

O SONHO DA LIBERDADE ECONÔMICA, O PESADELO DA PANDEMIA DO COVID-19 E A EMPRESA RESILIENTE

Ricardo Lupion¹

É um equívoco examinar os efeitos da pandemia do covid-19 nos contratos empresariais fora do contexto do ambiente de negócios e dos deveres dos administradores das sociedades empresariais.

“O maior perigo em tempos de turbulência não é a turbulência, é agir com a mesma lógica de ontem”. Peter Drucker

Sumário: Introdução. 1. O sonho da liberdade econômica. 2. O pesadelo da pandemia do covid-19. 3. Será a pandemia um bode expiatório? 4. Como funcionam os contratos empresariais 4.1. Organização empresarial. 4.2. O dever de diligência dos administradores e a regra da decisão empresarial. 5. O novo normal e a empresa resiliente. 6. Notas finais: nem fobia, nem idolatria.

Palavras-Chave: Contratos empresariais. Deveres dos administradores. Liberdade econômica. Crise. Revisão contratual. Empresa resiliente.

INTRODUÇÃO



jovem casal e seus três filhos estão em férias na Tailândia. Na manhã do dia 26 de dezembro de 2004, enquanto todos relaxam na piscina do hotel após as festividades

¹ 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. Porto – Alegre – RS.

de Natal, um tsunami de proporções inimagináveis atinge a costa. A invasão da onda é impressionante e a destruição é devastadora e de graves consequências. A região se transforma num caos. Todos sangram e sofrem.

A fúria do mar separou a família por dois dias e meio: a mãe e o filho mais velho, para um lado da ilha, enquanto o pai e os dois filhos mais novos, para o outro. Separados em dois grupos, os familiares enfrentarão situações desesperadoras para se manterem vivos e começam a viver uma trágica lição de vida, movida pela solidariedade e pela esperança do reencontro.

Depois de uma longa caminhada com muito sofrimento, a família se reencontra. Um avião os espera, todos embarcam, apertam os cintos e a decolagem deixa para trás a costa da Tailândia totalmente destruída.²

A família Alvarez Belón será a mesma? Os cinco sobreviventes da família, Enrique Alvarez, Maria Belón e seus filhos Lucas, Thomas e Simon serão os mesmos?

Coincidências à parte, o evento e os efeitos da pandemia do Covid-19 podem ser equiparados à sinopse do filme “O impossível”.

Assim, como a próspera família Alvarez Belón descansava em resort de luxo numa paradisíaca praia da Tailândia; os empreendedores brasileiros viviam momentos de euforia pela recente promulgação da Lei da Liberdade Econômica (LLE), lei n° 13.874, de 20/09/2019.

Assim como o tsunami provocou um efeito devastador ao separar a família Alvarez Belón e impor terríveis sofrimentos e duros sacrifícios; a pandemia do Covid-19, subitamente, também colocou os empreendedores brasileiros uns contra os outros, causando-lhe perdas econômicas e pesados sacrifícios.

Assim como a realidade dos membros da família Alvarez Belón mostrou que, após o tsunami, o único caminho possível

² “O Impossível”. Disponível em https://pt.wikipedia.org/wiki/O_Imposs%C3%ADvel Acesso em 30 abril 2020

para superar a tormenta foi a esperança do reencontro; para os empreendedores brasileiros não resta alternativa senão a de construírem caminhos e pontes para se manterem unidos na esperança da preservação e continuidade das suas atividades no pós-covid-19.

Se, logo após a onda devastadora que os atingiu, os integrantes da família Alvarez Belón, tivessem agido com base nos “seus papéis” tradicionais assegurados pelas suas posições sociais, acusando-se mutuamente ou omitindo-se dos sacrifícios, muitas vezes demasiados, certamente o final teria sido trágico e, talvez, não teriam sobrevivido.

É verdade que no pós-tsunami a vida de todos mudou e o papel de cada um deles na família também. Apenas para registrar uma passagem da tragédia: o filho mais velho, Lucas, a viagem de ida envolveu-se em disputas com seus irmãos durante o voo, mas após vivenciar as dores do tsunami ao lado da mãe, passou a ter uma visão mais solidária e compreensiva no seu relacionamento com os irmãos.

Retomando a pandemia do covid-19, os empresários não deveriam agir com base nos “seus papéis” tradicionais assegurados pelas suas posições contratuais, acusando-se mutuamente ou omitindo-se dos sacrifícios, muitas vezes demasiados, por outras palavras: o devedor, não deveria obter a revisão do contrato apenas pela mera dificuldade subjetiva de prestar decorrente de redução de fluxo de caixa ou, o credor, para deveria exigir a prestação originalmente pactuada diante das graves consequências da pandemia do covid-19.

Agora, pensando no pós-pandemia: assim como a família Alvarez Belón adaptou-se à nova realidade, à nova vida, no pós-covid-19, quando as atividades forem retomadas, no caso da realidade brasileira, pouco se sabe sobre o novo normal e, muito provavelmente, as relações contratuais não poderão ser mantidas nas condições originalmente avençadas.

Assim como o tsunami, a pandemia do covid-19 invadiu

a vida de todos sem pedir licença. Será momento de ódio recíproco?

O propósito deste artigo será, então, examinar os efeitos da pandemia do covid-19 nos contratos empresariais no contexto do ambiente de negócios e dos deveres dos administradores das sociedades empresariais.

1. O SONHO DA LIBERDADE ECONÔMICA

Em 30 de abril de 2019, a Medida Provisória nº 881 instituiu a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelecendo garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório e outras providências. Posteriormente convertida na Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019, passou a ser conhecida como a Lei da Liberdade Econômica (LLE).

Conforme o artigo 1º da LLE, a Declaração de Direitos da Liberdade Econômica estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica, bem como prevê disposições sobre a atuação do Estado enquanto agente normativo e regulador.³

O principal pilar da LLE foi o de realçar a liberdade econômica (livre iniciativa), colocando o empreendedor como centro de escolha das regras a que se sujeita, com destaque para o seu protagonismo.

Criar ambiente de negócios a partir de consensos: os contratos devem ser cumpridos. Entre as partes, o contrato empresarial deverá ser respeitado, havendo grandes incentivos de segurança jurídica e alinhamento às melhores práticas

³ Art. 1º Fica instituída a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, que estabelece normas de proteção à livre iniciativa e ao livre exercício de atividade econômica e disposições sobre a atuação do Estado como agente normativo e regulador, nos termos do disposto no inciso IV do caput do art. 1º, no parágrafo único do art. 170 e no caput do art. 174 da Constituição. BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. *Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; e dá outras providências.*

internacionais, em que o pactuado entre as partes tem força obrigatória (*pacta sunt servanda*).

O reforço da autonomia privada e da liberdade contratual foi objeto da LLE para garantir que os negócios jurídicos empresariais paritários possam ter livre estipulação entre as partes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública.⁴

Novas regras de interpretação foram introduzidas pela LLE ao artigo 113 do Código Civil para assegurar que o negócio jurídico seja interpretado com o sentido de I - ser confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; III - corresponder à boa-fé; IV - ser mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Além disso, o novo art. 421-A do Código Civil expressamente reconhece a presunção de paridade e simetria das partes contratantes, até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, 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.

