

POR UMA LEI EXCEPCIONAL

Dever de renegociar como condição de procedibilidade da ação de revisão e resolução contratual em tempos de covid-19

MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO

Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

É de conhecimento geral que a doença covid-19 pode tanto causar sintomas típicos de uma gripe, quanto evoluir para um grave quadro de infecção respiratória, com necessidade de utilização de respirador hospitalar, e que pode levar ao óbito por falta do aparelho ou pela própria evolução da patologia.

Os números são assustadores e enquanto parte do planeta se preocupava com a proteção das fronteiras dos países, o inimigo invisível as desrespeitou e está presente em todos os continentes do planeta, fato que levou a Organização Mundial da Saúde a decretar a existência de uma pandemia, compreendendo que a melhor maneira de lidar com esse problema é evitar a sua ocorrência por várias pessoas ao mesmo tempo, a fim de que o sistema de saúde de cada país tenha condições de dar conta do atendimento de seus pacientes.

Assim, a par da recomendação da utilização de máscaras e a tomada de cuidados importantes, como o de lavar corretamente as mãos e, se isto não for possível, usar álcool em gel, em razão da facilidade de contágio por qualquer grupo humano que se reúna e um dos elementos esteja infectado, o isolamento social é a medida recomendada e adotada por quase todas as nações do mundo.

Aquelas que de alguma forma não perceberam a severidade desse fato se arrependem e estão vivenciando momentos de muito sofrimento, como temos tido notícia.

O isolamento social, conquanto necessário, apresenta-se como uma ruína súbita para a economia e os contratos que moldam as operações econômicas com vistas à segurança jurídica sofrem esse baque e podem, eventualmente, exigir uma releitura ou, em dizeres mais apropriados, uma leitura em consonância com as circunstâncias atuais, imprevisíveis no momento da celebração do pacto, que para cumprir seu papel fundamental na sociedade deve persistir no caminho sadio do equilíbrio presente na sua gênese.

Essa imprevisibilidade é de tal dimensão que no contrato de seguro de vida é comum constar cláusula na qual, à presença de uma pandemia, a seguradora não estará obrigada a indenizar o beneficiário que, por conseguinte, receberá apenas o capital segurado, mas essa questão, por si só, merece um tratamento mais acurado e é dita aqui apenas para trazer à baila o nível de imprevisibilidade da situação ora enfrentada.

Na imensa maioria dos casos, a saúde do acerto contratual depende da vida de relação da mesma forma que a disseminação do vírus. A aglomeração humana adoece a

humanidade que a evita. Evitando-nos, maiores as chances de estarmos a salvo, tanto quanto tornarmos doentias diversas relações contratuais que se protraem no tempo.

Por exemplo, foi dito¹ recentemente com inegável apuro técnico que na locação de *shopping center* a ausência da posse direta, por parte do lojista, abala sobremaneira o dever de pagar aluguel, pois a causa do contrato fica suspensa em razão de uma causa superveniente e imprevisível. O art. 576 do Código Civil (CC) fala em *deterioração da coisa alugada*.

No âmbito do modelo contratual acima, há quem defenda² a possibilidade da utilização de mecanismos como a própria exceção de contrato não cumprido, rescisão unilateral do contrato sem a necessidade de pagamento da multa penitencial prevista no art. 4º da Lei do Inquilinato, ou a revisão contratual em suas variadas perspectivas, em razão da atividade empresarial inerente ao *shopping center* recair sobre os ombros do empreendedor pela clara alocação de risco que se percebe por diversas cláusulas contratuais válidas (art. 54, da Lei nº 8245/1991), mas que de certo são excêntricas se comparadas aos contratos de locação em geral como, por exemplo, a obrigatoriedade do pagamento de um aluguel mínimo e outro calculado sobre a

lucratividade percebida pelo lojista locatário, o que, de fato, parece bem apropriado³ e se encontra prevista no inciso II do art. 421-A (redação dada pela Lei da Liberdade Econômica – LLE/ Lei nº 13.874/2019), o qual prevê que “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada.”

Enfim, a pandemia e as medidas sanitárias decorrentes deterioraram a vida de relação e, por conseguinte, a utilização da coisa pelo lojista durante o fechamento do *shopping center*, para ficarmos apenas nesse exemplo, perdeu a função. Por ser uma situação temporária, não há que se falar em frustração do fim do contrato a ensejar a resolução contratual por tal fundamento, mas imperioso se mostra que as partes rediscutam a relação contratual, tocando como premissa o equilíbrio contratual.

