

12 DE ABRIL DE 2020

ONEROSIDADE EXCESSIVA EM TEMPO DE CORONAVÍRUS NO BRASIL E A FRUSTRAÇÃO DO PROPÓSITO CONTRATUAL NO DIREITO INGLÊS¹

LUCAS FAILLACE CASTELO BRANCO²

1. INTRODUÇÃO

Em razão da pandemia do coronavírus, passou-se a discutir as consequências jurídicas que ela acarretaria aos contratos. Neste artigo, pretende-se fazer análise de algumas normas que poderão ser invocadas judicialmente para a resolução ou a revisão contratual. Têm-se em vista, primordialmente, os contratos entre empresários, os quais se supõem paritários.

Inicia-se o exame pelos arts. 478 e 479 do Código Civil “(CC), que preveem o que ficou conhecida como Teoria da Onerosidade Excessiva ou Teoria da Imprevisão. Essa norma dispõe sobre a possibilidade de resolução e revisão contratual. O legislador exigiu, além de acontecimento imprevisível, a extrema vantagem ao credor.

A doutrina e a jurisprudência, contudo, vêm dando flexibilidade ao requisito da extrema vantagem, desconsiderando-se seu sentido e alcance. Dessa forma, o que teria âmbito de aplicação restrita acaba, nessa visão, ampliando-se.

Entretanto, os arts. 478 e 479 do CC permitem a resolução do contrato ou a sua revisão com aquiescência do credor. A revisão nos termos da norma a torna pouca atrativa.

Por conta disso, é provável, então, que o onerado venha a se valer do art. 317 do CC. Essa norma, apesar de permitir apenas a revisão, não prevê como requisito a aquiescência do credor – já que caberá ao juiz decidir pela redução equitativa –,

1. O autor agradece ao Prof. Dr. Alexandre Sérgio da Rocha e a Ernest Ambe pelas profícias discussões.
2. Advogado. Sócio de Castelo e Dourado. Mestre em Direito pela King's College London. LLM em Direito Empresarial pela FGV-Rio. Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Aluno Especial do Mestrado em Contabilidade da UFBA. Membro do Instituto dos Advogados da Bahia. Contato: lucasfaillace@me.com.

tampouco prevê o requisito da extrema vantagem.

Em que pese a imprevisibilidade do acontecimento ser requisito expresso do art. 317 do CC, tem-se argumentado sua desnecessidade, com base na Teoria da Quebra da Base do Negócio, que estaria incorporada ao nosso sistema jurídico a partir das cláusulas gerais da boa-fé e da função social do contrato. Assim, bastaria, para a incidência da norma, a verificação do desequilíbrio contratual que onerasse excessivamente a parte.

Como corolário dessa teoria e da cláusula geral da função social do contrato, admite-se em nosso sistema a doutrina da frustração do fim do contrato, que tem inspiração inglesa. Busca-se, nesse ponto, comparar a abrangência do instituto na Inglaterra, inclusive no contexto do coronavírus.

Em seguida, breve comentário será feito a respeito do art. 393 do CC, que trata do caso fortuito e da força maior como causas de exclusão de responsabilidade da parte inadimplente por perdas e danos.

Conclui-se, ante as inúmeras flexibilizações dos requisitos exigidos em lei para a resolução e a revisão contratual, que a abrangência de aplicabilidade das normas examinadas se ampliou pela via interpretativa. Ainda que criticável, os operadores do direito devem considerar, na prática jurídica, o entendimento geralmente aceito. No direito inglês, observa-se que a frustração do fim ou propósito do contrato é restrita. É provável, todavia, que o instituto seja usado com maior flexibilidade no Brasil.

2. ARTS. 478 E 479 DO CÓDIGO CIVIL

O artigo abaixo, do Código Civil (“CC”), consagra a chamada Teoria da Onerosidade Excessiva:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

A norma se aplica, como se nota de sua redação, aos contratos de execução continuada ou diferida. Os contratos de execução continuada cumprem-se mediante a prática de vários atos prestacionais espaçados no tempo, sem que nenhum deles tenha

força de, isoladamente, exaurir o objeto do contrato. Os de execução diferida cumprem-se por meio da prática de ato futuro, momento em que o próprio contrato é adimplido.

