

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

VICTOR AUGUSTO MACHADO SANTOS

FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO: RECEPÇÃO E CONSEQUÊNCIAS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CURITIBA
2023

VICTOR AUGUSTO MACHADO SANTOS

FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO: RECEPÇÃO E CONSEQUÊNCIAS NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, Área de Concentração: Direito das Relações Sociais, Linha de Pesquisa: Novos Paradigmas do Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Xavier Leonardo

CURITIBA
2023

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SISTEMA DE BIBLIOTECAS – BIBLIOTECA DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

Santos, Victor Augusto Machado

Frustração do fim do contrato: recepção e
consequências no ordenamento jurídico brasileiro / Victor
Augusto Machado Santos. – Curitiba, 2023.

1 recurso on-line : PDF.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito.

Orientador: Rodrigo Xavier Leonardo.

1. Contratos. 2. Obrigações (Direito). 3. Direito civil.
I. Leonardo, Rodrigo Xavier. II. Título. III. Universidade
Federal do Paraná.

Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior – CRB-9/1626

ATA Nº342

ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia vinte e nove de junho de dois mil e vinte e três às 08:30 horas, na sala de Defesas - 317 - 3º andar, Prédio Histórico da UFPR - Praça Santos Andrade, 50, foram instaladas as atividades pertinentes ao rito de defesa de dissertação do mestrando **VICTOR AUGUSTO MACHADO SANTOS**, intitulada: **FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO: RECEPÇÃO E CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**, sob orientação do Prof. Me. RODRIGO XAVIER LEONARDO. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: RODRIGO XAVIER LEONARDO (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ), RENATA CARLOS STEINER REISDORFER (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS). A presidência iniciou os ritos definidos pelo Colegiado do Programa e, após exarados os pareceres dos membros do comitê examinador e da respectiva contra argumentação, ocorreu a leitura do parecer final da banca examinadora, que decidiu pela APROVAÇÃO. Este resultado deverá ser homologado pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais definidos pelo programa. A outorga de título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, RODRIGO XAVIER LEONARDO, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos demais membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 29 de Junho de 2023.

Assinatura Eletrônica

03/08/2023 16:28:22.0

RODRIGO XAVIER LEONARDO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

02/08/2023 15:44:52.0

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

29/08/2023 17:23:31.0

RENATA CARLOS STEINER REISDORFER

Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS)

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da Dissertação de Mestrado de **VICTOR AUGUSTO MACHADO SANTOS** intitulada: **FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO: RECEPÇÃO E CONSEQUÊNCIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**, sob orientação do Prof. Me.RODRIGO XAVIER LEONARDO, que após terem inquirido o aluno e realizada a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 29 de Junho de 2023.

Assinatura Eletrônica

03/08/2023 16:28:22.0

RODRIGO XAVIER LEONARDO

Presidente da Banca Examinadora

Assinatura Eletrônica

02/08/2023 15:44:52.0

FREDERICO EDUARDO ZENEDIN GLITZ

Avaliador Externo (UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ)

Assinatura Eletrônica

29/08/2023 17:23:31.0

RENATA CARLOS STEINER REISDORFER

Avaliador Externo (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS)

Dedico este trabalho, em sinal de gratidão, a Deus,
princípio e fim de tudo, a Suzyara, Eugênio e Joel,
aos quais devo minha formação, e a Ariane, pelo
apoio e amor incondicionais.

AGRADECIMENTOS

O caminho percorrido até este momento foi árduo e naturalmente exigiu sacrifícios na vida pessoal e profissional. Tudo que vale a pena na vida exige sacrifícios. No entanto, sem o apoio da família, amigos e professores, teria sido muito mais difícil e a satisfação com o resultado não seria a mesma.

São muitas pessoas a quem devo imensa gratidão que merece ser expressada neste trabalho.

Em primeiro lugar, à minha esposa Ariane, que vivenciou de perto, no dia a dia, minha trajetória, tornando-a mais leve e realizando sua própria quota de sacrifício para me apoiar. Sem ela, não teria sido possível.

À minha mãe Suzyara, meu avô Eugênio, e ao meu pai Joel, devo minha formação, que me permitiu chegar onde estou.

Ao professor Dr. Rodrigo Xavier Leonardo, quem desde a graduação admiro como grande jurista e privatista, minha eterna gratidão por, desde o início, ter acreditado no meu projeto e me apoiado, desde antes do ingresso no Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR, e durante os 2 anos de Mestrado com valiosas lições e paciente orientação deste trabalho.

Ao amigo e professor Sandro Mansur Gibran, pelo incessante estímulo e pelas valiosas oportunidades que me conferiu na vida acadêmica e profissional.

Merecem ser especialmente lembrados e agradecidos os excelentes professores com quem aprendi Direito Civil durante a graduação: Frederico Eduardo Zenedin Glitz e Luciana Pedroso Xavier.

Gratidão, por fim, aos vários amigos que estão ao meu lado há tanto tempo e tanto apoiaram e incentivaram durante a trajetória do Mestrado, em especial: ao meu sócio Dânton Hilário Zanetti de Oliveira, por toda a parceria e pelo suporte com os prazos e tarefas do escritório. Aliás, neste ponto, minha gratidão a toda a equipe do escritório Zanetti, Oliveira & Machado Sociedade de Advogados; e aos amigos Rodolfo Rodrigues da Costa Farias, Bernardo Andrade da Rocha Loures e Nádia Rúbia Biscaia da Rocha Loures.

“El requisito más importante para que un objeto sea considerado bello, es que cumpla con el propósito para el que fue concebido”.

(Antoni Gaudí)

RESUMO

Este trabalho abordou o tema da frustração do fim do contrato no Direito brasileiro. Em síntese, entende-se por frustração do fim a perda da utilidade da prestação ao credor, ainda possível de ser executada pelo devedor, em virtude de fato superveniente à formação do contrato, não imputável a nenhuma das partes, sem que a prestação em si tenha sofrido qualquer alteração quantitativa ou qualitativa. O Ordenamento jurídico brasileiro não possui regra positivada específica sobre o tema, sendo escassa a produção doutrinária e a concretização jurisprudencial. Por meio de método tópico-sistemático e pesquisa bibliográfica, enfrentou-se o problema: se, e como, a frustração do fim do contrato é recepcionada no Brasil? O objetivo geral, desse modo, foi determinar se a frustração do fim do contrato é acolhida no Ordenamento Jurídico brasileiro, por qual ou quais fundamentos isso ocorre, e quais são as suas consequências jurídicas. Para tanto, no primeiro capítulo foram apresentados alguns casos práticos relacionados ao tema da frustração do fim do contrato; em seguida, foram estudadas as origens da teoria da frustração do fim na *common law* e seu desenvolvimento no Direito continental europeu. Notou-se que o tema é frequentemente situado no campo das perturbações nas prestações, ora como perda da base objetiva do negócio em razão de alteração nas circunstâncias, ora como impossibilidade superveniente e não imputável da prestação, entendida em um sentido que engloba ação de prestar e resultado (satisfação do interesse do credor). No segundo capítulo empreendeu-se a análise do Direito brasileiro. Concluiu-se pela inadequação e insuficiência do Enunciado 166 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF) acerca do tema, que entende a frustração do fim como perturbação autônoma, ao lado da onerosidade excessiva e da impossibilidade, com fundamento no princípio da função social dos contratos. Valendo-se das lições de Clóvis V. do Couto e Silva no sentido de que a relação jurídica obrigacional é um processo composto pelo conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor, concluiu-se que os conceitos de prestação e adimplemento extraídos do nosso sistema jurídico, em especial por meio dos artigos 395, p. único e 567 do Código Civil, abrangem a noção de prestação como resultado, sendo a frustração do fim do contrato espécie de impossibilidade superveniente e não imputável da prestação devido à perda do interesse do credor, desde que tal interesse tenha composto o conteúdo contratual expresso, implícito ou presumido, obtido pela integração das fontes autônomas e heterônomas, bem como pela hermenêutica contratual. Por fim, no último capítulo foram analisadas as consequências da frustração do fim do contrato no Direito brasileiro. Concluiu-se que as consequências da frustração do fim podem ser a resolução contratual, a rescisão, no caso de contratos de execução continuada, e a suspensão do cumprimento, no caso de impossibilidade temporária de alcançar o fim. Tais consequências podem ser acompanhadas do dever de indenizar o devedor caso este tenha executado parte da prestação ou tenha realizado despesas previstas no programa contratual.

Palavras-chave: Direito Privado, obrigações, extinção das obrigações por fatos supervenientes, contratos, frustração do fim do contrato.

ABSTRACT

This work has addressed the theme of frustration of contractual purpose in Brazilian Law. In summary, frustration of purpose is understood as the loss of the usefulness of the performance to the creditor, still possible to be executed by the debtor, due to a supervening fact after the formation of the contract, not attributable to any of the parties, without the performance itself having suffered any quantitative or qualitative alteration. The Brazilian legal system does not have a specific positive rule on the subject, and the doctrinal production and jurisprudential concretization are scarce. Through a systematic-topic method and bibliographic research, the following problem has been addressed: if, and how, frustration of purpose is applicable in Brazil? The general objective, therefore, was to determine if frustration of purpose is applicable in the Brazilian legal system, by which means this occurs, and what are its legal consequences. To this end, in the first chapter, some practical cases related to the theme of frustration of purpose were presented; then, the origins of the theory of frustration of purpose in common law and its development in continental European Law were studied. It has been noted that the theme is frequently situated in the field of disturbances in performances, either as a loss of the objective basis of the contract due to changes in circumstances, or as supervening and non-attributable impossibility of the performance, understood in a sense that embraces the act of performing and its result (satisfaction of the creditor's interest). In the second chapter, an analysis of Brazilian law has been undertaken. It has been concluded that the Enunciation 166 of the III Journey of Civil Law promoted by the Federal Justice Council on the subject is inadequate and insufficient, which understands the frustration of purpose as an autonomous disturbance, alongside excessive onerousness and impossibility, based on the principle of the social function of contracts. Drawing on Clóvis V. do Couto e Silva's lessons that the obligation is a process composed of the set of activities necessary to satisfy the creditor's interest, it has been concluded that the concepts of performance and fulfillment extracted from our legal system, especially through articles 395, single paragraph and 567 of the Civil Code, encompass the notion of performance as a result, being the frustration of purpose a kind of supervening and non-attributable impossibility of the performance due to the loss of the creditor's interest, provided such interest has composed the contractual content expressed, implicit, or presumed, obtained through the integration of autonomous and heteronomous sources, as well as contractual interpretation. Finally, in the last chapter, the consequences of frustration of purpose in Brazilian Law were analyzed. It has been concluded that the consequences of frustration of purpose may be contractual resolution, termination with prospective effects, in the case of relational contracts, and suspension of performance in the case of temporary impossibility of achieving the purpose. Such consequences may be accompanied by the duty to compensate the debtor if he has performed partially or has incurred expenses provided for in the contractual program.

Keywords: Private Law, obligations, termination of obligations due to supervening facts, contracts, frustration of purpose.

LISTA DE SIGLAS

Art.	– Artigo
BGB	– Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemão)
CC	– Código Civil brasileiro (Lei 10.406/2002)
CDC	– Código de Defesa do Consumidor brasileiro (Lei 8.078/90)
CPC	– Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015)
CRFB	– Constituição da República Federativa do Brasil
Des.	– Desembargador(a)
DF	– Distrito Federal
DJ	– Diário da Justiça
DJe	– Diário da Justiça Eletrônico
DJU	– Diário da Justiça da União
LC	– Lei Complementar
MG	– Estado de Minas Gerais
Min.	– Ministro(a)
Rel.	– Relator(a)
RJ	– Estado do Rio de Janeiro
SC	– Estado de Santa Catarina
SP	– Estado de São Paulo
Ss.	– Seguintes
STJ	– Superior Tribunal de Justiça
STF	– Supremo Tribunal Federal
TJ	– Tribunal de Justiça
UNIDROIT	– Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

SUMÁRIO

RESUMO	8
LISTA DE SIGLAS	10
1 INTRODUÇÃO	12
2 ORIGEM, CASUÍSTICA, E DESENVOLVIMENTO DA FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO NO DIREITO ESTRANGEIRO	19
2.1 COMPREENDENDO A <i>RATIO</i> E O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA TEORIA: CASUÍSTICA DA FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO	19
2.1.1 <i>Krell v. Henry</i>	20
2.1.2 <i>Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton</i>	21
2.1.3 Caso da “diligência Paris-Rouen”	22
2.1.4 Caso do arrendamento do posto de combustível	22
2.1.5 Caso do portal da igreja	22
2.1.6 Caso do reboque	23
2.1.7 Caso da viagem de férias	23
2.1.8 Caso da van escolar	24
2.1.9 Caso do estúdio de pilates em <i>shopping center</i>	24
2.2 A “ <i>FRUSTRATION OF PURPOSE</i> ” DO DIREITO INGLÊS	25
2.3 DO <i>COMMON LAW</i> AO <i>CIVIL LAW</i> : AS VIAS DE INGRESSO E OS DESENVOLVIMENTOS DA FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO NO DIREITO CONTINENTAL EUROPEU	30
3 A RECEPÇÃO DA FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	49
3.1 MAPEANDO O CÓDIGO CIVIL: O <i>LOCUS</i> DA FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO COMO HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL DEVIDO A FATO SUPERVENIENTE NÃO IMPUTÁVEL	50
3.1.1 Críticas à compreensão da frustração do fim como hipótese autônoma de extinção contratual ao lado da onerosidade excessiva e da impossibilidade	65
3.1.2 Frustração do fim e impossibilidade superveniente não imputável	77
3.2 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO FIM COMUM NO CONTEÚDO CONTRATUAL	88
3.3 SÍNTESE: HIPÓTESES E REQUISITOS DA FRUSTRAÇÃO DO FIM CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO	106
4 CONSEQUÊNCIAS DA FRUSTRAÇÃO DO FIM CONTRATUAL	110
4.1 EFEITOS DA IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO NOS CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA	117
4.2 A QUESTÃO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO DEVEDOR PARA EXECUÇÃO DO CONTRATO	120
4.3 SÍNTESE DOS POSSÍVEIS EFEITOS DA FRUSTRAÇÃO DO FIM NAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONTRATUAIS	124
5 CONCLUSÃO	128
REFERÊNCIAS	134

1 INTRODUÇÃO

Acontecimentos históricos extraordinários frequentemente evidenciam uma realidade presente também nos momentos de normalidade, em que vigora uma aparente sensação de segurança e previsibilidade: a impermanência da vida; o fato de que tudo pode mudar em um instante.

Os últimos três anos, período no qual este trabalho foi desenvolvido, foram repletos de acontecimentos históricos extraordinários. Pandemia da Covid-19, crise econômica, guerras. De repente, começaram a aparecer, mesmo naqueles instrumentos contratuais padrões que ainda faziam remissão ao antigo Código Civil de 1916, cláusulas a respeito de alteração de circunstâncias tentando regular algumas consequências derivadas da pandemia. Alguns, de forma inócua, apenas repetindo o texto legal; outros buscando maneiras mais criativas de regular hipóteses, consequências e critérios para adaptar ou extinguir contratos em face da alteração nas circunstâncias.

A realização de contratos tem a impermanência como um de seus pressupostos, buscando conferir maior grau de previsibilidade ao futuro incerto por meio da antecipada fixação de deveres e alocação de riscos. Estranhamente, contudo, nos já referidos períodos de normalidade, em muitas relações contratuais os tópicos que seriam destinados a regular a extinção ou adaptação do contrato em virtude da alteração das circunstâncias são deixados de lado, relegando-se sua disciplina à supletividade normativa, e, por que não, jurisprudencial.

Com efeito, o regime jurídico das chamadas perturbações nas prestações na legislação brasileira é extremamente assistemático e lacunoso, o que, à primeira vista, não parece convidar à sua generalizada utilização supletiva.

Tal paradoxo apenas fica mais compreensível quando se constata que o nosso Ordenamento contém uma ampla gama de cláusulas gerais e normas abstratas, que, unidas a uma cultura jurisprudencial gestada em período de intenso dirigismo econômico, propicia a criação de soluções caso a caso, de acordo com uma avaliação de equidade do julgador, muitas vezes disfarçada, entretanto, como subsunção às normas acerca da “função social do contrato”, da “boa-fé objetiva”, da “vedação ao enriquecimento sem causa”, dos princípios constitucionais da “solidariedade social” e da “dignidade da pessoa humana”.

Existe, assim, uma crença de alguns contratantes – na circunstância de algum fato impactar o programa contratual, ainda que o caso não se amolde bem às restritas hipóteses legais reguladas – de que poderão ser salvos por alguma tese jurídica bem fundamentada retirada da cartola.

Sonho de alguns, pesadelo de outros, fato é que essas soluções casuísticas, ainda que movidas por um espírito de justiça, não aprimoram o Ordenamento jurídico enquanto sistema, reduzem a legitimidade democrática da função jurisdicional e contribuem para o aumento da imprevisibilidade e da insegurança jurídica nas contratações, cuja função vai de encontro a tal resultado.

Por outro lado, é verdade que, se a jurisdição é tão frequentemente buscada para resolver disputas contratuais por não haver clareza quanto à solução normativa em muitos casos de perturbações no programa contratual não imputáveis às partes – isto é, que não sejam reconduzíveis às regras sobre mora e inadimplemento – é sintoma de um descompasso existente entre Ordenamento e realidade social a demandar integração pelos atores legitimamente vocacionados.

É necessário, porém, que tal integração tenha fortes raízes no próprio sistema e contribua para edifica-lo, e não para fazê-lo ruir em pedaços casuísticos desconectados. Nesse sentido, é papel da doutrina e da jurisprudência – mais daquela, como “ciência do Direito” – esclarecer e densificar regras abstratas de maneira a enriquecê-las com critérios gerais de aplicação, de modo a poderem ser futuramente utilizados em casos similares por outros julgadores e, eventualmente, receberem consagração legislativa.

Para o adequado exercício das liberdades – econômicas ou existenciais – é fundamental haver clareza e previsibilidade acerca das hipóteses nas quais é lícito fazer cessar ou alterar os efeitos de um contrato validamente celebrado, bem como quais as consequências jurídicas disso em cada hipótese.

No Brasil, muito se tem falado sobre imprevisão, onerosidade excessiva, bem como caso fortuito, força maior, fato do príncipe enquanto causadores de impossibilidade física ou natural de cumprimento.

Tratando-se de obra de doutrina, que visa à desmistificação, densificação e enriquecimento de conceitos jurídicos abstratos com critérios para sua aplicação, este trabalho pretende se debruçar sobre hipótese de perturbação bem menos estudada, mas não menos relevante do ponto de vista prático, conhecida como frustração do fim do contrato, que, em síntese, consiste na perda da utilidade da prestação ao credor,

ainda possível de ser executada pelo devedor, em virtude de fato superveniente à formação do contrato, não imputável a nenhuma das partes, sem que a prestação em si tenha sofrido qualquer alteração quantitativa ou qualitativa.

Um exemplo bastante referenciado por aqueles que tratam a respeito do tema é a contratação de artesão para confeccionar, sob medida, um portal para uma igreja, a partir de um mesmo conceito estético e arquitetônico, e a igreja em questão vem a ser destruída por um bombardeio em período de guerra. O ato de prestar do artesão permanece possível sem sofrer qualquer alteração: ele pode concluir o portal e entregar ao pároco. Tal prestação, todavia, em razão de evento superveniente e não imputável a nenhuma das partes, passou a ser inútil ao contratante dos serviços, que não poderá empregar o portal para a finalidade almejada.

Algumas perguntas que podem surgir deste exemplo são as seguintes: juridicamente, existe alguma circunstância na qual a perda do interesse do credor na prestação em razão de fato superveniente e não imputável desobriga-o de recebê-la? Nessa hipótese, permanecerá obrigado a efetuar a contraprestação; ou seja, o pagamento acordado pelos serviços do artesão? A consequência pode variar a depender do fato de o devedor ter ou não incorrido em despesas ou prejuízos para cumprir a prestação até o momento da perda do interesse? Em que medida?

As respostas a essas perguntas costumam variar no Direito estrangeiro. Em diversos Ordenamentos é conhecida e aplicada a tese da frustração do fim do contrato. No entanto, enquanto alguns contam com uma consagração legislativa expressa acerca da espécie, outros são omissos, o que, contudo, não é capaz de afastar o seu reconhecimento pela doutrina e jurisprudência, que a reconduzem a outras figuras positivadas, tais como a impossibilidade da prestação e a alteração nas circunstâncias. As consequências da frustração do fim, de igual modo, não são uniformes. No Direito brasileiro, por sua vez, o tema é ainda pouco versado.

O principal problema a ser enfrentado neste trabalho é se, e como, a frustração do fim da relação jurídica contratual é recepcionada no Direito brasileiro?

Embora escasso e insuficiente, o tema já conta com algum reconhecimento por parte da doutrina nacional, chegando a protagonizar o Enunciado 166 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF): “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”.

Como se pode notar, referido enunciado preocupa-se mais em dizer o que não é frustração do fim do contrato do que defini-la e delimita-la. Ao assim proceder, joga o tema em um vácuo regulatório, já que não há no Ordenamento pátrio regulação de perturbações causadas por fato superveniente não imputável para além da impossibilidade e da onerosidade excessiva. A tentativa de fundamenta-la no princípio da função social do contrato, por sua vez, muito pouco contribui para sua concretização. Não se esclarece quais os requisitos para sua aplicação, quais são os interesses juridicamente relevantes a ponto de permitir a irradiação de efeitos, tampouco suas consequências.

Na jurisprudência o tema é ainda menos conhecido. Em casos típicos de frustração do fim, os julgadores costumam adotar uma das seguintes posturas: mantêm o credor obrigado a receber a prestação, ainda que inútil, pela ausência de normas expressas autorizando declarar a ineficácia do contrato; ou então referenciam genericamente normas acerca de impossibilidade ou onerosidade excessiva, sem uma preocupação rigorosa com os respectivos requisitos normativos, complementando com princípios como o da boa-fé, equilíbrio e vedação ao enriquecimento sem causa. Os raros julgados que demonstram conhecer o tema amparam-se na tese incorporada no já referido Enunciado 166, o que não conforta.

Com a pandemia da Covid-19, cresceu de sobremaneira a importância no estudo da frustração do fim do contrato em razão da multiplicação de casos em que fato superveniente imprevisível impactou o programa contratual, gerando casos de impossibilidade, onerosidade excessiva, e, em diversas situações, frustração do fim. Urge, portanto, averiguar se tal teoria é recepcionada pelo Direito brasileiro e delimitar seus requisitos, âmbito de aplicação e consequências, para que as relações jurídicas contratuais tenham tratamento normativamente adequado.

Não obstante o problema dos efeitos da perda do interesse do credor na prestação em razão de fato superveniente e não imputável possa ter pertinência às relações obrigacionais em geral, o campo onde a maioria dos problemas são suscitados é o das relações jurídicas contratuais sinalagmáticas, na medida em que os interesses frustráveis devem ser extraídos de declarações bilaterais de vontade e a extinção do dever de prestar pode influenciar o destino da contraprestação.

Não serão objeto de análise neste trabalho, por conseguinte, os efeitos da frustração do fim nas relações obrigacionais derivadas de fatos jurídicos *stricto sensu*,

atos-fatos jurídicos, atos jurídicos, negócios jurídicos unilaterais e negócios jurídicos bilaterais de natureza existencial. O objeto de estudo restringe-se aos contratos.

Dentre os contratos interessam, sobretudo, aqueles em que ambas as partes encontram-se obrigadas, estando seus deveres ligados por um vínculo de interdependência, sendo um causa do outro: são os contratos sinalagmáticos. Os contratos unilaterais, como a doação, o mandato, o depósito, geralmente possuem regras específicas que instituem um poder de desligamento unilateral e imotivado em favor das partes; isto é, direitos formativos extintivos cujos efeitos são a denúncia ou a resilição contratual. Vide, por exemplo, os artigos 633 e 682, I, do Código Civil. Nesses casos, a parte prejudicada pela frustração do fim ou por qualquer outro motivo não precisa encaixar sua pretensão em alguma das restritas hipóteses legais para se ver desobrigada, carecendo de interesse o desenvolvimento aprofundado de uma teoria da frustração do fim.

Ainda, não serão objeto de análise específica os contratos de direito público, os contratos internacionais e os contratos de trabalho. Embora se entenda que a frustração do fim do contrato possa atingir tais relações contratuais, os requisitos e consequências específicos para a aplicação da teoria demandariam incursão em microssistemas normativos que escapa aos limites deste trabalho.

Constitui objetivo deste trabalho determinar se a frustração do fim do contrato é recepcionada no Ordenamento Jurídico brasileiro, por qual ou quais fundamentos isso ocorre, e quais são as suas consequências jurídicas.

Pretende-se atingir tal objetivo por meio de método tópico-sistemático e pesquisa bibliográfica.

Considerando que o Direito é vocacionado à solução de problemas concretos, o pensamento tópico, ou indutivo, otimiza a aderência da pesquisa a tais problemas, ao coloca-los como ponto de partida do raciocínio, recusando-se soluções que com eles não guardarem relação¹. Por sua vez, para que não se recaia em soluções casuísticas sem contribuição à edificação da ciência jurídica e do sistema jurídico, é necessário conjugar o pensamento tópico ao sistemático, sendo que a tópica apontará

¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 198.

as possibilidades de solução do problema, que deverá ser resolvido dentro dos quadrantes do sistema jurídico, por meio de soluções dele deduzidas².

A ideia de sistema aqui pressuposta não é a de um sistema fechado. Ao menos não cognitivamente fechado, apenas operacionalmente; isto é, aquele sistema dito autopoietico e autorreferencial, que produz novos elementos a partir de seus próprios elementos pré-existentes com código próprio, sem que o ambiente tenha influência direta nessa produção, ainda que o sistema a ele reaja por irritação³. Trata-se de sistema aberto, que admite pluralidade de fontes não estatais, tais como as práticas sociais, os usos, costumes, o direito internacional e transnacional, a autonomia privada⁴, etc. O sistema aberto admite contradições entre normas abstratas e não se supõe completo no sentido de todas as soluções estarem de antemão dispostas, mas completável a partir de *standards* dele dedutíveis em conjugação com o método tópico.