A despeito de aderirmos ao pensamento do Professor José Fernando Simão⁴ que seguindo seguras lições de Pontes de Miranda aponta que o foco de atuação dos operadores do Direito deve ser o estudo casuístico da base do negócio jurídico e não propriamente o caso fortuito posto, parece não haver dúvidas de que a situação atual surgida a partir do coronavírus pode possibilitar a modificação (artigos 317, 478, 479 e 480 do CC) e até mesmo a extinção do contrato



(art. 393 do CC) por quaisquer das teorias ou linhas doutrinárias hermenêuticas mais restritivas ou ampliativas que se queira adotar, observada a vedação aos efeitos retroativos.

Trata-se de fato já referendado pelo Senado Federal, que aprovou recentemente o Projeto de Lei nº 1179/2020⁵, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus, ora submetido à Câmara dos Deputados.

Para o adequado enfrentamento desse desafio, importa o respeito às diversas categorias jurídicas postas à disposição dos interessados e, nesse ângulo de visada, recomenda-se recente texto de Flávio Tartuce⁶, no qual o festejado doutrinador trata didática e pragmaticamente dessa questão.

No campo da efetividade da justiça comutativa contratual, a sociedade contemporânea conta com vários métodos adequados de solução de conflitos, como a *mediação*, posta, por exemplo, como requisito prévio à análise da concessão da liminar possessória em uma ação possessória coletiva (art. 565, *caput*, do Código de Processo Civil/ CPC). Agrada-nos, sobremaneira, a definição de mediação contida no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 13.140/2015, que a considera como “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.”

A Doutora Fernanda Guerra, especialista no Brasil na confecção dos denominados *contratos conscientes*, que seriam pactos baseados em valores morais que fortalecem os vínculos relacionais objeto da avença, sustenta em obra ainda no prelo que um conflito não deve ser uma ruptura, e sim uma espiral de evolução, se cuidado com humanidade e abertura. Ora, essa *humanidade e abertura* tão importante a qual se refere a indignada advogada e que vai encontrar fundamento constitucional no princípio da solidariedade (art. 3º, I da Constituição Federal/ CF), deve

partir primeiramente dos próprios interessados e, se não se chegar a bom termo, obviamente, entre a atividade subsidiária do Estado-juiz.

Anderson Schreiber⁷, em tese que premiou o autor com a titularidade em Direito Civil da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cujas premissas e conclusões não cabem nesse modesto texto, demonstra com muita argúcia que o “dever de renegociar” exsurge da interpretação e aplicação do art. 422 do Código Civil, o qual, como sabido, impõe, juridicamente falando, que a boa fé objetiva seja observada em todas as etapas do contrato, aqui, muito particularmente, na fase pós-contratual. Dessume-se ainda do trabalho a perspectiva de que a recusa da renegociação diante do desequilíbrio contratual que eventualmente venha a favorecer economicamente uma das partes poderia render ensejo à possível pleito indenizatório em favor do prejudicado, posto que não renegociar, quando as circunstâncias concretas assim determinarem, enseja uma espécie de ato ilícito.

Tal ilícito funcional pode ter uma função preventiva da futura responsabilidade civil e o Estado tem interesse em evitar a excessiva judicialização das ações de revisão contratual, assim como das eventuais ações de resolução e/ou indenizatórias.

Se for admitida a premissa de que a recusa indevida de renegociar o contrato diante de desequilíbrio contratual configura ato ilícito, é possível existir uma lei que determine tal comportamento antes da demanda judicial. Além dos requisitos processuais do art. 330, § 2º e § 3º, do CPC, para as ações revisionais de obrigação, deveria ser demonstrada ao julgador a existência de prévia tentativa de renegociação e que esta restou frustrada, pois o réu a quem se imputa, no âmbito da teoria da asserção, a vantagem excessiva, se recusou a rediscutir o contrato que se protraí no tempo e foi alvejado pela pandemia.