A rigor, no instante em que as partes negociam essas espécies de contrato, elas levam em consideração mudanças previsíveis do estado de coisas inicial, as quais poderão afetar o cumprimento do contrato. Mudanças que são previsíveis e que não foram contratualmente contempladas não podem servir de exoneração para a parte afetada, pois admite-se que ela assumiu o risco que se materializou.

Não deve o judiciário, assim, “corrigir” consequências adversas de riscos devidamente alocados. Esses riscos já foram previamente refletidos na fixação do preço da transação. Dito isso, é claro que as partes podem (e recomenda-se), no exercício da autonomia da vontade, prever contratualmente eventos específicos e as consequências jurídicas advindas de sua ocorrência, como lhes aprouver.

Por outro lado, há mudança nos estados de coisas que não é prevista pelas partes. A norma se reporta a elas como acontecimentos imprevisíveis. Há de se fazer a diferença entre acontecimento imprevisível e acontecimento inconcebível. Do contrário, retira-se qualquer efeito prático da norma, o que revela má técnica interpretativa.

Guerras, pandemias e mesmo ataques alienígenas são concebíveis³. Guerras e pandemias⁴ podem ou não ser previsíveis, dependendo do contexto em que as partes estejam inseridas. O acontecimento imprevisível é bem salientado pela expressão inglesa *can't be reasonable anticipated*. Nesse sentido, as partes, ao tempo da elaboração do contrato e no contexto social em que se encontravam, não podiam razoavelmente prefigurar o acontecimento.

Assim, previsível é o acontecimento que se pode mensurar, ainda que por juízo de probabilidade rudimentar do que regularmente acontece, sem precisão matemática. De outro lado, imprevisível é o acontecimento que, concebível que seja, tinha

3. Sendo a linguagem natural vaga e ambígua, convém salientar que concebível aqui é usado no sentido de possível de ser imaginado. Dessa forma, excluem-se apenas estados de coisas tais como uma cadeira toda branca e toda vermelha, um quadrado redondo, um cachorro que não é animal e um solteiro casado. Por outro lado, o possível, que pressupõe o concebível, envolve a compatibilidade de um estado de coisas com as leis da natureza, a tecnologia vigente e as circunstâncias em análise. Provável é o estado de coisas concebível, possível e que apresenta probabilidade de acontecer.
4. Não é novidade para ninguém que pandemias de consequências drásticas para a humanidade já foram retratadas diversas vezes em filmes hollywoodianos. Isso não as torna, evidentemente, acontecimentos previsíveis. Mas são, pois, concebíveis.

probabilidade tão remota de acontecer, ao tempo de realização do contrato, que as partes não o poderiam contemplar como causa que afetasse o cumprimento da obrigação.

Aquilo que seja frequente ou regular certamente não é imprevisível, mas há circunstâncias que, para a finalidade da norma, podem situar-se em zona cinzenta. Cogita-se se o coronavírus seria ou não um evento previsível, a julgar pelos inúmeros casos passados de surtos de natureza semelhante. Parece que, conquanto pandemias sejam previsíveis, a nota característica da atual são as suas consequências devastadoras de escala global, com medidas inéditas tomadas por governos na história recente.

É sustentável admitir-se, dessa forma, que a pandemia do coronavírus, com as características drásticas impostas à vida cotidiana, fosse imprevisível, por esses efeitos inesperados que ela vem causando, os quais as partes não poderiam razoavelmente prever. Todo empreendimento envolve algum risco. Entretanto, há de se distinguir entre o risco normal decorrente da indeterminação do futuro do risco atípico, acarretado por acontecimentos que não podem ser previstos. É a esses eventos que a norma se refere.

Além dos requisitos mencionados, a norma exige, ainda, que a prestação deve se tornar excessivamente onerosa para uma parte, com extrema vantagem para a outra. Se a obrigação se torna extremamente onerosa para uma das partes, mas não se vislumbra a extrema vantagem para a outra, a parte onerada continua vinculada ao contrato. Ela terá de cumprir a obrigação tal como acordado, ou arcar com as consequências do descumprimento, o que inclui a indenização da contraparte por perdas e danos. Contudo, o que seja “extremo” ou “excessivo” não é pacífico, tornando essa visão pouco objetiva.

