

O DIREITO COMO EXPERIÊNCIA: DOS “CORONATION CASES” AOS “CORONAVÍRUS CASES”

Nelson Rosenvald

Pós-Doutor em Direito Civil na Universidade Roma Tre, Itália. Pós-Doutor em Direito Societário na Universidade de Coimbra, Portugal. Professor Visitante na Universidade de Oxford, Reino Unido. Doutor e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Procurador de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais.

“It is not hardship or inconvenience or material loss itself which calls the principle of frustration into play. There must be as well such a change in the significance of the obligation that the thing undertaken would, if performed, be a different thing from that contracted for... It was not this that I promised to do”.²

Sumário: 1 Introdução; 2 A trajetória do direito inglês; 3 Considerações finais; Referências.

1 Artigo originalmente publicado em: CUNHA FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da; ARRUDA, Carmen Silvia L. de; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). *Direito Em Tempos De Crise: Covid 19*, v.5: Direito Privado. São Paulo. Quartier Latin, 2020.

2 Lord Radcliffe. *Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council* [1956] UKHL 3.

1 INTRODUÇÃO

Praticamente 1/3 de todas as pessoas vivem em locais aonde a lei é fortemente marcada pela *Common Law*. Esse é o legado da Grã-Bretanha do período em que foi a maior potência colonial do mundo. A célebre expressão *Common Law* recolhe três significados: a) um direito comum para todos os ingleses, que no medievo substituiu o sistema de esparsas normas locais; b) um sistema fundamentalmente baseado em decisões judiciais ao invés da lei e dos costumes; c) o conjunto de países que seguem não apenas a lei inglesa substantiva e processual, mas também o seu sistema judicial, a estrutura das profissões jurídicas e o estilo de pensamento jurídico. Destaca-se o fato de que as decisões dos outros países eram em última instância sujeitas à confirmação em Londres, o que acabou gerando uma uniformidade de longo alcance do direito, através da *commonwealth*.

Especificamente com relação ao direito inglês, alguns fatores determinam até hoje o seu peculiar estilo legal. Primeiramente, instituições especialmente características como o *trust*, deveres fiduciários, e a *doutrina da consideration*. O princípio da liberdade contratual é venerado, havendo um forte ceticismo contra o viés funcionalista do Estado social ou mesmo da *law and economics*. O coração do sistema jurídico reside na *legal certainty*, que deve ser promovida mesmo que em detrimento da justiça substancial em um caso individual. A ideia da codificação nunca teve muitos adeptos, pelo ceticismo diante do método de submeter inteiras áreas do direito ao império de regras abstratas. Uma exceção foi Jeremy Bentham, que via os códigos como perfeito remédio para combater a tradição inglesa que ele reputava como arcaica, assistemática e inacessível ao cidadão.³

Evidentemente, destaca-se o direito inglês como sendo um *judge-made law*, pois por séculos a função de criação da lei era deixada aos tribunais. A ideia do direito como um sistema harmônico nunca teve prestígio na Inglaterra, pois lá o raciocínio jurídico sempre se baseou em um procedimento indutivo ao invés de uma dedução com base em amplos princípios. Quando a prática legal e o ensino do direito são puramente empíricos, o raciocínio jurídico se move do "particular para o particular" e nunca a partir do caso particular para princípios gerais de onde a decisão daquele caso será solucionada. Um bom exemplo é a ausência de um princípio geral da boa-fé, como guia para a solução de casos individuais. Diferentemente, no direito inglês esse papel é exercido por um conjunto de doutrinas legais específicas, funcionalmente equivalentes a várias características da versão continental do princípio (*estoppel*, *duty to mitigate*).

2 A TRAJETÓRIA DO DIREITO INGLÊS

Em 26 de junho de 1902 ocorreria a coroação de Eduardo VII da Inglaterra. O Sr. Krell era proprietário de uma casa no caminho da procissão da coroação, alugando-a para o Sr. Henry por um dia. A procissão foi cancelada em razão de uma cirurgia de urgência sofrida pelo futuro monarca. Consequentemente, o contratante se recusou a pagar o preço fixado. O tribunal entendeu que não houve violação do contrato com direito à indenização

3 De fato, Max Weber pontuou a enorme influência exercida pelos mais prestigiados advogados sobre o estilo legal de toda uma sociedade. Na cena inglesa, os mais notáveis causídicos nunca foram professores ou funcionários públicos, mas exclusivamente praticantes da advocacia, que não apenas desempenham atividades diárias nos tribunais, como também exercem o monopólio da educação jurídica dos jovens profissionais. Tradicionalmente, os advogados deixam de lado a teorização e se dedicam à produção de listas de contratos e ações que sejam úteis para atender as necessidades particulares dos litigantes.

