

O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO E A PANDEMIA

Eugênio Kruschewsky

Advogado

Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia

Procurador do Estado da Bahia

Professor de Direito da UFBA

GABINO KRUSCHEWSKY ADVOGADOS ASSOCIADOS

1 O ECO DAS EXPERIÊNCIAS PREGRESSAS

Esta geração e algumas das anteriores vivem um momento inédito, nunca antes experimentado, de isolamento social. Não há garantia de que voltemos à normalidade a breve tempo. Não há garantia de que o nosso conceito de normalidade não seja submetido à profunda mudança.

Apesar de ser fato inédito, aprendemos com a experiência do passado e pode-se dizer que a prateleira do Código Civil Brasileiro possui produtos para lidar com o enfrentamento da pandemia.¹

Dois episódios históricos importantes recomendaram a reflexão sobre a flexibilização do conteúdo do contrato, a relativização do princípio da intangibilidade do teor dos contratos.

Para o direito anglo-saxão, tem-se a coroação do rei Eduardo VII, sucessor da rainha Vitória, evento extremamente esperado pelos britânicos que, em sua maioria, nunca tinham presenciado uma coroação, em razão do reinado muito longo da rainha, o que fez que fossem procurados lugares como varandas, balcões suspensos, que pudessem melhor acompanhar a cerimônia da coroação. Ocorre que esta cerimônia foi adiada em razão de problemas de saúde do rei, ensejando dúvidas acerca da possibilidade de se manter os contratos inalterados ou não, considerando a quebra das bases dos contratos firmados.

Já para o direito continental europeu o exemplo muito conhecido é o da lei Faillot que, por inspiração de decisão do Conselho de Estado Francês, estabeleceu legislação provisória, de transição, que permitia flexibilizar o conteúdo dos contratos, a exemplo daquele de fornecimento de gás de empresa francesa que, em razão da Primeira Grande Guerra, não estava conseguindo manter o preço antes contratado.

Assim, o eco das experiências passadas preparou o presente momento e já há respostas disponíveis no Código Civil Brasileiro, muito embora louve-se a iniciativa do Congresso de criar também para os brasileiros uma norma de transição, de incidência provisória, capaz de superar dissensos e perplexidades.

2 O QUE É A PANDEMIA, JURIDICAMENTE? QUAIS AS SOLUÇÕES APRESENTADAS PELO CC?

¹ A História é grande companheira do Direito Civil, afinal, é lição antiga que a unidade do direito civil é histórica, e não lógica, o que justifica tantas matérias diversas reunidas sob o mesmo manto.

A pandemia, do ponto de vista jurídico, pode ser classificada como o fato necessário imprevisível ou, se previsível, de consequências ou extensão inevitáveis.

Não se afigura relevante distinguir se seja caso fortuito ou uma força maior, porque o regime jurídico previsto pelo Código Civil é o mesmo. Existem pelo menos 06 teorias que tentam distinguir os dois institutos. Se se aceitar a força maior como um evento externo, mais relacionado a um fato da natureza, enquanto o caso fortuito mais relacionado com vontade de terceiro, tem-se que a pandemia seria um exemplo de força maior.

O regime jurídico, de todo modo, está previsto no caput do art. 393, ao dizer que o contratante não responderá pelos prejuízos gerados pelos casos de força maior e caso fortuito, salvo não tenha expressamente assumido este risco e, ao mesmo tempo, o artigo se encontra no capítulo I, das disposições gerais do Título I, do Inadimplemento das Obrigações, de modo que o fato necessário é causa de inadimplemento dos contratos.

Mas um inadimplemento tolerado por lei, porque involuntário, não culposo.

E este inadimplemento pode ser integral, parcial, temporário ou permanente, muito embora não se desconheça a opinião de alguns, que entendem² que a força maior deveria ser um impeditivo permanente.

Talvez, a depender do tipo de inadimplemento, possa se ter, também, um melhor tipo de solução.

E quais soluções já estão disponíveis no nosso CC? O contratante em tempo de pandemia pode: (i) extinguir o contrato, o que, como se verá, não é o mais desejável; (ii) suspender os efeitos do contrato caso a pandemia seja de curta duração, ou (iii) revisar o conteúdo do contrato caso a pandemia confirme as expectativas de ter uma longa duração.

É veterana a lição da possibilidade de, em ocorrendo um evento superveniente à celebração do contrato, extraordinário, imprevisível, capaz de mudar substancialmente o equilíbrio de forças existente na economia do contrato, viabilizar a revisão do conteúdo do contrato, invocando a teoria da imprevisão para os contratos civis e a teoria da onerosidade excessiva para os contratos de consumo.

² Há quem sustente, com José Fernando Simão, forte em Pontes de Miranda, que a força maior não se caracterizaria por um fato necessário transitório, mas permanente. Com efeito: “Se é de prever-se que a impossibilidade pode passar, a extinção da dívida não se dá. Enquanto tal mudança é de esperar-se, de jeito que se consiga a finalidade do negócio jurídico, nem incorre em mora o devedor, nem *a fortiori*, se extingue a dívida. Mas, ainda aí, é de advertir-se que a duração da impossibilidade passageira, ou de se supor passageira, pode ser tal que se tenha de considerar ofendida a finalidade, dando ensejo a direito de resolução”² PONTES DE MIRANDA, Francisco. Tratado de Direito Privado. T. XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 289. De todo modo, no próprio ensinamento ressalva-se a possibilidade de um fato provisório afetar decisivamente as bases do contrato, gerando o mesmo efeito.

