

Lucena de Castro: Coronavírus e teoria da imprevisão

18/04/2020

O cenário econômico é catastrófico, com atividades interrompidas, especialmente de autônomos, micro e pequenos empresários. E dúvidas surgiram: como ficam os contratos postergados no tempo, que sejam de trato sucessivo, de execução diferida ou apenas meras prestações, tais como locação, financiamento imobiliário e *royalties* da franquia?



Questões às quais propomos lançar algumas reflexões,

sujeitas a críticas, sugestões e eventuais modificações relativas aos contratos no Direito Civil, não englobando as relações consumeristas ou públicas.

O direito contratual brasileiro acolheu três princípios concebidos pelos romanos: a) livre manifestação de vontade; b) força obrigatória (*pacta sunt servanda*); e c) relatividade dos efeitos. Muito mais do que princípios, transformaram-se em dogmas.

A força obrigatória impediu qualquer possibilidade de alteração da relação contratual que não fosse pela vontade expressa dos envolvidos. Nenhum evento externo deveria ser considerado a ponto de modificar as prestações avençadas, pouco se importando com qualquer desequilíbrio posterior, caberiam aos contratantes se precaverem e estipularem as condições para isso.

E eis que surgiram duas grandes guerras mundiais.

Entre 1914 a 1945, a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais alteraram, por completo, as relações políticas, econômicas, financeiras, sociais e, obviamente, contratuais. As pessoas foram convocadas a lutar, as comunicações foram interrompidas, estradas e rodovias, fechadas, bens e serviços, desapropriados ou requisitos pelo Estado, não havia matéria prima ou mercadorias, desapareceu a mão de obra, as moedas foram depreciadas e os preços aumentaram.

Como cumprir os contratos nessas circunstâncias?

Leis excepcionais e transitórias foram promulgadas na França e na Itália, que relativizaram a força obrigatória, ora suspenderam contratos, ora concederam moratória, ora permitiram a resolução.

Percebeu-se que a legislação não disciplinou, de forma genérica, abstrata e prévia, como ficariam as relações contratuais diante de eventos externos não previstos em momento de normalidade, posteriores à contratação, e que tornariam a prestação impossível de cumprir. A doutrina tinha arraigada a ideia da inalterabilidade do contrato, o princípio do *pacta sunt servanda* impregnou a mente e a alma do jurista.

Perguntou-se, então, o seguinte: é justo admitir a resolução ou revisão do contrato pela superveniência de acontecimentos imprevisíveis por ocasião do vínculo e que alteraram o estado de fato no qual ocorreu a convergência de vontade? Ao longo do século XX os juristas buscaram respostas.

A doutrina estrangeira recorreu à jurisprudência dos tribunais eclesiásticos e às lições dos pós-glosadores e identificou a existência de uma cláusula implícita: a cláusula *rebus sic stantibus*.

Por ela, nos contratos que dependem de um fato futuro, que não nascem e se encerram imediatamente, o vínculo se entende mantido desde que permaneça o estado de fato vigente à época da estipulação, de tal sorte que, modificado o ambiente objetivo, por circunstâncias supervenientes e imprevistas, a força obrigatória não será preservada. Essa cláusula faz parte da vida, desempenha papel social, econômico e jurídico, e é coadjuvante da paz social.

Com base nela, os italianos denominaram de teoria da superveniência, enquanto os franceses, de teoria da imprevisão, esta última acolhida pelos doutrinadores em todo mundo. Assim, pela teoria da imprevisão, se ocorrer um evento futuro, não previsível pelas pessoas no momento da relação contratual, mas que torna impossível seu cumprimento, a prestação será inexigível.

Georges Ripert explicou o que ocorreu na França durante as duas guerras: *"Por que se admitiu sem dificuldade esta intervenção judicial? É porque aqui o desequilíbrio do contrato é completo. Sinalagmático, tem duas faces; uma obrigação desaparece, a outra fica sem causa. Conserva a sua forma jurídica porque foi legitimamente criada, mas o juiz deve suprimi-la, revendo o contato concluído"*.

A doutrina foi trazida ao Brasil por Arnaldo Medeiros da Fonseca na obra "Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão", publicada pela primeira vez em 1932.

Foi a partir dela que se estruturou o **caso fortuito** e a **força maior** como excludentes de responsabilidade. Constatou-se que a possibilidade de cumprir a prestação é elemento essencial da obrigação. Uma relação obrigacional é formada por sujeito, objeto, prestação e possibilidade (artigo 104, II, do Código Civil).

E, assim, o Código Civil estabeleceu: *"Artigo 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado. Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir"*.

Há diferença entre caso fortuito e força maior?