Nesse contexto, o primeiro capítulo inicia com a descrição de alguns casos práticos relacionados ao tema da frustração do fim do contrato, cada um com suas nuances e peculiaridades, para que se bem compreenda a complexidade e o alcance da problemática enfrentada. Em seguida, a problemática será analisada sob o viés teórico, sem perder de vista, contudo, a aderência à solução dos problemas concretos. Serão estudadas as origens da frustração do fim do contrato, com os respectivos requisitos e consequências, em seu Ordenamento de berço: o Direito inglês. Ainda no Direito estrangeiro, mas buscando atrair a problemática mais próxima ao Ordenamento brasileiro, estudaremos o desenvolvimento do tema no Direito continental europeu, em especial na Alemanha, Itália e Portugal, cujas codificações e doutrina influenciaram o Código Civil brasileiro de 2002.

Adverta-se que não é pretensão deste trabalho fazer um estudo de direito comparado para compreensão a fundo dos Ordenamentos estrangeiros e do estado da arte do tratamento da matéria em cada sistema analisado. A seção sobre direito

² MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 201.

³ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998. p. 318.

⁴ Não se concebe mais que, diante de uma constituição pluralista, e em um estágio de evolução do Direito contratual que se pode dizer internacionalizado, o Estado continue sendo visto como detentor exclusivo da produção normativa. Deslocando-se o papel do Estado para a ordenação de comportamentos, colocando limite neles, a produção normativa sai do monopólio do Estado e passa também aos sujeitos privados e à sociedade civil (GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato, globalização e lex mercatória**. São Paulo: Clássica, 2014. p. 61 – 75).

estrangeiro tem apenas a finalidade de trazer para a investigação a ser conduzida no capítulo subsequente renovadas perspectivas e fundamentações acerca da frustração do fim do contrato, haja vista que o referido tema conta com escassa e praticamente uniforme literatura no Direito nacional.

No segundo capítulo, o foco da análise recairá sobre o Direito brasileiro, principal objeto de estudo neste trabalho. Será analisado o tratamento das perturbações das prestações⁵ no Código Civil brasileiro e as principais construções doutrinárias sobre cada uma, intencionando-se verificar onde há espaço para a frustração do fim. As contribuições da doutrina estrangeira analisada no capítulo precedente serão testadas para verificar sua compatibilidade com o nosso Ordenamento.

Mas apenas isso não será suficiente para a adequada aplicação da teoria no Direito brasileiro. Isto porque, como será visto, as finalidades frustradas passíveis de gerar efeitos nas relações contratuais são apenas aquelas que compõem de maneira expressa, presumida ou implícita o conteúdo contratual; isto é, são as finalidades comuns extraídas da declaração de vontade das partes. Por isso, em seguida, serão estudadas as ferramentas de interpretação contratual disponíveis para identificação das finalidades comuns relevantes integradas no conteúdo contratual e da matriz contratual de riscos, chegando-se, enfim, ao objetivo de construir o suporte fático da norma da frustração do fim do contrato no Direito brasileiro.

A incidência da norma no suporte fático irradia consequências jurídicas. O último capítulo se destina à identificação das possíveis consequências jurídicas da frustração do fim do contrato no Direito brasileiro.

⁵ O direito das perturbações nas prestações pode abranger a alteração das circunstâncias, a impossibilidade e as espécies de incumprimento definitivo, mora e violação positiva do contrato, além de outros institutos. A denominação tem origem doutrinária e foi acolhida na Lei de Modernização do Direito das Obrigações de 2001, que alterou o Código Civil alemão (BGB).

2 ORIGEM, CASUÍSTICA, E DESENVOLVIMENTO DA FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO NO DIREITO ESTRANGEIRO

Para que se comece a compreender a problemática inserta na resolução dos contratos pela frustração do seu fim, afigura-se pertinente iniciar com a exposição de alguns casos práticos – reais e fictícios, escolhidos e elaborados didaticamente para conferir concretude aos conceitos que serão desenvolvidos ao longo deste trabalho – em que a discussão sobre premissas e consequências da teoria pode estar presente.

Alguns, inclusive, como os casos da coroação que se verá a seguir, auxiliaram no próprio desenvolvimento e consolidação da teoria em sua tradição jurídica de berço, o Direito inglês.

Passo subsequente para subsidiar a compreensão da problemática deste trabalho será estudar a concepção da *frustration*, e mais especificamente, da *frustration of purpose*, no direito inglês, bem como os meios pelos quais alguns países de tradição romano-germânica, cujas leis e doutrina serviram de inspiração ao Código Civil brasileiro, incorporaram a teoria em seus respectivos Ordenamentos.

2.1 COMPREENDENDO A *RATIO* E O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA TEORIA: CASUÍSTICA DA FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO

O que todos os casos a seguir expostos têm em comum é o seguinte: um fato imprevisível, superveniente à conclusão do contrato, e não imputável a nenhuma das partes, faz com que desapareça a utilidade ou o interesse prático do credor de determinado ato de prestar do devedor – em outras palavras, a conduta esperada do devedor: o “dar”, o “fazer”, o “não fazer” –, sem que referido ato de prestar concretamente tenha se tornado fisicamente ou juridicamente impossível, ou tenha sofrido mesmo qualquer alteração.

Nos quadrantes da teoria da frustração do fim do contrato, em síntese, questiona-se: a perda da utilidade do ato de prestar do devedor para o credor é fundamento juridicamente legítimo para extinção do dever de prestar do devedor, e, conseqüentemente, do dever de contraprestar do credor? E, sendo positiva a resposta, deve se perguntar: sempre? Em que circunstâncias?

Os primeiros 4 casos são exemplos efetivamente litigados e julgados em jurisdições estrangeiras. Será efetuada a descrição sumária do caso, dos argumentos

e das conclusões dos respectivos Tribunais, com o objetivo de extrair pistas acerca das perguntas acima, auxiliando no desenvolvimento da teoria da frustração do fim contratual.

Os subsequentes são exemplos fabricados a partir da realidade para os propósitos deste trabalho. Tratam-se de conflitos hipotéticos inspirados em situações que já ocorreram com frequência na realidade, com diversidade de fundamentação ou resposta pela doutrina e jurisprudência, ou que poderiam razoavelmente vir a ocorrer. Nestes apenas o conflito será exposto, buscando-se, ao longo do presente trabalho, verificar como os parâmetros e critérios encontrados com a pesquisa auxiliam em sua resolução.

Ainda, com relação aos últimos casos, não se poderia deixar de trazer exemplos recentes extraídos do contexto da pandemia da Covid-19, que impactou o mundo e ainda surte relevantes efeitos. No campo das perturbações das prestações contratuais, a pandemia propiciou o surgimento de situações qualificáveis sob as mais diversas hipóteses, com consequências jurídicas próprias a depender da qualificação, urgindo o trabalho doutrinário em distinguir as hipóteses para boa aplicação. Para os fins deste trabalho serão analisados casos potencialmente enquadráveis como exemplos de frustração do fim contratual.

2.1.1 *Krell v. Henry*⁶

São célebres como exemplos da origem e desenvolvimento da teoria da frustração do fim contratual no Reino Unido os chamados “casos da coroação”, que se passam no contexto da coroação do Rei Eduardo VII, acontecimento que ensejou a realização de desfiles para passagem do cortejo real, bem como outros eventos que atraíram muitas pessoas. Com o súbito adoecimento do rei, os eventos previstos não se realizaram, impactando contratos concluídos com essa finalidade em vista. Um desses casos é *Krell v. Henry*.

Krell era proprietário de algumas salas em *Pall Mall*, Londres, local privilegiado para assistir ao desfile da coroação nos dias 26 e 27 de junho de 1902. Celebrou com *Henry* contrato de locação de um dos imóveis para as datas do desfile no valor total de 75 libras, tendo cobrado antecipadamente 25 libras.

⁶ INGLATERRA, *Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740. Disponível em: <<https://www.trans-lex.org/311100>>. Acesso em: 27/04/2023.

Com o adoecimento do Rei e o cancelamento do desfile, Henry não teve mais interesse em ocupar o imóvel nas datas avençadas e deixou de pagar o saldo remanescente de 50 libras do contrato.

Krell, então, ajuizou ação de cobrança relativa ao referido saldo. Henry defendeu-se afirmando nada dever e ainda requereu a restituição das 25 libras que havia adiantado.

Henry foi vencedor em 1º e 2º graus de jurisdição sob o fundamento de que a circunstância de assistir ao desfile da coroação era razão determinante comum de o contrato ter sido celebrado, sem a qual não havia fundamento para a sua manutenção. Destacou-se que Krell havia anunciado o imóvel para locação com a finalidade de se assistir ao desfile, e Henry havia locado exclusivamente para tal finalidade.

2.1.2 *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton*⁷

Outro caso ocorrido no contexto da coroação de Eduardo VII foi *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton*.

Aquela era empresa que frequentemente alugava embarcações a várias pessoas para as mais diversas finalidades. Este era empresário que locou embarcação daquela para o fim de levar algumas pessoas para assistir à revista da frota em virtude da coroação. Com o cancelamento da revista em decorrência do adoecimento do rei, pretendeu o locatário ver-se liberado do dever de pagar o aluguel de 200 libras.

O Tribunal, contudo, deu razão ao locador, condenando o locatário ao pagamento da totalidade do aluguel acordado, sob o fundamento de que a finalidade de assistir à revista naval era somente do locatário, não sendo um fim comum às partes.

A *Herne Bay Steam Boat Co.*, como de praxe, havia locado o barco para que o empresário o utilizasse para navegar; o que o empresário e seus convidados vislumbrariam ou não durante o passeio nada importou para que o contrato fosse celebrado, de modo que o fim de navegar poderia ser perfeitamente atingido, sendo devido o aluguel.

⁷ PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011. p. 942 – 943.

2.1.3 Caso da “diligência Paris-Rouen”⁸

Duas empresas de transporte de pessoas por meio de carruagens celebraram contrato para prestação de serviços de transporte no trecho entre as cidades de Paris e Rouen, na França, em abril de 1843, pelo prazo determinado de 2 anos. No curso da vigência do contrato foi inaugurada ferrovia, que possibilitou a redução do tempo de deslocamento de 3 dias (por meio de carruagem) para apenas meio dia (por trem), fazendo com que o contrato entre as empresas de carruagens, apesar de possível, perdesse sua razão prática e seu substrato econômico.

A empresa parisiense ingressou em Juízo postulando a resilição do contrato. Os tribunais franceses acolheram o pedido sob o fundamento de que a inauguração da estrada de ferro configurava uma hipótese de força maior, da qual resultou a impossibilidade de execução do contrato.

2.1.4 Caso do arrendamento do posto de combustível⁹

Após a celebração de contrato de arrendamento de posto de combustíveis na Alemanha, houve a eclosão da Primeira Guerra Mundial, tendo o governo assumido controle dos combustíveis, o que inviabilizou a exploração econômica do posto pelo arrendatário, que pleiteou a resolução contratual.

O Tribunal Supremo do Reich acolheu o pedido sob o fundamento de que a guerra e o controle dos combustíveis pelo governo configuraram fatores extraordinários que ensejaram a impossibilidade de uso do bem, não somente para o arrendatário, mas para qualquer pessoa, sendo o prejuízo suportado pelo arrendador nos termos dos §§323 e 537 do BGB.

2.1.5 Caso do portal da igreja

Determinado artista foi contratado para construir um portal para uma igreja. Concluída a fabricação do portal, porém antes da entrega e montagem do portal na

⁸ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 107 – 108.

⁹ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 146.

igreja, esta foi completamente destruída por bombardeio ocorrido em período de guerra da qual participava o país em que se situava a igreja.

2.1.6 Caso do reboque

O carro de uma pessoa deixa de funcionar em via pública. Ela tenta, sem sucesso, dar partida; então, contrata um serviço de reboque para levar seu veículo até a oficina mais próxima. Quando o guincho chega ao local, o proprietário do veículo dá partida novamente, e, dessa vez, o automóvel funciona, possibilitando que seja conduzido até a oficina mais próxima sem o auxílio do guincho.

2.1.7 Caso da viagem de férias

Em meados de 2019, uma pessoa adquiriu em agência de viagens pacote turístico com passagens aéreas e atrações turísticas no local de destino. A ida estava programada para maio de 2020, e o período todo de viagem totalizava 16 dias.

Em razão da pandemia global da Covid-19, em março de 2020 tem-se notícia de que as fronteiras do país de destino fecharam, o que impossibilitaria a viagem. No entanto, logo em seguida o país decide reabrir as fronteiras, submetendo, contudo, os passageiros oriundos de outros países a um isolamento obrigatório de 14 dias.

Em razão disso, o contratante solicitou a remarcação ou o cancelamento das passagens aéreas, já que, apesar de poder chegar ao destino, não poderá aproveitar a viagem, permanecendo em isolamento durante a maior parte do tempo, e perdendo os passeios turísticos reservados, que, de qualquer modo, não poderiam ser usufruídos em razão de restrição de funcionamento a atividades essenciais vigente no país de destino.

A companhia aérea, todavia, recusa-se a efetuar a remarcação ou o cancelamento com a devolução dos valores pagos, argumentando que o voo ocorreria normalmente e que sua obrigação seria apenas de transportar os passageiros ao local de destino, sendo irrelevante a finalidade e o tempo de estadia de cada passageiro, apontando, ademais, que no momento da contratação havia a possibilidade de escolha por uma tarifa mais cara com opção de remarcação ou cancelamento livres, tendo o contratante optado pela tarifa mais barata sem essa possibilidade.

2.1.8 Caso da van escolar¹⁰

Para o ano letivo de 2020 um casal firmou, em dezembro de 2019, contrato de transporte com determinada empresa para buscar seu filho menor em casa e levá-lo até a escola. O contrato foi firmado com prazo determinado de 12 meses, insuscetível de denúncia, com vigência a partir de 1º de janeiro, sendo o preço devido mensalmente.

O início das aulas do menor estava programado para a última semana de fevereiro. Contudo, no início de março, com a eclosão da pandemia global da covid-19, a escola fechou as portas e, em seguida, adotou o sistema remoto de ensino até o final do ano letivo.

Desse modo, apesar de possível o deslocamento do menor até a escola, não havia mais razão de ser a manutenção do contrato de transporte, pois as aulas presenciais estavam suspensas, tendo os contratantes então pleiteado a resilição do contrato.

A empresa de transporte, por sua vez, prosseguiu cobrando as mensalidades sob alegação de que sua obrigação, que consistiria em permanecer disponível durante o ano letivo para realizar o transporte, não havia sido impossibilitada; e que a finalidade de frequentar efetivamente às aulas pertenceria apenas ao contratante, já que o contrato havia sido firmado por 12 meses, período no qual, a despeito de férias escolares, recessos, faltas por motivos de doença ou qualquer outro motivo, a mensalidade fixa permanecia devida e os contratantes haviam anuído expressamente com isso nessas situações, não havendo diferença entre esses casos e o caso em apreço, sendo todos hipóteses em que o não comparecimento à escola deriva de fato não imputável à contratada.

2.1.9 Caso do estúdio de pilates em shopping center

O estúdio de pilates Y possui filial no shopping center N. Em decorrência das medidas sanitárias para contenção da pandemia da covid-19, as autoridades públicas

¹⁰ Exemplo adaptado de MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 170.

determinaram a suspensão de funcionamento de atividades comerciais não essenciais, o que implicou o fechamento do shopping N ao público.

As lojas, contudo, podiam ser acessadas pelos locatários e seus funcionários; algumas, inclusive, conseguiram manter suas atividades na modalidade de “delivery”.

No caso do estúdio Y, contudo, não era possível, enquanto vigorassem as aludidas restrições, o desempenho da atividade-fim no imóvel locado, motivo pelo qual requereu a suspensão temporária do pagamento dos aluguéis, o que não foi aceito pelo locador, que afirmou ser a restrição governamental risco da atividade econômica do locatário.

2.2 A “*FRUSTRATION OF PURPOSE*” DO DIREITO INGLÊS

No Direito inglês não se reconhecia a eficácia de circunstâncias externas, fora do controle das partes, como fatores aptos a libera-las de suas prestações ou mesmo afastar a responsabilidade do devedor pelo incumprimento¹¹. Em regra, vigorava a absoluta vinculação das partes ao pactuado, como manifestação da vontade consciente e livremente exercida.

Na ótica dos tribunais, cabia às partes que desejassem prevenir-se contra os riscos do fortuito preverem em seus instrumentos contratuais cláusulas nesse sentido. Referido entendimento ficou sedimentado no precedente *Paradine v. Jane* (1647), em que o locatário de um imóvel foi privado do uso e fruição do bem em virtude de ocupação do mesmo por tropas inimigas em período de guerra, tendo demandado o proprietário para o fim de se eximir do pagamento dos aluguéis, sem êxito. Entendeu-se que tendo o locatário assumido o compromisso de pagar os aluguéis, deveria honrar tal compromisso e, caso houvesse alguma situação em que não concordasse em permanecer pagando aluguel, deveria ter se precavido contra ela mediante previsão contratual¹².

Tornou-se, assim, bastante comum na prática a existência de cláusulas de força maior e *hardship* nos contratos¹³.

¹¹ BEALE, Hugh; TWIGG-FLESNER, Christian. **Covid-19 and frustration in English law**. In: Derecho de los Desastres: covid-19. Tomo II: estudios internacionales. Peru: Pontificia Universidad Católica del Peru, 2020. p. 1.188.

¹² PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011. p. 921.

¹³ BEALE, Hugh; TWIGG-FLESNER, Christian. **Covid-19 and frustration in English law**. In: Derecho de los Desastres: covid-19. Tomo II: estudios internacionales. Peru: Pontificia Universidad Católica del Peru, 2020. p. 1.188.

Todavia, nos contratos em que ausentes cláusulas a respeito da alteração das circunstâncias, como modo de flexibilizar a rigidez da vinculação absoluta das partes ao contrato, porém sem abrir mão da tutela da autonomia da vontade, desenvolveu-se, paulatinamente, a teoria da *frustration*.

A *frustration* inicialmente amparava-se na ideia de condição implícita (*implied condition*), que consiste naquele conjunto de circunstâncias necessárias para que o contrato seja adimplido, implicitamente assumidas como relevantes pelas partes, no sentido de que se é da intenção das partes que o contrato seja cumprido, também deve ser da vontade das partes que permaneçam as condições fáticas e jurídicas necessárias ao cumprimento¹⁴.

Tal conjunto de circunstâncias constituiria o que a doutrina e a jurisprudência inglesa em seguida denominaram de “*foundation of the contract*” sem a qual o contrato perderia seu sentido e razão de ser, tornando-se frustrado¹⁵.

Progressivamente, a teoria da *frustration* logrou despregar-se do excessivo viés subjetivista criado por meio do recurso a uma fictícia intenção das partes, que, por vezes, indisfarçadamente confundia-se com a intenção do julgador, e passou a buscar fundamento em critérios mais objetivos e aderentes à concreta vontade comum declarada, extraídos a partir da interpretação da extensão e significado dos termos do próprio contrato e do contexto em que os mesmos estavam originalmente insertos, de modo a revelar o contrato “*on its true construction*”¹⁶. Construída a relação contratual em sua totalidade originária por meio da interpretação, caberia então verificar se após a alteração das circunstâncias houve mudança radical nas obrigações assumidas. Se sim, reconhecer-se-ia a *frustration*¹⁷.

¹⁴ No caso *Tamplin S. S. Co. Ltd. V. Anglo-Mexican Petroleum Products Co. Ltd.* De 1916, o Judge Lorenburn assim votou, tomando como premissa o precedente *Taylor v. Caldwell*, em tradução livre: “nenhuma Corte tem o poder de absolver, mas a Corte não vai considerar uma obrigação como absoluta se as próprias partes assim não pretendem considera-la. Se as partes tivessem negociado tendo em vista que um estado de coisas permaneceria existente...um termo para aquele efeito estará implícito” (PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011. p. 981).

¹⁵ PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011. p. 982.

¹⁶ No caso *Davis Contractors Ltd. v. Fareham Urban District Council* de 1956, o voto do Judge Reid foi no seguinte sentido, em tradução livre: “Não há nenhuma necessidade de se considerar o que as partes pensavam ou como o homem razoável em seu lugar lidaria com a nova situação se a tivesse previsto. A questão é se o contrato celebrado, em sua verdadeira construção, é amplo o suficiente para se aplicar à nova situação: se não for, então deve ser extinto” (PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011. p. 984).

¹⁷ No mesmo caso acima referido, o voto do Judge Radcliff elucidou a teoria da “radical change”: “[...] frustração ocorre sempre que a lei reconhece que, sem a culpa de ambas as partes, uma obrigação contratual tenha se tornado incapaz de ser cumprida porque as circunstâncias nas quais o cumprimento terá que ser feito fará com que ele seja radicalmente diferente do que o originalmente previsto no contrato. *Non haec in foedera venit*. Não foi isso que eu prometi fazer” (INGLATERRA, *Davis Contractos*

Nos quadrantes da *frustration* ingressam situações de superveniente impossibilidade física (*impossibility*), impossibilidade jurídica (*illegality*) e impossibilidade de atingimento do objetivo ou fim do contrato (*frustration of purpose*)¹⁸.

O precedente apontado pela doutrina como pioneiro na mudança do paradigma da *absolute liability* foi Taylor v. Caldwell (1863). Para a realização de quatro grandes concertos, Taylor locou o Surrey Gardens e Music Hall, imóvel de propriedade de Caldwell, durante os meses de junho, julho e agosto de 1861. Às vésperas do primeiro concerto ocorreu um incêndio que destruiu o imóvel, impossibilitando, naturalmente, a prestação cabível ao locador de ceder o uso do bem. O locatário, então, não tendo conseguido realizar os concertos, moveu ação em face do locador reclamando indenização pelas perdas e danos derivadas do descumprimento do contrato de locação. A ação foi julgada improcedente. O Tribunal reconheceu que a existência e viabilidade de utilização do imóvel locado eram condições implícitas para o contrato ter sido celebrado, deixando de condenar o locador ao pagamento das perdas e danos¹⁹.

Com os já mencionados “casos da coroação”, em especial Krell v. Henry, a doutrina da *frustration* passou a abranger também casos em que fatos supervenientes à conclusão do contrato implicassem a perda do interesse do credor na prestação (*frustration of purpose*) sem que o ato de prestar do devedor se tornasse propriamente impossível, desde que tal interesse do credor não seja meramente subjetivo ou particular, mas tenha constituído comum razão de existir do contrato. Aí, aliás, reside a diferença fundamental entre “Krell v. Henry” e “Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton”. Naquele, a finalidade de assistir ao desfile da coroação era comum às partes; neste, a finalidade de assistir à revista naval era apenas de uma das partes.

À luz dos precedentes a partir dos quais foi desenvolvida a *frustration of purpose*, a doutrina costuma apontar os seguintes requisitos para sua caracterização: (a) o evento (ou as suas repercussões) que desencadeia a frustração deve ser posterior à formação do contrato; (b) não pode ter ocorrido por culpa de alguma das partes e não pode estar dentro da margem de risco assumido pelas expressa ou implicitamente pelas partes; (c) a finalidade frustrada deve ter sido o principal objetivo

Ltd. v. Fareham Urban District Council, [1956] A.C. 696. Disponível em: <<https://www.trans-lex.org/311200>>. Acesso em: 27/04/2023.

¹⁸ PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011. p. 920; 942.

¹⁹ PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011. p. 921.

que levou à celebração do contrato, sem a qual ele não faria sentido, não bastando que a parte tenha em mente um objetivo particular frustrado; e (d) a frustração deve ser substancial, não sendo suficiente simples redução do ganho esperado²⁰.

Questão de relevo consiste em precisar, na ausência de indicação expressa no instrumento contratual, quando determinada finalidade é simplesmente particular e quando ela é comum, tornando-se “*foundation of the contract*”.

Nas palavras do Judge Vaughan Williams, na sentença proferida em *Krell v. Henry*, em tradução livre:

Não penso que o princípio do direito civil introduzido no Direito inglês fique limitado aos casos em que o evento causador da impossibilidade de cumprimento seja a destruição ou a inexistência do objeto do contrato ou de alguma condição ou estado de coisas expressamente especificado como sua condição. Eu penso que você primeiro deve determinar, não necessariamente a partir dos termos do contrato, mas se necessário a partir de inferências necessárias, extraídas de circunstâncias circundantes reconhecidas por ambas as partes, qual é a substância do contrato e, em seguida, fazer a pergunta se aquele contrato substancial necessita para sua fundamentação do pressuposto da existência de um determinado estado de coisas. Se o fizer, isso limitará a operação dos termos contratuais gerais, e, nesse caso, se o contrato se tornar impossível de cumprir em razão da inexistência do estado de coisas assumido por ambas as partes como fundamento do contrato, não haverá que se falar em descumprimento contratual²¹.

Em síntese, a *frustration* é – quase que preponderantemente – um problema de interpretação do conteúdo contratual.

Em *Krell v. Henry*, os índices valorados pelos julgadores para concluir pela existência de uma finalidade comum como base do contrato foram: o fato de o proprietário do imóvel ter colocado placa nas janelas do seu imóvel com vista para a rua onde passaria o desfile anunciando que o referido imóvel estaria disponível nos dias 26 e 27 de junho, datas em que o cortejo real passaria pela rua para visualização do evento (tratativas e comportamento anterior das partes); o preço acordado; e o fato

²⁰ Nesse sentido, vide: WEISKOPF, Nicholas R. **Frustration of contractual purpose: doctrine or myth?** *St. John's Law Review*, v. 70, p. 239-272, 1996; BEALE, Hugh; TWIGG-FLESNER, Christian. **Covid-19 and frustration in English law**. In: *Derecho de los Desastres: covid-19. Tomo II: estudios internacionales*. Peru: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2020. p. 1.194; e ainda, o §265 do *Restatement (Second) of Contracts*, em tradução livre: “Quando, depois de o contrato ser celebrado, o principal objetivo de uma parte é substancialmente frustrado, sem sua culpa devido à ocorrência de um evento cuja não-ocorrência era uma premissa sob a qual foi celebrado o contrato, seus deveres remanescentes de cumprimento do contrato são liberados, a não ser que a linguagem ou as circunstâncias indiquem o contrário”.

²¹ INGLATERRA, *Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740. Disponível em: <<https://www.trans-lex.org/311100>>. Acesso em: 27/04/2023.

de o contrato expressamente prever que a locação seria apenas para o período diurno, vedando a permanência noturna²².

Por sua vez, em *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton* considerou-se ser usual o aluguel de barcos para passear pela região durante todo o ano, de modo que o locador provavelmente sequer tomou em consideração o evento da revista naval ao celebrar o contrato.

