

**CRISE E PERTURBAÇÕES NO CUMPRIMENTO DA PRESTAÇÃO.  
ESTUDO DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO, DE  
JUDITH MARTINS-COSTA E PAULA COSTA E SILVA**

---

*CRISE E PERTURBAÇÕES NO CUMPRIMENTO DA PRESTAÇÃO.  
ESTUDO DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO, BY  
JUDITH MARTINS-COSTA E PAULA COSTA E SILVA*

**JOSÉ CRISTÓBAL AGUIRRE LOBATO**

Mestre e Doutorando em Direito Civil pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco (Universidade de São Paulo). Advogado.  
jlobato@ymail.com

**DADOS BIBLIOGRÁFICOS:** MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

As reflexões de Torquato Castro para quem “o fato é que oferece ao direito a situacionalidade que lhe é intrínseca”<sup>1</sup> e que “o direito não é só o estar em relação, mas, sobretudo, o estar em situação”<sup>2</sup> coincidem com a epígrafe que as autoras, ambas com justeza consagradas nos círculos jurídicos de seus países de origem, escolheram para essa obra que, embora datada, tem tudo para ser debatida ao longo dos anos.

É, então, com a afirmação de José de Oliveira Ascensão de que “todos os negócios jurídicos estão historicamente situados” somada à trecho de dramático relatório do Fundo Monetário Internacional, a propósito da pandemia da Covid-19, que abrem sua obra.

Nessa mesma linha, é visível a preocupação com as soluções apriorísticas e desatentas aos detalhes do concreto conflito de interesses e suas repercussões econômicas bem como, claríssimo, o alerta que fazem para o grau de provisoriedade das

- 
1. CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito nacional: estrutura, causa e título legitimário do sujeito*. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 42.
  2. CASTRO, Torquato. *Teoria da situação jurídica em direito nacional...*p. 42.

---

LOBATO, José Cristóbal Aguirre. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de direito comparado luso-brasileiro, de Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 30. ano 9. p. 475-482. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2022.

soluções apresentadas num panorama mundial em que, o prognóstico de agora, com base nos fatos de ontem, já está vencido pelos fatos de um minuto atrás.

São advertências das autoras as seguintes:

“O Direito é uma arte pragmática, ordenada a resolver os casos que o convocam. E os casos apenas existem na sua concreta configuração. O problema é que, pelas características da presente crise, a concreta configuração é fugaz: seis semanas após termos escrito as linhas antecedentes, percebe-se já uma acentuada alteração dos problemas postos ao jurista.” “Qualquer solução que se desenhe em meio ao presente estado de incerteza para alterar um contrato que tenderá a perdurar íntegra, com elevada probabilidade, uma ampla margem de erro.”

Com relação à forma de abordagem, o livro é estruturado em parágrafos, contendo alentada introdução com um apanhado geral da crise, ao que seguem o estabelecimento de premissa em dois parágrafos, discorrendo sobre a noção de prestação, seguida de dois capítulos – o primeiro das soluções negociais e o segundo dedicado às fontes legais – e, ao fim, um provocativo epílogo.

A longa introdução é a bússola para situar e guiar o leitor nos pensamentos e articulações teóricas das autoras, cuja objetividade sem reducionismos fáceis, vem no § 6º “Os problemas a solucionar”, prenunciando três situações que entendem como imediatamente possíveis no ambiente contratual:

“(i) o que deveria ser feito dentro de certo tempo não pode, nesse tempo, ser feito; (ii) o que deverá ser feito, só poderá sê-lo com esforços íngenes e uma excessiva onerosidade da atividade a desenvolver, seja esta a prestação, sejam as atividades de cooperação do credor para com seu devedor; (iii) o que deveria ser feito já não mais poderá ser feito.”