⁴ “Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública;” BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. *Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; e dá outras providências.*

Dada a clareza desse dispositivo legal, os agentes econômicos podem (a) realizar a autocomposição de conflitos de interesses; (b) estabelecer a veste jurídica da circulação econômica pretendida; e (c) fixar a alocação de riscos.⁵

O mote principal da LLE foi o de criar um ambiente de negócios com segurança jurídica e previsibilidade, como mecanismo para incentivar que grandes empresas se sintam seguras para investir e produzir no Brasil, gerando emprego e renda para os milhões de brasileiros se encontravam desempregados, e que os empresários tenham respeitados os termos que acertarem nos seus acordos.

A relação é direta: quanto mais previsíveis forem as decisões judiciais, mais seguro é o ambiente de negócios. Os agentes econômicos podem orientar suas decisões em função de cenários construídos a partir destas normas, porque eles tendem a antecipar o que acontecerá com alto grau de acerto.⁶

A Exposição de Motivos da MP 881 que deu origem à LLE indica que o propósito da Declaração de Direitos da Liberdade Econômica foi o de oferecer novos instrumentos para garantir a eficácia das demais iniciativas que tem sido conduzidas para o desenvolvimento do Brasil, visando empoderar o particular e expandir sua proteção face a intervenção estatal – mudando o paradigma anterior em que as medidas simplesmente buscariam a redução de processos extremamente complexos, em que apenas o mapeamento de suas etapas já seria desgastante e tornaria inviável a adoção de medidas de modo tempestivo.⁷

A LLE procurou valorizar a autonomia privada e resolver antigos problemas técnicos que existiam no Código Civil, o que

⁵ RODRIGUES JR. Otavio Luiz. LEONARDO, Rodrigo Xavier. PRADO, Augusto César Lukscheck. “A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do código civil” *Comentários à Lei de Liberdade Econômica*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 323

⁶ “A alocação de riscos e a segurança jurídica na proteção do investimento privado”. *Revista de Direito Brasileira* | São Paulo, SP | v. 16 | n. 7 | p. 291 - 304 | jan./abr. 2017

⁷ Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Exm/Exm-MP-881-19.pdf Acesso em: 12 maio 2019.

é louvável,⁸ desburocratizou a atividade empresarial e promoveu alteração transversal no ordenamento jurídico e, dentre as alterações, procurou restringir a revisão de contratos privados.⁹

Enfim, a LLE representa hermenêutica *pro libertatem* segundo o que está literalmente dito no artigo 1º, § 2º “interpretam-se em favor da liberdade econômica, da boa-fé e do respeito aos contratos, aos investimentos e à propriedade todas as normas de ordenação pública sobre atividades econômicas privadas”.

A partir da LLE, “o princípio da liberdade de iniciativa ganha relevância na argumentação jurídica acerca da solução que se deve dar aos conflitos entre particulares, em especial empresários”¹⁰ e “a boa-fé deve estar ligada ao cumprimento dos acordos”¹¹

A garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes, assegurada pelo artigo 3º, inciso VIII¹² também pretende desmitificar a “tutela desmesurada dos contratantes de menor porte ou com

⁸ TARTUCE, FLAVIO. “A Lei da Liberdade Econômica” (lei n. 13.874/2019) e as principais mudanças no âmbito do direito contratual. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, vol. 1, p. 1020.

⁹ TARBINE, Maruan. *Lei da liberdade econômica: uma análise econômica do contrato: Análise sobre a lei que tem o objetivo declarado de superar os obstáculos ao empreendedorismo no território brasileiro*. Disponível em https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-da-liberdade-economica-uma-analise-economica-do-contrato-28122019 Acesso em 28 dezembro 2019

¹⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. “Uma lei oportuna e necessária”. *Liberdade econômica: o Brasil livre pra crescer Coletânea de artigos jurídicos*. GOERGEN, Jerônimo, organizador. Brasil, 2019, p. 30.

¹¹ ACCIOLY, João C. de Andrade Uzêda. “Hermenêutica *Pro Libertatem*. Comentários à Lei de Liberdade Econômica. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 42.

¹² Art. 3º São direitos de toda pessoa, natural ou jurídica, essenciais para o desenvolvimento e o crescimento econômicos do País, observado o disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal: [...] VIII - ter a garantia de que os negócios jurídicos empresariais paritários serão objeto de livre estipulação das partes pactuantes, de forma a aplicar todas as regras de direito empresarial apenas de maneira subsidiária ao avençado, exceto normas de ordem pública. BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. *Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; e dá outras providências*.

protecionismo infantil, capaz de comprometer o bom fluxo de relações econômicas”.¹³

Este novel dispositivo da LLE está perfeitamente alinhado aos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, entre os quais, destaca-se a decisão que reconheceu que “o controle judicial sobre eventuais cláusulas abusivas em contratos empresariais é mais restrito do que em outros setores do Direito Privado, pois as negociações são entabuladas entre profissionais da área empresarial, observando regras costumeiramente seguidas pelos integrantes desse setor da economia”.¹⁴

¹³ FORGIONI, Paula. “A interpretação dos negócios jurídicos II – alteração do art. 113 do código civil” *Obra citada*, p. 374.

¹⁴ BRASIL. STJ. REsp nº 1.409.849 – PR – 3ª Turma, rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino. j. em 26/04/2016. A propósito da apreciação dos contratos empresariais pelos tribunais, há um julgamento paradigmático conhecido como “o caso da juta” ocorrido no começo do século XX. Nesse julgamento a doutrina comercialista já sustentava a interpretação dos contratos empresariais conforme a praxis dos negócios comerciais. No caso concreto, o alienante de um estabelecimento comercial, mesmo inexistindo cláusula contratual expressa, deveria ficar impedido de se estabelecer novamente, pois a ele alienante, incumbe fazer a venda firme, boa e valiosa. Eis uma apertada síntese do caso: O Conde Álvares Penteado, juntamente com os demais acionistas da Companhia Nacional de Tecidos de Juta, “alienaram, sem condição alguma, todas as suas respectivas ações”. Em 1911, aproximadamente um ano após a venda, o Conde estabeleceu-se novamente, no mesmo ramo de negócios, constituindo a Companhia Paulista de Aniagens. Considerando que (i) o ordenamento jurídico brasileiro não continha dispositivo expresso sobre a possibilidade ou impossibilidade de concorrência do alienante da empresa, bem como (ii) o silêncio do contrato a respeito, a questão estava assim posta: tendo o Conde vendido o estabelecimento industrial, estaria “juridicamente privado de fundar, por si ou por empresa que organizasse, um estabelecimento industrial tendo por fim explorar a fiação e tecelagem de juta e outras fibras têxteis, bem como o comércio de seus productos”. Por um lado, Ruy Barbosa, advogado do alienante, sustentou, em suma, que a “liberdade de estabelecimento” e de comércio, na ausência de cláusula expressamente convencionada pelas partes, não poderia ser limitada. Inexistia, no direito pátrio, dispositivo legal que autorizasse essa restrição e, para alguns, a “freguezia”, a “posição (...) conquistada no mercado”, não seriam passíveis de alienação. Em oposição, Carvalho de Mendonça – em defesa do adquirente – afirmou que a limitação era ínsita à alienação do estabelecimento, eis que a coisa vendida deve ser feita boa, firme e valiosa, atendendo à boa-fé que necessariamente há de presidir o tráfico mercantil. Aquele que aliena e concorre, desviando clientela, impede que o adquirente desfrute da coisa que comprou, frustrando suas expectativas. Resumindo essa posição de Carvalho Mendonça, “(...) o vendedor do estabelecimento comercial não pode fundar outro que abra concorrência ao