A distinção entre elas é que para os contratos civis o nosso código exige a anuência daquele a quem a onerosidade aproveita (art. 479, CC; exceção dos contratos gratuitos, previsto no art. 480, CC), enquanto tal exigência não é feita para os contratos de consumo.

O objetivo da regra é permitir, o mais possível, que as circunstâncias existentes no momento da celebração sejam as mesmas existentes no momento da execução, o que reverencia o princípio da justiça contratual.

Mas, se o prazo pandêmico for curto, talvez melhor do que revisar seja suspender os efeitos do contrato até que se restabeleça o ambiente de adimplemento, sacando o instituto da exceção do contrato não cumprido para os contratos sinalagmáticos, que consiste em causa de suspensão dos efeitos do contrato e não de extinção.

O sinalagma consiste precisamente neste elo de correspondência entre as prestações, de modo que uma exista em função e na medida da outra. Por esta razão, caso uma das obrigações não seja cumprida, ainda que por fato necessário, não se pode exigir do outro contratante que cumpra com a sua prestação, suspendendo-se os efeitos do contrato.

Todo contrato bilateral, de seu turno, possui cláusula resolutiva tácita, razão pela qual o inadimplemento gera necessariamente a resolução dos contratos. Mas a extinção precisa ser, o mais possível, evitada, uma vez que à Economia e ao Direito interessam observar o princípio da preservação dos contratos, já que os contratos, instrumento por excelência do direito civil dinâmico, são responsáveis pela circulação dos direitos e pela circulação das riquezas.

Ao corpo social interessa a manutenção dos contratos, para que esta crise pandêmica não seja sucedida por uma crise econômica também de gravidade.

3 OS PRINCÍPIOS ORIENTADORES

Qualquer que seja a solução adotada, cumpre considerar que dentro da excepcionalidade, vive-se um período extraordinário. Em razão disto, seja a extinção, seja a revisão, seja a suspensão, necessitam ser optadas e realizadas à luz dos princípios da boa-fé contratual, da solidariedade contratual, da preservação dos contratos, da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana.

Todos estão unidos na fragilidade da comum condição humana. Muito possivelmente será necessário não só revisar contratos, mas reconsiderar o pacto social e até mesmo a relação entre os povos.

Necessário valorizar o que realmente interessa e entender que o contrato é, cada vez mais, um vínculo de colaboração, como ensinou Clóvis Couto e Silva, e não um instrumento de polarização.

4 EXEMPLOS

Alguns exemplos podem ser figurados:

De suspensão: (i) caso o shopping center não esteja podendo fornecer a clientela para os seus lojistas, parece razoável que o lojista suspenda o pagamento do aluguel, mas se a ele

aproveita a guarda do seu estoque, que é vendido pela internet, talvez a razoabilidade imponha que estes custos sejam partilhados; (ii) se a obra é suspensa, suspensa também será a taxa condominial; (iii) se a escola de língua estrangeira encontra-se fechada, o lógico é suspender a prestação, ao menos que as aulas ou atividades continuem a ocorrer remotamente.

De resolução: há contratos todavia que não resistirão à força da extinção, sobretudo aqueles que devem ostentar um termo, ou deva acontecer em determinada data sob pena de esvaziamento. Assim, (i) o desfile para apresentar a coleção de roupas novas de março e abril não acontecerá em 2020, (ii) o show do cantor renomado marcado para ser realizado em Howan, na China, não ocorrerá.

De outra banda, fere a dignidade da pessoa humana pensar que o salário do empregado possa ser suspenso sem que se garanta as condições de subsistência.

A empresa que vende álcool gel e máscaras não pode fechar as portas nem tampouco cobrar valor excessivo para o seu produto, uma vez que isto feriria os princípios da função social da empresa e dos contratos, ao seu modo.

Age com má-fé a empresa que mesmo tendo caixa, mesmo não sendo atingida pela pandemia, aproveita-se do momento para não pagar os serviços que lhe foram prestados, como no caso de laboratórios e prestadores de serviços de saúde.

6 ÚLTIMAS EXORTAÇÕES

Seja para revisar, seja para suspender ou extinguir, não abram mão da prerrogativa de serem os solucionadores das suas perplexidades e dúvidas, sejam os prolores de suas sentenças, mas, se isto não for possível, vale lembrar que o Poder Judiciário não é a única solução, podendo-se optar pela mediação ou arbitragem. Um terceiro escolhido pelas partes pode ajuda-las a encontrar a solução ou mesmo arbitrá-la, tudo se fazendo para conservar os contratos e readaptá-los ao momento atual, que haverá de ser vencido.

REFERÊNCIA

PONTES DE MIRANDA, Francisco. **Tratado de Direito Privado**. T. XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.