Imagine-se que, em razão do coronavírus, um negócio em um ponto comercial locado sofra brusca queda de clientela, afetando, substancialmente, o fluxo de caixa e a capacidade de pagamento dos aluguéis. Ao mesmo tempo, por conta dos efeitos econômicos adversos do vírus, o valor dos aluguéis na localidade onde o locatário tem seu negócio vem a reduzir-se drasticamente.

Nessa hipótese, se o aluguel não sofre redução, percebem-se a onerosidade excessiva para o locatário e a extrema vantagem para o locador,⁵ na medida em que

5. Note-se que, sem exemplos numéricos, estou dando por certo o excesso, cuja aferição variará de acordo com o caso concreto

este recebe o aluguel em valor que discrepa substancialmente do valor de mercado.⁶

Caso o valor de mercado dos aluguéis da região não tenha sido afetado, e não haja outro parâmetro que sirva de aferição da extrema vantagem, a mera onerosidade experimentada pelo locatário não será suficiente de fazer incidir a norma em exame, porquanto o acontecimento imprevisível não se reflete em favor do locador. Incidindo a norma no caso concreto, a parte prejudicada poderá requerer o fim do contrato, o que será evitado com a redução equitativa da prestação, caso o credor aquiesça.

A norma do CC, assim, parece ter aplicabilidade restrita e excepcional, em virtude da dificuldade da aferição da extrema vantagem. Como agravante, a parte prejudicada ainda tem, em tese, o ônus de fazer prova dela. O legislador parece ter querido evitar que a mudança de estado de coisas que afetasse apenas a parte onerada fosse suficiente para a resolução contratual, ao presumir-se que a situação prejudicial decorresse exclusivamente dos insucessos de seu negócio, e não de uma circunstância mais ampla e conjuntural.

Outra situação possível é a de que ambas as partes serem oneradas relativamente à posição original, de sorte, contudo, que a assimetria de benefícios e sacrifícios remanesça em diferença substancial. Incide o art. 478 nessa hipótese, pois o que é relevante, para a norma, é a assimetria significativa entre benefícios e sacrifícios, e eles podem ser aferidos em termos relativos, isto é, de acordo com situação de uma parte relativamente à da outra.

Pode-se aventar, ainda, terceira hipótese, em que ambas as partes sofram onerosidade excessiva, sendo que a assimetria de benefícios e sacrifícios não seja suficiente para justificar a incidência do art. 478. Nesse caso, duas situações se descortinam. Ambas podem valer-se do art. 317, discutido adiante, que permite tão somente a revisão contratual, sem a necessidade de prova de extrema vantagem. Nesse cenário, a parte que vier a receber a ação primeiro poderá alegar sua excessiva onerosidade em reconvenção.

Além disso, as partes podem distratar ou mesmo renegociar (esta via é sempre possível, claro). É mais provável que, na situação em que ambas acabem oneradas, elas façam acordo, sem necessidade de interferência do judiciário.

6. A Lei 8.245/1991, que dispõe sobre a locação de imóveis urbanos, prevê, no art. 19, a revisão do valor do aluguel após três anos de vigência do contrato. *In verbis*: “Não havendo acordo, o locador ou locatário, após três anos de vigência do contrato ou do acordo anteriormente realizado, poderão pedir revisão judicial do aluguel, a fim de ajustá-lo ao preço de mercado.”

A parte afetada, ainda, presentes os requisitos, terá de demonstrar a relação de causalidade entre o evento imprevisível e a onerosidade excessiva. É preciso cautela nesse exame, e uma análise apressada e superficial poderá mostrar-se equivocada, incorrendo-se na falácia *post hoc ergo propter hoc*.⁷

Empresários que já vinham sofrendo dificuldades em cumprir contratos, especialmente os de empréstimos, mas que enfrentaram evento imprevisível que não tenha sido a causa da onerosidade excessiva, poderão valer-se, injustificadamente, do art. 478. A questão de saber-se se houve agravamento da dificuldade já enfrentada, por outro lado, introduz uma camada de complexidade na análise do caso concreto.

Apesar do que foi dito, algumas decisões têm sido bastante flexíveis quanto ao exame da extrema vantagem, havendo até doutrina que propõe que ela seja desconsiderada.⁸ Com base nessa visão, a parte prejudicada pode valer-se do art. 478⁹ do CC sem esperar um rigor do judiciário sugerido pelo comentário e pelo exemplo dados anteriormente.