("breach of contract"), porém uma impossibilidade que atingiu a raiz da avença por frustração da finalidade contratual almejada. Vale dizer, mesmo que o fim específico de locação para festejos da coroação não estivesse expresso em cláusula contratual, esvaiu-se a razão pela qual o demandado realizaria a sua prestação. O julgado *Krell v. Henry* (1903), serviu como uma espécie de um segundo capítulo de uma novela, a partir do precedente *Taylor v. Caldwell*. No *leading case* de 1863, *Caldwell & Bishop* era o titular do *Surrey Gardens & Music Hall*, concordando em alugá-lo para *Taylor & Lewis* por 100 libras por dia. Taylor havia planejado utilizar o Music Hall para quatro shows e festas diurnas e noturnas de junho a agosto de 1861, oferecendo ao público uma variedade de entretenimento. Então, em 11 de junho de 1861, uma semana antes do primeiro concerto, o auditório foi totalmente destruído. Os demandantes processaram os proprietários do *Music Hall* por quebra de contrato, pela não concretização da locação. O juiz Blackburn argumentou que a existência continuada do *Music Hall* em *Surrey Gardens* era uma condição implícita essencial para o cumprimento do contrato. A destruição do auditório não foi culpa de nenhuma das partes e impossibilitou a execução do contrato, sendo que ambas as partes estavam dispensadas de suas obrigações contratuais. No precedente a discussão sobre impossibilidade de cumprimento por eventos supervenientes de um contrato decorreu da própria cessação da existência física do objeto do contrato, enquanto no segundo julgado (*coronation case*), a extinção por impossibilidade foi ampliada para a inviabilização da performance da parte pela não existência de um estado de coisas que justifica a essência do contrato.

O terceiro capítulo se deu em casos de direito marítimo ao longo da segunda metade do século XIX, em tempos de guerra. Processos originados do fato de que proprietários de embarcações eram incapazes de entregar o frete no tempo e local ajustados, pois sem qualquer culpa de sua parte, o barco era requisitado pela marinha ou o porto ajustado para a entrega havia fechado em razão do conflito. Estas hipóteses de impossibilidade jurídica foram condensadas com àquelas de impossibilidade factual e frustração de propósito, alcançando então as hipóteses em que a alteração das circunstâncias modifica a tal ponto a natureza da performance devida, que, caso cumprida, seria algo completamente diferente do que fora originariamente previsto pelas partes. Com base em seguidas decisões, as distinções se deram conforme a alteração das circunstâncias tornasse a prestação impossível ("impossibility"), extremamente dificultada ("impracticability") ou inútil ("frustration"),⁴ não se permitindo que as partes contratantes simplesmente se furtassem ao cumprimento utilizando um evento extremo (v.g uma guerra) como escusa para se eximir de uma "bad bargain". Se em uma primeira fase prevaleceu a teoria pela qual juízes deveriam decidir tais casos construindo um hipotético contrato, com base em cláusulas implícitas, em uma segunda etapa, cortes e magistrados passaram a decidir conforme o que lhes parecesse razoável e justo nas circunstâncias do caso

4 John Cartwright enfatiza que para ocorrer a frustration "it is not even necessary that a change in the factual circumstances renders the performance literally impossible. The question is whether continued performance would be radically different from that which was intended by the parties when the contract was formed". In *Contract law, And introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, p. 265. Assim, além da Impossibilidade (por perda superveniente de objeto) e ilegalidade (performance proibida) são exemplos clássicos de "frustration", o cancelamento de um evento esperado (os chamados "coronation cases" decorrentes da coroação cancelada do rei Eduardo VII), naquele episódio frustrando a finalidade subjacente ao contrato de locação de um apartamento ao longo de pall mall, por onde ocorreria a procissão (*Krell v Henry*). Igualmente, uma conferência cancelada pode justificar a execução de contratos relacionados, se esses contratos subjacentes forem concebidos por ambas as partes com o único objetivo do evento. No direito brasileiro, o termo "frustration" é utilizada em um sentido estrito, apenas englobando a última hipótese aqui referida: Conselho de Justiça Federal "Enunciado 166 "A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil".

individual, observando se a mudança de circunstâncias é um daqueles riscos que empresários razoáveis imputariam à contraparte que buscasse evitar o contrato.

