e se imponha a vontade da maioria sobre a minoria, há negócio jurídico bilateral e que expressa a autorregulamentação dos interesses dos agentes, que negociaram e julgaram melhor o plano de recuperação judicial proposto pelo devedor à sua rejeição e decretação da falência. Isso porque, mesmo que haja ausentes e dissidentes ao plano, os quais se submeterão ao voto da maioria, a comunhão dos credores não é voluntária, mas estabelecida pela própria Lei de modo a possibilitar uma decisão majoritária na Assembleia Geral de Credores.⁶ Como consequência, a novação das

⁴ FERREIRA, Waldemar M. *Instituições de Direito Comercial*, v. V, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, p. 288; MENDONÇA, Carvalho. *Direito Comercial Brasileiro*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947, p. 308.

Posição contrária era defendida por Requião. Para o autor, a falta de consenso dos credores impedia sua consideração como contrato. A concordata seria um acordo que teria características de convenção e judicial, pois sem a homologação do juízo não haveria sua concessão (REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. 2, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995, pp. 12 e ss).

⁵ Pinheiro e Saddi explicam o sentido dessa evolução: “Dentre as inovações trazidas na nova lei, destaca-se a substituição da concordata por um mecanismo mais condizente com a realidade, que é a recuperação, que pode ser extrajudicial ou judicial. A concordata, prevista na legislação atual, constitui um prazo para pagamento de dívidas aos credores quirografários, sendo vedada a convocação dos demais credores para a negociação, sob pena de decretação de falência. Agora, o devedor passa a ter condições especiais para pagar suas dívidas somente se o credor assim concordar; parte-se do princípio do consenso para que as negociações deem resultado, visto que a elaboração do plano de reestruturação depende da aprovação dos credores.” (PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 209).

⁶ SATIRO, Francisco. *Autonomia dos Credores na aprovação do plano de recuperação judicial*, in *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro* (Rodrigo Monteiro de Castro, Walfrido Warde Júnior e Carolina Tavares Guerreiro coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 104.

obrigações resultante de sua aprovação pelos credores do plano de recuperação revela a característica contratual do instituto⁷.

II - A mora no cumprimento do plano de recuperação judicial

Diante da natureza contratual do plano de recuperação judicial aprovado, controverte-se sobre a eventual caracterização da mora do devedor em virtude do descumprimento, na hipótese de a pandemia impedir a realização das prestações devidas pelo plano.

Além do critério objetivo, consistente no descumprimento de obrigação líquida, certa e exigível, nos termos do art. 397 do Código Civil, a lei exigiu o critério subjetivo para a caracterização da mora. O devedor não responde pelos prejuízos, a menos que tenha assumido essa responsabilidade, nem á poder ser considerado em mora pelo descumprimento de suas obrigações, se não houver fato ou omissão culposa a ele imputável⁸.

Nesse aspecto, a pandemia se caracteriza como força maior, evento que, independentemente da teoria adotada, “não era possível evitar ou impedir” ou cujos efeitos não são decorrentes de nenhuma culpa imputável ao devedor⁹. Mas, nos termos do art. 393,

⁷ MOREIRA, Alberto Camiña. *Poderes da Assembleia de Credores, do Juiz e Atividade do Ministério Público*, in *Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas* (Luiz Fernando Valente de Paiva coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2005, p. 272.

⁸ A respeito de inadimplemento (absoluto ou mora), colhe-se o ensinamento de Agostinho Alvim: “O inadimplemento por parte do devedor, pode ser absoluto, ou traduzir-se em simples mora: inadimplemento absoluto e inadimplemento- mora, subdividindo-se o primeiro deles em inadimplemento absoluto e parcial. Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo, como no caso de perecimento do objeto, por culpa do devedor. Mais precisamente: quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber. Haverá mora no caso em que a obrigação não tenha sido cumprida no lugar, no tempo ou na forma convencionados, subsistindo, em todo o caso, a possibilidade de cumprimento.” (ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das obrigações e suas Consequências*, 4ª Ed. Saraiva, São Paulo: 1972. p. 7)

⁹ Interessante a explicação de Pontes de Miranda, para quem pouco importa saber a distinção entre caso fortuito e força maior: “A distinção entre força maior e caso fortuito só teria de ser feita, só seria importante, se as regras jurídicas a respeito daquela e desse fossem diferentes, então, ter-se-ia de definir força maior e caso fortuito, conforme a comodidade da exposição. Não ocorrendo tal necessidade, é escusado estarem os juristas a atribuir significados que não têm base histórica, nem segurança em doutrina.” (PONTE S DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012, pp. 158/159)

parágrafo único, não basta simplesmente a existência do fato de força maior. Imprescindível para a extinção da obrigação do devedor ou seu retardamento sem a caracterização da mora que o fato seja necessário.