Enfim, para concluir esta breve exposição sobre a *frustration* no direito inglês, cabem algumas considerações sobre os seus efeitos sobre a relação jurídica contratual, os quais encontram-se regulados na Law Reform (Frustrated Contracts) Act de 1943.

A Seção 1(2) da referida norma determina a restituição dos valores vencidos e já pagos por uma parte à outra e a inexigibilidade das quantias vincendas, tratando-se, pois, de hipótese de resolução contratual. Ressalva, contudo, que se a parte que recebeu valores antes da frustração incorreu em despesas para o cumprimento do contrato, então ela pode, se o Tribunal entender justo e de acordo com as circunstâncias do caso, reter uma parcela dos valores recebidos até o limite das despesas comprovadas. O mesmo se aplica se eram devidos valores antes da frustração mas os mesmos não foram pagos. Neste caso, o Tribunal pode determinar que seja paga a importância vencida, até o limite das despesas incorridas pela parte. No entanto, caso não tenha sido pago ou exigido nenhum valor antes da ocorrência do evento frustrante, mesmo que a parte tenha incorrido em despesas para a execução do contrato não lhe será devido nenhum valor, pois teria assumido tal risco²³.

A Seção 1(3) complementa as ressalvas ao desfazimento por completo da eficácia do contrato, estipulando que se a parte auferiu benefícios (não pecuniários) com o cumprimento parcial do contrato antes da frustração, o Tribunal poderá, conforme as circunstâncias e se entender justo, fixar um valor razoável, restrito ao

²² “But the affidavits, which by agreement between the parties are to be taken as stating the facts of the case, shew that the plaintiff exhibited on his premises, third floor, 56A, Pall Mall, an announcement to the effect that windows to view the Royal coronation procession were to be let, and that the defendant was induced by that announcement to apply to the housekeeper on the premises, who said that the owner was willing to let the suite of rooms for the purpose of seeing the Royal procession for both days, but not nights, of June 26 and 27. In my judgment the use of the rooms was let and taken for the purpose of seeing the Royal procession. It was not a demise of the rooms, or even an agreement to let and take the rooms. It is a licence to use rooms for a particular purpose and none other” (INGLATERRA, *Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740. Disponível em: <<https://www.trans-lex.org/311100>>. Acesso em: 27/04/2023).

²³ PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011. p. 971.

equivalente pecuniário do benefício auferido, a ser pago pela parte beneficiada à outra parte²⁴.

Verifica-se, portanto, uma preocupação do direito inglês em dividir de forma equânime entre as partes os riscos da frustração do contrato.

2.3 DO *COMMON LAW* AO *CIVIL LAW*: AS VIAS DE INGRESSO E O DESENVOLVIMENTO DA FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO NO DIREITO CONTINENTAL EUROPEU

O Direito continental europeu herdou do direito romano a famosa cláusula *rebus sic stantibus*, que, basicamente, consiste na premissa de que todos os contratos submetem-se à implícita condição de que os fatos devem permanecer como estavam ao tempo da contratação, sendo que a mudança substancial nos fatos justificaria a alteração no pactuado ou, na inviabilidade de mudança, a extinção do contrato. Em outras palavras, a vontade das partes ao assumirem obrigações em contratos seria naturalmente guiada pelo conjunto de circunstâncias existentes, que, se alteradas, fariam cessar a vinculação das partes à vontade manifestada, ensejando a intervenção da jurisdição quando as próprias partes não lograrem adaptar o regramento contratual.

Tal modo de fundamentação, naturalmente, oferece caminho fácil para acolher uma tese de que, em virtude da alteração superveniente das circunstâncias que implicasse a inutilidade da prestação ao credor, o contrato possa ser resolvido. Porém, pouco esclarece a respeito de quais as circunstâncias relevantes para tanto e qual o tipo e grau de alteração aceitável considerando os riscos assumidos no negócio²⁵.

Após a Revolução Francesa e a edição do *Code Civil*, com suas aspirações voluntaristas e anseio de contenção da intervenção estatal e jurisdicional nas relações privadas, a cláusula *rebus sic stantibus* praticamente caiu no esquecimento,

²⁴ PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011. p. 972 – 973.

²⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 298.

ressuscitando por ocasião da 1ª Guerra Mundial com a percepção de que abruptas mudanças na realidade fática muitas vezes impõem mudanças nos contratos²⁶.

Na Alemanha, o renascimento da cláusula *rebus sic stantibus* muito deve à Windscheid e sua teoria da pressuposição. Em linhas gerais, se a parte contratante, ao emitir uma declaração negocial, tinha por pressuposto a existência, persistência ou ocorrência de determinadas circunstâncias, esta pressuposição configura uma condição de validade da sua declaração; uma autolimitação, não da vontade efetiva, mas da vontade verdadeira, realizada por meio de uma condição não desenvolvida, isto é, não expressa como condição em sentido técnico no conteúdo do negócio²⁷.

A teoria da pressuposição, contudo, tampouco oferece um guia mais preciso para o problema enfrentado neste trabalho, uma vez que não permite distinguir as circunstâncias juridicamente relevantes dos meros motivos, sem relevância, lançando alto grau de incerteza e subjetivismo às relações contratuais ao permitir que pudessem ser objeto de anulação os atos em que as circunstâncias supostas pelas partes não se concretizassem²⁸.

O aperfeiçoamento da pressuposição por Oertmann resultou na criação da teoria da base do negócio jurídico, tão proclamada pela doutrina e jurisprudência alemãs após a 2ª Guerra Mundial. Segundo Oertmann, a base do negócio jurídico é:

A representação mental de uma das partes no momento da conclusão do negócio conhecida em sua totalidade e não rechaçada pela outra parte, ou a comum representação das diversas partes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias em que se baseia a vontade negocial²⁹ (tradução livre).

Desaparecendo essas circunstâncias sem que se tenha assumido o risco de seu desaparecimento, à parte prejudicada assistiria o direito de resolver o contrato, ou, em se tratando de contrato de trato sucessivo, de denuncia-lo³⁰.

²⁶ Em artigo publicado no início da década de 90, Clóvis V. do Couto e Silva apontou que “Ainda quando no século passado se tenha a vontade como o valor supremo, ao ponto de afirmar-se ‘qui dit contractuel dit juste’, ainda assim houve juristas que se aperceberam que a estrutura contratual pressupõe, para que possa exercer com normalidade a sua função de troca, uma relação estreita com a realidade econômica subjacente” (COUTO E SILVA, Clóvis V. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. vol. 655/1990. Maio/1990. Edição RTonline. p. 1).

²⁷ WINDSHEID, Bernard. **Diritto delle pandette**. trad. Volume primo. Parte prima. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1902, p. 394 – 400.

²⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. vol. 655/1990. Maio/1990.

²⁹ OERTMANN, Paul. *Geschäftsgrudlage*, apud LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 5.

³⁰ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 5.

Tal teoria dá um passo em direção à segurança do tráfico ao elevar como circunstância juridicamente relevante para compor a base do negócio a representação conhecida pela outra parte e não rechaçada.

No entanto, ainda gera enorme fragilidade e insegurança nos contratos ao permitir que frustrações de finalidades particulares dos figurantes, ainda que conhecidas pela outra parte, possibilitem a liberação do pactuado, ignorando que todo contrato envolve riscos, sendo irreal supor que as circunstâncias permanecerão inalteradas, em especial em contratos relacionais ou de trato sucessivo.

O risco de frustração de finalidades particulares de uma parte, inerente à dinâmica negocial, é totalmente transferido à outra parte pela simples comunicação, sem que esta tenha concordado em assumir tal risco de maneira expressa ou implicitamente por meio da interpretação sistemática das disposições contratuais, do contexto ou de algum comportamento concludente. Como anota Pontes de Miranda:

Sabe-se que é de mister o consensus, se o negócio jurídico é bilateral. Não se pode querer que a representação de um figurante seja comum se o outro ou outro figurante, ou por manifestação de vontade expressa, ou tácita, não a fez sua. Para que a decepção seja de todos, é preciso, logicamente, que todos tenham partido do que se teve como essencial³¹.

Larenz oferece exemplo da jurisprudência alemã acerca das distorções que podem ser criadas pela aplicação da teoria da base nessa versão. Trata-se de caso em que, durante a guerra, uma empresa que tinha contrato com o exército para a entrega de equipamentos encomendou de outra empresa a fabricação de marcos de madeira que deveriam ser inseridos em aparatos elétricos disponibilizados pela compradora e entregues a esta, a qual, por sua vez, enviava os marcos prontos para o exército. Com o fim da guerra e a derrota do Reich o exército cessou as encomendas e o pagamento dos marcos de madeira, fazendo com que a empresa com a qual possuía contrato não tivesse mais interesse na aquisição de novos marcos da fabricante. Ocorre que esta já havia produzido, à encomenda da compradora, determinada quantidade de marcos e aguardava tão somente a compradora disponibilizar os aparatos elétricos para sua instalação e entrega, o que não ocorreu. A fabricante, então, promoveu a cobrança dos valores acordados; porém, o Tribunal de Apelação de Stuttgart, aplicando a teoria da base do negócio, entendeu que devido ao fato de a fabricante saber que os marcos eram destinados ao exército, o fim da

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 313.

guerra configurou alteração das circunstâncias e desaparecimento da base do negócio, liberando o devedor do cumprimento de suas obrigações. Por outro lado, aplicando o princípio da boa-fé, o Tribunal entendeu que a compradora deveria pagar os marcos já produzidos pela fabricante³².

Ou seja, não fosse o recurso à boa-fé, somente mediante aplicação da teoria da base o risco de não lograr revender os produtos adquiridos, normalmente atribuível ao comprador, teria sido totalmente transferido ao fabricante pelo simples fato de este saber que o comprador venderia os marcos para o exército, sem que tenha, contudo, concordado em assumir esse risco.

Com efeito, todo contrato possui uma álea normal à qual as partes estão submetidas, independentemente de o contrato ser comutativo ou aleatório³³. Em regra, o risco de frustração do fim de emprego – ou seja, a destinação que o credor pretende conferir ao objeto da prestação – cabe à parte que o pretende realizar³⁴. Se alguém adquire um apartamento de uma construtora na planta, com preço abaixo do mercado, com a intenção de, uma vez concluído, revende-lo e obter lucro, o fato de o imóvel vir a desvalorizar abruptamente em razão da mudança nas regras de zoneamento normalmente não deveria produzir nenhum impacto no contrato celebrado com a construtora, independente de esta saber que esse era o propósito do comprador; afinal, algumas pessoas adquirem imóveis para investir, outras para residir, outras para obter renda com aluguel. De maneira similar, se uma pessoa compra vinho para seu consumo pessoal e posteriormente seu médico a proíbe de consumir álcool, ainda que o vendedor dos vinhos tenha tido ciência de que a pessoa adquiriu os produtos para seu consumo pessoal, a frustração dessa finalidade é irrelevante ao vendedor, estando dentro da esfera de riscos do comprador³⁵.

Por outro prisma, a teoria da base funda-se na investigação psicológica de uma vontade fictícia dos figurantes, não oferecendo critérios para tanto, de modo a facilmente permitir a confusão entre a vontade das partes e a vontade do Juiz, ainda

³² LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 13 – 14.

³³ Nesse sentido, vide: NICOLÓ, Rosario. Alea. In: **Enciclopedia del Diritto**. v.1. Milano: Giuffrè, 1954. p. 1.024 – 1.026; e BOSELLI, Aldo. Alea. In: **Novissimo Digesto Italiano**. v.1. Torino: Utet, 1957. p. 475 – 476.

³⁴ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 17.

³⁵ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 156.

que disfarçada por meio de argumentos abstratos como o do “homem médio”, da boa-fé e da equidade.

Se, de um lado, a teoria da base de Oertmann é demasiado ampla, por outro lado, como aponta Larenz, também é limitada, pois foca no que as partes representaram e não naquilo que é objetivamente necessário para que o contrato atinja sua finalidade³⁶.

Para tentar corrigir os problemas apontados, Karl Larenz formula sua própria versão da teoria da base do negócio jurídico. Ele sustenta que a base do negócio pode ser entendida em dois sentidos distintos: (a) base subjetiva, composta pela representação mental comum das partes pela qual ambas se pautaram na celebração do contrato, cuja frustração implica erro nos motivos com a consequente rescisão (anulação) do negócio, gerando, portanto, efeitos apenas no plano da validade; e (b) base objetiva, que consiste no estado geral de coisas cuja existência ou permanência é objetivamente necessária para que o contrato subsista, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, como regulação dotada de sentido³⁷. Analisaremos somente a base objetiva porque ela é a via de ingresso da frustração do fim do contrato no Direito alemão.

As situações de quebra da base objetiva em que se funda o contrato devido a fatos supervenientes não imputáveis a nenhuma das partes, que implica a liberação das partes de seus deveres de prestação, podem ser agrupadas em casos nos quais é destruída a relação de equivalência entre as prestações estabelecida originalmente no contrato (onerosidade excessiva superveniente), e em casos em que a prestação devida permanece sendo possível, contudo não é possível atingir o resultado que, segundo o contrato, era esperado com a prestação (frustração do fim)³⁸. Para chegar nesta segunda hipótese de perturbação da base objetiva do contrato Larenz busca inspiração precisamente na *frustration of purpose* do Direito inglês³⁹.

O autor analisa diversos casos práticos julgados pelos tribunais europeus com o objetivo de colher hipóteses de quebra da base objetiva devido à impossibilidade de

³⁶ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 17.

³⁷ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 34.

³⁸ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 92 – 93.

³⁹ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 109 – 121.

alcance do fim contratual. Um dos casos analisados é o da “Diligência Paris-Rouen” mencionado no início deste trabalho (subseção 2.1.3). A conclusão do Tribunal francês é analisada criticamente por Larenz, que entende que o caso não se resolve nos quadrantes da teoria da impossibilidade, já que o contrato é plenamente possível de ser executado, apenas carecendo de sentido e utilidade prática, já que o fim econômico buscado por ambas as partes não poderá ser obtido em razão de fatos supervenientes não imputáveis a nenhuma delas, enquadrando-se, assim, como típico caso de perturbação da base objetiva⁴⁰.

Outro caso analisado é o do “Arrendamento do Posto de Combustíveis”, também referido neste trabalho (subseção 2.1.4). A respeito desse caso, Larenz destaca que a decisão do Tribunal identificou os pontos centrais da questão, quais sejam o de que a finalidade impossibilitada era a prevista no contrato e que havia resultado impossível não apenas para uma das partes por motivos que só desta dependem ou somente a ela afetam, mas para qualquer pessoa, de maneira absoluta⁴¹.

Explica Clóvis V. do Couto e Silva que a base objetiva do negócio jurídico decorre de uma tensão entre os aspectos voluntaristas do contrato (aspecto subjetivo) e o seu ambiente econômico (aspecto institucional), relativizando a vontade para permitir a adaptação do contrato à realidade subjacente. Diversamente da cláusula “*rebus sic stantibus*”, a teoria da base objetiva sempre supõe um juízo de valor a respeito da importância das modificações no meio econômico em que o contrato se insere⁴².

Assim, segundo a teoria da base objetiva, para que ocorra a frustração do fim do contrato é necessário que o evento que a produza seja imprevisível, caso contrário entende-se que a parte que o invoca, podendo prevê-lo e deixando de tomar medidas para evita-lo, assumiu o risco de sua ocorrência. Do mesmo modo se exige que a parte que reclama a resolução não esteja em mora, pois neste caso também assume os riscos decorrentes do estado moratório⁴³; e, ainda, que a finalidade frustrada seja

⁴⁰ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 107 – 108.

⁴¹ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 146.

⁴² COUTO E SILVA, Clóvis V. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. vol. 655/1990. Maio/1990.

⁴³ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 158.

comum às partes ou se trate de uma finalidade particular de uma parte assumida como relevante pela outra parte, seja de forma expressa, seja por dedução da natureza do contrato, ou, ainda, quando tal finalidade particular tenha influenciado o conteúdo da prestação ou o valor da contraprestação.

Sobre este último requisito, elucida Larenz que a finalidade primeira e imediata de cada parte em um contrato bilateral é obter a contraprestação. Ou seja, em um contrato de compra e venda, o comprador tem por fim dispor do bem adquirido; em um contrato de empreitada, o tomador tem por fim que se realize a obra contratada. Esta é a finalidade depreendida da natureza do contrato, sendo uma finalidade comum, posto que necessária para atingir os objetivos do contrato. Tal finalidade pode se relacionar, nas representações das partes, com outras finalidades (o fim de emprego), como, por exemplo, o fazendeiro que compra fertilizante para utilizar em sua lavoura de soja; ou a pessoa que loca um imóvel para assistir um desfile de rua. Estas finalidades ulteriores de cada parte em regra não interessam à outra parte, mesmo sendo conhecidas, salvo se a outra parte a aceitou, ou se tal finalidade de alguma forma influenciou a prestação da outra parte, ou, ainda, se o valor da contraprestação foi fixado tendo ela em vista. Nestas hipóteses o fim de emprego passa a integrar o conteúdo contratual⁴⁴.

Vale ressaltar que à época em que Larenz escreveu a obra “Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento del Contrato” o BGB ainda não acolhia expressamente tal teoria. O caminho em direção à autonomia dogmática da teoria da base objetiva iniciou com a invocação das regras acerca da impossibilidade da prestação. Como observa Clóvis V. do Couto e Silva, a despeito da lacuna na ordem jurídica havia uma percepção de que não se tratando de contratos aleatórios os riscos normais do contrato deveriam ser distribuídos entre os figurantes, e, em matéria de riscos “logo veio a ideia de considerar as modificações das circunstâncias como espécie da impossibilidade, a qual, como ninguém ignora, tem precipuamente essa função”⁴⁵.

A par das conhecidas hipóteses de impossibilidade física e jurídica cunhou-se as expressões impossibilidade econômica e impossibilidade moral para lidar com situações não propriamente de impossibilidade em sentido literal, mas de

⁴⁴ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 155 – 156.

⁴⁵ COUTO E SILVA, Clóvis V. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. vol. 655/1990. Maio/1990. Edição RTonline. p. 3.

inexigibilidade em um contexto econômico e sociocultural, tais como os famosos exemplos do devedor que se obriga a entregar um anel e este, sem culpa, se perde no fundo de um lago, e da cantora cujo filho vem a falecer às vésperas da apresentação.

Com a reforma do BGB em 2002⁴⁶, além do expresse reconhecimento das situações de impossibilidade em um contexto econômico e sociocultural ao lado das clássicas hipóteses de impossibilidade natural e jurídica no §275, também se conferiu autonomia legal à teoria da base do negócio jurídico mediante inserção do §313⁴⁷, que assim prescreve, em tradução livre:

Seção 313

Interferência na base da transação

(1) Se as circunstâncias que se tornaram a base de um contrato se alteraram significativamente desde que o contrato foi concluído de modo que as partes não o tivessem celebrado ou o tivessem feito com outro conteúdo se houvessem previsto essa mudança, pode ser requerida a adaptação do contrato desde que, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, em especial a alocação contratual ou legal dos riscos, não possa ser razoavelmente exigida a manutenção do contrato sem alteração.

(2) Também ocorre a alteração das circunstâncias quando representações essenciais que tenham sido base do contrato se mostrem falsas.

(3) Quando a adaptação do contrato não for possível ou não puder ser razoavelmente exigida de uma das partes, a parte prejudicada pode resolver o contrato. Nas obrigações de trato sucessivo, ao invés do direito de resolução tem lugar o direito de denúncia.

Vale ressaltar, contudo, que a despeito de a hipótese da frustração do fim do contrato ter sido inicialmente concebida por Larenz como uma das vertentes da quebra da base objetiva do negócio, posteriormente o autor aderiu às lições de Wieacker acerca da noção de prestação enquanto resultado⁴⁸, o que implicou, como se verá adiante, a inserção da hipótese nos quadrantes da teoria da impossibilidade⁴⁹.

⁴⁶ A respeito, vide: CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo Direito das Obrigações na Alemanha. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v. 28, p. 3-29, 2005.

⁴⁷ Segundo Canaris, a principal distinção entre as hipóteses reguladas pelo §275 e aquelas abrangidas pelo §313 é a de que a impossibilidade pressupõe que a realização da prestação guarde uma desproporcionalidade grosseira frente ao interesse do credor em assegurar sua execução, enquanto nos casos de interferência na base objetiva do negócio o interesse do credor aumenta à medida do crescimento do impedimento do devedor (CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo Direito das Obrigações na Alemanha. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v. 28, p. 3-29, 2005. p. 11 – 15). O caso do anel perdido no fundo do lago, portanto, é solucionável à luz da teoria da impossibilidade; por sua vez, a situação de um empreiteiro que se compromete à construção de um prédio por um preço determinado e posteriormente é surpreendido pela descoberta de que o solo é instável, demandando custos maiores para a execução, apenas pode ser resolvida com referência à teoria da base do negócio.

⁴⁸ Referida noção será melhor desenvolvida adiante por meio da doutrina portuguesa que se debruçou sobre o tema.

⁴⁹ MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Alteração da relação obrigacional estabelecida em acordos societários por impossibilidade superveniente não imputável às partes contratantes em virtude

Seguindo essa tendência, atualmente relevante parcela da doutrina alemã procura tratar os problemas decorrentes da consecução do fim por via diversa do cumprimento, do desaparecimento do fim e da frustração do fim no âmbito do §275 do BGB, ao invés do §313⁵⁰.

Na Itália, o *Codice Civile* de 1942 trata a respeito da impossibilidade da prestação e da alteração superveniente das circunstâncias que gera a perda da relação de equivalência originária entre prestação e contraprestação estabelecida no contrato, por meio da teoria da onerosidade excessiva, acolhida no art. 1.467:

Art. 1.467. Contrato com prestações correspectivas – Nos contratos de execução continuada ou periódica ou de execução diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa pela ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis, o devedor dessa prestação pode requerer a resolução do contrato, com os efeitos estabelecidos no artigo 1.458.

A resolução não pode ser requerida se a onerosidade superveniente estiver enquadrada na álea normal do contrato.

A parte contra a qual é demandada a resolução pode evita-la oferecendo a modificação equitativa das condições do contrato (tradução nossa).

Não há, contudo, menção à hipótese de alteração de circunstâncias que enseja a frustração do fim contratual, o que levou a jurisprudência italiana a importar as lições de Windsheid⁵¹ e criar a figura da *pressuposizione* para lidar com casos desse tipo.

Não se trata, contudo, de importação ao arrepio do sistema jurídico, ou de pura criação judicial. O terreno fértil à pressuposição no Direito italiano é propiciado pelo fato de que o *Codice Civile* expressamente arrola a causa como elemento de validade dos negócios jurídicos⁵².

As finalidades atribuídas em comum pelas partes contratantes (que não se confundem com os simples motivos) ou pelo Ordenamento – a depender da concepção de causa que se adote: concreta ou objetiva – aos contratos

do desaparecimento de sua finalidade (Parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC)**. vol. 18/2019. Jan-Mar/2019.

⁵⁰ PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 339 – 361.

⁵¹ WINDSHEID, Bernard. **Diritto delle pandette**. trad. Volume primo. Parte prima. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1902, p. 394 – 400.

⁵² Nesse sentido é o art. 1.325 do Código Civil italiano: “I requisiti del contratto sono: 1) l'accordo delle parti; 2) la causa; 3) l'oggetto; 4) la forma, quando risulta che e' prescritta dalla legge sotto pena di nullita”.

expressamente constitui razão de ser dos mesmos⁵³, de modo que sua frustração subtrai a eficácia do ajuste.

A teoria da *pressuposizione*, todavia, desenvolveu-se em paralelo à teoria da causa na Itália, provavelmente devido à criticável influência da doutrina de Emilio Betti que enxergava a causa exclusivamente como função social⁵⁴, excluindo finalidades individuais oriundas da autonomia privada do conceito de causa, o que inviabilizaria a operabilidade da *pressuposizione*.

A evolução de tal teoria na Itália foi similar à ocorrida na Alemanha, iniciando com um viés bastante subjetivo e ganhando objetividade à medida do escrutínio doutrinário e jurisprudencial.

Foi Mario Bessone um dos grandes responsáveis pelo desenvolvimento da teoria da *pressuposizione* nos moldes atualmente aplicáveis. Segundo Bessone, o problema da alteração das circunstâncias é uma questão de repartição de risco contratual. A pergunta a ser feita é quem suporta o risco do interesse contratual frustrado em virtude de fatos supervenientes? Para chegar a esta resposta não se deve partir das circunstâncias ou das intenções dos contratantes, verificando se ingressam ou não no conteúdo contratual; mas, ao contrário, deve-se partir do contrato e dele extrair, por interpretação construtiva, aquelas finalidades integradas à economia do negócio, bem como um plano de distribuição dos riscos coerente com a

⁵³ “Adotando-se a ideia de que causa traduz a razão de ser de alguma coisa, vê-se que subjaz a tal concepção o sentido de origem e não só de fim. Certo que as partes praticam determinados atos ambicionando o fim a ser atingido. Não por outro motivo se diz que a causa final é a última na consecução, embora seja a primeira na concepção” (SILVA, Luis Renato Ferreira Da. **Reciprocidade e Contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações paracontratuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 20).

⁵⁴ Movido pelos ideais fascistas aos quais expressamente aderira, Betti argumentava que as finalidades juridicamente relevantes que originam os contratos e devem ser por eles perseguidas são apenas aquelas atribuídas pelo próprio Ordenamento Jurídico, que filtra e incorpora o interesse social (BETTI, Emilio. Causa del negozio giuridico. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Utet, 1957. p. 32 – 35). Em contraposição, retratando uma doutrina italiana mais contemporânea, Mario Bessone aponta que a causa enquanto função econômico-social apenas confere uma abstrata e parcial justificativa do negócio, deixando de lado a concretude da relação contratual, tão necessária para a sua interpretação. A propensão a limitar o âmbito dos interesses relevantes àqueles que são próprios de um tipo legal “[...] é por isso incompatível com uma realística consideração do papel que o contrato assume no quadro dos projetos de cada operador econômico e que a própria lei lhes garante. [...] o contrato é por isso sempre uma técnica oferecida à autonomia privada para realizar interesses privados. E portanto a lei deve garantir aos contratantes a tutela dos seus interesses, sejam puramente privados, que entrem na economia do negócio” (BESSONE, Mario. **Adempimento e rischio contrattuale**. Milano: Giuffrè, 1975. p. 263 – 265). Ainda, para uma compilação das principais críticas à concepção bettiana de causa nos ordenamentos italiano e brasileiro, vide: PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com Encargo e Causa Contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2013. p. 108 – 113.

autonomia privada⁵⁵. Os critérios para identificar as finalidades integradas à economia do negócio e a alocação contratual dos riscos podem ser resumidos nos seguintes: (a) a autonomia privada desenhada no contrato; ou seja, as cláusulas contratuais concretamente dispostas pelas partes acerca das finalidades relevantes e distribuição dos riscos; (b) o tipo contratual escolhido pelas partes. Com efeito, a maioria dos contratos são dotados de uma regulamentação legal que distribui entre os contratantes os riscos, o que auxilia a definir quem suporta o risco da frustração de finalidades comuns; e (c) o valor da contraprestação em função da finalidade perseguida, segundo o critério daquilo que é usual em determinada área, bem como da boa-fé objetiva⁵⁶.