A doutrina estrangeira diferenciou quanto à origem, previsibilidade, oponibilidade, etc. Na doutrina brasileira há certo consenso de que o caso fortuito é evento imprevisível e, por isso, inevitável, enquanto a força maior é evento previsível, mas inevitável. Todavia, o artigo 393 do Código Civil conferiu tratamento idêntico, não havendo motivo para diferenciação.

Quais os requisitos para configuração?

1º requisito: Elemento externo.

Arnoldo Medeiros da Fonseca dizia que não podia haver ato culposos do devedor, mas advertiu sobre o cuidado em acolher a expressão "culpa" por se tratar de palavra polissêmica. Aqui, utilizou-a no sentido de não ser comportamento do devedor, ou seja, a relação deve ser atingida por fato alheio aos envolvidos.

2º requisito: Inevitabilidade.

A imprevisibilidade não é mais o elemento essencial. Foi a partir dela que a teoria foi construída, mas se desenvolveu para reconhecer que, na verdade, deve ser inevitável, ainda que as partes tentem, serão atingidas pelo evento. Assim, por exemplo, no Brasil era previsível que a pandemia da Covid-19, identificada na China em dezembro, atingiria o país, ou seja, era previsível, porém inevitável.

3º Requisito: Impossibilidade de cumprir.

O evento externo e inevitável deve tornar a prestação impossível de cumprir. Mas que tipo de impossibilidade? Segundo a doutrina, pode ser objetiva ou subjetiva.

Na objetiva, a análise recai sobre o objeto, analisando-se se seria possível cumprir a prestação para qualquer pessoa, não apenas para aquele devedor; na subjetiva, a perspectiva é do sujeito, limitada à pessoa e aos seus meios, devendo ser real, séria e intransponível, pois, do contrário, haveria mera dificuldade, como ocorre com o devedor desempregado que não consegue cumprir sua prestação.

Segundo Arnoldo Medeiros da Fonseca, deve-se analisar, no caso concreto, se há "*impossibilidade absoluta ou objetiva, seja permanente ou temporária, total ou parcial, natural ou jurídica*".

Quais as consequências em se reconhecer o caso fortuito ou a força maior para essas relações contratuais?

Segundo o artigo 393, do Código Civil, o devedor não responderá pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou força maior. A prestação deixará de existir? Ou a prestação permanece, mas não haverá mora? Quem possui financiamento imobiliário perante uma instituição financeira, deixará de dever as prestações dos meses de março e abril, por exemplo?

Na responsabilidade civil extracontratual ou aquiliana (artigo 927 do Código Civil), que não é objeto dessa análise, a doutrina afirma ser causa de exclusão do nexo causal, portanto, naquela espécie não haverá dever de indenizar (dever jurídico secundário).



Não é o caso da responsabilidade contratual!

O artigo 393 do Código Civil não deve ser interpretado de forma idêntica para a responsabilidade extracontratual e contratual, pois esta possui função social (artigo 421 do Código Civil e artigo 5º do Decreto-Lei nº 4.657/42) e paridade, ainda que relativa, entre os envolvidos, que se encontram em situações equivalentes.

No Direito Contratual, onde há vínculo prévio, Arnaldo Medeiros da Fonseca apresenta algumas propostas. Se a impossibilidade é total e permanente, dá-se a extinção do vínculo obrigacional, sem mora. Se apenas é total e temporária, mantém-se o vínculo e se retira a mora. Se for parcial, poderá o credor exigir parte da prestação.

Seguindo suas lições, se numa relação contratual a Covid-19 — e a ordem de paralisação da atividade econômica — for considerada como caso fortuito ou força maior, duas soluções se apresentam.

Na primeira, na perspectiva do vínculo, retira-se o direito potestativo do credor em rompê-lo unilateralmente em razão da falta de prestação do devedor, que se tornou impossível, porque não há mora. Mantém-se essa potestatividade apenas àquele que está diante da impossibilidade, para não agravar ainda mais sua situação econômica, se assim o desejar.

Na segunda, na perspectiva da prestação do devedor, analisando-se o caso concreto, se: I) a impossibilidade for total, postergam-se as prestações vencidas para outro momento; ou II) se parcial, reduz-se a prestação cumprindo-a em parte. A análise é caso a caso, repita-se.

Reconhecida a impossibilidade total ou parcial da prestação, não haverá mora pelo devedor e, por isso, não recairão as respectivas consequências, quais sejam: a) multa (artigo 408 do Código Civil), b) juros ou correção (artigo 389 do Código Civil), c) cláusula resolutiva (artigo 474 do Código Civil), d) busca e apreensão (artigo 3º do Decreto-Lei nº 911/69), e) leilão extrajudicial (artigo 27 da Lei nº 9.514/97), f) despejo (artigo 59 da Lei nº 8.245/91), etc. O devedor continuará obrigado ao pagamento das prestações que não adimpliu, suspendendo-se a exigibilidade.