O fato necessário é descrito por Pereira:

“aquele que impossibilita o cumprimento da obrigação. Se o devedor não pode prestar por uma razão pessoal, ainda que relevante, nem por isto fica exonerado, de vez que estava adstrito ao cumprimento e tinha de tudo prever e a tudo prover, para realizar a prestação. (...). Para que se ache exonerado, é indispensável que o obstáculo seja estranho ao seu poder, e a ele seja imposto pelo acontecimento natural ou pelo fato de terceiro, de modo a constituir uma barreira intransponível à execução da obrigação”¹⁰.

Com efeito, tem-se por caso fortuito e força maior, nas palavras de Álvaro Vilaça de Azevedo, “como sendo aqueles que se verificam ‘no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir’. Assim, o fato deve impossibilitar a realização obrigacional, não, por exemplo, simplesmente, estorvá-la ou onerá-la. Esse acontecimento deve ser tal, também, que não possa ser evitado pelo devedor.”¹¹

Nesses termos, é imprescindível para sua caracterização que a força maior impossibilite de forma absoluta e objetiva a prestação. Se essa impossibilidade for transitória ou temporária, o adimplemento da prestação poderá ser retardado sem que ocorra o descumprimento. Caso a impossibilidade seja permanente, o devedor fica exonerado da obrigação, a qual será extinta, e eventual responsabilidade será apreciada conforme a teoria dos riscos.

Orlando Gomes explica a noção de caso fortuito e força maior por duas teorias que se contrapõem a objetiva e a subjetiva: “Pela primeira, o caso fortuito caracteriza-se pela imprevisibilidade ou irresistibilidade do evento determinante da impossibilidade de cumprir a obrigação. Define-se, portanto, pela natureza do acontecimento. Pela segunda, considera-se a ausência de culpa, quaisquer que sejam os elementos intrínsecos do acontecimento. Entre os partidários da teoria objetiva não há concordância quanto à qualidade do acontecimento. Para alguns, é a imprevisibilidade. Necessário que não possa ser previsto por homem algum: “nulo hominum consilio praevideri potest.” Outros firmam-se na ideia de irresistibilidade ou inevitabilidade. Para estes, pouco importa que o evento possa ser previsto. Se seus efeitos não podem ser evitados ou impedidos, fortuito será o caso. Terceira corrente considera necessária a conjunção dos dois requisitos. Assim, o evento, além de irresistível, deve ser imprevisível.” (GOMES, Orlando *Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 2019, pp. 140/141).

¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 2019, pp. 329/330.

¹¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, São Paulo, Saraiva, 2019, pp. 221/222.

A impossibilidade subjetiva é relacionada à condição específica do devedor e não extingue a obrigação ou impede a caracterização da mora.

O Código Português, no art. 791, expressamente determina que a impossibilidade objetiva superveniente da prestação é causa extintiva da obrigação, mas a impossibilidade subjetiva, dependente da condição do devedor, apenas o será se ele não puder ser substituído por terceiro¹².

No Código Civil brasileiro, essa mesma conclusão pode ser obtida interpretação sistemática dos diversos dispositivos legais. Ainda que em relação a um fato prévio à contratação, o art. 106 apenas permite a invalidade por impossibilidade inicial absoluta da prestação, mas não relativa a uma determinada pessoa. Outrossim, na impossibilidade superveniente, ocorrerá a resolução das obrigações de dar e de fazer apenas se houver o perecimento da própria coisa (art. 234) ou se houver a impossibilidade objetiva da prestação de fazer (art. 248). A impossibilidade relativa, ou seja, apenas do cumprimento pelo devedor não resolve a prestação, a menos que infungível, e inclusive permite que o credor determine sua execução por terceiro à custa do devedor (art. 249).