Transpondo-o ao Direito brasileiro, este último critério poderia ser ilustrado com o seguinte exemplo. Imagine-se que alguém adquiriu um terreno para fins de edificação e teve indeferida a necessária licença administrativa. Em regra, a referida finalidade de emprego do objeto da prestação não passará de motivação, sem relevância jurídica. Contudo, se a interpretação resultante da análise do conteúdo do negócio assim autorizar, tal finalidade pode integra-lo, como se verá em maior detalhe no próximo capítulo (item 3.2). Um dos possíveis critérios para inferir se tal finalidade de emprego integrou ou não o conteúdo do contrato é analisar o preço. Se o preço foi acima do valor médio de mercado é provável que a finalidade de edificação tenha contado não apenas para o comprador, mas também para o vendedor; caso contrário, o risco da frustração da finalidade de emprego será todo do comprador, que terá pago preço compatível com o valor de mercado por um bem que, inerentemente, não possui uma única finalidade.

Conclui-se que, diversamente da Alemanha, que adota a teoria da base em seu Código Civil, a qual pode abranger tanto a perda da relação de equivalência originária entre as prestações quanto a frustração do fim devido a eventos supervenientes não imputáveis, a Itália acolheu expressamente apenas a teoria da onerosidade excessiva, que não comporta a frustração do fim do contrato, uma vez que nesta pode não ocorrer alteração alguma no equilíbrio do sinalagma funcional; o que é relevante é a perda do interesse do credor na prestação. Sem embargo, a frustração do fim pode ser reconhecida pela via da teoria da causa, que é elemento

⁵⁵ BESSONE, Mario. **Adempimento e rischio contrattuale**. Milano: Giuffrè, 1975. p. 201.

⁵⁶ BESSONE, Mario. **Adempimento e rischio contrattuale**. Milano: Giuffrè, 1975. p. 337.

dos negócios jurídicos expressa no *Codice Civile*, tendo obtido acolhimento jurisprudencial sob a alcunha de *pressuposizione*.

No Direito português, por sua vez, a maior parte da doutrina segue caminhos um pouco diferentes para tratar a respeito da frustração do fim do contrato, situando-a como caso de impossibilidade da prestação, delineada nos artigos 790 e seguintes do Código Civil Português.

Vale ressaltar que o Código Civil Português possui normas expressas a respeito da impossibilidade da prestação e da teoria da base do negócio (art. 437.º), preferindo a maior parte da doutrina, como se verá, tratar a frustração do fim nos quadrantes da primeira; e, apenas subsidiariamente, da segunda⁵⁷.

Dispõe o art. 790.º, nº. 1 que “*A obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor*”. A questão fundamental que se coloca para situar o problema da frustração do fim do contrato no direito da impossibilidade é qual o conceito de “prestação”: comportamento do devedor em cumprimento do dever ou realização do interesse do credor?

De acordo com Maria de Lurdes Pereira, tal questão foi posta originalmente por Franz Wieacker em 1965 na obra *Leistungshandlung und Leistungserfolg im Bürgerlichen Schuldrecht*, na qual o autor apontou que a relação obrigacional é caracterizada por um duplo aspecto, uma vez que se define, por um lado, como ordenamento de deveres de conduta do devedor, e, por outro lado, como algo que deve conduzir à realização do interesse do credor. Essa dualidade conceitual estaria refletida no conceito de prestação como realização do interesse do credor através da ação de prestar do devedor⁵⁸. Portanto, na *ratio* da orientação de Wieacker está a aceitação de que a prestação sem utilidade é impossível⁵⁹.

Na doutrina portuguesa, João Baptista Machado⁶⁰, quase que isoladamente, defende o conceito de prestação como simples ação de prestar. O faz por entender que a perda do direito do devedor à contraprestação deve estar associada à

⁵⁷ PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 437.

⁵⁸ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 11.

⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Alteração da relação obrigacional estabelecida em acordos societários por impossibilidade superveniente não imputável às partes contratantes em virtude do desaparecimento de sua finalidade (Parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC)**. vol. 18/2019. Jan-Mar/2019.

⁶⁰ BAPTISTA MACHADO, João. **Risco Contratual e Mora do Credor** (Risco da perda do valor-utilidade ou do rendimento da prestação e de desperdício da capacidade de prestar vinculada). In: BAPTISTA MACHADO, João. Obra dispersa. vol. I. Braga: *Scientia Jvridica*, 1991. p. 257 - 343.

impossibilidade de realização de sua própria conduta, único caso em que se afiguraria justo suportar o risco de não obter a contraprestação. O autor questiona, no caso de impossibilidade da prestação pela obtenção do resultado independente do adimplemento (como no famoso exemplo da empresa contratada para desencalhar um navio que, por força da alta da maré, acaba desencalhando sozinho), a iniquidade de privar o devedor da contraprestação enquanto o credor se beneficia do fortuito, sustentando que a impossibilitação do adimplemento por fatos alheios à viabilidade física ou jurídica do ato de prestar do devedor estariam na esfera de risco do credor.

Neste modo de ver, estariam fora do direito da impossibilidade não apenas os casos de frustração do fim do contrato, mas também casos em que, à primeira vista, poucos questionariam o tratamento como impossibilidade, como, por exemplo, situações de perecimento do substrato da prestação: o cirurgião contratado para realizar uma cirurgia no paciente que vem a falecer na mesa de cirurgia antes do início do procedimento; o profissional contratado para pintar o teto de uma capela que vem a ser destruída por bombardeio, etc. Em todas essas situações o evento superveniente impossibilitante não atinge a capacidade do devedor de prestar abstratamente considerada.

Segundo Baptista Machado, a exclusão desses casos do regime jurídico da impossibilidade permitiria às partes e à jurisdição, com base na boa-fé objetiva e na equidade, construir soluções mais igualitárias em cada caso concreto quanto ao destino da contraprestação, considerando as despesas efetuadas pelo devedor para cumprimento do contrato e o aproveitamento da sua capacidade de prestar, realocando-a em outros contratos.

Seriam verdadeiros casos de impossibilidade da prestação apenas aqueles em que o evento superveniente impedisse o ato de prestar do devedor visto em abstrato, como, por exemplo, o caso do renomado artista contratado para pintar um quadro que, por acidente, perde os membros superiores e a capacidade de pintar; a empresa de transporte aéreo que não pode realizar a viagem pois o país de destino fecha as fronteiras com o objetivo de contenção da pandemia, proibindo a aterrissagem e o desembarque.

Maria de Lurdes Pereira elenca três fortes críticas⁶¹ à posição de Baptista Machado.

⁶¹ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 87 – 104.

A primeira ataca a premissa metodológica do pensamento: a solução do problema da contraprestação não pode governar a delimitação de um conceito de prestação que não se restringe às relações sinalagmáticas; por seu turno, na própria regulação da impossibilidade da prestação presente no Código Civil português não existe uma única regra quanto ao destino da contraprestação.

A segunda crítica diz respeito ao fundamento teleológico-valorativo do raciocínio. Com efeito, a consequência da perda do direito à contraprestação no caso de impossibilidade da prestação não tem por fim atribuir quaisquer riscos ao devedor. A depender do caso concreto prejuízos podem sequer existir; pode, inclusive, ser mais vantajoso ao devedor se ver liberado da prestação e das despesas que esta implicaria do que receber a contraprestação, sem mencionar o fato de que, com a liberação do devedor, este pode empregar sua capacidade de prestar em atividades mais rentáveis. De qualquer modo, a suposta existência de prejuízos ao devedor com a extinção da contraprestação configura consequência eventual e contingente, não podendo guiar a definição de um conceito de prestação.

Por fim, refuta-se a existência de um princípio geral de que cada parte deve suportar os prejuízos resultantes de perturbações originadas em suas respectivas esferas de vida ou atividade empresarial. Tal maneira de distribuir riscos de fato existe como racional de alguns dispositivos legais, mas é refutada por inúmeros outros, não sendo, portanto, passível de generalização. A norma do art. 795º, nº. 1 que confere à contraprestação o mesmo destino da prestação no caso de impossibilidade nada mais é senão uma manifestação do sinalagma condicional⁶². Ou seja, considerando que em uma relação sinalagmática as prestações das partes são reciprocamente dependentes e condicionadas, a extinção de uma implica a extinção da outra; e, consequentemente, na extinção da própria relação obrigacional.

A posição da autora é de que o único conceito de prestação compatível com o art. 790.º, nº. 1 do Código Civil português é aquele que inclui a realização do interesse do credor como resultado. Sustenta que existe um fundamento lógico na consequência da impossibilidade ser a extinção do dever de prestar, pois o conceito de dever pressupõe a possibilidade de optar por determinado comportamento⁶³. Se

⁶² PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 110.

⁶³ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 75.

inexiste possibilidade material de escolha, tratar-se-á de uma sujeição ou de impossibilidade de cumprimento, mas não de um dever. Logo, a impossibilidade extingue o dever de prestação, e isto ocorre quer no caso de o ato de prestar do devedor restar impossibilitado, quer no caso de o resultado concreto dessa ação de prestar do devedor ser inviabilizado⁶⁴. No caso da destruição do teto da igreja que se deveria pintar, não há como sustentar a manutenção de um dever de pintar algo que não existe mais; ou seja, a ação de prestar do devedor em concreto e seu resultado não poderão se realizar. Também na perspectiva do sinalagma condicional o conceito de prestação inclui o resultando, na medida em que as partes se comprometem à contraprestação em vista do resultado da ação de prestar da outra parte, e não de sua mera conduta⁶⁵.

Não obstante, segundo Maria de Lurdes Pereira, tal conceito de prestação não necessariamente resolve o problema da frustração do fim do contrato, haja vista que neste caso não está em jogo a perturbação da possibilidade da prestação, seja enquanto conduta devida ou enquanto resultado, mas antes do fim de emprego a que o credor a reservava. Na obra “Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação” não é abordada especificamente essa problemática, muito embora sejam indicadas pistas de como a questão pode ser solucionada, seja ante a afinidade existente entre os casos de impossibilidade da prestação como resultado e os casos de frustração do fim de emprego, o que permitiria um tratamento analógico⁶⁶; seja em virtude da possibilidade de se incluir o fim de emprego no conteúdo da obrigação e considerar-se que sempre que o devedor não puder realizar o conteúdo da sua obrigação haverá impossibilidade. Nas palavras da autora:

É, por conseguinte, a aceitação destas premissas que permite a conclusão de que a perturbação do fim de emprego almejado pelo credor tem por efeito a impossibilidade da correspondente prestação. Se se entende, ainda que em casos contados, que o conteúdo da vinculação é delimitado ou individualizado pelo fim, será legítimo deduzir-se que, na eventualidade de se tornar inviável a aplicação prevista pelo credor, a prestação poderá ainda ser realizada de forma neutral relativamente ao fim, mas não corresponderá mais à prestação devida. Essa ter-se-á tornado, por isso, impossível⁶⁷.

⁶⁴ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 85 – 86.

⁶⁵ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 119 – 121.

⁶⁶ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 21 – 23.

⁶⁷ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 25.

Catarina Monteiro Pires também entende que o conceito de prestação abriga o resultado da ação de prestar do devedor e enquadra, como consequência desse conceito, os casos de consecução do fim por via diversa do cumprimento e desaparecimento do fim como hipóteses de impossibilidade da prestação.

Distingue os casos de desaparecimento do fim dos casos de frustração do fim propriamente ditos. Naqueles estão compreendidos os casos em que ocorre a perda do substrato da prestação, inviabilizando o ato concreto do devedor em prestar – por exemplo, no caso do artista contratado para pintar o teto da igreja destruída por bombardeio, a conduta concreta do devedor em pintar o teto daquela específica igreja não poderá mais ser realizada – enquanto nestes estão abrangidos casos em que a prestação é possível de ser realizada, porém sem utilidade alguma ao credor – por exemplo, o transporte de estudantes de suas casas até a escola no período em que estão suspensas as aulas presenciais. Apenas os casos de desaparecimento do fim teriam enquadramento automático no direito da impossibilidade⁶⁸.

Contudo, os casos de frustração do fim em algumas circunstâncias podem caracterizar impossibilidade da prestação. Isto ocorrerá quando se estiver diante de prestações vinculadas a um fim; isto é, quando o acordo entre as partes incluir o fim de emprego no conteúdo da obrigação. Este acordo não necessariamente precisa ser expresso, podendo resultar da interpretação do negócio, conforme indicarem os usos, o tipo contratual ou o valor da contraprestação⁶⁹. Nas palavras da autora:

A estrutura final da relação obrigacional reflete-se no plano do resultado da prestação e no plano do interesse do credor na prestação. A funcionalização da relação obrigacional, a sua compreensão como um meio ou um instrumento técnico-jurídico para a satisfação do interesse do credor não permite, porém, uma internalização do conceito de interesse no seio do conceito de obrigação. O artigo 790º acolhe um conceito de prestação enquanto resultado, mas não implica a aplicação das regras acerca da impossibilidade nos casos de mera perda ou perturbação do interesse do credor na prestação. O interesse do credor é, com efeito, uma condicionante exterior à obrigação e, logicamente, à prestação, mesmo enquanto resultado. Só quando haja acordo sobre o fim, os dois planos – o do resultado e o do interesse do credor – poderão aproximar-se, permitindo que a frustração do interesse creditório consubstancie uma insuscetibilidade de consecução do resultado da prestação, enquadrável no âmbito da impossibilidade da prestação.

Saber se há, ou não, acordo quanto ao fim é uma questão que só pode ser esclarecida através da interpretação do contrato (cf. artigos 236º e ss.), pois só esta permitirá determinar quando é que a destinação que o credor reserva

⁶⁸ PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 331 – 332.

⁶⁹ PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 339 – 341.

para a prestação ultrapassa o nível dos simples motivos e ascende à condição de fim do contrato juridicamente relevante⁷⁰.

Antonio Menezes Cordeiro denomina como “impossibilidades imperfeitas” os casos de: (a) esgotamento de escopo, nos quais o interesse do credor é satisfeito independentemente da prestação (exemplo do reboque referido na subseção 2.1.6); (b) supressão do escopo, em que a finalidade que levou à constituição da obrigação (substrato da prestação) desaparece (exemplo do paciente que vem a falecer na mesa de cirurgia antes do início do procedimento); e (c) perturbação do escopo, nos quais a finalidade em jogo sofre uma perturbação que inutiliza a prestação acordada, citando, como exemplo, a contratação de um veículo para levar torcedores a um jogo de futebol e o mesmo vem a ser adiado por conta de nevoeiro⁷¹.

Começa por afirmar que a prestação em definitivo é resultado, não sendo possível cindir ontologicamente a ação de seu resultado, de modo que obstar um ou outro elemento significaria impossibilitar o conjunto. Por isso, todas as hipóteses acima elencadas implicam a extinção da prestação principal por impossibilidade, desde que o escopo da prestação esteja incorporado na própria prestação ou se assim for considerado contratualmente pelas partes. Não sendo o caso, ele dirá respeito apenas ao credor⁷².

Não obstante, aponta que a relação jurídica obrigacional é complexa, não se esgotando nas prestações principais, mas abrangendo prestações secundárias e deveres acessórios, de modo que não se pode mais afirmar, contemporaneamente, que a impossibilidade da prestação tem por efeito automático a extinção da obrigação, mas apenas da prestação principal, sobrevivendo as prestações secundárias e deveres acessórios, que poderão, conforme as circunstâncias, amparar a manutenção da contraprestação, total ou parcialmente.

Conforme explica o autor:

Numa situação dessas, desaparece um dever de prestar principal. Mas mantém-se, sendo a situação sinalagmática e nada sendo feito, o contradever principal, a cargo da outra parte e, ainda, todos os deveres de prestar secundários, bem como os (importantes) deveres acessórios.
[...]

Por exemplo: é pedido um reboque para um veículo que, entretanto, começa a funcionar; há que avisar, de imediato, a empresa rebocadora de que o

⁷⁰ PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 364 – 365.

⁷¹ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Vol. IX. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 353.

⁷² CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Vol. IX. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 362 – 364.

serviço já não é possível; não sendo isso viável, deve alguém permanecer no local para informar o pessoal técnico e prevenir mais danos; o paciente morre antes da intervenção: cabe alertar a clínica para libertar o bloco operatório e a equipa cirúrgica, para poder atender outros pacientes; é cancelado o espetáculo: todas as estruturas de apoio, incluindo os transportes, devem, logo, ser desmobilizadas⁷³.

Daí a denominação dos casos de esgotamento, supressão e perturbação de escopo como impossibilidades imperfeitas, já que nesses casos não se trata de uma impossibilidade que irá, necessariamente, extinguir toda a relação obrigacional.

A clivagem conceitual realizada por Menezes Cordeiro tem a ver, portanto, com o destino da contraprestação e dos deveres secundários e acessórios, e não propriamente com o enquadramento dogmático dos casos no âmbito da impossibilidade da prestação. Posição similar relativamente ao destino da contraprestação é defendida por Maria de Lurdes Pereira⁷⁴. Por ora, entretanto, esta problemática não será desenvolvida, sendo retomada no último capítulo deste trabalho, em que serão abordadas as consequências da frustração do fim do contrato.

Como visto, o Direito português, ao menos de acordo com a maior parcela da doutrina, resgata a tradição jurídica de origem da frustração do fim do contrato ao trata-la sob a mesma categoria da impossibilidade da prestação. Recorde-se que o Direito inglês engloba a *impossibility* e a *frustration of purpose* dentro do mesmo instituto: a *frustration*.

Por fim, para citar um pouco de direito transnacional, cabe trazer notícia de que o tema da frustração do fim do contrato é tratado nos Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais, nos artigos 6.2.1 e 6.2.2 por meio da figura da *hardship*:

Artigo 6.2.1. Quando o cumprimento de um contrato torna-se mais oneroso para uma das partes, tal parte continua, ainda assim, obrigada a cumprir o contrato, ressalvadas as disposições seguintes a respeito de *hardship*.

Artigo 6.2.2. Há *hardship* quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contra-prestação haja diminuído, e (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato; (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato; (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e (d) o risco pela

⁷³ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Vol. IX. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 363 – 364.

⁷⁴ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 219 e ss.

superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem (tradução livre)⁷⁵.

Nos comentários aos princípios fica claro que uma das hipóteses de *hardship* é a frustração do fim:

B. Diminuição do valor da prestação recebida por uma parte. Naturalmente que a diminuição substancial do valor da prestação, ou a perda total de seu valor, pode decorrer de uma mudança brusca nas condições do mercado (p. ex. um aumento drástico da inflação sobre o preço do contrato), ou a frustração do fim a que se destina (p. ex. a proibição de construir em um pedaço de terra adquirido com o propósito de edificação, ou o embargo à exportação de mercadorias adquiridas para esta única finalidade)⁷⁶ (tradução livre).

É sabido que o Código Civil brasileiro foi profundamente influenciado pelo BGB. No entanto, em matéria de alteração de circunstâncias deixou de adotar a teoria da base do negócio, seguindo a opção italiana ao acolher somente a teoria da onerosidade excessiva, acrescentando nesta requisitos adicionais que a tornam ainda mais restritiva. Deixou, todavia, de acolher a causa como elemento do negócio jurídico, aparentemente fechando as portas para a frustração do fim do contrato, ao menos pela importação das mesmas teorias de ingresso dos Ordenamentos alemão e italiano, que mais o inspiraram.

Resta saber se a inclusão da frustração do fim no direito da impossibilidade, tal como propõe a doutrina portuguesa citada, é uma opção sistematicamente compatível com o Direito brasileiro, ou se este possui outras chaves para recepção da teoria. É o que se passará a analisar no próximo capítulo.

⁷⁵ Disponível em:

<<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>>. Acesso em: 29/09/2017.

⁷⁶ Disponível em:

<<http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf>>. Acesso em: 29/09/2017.

3 A RECEPÇÃO DA FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Do exposto no capítulo anterior, por meio da análise da casuística e do direito estrangeiro, verificou-se que haverá frustração do fim do contrato quando, por fato superveniente à celebração do contrato, fora da margem contratual de riscos, cuja ocorrência não tenha decorrido de culpa de alguma das partes, a prestação devida, embora possível de ser executada pelo devedor, tenha se tornado inútil ao credor haja vista seu interesse, desde que tal interesse tenha composto o conteúdo contratual analisado em sua totalidade, após atividade interpretativa.

Tal fenômeno, com similitude de requisitos, ingressa como *frustration* no Direito inglês, alteração das circunstâncias no Direito alemão, *pressuposizione* no Direito italiano e impossibilidade da prestação no Direito português.

Com este capítulo objetiva-se verificar se, e como, a frustração do fim do contrato é recepcionada no Direito brasileiro.

Da síntese do Direito estrangeiro realizada, nota-se, em virtude de se tratar de possíveis efeitos de fatos supervenientes sobre o programa contratual, que a frustração do fim situa-se nos quadrantes das chamadas perturbações nas prestações.

O direito das perturbações nas prestações pode abranger a alteração das circunstâncias, a impossibilidade e as espécies de incumprimento definitivo, mora e violação positiva do contrato, além de outros institutos. A denominação tem origem doutrinária e foi acolhida na Lei de Modernização do Direito das Obrigações de 2001, que alterou o BGB e conferiu tratamento sistemático às perturbações nas prestações⁷⁷.

Desse modo, inicialmente, será analisado o tratamento das perturbações nas prestações no Código Civil brasileiro e as principais construções doutrinárias sobre cada uma, intencionando-se verificar onde há espaço para a frustração do fim. Muito embora o tratamento acerca das perturbações pelo Código Civil seja assistemático e fragmentário, nada obsta o tratamento doutrinário de maneira sistematizada tal como no BGB, sendo, aliás, exigência científica que assim se faça.

⁷⁷ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Vol. IX. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 225 – 226.

Em seguida, serão estudadas as ferramentas de interpretação contratual disponíveis para identificação das finalidades comuns relevantes integradas no conteúdo contratual e da matriz contratual de riscos, chegando-se, enfim, ao objetivo de construir o suporte fático da norma da frustração do fim do contrato no Direito brasileiro.

3.1 MAPEANDO O CÓDIGO CIVIL: O *LOCUS* DA FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO COMO HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA OBRIGACIONAL DEVIDO A FATO SUPERVENIENTE NÃO IMPUTÁVEL

Como visto, a problemática da frustração do fim contratual situa-se após a conclusão do negócio, supondo-se sua válida formação. Não se trata, por conseguinte, de vício de origem, de falta de elemento do suporte fático, ou de violação de norma imperativa. Em outras palavras, as respostas buscadas não estão no plano da existência ou da validade⁷⁸, excluindo-se a aproximação com a figura do erro sobre motivo.

Com alguma tentativa de simplificação, poder-se-ia sustentar que o problema acerca das finalidades visadas pelas partes que se tornam frustradas é tratado dentro da figura do erro, e que a resposta ao problema depende simplesmente de saber se a finalidade foi expressa como razão determinante do negócio, conforme preconiza o art. 140, CC⁷⁹.

Na teoria da frustração do fim, contudo, pressupõe-se que à época da conclusão do negócio as representações das partes acerca das finalidades do negócio não continham nenhum vício, apenas vindo a ser frustradas por evento posterior; ou seja, a cisão entre o que era pressuposto ou representado pelas partes e o que realmente aconteceu não se dá por erro naquela representação, mas por mudança na realidade; e, com efeito, não há como se condicionar a validade de uma declaração de vontade a um evento posterior a ela que sequer se previa a ocorrência.

A frustração do fim diz respeito ao plano da eficácia, pois atinge o negócio jurídico em seus efeitos, que deixarão de ser produzidos, resolvendo-se a relação

⁷⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133 – 140.

⁷⁹ Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

obrigacional. Trata-se de problema inerente ao sinalagma funcional, não ao sinalagma genético.

No terreno das perturbações eficaciais, o Código Civil disciplina a mora (art. 394 e ss., CC); o inadimplemento (art. 389 e ss., e art. 475, CC); a impossibilidade da prestação imputável e a impossibilidade não imputável (artigos 234 a 236, 238 a 240, 246, 248, 250, 253 a 256, 393, 535, 607, 625, I, CC); e a onerosidade excessiva (artigos 478, 479 e 480, CC)⁸⁰. Cabe citar, ainda, a violação positiva do contrato, construção que a despeito de não estar expressamente prevista no Código Civil, encontra algum respaldo doutrinário e jurisprudencial.

Outro requisito da frustração do fim do contrato é que o fato superveniente não pode decorrer de culpa de alguma das partes. Desse modo, o campo de investigação deve se restringir à impossibilidade não imputável e à onerosidade excessiva.

⁸⁰ Compartilhamos do entendimento de Judith Martins-Costa no sentido de que, no Código Civil brasileiro, as normas que autorizam a resolução e a revisão contratual em razão de fatos supervenientes imprevisíveis causadores de desequilíbrio são aquelas dos artigos 478, 479 e 480. Quanto ao art. 317 do Código Civil brasileiro, que dispõe: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”, entendemos que se trata de norma restrita às obrigações pecuniárias que visa corrigir desequilíbrio ocorrido em relação a uma mesma prestação (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 204 – 211). No mesmo sentido, vide: MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Revisão Contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. Edição do Kindle. São Paulo: Almedina, 2020. Tal interpretação leva em conta a literalidade do dispositivo legal, bem como sua localização topográfica no Código Civil (Seção III – Do Objeto do Pagamento e Sua Prova). Sem embargo, de acordo com a doutrina majoritária, a leitura dos artigos 478 – 480 do Código Civil não deve conduzir à ideia de que a revisão contratual terá lugar apenas na excepcional hipótese de o credor oferecer exceção modificativa à pretensão resolutória do devedor, sendo que, com fundamento no princípio da conservação dos contratos, o devedor poderá formular diretamente pretensão revisional, bem como o Juiz ou Árbitro poderão revisar o contrato com o fim de preservá-lo (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 162 – 164). No mesmo sentido é o Enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil do CJF: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”. Em sentido oposto recentemente defendeu Francisco Paulo de Crescenzo Marino em tese de livre docência apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O referido autor, após refutar fundamentadamente todos os argumentos da doutrina nacional que suportam a extensão ao devedor da possibilidade de requerer a modificação equitativa do contrato, sustenta que a literalidade do art. 479, CC tem sua lógica na desigual posição entre as partes. O poder resolutório é outorgado ao devedor pois é dele o interesse em liberar-se do dever de prestar diante do agravamento superveniente, extraordinário e imprevisível do custo da prestação. Ao credor é atribuído o poder modificativo na medida em que o exercício desse poder normalmente implica ônus econômico ao credor, majorando sua contraprestação em prol da manutenção do contrato (MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Revisão Contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. Edição do Kindle. São Paulo: Almedina, 2020).