É fato que o legislador brasileiro introduziu critério rigoroso ao prever a extrema vantagem. Na Itália e na França, por exemplo, a redação da norma equivalente é semelhante, não contendo, contudo, esse requisito, tal como sucede, entre nós, no CDC:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas; (...).

O consumidor, portanto, não necessita demonstrar a extrema vantagem da contraparte. Considerando-se aplicável a interpretação flexível do art. 478, quanto ao requisito em apreço, o CC e o CDC, apesar das redações distintas, terminam produzindo o mesmo resultado prático.

Vale recordar que o legislador introduziu, em 2019, a denominada Lei da

7. Tradução: após isso, logo por causa disso.
8. SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 180.
9. Paulo Lôbo, por outro lado, indica alguma doutrina, reconhecendo o rigor do art. 478, soluciona a questão sugerindo o uso subsidiário do art. 478, mas direto de preceitos como a boa-fé objetiva, a vedação do enriquecimento sem causa e a função social do contrato (**Direito civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 205). Nesse modo de ver, então, não haveria a flexibilização dos requisitos do art. 478, cujo âmbito de aplicabilidade restrito permaneceria.

Liberdade Econômica¹⁰, por certo visando, nas normas transcritas, combater a interferência excessiva do judiciário nas relações privadas, notadamente nas paritárias. Modificou o CC introduzindo os seguintes artigos:

Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, 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.

Se os incisos II e III terão algum efeito prático relevante, somente um estudo empírico poderá responder. Certo é que, por sua redação, interpretações que modificam a alocação de riscos por meio da intervenção do juiz devem ser rechaçadas.

Não se disse nada, ainda, a respeito da expressão “extraordinário” prevista na norma. Como o legislador não usa palavras inúteis, sua presença no texto é significativa. Sobreleva a afirmação pelo fato de o art. 317 do CC, examinado adiante, ter redação semelhante ao art. 478, sem constar nele a dita expressão.

O tema, contudo, transcende o escopo deste artigo. Interessante que seja a discussão, basta saber-se que ela existe e que tem diversas posições, principalmente na Itália, onde se prevê o requisito do acontecimento extraordinário e imprevisível. Há, por exemplo, quem defenda a sinonímia, e há quem afirme que extraordinário introduz parâmetro objetivo de aferição da previsibilidade, ao passo que a expressão imprevisível introduz parâmetro subjetivo.

Talvez as distinções tenham mera importância teórica, com pouca ou nenhuma diferença prática, dada a sutileza que elas acarretam.

3. ART. 317 DO CÓDIGO CIVIL

Segundo o art. 317 do CC:

Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do

10. Lei N° 13.874, de 20 de setembro de 2019.

momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

A norma em tela tem redação semelhante à do art. 478, com as seguintes diferenças relevantes para a análise: o motivo (que remete ao acontecimento) é imprevisível, sem a qualificação de extraordinário. Não há a previsão de extrema vantagem, bem como a possibilidade de resolução contratual, mas apenas revisão. Ademais, a revisão, nesse caso, não dependerá da aquiescência do credor, devendo o juiz decidir equitativamente pela redução da prestação.

Dessa forma, a parte que não pretenda a resolução do contrato tem, em princípio, norma com menos requisitos, comparativamente os dos art. 478 do CC. Diz-se em princípio porque, como afirmado, o requisito da extrema vantagem do art. 478 encontra alguma flexibilização jurisprudencial. Se essa assertiva estiver correta, as distinções significativas, no plano prático, entre os dois artigos, seriam as seguintes: (1) a ausência da possibilidade de resolução contratual no art. 317 (a parte só pode pedir a revisão), o que é previsto no art. 478 e (2) a ausência de concordância do credor no art. 317 para a redução equitativa, ao contrário do que consta no art. 478.

Além disso, a doutrina vem dando interpretação extensiva à norma do art. 317, adequando-a à Teoria da Base Objetiva do Negócio. Nessa nova perspectiva, o mero desequilíbrio contratual é condição suficiente para a revisão contratual, desconsiderando-se o requisito da imprevisibilidade. O posicionamento contemplaria a frustração do fim do contrato, que não possui previsão expressa em nossa legislação, como espécie de desequilíbrio contratual.

O pressuposto jurídico da equivalência das prestações estaria alicerçado nas cláusulas gerais de boa-fé e da função social do contrato; a frustração do fim do contrato especialmente nesta última. A interpretação extensiva do artigo 317, que desconsidera o requisito expresso da imprevisibilidade, parece equivocada. Seja como for, ela possui aceitabilidade.