Nesse sentido, ao contrário de determinada prestação, que pode ter ser tornado de cumprimento impossível diante da pandemia, as obrigações de pagar quantia certa, constantes de plano de recuperação judicial, não são afetadas diretamente pela força maior decorrente da pandemia. Os sistemas de pagamentos bancários não foram impedidos em decorrência da obrigação de afastamento social e os adimplementos poderiam ocorrer normalmente por forma eletrônica.

A redução de faturamento ou o comprometimento patrimonial do devedor é causa meramente relativa, subjetiva. Afeta a prestação de pagar quantia, mas não a torna impossível. A redução da capacidade patrimonial é referente a cada um dos devedores e não universal a ponto de comprometer a possibilidade de realizar pagamentos independentemente do sujeito devedor.

Nesse aspecto, a impossibilidade relativa do devedor diante da dificuldade econômica para o cumprimento da prestação era sustentada na Alemanha do pós-Primeira Guerra Mundial como equiparada à impossibilidade da prestação para fins de extinção a obrigação. Foi absolutamente superada pela doutrina e jurisprudência alemãs e dos demais países diante da “perigosa incerteza e pelos inevitáveis arbítrios a que daria lugar a sua aplicação prática”¹³.

¹² Para o direito português, nesse ponto, se a prestação for fungível, apenas a impossibilidade objetiva é causa extintiva da obrigação (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. II, 7ª. ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 72).

¹³ VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. II, 7ª. ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 69.

Ainda que a condição financeira do devedor possa ser afetada, ela é decorrente do risco do desenvolvimento de toda e qualquer atividade econômica e não impede o cumprimento da prestação. Eventual maior onerosidade para seu cumprimento é instituto diverso, cujos requisitos não se confundem com a descaracterização da mora do cumprimento de uma determinada prestação¹⁴.

Portanto, a menos que torne impossível o cumprimento da própria prestação, independentemente da condição pessoal do devedor, a pandemia não é suficiente para resolver a obrigação da recuperanda, para evitar a caracterização do descumprimento do plano de recuperação judicial cuja obrigação não foi satisfeita.

III – Onerosidade excessiva e intervenção judicial no plano de recuperação judicial

Diferente da impossibilidade definitiva da prestação, que implica a resolução da obrigação, ou da impossibilidade absoluta, mas transitória, que descaracteriza a mora, o evento imprevisível poderá apenas dificultar o cumprimento da prestação pelo devedor.

Diante do novo contexto social surgido em decorrência da pandemia, as prestações a que se obrigou o devedor no plano de recuperação judicial podem se caracterizar como excessivamente onerosas. Nesse aspecto, controverte-se se seria possível a alteração judicial do plano de recuperação ou a redução pelo juiz do montante das prestações estabelecidas à revelia da vontade dos credores.

A pretensão é, em regra, fundamentada na aplicação do art. 480 do Código Civil, o qual estabeleceu que “se nos contratos as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva”.

No tocante à recuperação judicial, decerto a controvérsia recai sobre a aplicação do dispositivo ao plano durante o período de fiscalização judicial nos termos do art. 61 da Lei 11.101/05, cujas prestações ainda pendem de cumprimento, ao serem afetadas pela pandemia. A pretensão de aplicação do art. 480 poderia ocorrer diante da impressão de que, como a novação das obrigações propiciada pelo plano de recuperação judicial anteriormente produz efeitos exclusivamente sobre as obrigações do devedor, vencidas ou vincendas, estar-se-ia diante de um contrato unilateral, cujas obrigações seriam exclusivas do devedor.

¹⁴ Para Larenz, nesse ponto, “a insolvência em si não é nunca um motivo de liberação. A situação econômica precária não-culposa, a falta de recursos pecuniários ou de crédito não impedem que se produza a mora” (LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos* (Carlos Fernandes Rodriguez trad.), Madri, Revista de Derecho Privado, 1956, p. 218).

Contudo, a novação produzida pelo plano de recuperação judicial insere-se necessariamente num contrato bilateral anteriormente convencionado. Nos termos do art. 5º da Lei 11.101/05, as obrigações a título gratuito não são exigíveis do devedor e não se submetem à recuperação judicial.

Nos contratos bilaterais, a disciplina da teoria da imprevisão é disciplinada pelos artigos 478 e 479 do Código Civil e que não determinam a intervenção judicial na relação contratual, mas, desde que presentes os requisitos legais, acarretam a resolução do contrato por onerosidade excessiva, a menos que o contratante concorde em modificar equitativamente as condições do contrato.