São pertinentes, contudo, algumas considerações prévias acerca da violação positiva do contrato ante sua similitude com a frustração do fim quanto a outros requisitos desta, em especial um de seus aspectos mais espinhosos que diz respeito ao interesse do credor juridicamente relevante.

De acordo com Renata C. Steiner a incidência da boa-fé objetiva nas relações obrigacionais implica múltiplas transformações. Na temática do cumprimento, cria complexidade ao moldar as prestações principais funcionalizando-as e orientando-as ao atingimento dos seus legítimos fins, e ao adicionar no conteúdo obrigacional deveres anexos e laterais de conduta. Torna-se, desse modo, insuficiente à luz dessa complexidade intra-obrigacional a díade “mora x inadimplemento absoluto” para atender às situações de descumprimento de deveres laterais e de cumprimento imperfeito, agrupadas no conceito de violação positiva do contrato. A ampliação do espectro do (des)cumprimento contratual permite não somente trazer a violação dos deveres laterais e anexos ao campo da responsabilidade contratual, mas também, em alguns casos, aplicar típicas respostas afetas ao inadimplemento, como a resolução (art. 475, CC) e a exceção do contrato não cumprido (art. 476, CC)⁸¹.

Particularmente em relação à noção de cumprimento imperfeito, a “imperfeição” neste – que em efeitos equivale ao descumprimento – pode dizer respeito à não consideração dos interesses juridicamente relevantes do credor ao prestar, violando, assim, deveres laterais de cuidado e proteção irradiados da boa-fé objetiva⁸². Assim, quando o profissional contratado para construir o telhado de uma residência conclui a instalação das telhas mas deixa espaços entre elas de modo a causar infiltrações no imóvel, a despeito de ter realizado a prestação, trata-se de cumprimento defeituoso à medida em que deixou de realizar a prestação na totalidade de seu conteúdo, ou seja, não cumpriu a prestação devida.

Ressalte-se que, em alguma medida, a regulação do inadimplemento absoluto e da mora no Direito brasileiro, diversamente de outros Ordenamentos, prescinde do recurso à boa-fé para integrar o conteúdo da prestação e aumentar o escopo do incumprimento. Basta notar que, de acordo com o art. 394, CC, mora não é apenas atraso na realização da prestação, abrangendo também o descumprimento em

⁸¹ STEINER, Renata C. **Descumprimento Contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 28 – 29.

⁸² STEINER, Renata C. **Descumprimento Contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 214 – 221.

relação ao lugar e ao modo convencionados. Ademais, tanto o Código Civil quanto o Código de Defesa do Consumidor (CDC) contam com disciplina ampla acerca dos vícios⁸³.

Extraí-se do brevemente exposto acerca da violação positiva da obrigação uma relevante conclusão para os fins da investigação empreendida neste trabalho: a de que o descumprimento contratual também ocorre quando há frustração dos interesses juridicamente relevantes do credor em virtude de ato imputável ao devedor, não sendo a concreta realização da conduta objeto da prestação o único elemento a qualificar o adimplemento. Desse modo, o conceito de adimplemento (e, consequentemente, de prestação) no Direito brasileiro compreende a realização do interesse do credor. Com efeito, os (legítimos) interesses do credor podem ingressar no conteúdo da prestação por meio da incidência da cláusula geral da boa-fé objetiva. Resta saber se a frustração desses interesses integrados ao conteúdo da prestação, agora por ato não imputável a nenhuma das partes, gera efeitos sobre a relação jurídica contratual.

Feitas estas considerações, devemos prosseguir no exame das perturbações eficaciais selecionadas.

Em relação à impossibilidade da prestação, a primeira distinção relevante é a existente entre impossibilidade originária e impossibilidade superveniente.

Na impossibilidade originária o objeto da relação obrigacional é desde logo impossível, saibam ou não as partes. É condição de validade do negócio jurídico o objeto possível (art. 104, II, CC); logo, a impossibilidade originária conduz à nulidade do negócio (art. 166, II, CC). Tendo alguma das partes prévia ciência acerca de tal condição, ou tendo causado a impossibilidade, poderá haver direito da outra parte à indenização pelo interesse negativo⁸⁴ (*culpa in contrahendo*). Em se tratando de vício de validade, não se afigura, pois, relevante para o escopo deste trabalho.

A impossibilidade superveniente, por seu turno, é fator de ineficácia do negócio, em regra ensejando sua resolução. Se causada em virtude de dolo ou culpa de alguma das partes, terá lugar a aplicação do regime da responsabilidade

⁸³ STEINER, Renata C. **Descumprimento Contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 165 – 173.

⁸⁴ Interesse negativo corresponde à situação que as partes estariam caso não tivessem iniciado as negociações do contrato; trata-se de indenização possível na hipótese de invalidade causada por alguma das partes e em geral corresponde à indenização pelos custos e despesas efetuados em vista do contrato de modo a devolver as partes ao *status quo ante*.

contratual, inclusive com possibilidade de indenização pelo interesse positivo⁸⁵. Se inimputável, todavia, haverá tão somente a liberação das partes do cumprimento de suas prestações.

Como já referido, a impossibilidade superveniente possui regulação fragmentária no Código Civil. Nesse campo o Código Civil de 2002 não inovou em relação ao seu predecessor. Não houve uma preocupação do legislador brasileiro em unificar e sistematizar o tratamento das perturbações nas prestações tal como teve o legislador alemão na reforma realizada no BGB um ano antes da promulgação do novo Código Civil brasileiro.

A regulação da matéria no Código Civil de 1916, que praticamente se repetiu no Código Civil de 2002, adveio em grande parte do Esboço de Teixeira de Freitas, que já trazia distinção entre impossibilidade originária e superveniente, bem como tratava acerca da impossibilidade como figura geral, espalhada no texto legal, e como figura específica (afastamento da responsabilidade do devedor em situações de caso fortuito e força maior). No entanto, a preocupação maior de Teixeira de Freitas parece ter sido apenas elaborar um regime de riscos tendo como referencial o risco pela perda da coisa prestada⁸⁶.

Tratando a respeito das obrigações de dar coisa certa, prevê o art. 234 do Código Civil vigente que se “a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos”. Conforme já ensinava Manuel Inácio Carvalho de Mendonça à luz do Código Beviláqua, o termo “perda”, em Direito das obrigações, compreende toda espécie de impossibilidade superveniente da prestação⁸⁷. Tal noção já contava à época com razoável refinamento pela doutrina. Tito Fulgêncio, por exemplo, entendia perdido o objeto da obrigação de dar coisa certa: (a) quando o mesmo perde

⁸⁵ “É essa dualidade de direcionamentos, vinculada a uma fórmula comparativa de obtenção do dano indenizável, que compõe o significado das expressões interesse (contratual) positivo e interesse (contratual) negativo. No primeiro caso, reconduz-se o lesado a uma situação positiva em relação ao contrato, que se poderia chamar de *ad quem*. Ela corresponde à situação em que o lesado estaria se o contrato houvesse sido adequadamente cumprido. No segundo caso, reconduz-se a parte a uma situação negativa em relação ao contrato, que se poderia chamar de *a quo*” (STEINER, Renata Carlos. **Interesse positivo e interesse negativo**: a reparação de danos no Direito privado brasileiro. 349 pg. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. p. 11).

⁸⁶ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 145 – 146.

⁸⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. **Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito**. 4. ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1956. p. 172.

suas qualidades essenciais ou seu valor econômico⁸⁸; (b) quando ele é posto fora do comércio; (c) quando há confusão com outro de modo que não seja possível distingui-los; (d) quando se acha em lugar inacessível, como a pedra preciosa que cai no fundo do mar; (e) quando há o total desaparecimento da coisa, como, por exemplo, a destruição da casa e a morte do animal⁸⁹.

O mesmo termo aparece nos artigos 238 e 239 (impossibilidade superveniente da prestação nas obrigações de restituir), e no artigo 246, que estatui a regra de que nas obrigações de dar coisa incerta não há que se falar em perda antes da escolha. Quando a perda é parcial, a Lei alude à “deterioração” (art. 235).

No campo das obrigações de fazer, por sua vez, o artigo 248, CC dispõe: “Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos”. A menção à impossibilidade da prestação também está contida nas disposições acerca das obrigações de não-fazer (art. 250), das obrigações alternativas (artigos 253 a 256) e na regulação de alguns contratos típicos como o contrato estimatório (art. 535) e o contrato de prestação de serviços (art. 607).

Além dessas regras esparsas, o art. 393, CC prevê a exoneração da responsabilidade devedor que deixa de cumprir a obrigação em virtude de caso fortuito ou força maior.

Note-se, no entanto, que as hipóteses de caso fortuito e força maior não esgotam o regime da impossibilidade da prestação, sendo apenas uma de suas possíveis manifestações, já que a impossibilidade se dá quando ausente culpa do devedor, o que é bem mais amplo do as restritas hipóteses de caso fortuito e força maior⁹⁰, normalmente reconduzíveis à exclusão da responsabilidade em razão de óbice no nexo causal⁹¹ e não no elemento culpa. Fora dos quadrantes da força maior e do caso fortuito, a liberação do devedor sem a incidência de perdas e danos pode

⁸⁸ Note-se, aqui, já haver uma certa compreensão por parte do autor de que a noção de prestação é indissociável de sua utilidade objetiva, no sentido de que nada adianta ser em tese possível ao devedor entregar a coisa ao credor; se esta tiver perdido suas qualidades essenciais ou seu valor econômico, a prestação também será considerada impossível.

⁸⁹ FULGÊNCIO, Tito. **Do Direito das Obrigações**: das modalidades de obrigações (artigos 863 – 927). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 55 – 56.

⁹⁰ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 150.

⁹¹ BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A Impossibilidade Superveniente da Prestação Não Imputável ao Devedor**. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 67.

ser obtida com recurso às regras específicas de impossibilidade previstas para as modalidades obrigacionais (por exemplo, os artigos 234 e 248, CC).

Atualmente, a doutrina costuma classificar a impossibilidade em objetiva – isto é, aquela que inviabiliza o cumprimento não somente pelo devedor, mas por qualquer pessoa – e subjetiva, que atinge apenas a pessoa do devedor. No caso de obrigações de fazer infungíveis – ou mesmo no caso de obrigações fungíveis em que o devedor não tenha meios para se fazer substituir tempestivamente – haverá a liberação do devedor e o afastamento de sua responsabilidade⁹².

São, respectivamente, exemplos de impossibilidade objetiva e subjetiva: a igreja que se deve pintar o teto destruída pela guerra, e o artista contratado para um espetáculo impossibilitado de comparecer por estar hospitalizado. No primeiro caso, ninguém poderá cumprir; no segundo, o impedimento recai apenas sobre a pessoa do devedor. No entanto, em ambos os casos o devedor estará liberado em face da impossibilidade.

Outra distinção relevante no campo da impossibilidade da prestação é entre impossibilidade total e impossibilidade parcial. Haverá impossibilidade parcial quando em face de mais de uma prestação devida (sem que sejam alternativas), uma delas perecer com subsistência das demais, ou quando o objeto da prestação for deteriorado. Por deterioração se quer significar a perda de propriedades ínsitas à coisa ou de qualidades ligadas à prestação em vista do fim a que se destina⁹³.

Por um critério naturalístico, a conclusão seria de que o dever de prestar se mantém em relação às prestações ou à parcela da prestação ainda viável, conservando-se o negócio mediante redução proporcional da contraprestação.

No entanto, imagine-se a seguinte situação: certa empresa adquire de uma loja⁹⁴ mobiliário para sua nova sede, composto de um armário sob medida e uma mesa para reuniões com seis cadeiras. No curso da entrega das mercadorias, o caminhão que as transportava sofre acidente de trânsito em virtude de culpa de terceiro, acarretando a destruição da estrutura do armário, da mesa e de cinco cadeiras, sobrando intactas apenas as portas do armário e uma cadeira. Diante desse

⁹² BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A Impossibilidade Superveniente da Prestação Não Imputável ao Devedor**. Rio de Janeiro: GZ, 2021. p. 72.

⁹³ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 158 – 159.

⁹⁴ Apesar de se admitir a figura do consumidor pessoa jurídica, suponha-se, para os fins do exemplo proposto, que a adquirente dos móveis é uma grande empresa, e que a relação jurídica em tela não é regida pelo Código de Defesa do Consumidor.

exemplo, o credor se manteria obrigado a aceitar a prestação e efetuar, ainda que parcialmente, a contraprestação? Ele seria compelido a receber somente as portas do armário e a única cadeira restante?

Em casos como esse o critério definidor de a impossibilidade ser total ou parcial e de a prestação ser divisível ou não é o interesse útil do credor⁹⁵. Conforme aponta Catarina Monteiro Pires “o interesse do credor é sempre a bússola que norteia o destino do dever de prestar. É à luz do fim ou do plano de emprego da prestação que o credor deve analisar se tem, ou não, interesse em receber a prestação parcial”⁹⁶. Referido interesse do credor há que ser justificado perante as necessidades e vantagens concretas da prestação, conteúdo e fim do contrato, não se tratando de mero interesse subjetivo e arbitrário⁹⁷. No exemplo dado, à luz do interesse do credor a impossibilidade de cumprimento é total e não meramente parcial.

Situação diversa seria se tivesse havido a destruição apenas do armário, remanescendo intacta a mesa e as cadeiras. Neste caso não haveria razão legítima para se recusar a mesa com as cadeiras, sendo o interesse do credor filtrado pela boa-fé objetiva, que repele o exercício inadmissível de posição jurídica (art. 187, CC).

Ressalte-se que o exemplo original evidencia caso em que a prestação remanescente é fisicamente possível de ser executada, mas inútil à luz do interesse do credor. Ter-se-ia, aí, exemplo de frustração do fim do contrato? Nos parece que sim, muito embora a doutrina sequer mencione tal construção na solução desse tipo de caso.

Cabe citar, ainda, a importante distinção entre impossibilidades definitiva e temporária, ponto em que já se ingressa no terreno da construção doutrinária normativamente fundada, ante a lacuna existente no Código Civil.

No mesmo exemplo do transporte de móveis acima referido, se a entrega dos produtos estava prevista para determinada data e a transportadora não logra efetuar a entrega na data apazada em virtude de bloqueio efetuado por manifestantes nas rodovias, não se pode sustentar ter havido mora ou inadimplemento da fabricante, pois a ausência de entrega tempestiva não se deu por sua culpa (artigos 392 e 396, CC). Uma vez rompidos os bloqueios pela Polícia Rodoviária Federal, a entrega é possível de ser realizada, tratando-se de hipótese de impossibilidade temporária.

⁹⁵ GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 139.

⁹⁶ PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 293 – 294.

⁹⁷ PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 290 – 293.

Por sua vez, se uma empresa contrata um serviço de transporte aéreo particular para levar seus executivos para um congresso em outro país e devido ao mau tempo não é possível realizar a viagem na data originalmente prevista, assim que o tempo se estabilizar em tese é possível realizar a viagem, porém será caso de impossibilidade definitiva pois a finalidade da viagem – o comparecimento ao congresso – não será mais possível. Novamente o interesse do credor aparece como o critério jurídico a diferenciar a impossibilidade definitiva da temporária^{98,99}.

Em geral, aponta a doutrina que se for possível prever que a situação de impossibilidade será passageira e o interesse do credor ainda puder ser atingido não haverá a extinção da obrigação, tampouco incorrerá o devedor em mora, havendo apenas a dilatação do cumprimento. Por outro lado, se a impossibilidade temporária incidir sobre negócio jurídico com termo certo, cujo cumprimento, por sua natureza ou pela vontade das partes, não puder ser realizado em outro momento, estará equiparada à impossibilidade definitiva¹⁰⁰.

Nos negócios de execução continuada ou com cumprimento diferido a impossibilidade temporária poderá, ainda, ensejar o efeito de suspender a exigibilidade das prestações enquanto perdurar a situação impossibilitante, aplicando-se, diretamente ou por analogia, o disposto nos artigos 625, I, 741, 753, CC e no art. 24, §2º da Lei 8.245/91 (Lei de locações)¹⁰¹.

⁹⁸ Conforme explica Ruy Rosado de Aguiar Jr., a “impossibilidade temporária atua de dois modos: nos negócios que não admitem cumprimento em outra data (negócios fixos ou negócios com termo essencial), o incumprimento da prestação na época convencionada equipara-se à impossibilidade definitiva, com extinção ipso jure, se inimputável, ou com a resolução, se decorrer de culpa do devedor; nos demais negócios, o obstáculo intercorrente não será motivo de resolução, salvo quando o retardamento destruir o interesse do credor [...]” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos*. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

⁹⁹ Em caso típico de impossibilidade temporária que se tornou definitiva ante a perda do interesse do credor, há interessante julgado do TJSP entendendo que na espécie se aplica a teoria da frustração do fim do contrato. Cuidava-se da contratação de montagem de evento infantil em que ocorreu acidente no transporte das peças cenográficas, impossibilitando a realização do evento na data acordada. Por se tratar de evento com data fixa entendeu-se que não era o caso de se manter o contrato, tendo havido sua resolução. Conforme se extrai do acórdão: “A frustração do fim do contrato, ainda que se trate de impossibilidade relativa e ainda que possa ser cumprida pelos devedores, não é mais útil aos credores. Com efeito, as datas designadas para os eventos transcorreram há muito e o interesse no cumprimento do contrato existiu somente durante o prazo nele estipulado” (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. 25ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível 1024034-28.2014.8.26.0100. Rel. Des. Azuma Nishi. Data do Julgamento: 15/12/2016. Data de Registro: 16/12/2016).

¹⁰⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 289 – 290.

¹⁰¹ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 161 – 162.

E, por fim, existe a distinção entre impossibilidade absoluta e impossibilidade relativa. Aquela consiste em um impedimento insuperável de prestar; esta lança mão de um apelo à proporcionalidade: apesar de possível a prestação, demanda-se um grau de esforço e sacrifício desproporcionais frente ao interesse do credor, sendo também denominada de impossibilidade econômica ou inexigibilidade.

Um exemplo clássico é a cantora contratada para realizar um show que às vésperas vê o filho adoecer; ou da pessoa que se obriga entregar a outra um anel e este se perde no fundo do lago: é fisicamente possível dragar o lago para recuperar o anel, porém inexigível que o devedor assim proceda. Tudo depende, contudo, como adverte Menezes Cordeiro, das circunstâncias, de modo a possibilitar um juízo concreto de proporcionalidade. A dragagem do lago pode ser inexigível em face do devedor que deveria entregar o anel, mas certamente não o será em face da empresa de dragagem contratada para essa finalidade¹⁰².

Existe forte contenda doutrinária a este respeito. Parte da doutrina entende que a chamada impossibilidade relativa não é verdadeira impossibilidade, podendo caracterizar outra figura: a onerosidade excessiva (art. 478, CC), se preenchidos os demais requisitos legais. Outra parcela defende a existência de um conceito alargado de impossibilidade, que deve incluir não somente aspectos naturalísticos, mas também um sentido sociocultural a ser aferido conforme as circunstâncias do caso concreto¹⁰³.

No que concerne ao exemplo da cantora que se vê obrigada a cuidar do filho doente, não há escolha senão enquadrar como caso de impossibilidade em um sentido sociocultural, pois não poderá caracterizar onerosidade excessiva haja vista que não houve qualquer alteração quantitativa ou qualitativa na prestação a ser desempenhada.

Por sua vez, em casos como o do anel que caiu no fundo do lago, há esforço doutrinário no sentido de tentar traçar um limiar entre os casos de impossibilidade e de onerosidade excessiva.

¹⁰² CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Vol. IX. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 317 – 318.

¹⁰³ Nesse sentido, vide: GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 138; PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, §2.795, 1; AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de, **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 100 – 102; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como Processo**. São Paulo: FGV, 2011. p. 98 – 100.

Em geral entende-se que a distinção opera em graus. É consenso que a mera dificuldade de prestar é risco inerente à relação obrigacional, não gerando qualquer impacto. Por sua vez, um agravamento substancial nos custos projetados pelo devedor para o cumprimento em razão de fato superveniente não imputável e imprevisível recairá na onerosidade excessiva¹⁰⁴. Um exemplo fornecido por Pontes de Miranda é o do transportador que se obrigou a levar a determinado lugar material de construção e a ponte que dava acesso ao local desaba, somente sendo possível chegar ao destino por caminho muito mais longo, com custo bem maior do que o preço dos transportes¹⁰⁵. Note-se que nesse caso poderia ser factível esperar que o credor que quisesse receber os materiais concordasse em aumentar a contraprestação para fazer frente aos novos custos inesperados, com possibilidade de se manter o contrato.

Já quando a dificuldade ultrapassar o que, de acordo com os padrões de justiça consensualmente aceitos, seria o limite do razoável, não havendo qualquer possibilidade de se esperar que as partes venham a adaptar o contrato para fazer frente aos custos para superar o obstáculo, estaremos no terreno da impossibilidade.

Ressalte-se que o BGB reformado acolheu de forma expressa a impossibilidade relativa, nos seguintes termos:

§275

Extinção do dever de prestar

(1) A pretensão à prestação é excluída à medida que o cumprimento se tornar impossível para o devedor ou para qualquer pessoa.

(2) O devedor pode recusar a prestação quando esta requeira um dispêndio que esteja em grave desproporção face ao interesse do credor na prestação, considerando o conteúdo da relação obrigacional e a regra da boa-fé.

(3) Em adição, o devedor pode recusar a prestação quando deva realizá-la pessoalmente e, ponderados os impedimentos que obstem a prestação e o interesse do credor, a mesma não lhe possa ser exigida.

Percebe-se que enquanto o §275/1 consagra a regra clássica da impossibilidade, o §275/2 acolhe a impossibilidade econômica (exemplo do anel no fundo do lago) e o §275/3 positiva a impossibilidade relativa em sentido sociocultural (exemplo da cantora que vê o filho adoecer)¹⁰⁶.

O enquadramento de um caso como impossibilidade ou como onerosidade excessiva possui inegável relevância em termos de efeitos.

¹⁰⁴ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 184 – 186.

¹⁰⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, §2.795.

¹⁰⁶ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Vol. IX. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 317 – 318.

Em primeiro lugar, a impossibilidade da prestação não exige tantos requisitos para se concretizar; basta demonstrar a ocorrência do evento impossibilitante e a não imputabilidade ao obrigado¹⁰⁷, enquanto a onerosidade excessiva demanda que se esteja diante de um contrato de execução continuada ou diferida em que a prestação de uma parte se torne excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra¹⁰⁸, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis (art. 478, CC).

Em segundo lugar, na impossibilidade a consequência é a resolução, enquanto na onerosidade excessiva admite-se que a outra parte apresente exceção modificativa (art. 479, CC), que poderá levar à revisão do contrato¹⁰⁹.

Para concluir esta exposição acerca do tratamento jurídico da impossibilidade da prestação no Direito brasileiro, vale referir que uma das hipóteses tratada dentro da teoria da frustração do fim pela doutrina estrangeira, a consecução do fim por via diversa do cumprimento, é usualmente tratada como impossibilidade da prestação pela doutrina brasileira.

Neste ponto, Rodrigo Barreto Cogo apresenta uma distinção interessante, que costuma escapar aos olhos da doutrina nacional – talvez ante a parca atenção dedicada ao tema da frustração do fim – entre casos de consecução do fim independente do cumprimento enquadráveis como impossibilidade da prestação e casos abrangidos pela teoria da frustração do fim. Em suas palavras:

Parece-nos que, para sabermos se, diante da consecução da finalidade por forma diversa da contratada, estamos frente a um caso de impossibilidade ou de frustração do fim do contrato, devemos avaliar se o ato de prestar em si depende do estado do credor ou do estado da coisa na qual a prestação será realizada¹¹⁰.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 186 – 187.

¹⁰⁸ Requisito este que não existe no *Codice Civile* de onde foi importada a teoria e que limita de sobremaneira sua incidência, afastando, a princípio, casos em que ambas as partes perdem, mas uma perde mais do que a outra (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 216 – 220). Contudo, não obstante a redação do dispositivo legal, normalmente o requisito da extrema vantagem à outra parte é relevado. Nesse sentido é o Enunciado 365 da IV Jornada de Direito Civil do CJF: “A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como elemento accidental da alteração de circunstâncias, que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena”.

¹⁰⁹ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 186 – 187.

¹¹⁰ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 240.

Referido autor traça essa distinção pois enxerga a frustração do fim como instituto autônomo, distinto da impossibilidade e da onerosidade excessiva.

Exemplifica com a situação na qual o dono de um navio encalhado contrata um rebocador para desencilhar o navio e, antes que o mesmo chegue ao local, o navio desencilha sozinho em virtude da alta da maré.

Neste caso típico de consecução do fim por via diversa do cumprimento, a prestação de desencilhar o navio é impossível de ser realizada pois não há mais navio para desencilhar. Por outro lado, o caso da contratação de guincho para conduzir o carro que deixou de funcionar até a oficina e o carro volta a funcionar sozinho (subseção 2.1.6), é exemplo de frustração do fim do contrato, uma vez que o reboque do veículo até a oficina é ainda perfeitamente possível, porém inútil ao proprietário do veículo que pode ir até a oficina sem o auxílio do guincho, ou sequer ir, correndo o risco de o carro vir a parar de funcionar novamente em outra oportunidade.