Finalmente, em resposta ao argumento de que seria desnecessário a LLE repetir o óbvio, Paula Forgioni, justifica que o direito empresarial não é criado em laboratório e tampouco mostra-se fruto da mente dos doutos: “a mente da maioria dos juízes é treinada para outras espécies de desavenças e, no que diz respeito ao direito comercial, seu trabalho simplifica-se quando a regra é clara e está posta em um texto normativo”¹⁵

Com a esperança de contribuir para a construção de um ambiente positivo para os negócios, alavancando, de forma decisiva, a recuperação do Brasil, a LLE, no entanto, também poderá ser uma valiosa contribuição para a superação da crise gerada pelos impactos da pandemia do COVID-19, pois “engana-se quem acha que a LLE pode ser interpretada como excludente da atuação do Estado na economia” que continuará a existir, por exemplo, “no exercício do seu papel ordenador e regulador, que continuam assegurados pela ordem econômica prevista na Constituição e que encontram, na própria LLE, garantias da sua aplicação”.¹⁶

2. O PESADELO DA PANDEMIA DO COVID-19

No mês de março deste ano, prestes a celebrar o seu

comprador, e desviar-lhe toda ou parte da clientela, ainda que seja por via oblíqua, como passando para uma sociedade anônima onde comprometa capitais e assuma a administração, ou estabelecendo um seu parente ou terceiro com capitais por ele fornecidos. Nem os próprios herdeiros podem infringir o preceito legal”. Carvalho de Mendonça estruturava seu pensamento a partir da interpretação do art. 214 do Código Comercial e da doutrina de Coelho da Rocha a respeito da boa-fé nos contratos, que “exige que cada uma das partes fique responsável à outra pelo bom e livre uso da coisa ou prestação, que lhe dá, ou, como vulgarmente se diz, a fazer o contrato bom. Esta responsabilidade constitui a garantia dos contratos”. A jurisprudência da época deu razão a Ruy, e a demanda proposta contra o Conde Álvares Penteado não obteve êxito. GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. “Cláusula de não-concorrência / de não-restabelecimento”. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. pp. 273-300.

¹⁵ FORGIONI, Paula. *Obra citada*, p. 365.

¹⁶ LOUREIRO. Caio de Souza. “Princípios na Lei de Liberdade Econômica”. *Obra citada*, p. 97

primeiro ano de vigência, a tão sonhada liberdade contratual, um dos objetivos da LLE, foi brutalmente afetada pelo surgimento da pandemia COVID-19: “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.”¹⁷

O sonho da liberdade contratual, da autonomia das partes para estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução, da possibilidade da alocação de riscos definida nos contratos, da revisão contratual de maneira excepcional e limitada e do empoderamento do empresariado para expandir sua proteção face a intervenção estatal, cede espaço e oportunidade frente aos efeitos da grave e inimaginável crise como decorrência da paralisação de todas as atividades econômicas, que afetou (e afetará) profundamente as relações contratuais empresariais

Os efeitos da pandemia COVID-19 rapidamente remetem a categorias clássicas do direito voltadas a flexibilizar a força vinculante dos contratos diante de bruscas alterações das circunstâncias, motivadas por fatores imprevisíveis e, ao menos no curto prazo, insuperáveis.¹⁸

¹⁷ Scalzilli, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. *Pandemia, crise econômica e Lei de Insolvência*. Porto Alegre, RS. Buqui, 2020, p. 29

¹⁸ Para o exame das categorias jurídicas incidentes a justificar o afrouxamento dos vínculos contratuais, sua revisão ou resolução, consultar excelente texto de AZEVEDO. Antonio Junqueira de. “Natureza jurídica do contrato de consórcio. classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. contratos de duração. alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. *Revista dos Tribunais*, vol. 832, págs. 115-13. Também escreveram sobre o tema em textos relacionados à pandemia do covid-19: SIMÃO, José Fernando. *O contrato nos tempos da covid-19*”. *Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio*. SCHULMAN, Gabriel. *Covid-19: Os contratos, a incerteza os desafios para a manutenção das empresas e a exceção da ruína*. PIANOVSKI Carlos Eduardo. *A crise do covid-19 entre boa-fé, abuso do direito e comportamentos oportunistas*. SOUZA, Eduardo Nunes de. SILVA, Rodrigo da. *Resolução contratual nos tempos do novo coronavírus*. TARTUCE, Flavio. *O*

Todos os negócios jurídicos empresariais estão sendo e serão impactados pela pandemia, de modo rápido e grave. Medidas estatais gerais e concretas de paralisação ou redução de atividades, atos ou omissões de parceiros de negócios, atos de terceiros etc. todos devidamente classificados em “causa remota”, “causa próxima”, “causa intermediária”, “causa assessória”, “causa provável” etc. A dificuldade será identificar qual dos contratantes é a parte mais afetada.¹⁹

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

Entre as hipóteses fáticas examinadas por Eduardo

coronavírus e os contratos - Extinção, revisão e conservação - Boa-fé, bom senso e solidariedade. GONÇALVES, Oksandro. *A racionalidade econômica dos contratos em épocas pandêmicas.* RESEDÁ, Salomão “*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?*” SOUZA, Eduardo Nunes de. e SILVA, Rodrigo da Guia Silva. *Resolução contratual nos tempos do novo coronavírus.* Entre outros disponíveis em www.migalhas.com.br

¹⁹ KAERCHER, Gustavo *Sinuca de bico: efeitos da pandemia de Covid-19 no microcosmo dos contratos.* Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/sinuca-de-b...s-da-pandemia-de-covid-19-no-microcosmo-dos-contratos-07042020> Acesso 08 abril 2020.

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 16 abril 2020.

Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva, destaca-se, para fins deste artigo, aquela em que a pandemia do covid-19 provocou agravamento do sacrifício econômico originalmente imposto pelo contrato a um dos contratantes. Segundo os autores, nesta hipótese, “o óbice à execução do acordo não vem nem da atuação estatal, nem da perda de interesse na prestação, mas sim de um grave desequilíbrio do sinalagma originário, de modo que a contraprestação a que fazia jus um dos contratantes não mais compensa, economicamente, a prestação a que ele próprio se obrigou”.²¹

Mas é preciso cuidado, no âmbito dos contratos empresariais, com propostas doutrinárias que recomendam às partes contratuais “deixarem de se tratar como adversários e passarem a ser comportar como parceiros de verdade. Ao invés do confronto, agir com solidariedade.”²² Os contratos empresariais possuem um mecanismo próprio de funcionamento, dado o ambiente de negócios e os deveres dos administradores das sociedades empresariais, conforme adiante se verificará.