Com base na experiência angariada desde meados do século XIX, o que impressiona o observador estrangeiro não é apenas a cuidadosa análise dos fatos e dos casos individuais, mas a clara deferência jurisprudencial às necessidades do comércio. Quando se constata que as cortes inglesas são menos suscetíveis que as alemãs a admitir que uma alteração de circunstâncias conduza um contrato ao seu encerramento, isto certamente é atribuível ao fato de que os tribunais da Inglaterra estão prontos para compreender as demandas dos contratos internacionais, nos casos em que homens de negócio manteriam o contrato em execução. A confiança em princípios e cláusulas gerais pode negligenciar o fato de ser o contrato a lei adotada pelas partes e, portanto, direitos devam ser analisados tendo como ponto de partida as cláusulas nele consubstanciadas, seja conforme a expressa gestão de riscos antecipada pelos contratantes ou, em sua falta, pelo preenchimento das lacunas com relação ao evento imprevisto e causador da alteração das circunstâncias, conforme os *standards* desenvolvidos por homens com reputação comercial para contratos desta natureza, na extensão necessária para que se descubra a alocação de riscos típica de contratos semelhantes.

O respeito à historicidade do conceito de contrato e de sua interpretação não é a única variável em jogo. Diante de uma pandemia de coronavírus, é necessário vislumbrar o seu impacto na execução de contratos pela lente de uma tradição jurídica diversa daquela em que estamos imersos. A globalização impôs o receituário contratual das jurisdições da *common law*, um misto entre a tradição inglesa depurada pelo pragmatismo norte-americano. Os contratos internacionais pressupõem a paridade entre atores de diversos países. Nada obstante, a despeito da presunção de simetria das relações interempresariais, a assimetria econômica entre os países de origem e, sobretudo institucional, perante ordenamentos jurídicos que oferecem uma longa história de previsibilidade e segurança jurídica, normaliza os instrumentos, práticas e remédios contratuais norte-americanos e ingleses. Se após a edição da LLE o direito brasileiro tende a entender o contrato não apenas como uma espécie de negócio jurídico, porém como instrumento jurídico de alocação de riscos, é da tradição anglo-saxônica o significado do contrato como instrumento econômico para as partes, baseado em um modelo comercial de "bargain". A privacidade do contrato é sustentada pelo princípio do "at arm's length", promovendo-se acordos equitativos do ponto de vista legal, nos quais cada parte não se sujeita à pressão ou influência indevida da outra. Atribui-se à cada parte a faculdade de buscar a melhor barganha, cuja tutela demanda restritas e cirúrgicas limitações à liberdade contratual, relutando os tribunais em interferir na substância do ajuste, mesmo quando circunstâncias supervenientes perturbem severamente o contrato. Não há um princípio geral de revisão de contrato ou a imposição de um dever de renegociar, pois mesmo diante de significativas dificuldades, prevalece a noção de que o contrato é para as partes e não para os tribunais.⁵

Na tradição brasileira, o Código Civil é um instantâneo dos contratos e "saber o direito" significa uma ávida busca pela mais recente decisão das cortes superiores. Contudo, na

5 "The contract is the law adopted by the parties, and it is the contract which the judge must use a starting point for his deliberations; if it has a gap, he must fill it in accordance with the standards developed by reputable commercial men for contracts of that type. No doubt this investigation leaves the judge a great deal of room for play, but it remains true that he must take functional and equitable considerations into account only to extent necessary for the performance of his proper task, namely the discover of the allocation of risks typical of contracts of the same type". (ZWEIGERT K.; KÖTZ, H. An introduction to comparative law, 3. Ed., Oxford, 1998, p.536).