Com exceção da hipótese de consecução do fim sem adimplemento, contudo, à luz da doutrina nacional majoritária, a frustração do fim do contrato não é citada como hipótese de impossibilidade da prestação, mesmo em uma visão “alargada” desta. Tampouco se encontra nos quadrantes da teoria da imprevisão e da onerosidade excessiva, haja vista que eventual variação no valor das prestações que cabem às partes não tem qualquer relevância para a configuração da frustração do fim, a qual pode ocorrer sem que haja qualquer desproporção entre as prestações.

Isto não significa a sua não recepção no Ordenamento jurídico brasileiro, mas apenas a constatação de que a frustração do escopo carece de estudos no país, haja vista que a pertença às categorias acima tratadas também não é refutada pela doutrina. Ademais, não faltam no Brasil teorias ampliando as hipóteses de resolução e revisão contratual para além das expressamente previstas em Lei. Não constitui objetivo deste trabalho compila-las e analisa-las em detalhe, mas é digna de nota e aprofundamento uma delas, com referência direta ao tema em estudo e ampla aceitação doutrinária.

Trata-se da tese de Rodrigo Barreto Cogo¹¹¹ de que a frustração do fim do contrato seria *fattispecie* autônoma em relação à impossibilidade e à onerosidade excessiva, que encontraria respaldo no princípio da função social dos contratos (art.

¹¹¹ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

421, CC); ou seja, seria uma das maneiras pela qual referido princípio obtém densificação. É a tese atualmente prevalente no Brasil, que, inclusive, foi reconhecida no Enunciado 166 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF): “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”.

Em geral, a pequena parcela da jurisprudência¹¹² e da doutrina nacional¹¹³ que chega a abordar o tema, ecoa referido entendimento, que será analisado em detalhe no próximo tópico.

¹¹² Em pesquisa realizada nos sites do STJ e dos Tribunais de Justiça dos 3 estados mais populosos do país (nesta ordem: SP, MG e RJ) no mês de janeiro de 2023, encontrou-se apenas 6 acórdãos, todos do TJSP, com menções conscientes e pertinentes ao tema da frustração do fim do contrato, em que o caso foi efetivamente solucionado com apoio na referida teoria.

Os casos analisados pelos referidos acórdãos são, em resumo, os seguintes: **1)** uma prestadora de serviços de *call center* celebrou contrato com uma franqueadora para fornecer aos seus franqueados um serviço de *call center* unificado a preço determinado. Para a concretização da operação era necessário à prestadora celebrar complementarmente com cada franqueado um contrato próprio. A grande resistência dos franqueados em aderir ao sistema – fato, segundo o acórdão, que não era previsto por nenhuma das partes – frustrou a finalidade econômica da operação, tendo o acórdão declarado a resolução do contrato entre as partes, sem culpa de nenhuma delas, aplicando a teoria da frustração do fim do contrato com fundamento no princípio da função social dos contratos (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0061241-41.2011.8.26.0114. 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Rel. Edgard Rosa. Data do Julgamento: 07/08/2017. Data de Registro: 14/11/2017); **2)** autora que alegou ter adquirido imóvel da ré em razão de o referido imóvel ser localizado em frente a um clube recreativo da mesma ré. Após 4 anos da quitação do preço houve a desativação do referido clube, tendo a autora pleiteado a resolução do contrato de compra e venda sob o fundamento de a existência do clube ter sido a razão determinante do negócio pois o imóvel era para ser a casa de veraneio da família. O acórdão julgou improcedente a ação apontando que, não obstante se reconhecer a aplicação da teoria da frustração do fim do contrato no Direito brasileiro com fundamento no princípio da função social dos contratos, nenhum elemento do contrato permitia concluir ter havido por parte da autora legítima expectativa de que o clube permaneceria em funcionamento *ad eternum*, e que nos 4 anos da aquisição do imóvel a autora apenas foi ao clube uma única vez (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1003007-03.2019.8.26.0071. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Vito Guglielmi. Data do Julgamento: 20/01/2020. Data de Registro: 20/01/2020); **3)** uma fabricante de tintas celebrou contrato de locação de um galpão. Posteriormente, notificou o proprietário pedindo a resolução do contrato pois já haviam se passado 5 meses sem que tenha conseguido ocupar o imóvel em razão de que o locatário anterior ainda não o havia desocupado, bem como que tomou conhecimento de parecer do corpo de bombeiros informando que o imóvel não era adequado para o armazenamento de produtos químicos, atividade incluída em seu escopo como fabricante de tintas. O proprietário ajuizou ação cobrando a multa contratual sob alegação de que a locatária tinha expressa ciência de que o imóvel estava ocupado. O acórdão julgou improcedente a ação entendendo que a utilização pretendida pela locatária no imóvel (armazenamento de tintas) não seria possível em razão do parecer do corpo de bombeiros, tornando frustrado o contrato sem culpa das partes, sendo que a resolução dos contratos pela frustração do seu fim seria possível no Direito brasileiro com amparo no princípio da função social dos contratos (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0039109-66.2009.8.26.0564. 25ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Rel. Ruy Coppola. Data do Julgamento: 27/04/2017. Data de Registro: 03/05/2017); **4)** um ex-casal celebrou acordo em processo de separação judicial estabelecendo em favor da ex-cônjuge e da prole direito de moradia em imóvel comum até que o filho mais novo completasse 25 anos. Com a mudança do domicílio dos interessados o ex-cônjuge requereu a alienação do imóvel, tendo a ex-cônjuge se insurgido alegando a vigência do acordo e do direito de habitação. O acórdão entendeu que a razão pela qual o acordo foi celebrado foi amparar a ex-cônjuge e a prole após separação, de modo que a mudança superveniente do domicílio dos interessados fez desaparecer o substrato no qual havia se fundado o direito de moradia, ocorrendo a resolução dessa obrigação por frustração do fim, com amparo no princípio da função social dos contratos, sem culpa das partes, o que autorizaria o ex-cônjuge a promover a venda do bem (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2027483-83.2014.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Donegá Morandini. Data do Julgamento: 29/04/2014. Data de Registro: 05/05/2014); **5)** o acórdão confirmou sentença que julgou procedente pedido de locatário para devolução do imóvel antes do prazo acordado sem o pagamento de multa em razão de infestação de ratos que tornou o imóvel impróprio para o uso do locatário. Entendeu-se não ter havido mera desistência ou arrependimento do locatário, mas frustração do fim do contrato, sem culpa das partes, que autoriza a resolução sem incidência de multa. Na referida decisão, não é mencionada base normativa ou doutrina específica a respeito do tema (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1000905-08.2021.8.26.0695. 36ª Câmara de Direito

3.1.1 Críticas à compreensão da frustração do fim como hipótese autônoma de extinção contratual ao lado da onerosidade excessiva e da impossibilidade

No Brasil, a obra mais completa e mais referenciada acerca do tema da frustração do fim do contrato é o livro de Rodrigo Barreto Cogo intitulado “A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual”, fruto de dissertação de mestrado na Universidade de São Paulo.

O caminho percorrido pelo autor para construir a frustração do fim do contrato no Direito brasileiro parte da premissa de que se trata de figura autônoma, distinta da onerosidade excessiva e da impossibilidade.

Em relação à onerosidade excessiva, explica que tal figura pressupõe aumento nos custos para execução do contrato ou alteração no valor das prestações, gerando desequilíbrio, o que não ocorre na frustração do fim, em que as prestações que cabem às partes não sofrem qualquer alteração; apenas a prestação de uma se torna inútil à outra¹¹⁴.

No que se refere à impossibilidade, argumenta que na frustração do fim do contrato as prestações permanecem possíveis de serem executadas, porém sem utilidade ao credor¹¹⁵. Sem aprofundar a discussão sobre o tema, o autor toma como

Privado. Rel. Milton Carvalho. Data do Julgamento: 12/04/2022. Data de Registro: 12/04/2022); **6**) cuidava-se da contratação de montagem de evento infantil em que ocorreu acidente no transporte das peças cenográficas, impossibilitando a realização do evento na data acordada. Por se tratar de evento com data fixa entendeu-se que não era o caso de se manter o contrato, tendo havido sua resolução em razão da frustração do fim, pois a realização da prestação, ainda que possível, não era mais útil aos credores. Na referida decisão, não é mencionada base normativa ou doutrina específica a respeito do tema (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1024034-28.2014.8.26.0100. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Azuma Nishi. Data do Julgamento: 15/12/2016. Data de Registro: 16/12/2016).

Na mesma pesquisa encontrou-se acórdão do TJSP (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1007455-86.2020.8.26.0005. 30ª Câmara de Direito Privado. Rel. Lino Machado. Data do Julgamento: 02/05/2022. Data de Registro: 02/05/2022) que embora trate de caso que, a nosso ver, pode ser resolvido à luz da frustração do fim do contrato, cita tal teoria de maneira lateral e acessória, decidindo o caso à luz da impossibilidade e da onerosidade excessiva. Tratamos de caso bastante similar a esse no exemplo narrado no início deste trabalho do estúdio de pilates em shopping center (subseção 2.1.9).

¹¹³ NANNI, Giovanni Ettore. **Frustração do fim do contrato**: análise de seu perfil conceitual. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 23, p. 39-56, jan./mar. 2020; GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 74 – 75; TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie**. v.3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. p. 299 – 300; FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: contratos**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 571; RUZZI, Marcos Hoppenstedt. **Resolução pela frustração do fim do contrato**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

¹¹⁴ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 286 – 297.

¹¹⁵ A possibilidade da prestação, aqui, é tomada em um sentido físico ou naturalístico. Sem embargo, como se observou na subseção anterior, o conceito jurídico de impossibilidade é mais amplo do que o extraído da linguagem ordinária. A ideia jurídica de impossibilidade, como visto, pode incluir

base o conceito de prestação propugnado por João Baptista Machado – e já criticado¹¹⁶ – de ação de prestar em abstrato¹¹⁷.

Outra premissa de seu raciocínio é que seria injusto aplicar o mesmo regime eficaz da impossibilidade, com a resolução da relação obrigacional, para casos em que as prestações das partes se mantêm possíveis, devendo haver indenização das despesas incorridas para o cumprimento¹¹⁸.

Rodrigo Barreto Cogo inicia a construção de sua tese apontando como a causa final dos atos jurídicos aparece em diversos dispositivos da Constituição e do Código Civil, daí retirando um princípio geral de que a causa, no Direito brasileiro, constitui fator de eficácia dos atos jurídicos. Por causa final entende a função atribuída concretamente pelas partes e pelo Ordenamento ao negócio; é o “para que?”, ou “para quais finalidades?” o negócio foi celebrado, distinguindo-a da causa impulsiva – o porquê o negócio foi celebrado – que se confunde com os motivos, sem relevância jurídica. Assim, ganhariam relevo as finalidades comuns das partes, ou suas finalidades particulares aceitas pela contraparte, como fatores de eficácia do negócio¹¹⁹.

Segundo Cogo, o dispositivo normativo que permitiria generalizar a relevância da causa final como fator de eficácia dos negócios jurídicos é o art. 421 do Código Civil, que positiva o princípio da função social dos contratos. O fato de alterações supervenientes e imprevistas nas circunstâncias implicarem que o contrato perca seu sentido ou razão de ser seria uma das hipóteses em que o contrato perde sua função social¹²⁰, não se justificando que o Ordenamento permaneça conferindo efeitos a tal ajuste.

De acordo com o autor, à perda da função social do negócio seguiria a sua resolução, se o cumprimento ainda não foi iniciado, ou resilição, se o cumprimento já foi iniciado. Em relação aos prejuízos potencialmente havidos pelas partes em virtude da frustração, a sua repartição se daria em cada caso concreto pelo juiz, que deverá

impossibilidade relativa e impossibilidade em um sentido sociocultural, ambas tendo o interesse útil do credor como parâmetro.

¹¹⁶ Vide páginas 41 a 44 deste trabalho.

¹¹⁷ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 273 – 281.

¹¹⁸ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 258 – 262.

¹¹⁹ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 308 – 316.

¹²⁰ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 316; 327 – 328.

verificar a repartição contratual ou legal dos riscos (quem suporta o risco da frustração do fim), podendo utilizar-se de parâmetros como a vedação ao enriquecimento sem causa, o instituto da gestão de negócios¹²¹ e a boa-fé objetiva para imputar a alguma das partes os prejuízos, ou dividi-los entre as partes de maneira equitativa¹²². Nas palavras do autor:

Da mesma maneira que não é correto impor ao credor que aceite uma prestação cuja finalidade não tenha mais qualquer utilidade (pois isso representaria exceder os limites do fim econômico ou social do contrato), não é certo que o devedor tenha que suportar todas as despesas incorridas com a contratação, pois ele está apto a prestar e o credor apto a receber a prestação e contraprestar. Por isso que as regras da impossibilidade não são aptas a outorgar a melhor saída, pois acabariam por gerar o mesmo tratamento para uma situação absolutamente distinta, na qual as prestações são possíveis. Trata-se de um problema autônomo que deve ser resolvido com regras próprias.

A regra de que o risco da frustração do fim do contrato é comum a ambos os contratantes pode ser objetada pelo juízo de boa-fé objetiva, a ser feito no caso concreto, principalmente se alguns dos critérios balizadores assim apontarem¹²³.

Diante de todo o exposto acerca da tese de Rodrigo Barreto Cogo, identificamos algumas dificuldades.

Em primeiro lugar, há um problema metodológico. A investigação científica acerca da qualificação de determinado instituto jurídico não pode iniciar pela escolha do seu regime consequencial. Em outras palavras, o fato de o regime consequencial previsto no Código Civil para as perturbações das prestações lá contempladas não agradar ao intérprete, não lhe permite criar uma nova categoria autônoma, com consequências jurídicas customizadas, e posteriormente tentar justificar tudo isso como uma decorrência inerente e inequívoca de princípios jurídicos abstratos.

O ponto de partida investigativo já revela um viés: se as consequências do que já existe no Ordenamento são indesejáveis, então é necessário criar algo novo para enfrentar a problemática.

¹²¹ O autor propõe a utilização, por analogia, do disposto no art. 869, CC nos casos de frustração do fim do contrato em que o devedor incorreu em despesas. O aludido dispositivo legal prevê que “Se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso [...]”. O devedor que teve despesas com o cumprimento da prestação em caso de frustração do fim do contrato seria, desse modo, equiparado ao gestor de negócio alheio.

¹²² COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 354 – 357.

¹²³ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 356.

É claro que a crítica *de lege ferenda* à regulação – ou à falta dela – dispensada a determinado instituto jurídico; a correção teleológica do texto normativo e o preenchimento de lacunas normativamente fundado são sempre pertinentes, possibilitando a evolução do Direito. No entanto, tratam-se de propostas metodológicas diferentes da anunciada pelo autor, no sentido de “encontrar” o espaço da frustração do fim do contrato no Ordenamento Jurídico pátrio.

Este viés tem por pressuposto o mito de que o julgador de um determinado conflito – juiz ou árbitro – sempre terá a melhor resposta para fornecer justiça ao caso concreto e melhor harmonizar os interesses em conflito, desde que a decisão seja fundamentada em argumentos e princípios jurídicos.

Não se questiona que em alguns casos efetivamente estaremos diante de uma lacuna, que demandará interpretação completativa. No entanto, antes de partir para tal etapa, é necessário exaurir a análise do conteúdo contratual, que também é composto, de maneira presumida, pela incidência da lei dispositiva¹²⁴.

Ora, se a lei define um regime consequencial geral, de natureza dispositiva, para as hipóteses de perturbações nas prestações, as partes têm toda a liberdade de regular tais consequências de maneira distinta, acomodando seus interesses da forma que melhor lhes aprouver, nos limites fixados pelas normas cogentes, presumindo-se, caso não o façam, que elegeram a regulação dispositiva legalmente prevista.

A liberdade dos sujeitos em autorregrear seus interesses e a consequente responsabilidade pelas consequências de um regramento defeituoso ou pouco refletido são premissas básicas do Direito Privado. A atuação jurisdicional deve se limitar a conter excessos e flagrantes desequilíbrios, não sendo seu papel entregar “a verdadeira” justiça material a toda relação jurídica contratual posta diante de si¹²⁵.

¹²⁴ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação**: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 244 – 245.

¹²⁵ A utilização de direitos fundamentais e cláusulas gerais para promover, a todo tempo, uma correção ou direcionamento no conteúdo de relações privadas, é denunciada por Otávio Luiz Rodrigues Jr. em tese de livre-docência na qual defende a autonomia metodológica do Direito Privado em convívio com a Constituição e os direitos fundamentais, de modo a preservar os espaços de liberdade, sem descuidar do efeito irradiante dos direitos fundamentais. No limite, tais intervenções protagonizadas pela jurisdição, podem implicar situações bizarras como “(i) um noivo que exige a aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa a sua relação esponsalícia, que foi rompida pela noiva sem indicação dos motivos determinantes; (ii) o sindicato que move uma ação contra determinada empresa porque os filhos e o genro do presidente do Conselho de Administração ocupam cargos na diretoria, o que seria um caso de nepotismo, condenável pelo princípio da moralidade e impessoalidade”. Efeitos nefastos de uma inadequada consideração metodológica do papel do Direito Privado seriam a recondução de todo e qualquer caso ao método da ponderação entre direitos fundamentais abstratos; grave prejuízo à democracia e à separação entre poderes, atribuindo ao Judiciário o protagonismo na criação do Direito; imprevisibilidade do Direito e insegurança jurídica; e a transferência do espaço

Ainda, cabe notar que os parâmetros identificados por Rodrigo Barreto Cogo para regular as consequências da frustração do fim contratual não estão intrinsecamente ligados a tal figura, que sequer é mencionada na legislação. São argumentos selecionados para a construção de um regime novo com ares de pertença prévia ao Ordenamento. Da mesma maneira, poder-se-ia selecionar outros critérios extraídos do sistema, como o da imputação dos riscos à esfera jurídica da qual estes foram originados, o de que o risco da prestação corre por conta do devedor e o de que o risco de perecimento do objeto corre por conta do proprietário (*res perit domino*) para construir um regime consequencial diverso ou semelhante, a depender do direcionamento que lhes fosse argumentativamente atribuído.

Além disso, os mesmos argumentos poderiam ser utilizados para moldar as consequências jurídicas de outras perturbações como a impossibilidade e a onerosidade excessiva, bastando sustentar que existe uma lacuna nestas espécies quanto à indenização das despesas incorridas pelas partes para a execução dos contratos, a ser preenchida pelos citados critérios.

Cogite-se o seguinte exemplo: uma pessoa resolve comemorar seu aniversário e contrata um *buffet* para servir seus convidados. Na semana do evento, o serviço de *buffet* adquire insumos para a preparação das refeições e bebidas. Às vésperas da festa, contudo, sobrevém fato imprevisível e não imputável que impede a realização do evento¹²⁶, como, por exemplo, a proibição de funcionamento de serviços de *buffet* por determinação das autoridades sanitárias, para contenção da pandemia da Covid-19. À luz dos critérios propostos por Rodrigo Barreto Cogo, trata-se de caso típico de impossibilidade, não de frustração do fim do contrato. Sem embargo, os mesmos argumentos da boa-fé objetiva, do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa e da analogia à gestão de negócios podem ser utilizados pelo dono do *buffet* para pleitear do contratante dos serviços a indenização pelas despesas efetuadas na expectativa de que o contrato viesse a ser cumprido. Também neste exemplo surgiria o mesmo questionamento acerca de eventual injustiça em

decisório da autonomia privada para o âmbito judicial (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 329 – 333; 336 – 341).

¹²⁶ O exemplo foi retirado e adaptado de: NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A Peste e as Despesas Incorridas para a Execução de Contratos. In: **Direito e Pandemia**. Edição especial. Brasília: OAB, 2020. p. 30.

atribuir ao devedor o risco em não obter indenização pelas despesas efetuadas para execução do contrato.

Ou seja, não existe uma vinculação necessária entre frustração do fim do contrato, gestão de negócios, enriquecimento sem causa e a indenização de despesas com base na boa-fé objetiva. Falta base normativa para afirmar que este é o regime consequencial da frustração do fim do contrato. Pode ser o regime da frustração do fim, da impossibilidade, da onerosidade excessiva, da denúncia, da rescisão unilateral, etc. A questão é: será que é mesmo? Existe efetivamente uma lacuna no regramento das consequências da extinção antecipada de negócios jurídicos bilaterais quando uma das partes realizou despesas para sua execução? E se existente, são realmente esses os critérios mais adequados para preenche-la? Estes problemas serão objeto de análise no próximo capítulo. Por enquanto, basta notar que a tentativa de autonomizar a frustração do fim do contrato devido a um pretendo regime consequencial próprio carece de sustentação.

Ressalte-se, inclusive, ser falsa a premissa de que situações distintas devem ter efeitos jurídicos distintos. O Direito comparado fornece sólidos exemplos em sentido contrário. Na Inglaterra, por exemplo, impossibilidade da prestação e frustração do fim são reguladas pelo mesmo marco normativo, a Law Reform (Frustrated Contracts) Act de 1943. Na Alemanha, o §313 do BGB pode abranger situações de frustração do fim e de onerosidade superveniente; da mesma forma, os artigos 6.2.1 e 6.2.2 dos Princípios UNIDROIT Relativos aos Contratos Comerciais Internacionais unificam a disciplina da alteração de circunstâncias e da frustração do fim sob a figura da “hardship”.

Uma conhecida exceção é o Direito argentino, que, no vigente Código Civil e Comercial, previu a frustração do fim do contrato como figura jurídica autônoma e regime consequencial próprio, prevista em seu art. 1.090. Contudo, no Direito argentino tal regulação adveio de lei expressa, não de construção doutrinária amparada em preceitos abstratos; e ainda que a doutrina sustente que a frustração do fim do contrato, independente da nova previsão legal, encontra fundamento na

ideia de causa contratual¹²⁷, esta é expressamente reconhecida no Direito civil argentino¹²⁸, ao contrário do Direito brasileiro.

Em especial no Direito contratual, não é desejável que as partes não saibam de antemão quais as possíveis consequências de fatos supervenientes que impactam o programa contratual, ainda que a solução fixada legalmente em abstrato possa em alguns casos concretos ser insatisfatória. Tendo ciência do que normalmente ocorre, as partes podem se precaver e inserir em seus contratos cláusulas estabelecendo regimes distintos para acomodar seus interesses conforme cada operação. A regulação jurídica do tráfico e das operações econômicas demanda maior segurança jurídica e previsibilidade.

A fundamentação da frustração do fim do contrato com base em pura construção doutrinária, fundamentada em princípios abstratos com baixa densificação, pouco consenso e baixo histórico de aplicação jurisprudencial não atende a essas expectativas normativas.

Provavelmente por isso a figura é pouco referida na jurisprudência pátria¹²⁹, que em geral a desconhece, julgando improcedentes pretensões nela fundadas, ou

¹²⁷ GASTALDI, José María. La frustración del fin del contrato. In: BEGHER, Liliana Abreut de. et al. **Estudios de Derecho Privado**: comentários al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: UBA, 2020. p. 92.

¹²⁸ Nesse sentido, vide: “Artículo 281. Causa. La causa es el fin inmediato autorizado por el ordenamiento jurídico que ha sido determinante de la voluntad. También integran la causa los motivos exteriorizados cuando sean lícitos y hayan sido incorporados al acto en forma expresa, o tácitamente si son esencia-les para ambas partes”; e ainda: “Artículo 1013. Necesidad. La causa debe existir en la formación del contrato y durante su celebración y subsistir durante su ejecución. La falta de causa da lugar, según los casos, a la nulidad, adecuación o extinción del contrato” (Código Civil y Comercial de la Nación, *Biblioteca Digital*, consulta 9 de julio de 2023, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2690>).

¹²⁹ Em pesquisa realizada no sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça (STJ) a partir do termo “frustração do fim do contrato”, não foram encontrados acórdãos. Utilizando-se o termo “frustração do fim” foram encontrados apenas 4 acórdãos, porém nenhum relacionado ao tema da frustração do fim do contrato. Por sua vez, com o termo “impossibilidade da prestação” foram obtidos 11 acórdãos, sendo que apenas dois eram desvinculados do tema (um versava sobre fixação de honorários e outro sobre matéria penal); e com o termo “onerosidade excessiva” obteve-se 498 acórdãos.

Pesquisa efetuada nos *sítes* dos tribunais de justiça dos 3 estados mais populosos do país (nesta ordem: SP, MG e RJ) tampouco conduziu a resultados significativamente distintos.

No TJRJ, com o termo “frustração do fim do contrato”, na área cível, foram encontrados apenas dois acórdãos. Um versava sobre resilição unilateral do contrato pela parte ré, que “frustrou” os autores; outro tratava a respeito de descumprimento contratual (falta de pagamento) que ensejou a “frustração” da operação de cessão de locação. Ou seja, houve utilização atécnica do termo.

No âmbito do TJMG encontrou-se 6 acórdãos, mas em todos a frustração do fim do contrato é citada ou de forma atécnica, ou apenas consta em trecho de citação doutrinária que foi colocada no acórdão para outros fins. Os casos analisados versam sobre onerosidade excessiva, imprevisão, dolo e vícios redibitórios; nenhum propriamente sobre frustração do fim do contrato.

No TJSP, por sua vez, houve 38 resultados de acórdãos com a menção ao termo “frustração do fim do contrato” em seu inteiro teor. A partir da análise individualizada dos julgados, contudo, verificou-se que em apenas 8 casos a menção ao termo era efetivamente consciente e pertinente.

acolhendo o pedido mas preferindo fundamentar a decisão em outras figuras positivadas, como a onerosidade excessiva, ainda que com imperfeição no silogismo; ou não a compreende, referindo-se ao termo frustração do fim do contrato atecnicamente, como uma “frustração” em sentido leigo, decorrente de inadimplemento, mora ou outras figuras.

O apoio da tese da frustração do fim do contrato na teoria da causa também não contribui para consolida-la. O tema da causa é extremamente complexo e controverso, mesmo em países que a adotam expressamente, como França, Itália e Argentina.

A questão não se resume à distinção entre as quatro causas: material, formal, impulsiva e final, até mesmo porque cada uma tem seu espaço de relevância no Direito das obrigações. Assim, por exemplo, enquanto a causa impulsiva importa para lidar com o erro, a causa final é particularmente relevante no âmbito da alteração das circunstâncias, da exceção do contrato não cumprido, dentre outras aplicações¹³⁰.

Ou seja, o fato de se sustentar que um Ordenamento Jurídico é causalista não diz muito, importando saber quais causas considera relevantes e para quais finalidades específicas.