A rigor, não há culpa de nenhuma das partes porque a paralisação 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 pautada 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 judicialização.²³

²¹ SOUZA, Eduardo Nunes de. SILVA, Rodrigo da guia. *Resolução 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 05 abril 2020

²² TARTUCE, Flavio. *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/o-coronavirus-e-os-contratos-extincao-revisao-e-conservacao-boa-fe-bom-senso-e-solidariedade> Acesso em 05 abril 2020.

²³ GONÇALVES, Oksandro. *A racionalidade econômica dos contratos em épocas*

“A *Belle Époque* acabou em 13 de março de 2020 e com ela a realidade A”, nas palavras de José Fernando Simão, que prossegue “O momento é de crise econômica mundial sem precedentes. Os contratos, na atualidade, passam a ser, em muitos casos, um jogo de perde-perde. O direito da realidade atual, caótica e pandêmica (realidade B), por meio de seus adjudicatadores, deve ter ‘consciência’ de sua função: evitar o colapso contratual e buscar sua conservação por meio do equilíbrio sempre que possível”.²⁴

3. SERÁ A PANDEMIA UM BODE EXPIATÓRIO?

O ambiente empresarial é movido por transformações, incertezas, desafios e oportunidades.

Muito antes dos atuais tempos pandêmicos, a alvorada do século XXI impôs um novo desafio aos administradores das sociedades empresariais: acompanhar o ritmo e a rapidez das transformações, tarefa que não é simples e requer um empenho na busca pelo conhecimento e agilidade para aprender, desaprender e reaprender tudo de novo.

Texto publicado no jornal Valor Econômico noticiou que “na gestão dos negócios, o imprevisível toma conta das planilhas. Novos competidores surgem do nada e desafiam quem está no comando. Em meio a tantas incertezas, não dá para ficar apegado a velhos conceitos. Os Executivos de Valor sabem que é necessário estar atentos ao que acontece ao redor e que o

pandêmicas. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/326110/a-razionalidade-economica-dos-contratos-em-epocas-pandemicas> Acesso em 10 maio 2020

²⁴ SIMÃO, José Fernando. *Pandemia e locação – algumas reflexões necessárias após a concessão de liminares pelo Poder Judiciário. Um diálogo necessário com Aline de Miranda Valverde Terra e Fabio Azevedo*. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/325272/pandemia-e-locacao-algumas-reflexoes-necessarias-apos-a-concessao-de-liminares-pelo-poder-judiciario-um-dialogo-necessario-com-aline-de-miranda-valverde-terra-e-fabio-azevedo> Acesso em 24 abril 2020

exercício da liderança exige, mais do que nunca, um aprendizado constante”.

“As empresas se tornam irrelevantes da noite para o dia”, diz Frederico Trajano, CEO do Magazine Luiza. ‘O perigo mora ao lado em uma startup de garagem’. O antídoto para essa corrida contra o desconhecido, segundo ele, é simplesmente estar preparado para se transformar e arregaçar as mangas para aprender. Trajano diz que, para mergulhar mais a fundo no modus operandi do Vale do Silício (EUA), decidiu fazer um curso de três meses na Universidade Stanford, no centro nervoso das inovações do mundo. “Hoje temos certeza de que a única coisa que não muda é a nossa vontade de mudar sempre”, relatou à reportagem.

A reportagem contém relatos de CEO’s de importantes empresas com atuação em diversos setores da economia e o foco é: “o aprendizado para a vida toda, ou o chamado ‘*lifelong learning*’, relacionado com esse novo mundo que muda rapidamente”.²⁵

Em recente texto que abordou o impacto da revolução digital nos negócios empresariais, destaquei que “a empresa que não compreende esse fenômeno e que não reage à incrível velocidade das disrupções tecnológicas — e às consequentes transformações que provocam nas diversas cadeias de valor — tem sua evolução potencialmente dificultada, sua produtividade e eficiência prejudicadas, sua competitividade ameaçada. E é provável que não garanta sua sustentabilidade como negócio”

No citado artigo, sem a pretensão de antever o momento em que vivemos, apresentei uma breve reflexão sobre o impacto que esse novo comportamento empresarial pode ocasionar na caracterização dos requisitos da aplicação da teoria da imprevisão autorizadores da revisão judicial do contrato, isto é, nesse novo

²⁵ CAMPOS. Stela. *Aprender, desaprender e reaprender para encarar o futuro dos negócios*. Disponível em <https://valor.globo.com/carreira/ensino-executivo/columa/aprender-desaprender-e-reaprender-para-encarar-o-futuro-dos-negocios.ghtml>. Acesso em 04 março 2018.

ambiente corporativo do “aprender, desaprender e reaprender de novo” como ficariam os “acontecimentos extraordinários e imprevisíveis”, autorizadores da revisão judicial do contrato, na dicção do artigo 478 do Código Civil?²⁶

Há que atentar se a situação de anormalidade possui caráter mais ou menos permanente, como assinaei no texto já referido. A empresa contratante não pode esquivar-se ao contrato concluído, porque o negócio se tornou simplesmente desvantajoso.²⁷ Todo contrato está sujeito a acontecimentos desfavoráveis que as empresas assumiram o risco de correr quando da sua celebração, uma vez que não há atividade empresarial sem riscos.

O prejuízo tolerável, embora inesperado e,

²⁶ LUPION, Ricardo. “A revisão judicial dos contratos empresariais em tempos de disrupção: aprender, desaprender e reaprender para encarar o futuro dos negócios”. *15 anos do Código Civil: Direito de Empresa, Contratos e Sociedades* [recurso eletrônico] / Ricardo Lupion, Fernando Araujo (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, págs. 163-178.

²⁷ Como na hipótese em que o STJ não admitiu o cabimento de ação revisional de aluguel para adequação do valor pactuado ao preço de mercado, quando incontroversamente mantida a equação econômica originariamente estabelecida no contrato de locação, nos seguintes termos: “Descabimento da ação revisional de aluguel prevista no artigo 19 da Lei 8.245/91. A intervenção do Poder Judiciário na relação locatícia, à luz da teoria da imprevisão, exige a demonstração da alteração das bases econômicas iniciais do contrato, de modo a não se prestar ao mero propósito de redução do valor locativo, livremente ajustado ao tempo da celebração, solapando os alicerces do pactuado, pois significaria ingerência indevida na autonomia das partes que, ao considerarem as circunstâncias vigentes à época da realização do negócio - as quais permaneceram inalteradas -, elegeram o valor do aluguel e seu fator de atualização, notadamente quando a locatária, na inicial, não faz alusão a qualquer aumento excessivo e imprevisto do aluguel em virtude da correção monetária, aplicada conforme o indexador estabelecido no contrato, e não vislumbrada sua vulnerabilidade”. Nesse julgado destaca-se, ainda, que o STJ reconheceu que o mero interesse econômico da locatária em reduzir o valor do aluguel não autoriza a revisão judicial: “sobressai o propósito meramente econômico da locatária de obter a redução do valor locativo originariamente pactuado para R\$ 3.000,00 (três mil reais), sem qualquer respaldo em imprevista mudança da base negocial, o que refoge da finalidade da ação de revisão do aluguel prevista no artigo 19 da Lei 8.245/91, traduzindo evidente ausência de interesse processual da parte, na modalidade de inadequação da via eleita.” STJ. Resp. nº 1.300.831-PR, rel. Min. Marcos Buzzi, j. em 27/03/2014.