A seguir, então, tratam nos §§ 7º e 8º da noção de prestação lembrando que ela não é naturalística, mas construída. Primeiro, conectam a noção de prestação àquela de utilidade para o credor e àquela de perturbação da prestação no tempo. No que respeita a conexão com a utilidade, tudo depende do enfoque: se é a prestação uma “ação de prestar” do devedor ou, então, a “realização do interesse do credor à prestação, nesse caso, a ênfase recaindo no resultado da prestação.” Essa dualidade possui importância prática inclusive para afirmar se há ou não impossibilidade de prestar; assim, se a utilidade ao credor integrar o conceito de prestação, a ideia de fim ganha mais relevo, até porque todo negócio jurídico, na exata percepção das autoras, é “finalista por definição”, voltado à consecução de resultado útil a quem contrata.<sup>3</sup>

---

3. Seja feita justiça com a citação de Agostinho Alvim (*Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 52), observando, ainda no século passado,

Como desfecho das reflexões sobre o sentido e alcance do ato devido de prestar, problematizam o critério da utilidade da prestação para o credor e as perturbações da prestação, afirmando que a utilidade ao credor pode justificar tanto a transformação do inadimplemento relativo em inadimplemento absoluto, quanto servir de critério para uma ideia mais sofisticada de impossibilidade de prestar, fora do mero naturalismo elementar. Especificamente sobre as perturbações no *continuum* contratual, apontam que a perturbação em concreto poderá desafiar várias qualificações e consequências jurídicas. Exemplificam de diversas maneiras, uma nos chama mais a atenção, porque ilustrativa, na sua simplicidade: o ônibus escolar pode, fisicamente, tráfegar e transportar as crianças, todavia, com o encerramento temporário das escolas isso não tem sentido, em linguagem técnica, “a prestação de transportar, embora possível, perdeu temporariamente o seu fim.” Daí, sob uma perspectiva estritamente formal, o transportador poderia materialmente prestar, mas não pode porque as crianças não lhe são entregues. Seria, então, mora do credor que não cooperou com o transportador? Não, porque, com as escolas fechadas, o credor não colaborou para uma prestação já de plano frustrada. O contrário não lhe poderia ser exigido. Então, com a impossibilidade de prestação de transportar crianças para escola, a que não deram causa, nem o credor, nem o devedor, como fica a contraprestação? O transportador tem o direito de receber? E, se receber, deve ser na íntegra?

Esse cuidado em fazer as indagações problemáticas valoriza o trabalho delas enquanto juristas e, num sentido mais largo, do próprio Direito como mecanismo de solução de problemas. A leitura atenta do texto demonstra algo que nunca se pode perder de perspectiva: o exercício de qualificação jurídica não é um bizantinismo, dele decorre consequências práticas decisivas. E, verdade seja dita, não raras vezes os aplicadores do direito se esquecem disso.

No primeiro capítulo tratando das soluções negociais para o problema da crise, percorrem a relação contrato e tempo, a renegociação como dever nas situações de *hardship*, as consequências do descumprimento desse mesmo dever, a cláusula de força maior e sua função e as cláusulas MAC, usuais em contratos de compra e venda de empresas. Desse caudal de conceitos e precisões técnicas, vale escolher a questão do que denominam “pautas procedimentais”, enfatizando aspectos procedurais estabelecidos no próprio contrato, sem o que o adjudicador fica impossibilitado de oferecer solução. Explicam, então, que o passo inicial é pesquisar o que há no contrato em termos de critérios objetivos ou objetiváveis para “implementar a modificação

---

que “para extremar mora de inadimplemento absoluto havemos mister um critério de ordem econômica.” Ora, se há consideração de ordem econômica, há consideração de ordem da finalidade do negócio, eis que a avaliação econômica encontra na causa concreta do negócio seu paralelo jurídico. Sempre se deve ter em mente a advertência de Roppo, para quem o contrato é a veste jurídica de uma operação econômica.

prevista nas cláusulas de renegociação.” A resposta sendo positiva, até por força de aplicação do artigo 112, do Código Civil, é dentro daquele limite que deve ser buscada a solução, sendo que a obrigação de renegociar é obrigação de fazer dotada de pretensão e seu inadimplemento constitui mora ou incumprimento definitivo, com a possibilidade de acionamento de tutela específica conversível em perdas e danos, nos termos do artigo 499 do Código de Processo Civil e, com equivalente no artigo 566 do Código Civil Português, sendo que “nessas hipóteses, não haverá, assim, substituição indevida, pelo juiz ou árbitro, da vontade das partes, mas integração contratual e cumprimento do estabelecido, por ambos os contraentes, como conduta contratual devida.”