Em breve interlocução acadêmica com o Professor de Direito Civil da Universidade Federal do Espírito Santo, Rodrigo Mazzei, tivemos a ocasião de refletir na inovadora releitura feita pela atual codificação processual civil acerca da *Produção Antecipada de Provas*, tendo em vista que de modo franco e direto os incisos II e III do art. 381 do CPC estabelecem que a referida medida judicial pode viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução do conflito e, ainda, que o prévio conhecimento dos

fatos tem a potencialidade de justificar ou evitar o ajuizamento de ação.

Não se trata de malferir o art. 5º, XXXV da Constituição Federal, que preconiza o princípio da inafastabilidade da jurisdição como poderia, a princípio, se entender, mas a proposta de uma regular determinação legal de requisito prévio ou uma condição de procedibilidade. O Supremo Tribunal Federal já decidiu, em repercussão geral, no Recurso Extraordinário 631.240, Relator o Ministro Roberto Barroso, em 10/11/2014, que, em regra, o prévio requerimento ao Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS) de algum benefício previdenciário, configurava requisito para a postulação judicial mesmo inexistindo lei federal que imponha tal condição. Obviamente, que no caso, há uma autarquia federal com essa função e, nesse passo, mais confortável ao Poder Judiciário se mostra a prova de que o requerimento prévio não foi suficiente para atender ao direito material do cidadão.

De acordo com as peculiaridades do caso concreto, é adequada a concepção indenizatória em desfavor daquele que não observa o *dever de renegociar* e recolhe abusivo proveito econômico diante da pandemia ou mesmo sufoca a contraparte sem restaurar o propósito contratual inaugural, mas não tem o condão de evitar pernicioso judicialização excessiva com os riscos inerentes, fato que pode inviabilizar ou tornar mais árdua e custosa uma saudável perspectiva sanatória do contrato adoecido, de modo a preservá-lo e, com ele, como cediço, garantir a circulação de riquezas com a possibilidade de salvar empregos, recolhimento de tributos, entrega de produtos e serviços importantes ou mesmo essenciais para a sociedade, dentre outros, em desencontro com a função social do contrato (art. 421 e 421-A, CC) e, porque não dizer, da solidariedade constitucional (art. 3º, I, CF).

Trata-se apenas de uma semente a ser plantada, que poderá render frutos em atenção à boa fé objetiva e à função social dos contratos, assim como evitar inoportuna

judicialização excessiva de ações de revisão e resolução contratual que pode colocar em risco o importante programa contratual.

No caso do dever de renegociação diante da pandemia, é possível que se mostre oportuno e conveniente nesses tempos de covid-19 a existência de uma lei federal de natureza excepcional e, portanto, temporária, que imponha um dever colaborativo em nível de direito material (artigos 113, 187, e 422, CC) e processual civil (art. 5º, CPC), situação jurídica que importa ser debatida com fundamentos e propostas bem mais sólidas e eficazes do que estas franciscanas e iniciais reflexões. 

NOTAS

1 TERRA. Aline de Miranda Valverde. Covid-19 e os contratos de locação em shopping center. Migalhas de Peso. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/322241/covid-19-e-os-contratos-de-locacao-em-shopping-center> Acesso em 14/04/2020.

2 AZEVEDO, Fábio. Sem shopping, sem aluguel: covid-19 e alocação de risco. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-edilicias/324393/sem-shopping-sem-aluguel-covid-19-e-alocacao-de-risco>. Acesso em 14/04/2020.

3 Enunciado 443, da V Jornada de Direito Civil do CJF/STJ (2012) – “O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”.

4 SIMÃO, José Fernando. O Contrato nos tempos da covid-19. Esqueçam a força maior e pensem na base do negócio. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-contratuais/323599/o-contrato-nos-tempos-da-covid-19-esquecam-a-forca-maior-e-pensem-na-base-do-negocio>. Acesso em 18/04/2020.

5 Art. 6º As consequências decorrentes da pandemia do coronavírus nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos. Art. 7º Não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos art. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário. §1º As regras sobre revisão contratual previstas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei nº 8.245, de 18 de outubro de 1991 não se sujeitam ao disposto no caput deste artigo. § 2º Para os fins desta Lei, as normas de proteção ao consumidor não se aplicam às relações contratuais subordinadas ao Código Civil, incluindo aquelas estabelecidas exclusivamente entre empresas ou empresários.

6 TARTUCE, Flávio. 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 17/04/2020.

7 SCHREIBER, Anderson. Equilíbrio Contratual e o Dever de Renegociar. São Paulo: Saraiva, 2018.