Assim, poderá a parte pleitear a revisão do contrato, com ou sem o enfretamento do requisito da imprevisibilidade (recomenda-se que se enfrente todos, de forma escalonada), bastando invocar o desequilíbrio ou a frustração do fim do contrato.

Do que foi dito, percebe-se que há um esforço da doutrina, seguido por alguma jurisprudência, de trazer para o CC, pela via interpretativa, com esforços, os requisitos do equilíbrio contratual previsto no CDC, visando à solução equitativa.

4. FRUSTRATION OF PURPOSE

Na Inglaterra, o instituto da onerosidade excessiva se assemelha à *doctrine of impracticability* (doutrina da impraticabilidade, literalmente). Ela se aplica justamente a situações em que o cumprimento da obrigação pela parte se torna extremamente difícil (*hardship*), do ponto de vista econômico ou material. Ela se difere da *doctrine of impossibility* (doutrina da impossibilidade, literalmente), por meio da qual os contratos são resolvidos porque seu cumprimento tornou-se materialmente impossível. As duas situações, ainda, diferem da *frustration of purpose*¹¹ (frustração de propósito, literalmente).

Na frustração do propósito, o fim que levou a realização do contrato desaparece, embora o contrato possa ser cumprido. É o propósito que é frustrado, não o contrato *per se*, na medida em que continua sendo possível o exercício de direitos e cumprimento de obrigações dele emanados.

A frustração do propósito contratual, na Inglaterra, é aplicada com muita cautela e restrição, para que se evite a insegurança jurídica. O instituto notabilizou-se com o caso *Krell v Henry*, que tratou do aluguel de um imóvel que tinha vista para a rua onde passaria o cortejo em celebração à coroação do Rei Eduardo VII. Krell locou o apartamento no período festivo programado, mas, como Eduardo VIII ficou doente, a comemoração na data prevista foi cancelada.

A finalidade do uso do bem foi tida como uma *implied condition* (condição implícita, literalmente), uma vez que não se mencionava a finalidade no contrato escrito. No direito inglês, *conditions* diferem-se de *warranties* (garantias, literalmente). As primeiras são cláusulas essenciais do contrato, cuja violação implica sua resolução, ao passo que *warranties* são cláusulas acidentais, cuja violação implica somente o direito de pleitear-se perdas e danos. A constatação de uma *implied condition* é excepcional. Compreende-se que cabe ao judiciário apenas interpretar o que as partes expressamente acordaram, e não reelaborar o contrato em tese.

Outros casos com situações análogas a *Krell v Henry* não tiverem o mesmo sucesso.¹² Para ser mais específico a respeito das particularidades desse caso, a *implied*

11. As expressões frustração do propósito contratual e frustração do fim do contrato são utilizadas, neste texto, como sinônimas.

12. No caso *Herne Bay Steam Boat Co v Hutton*, um barco de passeio foi locado com o propósito de se assistir à cerimônia de passagem em revista naval (*naval review*), que fazia parte da celebração ao Rei, e para navegar pelo entorno da frota. Em que pese o cancelamento da celebração, o contrato não foi tido como frustrado. Entendeu-se que a base do contrato (*basis of the contract*) não era

condition, que se referia ao propósito da locação, foi constatada porque (1) Henry anunciou na janela do próprio apartamento que ele estava disponível para a locação durante a cerimônia e (2) Krell indagou especificamente ao responsável pelo apartamento a respeito de sua visibilidade relativamente à cerimônia e a ele foi respondido que possuía boa visibilidade. Tais foram as tratativas que antecederam a proposta e a aceitação.

Com relação ao contrato, que se aperfeiçoou mediante troca de cartas, ficou registrado que (3) o período da locação coincidia com dois dias de festejo (embora este jamais tenha sido mencionado contratualmente) e que (5) o uso do apartamento estava permitido apenas durante o dia. Ambas as partes reconheceram as evidências extrínsecas (*extrinsic evidence*) ao contrato (1) e (2) e ambas, concluiu a decisão, não poderiam razoavelmente prever que a cerimônia não ocorreria.