evidentemente não desejado pela empresa contratante na formação do contrato, não pode autorizar sua revisão:

“A indiscriminada tutela dos interesses dos simples operadores de mercado e das suas concretas expectativas de lucro implicaria o perigo de prejudicar o sistema de mercado no seu conjunto, e, assim, a possibilidade geral do lucro: é claro que se a cada contraente fosse consentido libertar-se dos seus compromissos contratuais, só porque lamenta que a operação não lhe deu os lucros que esperava, resultariam revolucionados (não só e não tanto as expectativas de lucro alimentadas em relação à mesma operação, pela parte contrária, mas) todo o sistema e a racional dinâmica das relações econômicas: é este - já o sabemos - o sentido real do princípio *pacta sunt servanda* pois um certo grau de risco é indissociável de qualquer contrato”.²⁸

Outro aspecto que deve ser considerado na correta avaliação da alteração das condições objetivas no momento da execução é a sua medida temporal, isto é, a sua extensão, o seu impacto, a sua intensidade no equilíbrio das prestações e, consequentemente, na economia do contrato.

Isso porque, um acontecimento de inopino, em grandes proporções, mas de curta duração – como pode ser o caso do pós-covid-19 em algumas situações - poderá ocasionar uma alteração momentânea na economia do contrato, mas não obrigatoriamente durante uma relação contratual duradoura, já que, a sua curta duração pode retirar a possibilidade de provocar tamanho efeito no equilíbrio do contrato.

Na medida em que tais desequilíbrios acarretam o agravamento do sacrifício patrimonial para além das expectativas da empresa contratante da operação, que não lhe dá mais os benefícios esperados, traduzindo-se até, num passivo económico, cabe-lhe suportar os riscos que, ao concluir o contrato e procurando com ele o proveito, o próprio contratante assumira.

É coerente com o sistema que o posterior agravamento da razão de troca seja suportado pela empresa contratante que o sofre: ela é, por isso, obrigada, em linha de princípio, a cumprir

²⁸ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra: Almedina. 1988, p.225

regularmente o contrato, ainda que este tenha se tornado mais oneroso do que era quando da conclusão.²⁹ Afinal, a onerosidade excessiva não pode ser uma mera quebra de expectativas da empresa contratante.

Admitir, como regra, a revisão do contrato pelo fato de acarretar para uma das partes uma onerosidade não esperada, seria, em verdade, privar o contrato de sua utilidade, que é um ato de previsão para o futuro e consiste em garantir a empresa credora contra a imprevisão.³⁰

4. COMO FUNCIONAM OS CONTRATOS EMPRESARIAIS

4.1. ORGANIZAÇÃO EMPRESARIAL

Conforme antes referido, entre as hipóteses fáticas examinadas por Eduardo Nunes de Souza e Rodrigo da Guia Silva, destaca-se, para fins deste artigo, aquela em que a pandemia do covid-19 pode provocar o agravamento do sacrifício econômico originalmente imposto pelo contrato a um dos contratantes, mas especificamente nos contratos de longa duração, pois “prazos demasiadamente curtos colocam o contratante mais fraco em estado de absoluta pressão, pois ele terá de se desdobrar e ficar sempre alerta, correndo o risco de não renovação, a qualquer momento”.³¹

²⁹ Idem, , p. 259/260.

³⁰ “Sublinhe-se que a excessiva onerosidade, como argumento jurídico para o não cumprimento das obrigações contratuais, mostra-se excepcional e não serve a tutelar as dificuldades decorrentes da não obtenção de financiamento ou linhas de crédito atribuídas à crise na economia. Muito ao revés, a excessiva onerosidade visa a corrigir o desequilíbrio intracontratual decorrente de fatores externos, imprevisíveis, extraordinários, não abrangidos pela álea do negócio e que, ao mesmo tempo em que ocasionam excessiva onerosidade a uma das partes, acarretam extrema vantagem à outra. Não fosse assim e ruiria por terra a segurança nas relações privadas, entrando em *débâcle* todo o sistema contratual. TEPEDINO, Gustavo. “Crise financeira mundial, teoria da imprevisão e onerosidade excessiva” *Revista dos Tribunais - Soluções Práticas* | vol. 2 | p. 337 – 350.

³¹ ARAÚJO, Paulo Dóron Rehder de. *Prorrogação compulsória de contratos a prazo.*

De modo geral, os contratos colaborativos possuem uma tendência de se estender no tempo e fixar as diretrizes para a relação entre as partes no futuro, de modo colaborativo. “Neles, busca-se mais a disciplina de questões futuras. Ou seja, o negócio não visa a estabelecer apenas regras sobre trocas, mas balizar a relação entre as partes. [...] Lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, indo além do mero estabelecimento de deveres e obrigações específicos”.³²

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.³³ 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”.³⁴

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 econômicos.

Waldemar Ferreira colocou a questão nos seus devidos termos ao destacar a importância da empresa com as seguintes

Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 236.

³² *Ibidem*, p. 237.

³³ 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).

³⁴ MONTEIRO, Antônio Pinto. “Erro e teoria da imprevisão”. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 15, jul/set – Rio de Janeiro: Padma, p. 10.

palavras que, apesar de terem sido produzidas em meados do século XX, são atualíssimas e, quiçá, poderiam ser consideradas uma verdadeira projeção do futuro:

“Para isso, (o comerciante) encurta as distâncias. Aproxima os povos e as nações. Faz desaparecer as diferenças oriundas das diversidades naturais de regiões de raças e de costumes. Não é só transportador. Nem apenas mediador. Especula. Especulador, amplia a oferta, mas antes aguça a procura. Provoca o desenvolvimento do espírito de iniciativas. Torna os produtos sempre mais baratos e melhores. Criador de utilidades, movimentador de riquezas, instrumento de civilização e de progresso, compra. Prepara. Acondiciona. Transporta. Para transportar, constrói veículos, que percorrem a terra, atravessam os mares e cruzam os ares. Assalaria os seus condutores. Segura as mercadorias contra os riscos de acidentes, de naufrágios, de incêndios. Deposita-as, a fim de distribuí-las e revendê-las. Monta estabelecimentos. Abre bazares e lojas, onde as expõe. Firma contratos com auxiliares e prepostos. Revende a dinheiro e a prazo, emite e aceita títulos de crédito, especialíssimos, munidos de poder circulatório”.³⁵

4.2. O DEVER DE DILIGÊNCIA DOS ADMINISTRADORES E A REGRA DA DECISÃO EMPRESARIAL.

Invoca-se o dever de diligência dos administradores das sociedades empresariais para o enfrentamento dos efeitos da pandemia do covid-19, isto é, os administradores devem ter energia capaz de reorganizar, redimensionar e planejar as atividades da empresa no cenário pós-covid-19. Não basta apenas alegar que a empresa foi afetada pela crise; isso é notório; é necessário ir além, cumprir o dever que a lei impõe aos administradores.