common law, onde inexistia uma estrutura legislativa sistemática, o regramento contratual se encontra em livros nas prateleiras das bibliotecas. Ingleses e norte-americanos não se afeiçoam a amplos princípios e cláusulas gerais. Com exceção do princípio da força obrigatória dos contratos, prevalecem as provisões particulares, pois juízes desconfiam de regras indefinidas. As noções fundamentais provêm de precedentes de meados do século XIX, que determinam uma forte noção comercial dos contratos. Tal como preconizado no “chain novel” de Dworkin, para responder a novas perguntas, ao invés de princípios, parte-se dos “cases” – dos mais antigos aos mais atuais – atribuindo-se às cortes o papel de escrever novos capítulos do romance, tendo como base a racionalidade e coerência com os capítulos anteriores. Fora dos casos, vêm as regras. Estatutos são excepcionais e existem para preencher as lacunas, lidando com problemas específicos (como o *consumer rights act* de 2015).

Todos os sistemas jurídicos modernos enfatizam que de certa forma um contrato é “agreement”, e esta é a regra na *common law*. A peculiaridade é a de que cada contratante é uma espécie de garante de sua promessa e será responsabilizado por uma indenização por seu eventual descumprimento - “breach of contract”. O contratante só se exonera da “guarantee liability” caso determinadas circunstâncias obstaculizem a performance subsequentemente à contratação. Sendo objetiva a responsabilidade por descumprimento na *common law*, a avaliação da impossibilidade do cumprimento será aferida conforme as razoáveis expectativas de um homem honesto, caracterizados como “empresários sensatos” em contratos comerciais. Partindo da premissa de que “contract is for the parties, not for the courts”, ao contrário do que ocorre na maior parte das jurisdições da *civil law*, a tradição da *common law* não comunga com juízes que intervêm no contrato para adequá-lo à alteração das circunstâncias que rompem a sua base objetiva, ou magistrados que impõem às partes uma fase de renegociação contratual. Para sistemas nos quais inexistia um princípio geral de agir conforme a boa-fé, a renegociação ou a revisão são aspectos comerciais que concernem exclusivamente aos contratantes.

Propositamente, omiti a razão pela qual o título do artigo se relaciona aos “coronation cases”, quando apenas relatei um único litígio relacionado ao adiamento da coroação. Na verdade, houve um segundo “coronation case”, no qual não se suprimiu a eficácia do contrato. Em *Herne Bay Steamboat v. Hutton* (1903), o demandado alugou o barco do demandante para o dia da coroação, pois Edward VII iria passar a marinha naval em revista na localidade de Spithead. Apesar do evento ter sido suspenso, foi mantido o pagamento do valor estipulado, pois o propósito contratual fora parcialmente alcançado, já que o demandado aproveitou o dia viajando de barco até o porto, mostrando a frota aos seus convidados. Esta comparação entre resultados diversos oriundos do mesmo evento, aplica-se à “enxurrada” de processos que terão a pandemia como gênese. Trazendo as repercussões para o direito brasileiro, as situações fáticas oscilarão e conseqüentemente a repercussão jurídica. Por vezes surgirão casos de *hardship*,⁶ outras vezes de força maior,⁷ por vezes haverá uma simples desculpa para alguém se eximir de um contrato incômodo. Em alguns casos uma alteração imprevisível de circunstâncias incidirá em certos contratos de forma a tornar impossível o cumprimento, em

6 Tallon observa que: “There is a paradox here. The English language, which appears to be the new lingua franca for contract law, has no appropriate word, perhaps because it does not really know the notion”. D. TALLON, ‘Supervening Events in the Life of Contract’, in H. BEALE, A.; HARTKAMP; H. KÖTZ; D. TALLON (eds.), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Hart, Oxford 2002, p.639 et seq.