Entretanto, não havendo, procedimentos delineados, apenas referências genéricas aos critérios que devem nortear a renegociação, o problema assume outros contornos. Explicam, então, com apoio em casos de arbitragens internacionais, com incursão aos Princípios Unidroit, que pode haver uma aplicação de multa cominatória para compelir à renegociação, bem como o estabelecimento de “renegociação supervisionada”, sendo que a vinculação “entre a renegociação, a cooperação e a boa-fé foi estabelecida por diversos precedentes arbitrais.” Assim, nos parece que, mesmo em casos de absoluto laconismo contratual a propósito de como se darão as renegociações, a cláusula não é inócua. As autoras são categóricas em afirmar isso. O que talvez mereça uma reflexão à parte é que, no laconismo, o ônus argumentativo para provar o cumprimento dos deveres de renegociação e cooperação será aumentado exatamente pela falta de critérios que possam metrificar, dentro daquele programa contratual, o grau de comprometimento exigível das partes com o sucesso da renegociação.

Em suma, contratos complexos exigem um clausulado não apenas para fins de estabelecimento de direitos e deveres, muito mais que isso, exigem também previsões-guia para o adjudicador de um futuro litígio, sob pena de uma discricção que, por vezes, as partes gostariam de evitar. É a questão da alocação de riscos *ex ante* e *ex post*, tão trabalhada nos dias que correm.

Passando para o segundo capítulo abordando as fontes legais, uma palavra seja dita sobre o método comparatístico, já que de direito comparado se trata, como o subtítulo indica. A comparação levada a efeito pelas autoras, para além do cotejo de dispositivos, envolve o confronto dialético entre sistemas jurídicos. Já se disse que o ponto de partida metodológico nas investigações de direito comparado deve observar “não somente a legislação, mas todos os dados que concorrem para determinar o alcance real de uma solução jurídica, na unidade de cada sistema (...).”<sup>4</sup>

---

4. ASCARELLI, Tullio. Premissas ao estudo do direito comparado. In. *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1945. p. 49.

Como exemplo da observância desse rigor, fiquemos com o que ambas ponderam a propósito da adaptação dos contratos do Direito Brasileiro em comparação com o Direito Português, no primeiro não existem critérios para a revisão dos contratos paritários, havendo apenas “institutos específicos a reger situações de desequilíbrio contratual, o que não é o mesmo que ter no sistema um princípio geral de adaptação às circunstâncias.” É o que chamam, saborosamente, de *pontilhismo legislativo*, a gerar conflitos no panorama doutrinário e pretoriano. A regra do 480, do nosso Código Civil, por exemplo, operacionalizando a redução em tema de onerosidade excessiva, é restrita aos contratos unilaterais, ou seja, “em que as obrigações couberem a apenas uma das partes.”