O dever de diligência é usualmente considerado como o mais importante dos deveres atribuídos aos administradores das sociedades, havendo, inclusive, quem entenda que os demais

³⁵ FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. São Paulo : Saraiva, 1962. 1º vol., págs. 474-475.

deveres elencados na lei poderiam ser dele decorrentes. Doutrina e jurisprudência identificam uma série de representações do dever de diligência, dentre os quais destaca-se o dever de se informar.

Em linhas gerais, o dever de se informar exige que o administrador busque informações capazes de suportar as suas decisões negociais. O administrador não pode se esquivar das decisões negociais, alegando falta de competência ou de conhecimento.³⁶

O dever de diligência envolve tempo dedicado à função. Participação ativa - agir, inquirir e avaliar alternativas e consequências. Compartilhar conhecimento e discutir com os demais administradores. Assessorar-se com especialistas. Entre os parâmetros elencados por Ana Frazão, para o dever de diligência, destacam-se os seguintes: “o dever de informação para a tomada das decisões, o que pode implicar na consulta à ‘experts’ em

³⁶ O mais apropriado meio de operacionalização do standard do dever de diligência, segundo penso, é considerá-lo em relação aos cânones da “ciência” da administração de empresas (a expressão ciência, referida ao conhecimento das técnicas de administração empresarial, está aqui grafada entre aspas porque considero que tal conhecimento, a exemplo do jurídico, tem natureza tecnológica e não científica. Diligente, de acordo com essa solução, é o administrador que observa os postulados daquele corpo de conhecimentos tecnológicos, fazendo o que nele se recomenda e não fazendo o que se desaconselha. Tal forma de operacionalizar a norma do art. 153 da LSA parece-me extremamente objetiva, de modo a tornar o cumprimento do dever passível de aferição através de perícia. Ou seja, se o administrador adotou determinada providência na condução dos negócios sociais, a indagação jurídica acerca do atendimento ao dever de diligência na hipótese deve ocupar-se em compará-la ao que é assente entre os experts em administração de empresa. A adoção do bom pai de família como paradigma não é mais operacional, hoje em dia. De um lado, por se tratar de padrão por demais impreciso e em total descompasso com a realidade, tendo em vista as profundíssimas alterações na distribuição social de trabalho entre os sexos e as novas estruturas familiares. De outro lado, o atual estágio de desenvolvimento da “ciência” da administração — nascida do pioneiro trabalho de Frederick Taylor, no fim do século XIX — permite à doutrina jurídica deitar ao lado as já gastas fórmulas do direito romano. Em suma, o paradigma do administrador competente deve substituir o do bom pai de família. (COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito comercial*, volume 2 : direito de

Empresa. São Paulo : Saraiva, 2012. págs. 313/314)

determinados assuntos; competência profissional; certo grau de perícia compatível com as funções exercidas; a estruturação de uma organização compatível com as atividades da pessoa jurídica e o risco por ela assumido; o dever de intervir diante de problemas graves ou respectivas ameaças”.³⁷

E quais são os *standards* para a aplicação da regra da decisão empresarial?

É certo que o dever de diligência não importa no dever de tomar a decisão acertada. O foco do dever de diligência não é o que foi decidido, mas como foi decidido. Os administradores devem ter a segurança e proteção para tomar as decisões, cerne da atividade empresarial, sob pena de não ser possível encontrar pessoas que queiram ocupar essas funções.³⁸

Daí, então, surgem os chamados standards da regra da decisão empresarial, que representam um mecanismo formal e seguro para impor aos administradores um agir consciente e direcionado à obtenção dos melhores resultados para a empresa. Essa regra, como já referido, preocupa-se apenas com o processo que levou à decisão e não com o seu mérito.

Entre os pressupostos reconhecidos pela doutrina e jurisprudência para a utilização da regra da decisão negocial, destacam-se, para o cenário pós-covid-19, os pressupostos da decisão informada e da decisão refletida,³⁹ ou seja, o administrador deve orientar as suas energias e decisões com base nos seguintes:

³⁷ FRAZÃO, Ana. “Responsabilidade civil de administradores de sociedades empresárias por decisões tomadas com base em sistemas de inteligência artificial”. *Inteligência Artificial e Direito*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019, págs. 481-520.

³⁸ *Ibidem*. págs. 481-520.

³⁹ Na aplicação da regra da decisão empresarial para os fins da incidência do artigo 159, § 6º, da Lei 6404/76, segundo o qual “[o] juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”, a doutrina e a jurisprudência, especialmente as decisões da CVM, exigem a presença do pressuposto da decisão desinteressada: A decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele. Quando o administrador tem interesse na decisão, aplicam-se os standards do dever de lealdade.

- (i) Decisão informada: A decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimento para a avaliação de uma operação;
- (ii) Decisão refletida: A decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio;

Além dos standards já assinalados da regra da decisão empresarial, comuns ao dever de diligência, também é exigível do administrador que investigue se as informações que lhe são passadas são confiáveis, suficientes e corretas. Isso significa que, não basta que o administrador da companhia informe-se sobre as situações que envolvem a decisão a ser tomada, é necessário que exista uma análise crítica a fim de detectar eventuais e potenciais problemas que possam ocorrer na empresa. O dever de investigar somente se impõe diante das circunstâncias específicas que levem os administradores a acreditarem que existe algum tipo de risco, mesmo que potencial, para a companhia, ou seja, quando os administradores se encontrarem diante de situações que os coloquem em “estado de alerta”.⁴⁰

Desse dever de diligência dos seus administradores, resulta um ônus para a empresa de reorganizar as suas atividades no cenário pós-covid-19. Do contrário, seria possível admitir que a falta de diligência dos administradores de uma das empresas contratantes na correta e adequada avaliação dos impactos da crise e das providências necessárias no cenário pós-covid-19 nas condições contratuais, poderia ser compensada pelas regras

⁴⁰ PARENTE, Flávia. *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas* – Rio de Janeiro: Renovar, 2005. págs. 120-122

revisionistas ou de afrouxamento dos vínculos contratuais. Não basta alegar que a crise do covid-19 afetou o contrato; nos contratos empresariais é indispensável ir além: é preciso encontrar um caminho para o prosseguimento das atividades da empresa.⁴¹

Se é possível afirmar que aos administradores da empresa contratante cabem o ônus de agir com o necessário e indispensável dever de diligência dos homens de negócios, com a observância do zelo apropriado aos negócios empresariais, disso resulta que, para alcançar os seus objetivos, a empresa também necessita de uma mínima preparação ou organização, máxime diante da circunstância de que os contratos empresariais geralmente costumam ser precedidos de um período em que as partes discutem, trocam ideias, projetam, examinam cláusulas, cada uma delas procurando obter da outra, condições mais favoráveis.

Então, somente se organizar e planejar os seus negócios e, sobretudo, se souber aproveitar as oportunidades negociais que surgirem à sua frente, a empresa poderá manter-se em funcionamento. Os administradores, como homem de negócios e cuja profissão está na contratação, devem ter energia de prontas e sagazes deliberações que deverão ser direcionadas para o enfrentamento da crise gerada pela pandemia do covid-19.