Assim, por exemplo, num contrato de locação comercial, poderá o locatário obter a suspensão do pagamento do aluguel se a impossibilidade for total, ou obter sua redução, se for parcial. Em qualquer dos casos não haverá mora, portanto, não haverá resolução contratual ou despejo.

Mas quando serão exigidas as prestações que não foram cumpridas total ou parcialmente pelo devedor?

Mesmo que o recomeço da atividade econômica ocorra em maio, junho ou julho, a retomada não será imediata e os efeitos serão sentidos por um período indeterminado, e cada região do país sofrerá de forma diferente as suas consequências.

Poderia o juiz considerar o caso concreto, com base no artigo 375 do CPC. Mas faltaria previsibilidade.

Por essa razão, assume importante papel o Projeto de Lei Ordinária nº 1.179/2020, aprovado no Senado Federal, pendente de votação na Câmara dos Deputados, que relativizará diversas



relações jurídicas e fixará como marco temporal da situação de emergência, para fins de caso fortuito e de força maior, entre os dias 20 de março a 30 de outubro. À vista desse prazo, a fim de se obter previsibilidade e segurança, seria considerado dentro desse interregno: março a outubro de 2020.

Apresentamos algumas propostas para os contratos postergados no tempo:

1ª proposta: Contratos postergados no tempo, com termo final.

Assim ocorre com empréstimos, financiamentos de veículo ou imóvel, por exemplo, onde a última prestação é identificada. Se a última parcela for em novembro de 2022, todas as vencidas entre março a outubro de 2020 seriam exigíveis a partir de novembro de 2022, não imediatamente, mas na mesma periodicidade.

2ª proposta: Contratos postergados no tempo, mas com prestações finais entre os meses de março a outubro de 2020.

Imaginemos que um comprador de imóvel tenha adquirido o bem em vinte e quatro prestações mensais e sucessivas, e as duas últimas seriam nos meses de março e abril de 2020. Se configurado o caso fortuito ou força maior, o comprador pagaria essas duas prestações faltantes nos meses de novembro e dezembro de 2020.

3ª proposta: Contratos postergados no tempo, indeterminados.

Há contratos que são postergados no tempo e indeterminados, como em algumas locações. Nesses casos, as prestações entre março a outubro de 2020 seriam exigidas a partir de novembro, na mesma periodicidade, embora concomitantes com as futuras prestações.

Ademais, conforme dito acima, é possível considerar, a partir do caso concreto, que a impossibilidade se tornou parcial, de maneira que o devedor pode cumprir parte da prestação, embora não inteiramente. Nesses casos, seriam admitidas revisões contratuais, com base no caso fortuito, a fim de fixar as prestações, durante os meses de março a outubro de 2020, à sua realidade econômica.

Por fim, alguns registros necessários.

A teoria da imprevisão evoluiu e outras foram construídas para justificar a intervenção em relação privada. [1] Dessa maneira, foram criados o estado de perigo (artigo 156 do Código Civil), a lesão (artigo 157 do Código Civil) e a onerosidade excessiva (artigos 317 e 478 do Código Civil). Assim, apesar do caso fortuito/força maior e a onerosidade excessiva terem a mesma origem (cláusula *rebus sic stantibus*), são diferentes, pois naquela há impossibilidade da prestação pelo devedor, enquanto nesta a prestação é possível, mas houve desproporção com vantagem excessiva. Por essas razões, não se aplicam os artigos 317 e 478 do Código Civil.

A manifestação de vontade dos envolvidos sempre prevalecerá sobre todas as propostas acima apresentadas, motivo pelo qual a melhor forma de resolver os problemas nos contratos, caso ocorram, é com conciliação, mediação ou negociação pelos contratantes.

REFERÊNCIAS

DA SILVA, Caio Mário Pereira. Instituições de Direito Civil. Vol. III. Forense: Rio de Janeiro, 2.004.

FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso fortuito e teoria da imprevisão. Rio de Janeiro: Forense, 1.958.

OLIVEIRA, José Maria Leoni Lopes de. Novo Código Civil anotado. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2.003.

RIPERT, Georges. A regra moral nas obrigações civis. Campinas: Bookseller, 2.009.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2.006.

SIDOU, José Maria Othon. Resolução judicial dos contratos e contrato de adesão. Rio de Janeiro: Forense, 2.000.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado. Rio de Janeiro: Renovar, 2.004.

[1] Algumas das teorias revisionistas: teoria da pressuposição, de Windscheid; teoria da superveniência, de Osti; teoria da vontade eficaz, de Kaufmann; teoria da base do negócio jurídico, de Oertmann; teoria da situação extracontratual, de Bruzin; teoria da diligência, de Hartam; teoria do estado de necessidade, de Lehman e Coviello; teoria do equilíbrio das prestações, de Giorgi e Lenel.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-abr-18/lucena-castro-coronavirus-teoria-imprevisao/>