Exatamente aí, observam, que

“se fosse dotada de maior generalidade quanto ao campo de incidência, poderia solver muitos dos problemas causados, no Código Civil [Brasileiro], de uma cláusula geral de adaptação da prestação às circunstâncias supervenientes, inclusive porque não prevê exclusivamente a ‘redução’, mas, inclusivamente, a alteração do ‘modo de execução da prestação’, não direcionando, pois, a uma solução radical.”<sup>5</sup>

Ao contrário, no Direito português, há no artigo 437, uma previsão geral das condições de admissibilidade da resolução ou modificação do contrato por alteração de circunstâncias.<sup>6</sup> Dispositivo com consequências sistêmicas a exigir um refinamento por parte dos Tribunais, como lembram elas, sendo o caso de interpretar e densificar a norma em função do caso concreto, muito mais do que meramente “aplicar” o dispositivo em termos silogísticos.<sup>7</sup>

A sugestão de critérios hermenêuticos, aqui com base no Direito Brasileiro, para auxiliar a adaptação dos contratos é outro ponto alto, ilustrativo do quanto a boa doutrina pode oferecer ao prático. Arrolam cinco critérios, sendo que elegemos dois fundamentados na nossa prática advocatícia, a saber:

“(iv) ao promover a adaptação do contrato às circunstâncias, não são tomados em conta os motivos particulares das partes, mas devem ser considerados a finalidade

5. Esclarecemos no colchete.

6. “Art. 437º. – Condições de admissibilidade. 1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato. 2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”

7. O que entronca com a própria questão da função das cláusulas gerais exigentes de um aplicador mais sofisticado.

do contrato e os motivos comuns a ambos os contraentes, desde que expressos no contrato ou que dele possam ser deduzidos por via hermenêutica; (v) deve haver comprovada relação causal entre o evento alegadamente imprevisível e extraordinário e a excessiva onerosidade superveniente.”

Ora, se a catástrofe veio para muitos, é certo que não poucos setores foram favorecidos pela pandemia, como as vendas de T.I., para soluções de trabalho remoto (*Teams, Zoom* etc.), ou, um exemplo mais corriqueiro, os serviços de *delivery* de refeições e os hortifrutigranjeiros (denominados “sacolões”), com o fechamento dos restaurantes para atendimento ao público. Assim, o setor econômico é de ser levado em conta. Outro ponto, bem observado, a argumentação em juízo acerca da pandemia não pode se reduzir a meros dois ou três *prints* na peça jurídica de notícias de jornal sobre a retração econômica e seus efeitos para o setor em causa. É preciso estabelecer, de modo evidenciado, o nexo de causalidade que percorre o momento pandêmico e sua influência sobre a base do negócio jurídico. O fato notório que é a pandemia não reduziu o ônus argumentativo dos advogados para fins de pleitear a redução da prestação ou resolução do contrato, apenas eliminou como ponto controvertido a gravidade da situação global. O particular do processo e seu conflito de interesses continua a exigir labor probatório das partes.

O epílogo, para obra desse tope, agudiza as questões problemáticas, aponta as insuficiências do atual estado da arte e, corajosamente, aponta para o futuro com o *processo multipolar*, do que declinam interessante histórico do caso *Brown v. Board of Education of Topeka*:

“Em 1954, o Supremo Tribunal Federal, dos Estados Unidos, proferia uma relevantíssima decisão: na sequência da recusa de inscrição de uma criança negra numa escola pública, frequentada exclusivamente por crianças brancas, o Supremo imporia à concreta escola que aceitasse a inscrição daquela criança. Mas o Supremo Tribunal norte-americano foi mais longe: tomando conhecimento, de modo processualmente relevante, de que a escola que recusara a inscrição não seguia uma prática isolada, mas antes seguia uma linha de orientação comum a diversas escolas públicas de diferentes Estados, aproveitou a decisão para determinar que o sistema de ensino público alterasse a sua prática, aceitando nas escolas, e sem discriminação, crianças brancas e negras. Com esta sua decisão, o Supremo, identificando um problema transversal a todo o sistema de ensino público, emitiu uma decisão-regra com um efeito estrutural: a partir desta decisão, o sistema de ensino globalmente considerado teria de alterar a sua prática e modo de funcionamento.”