5. O NOVO NORMAL E A EMPRESA RESILIENTE

⁴¹ Ao lado do “dever de informar-se” encontra-se o “dever de qualificar-se”. Em relação a este dever, durante muito tempo imperou a ideia de que o sucesso de uma empresa não estava necessariamente vinculado à formação técnica de seus administradores, existindo inúmeros exemplos de empreendedores com baixa escolaridade que construíram impérios empresariais. Talvez por esse motivo, a Lei de Sociedades Anônimas não tenha exigido qualificações técnicas ou formação específica para o cargo de administrador, até mesmo para que isso não gerasse qualquer entrave ao desenvolvimento da livre-iniciativa. No entanto, as exigências atuais do mercado não comportam mais um profissional que não tenha competências desenvolvidas, pelo menos no que tange à gestão. LUCAS, Lais. *A implementação de programas de integridade como conteúdo do dever de diligência dos administradores de sociedades*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019, p. 142).

O mundo simplesmente parou e ainda não está claro como emergirá pós-covid-19. Há muitas especulações a partir de um “novo normal”. Para as empresas, este momento é sobretudo um exercício de perseverança e superação. Como consequência, a questão mais importante para os administradores é criar organizações resilientes, isto é, empresas com a capacidade de reagir rapidamente a grandes mudanças (incluindo crises como esta), se adaptar e emergir melhor do que antes e não simplesmente sobreviver à essas transformações.

Um dos principais atributos da empresa resiliente é o aprendizado contínuo e a prontidão para responder a mudanças inesperadas, como é o caso do cenário pós-covid-19. A empresa resiliente não apenas sobrevive diante das adversidades; ela terá melhores chances para alcançar sucesso sustentável e duradouro.⁴²

Há um novo conceito de indústria, a chamada “indústria 4.0”: as chamadas “fábricas inteligentes”. Essa revolução digital tem impactado a vida de todos, com a imposição de uma velocidade jamais vista. Seus efeitos se fazem sentir da produção agrícola até a saúde, passando por transporte, logística, educação, indústria de consumo, telecomunicações, comunicação, serviços

⁴² Para proteger suas operações e seus funcionários durante a pandemia do novo coronavírus, muitas empresas aderiram forçosamente ao *home office* — principalmente a partir de março, quando a covid-19 se instalou com maior força no País. O início foi conturbado, mas agora o trabalho remoto parece ter conquistado seu lugar. Pesquisa feita em três etapas pela consultoria KPMG e divulgada em evento do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) mostrou que 84% das companhias abertas brasileiras pretendem rever suas políticas de trabalho remoto, seja para instaurar novas diretrizes (49%) ou para aprimorar as já existentes (34%). Esses números são relativos à terceira fase do estudo do ACI Institute da KPMG, para o qual foram ouvidos 130 membros de conselhos de administração, conselhos fiscais e comitês de auditoria entre 19 e 26 de maio. Nesse período, a porcentagem de companhias que desejavam estabelecer uma política de *home office* cresceu 8,8% em relação à segunda fase da pesquisa, conduzida entre 29 de abril e 6 de maio. Já o percentual de empresas que pretendem aprimorar as diretrizes já implementadas cresceu 2% na mesma base de comparação. Disponível em <https://capitalaberto.com.br/secoes/reportagem/oito-em-cada-dez-companhias-abertas-planejam-reforçar-home-office/> acesso em 13 junho 2020

financeiros, energia, entre tantos outros segmentos. A empresa que não compreende esse fenômeno e que não reage à incrível velocidade das disrupções tecnológicas — e às consequentes transformações que provoca nas diversas cadeias de valor — tem sua evolução potencialmente dificultada, sua produtividade e eficiência prejudicadas, sua competitividade ameaçada. E é provável que não garanta sua sustentabilidade como negócio.⁴³

Um nova arquitetura empresarial se impõe.⁴⁴ Foi lançado o movimento “#nãodemita”, integrado por grandes empresas nacionais. Algumas companhias decidiram diminuir o salário da alta cúpula; ainda que a diminuição nos rendimentos dos executivos não represente um grande incremento de resultados do ponto de vista financeiro, o simbolismo da medida é importante para a imagem da empresa. Outras empresas redirecionaram suas atividades para a produção de produtos relacionados à pandemia: higiene pessoal, fabricação, manutenção e reparo de respiradores artificiais. Com essas ações, as empresas procuram angariar a lealdade de seus fornecedores e a reforçar a imagem de uma empresa responsável, em linha com a crescente demanda de investidores por ativos que sigam os princípios ESG (sigla em inglês para aspectos ambientais, sociais e de governança).⁴⁵

Parafrazeando 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?”⁴⁶

⁴³ LUPION, Ricardo. “A revisão judicial dos contratos empresariais em tempos de disrupção: aprender, desaprender e reaprender para encarar o futuro dos negócios”. *15 anos do Código Civil: Direito de Empresa, Contratos e Sociedades* [recurso eletrônico] / Ricardo Lupion, Fernando Araujo (Orgs.). -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018, págs. 163-178.

⁴⁴ SILVEIRA, Alexandre Di Miceli. *A empresa resiliente*. Disponível em <https://capitalaberto.com.br/secoes/governanca/a-empresa-resiliente/> Acesso em 10 junho 2020

⁴⁵ QUESADA, Beatriz. *O dia seguinte dos negócios no pós-pandemia*. Disponível em <https://capitalaberto.com.br/secoes/reportagem/novo-capitalismo-o-dia-seguinte-dos-negocios-pos-pandemia/> Acesso em 02 maio 2020

⁴⁶ RESEDÁ, Salomão. Disponível em

Enfrentar crises econômicas é um dos riscos que o empresário assume ao empreender, pois as crises econômicas são periódicas e, em toda crise, há perdedores e ganhadores, sobretudo em contratos de longa duração. É possível que os efeitos da pandemia do covid-19 possam causar desajustes entre receitas/despesas; problemas de liquidez e, em alguns casos mais graves, de natureza patrimonial; mas esses desequilíbrios subjetivos de uma das partes não podem afetar ou desequilibrar o sinalagma do contrato.

O contrato não pode ser afetado, resolvido ou revisado para equacionar o desequilíbrio endógeno de um dos contratantes. Sobre crise empresarial, Scalzilli, Spinelli e Tellechea, examinam o agente econômico em diferentes tipos de crise, que podem assumir as mais variadas formas: “Em uma tentativa de sistematização, pode-se dizer que há 3 grandes grupos de crise: (i) a crise econômica; (ii) a crise financeira; (iii) a crise patrimonial”. A crise econômica referida pelos autores é a endógena: “desajuste entre receitas e despesas da atividade empresarial interna à própria empresa”. Já na crise financeira, há um problema de liquidez: “desajuste entre prazo médio de recebimento (PMR) e prazo médio de pagamento (PMP); descompasso entre os recebimentos (que deixaram de ocorrer) e os pagamentos (ainda devidos e sobre os quais incidem multa e juros)”. Finalmente, “quando o patrimônio líquido se apresenta negativo, hipótese em que o passivo exigível supera o ativo em função de prejuízos verificados em períodos anteriores), o cenário é agravado” e se caracteriza a crise patrimonial.⁴⁷

Em tantas *lives* sobre o tema assistidas desde o início da pandemia, numa delas, a abordagem de Fernando Araújo foi

<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.