Afastou-se, ainda, a *parole evidence rule* (regra da prova oral, em tradução livre), segundo a qual é vedado às partes trazer evidências orais exteriores aos contratos escritos. Essa regra tem como objetivo dar segurança jurídica, evitando-se a introdução de prova oral que contradiga o que consta expresso no contrato escrito.

Se a solução encontrada em *Krell v Henry* passou por critérios legais estritos, some-se que o caso não tem servido de parâmetro para as decisões que lhe sucederam:

(...) o caso tem sido raramente aplicado na Inglaterra. Normalmente, um contrato não é frustrado simplesmente porque eventos supervenientes impediram a parte de fruir do objeto do contrato tal como intencionado por ela, mesmo que essa fruição tenha também sido contemplada pela outra parte.¹³

No contexto do coronavírus e tomando-se, ainda, como exemplo o contrato de locação, alguém poderá afirmar que propósito é frustrado porque o locatário não pode usar comercialmente o bem tal como vislumbrado. Em que pese o uso do imóvel para guardar os estoques, a frustração é, argumentar-se-á, substancial. Essa solução, entretanto, não tem sido contemplada na Inglaterra,¹⁴ especialmente em razão da

simplesmente para assistir-se ao ato naval, mas envolveu ainda a navegação em torno da frota, que não deixou de estar presente.

13. Tradução livre de: “(...) *the case has scarcely ever been followed in England. Normally, a contract is not frustrated merely because supervening events have prevented one party from putting the subject-matter to the use intended by him, even though that use was also contemplated by the other*” (PEEL, Edwin; TREITEL, G. H. **The law of contract**. 14. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2015, p. 1056).
14. Em conversa com um amigo advogado na Inglaterra, ele não se convenceu do enquadramento do exemplo citado como hipótese de frustração do fim do contrato.

temporariedade do impedimento.

No site do escritório de advocacia DLA Piper, aponta-se a baixa probabilidade de sucesso da parte que invoca o instituto, inclusive em contratos de locação:

(...) no contexto das locações, embora a frustração possa seja tecnicamente aplicável, é provável que ela seja muito difícil de se provar na prática.¹⁵

Em outra passagem:

Por exemplo, se o surto do coronavírus CONVID-19 meramente atrasar o cumprimento de uma obrigação, ou aumentar seu custo, é muito improvável que a frustração seja aplicável. Similarmente, se o coronavírus CONVID-19 resultar na impossibilidade temporária de o locatário usar o imóvel na Inglaterra, é improvável que se seja bem-sucedido ao argumento de que a locação se frustrou.¹⁶

É preciso distinguir a proibição temporária de certa atividade da ilegalidade superveniente (*supervening illegality*), que possui todo um regramento próprio, tendo em vista que interesses maiores aos das partes estão em jogo.¹⁷ Enquanto, na primeira, o descumprimento do impedimento implica ato ilegal; no segundo, o ato estatal torna o próprio contrato ilegal.

É difícil prever como, no Brasil, o instituto será aplicado nesses casos e se, ao fim e ao cabo, haverá um conjunto de decisões coerentes sobre o tema. Mas é provável que haja flexibilidade em sua aplicação, sem a rigidez e a analiticidade encontradiças no direito inglês.

5. ART. 393 DO CÓDIGO CIVIL

Outra norma relevante para os contratos no contexto do coronavírus é a que trata

- 15. Tradução livre de: “(...) in the context of leases, whilst frustration could technically apply to a lease, this is likely to be very difficult to prove in practice” (CURLE, Jamie; ALLIN, Charles. **Coronavirus COVID-19 and frustration: Is your contract at risk?** Disponível em: <<https://www.dlapiper.com/en/italy/insights/publications/2020/03/coronavirus-covid-19-and-frustration-is-your-contract-at-risk>>. Acesso em: 2 abr. 2020).
- 16. Tradução livre de: *For example, if the coronavirus COVID-19 outbreak merely delays performance of an obligation, or increases the cost of doing [sic] do, it's highly unlikely frustration will apply. Similarly, if coronavirus COVID-19 results in a tenant being temporarily unable to occupy its premises in England, it is unlikely that it will be able to argue successfully that its lease has been frustrated (Ibid.).*
- 17. PEEL; TREITEL, *op. cit.*, p. 1057.

do caso fortuito e da força maior:

Art. 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.