Por meio da teoria da imprevisão, tutela-se a preservação do equilíbrio contratual¹⁵ ou sua resolução, contanto que preenchidos os requisitos cumulativos, isto é: (i) estar em vigor contrato de longa duração, de execução continuada ou diferida; (ii) a ocorrência de evento superveniente, extraordinário, imprevisível e não imputável a qualquer das partes; (iii) que onere excessivamente um dos contratantes; e (iv) que desencadeie extrema vantagem a outra parte¹⁶.

Quanto ao primeiro requisito, há, em relação às obrigações novadas pelo plano, contrato que pode se caracterizar como de execução diferida. A prestação a que se obrigou o devedor em recuperação ou é vincenda por ocasião da distribuição da apresentação do plano de recuperação judicial, ou, se vencida e não satisfeita, foi novada de forma a se protrair no tempo. Conforme análise jurimétrica dos processos de recuperação judicial do Estado de São Paulo, os débitos de natureza quirografários têm previsão mediana de pagamento nos planos de recuperação judicial de 9,82 anos¹⁷.

¹⁵ “Passando a nos centralizar na questão do desequilíbrio contratual, em sentido próprio, cumpre esclarecer que a teoria que melhor explica o Código Civil brasileiro, nessa matéria, é a da excessiva onerosidade, identicamente ao que ocorre no Código Civil italiano (o nosso artigo 478 é praticamente a tradução da primeira parte do art. 1.467 do Codice). Na verdade, a excessiva onerosidade envolve também, nos dois países, Brasil e Itália, a teoria da imprevisão, porque, para a revisão contratual, não basta a excessiva onerosidade, é preciso ainda verificar se os fatos supervenientes são, além de extraordinários, imprevisíveis. O Código Civil brasileiro exige três pressupostos positivos para aplicação da revisão judicial: a) contratos de execução continuada ou diferida; b) excessiva onerosidade para uma parte e, em correspondência, extrema vantagem para a outra; c) fatos extraordinários e imprevisíveis.” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 184/185)

¹⁶ “Para que se possa invocar a resolução por onerosidade excessiva é necessário ocorram requisitos de apuração certa, explicitados no art. 478 do Código Civil: a) vigência de um contrato de execução diferida ou continuada; b) alteração radical das condições econômicas objetivas no momento da execução, em confronto com o ambiente objetivo da celebração; c) onerosidade excessiva para um dos contratantes e benefício exagerado para o outro; d) imprevisibilidade daquela modificação” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 136)

¹⁷ WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando, *Judicial Restructuring in the Courts of São Paulo - Second Phase of Insolvency Monitor (Recuperação Judicial no*

Por certo, outrossim, a pandemia pode se caracterizar como evento imprevisível e não imputável a qualquer das partes.

Impõem-se, ainda, sejam evidenciadas a onerosidade excessiva de uma prestação e a correlativa vantagem extrema da outra parte para que haja a resolução do contrato.

Os requisitos da onerosidade da prestação e extrema vantagem para a contraparte devem ter a presença avaliada conforme a finalidade do dispositivo de manter o equilíbrio das prestações, dentro dos pressupostos objetivos para a resolução do contrato pela onerosidade excessiva. Desta forma, o evento extraordinário e imprevisível deve recair diretamente sobre a prestação de forma a comprometer o equilíbrio do contrato.

A interpretação restritiva do dispositivo a exigir a incidência direta da força maior sobre a prestação é corroborada pela alteração do próprio Código Civil pela Lei de liberdade econômica. Conforme art. 421, parágrafo único, do Código Civil, nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Nesse sentido, a intervenção judicial deve ser mínima e prestigiar a obrigatoriedade dos contratos (*pacta sunt servada*), de forma a coibir o comportamento oportunista e os deletérios efeitos sistêmicos para todo o mercado.

Nesse contexto, para a caracterização da onerosidade, “deve -se observar um critério objetivo e não pessoal, a fim de ser possível afirmar que a prestação é excessivamente onerosa por si mesma e não em face de um determinado devedor”¹⁸. A prestação, em função de evento imprevisível, deve se tornar dificultosa ou mais onerosa para toda e qualquer pessoa que a prestasse, sem que se avaliasse a condição pessoal de cada devedor.