7 Referindo-se a força maior, Barry Nicholas frisa que: “The precise meaning of, if it has one, has eluded the lawyers for years. Commercial men have no doubt as to its meaning. Unfortunately, no two commercial men can be found to agree upon the same meaning, so perhaps in this, as in so many other matters, there is very little difference between the commercial and legal fraternity”. (NICHOLAS, Barry. *French law of contract*. 2. ed., Oxford, Clarendon press, 1992, p.203).

outros contratos, contudo, a performance ainda será possível, mas extremamente dificultada ou dispendiosa, com uma distorção de paridade. No que tange ao Coronavírus, o cenário ideal seria aquele em que as partes previamente gerissem o risco de definir se uma pandemia representaria uma impossibilidade ou uma dificuldade e quais as consequências se extraem em termos remediais (resolução contratual, suspensão, renegociação). Na omissão do contrato, se a parte invoca força maior, terá em vista o desejo de que a sua inexecução seja escusada. Todavia, caso alegue *hardship*, esta será a primeira instância para a proposição da renegociação dos termos do contrato, permitindo a sua sobrevivência em termos revisados. Em termos pragmáticos, o coronavírus poderá se manifestar como um *hardship* e alteração fundamental no equilíbrio contratual de duas diferentes maneiras. A primeira será caracterizada por um substancial acréscimo no custo do cumprimento do contrato para uma das partes. Este contratante será normalmente aquele que deve efetivar a prestação não monetária. O substancial acréscimo de custos poderá resultar, ilustrativamente, do vertiginoso aumento do preço da matéria prima necessária para a produção da mercadoria, a prestação de serviços, ou mesmo a introdução de novas regulamentações que demandam procedimentos de segurança mais onerosos. A segunda manifestação do *hardship* será caracterizada pela substancial redução do valor da performance recebida por uma das partes, incluindo casos em que objetivamente a prestação já não terá qualquer valor para o destinatário, seja em razão de drásticas alterações nas condições do mercado ou a frustração do propósito para o qual a prestação foi solicitada (v.g. como efeito da proibição de pessoas em cidades/ países em razão da pandemia ou a proibição de abertura de estabelecimentos comerciais no mercado em que o contratante se insere). Evidente que quanto à frustração do propósito da performance, o *hardship* requer que o dito propósito seja conhecido ou presumivelmente teria que ser conhecido por ambas as partes.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os aprimoramentos jurídicos da segunda metade do século XX alteraram tanto o direito inglês como o direito europeu continental, de forma a criar uma grande convergência. O nascimento de uma doutrina jurídica tornou o direito inglês muito mais acadêmico. Na área dos contratos o legislador intervém para trazer maior racionalidade às decisões dos juízes. Por outro lado, a influência doutrinária na Europa (e Brasil) está em declínio e a influência do judiciário cresceu enormemente. Assim, não é mais possível relacionar a *civil law* ao direito codificado e a *common law* com a jurisprudência: a realidade das fontes legais é muito mais complexa em ambos os lados. É claro que subsistem diferenças significativas, mas o antigo ideal das diferenças irreconciliáveis em termos de mentalidades jurídicas, torna-se cada vez mais insustentável.

Este escrito é uma homenagem a Miguel Reale que sustentava a posição transcendental pela qual o direito é inconcebível como valor em si, desvinculado do processo histórico ou sem referibilidade à experiência, havendo em todo fenômeno jurídico dois aspectos a serem analisados: um quanto à sua gênese, outro quanto as suas condições de possibilidade e de validade. No momento em que O CPC/15 verteu a noção de experiência para o respeito aos precedentes, espera-se que os tribunais individualizem as origens dos julgados, os seus significados e a pertinência que guardam com o caso concreto. Talvez, em 100 anos possam os acadêmicos de direito citar os casos de Coronavírus "de cor", como primeiro capítulo de um romance, com coerência e integridade.

REFERÊNCIAS

CARTWRIGHT, John. *Contract law, And introduction to the English law of contract for the civil lawyer*. 3. Ed. Oxford: Bloomsbury, 2016.

FARNSWORTH Allan. *Farnsworth on contracts* Aspen Publishers: Aspen, 2004.

NICHOLAS, Barry. *French law of contract*, 2. Ed, Oxford: Clarendon press, 1992.

TALLON, D. Supervening Events in the Life of Contract, in H. BEALE, A. HARTKAMP, H. KÖTZ & D. TALLON (eds), *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford: Hart, 2002

ZWEIGERT K. & KÖTZ, H. *An introduction to comparative law*, 3. Ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.