Sem adentrar em pormenores de definições de caso fortuito e força maior, que não são unâimes na doutrina, constata-se que a norma está inserta, topologicamente, no tema “inadimplemento das obrigações”. Dessa forma, embora a parte que sofra a onerosidade excessiva possa ficar ainda vinculada ao contrato, tendo de cumprir com a obrigação, o inadimplemento contratual ocasionado por eventos dessas espécies a isenta de arcar com os prejuízos resultantes dele.

A aplicação do caso fortuito e da força maior vem sendo alargada. Inicialmente, apenas se considerava a impossibilidade física e material de cumprimento; atualmente, a mera dificuldade de adimplemento, inclusive do ponto de vista econômico, pode ser enquadrada na hipótese legal em exame.¹⁸ Assim, a parte que sofre onerosidade excessiva pode valer-se dessa norma, supondo-se que os efeitos do coronavírus tenham sido a causa do inadimplemento. Por si só, o caso fortuito e a força maior não implicam a resolução contratual ou a sua revisão, devendo a parte prejudicada apoiar-se nas normas citadas neste artigo, com observância dos requisitos que lhes são próprios.

No Brasil, não há necessidade de previsão contratual expressa isentando a parte inadimplente dos prejuízos causados à contraparte em caso de fortuito ou força maior. Ao contrário, ela só se responsabiliza por disposição contratual expressa. Na Inglaterra, é o oposto, isto é, sem disposição contratual expressa, a parte onerada por acontecimentos dessas espécies não se exime de cumprir a obrigação.

6. CONCLUSÃO

Conforme exame feito, nota-se que há uma gama ampla de argumentos legais a favor dos que sofrerão excessiva onerosidade contratual no contexto do coronavírus.

Apesar de alguns requisitos parecerem diminuir drasticamente a abrangência de aplicabilidade das normas examinadas, a doutrina e a jurisprudência vêm flexibilizando alguns deles. Isso tem ocorrido, particularmente, com a extrema

18. SCHREIBER, *op. cit.*, p. 175-176.

vantagem e a imprevisibilidade, permitindo-se, virtualmente, a equivalência da onerosidade excessiva do CC com a do CDC.

A parte onerada deve estar atenta, também, às consequências jurídicas da escolha normativa. Assim, quem busca resolver o contrato deve se valer do art. 478. Se o pedido é a revisão contratual, o art. 317 mostra-se mais adequado, pois a redução equitativa da prestação não depende da aquiescência do credor.

Na hipótese de caso fortuito e força maior, isenta-se a parte por perdas e danos no caso de descumprimento da obrigação. Não há, aqui, automática resolução ou revisão contratual e a parte deve, para tanto, valer-se do art. 478 ou do art. 317.

Com relação ao direito comparado, nota-se que o instituto da frustração do propósito contratual é de aplicação restrita na Inglaterra. Não é possível dizer-se, de antemão, como o instituto será aplicado no Brasil nas circunstâncias atuais. Mas é provável que ele seja usado com flexibilidade, sem a rigidez e a analiticidade do direito inglês no exame dos casos concretos, que lhes são característicos.

Além disso, pode-se inferir o seguinte: na sistemática brasileira, tutela-se o acontecimento imprevisível em virtude de previsão legal; e na sistemática inglesa, a rigor, cabe às partes regular o tema em contrato. Sem previsão contratual expressa dispondo sobre acontecimentos imprevisíveis, admite-se que a parte onerada assumiu o risco.

É preciso estar atento, também, a mudanças legislativas que venham a alterar, ainda que temporariamente, as normas aqui discutidas.

De qualquer forma, em tempos de crise econômica, não será simplesmente o direito que dará poder de barganha para os que buscam a revisão contratual. A interligação e a interdependência dos negócios impõem a renegociação como imperativo de sobrevivência. Serão os próprios interesses comerciais individuais que, possivelmente, produzirão os melhores resultados sociais.

REFERÊNCIAS

CURLE, Jamie; ALLIN, Charles. **Coronavirus COVID-19 and frustration: Is your contract at risk?** Disponível em:
<https://www.dlapiper.com/en/italy/insights/publications/2020/03/coronavirus-covid-19-and-frustration-is-your-contract-at-risk>. Acesso em: 2 abr. 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: contratos.** 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PEEL, Edwin; TREITEL, G. H. **The law of contract.** 14. ed. London: Sweet & Maxwell, 2015.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.