É a categoria dos processos estruturais ou multipolares para soluções de alcance maior sendo que, no caso de diversos contratos celebrados por um devedor, considerando o potencial sistêmico que os rompimentos de vínculos contratuais encadeados

geraria, se poderia pensar num processo de negociação estrutural, com vantagens em relação aos processos de falência e recuperação judicial que

“para além de serem ordenados à liquidação de patrimônios – totalmente inadequada quando o que está em causa é exatamente evitá-la através da adaptação dos vínculos a uma nova realidade –, porque pressupõem uma incapacidade de gestão, substituem os gestores.”

Nessa senda, um comentário lateral: o processo, conforme a doutrina especializada, vem sofrendo uma tendência de alargamento, afirmando a insuficiência do processo individual para certos debates. Exemplo frisante é o das ações coletivas passivas, sendo evocativo o caso narrado por Luiz Henrique Sormani Barbugiani, estudioso do tema, em que um dado município paulista, tentando acabar com o surto de dengue que grassava, moveu ação civil pública para obrigar todos os proprietários de imóveis desocupados a permitirem a entrada dos agentes de fiscalização para erradicação dos focos do mosquito. No polo passivo, conforme a tira de julgamento da apelação, constavam “Proprietários de imóveis desabitados e fechados, abandonados ou com acesso não permitido pelo morador em todo Município”, a ementa mostra que a apelação foi improvida, mantendo-se sentença de extinção sem julgamento do mérito, por falta de representação adequada.<sup>8</sup>

Ora, num contexto dessa gravidade, é preciso esperar mais da jurisdição, o que a ação coletiva passiva atende, eis que são colocados no polo um ou alguns representantes adequados para substituir todos os interessados e, uma vez decidido o caso, a eficácia é *erga omnes*.<sup>9</sup>

Por conseguinte, essas provocações e a utilidade de um processo multipolar ainda têm muito a oferecer. Basta imaginar o seguinte: e se o vírus Sars-CoV-2 fosse transmitido por um mosquito, os tribunais iriam extinguir processos sem julgamento de mérito por falta de representação adequada de recalcitrantes proprietários que impedem o acesso do Poder Público ao foco da doença?

Enfim, aquele que percorrer a obra verá, não um catálogo de soluções ligeiras ou um cardápio de restaurante *fast-food*, mas um conjunto de propostas estruturadas tecnicamente no esforço de trazer alguma coerência para a hora grave em que

---

8. Trata-se da Apelação Cível n. 0004833-26.2014.8.26.0575, do Município de Santa Cruz do Rio Pardo, julgada em 22.07.2015. Em reportagem sobre o tema, confira-se: [<https://jornal.usp.br/ciencias/ciencias-humanas/falta-legislacao-para-casos-em-que-o-reu-e-coletivo-diz-pesquisador/>]. Acesso em: 18.10.2021.

9. Sobre as ações coletivas passivas, com profundidade, veja-se: BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. *Ações coletivas passivas*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

vivemos (ainda vivemos, porque, mesmo no momento em que essa resenha é escrita, o vírus desafia a ciência e há o risco de novas cepas), tudo feito por quem conhece o seu ofício e o trata com dignidade.

Lembrando a advertência do abade Dinouart de que “só se deve deixar de deter a pena quando se tem algo a escrever que valha mais do que o silêncio”<sup>10</sup>, o certo é que as reflexões ali encontradas valem, felizmente para nós leitores, muito mais do que o silêncio.

Muito mais poderia ser dito sobre o livro, mas basta, para uma encerrar uma simples resenha, o recado implícito que toda obra séria traz, sobretudo no momento atual do Brasil de completa crispação de ânimos e “babelização” do debate público: menos palanque, mais biblioteca.

---

---

10. DINOUART, Josep-Antoine-Toussaint. *A arte de calar*. Trad. Luis Filipe Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 60.

---

LOBATO, José Cristóbal Aguirre. *Crise e perturbações no cumprimento da prestação*. Estudo de direito comparado luso-brasileiro, de Judith Martins-Costa e Paula Costa e Silva. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 30. ano 9. p. 475-482. São Paulo: Ed. RT, jan./mar. 2022.