No mesmo sentido, destaca Enzo Roppo, sobre os fatos extraordinários, que estes devem tratar-se de “acontecimentos que não se manifestem só na esfera individual de um contraente, mas operem, ao invés, com carácter de generalidade, mudando as condições de todo um mercado ou de todo um sector de relações”¹⁹.

Hipótese diversa ocorre com a alteração da realidade econômica ou do superveniente empobrecimento do contratante em decorrência do evento. Tal circunstância, individual, não é suficiente para se exigir a revisão do contrato ou do plano de recuperação judicial.

Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência (April 26, 2019). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3378503> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3378503>, p. 45.

¹⁸ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos* 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 131.

¹⁹ ROPPO, Enzo. *O contrato*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 262.

Há, decerto, dificuldade no cumprimento da prestação que, em função da redução da capacidade econômica particular do contratante, tornou - se onerosa. Não há, contudo, desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação resultante das alterações das circunstâncias fáticas. O sinalagma entre as prestações e contraprestações continuam exatamente como convencionadas e, portanto, não exigiram a resolução contratual²⁰.

Como ressaltado por Otavio Luiz Rodrigues Junior, “o repúdio à ideia da impossibilidade econômica pessoal como causa de imprevisão serve para preservar a segurança das relações jurídicas, à medida que a teoria da alteração das circunstâncias não pode ser um instrumento de subversão do contrato e do princípio *pacta sunt servanda*”²¹.

Por fim, para se permitir a aplicação da resolução por onerosidade excessiva aos planos de recuperação judicial, além de maior dificuldade para o cumprimento da prestação, independente das características subjetivas do devedor, a teoria da imprevisão exige, ainda, o requisito da extrema vantagem à contraparte.

Ainda que o requisito possa ser criticável pela doutrina, sua exigência legal é decorrente da finalidade do instituto de se garantir a preservação do equilíbrio contratual e de se evitar a perda da reciprocidade das prestações²².

No âmbito do cumprimento das obrigações estabelecidas pelo plano de recuperação judicial, a excessiva vantagem do credor, ainda que exija a análise do caso concreto, dificilmente estará presente, notadamente nas prestações de pagamento de quantia certa. Isso porque, pela análise da mediana de todos os planos de recuperação judicial apresentados no Estado de São Paulo, os planos de recuperação judicial preveem que essa prestação será cumprida de forma parcelada, para os créditos quirografários, em 9,82 anos e, ainda assim, com desconto de 38,31%²³.

²⁰ A obrigação pecuniária não se resolve, como também defendem Rodolfo Pamplona e Laís Durval Leite: “Faz-se imprescindível esclarecer que, no caso de inadimplemento na prestação pecuniária, quando este decorrer da perda do dinheiro, seja por desaparecimento ou perecimento das notas, por sair a moeda de circulação, como também por insolvência ou falência do devedor, continuará o devedor obrigado a adimplir a obrigação. Ela não se resolve, independente de ter havido culpa ou não do devedor.” (PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LEITE, Laís Durval. *A autonomia conceitual das obrigações de pagar quantia certa no sistema brasileiro*, Porto Alegre: Lex Magister, disponível em http://www.lex.com.br/doutrina_23594822_a_autonomia_conceitual_das_obrigacoes_de_pagar_quantia_certa_no_sistema_brasileiro.aspx, acesso em 11 maio 2020).

²¹ RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006. p. 130.

²² GOMES, Orlando. *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 175.

²³ WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando, *Judicial Restructuring in the Courts of São Paulo - Second Phase of Insolvency Monitor (Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência)* (April 26, 2019). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3378503> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3378503>, p. 45.

Sem que todos os quatro requisitos estejam demonstrados, não há, assim, justificativa legal para a resolução do contrato por onerosidade excessiva, muito menos para a interferência judicial no plano de recuperação judicial convencionado entre o devedor e seus credores²⁴.

Conclusão

Muito se tem discutido se o evento imprevisível e absolutamente incerto quanto à sua extensão e efeitos, como o é a pandemia do coronavírus, caracteriza-se como força maior e poderá afetar o cumprimento das prestações dos planos de recuperação judicial anteriormente aprovados.

A descaracterização da mora em virtude do descumprimento não culposo das prestações, assim como a revisão judicial das obrigações em virtude da onerosidade excessiva, entretanto, exigem que a prestação imposta pelo plano de recuperação judicial tenha sido diretamente obstada ou afetada pela pandemia, independentemente da condição do devedor.