Desses oito casos, em dois deles, apesar de mencionada de forma consciente a frustração do fim como uma das possibilidades de solução, concluiu-se ter ocorrido, na verdade, inadimplemento. O primeiro deles envolvia a aquisição de veículo de transporte escolar que se tornou impróprio a tal finalidade em virtude da impossibilidade de sua adaptação às normas administrativas vigentes para circulação desse tipo de veículo. Afastou-se a frustração do fim pois se entendeu que o vendedor havia se comprometido com o resultado (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0240371-07.2009.8.26.0002. 29ª Câmara de Direito Privado. Rel. Hamid Bdine. Data do Julgamento: 10/09/2014. Data de Registro: 10/09/2014). O segundo tratava a respeito de contrato de fornecimento de 13 licenças de software pelo prazo de 24 meses. Durante a vigência do contrato a autora requereu a redução do escopo para apenas 1 licença com a consequente redução do valor da contraprestação afirmando que a Microsoft (terceiro) havia desativado um componente dos softwares que tornaria despropositada a manutenção da sua contratação. O acórdão, contudo, entendeu que essa circunstância não restou provada de modo que o pedido de redução das licenças antes do fim do prazo de vigência caracterizou quebra antecipada de contrato, possibilitando à ré resolver o contrato e, em sede de reconvenção, condenou a autora ao pagamento da multa contratual (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1009643-63.2017.8.26.0100. 24ª Câmara de Direito Privado. Rel. Marco Fábio Morsello. Data do Julgamento: 26/10/2021. Data de Registro: 26/10/2021).

Os demais 6 casos, em que a frustração do fim do contrato foi efetivamente aplicada para solução da lide encontram-se listados e descritos na nota de rodapé nº. 112 deste trabalho.

As buscas foram efetuadas durante o mês de janeiro de 2023.

¹³⁰ PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com Encargo e Causa Contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2013. p. 157 – 162.

Além disso, é necessário precisar qual vertente da causa se adota: subjetiva, objetiva, concreta; e, por fim, se se está tratando de causa contratual, causa da obrigação, causa como atribuição patrimonial, causa sinalagmática, etc¹³¹.

É por isso que, quanto ao cerne da tese de Rodrigo Barreto Cogo, não se duvida que o fim possui relevância jurídica comprovada por inúmeros dispositivos legais que o assumem como elemento integrante do suporte fático. A questão é que não se trata de um único fim ou de uma única causa. Por sua vez, existem outros dispositivos legais que negam relevância à causa (vide a disciplina dos títulos de crédito, por exemplo). Ou seja, não há como generalizar a ideia de que a causa constitui fator de eficácia dos negócios jurídicos no Direito brasileiro.

Não há o mínimo consenso quanto a isso. A doutrina nacional acerca do tema da causa apresenta pluralidade de entendimentos quanto ao seu conceito e utilidade, ora negando-lhe maior relevância¹³², ora incluindo-a como um dos requisitos dos negócios jurídicos a despeito da ausência de sua previsão no art. 104, CC¹³³. Relevante parcela da doutrina, por seu turno, considera que a causa não integra os planos do negócio jurídico, possuindo importância apenas para fins de interpretação, qualificação e correção¹³⁴. Não bastasse a plurivocidade quanto ao tema, muitas vezes sequer é precisado qual o conceito de causa que se está defendendo ou criticando, o que leva a posições aparentemente concordantes, mas em verdade divergentes e vice-versa.

O recurso à função social do contrato, prevista no art. 421, CC, tampouco resolve a questão.

A função social é princípio que pode limitar ou expandir os efeitos de uma relação contratual, bem como orientar a autonomia privada – sem aniquilá-la – à

¹³¹ SILVA, Luis Renato Ferreira Da. **Reciprocidade e Contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações paracontratuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 18 – 22.

¹³² Nesse sentido, Silvio de Salvo Venosa afirma que a causa se confunde com motivação, sendo relevante apenas quando expressa como determinante no negócio (VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. v.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 338 – 340); Caio Mário da Silva Pereira, por sua vez, defende a utilidade da causa apenas como elemento a diferenciar negócios jurídicos causais e abstratos, e, ainda, excepcionalmente, como “fator de alta significação moral, que faculta ao juiz apreciador a liceidade sob o aspecto social do negócio” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. v.I. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 434 – 435).

¹³³ GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 272 – 273.

¹³⁴ Nesse sentido, vide: PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com Encargo e Causa Contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2013. p. 88 – 92; AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 530; TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil**: Contratos. v.3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. p. 65 – 66.

perseguição de interesses socialmente relevantes, adicionando conteúdo e funções à relação jurídica contratual¹³⁵. É, contudo, apenas uma das funções atribuíveis aos contratos, que também possuem funções individuais e econômicas, não podendo se resumirem à função social, sob pena de adesão a concepções autoritárias e intervencionistas incompatíveis com os princípios constitucionais de liberdade e livre iniciativa, bem como com o próprio Estado Democrático de Direito.

Para eleger a função social do contrato como fundamento para todas as hipóteses de frustração do fim, é necessária tamanha ampliação do que vem a ser função social que a existência da norma do art. 421, CC perde o sentido. Se por função social se entende “os interesses da sociedade com relação ao contrato” e também os “interesses de pessoas determinadas, em especial os contratantes e terceiros perfeitamente identificáveis”¹³⁶, a expressão torna-se fórmula vazia, passível de preenchimento por qualquer pessoa e por qualquer interesse, fundamentando, inclusive, a depender do caso, do julgador e dos interesses em disputa, a consagração de interesses opostos e contraditórios como correspondentes à função social. Em outras palavras, se tudo for função social, nada será função social.

De acordo com Gustavo Tepedino, o princípio da função social impõe aos contratantes deveres extracontratuais, socialmente relevantes e tutelados constitucionalmente, não implicando uma ampliação da proteção das próprias partes “o que amesquinha a função social do contrato, tornando-a servil a interesses individuais e patrimoniais que, posto legítimos, já se encontram suficientemente tutelados pelo contrato”¹³⁷.

No mesmo sentido, outro trabalho monográfico, ainda pouco conhecido, acerca da frustração do fim do contrato no Direito brasileiro é o de Maria Proença Marinho. A autora também considera a frustração do fim como hipótese de perturbação autônoma que não se confunde com a impossibilidade e com a onerosidade excessiva, mas refuta a utilização do princípio da função social para fundamentá-la, preferindo o recurso à boa-fé objetiva¹³⁸. Contudo, ainda que a boa-fé

¹³⁵ LOBO, Paulo. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 67 – 69.

¹³⁶ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 328.

¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao novo Código Civil: das várias espécies de contrato**. vol. X. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 398.

¹³⁸ MARINHO, Maria Proença. **Frustração do Fim do Contrato**. Edição do Kindle. Indaiatuba: Foco, 2020. p. 52 – 56. Em sentido paralelo, refutando a utilização do princípio da função social e fundamentando a frustração do fim do contrato no art. 187 do Código Civil, vide: SALGADO, Bernardo.

objetiva seja via dogmática bem mais precisa do que a função social, auxiliando, como se verá, na determinação dos fins contratualmente relevantes, não parece ser suficiente, por si só, para fundamentar a existência de uma hipótese autônoma de resolução ou revisão contratual por fatos supervenientes, sendo tal função da boa-fé criticada por relevante doutrina¹³⁹.

Mas ainda que se admitisse a fundamentação da hipótese da frustração do fim por meio da função social do contrato, tal princípio em nada contribuiria para a determinação das suas respectivas consequências, já que o Código Civil nada dispõe acerca dos efeitos de eventual perda da função social do contrato. Não fala em resolução, resilição, repartição das despesas. A atual redação do art. 421 (“A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”) dá a entender que a função social se destina à correção do conteúdo contratual, colocando-o nos limites de sua função social; trata-se, dessa forma, de norma limitadora de direitos subjetivos e criadora de deveres sem fonte na autonomia privada¹⁴⁰. A única

A Frustração do Fim do Contrato no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC)**. vol. 23/2020. Abr-Jun/2020. p. 173 – 197.

¹³⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 650.

¹⁴⁰ Luís Gustavo Haddad, em obra monográfica sobre o tema da função social do contrato, propõe os seguintes usos para o princípio: (a) fundamento para mitigação do princípio da relatividade dos efeitos do contrato, servindo como fonte de deveres contratuais laterais de conduta capazes de vincular terceiros que não sejam partes; (b) fundamento para comunicação de efeitos entre contratos estruturalmente distintos que se encontram interligados funcionalmente por integrarem a mesma operação econômica; (c) complemento da noção de ordem pública, tornando ineficazes atos que a despeito de não incorrerem expressamente nas hipóteses de invalidade previstas na Parte Geral do Código Civil, prejudiquem concretamente o meio ambiente, os consumidores, a livre concorrência, etc.; (d) limite à liberdade contratual em prol da preservação da empresa e da função social desempenhada por tipos contratuais que geram efeitos benéficos à sociedade; (e) fundamento para exercício de interpretação consequencialista em matéria contratual (HADDAD, Luís Gustavo. **Função Social do Contrato**: um ensaio sobre seus usos e sentidos. São Paulo: Saraiva, 2013). Flavio Tartuce, por sua vez, defende a existência de eficácias interna e externa ao princípio da função social do contrato. A eficácia interna permitiria mitigar a força obrigatória do contrato, tutelar a parte vulnerável na relação contratual, corrigir onerosidade excessiva, realizar a conservação do contrato por meio de sua revisão ou da restrição ao poder de resolução (adimplemento substancial), proteger direitos inerentes à dignidade humana e reconhecer a nulidade de cláusulas contratuais abusivas que violem a função social. A eficácia externa, por seu turno, viabilizaria a tutela externa do crédito, possibilitando que o contrato gere efeitos perante terceiros que não são partes, bem como que atos de terceiros repercutam no contrato; além disso, a eficácia externa implicaria a proteção de direitos metaindividuais e difusos e o reconhecimento de uma função socioambiental ao contrato (TARTUCE, Flavio. **Função Social dos Contratos**: do CDC ao Código Civil de 2002. 2.ed. São Paulo: Método, 2007). Entretanto, embora o fundamento para frustração do fim do contrato não se encontre relacionado entre os usos específicos propostos pelos autores para o princípio, é possível constatar que – sem maior aprofundamento – ambos aderem à concepção de que a função social confunde-se com a causa concreta do contrato, permitindo tornar ineficazes contratos que tiveram sua finalidade perdida ou desnaturada, posição criticada neste trabalho. Vale citar, por fim, que no âmbito da jurisprudência do STJ os usos atribuídos ao princípio da função social dos contratos estão relacionados a: (a) limites ao exercício de posições jurídicas subjetivas; (b) interpretação extensiva, teleológica e funcional dos deveres contratuais; (c) hipóteses de alargamento da noção de parte, permitindo a eficácia do contrato em benefícios de

outra menção no Código Civil acerca da função social do contrato versa sobre impactos no plano da validade¹⁴¹.

Não há, portanto, como seguramente apoiar a frustração do fim do contrato no princípio da função social dos contratos e na ideia de causa final; e tampouco é possível sustentar que as consequências jurídicas da perda da função social são em alguns casos a resolução, em outros a resilição; em alguns a distribuição por igual dos riscos sobre as despesas incorridas para execução do contrato, em outros a distribuição proporcional. Tal afirmação vai muito além de enxergar norma escondida no sistema, consubstanciando, na verdade, exercício de escrever norma jurídica nova a partir do sistema por meio de fonte não autorizada.

A partir das alterações promovidas pela recente Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), sobretudo, uma pretensa interpretação ampliativa do princípio da função social com o objetivo de intervir em contratos, fundamentando hipótese de perturbação não prevista em lei, torna-se, inclusive, contraditória com o próprio art. 421, CC, que em seu parágrafo único passou a prever: “Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”¹⁴².

terceiros; e (d) veículo de inserção no contrato de valores extraídos de políticas públicas. Há, ainda, um conjunto de decisões que repele a ideia de um princípio de equilíbrio econômico extraído do princípio da função social. Esta síntese e a respectiva análise dos usos do princípio da função social dos contratos na jurisprudência do STJ pode ser encontrada em: BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Comentário ao Artigo 421 do Código Civil: a função social do contrato na lei da liberdade econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica**: comentários. Edição do Kindle. São Paulo: Almedina, 2022. p. 632 – 644.

¹⁴¹ Nesse sentido, assim estabelece o parágrafo único do art. 2.035, CC: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. A hipótese pode recair também na válvula geral do art. 166, VII, CC, que inquina de nulidade o negócio jurídico quando “lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”.

¹⁴² Na verdade, como bem aponta Gerson Luiz Carlos Branco, mesmo antes da Lei da Liberdade Econômica a revisão contratual era excepcional no Direito brasileiro, somente sendo cabível nas hipóteses legais: “A revisão dos contratos no Direito brasileiro após o advento do Código Civil vigente tem ocorrência naquelas condições especiais que a lei expressamente prevê, que estão vinculadas a situações fáticas que são realmente excepcionais. A possibilidade de revisão contratual por conta do disposto no art. 421 do Código Civil não tem amparo no Código Civil, seja na redação anterior da lei, seja na atual que estabeleceu a excepcionalidade” (BRANCO, Gerson Luiz Carlos. Comentário ao Artigo 421 do Código Civil: a função social do contrato na lei da liberdade econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica**: comentários. Edição do Kindle. São Paulo: Almedina, 2022. p. 625).

3.1.2 Frustração do fim e impossibilidade superveniente não imputável

A partir de todo o exposto acerca do Direito brasileiro, conclui-se que a extinção dos contratos em razão da frustração do fim, por fato superveniente à sua formação, não se confunde com a hipótese de onerosidade excessiva prevista no art. 478 do Código Civil, não tendo sido acolhida a teoria da base do negócio no Direito pátrio¹⁴³, nem mesmo com recurso à boa-fé objetiva¹⁴⁴; tampouco trata-se de hipótese autônoma de perturbação, com consequências próprias e construída principiologicamente com recurso à função social do contrato.

Resta investigar se a figura encontra acomodação na hipótese de impossibilidade da prestação, tal como regulada pelo Código Civil pátrio.

Cabe ressaltar que o entendimento da frustração de escopo como hipótese de impossibilidade superveniente e não imputável possui a vantagem de viabilizar a aplicação de regime consequencial já conhecido e com amparo legal. Não obstante, como se verá adiante, isto não simplifica de todo o problema, pois, no que concerne às próprias hipóteses já consagradas de impossibilidade superveniente e não imputável, existem relevantes lacunas.

Não é, contudo, pela conveniência das consequências que se buscará fundamentar juridicamente a acomodação das hipóteses de frustração do fim no regime da impossibilidade da prestação.

A questão decisiva a ser enfrentada é se o conceito de prestação – e, por conseguinte, de adimplemento – no Direito das obrigações brasileiro, é restrito à realização do ato abstrato de prestar por parte do devedor, ou se pressupõe também

¹⁴³ Referida teoria costuma ser bastante citada na doutrina consumerista ao tratar acerca do art. 6º, V, CDC, que possibilita a revisão contratual decorrente de alteração nas circunstâncias que causa desequilíbrio contratual, independentemente da existência de imprevisibilidade. No entanto, conforme apontado na subseção 2.3, a quebra da relação de equivalência entre prestação e contraprestação é apenas uma das possibilidades diante da ocorrência de perturbações na base objetiva do negócio. No que se refere à frustração do fim, o art. 6º, V, CDC não fornece amparo normativo para sua aplicação.

¹⁴⁴ Sobre a utilização da boa-fé objetiva com função de correção do conteúdo do contrato sem referência à validade frente a situações de desequilíbrio decorrente de circunstâncias supervenientes à sua formação, Judith Martins-Costa adverte que não se presta a boa-fé a ampliar o espaço de revisão contratual para além das vias explicitamente consagradas: “Embora o Ordenamento acolha todas essas hipóteses legais concretizadoras do equilíbrio contratual, não há um princípio geral de modificabilidade do contrato com causa no desequilíbrio. Dito de outro modo: não há um princípio do equilíbrio com caráter geral, mas há institutos que preveem soluções para situações pontuais de desequilíbrio. Sendo o princípio do equilíbrio inexpresso com caráter geral no Código Civil – e, portanto, deduzido de um conjunto de regras e de institutos contidos naquele Código – parece incontroverso estarem o seu sentido e os seus limites orientados por aquelas mesmas regras e institutos” (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 650).

a realização do interesse do credor, no sentido de que, tornada inútil ao credor, a própria prestação – e, conseqüentemente, seu adimplemento – restará impossível, ainda que o ato de prestar do devedor ainda seja faticamente possível.

Como visto anteriormente, o interesse creditício orienta a aplicação de diversas hipóteses de impossibilidade da prestação no Código Civil pátrio. Ademais, aprofundando-se no exame das figuras da mora e da violação positiva do contrato é possível visualizar que a realização do interesse do credor é requisito do adimplemento da prestação.

Recorde-se que essa foi a conclusão da parcela majoritária da doutrina portuguesa, ainda que com variedade de entendimentos no que se refere às consequências da impossibilidade superveniente e não imputável da prestação devido à frustração do interesse do credor.

O entendimento de que a impossibilidade da prestação restringe-se aos casos em que a conduta abstrata do devedor em prestar torna-se impossível – defendida por João Baptista Machado e na qual se ancora a tese de Rodrigo Barreto Cogo¹⁴⁵ de que a frustração do fim não se confunde com a impossibilidade – é, com efeito, bastante minoritária no Direito comparado.

Mesmo na Alemanha, berço da teoria da base do negócio, tem havido sérias contestações acerca da localização dogmática da frustração do fim do contrato. Autores como Volker Beuthien¹⁴⁶, Dietmar Willoweit¹⁴⁷ e Ulrich Huber¹⁴⁸ têm defendido que nas hipóteses em que se possa concluir por meio da interpretação do contrato que o fim de emprego integra o conteúdo contratual, a frustração do fim do contrato encontraria respaldo no §275 do BGB, que trata da impossibilidade da prestação, e não no §313, sobre alteração das circunstâncias.

No Brasil, não se hesita em afirmar que a realização do interesse do credor compõe o núcleo do conceito de prestação, ao menos à luz da teoria atualmente mais reconhecida e aceita que entende a relação jurídica obrigacional como sistema de processos finalisticamente interligados e polarizados por seu fim, o adimplemento.

¹⁴⁵ COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 277 – 280.

¹⁴⁶ BEUTHIEN, Volker. Zweckerreichung, apud PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 339 – 341.

¹⁴⁷ WILLOWEIT, Dietmar. Störungen, apud PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 359 – 360.

¹⁴⁸ HUBER, Ulrich. Verpflichtungszweck, apud PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 360 – 361.

O autor desse conceito, Clóvis V. do Couto e Silva, há muito já enunciava: “A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”¹⁴⁹.

É certo que um conceito jurídico, para ser operativo e útil, deve poder ser sistematicamente extraído do Ordenamento Jurídico que se destina a explicar. Também é certo que nenhum conceito é neutro, operando com destaques de elementos, sínteses e exclusões, que não são despropositadas, mas refletem escolhas e valores de determinada época e de seus elaboradores¹⁵⁰.

O clássico conceito estrutural de obrigação, herdado de Justiniano, e abraçado pelo positivismo racionalista, que dá enfoque ao vínculo entre credor e devedor, situados em polos opostos e relacionados mediante deveres recíprocos de prestação, ressaltando os elementos “partes”, “objeto” e “forma”, tornou-se insuficiente para explicar a relação jurídica obrigacional na contemporaneidade¹⁵¹. Suas simplificações e reduções não atendem às novas escolhas valorativas que ingressaram no Ordenamento por meio de diretrizes e princípios jurídicos, em especial os princípios constitucionais da tutela da pessoa humana – pessoa concreta, e não sujeito abstrato de direitos – e da solidariedade social (artigos 1º, III e 3º, I, CRFB), que se relacionam à diretriz de concretude, que informa o Código Civil de 2002.

Conforme aponta Judith Martins-Costa:

[...] a análise externa, centrada no método tradicional, percebe a relação obrigacional tão somente como um vínculo estruturado sobre dois polos (credor e devedor), ligados pelos correspectivos direitos e deveres. Para uma tal análise, o mais relevante é descrever os ‘elementos constitutivos’ da relação, visualizados *in abstracto*: os sujeitos (credor e devedor), o objeto (a prestação, o dar, fazer ou não-fazer), os requisitos legais e os elementos acidentais quando ocorrentes. Porém, não se ocupa em visualizar como tais direitos e deveres se estruturam, muitas vezes em diferentes graus de intensidade, nem como podem, alguns deles, nascer depois de criada a relação, ou como se desenvolvem no tempo; ou como podem parcialmente cessar, ou subsistir, ou modificar-se, consoante as vicissitudes da realidade, sem que se perca, por isso, a unidade finalista da relação¹⁵².

A concepção de obrigação como processo enfatiza a relação existente entre credor e devedor, em detrimento do vínculo. Tal relação não é composta apenas de

¹⁴⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como Processo**. São Paulo: FGV, 2011. p. 20.

¹⁵⁰ Vide, a respeito: MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989. p. 42 – 46.

¹⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 217 – 218.

¹⁵² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Volume V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 9.

deveres de prestação primários, não é estática e não se resume a um único ato jurídico.

Com a incidência da boa-fé objetiva em todas as relações obrigacionais, verifica-se a presença de deveres secundários, anexos e instrumentais, que agregam ao dever de prestação primário e o conformam, visando tornar o cumprimento satisfatório à luz dos legítimos interesses do credor (por exemplo, o dever de embalar adequadamente o produto frágil transportado, os deveres de informação e sigilo em contratos de prestação de serviços), bem como deveres laterais de proteção, que visam à tutela da esfera jurídica e dos interesses de ambas as partes na relação¹⁵³. Tratam-se estes de deveres que impõem às partes não apenas a consideração dos próprios interesses, mas a tutela – em medida variável, a depender da natureza do vínculo entre as partes; por exemplo, mais intensa nos contratos associativos, menos intensa nos contratos de intercâmbio¹⁵⁴ – dos interesses do *alter*, evitando causar danos injustos e impondo sua mitigação.

O dever de não causar danos (*neminem laedere*), quando decorrente da aproximação entre pessoas com objetivo de iniciar relação jurídica, possui natureza negocial (*culpa in contrahendo*) e já incide mesmo antes do nascimento dos deveres de prestação primários e secundários, podendo perdurar mesmo após a extinção destes (*culpa post pactum finitum*)¹⁵⁵. Assim, verifica-se que a relação jurídica obrigacional não se resume aos deveres de prestação primários (vínculo) e tampouco

¹⁵³ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 238 – 244.

¹⁵⁴ Conforme elucida Ana Frazão: “Assim, o que distingue os contratos associativos dos demais contratos híbridos e mesmo dos contratos de troca não é propriamente a existência de cooperação, mas sim o grau e o tipo desta. Nos contratos de simples troca, a cooperação é um dever lateral, já que as prestações das partes, naturalmente distintas e contrapostas. Nos contratos híbridos *lato sensu*, a cooperação é intensa e típica dos contratos relacionais, mas não chega necessariamente ao ponto de se traduzir em empresa comum com identidade de propósitos entre os contratantes. Já nos contratos associativos, a cooperação corresponde à própria prestação ou aos deveres principais assumidos pelas partes, o que se traduz na própria consecução do fim comum” (FRAZÃO, Ana. **Joint Ventures Contratuais**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, a. 52, n. 207, p. 187-211, julho/setembro de 2015. p. 195). Em sentido paralelo, Paula Forgioni classifica os contratos quanto ao grau de vinculação entre as partes, obtendo contratos instantâneos (*spot*), híbridos e societários. Quanto mais o contrato se aproxima do polo dos contratos “*spot*”, menor o grau de vinculação futura entre as partes e menor o grau de controle da atividade da outra parte; por outro lado, ao dirigir-se ao lado dos contratos societários, aumenta progressivamente o grau de vinculação futura e o controle sobre a atividade da outra parte, aumentando a força dos deveres de cooperação (FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 51 – 52).

¹⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 245.

tem seu início e fim coincidentes com o nascimento e extinção desses deveres. A relação obrigacional é mais ampla e mais complexa.

Não somente o devedor está sujeito a deveres, mas também o credor. São deveres que o obrigam a cooperar com o devedor para o adimplemento; obrigam-no a possibilitar o cumprimento pelo devedor, ainda que intempestivo, caso seus legítimos interesses ainda possam ser satisfeitos; a mitigar seus prejuízos em caso de mora ou inadimplemento por parte do devedor; proíbem-no de exercer de maneira desmedida poderes resolutórios em caso de adimplemento substancial em consonância com seus legítimos interesses¹⁵⁶.

A boa-fé objetiva, portanto, é norma de conduta que impõe às partes agir a partir de um *standard* de conduta leal e proba, a qual, além de auxiliar na interpretação negocial (art. 113, CC) e controlar o exercício inadmissível de posição jurídica (art. 187, CC), também auxilia na determinação do conteúdo contratual, criando deveres anexos e laterais sem fonte na autonomia privada (art. 422, CC), aumentando as fronteiras e a complexidade interna da relação jurídica obrigacional.

Como aponta Luiz Edson Fachin, “quem contrata não mais contrata apenas o que contrata”¹⁵⁷.

A relação jurídica obrigacional não somente abrange um plexo mais amplo de efeitos e de fases do que supõe a visão estrutural, mas também compreende diversos

¹⁵⁶ Vincenzo Roppo, com base na jurisprudência peninsular, identifica os seguintes desdobramentos concretos da cláusula geral da boa-fé objetiva: “[i] dever de oferecer à outra parte oportunidade para sanear o vício da prestação recebida, quando isto for possível e razoável; [ii] dever de cooperação, para possibilitar o adimplemento das obrigações pela contraparte; [iii] dever de conceder à contraparte oportunidade para correção de erros ou de equívocos que poderiam trazer incerteza à relação; [iv] dever de modificar a prestação para realizar o interesse da contraparte, quando isto for possível com mínimo de sacrifício; [v] dever de agir com coerência, mantendo a lógica dos próprios atos de forma a não frustrar a expectativa que germinam na contraparte; [vi] proibição de exercitar direitos contratualmente assegurados de maneira formalmente lícita, mas, em sua essência, desleal ou danosa para a contraparte; e, por fim, [vii] proibição de tratamento discriminatório da contraparte” (ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*, apud FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais: teoria geral e aplicação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 130 – 131). Em interessante estudo sobre o direito à purgação da mora em contratos de seguro, Marcos Catalan assim escreve acerca da ligação entre boa-fé objetiva e direito à purgação da mora: “A ausência de notificação do devedor, informando-o acerca das consequências jurídicas que poderiam ser disparadas pelo estado moratório – no caso, a da cobertura securitária – é incompatível com o exercício dos deveres de cooperação e de informação que emanam da por vezes destacada boa-fé objetiva, que conforma, ainda, o exercício de quaisquer posições jurídicas, na hipótese impedindo-se o exercício do direito formativo extintivo de resolver o contrato. Repita-se o que se disse outrora: ao devedor garante-se o direito de purgar a mora” (CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões acerca das consequências da violação do dever de cooperação imposto ao credor e da impossibilidade de resolução do contrato de seguro sem notificação prévia do devedor. In: **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, Ano 2, n. 03, p. 179 - 189, agosto de 2013, p. 186).