⁴⁷ Scalzilli, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. *Obra citada* págs. 20-23

original: o choque simétrico nos contratos, isto é, aquela situação em que a alteração das circunstâncias provocada pela pandemia do covid-19 pode afetar igualmente as partes contratantes e, portanto, sofrem da mesma maneira; ambas perdem clientes, como pode ocorrer, por exemplo, nos contratos de franquia e nos contratos de distribuição, genuinamente de cooperação e de longa duração. Ambas estão no mesmo barco e não conseguem se ameaçar e, portanto, propõe Araujo, não é a hora de uma parte reclamar da outra no momento da pandemia.⁴⁸

A um dado final a ser considerado: a crise desencadeada pela pandemia de covid-19 escancarou as dificuldades de muitas empresas que, embora atingidas por uma situação de magnitude inédita, já vinham com problemas estruturais de gestão.⁴⁹ Outras, em contrapartida, por terem se preparado adequadamente nos últimos anos em termos de modelo de negócio, cultura corporativa e administração eficiente, conseguem atravessar melhor a turbulência. “Vemos que há empresas operando apenas no modo sobrevivência, enquanto outras podem até ampliar sua

⁴⁸ ARAUJO, Fernando. *Análise Econômica dos Contratos em Tempos de Covid-19* <https://www.youtube.com/watch?v=hvG8tFkL8WU&t=4s> Acesso em 23 abril 2020. “Sabe-se que o empresário é um animal que reage ao ambiente. Havendo fundadas dúvidas sobre se os seus devedores irão honrar com suas obrigações, o empresário tenderá a inadimplir suas próprias dívidas, retendo no caixa o máximo de recursos que conseguir. E como todo mundo é credor e devedor ao mesmo tempo, medidas que se assemelham a moratórias gerais tendem a propagar o inadimplemento ao invés de evitá-lo. Credores e devedores trocam de posição no tabuleiro na medida em que os ponteiros do relógio avançam. Em outras palavras, moratórias gerais tendem a anular os efeitos positivos delas mesmas, pois o agente que não paga, é também aquele que não recebe”. Scalzilli, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. *Obra citada* p. 31

⁴⁹ “A crise atual não pode, sob pretexto nenhum, servir de escusa para que empresas evidentemente inviáveis se mantenham artificialmente no mercado, assim como o “coronavírus não pode servir como pretexto genérico para o descumprimento de obrigações. Esse alerta é importante por uma questão simples: nem todas as atividades são afetadas pela crise, ou nem todas são atingidas com a mesma intensidade; igualmente, nem todos os contratos são tocados pelos efeitos da pandemia, devendo, idealmente, sempre se verificar o efetivo impacto no caso concreto. Scalzilli, João Pedro. SPINELLI, Luis Felipe. TELLECHEA, Rodrigo. *Obra citada* págs. 39/40.

participação de mercado”.⁵⁰

Pesquisa realizada pela Deloitte sobre governança de crise revelou que apenas 19% das empresas tinham um plano de gerenciamento de crise e que 92% indicaram ter estabelecido ou adequado os seus antigos planos após a pandemia do covid-19. A criação de comitês de crises, antes existente em apenas 25% das empresas, agora está presente ou em formação em 89% das empresas respondentes.⁵¹

Daí a importância de se examinar os efeitos da pandemia do covid-19 nos contratos empresariais no contexto do ambiente de negócios e dos deveres dos administradores das sociedades empresariais.

NOTAS FINAIS: NEM FOBIA, NEM IDOLATRIA

Dado tudo o que foi visto até agora, os efeitos da pandemia do covid-19 nos contratos empresariais não pode despertar fobia, marcada por uma visão predisposta, não-realista da incidência imediata e abstrata da revisão ou resolução dos contratos, que pode provocar reflexos negativos no sistema de contratos entre empresários. Algumas empresas já apresentavam sinais de dificuldades de gestão e os efeitos da pandemia do covid-19 apenas vieram agravar essa dificuldade endógena.

A genérica equiparação das empresas também conduzirá a reflexos negativos e distorcidos da realidade empresarial,

⁵⁰ AGUIAR. Rejane. *As chaves da sobrevivência no mercado de ações*. Disponível em <https://capitalaberto.com.br/secoes/reportagem/as-chaves-da-sobrevivencia-no-mercado-de-acoes/> Acesso em 05 junho 2020.

⁵¹ Pesquisa “*Respostas à crise da Covid-19*” *Como as empresas estão respondendo aos impactos da pandemia?* A pesquisa “Respostas à crise da Covid-19” aborda os desafios e as respostas das organizações que atuam no Brasil no contexto da pandemia do novo coronavírus. O levantamento contou com a participação de 1.007 executivos representando 662 empresas, que compartilharam os impactos, as iniciativas e as suas perspectivas em relação aos efeitos da crise sobre os negócios e responderam à pesquisa de 28 de abril a 12 de maio. Disponível em <https://pesquisas.lp.deloittecomunicacao.com.br/covid19> Acesso em 30 maio 2020

porque “não há como sair dessa crise com receitas do passado. Vão sobreviver as companhias que fizerem diferente, usando tecnologia e dados, valorizando todos os *stakeholders*. Essa é a nova receita. Não há como olhar para o retrovisor”.⁵²

A resiliência empresarial é o caminho para o enfrentamento da crise gerada pela pandemia do covid-19: o aprendizado contínuo e a prontidão para responder a mudanças inesperadas. A empresa resiliente não apenas sobrevive diante das adversidades; ela também terá melhores chances para alcançar sucesso sustentável e duradouro.

Para contribuir na realização desse “dever de casa” dos administradores das sociedades empresariais, o BID Invest, braço financeiro do Banco Interamericano de Desenvolvimento, preparou um guia com as principais questões de enfrentamento dos conselhos de administração e dos executivos, dentre as quais destacam-se as seguintes: (a) definição de uma estrutura de governança adequada para responder à crise, para adequar os processos de tomada de decisão e dar agilidade à interação com a diretoria executiva, com a revisão de funções de comitês existentes e estruturação de comitê de crise, dentre outros; e (b) análise de riscos e redefinição da estratégia corporativa, levantamento e análise dos impactos financeiro, trabalhista, clientes, cadeia de fornecimento, jurídico, regulatório, contratual e tecnológico, para resolver os desafios no dia-a-dia e criar uma estratégia que permitirá que a empresa seja sustentável no longo prazo, no “novo normal”, pós-covid-19.⁵³

⁵² QUESADA, Beatriz. *O dia seguinte dos negócios no pós-pandemia*. Disponível em <https://capitalaberto.com.br/secoes/reportagem/novo-capitalismo-o-dia-seguinte-dos-negocios-pos-pandemia/> Acesso em 02 maio 2020

⁵³ BID Invest lança guia de governança para conselheiros em tempos de pandemia. Disponível em <https://www.ibgc.org.br/blog/bate-papo-bid-invest-guia-covid-19> Acesso em 11 junho 2020.