A impossibilidade de cumprimento da prestação por um específico devedor, ainda que decorrente da redução de sua capacidade patrimonial ou de uma alteração de sua realidade econômica em virtude da pandemia, não obsta nem a caracterização da mora pelo descumprimento da obrigação e nem permite a revisão judicial por onerosidade excessiva. Referidos institutos visam a preservar as condições fáticas do negócio jurídico e o equilíbrio das prestações convencionadas, de modo que as meras alterações das circunstâncias pessoais da recuperanda, ainda que originadas de um evento imprevisível, são naturais ao risco de toda e qualquer atividade negocial e a ele se sujeitam todos os agentes econômicos.

²⁴ Como já defendido pelo Des. Maurício Pessoa, a “indiscriminada invocação da pandemia obrigará ou autorizará o deferimento de pretensões extraordinárias, irresponsáveis, oportunistas e desprovidas da indispensável boa-fé objetiva”. E prossegue: “Assim, é indispensável a demonstração da causalidade entre a impossibilidade de cumprimento de certa obrigação com as medidas tomadas para o combate da pandemia e seus efeitos. Até porque, a pandemia, que não discrimina a quem e nem como atingir, também é potencialmente lesiva aos interesses dos credores do grupo requerente.” (Decisão monocrática. TJSP, 2ª Câmara. Res. Dir. Empresarial, AI n. 2070524-90.2020.8.26.0000, Rel. Des. Mauricio Pessoa, j. 17.4.2020).

No mesmo sentido, expressando toda a sensibilidade com o momento, foi a decisão do Des. Cesar Ciampolini: “Não podem ser negadas as devastadoras consequências da inesperada catástrofe que infelicitou a todos e põe em risco os próprios fundamentos da economia nacional. Todavia, não vejo como, no caso concreto, dar preferência às necessidades de caixa da apelante, vencida em primeira instância (a princípio portanto, sem *fumus boni iuris*), em detrimento das da apelada, vencedora, que, por certo, também as terá, como as terão todas as empresas em atividade nesta quadra difícil da economia.” (Decisão monocrática. TJSP, 1ª Câmara. Res. Direito Empresarial, Apel n. 1005159-45.2016.8.26.0292, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 8.4.2020).

Desta forma, desde que seus efeitos não afetem diretamente a possibilidade de cumprimento da prestação, independam da condição financeira do devedor, e, no caso da onerosidade excessiva, exijam a presença de uma vantagem para o credor submetido à recuperação judicial, a pandemia não permite judicialmente a decisão de retardamento do cumprimento do plano, a alteração das prestações e, nem mesmo, a resolução da obrigação.

Não obstada a mora do devedor no cumprimento do plano, nem resolvida a obrigação contratual, apenas nova solução negocial, com nova avaliação pelos credores a respeito da viabilidade econômica da manutenção da atividade diante de um aditamento ao plano anteriormente proposto, poderá evitar a convocação do plano de recuperação judicial em falência.

Bibliografia

ALVIM, Agostinho. *Da Inexecução das obrigações e suas Consequências*, 4ª Ed. Saraiva, São Paulo: 1972.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Curso de direito civil: teoria geral das obrigações e responsabilidade civil*, São Paulo, Saraiva, 2019, pp. 221/222.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant*, in *Novos estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 184/185)

CIELO. *Relatório Impacto do Covid 19 no Varejo Brasileiro*, disponível em <https://www.cielo.com.br/boletim-cielo-varejo/>, acessado em 07/05/2020.

FERREIRA, Waldemar M. *Instituições de Direito Comercial*, v. V, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1951, p. 288.

GOMES, Orlando. *Contratos*, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. *Obrigações*, Rio de Janeiro, Forense, 2019.

LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*(Carlos Fernandes Rodriguez trad.), Madri, Revista de Derecho Privado, 1956.

MENDONÇA, Carvalho. *Direito Comercial Brasileiro*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1947.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Poderes da Assembleia de Credores*, do Juiz e Atividade do Ministério Público, in *Direito Falimentar e a nova lei de falências e recuperação de empresas* (Luiz Fernando Valente de Paiva coord.), São Paulo, Quartier Latin, 2005.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; LEITE, Laís Durval. *A autonomia conceitual das obrigações de pagar quantia certa no sistema brasileiro*, Porto Alegre: Lex Magister, disponível em http://www.lex.com.br/doutrina_23594822_a_autonomia_conceitual_das_obrigacoes_de_pagar_quantia_certa_no_sistema_brasileiro.aspx, acesso em 11 maio 2020

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. 3, Rio de Janeiro: Forense, 2019.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, economia e mercados*, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. XXII, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2012,

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, v. 2, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 1995.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 131.

ROPPO, Enzo. *O contrato*, Coimbra, Almedina, 2009, p. 262

SATIRO, Francisco. *Autonomia dos Credores na aprovação do plano de recuperação judicial*, in *Direito Empresarial e outros estudos de direito em homenagem ao professor José Alexandre Tavares Guerreiro (Rodrigo Monteiro de Castro, Walfrido Warde Júnior e Carolina Tavares Guerreiro coord.)*, São Paulo, Quartier Latin, 2013, p. 104.

TJSP, 1ª Câ. Res. Direito Empresarial, Apel n. 1005159-45.2016.8.26.0292, Rel. Des. Cesar Ciampolini, j. 8.4.2020

TJSP, 2ª Câ. Res. Dir. Empresarial, AI n. 2070524 -90.2020.8.26.0000, Rel. Des. Mauricio Pessoa, j. 17.4.2020

VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*, v. II, 7ª. ed., Coimbra, Almedina, 2015.

WAISBERG, Ivo; SACRAMONE, Marcelo; NUNES, Marcelo Guedes; CORRÊA, Fernando, *Judicial Restructuring in the Courts of São Paulo - Second Phase of Insolvency Monitor (Recuperação Judicial no Estado de São Paulo – 2ª Fase do Observatório de Insolvência)* (April 26, 2019). Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3378503> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3378503>.

DIREITO EM TEMPOS DE CRISE – COVID-19

Nossa atual legislação busca a denominada justiça contratual, pois vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais primam pela transparência e correção nas relações contratuais, evitando, assim, que situações desproporcionais e que transgridam a boa-fé objetiva prevaleçam.

Rogério Donini – Professor Livre-docente. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Titular da Cadeira n. 73 da Academia Paulista de Direito.

O Código Civil não exige, para a aplicação da excessiva onerosidade, que a prestação tornada excessivamente onerosa acarrete a ruína econômica do devedor. E nem autoriza a invocação de tal teoria sob a alegação de iminente descontrole orçamentário.

Antônio Pedro Dias – Mestre em Direito Civil pela UERJ.
Gustavo Tepedino – Professor Titular e ex-Diretor da UERJ.
Milena Donato Oliveira – Professora Adjunta da UERJ.

COLABORADORES

Alberto Lucio Barbosa Junior
Alexandre G. N. Liquidato
André Lucenti Estevam
André Menezes Bio
André Tito da Motta Oliveira
Antônio Pedro Dias
Atalá Correia
Bernardo Costa e Silva
Carlos E. do Rêgo Monteiro Filho
Caroline Somesom Tauk
Daniel de Avila Vio
Daniel Penteadó de Castro
Francisco da Costa e Silva
Gabriel de Orleans e Bragança
Guilherme Calmon N. da Gama
Gustavo Machado Gonzalez

Gustavo Tepedino
Isabella M. Andrade Vosgerau
Ivan Jacopetti do Lago
José Fernando Simão
José Roberto de Castro Neves
Karina Nunes Fritz
Luciana C. N. Eugenio Mahuad
Marcel Edvar Simões
Marcelo Barbosa Sacramone
Márcio Ferro Catapani
Maria Helena M. B. Daneluzzi
Marflia Lopes
Marina Kukiela
Milena Donato Oliva
Nelson Rosenvald
Otavio Luiz Rodrigues Jr.

Patrícia M. Celegim de Carvalho
Paulo Doron Rehder de Araujo
Paulo Furtado de Oliveira Filho
Paulo Garcia
Paulo Roberto Fadigas César
Rafael Helou Bresciani
Rafael Tocantins Maltez
Raquel Lamboglia Guimarães
Rodrigo Xavier Leonardo
Rogério Donnini
Ruy Pereira Camilo Júnior
Sandra Regina Carvalho Martins
Suzana M. P. Catta Preta Federighi
Thiago Ferreira Cardoso Neves

QUARTIER LATIN