¹⁵⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil: sentidos, transformações e fim**. Rio de Janeiro: Renovar, 2015. p. 30.

atos jurídicos que, a princípio, poderiam ser independentes, unificando-os funcionalmente. Isto é especialmente verificável no Ordenamento Jurídico brasileiro, que consagra a regra da separação relativa entre planos.

Ensina Clóvis V. do Couto e Silva que a vontade em concluir negócio não se confunde com a vontade em adimpli-lo, situando o nascimento do negócio e seu adimplemento em planos e momentos distintos. Particularmente nos negócios que envolvem transmissão de propriedade a criação dos deveres situa-se no plano das obrigações, enquanto seu adimplemento encontra-se no plano dos direitos reais, implicando a necessidade de atos jurídicos próprios, como a tradição (art. 1.267, CC), ou a averbação na matrícula (art. 1.245, CC), para a satisfação do crédito. Enquanto em alguns países o consenso já é suficiente para transferir propriedade, no Brasil a opção legislativa foi pela separação entre planos, requerendo negócio de direito real para a transmissão. No entanto, esta separação não é absoluta como na Alemanha em que, uma vez transmitida a propriedade do bem ao comprador, esta não poderá mais ser restituída ao vendedor ainda que o negócio jurídico de compra e venda venha a ser anulado por qualquer motivo. No Ordenamento pátrio, a transmissão da propriedade, ainda que situada no plano dos direitos reais, é causal, podendo ser invalidada se o negócio jurídico que a ensejou também for. Nas palavras do autor, “a declaração de vontade que dá conteúdo ao negócio dispositivo pode ser considerada co-declarada no negócio obrigacional antecedente”¹⁵⁸.

Esses dois aspectos, boa-fé objetiva e separação relativa de planos, conduzem à necessidade de se visualizar a relação jurídica obrigacional como totalidade orgânica, que compreende todos os seus elementos (deveres secundários, anexos e laterais) e fases (pré-negocial, constituição, execução, extinção e pós-negocial), e como processo polarizado e atraído pelo adimplemento, causa e fim da relação, funcionalmente dirigida, portanto, à concretização do interesse do credor, sem descuidar da tutela dos legítimos interesses do devedor e de terceiros.

É inquestionável a aderência e compatibilidade dessa visão com o Ordenamento Jurídico brasileiro. A realização do interesse do credor, desse modo, constitui o propósito da relação, de modo que sua frustração faz ruir todo o edifício obrigacional. Logo, não há como se considerar possível o adimplemento de prestação

¹⁵⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como Processo**. São Paulo: FGV, 2011. p. 52 – 58.

que, por fato superveniente não imputável, tornou-se inútil ao credor, ainda que seja possível a execução da conduta pelo devedor.

Com efeito, nenhuma relação obrigacional constitui um fim em si mesma, tratando-se sempre de um meio ou instrumento técnico-jurídico para a satisfação de certos interesses humanos¹⁵⁹. A completa abstração desses interesses do conceito de obrigação, reputando impossíveis apenas aquelas prestações cuja conduta do devedor em realiza-las tenha sido obstada por razões de ordem natural ou jurídica, sem considerar os resultados que legitimamente se esperam com tal conduta, é incompatível com a concepção de relação obrigacional como totalidade e processo.

A constatação de que todo negócio jurídico é finalista, segundo Judith Martins-Costa e Gustavo Haical, traz novas possibilidades, tais como a renovação da teoria do adimplemento, inserindo-se a ideia do adimplemento satisfativo como aquele que realiza o fim perseguido e a reformulação da própria teoria da impossibilidade “não mais jungida apenas às hipóteses tradicionais de impossibilidade física e jurídica, mas igualmente acolhedora de uma ideia cultural e normativa de impossibilidade”¹⁶⁰.

Em sentido paralelo, ressalta Jorge Cesa Ferreira da Silva que “Pagamento *stricto sensu* é a realização pontual da prestação pelo devedor, com a consequente satisfação pressuposta dos interesses objetivos do credor”¹⁶¹; e que o conceito de pagamento envolve uma definição simples, restrita à realização da prestação com todos os seus requisitos concretos, e uma definição complexa:

Do ponto de vista complexo, no entanto, outros elementos entram em questão, como os chamados deveres de conduta, que se subjetivam ativamente não só no credor, mas também no devedor. O devedor também é titular ativo do respeito ao seu patrimônio, ao seu corpo, aos seus segredos negociais etc. Nesse âmbito, o pagamento deve ser entendido como a realização de todos os interesses envolvidos na relação e emanados do vínculo¹⁶².

Tal assertiva ampara tanto a teoria da violação positiva do contrato mediante “cumprimento imperfeito” (na verdade, trata-se do não cumprimento da prestação

¹⁵⁹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Volume V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 64.

¹⁶⁰ MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Alteração da relação obrigacional estabelecida em acordos societários por impossibilidade superveniente não imputável às partes contratantes em virtude do desaparecimento de sua finalidade (Parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC)**. vol. 18/2019. Jan-Mar/2019. Edição RTonline. p. 8.

¹⁶¹ FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Adimplemento e Extinção das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 41.

¹⁶² FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Adimplemento e Extinção das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 42.

devida), quanto a tese da frustração do fim do contrato, haja vista que se o pagamento não se resume ao ato de prestar, mas pressupõe também a realização dos legítimos interesses emanados do vínculo, a mera possibilidade de realização da conduta de prestar sem que haja possibilidade de concretizar tais interesses, nada mais é do que a impossibilidade da própria prestação devida, ou impossibilidade de cumprimento não imputável.

Fala-se aqui em impossibilidade da prestação e impossibilidade de adimplemento, pois o conceito de prestação como resultado está contido no conceito de adimplemento como realização de todos os interesses emanados do vínculo obrigacional.

No Direito brasileiro, a maior prova de que o interesse útil do credor integra os conceitos de prestação e adimplemento é o art. 395. p. único do Código Civil¹⁶³, que justamente indica o critério da utilidade da prestação ao credor para distinguir mora e inadimplemento absoluto.

Acerca de tal distinção, precisamente aponta Cristiano de Souza Zanetti:

A mora pressupõe que a prestação ainda possa ser cumprida, de maneira a satisfazer o interesse subjacente à celebração do Contrato. Não é por acaso, portanto, que o capítulo destinado a discipliná-la termine justamente com as regras atinentes à chamada purgação da mora [...].
O inadimplemento absoluto, por sua vez, consiste no descumprimento irremediável, entendido como aquele que põe fim à possibilidade de satisfazer o interesse do credor materializado no contrato¹⁶⁴.

O incumprimento da prestação pelo devedor, com efeito, pode lhe ser ou não imputável. Se o for e o adimplemento da prestação permanecer possível, o devedor estará em mora, respondendo pelos prejuízos que sua mora der causa (art. 395, CC). A situação moratória conserva o negócio, pois o adimplemento permanece possível, ainda que tardio. Por tal razão é que a mora admite purgação (art. 401, CC).

Por seu turno, se o adimplemento não for mais possível não há o que se emendar ou conservar. Estaremos diante de caso de impossibilidade superveniente – que enseja a resolução do negócio, sem atribuição de responsabilidade por perdas e danos às partes caso não lhes seja imputável, nos termos dos artigos 234, 235, 238, 248 e 393 do Código Civil, dentre outros; ou de inadimplemento absoluto, que

¹⁶³ “Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos”.

¹⁶⁴ ZANETTI, Cristiano de Souza. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. **Revista dos Tribunais**. vol. 942. Abr/2014. Edição RTonline. p. 9.

possibilita o desfazimento (resolução) do negócio ou sua execução pelo equivalente pecuniário, com atribuição à parte faltosa da responsabilidade pelas perdas e danos (art. 475, CC).

Note-se que a possibilidade de adimplir não se relaciona com uma possibilidade em sentido natural, mas sim em um específico sentido normativo: possível é a prestação que ainda é capaz de realizar o interesse útil do credor. A *contrario sensu*, será impossível a prestação que não for mais capaz de satisfazer o interesse útil do credor, ainda que a conduta do devedor em realizar a prestação permaneça possível.

Aqui é necessário destacar que o critério da utilidade da prestação ao credor não é subjetivo ou arbitrário. Conforme explica Giovanni Ettore Nanni:

[...] bem pode acontecer que o credor, arrependido do negócio, queira se prevalecer de uma imperfeição relevável para rejeitar a prestação, o que a lei não permite. Para a rejeição, necessário se faz que a prestação se tenha tornado inútil, excluída a purgação da mora pelo devedor. Prestação inútil para o credor é aquela que, diante do incumprimento passível de configurar a *mora debendi*, não mais atende aos fins próprios para o qual foi constituída, a ser avaliada à luz dos preceitos que circunscrevem o exercício das posições jurídicas e as relações jurídicas obrigacionais, isto é, a boa-fé e a vedação ao abuso do direito¹⁶⁵.

O interesse creditício constitui dado objetivo que “pode ser aferido mediante a devida consideração do pactuado”¹⁶⁶. De acordo com Ruy Rosado de Aguiar Jr., interesse é a relação entre credor e prestação, servindo esta para suprir determinada necessidade ou carência daquele, “podendo ser objetivamente estabelecido qual o interesse que a prestação prometida iria satisfazer, de acordo com a sua natureza e a experiência comum”¹⁶⁷. Segundo o referido autor, a aferição do interesse não deve levar à incursão do intérprete no campo dos motivos, mas à análise da “expectativa resultante dos dados fornecidos pelo contrato, por isto, legítima”¹⁶⁸.

A proximidade entre os regimes jurídicos do inadimplemento e da impossibilidade, sendo ambos modalidades de incumprimento em sentido amplo¹⁶⁹ –

¹⁶⁵ NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 373.

¹⁶⁶ ZANETTI, Cristiano de Souza. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. **Revista dos Tribunais**. vol. 942. Abr/2014. Edição RTonline. p. 10.

¹⁶⁷ AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**: Resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 132-133.

¹⁶⁸ AGUIAR JR., Ruy Rosado. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**: Resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004. p. 131 – 132.

¹⁶⁹ Em claríssima síntese das hipóteses de incumprimento, Ruy Rosado de Aguiar Jr. assim o classifica: “a) quanto à ‘causa’, em imputável ou imputável ao devedor, caso decorra de culpa deste, na primeira

aquele imputável e este não – permite extrair do art. 395, p. único, do Código Civil, ainda que textualmente restrito à conversão da mora em inadimplemento absoluto, um critério para concluir que também é impossível a prestação que deixou de ser útil ao credor.

Como observa Judith Martins-Costa:

O critério da utilidade da prestação para o credor [art. 395, p. único, CC] está predisposto para balizar o regime do inadimplemento, marcando a transformação do estado de inadimplemento relativo (cujo efeito é a mora) para o de inadimplemento absoluto. Porém, nada impede utilizar, analogicamente, em vista da identidade de razão, como um *topos*, de modo a “utilidade” balizar tanto a transformação do inadimplemento relativo e a consequente situação de mora em inadimplemento definitivo quanto critério para alcançar uma ideia não meramente naturalista de impossibilidade. No plano da Teoria do Direito, há muito é postulada a técnica da complementação entre o raciocínio tópico e o sistemático, entendendo-se ser não apenas possível, mas necessário conjugar sistema e problema, partindo o raciocínio do sistema, mas se orientando em direção a problemas que é preciso solucionar. Um tópico é um ponto de vista relevante consensualmente aceito. Assim o tópico da utilidade da prestação para o credor – cujo emprego analógico é justificado pelas similitudes entre os regimes do inadimplemento e o da impossibilidade superveniente – imanta a noção de prestação, pois, tendo essa em seu núcleo o fim ao qual predisposta, se há de entender ser esse um fim útil aos interesses do credor¹⁷⁰.

A referida autora é uma das raras vozes na doutrina nacional a tratar o problema da frustração do fim do contrato dentro da teoria da impossibilidade¹⁷¹.

Outro que o faz, porém de forma quase que subliminar, é Pontes de Miranda, ao pretender solucionar os casos da coroação por meio do Direito brasileiro, indicando

hipótese, ou, na segunda, se resultar de outro fator, como culpa do credor, ato de terceiro, caso fortuito ou força maior, da lei ou do próprio devedor sem culpa; b) quanto aos ‘efeitos’, o comportamento contrário ao contrato pode resultar em: b.1) incumprimento definitivo, se a prestação não puder mais ser efetuada (impossibilidade) ou exigida (modificação superveniente das circunstâncias); ou, sendo possível e exigível, não tiver mais utilidade para o credor; b.2) incumprimento não definitivo, quando persistem a possibilidade, a exigibilidade e o interesse do credor, mas a prestação não é efetuada no tempo, modo e lugar convencionados (mora); b.3) cumprimento defeituoso, quando é feita a prestação, mas de modo imperfeito [...]” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos*. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 503). Note-se que o referido autor expressamente incluir como espécie de incumprimento definitivo – que pode ser, ou não, imputável às partes – a situação de a prestação não ser mais útil ao credor.

¹⁷⁰ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 62 – 63.

¹⁷¹ “No nosso modo de ver, a solução mais rente ao sistema será a de considerar a hipótese de frustração do fim atrelada à Teoria da Impossibilidade, como uma de suas espécies, pois se o fim é – como aqui se sustenta – intrínseco, e não meramente extrínseco ao conceito de prestação, a sua frustração o atinge inelutavelmente. O fato de o fim ser especial, como o foi a locação nos casos da coroação de Eduardo VII [...] não o torna extrínseco a um conceito concreto de prestação mormente se, de modo expresso ou por via hermenêutica (considerado o contrato e suas circunstâncias) se possa concluir ter sido, o fim, conhecido e comum aos contraentes” (MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 181).

como caminho o art. 1.190 do Código Civil de 1916, atualmente art. 567 do Código Civil vigente, que assim dispõe: “Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava”.

Utilizando o conceito de “deterioração”, referido também em outras normas sobre impossibilidade parcial (artigos 235, 240 e 246, CC), Pontes de Miranda traz o fim para o conteúdo do negócio, permitindo que se resolva a obrigação que não pode mais atingir seu fim:

‘Deterioração’ está, no Código Civil brasileiro, por ‘não servir a coisa ou não servir como servia ou era de esperar-se que servisse para o fim a que se destinava’.

O fim pode não ser intrínseco; pode ser fim especial, que modifique o contrato em seu tipo, ou não, e influa na contraprestação. Assim, no caso da coroação de Eduardo VII, não se poderia pensar em resolução do contrato, se o aluguer fôsse por um ano ou mais, embora o locatário só houvesse pensado em poder assistir à passagem do cortejo¹⁷².

Desse modo, não obstante tratar do tema da frustração do fim do contrato em capítulo sobre alteração das circunstâncias e quebra da base do negócio, indicava que a solução normativa para o problema se encontra nas disposições legais sobre impossibilidade.

Conclui-se que no Ordenamento Jurídico brasileiro a conhecida teoria da frustração do fim do contrato é recepcionada como hipótese de impossibilidade superveniente e não imputável da prestação devido à perda do interesse do credor, encontrando fundamento, dentre outros dispositivos legais aplicáveis a depender da espécie de obrigação, no art. 248, lido em conjunto com o art. 395, p. único, do Código Civil.

Isto, contudo, resolve apenas o problema de fundamentação da teoria, permanecendo em aberto ainda o problema de sua aplicação. Ora, obviamente não é todo e qualquer interesse do credor que integra o conteúdo da prestação e condiciona o adimplemento.

Nessa altura, vale recordar que embora toda relação jurídica obrigacional tenha um fim, com frequência a finalidade que interessa à problemática da frustração do fim do contrato não é essa finalidade primária diretamente relacionada ao objeto

¹⁷² PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 338.

do negócio, mas sim a finalidade secundária ou fim de emprego; ou seja, aquele resultado que o credor almeja com a obtenção do fim primário do negócio.

Exemplificando: se em um contrato de locação o fim primário é a utilização da coisa locada pelo locatário, o fim de emprego pode ser a utilização da coisa locada para algum propósito específico, como, por exemplo, assistir à passagem do cortejo real ou da revista naval; se em um contrato de compra e venda o fim primário é a aquisição da propriedade sobre uma coisa, o fim de emprego pode ser a aquisição da propriedade de um imóvel para fins de moradia, incorporação, edificação, preservação, etc.

Em regra, essas finalidades secundárias integrarão o conjunto dos motivos, sem relevância jurídica; ou, não sendo motivos, sua frustração será risco exclusivo de uma das partes. Em algumas circunstâncias, porém, poderão vir a compor o conteúdo contratual, e, de maneira mais específica, o conteúdo da prestação e do ato de adimplemento.

Como recorda Larenz, integram o conteúdo contratual aquelas finalidades que são comuns, ou que sendo particulares, foram assumidas de maneira expressa ou implícita como relevantes pelas partes¹⁷³.

Precisamente ressalta Pontes de Miranda que “Tudo se reduz a questão de interpretação dos negócios jurídicos”¹⁷⁴.

Sendo assim, no próximo tópico serão analisadas as fontes de integração do conteúdo e as ferramentas de interpretação contratual disponíveis no Ordenamento, para avaliar em que circunstâncias determinada finalidade compõe o conteúdo do contrato, de modo que sua frustração seja capaz de implicar efeitos resolutórios.

3.2 INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO DO FIM COMUM NO CONTEÚDO CONTRATUAL

No capítulo sobre Direito estrangeiro vimos que, na ausência de indicação expressa pelas partes, há elementos interpretativos que podem auxiliar a verificar se o fim integrou ou não o conteúdo contratual.

¹⁷³ LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002. p. 155 – 156.

¹⁷⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 338.

Em *Krell v. Henry*¹⁷⁵ verificou-se que o comportamento das partes anterior à celebração do negócio (oferta, tratativas) e as disposições do próprio contrato (locação por curto período, apenas para os dias, não para as noites) indicavam que aquela locação possuía finalidade especial, assumida como relevante por ambas as partes.

No caso *Herne Bay Steam Boat Co. v. Hutton*¹⁷⁶, por sua vez, os usos locais indicavam ser comum a locação de embarcações na região para passeios, de modo que o fim específico de assistir à revista naval não integrou o conteúdo do negócio.

Em relação à *joint venture* celebrada entre as empresas de carruagens de Rouen e Paris¹⁷⁷, a finalidade fica evidenciada a partir da própria intenção comum das partes. Com efeito, quem celebra tal espécie de contrato normalmente o faz com expectativa de lucro, sendo que a superveniente instalação de meio de transporte muito mais eficiente para realizar o mesmo trajeto certamente inviabilizaria tal propósito, que era comum às partes.

De maneira similar ocorreu no caso do arrendamento do posto de combustíveis¹⁷⁸, com acréscimo do fundamento de que a relevância do fim de emprego, nesse caso, deriva do próprio tipo contratual. Ou seja, a finalidade de uso do posto de combustíveis arrendado para comercializar combustíveis é típica.

No caso do portal¹⁷⁹, a finalidade de emprego deste especificamente na igreja destruída dependerá de o portal ter sido concebido e manufaturado especialmente para o local de destino. Se suas medidas e estética foram orçadas para aquela igreja específica, pode-se dizer que a finalidade influiu na contraprestação, e, desse modo, implicitamente compôs o conteúdo do contrato. Caso, porém, se estivesse tratando de um portal que poderia servir para qualquer igreja ou qualquer construção, ainda que a razão determinante de o padre o ter encomendado tenha sido para ser alocado em sua paróquia, na ausência de indicação expressa do instrumento contratual, não há como presumir que a finalidade tenha sido comum de modo que o artesão tenha assumido o risco de a igreja deixar de existir.

Os critérios usualmente indicados pela doutrina para aferir se o fim frustrado integrou o conteúdo do contrato são: se a prestação depende de circunstâncias que

¹⁷⁵ Vide subseção 2.1.1.

¹⁷⁶ Vide subseção 2.1.2.

¹⁷⁷ Vide subseção 2.1.3.

¹⁷⁸ Vide subseção 2.1.4.

¹⁷⁹ Vide subseção 2.1.5.

são objetivamente necessárias para sua adequada execução (por exemplo, a possibilidade de venda de combustíveis no arrendamento do posto de combustível; a existência da igreja, para a montagem do portal); se o fim é típico; se a finalidade influenciou prestação ou contraprestação; se a consideração da finalidade deriva de usos e costumes; se a boa-fé objetiva, como padrão de conduta normal integrado às legítimas expectativas das partes impõe a consideração da finalidade para tornar o adimplemento satisfatório; se o risco da frustração da finalidade cabe exclusivamente a uma das partes, alocação esta verificável a partir das disposições contratuais ou de um juízo de boa-fé objetiva; se a frustração era previsível de modo que a parte por ela prejudicada tenha assumido o risco de frustração.

Todos esses critérios assystematicamente referenciados constituem, ora fontes de integração do conteúdo contratual, ora índices de interpretação contratual. Pretende-se demonstrar como esses e outros critérios são recepcionados e aplicados no Direito brasileiro, com o objetivo de auxiliar, em cada caso concreto, a verificar se determinada finalidade frustrada integrou ou não o conteúdo contratual, tornando a prestação a ela vinculada juridicamente impossível de forma a autorizar a resolução do negócio.

Iniciemos com uma definição prévia. Muito se tem falado em interpretação do conteúdo do contrato, mas até o momento não se definiu o que se entende por conteúdo contratual. Somente após compreendida toda a extensão do conteúdo é que se passará a estudar as ferramentas para interpreta-lo.

Este exercício de definição e sistematização é tarefa da doutrina, já que o Código Civil é lacônico no que diz respeito à interpretação contratual, dedicando, originalmente, apenas 4 artigos¹⁸⁰ de caráter geral ao assunto. Isto decorre de uma concepção arraigada na tradição jurídica brasileira desde o Código Civil de 1916 – já que o parcialmente revogado Código Comercial de 1850 previa em seu art. 131 diversos critérios de interpretação – de que, sendo a interpretação atividade típica da função jurisdicional, não deve o legislador comprimi-la, possibilitando ao Juiz exercer

¹⁸⁰ **Art. 112.** Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem; **Art. 113.** Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração; **Art. 114.** Os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente; **Art. 423.** Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente.

seu livre convencimento, de modo que as regras de interpretação deveriam ser mínimas e não vinculantes¹⁸¹.

Contudo, após várias décadas de exercício desenfreado de liberdade interpretativa pela função jurisdicional, com parca atividade doutrinária oferecendo sistematização e critérios interpretativos, foram sentidos os severos impactos que essa postura implicou para a estabilidade das relações sociais, tais como a falta de previsibilidade no ambiente de negócios e prejuízos às liberdades individuais e econômicas, reféns não de uma ingerência minuciosa do legislador na atividade interpretativa causando engessamento e preservação do *status quo*, mas sim da ingerência excessiva, imprevisível e muitas vezes arbitrária (sem critérios e sem respeito à intenção comum das partes) da jurisdição¹⁸².

A resposta a essa tendência iniciou no Direito processual, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) e a previsão de diversos dispositivos legais com o objetivo de pautar e densificar o dever de fundamentação e o contraditório substancial, como os artigos 10 e 489, §§1º e 2º.

Em seguida, houve a reforma, pela Lei 13.655/2018, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) com a inserção dos artigos 20, 22 e 23, que conferem condicionantes e direcionamentos materiais à interpretação; e, de forma mais recente, a Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019), que contém uma ampla gama de princípios, critérios e diretrizes à atividade interpretativa,

¹⁸¹ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação**: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 169 – 170.

¹⁸² No que se refere ao histórico de aplicação jurisprudencial da boa-fé objetiva e seu panorama atual, Judith Martins-Costa diagnostica-o de forma precisa: “de um lado, encontra-se o seu desenvolvimento por obra de uma jurisprudência responsável, pois ciente da conexão entre o fato e a configuração que terá, no caso, o princípio da boa-fé, bem como atenta ao mandamento constitucional de fundamentação da sentença; de outro, encontra-se o seu emprego traduzido no subjetivismo hermenêutico, vindo então a ser invocada a boa-fé objetiva ora como mero argumento de autoridade distanciado dos fatos cuja ordenação é sua razão de ser; ora como escusa ao personalismo de um julgador por tudo infenso à controlabilidade democrática; ora *flatus vocis* que nada agrega ao convencimento, racional e sistematicamente ancorado, sobre a pertinência do argumento. Nesses casos, limita-se o julgador a proclamar a boa-fé sem explicitar as razões, de fato e de direito, pelas quais o faz, sem revelar o problema que suscita o direcionamento dado pela boa-fé, e sem indicar como encontrou a solução para a qual foi orientado pelo princípio. Então o instituto designado pela expressão boa-fé resta transmutado em pretensa fórmula mágica difusamente empregada, sem distinções nem mediações, em um sem número de situações díspares. De figura da Ciência Jurídica, torna-se aríete do voluntarismo que, afastado da construção dogmática segura e consolidada pelo tempo e pela racionalidade própria ao universo jurídico, tudo quer modificar com palavras, sem nada construir com institutos ou modelos jurídicos” (MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 13). Infelizmente, a segunda hipótese ainda é mais frequente que a primeira, urgindo o trabalho doutrinário em sistematizar critérios para a aplicação da boa-fé e para interpretação contratual.

administrativa e jurisdicional. Em sede de interpretação contratual, foram inseridos no Código Civil os parágrafos 1º e 2º ao art. 113¹⁸³, o parágrafo único ao art. 421¹⁸⁴, e o art. 421-A¹⁸⁵.

Não obstante, ainda que mais robusto, o tratamento da matéria permaneceu assistemático, já tendo sido salientado o papel da doutrina em corrigir esse cenário.

Para tanto, recorrer-se-á à sistematização empreendida por Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke na obra “Lacunas Contratuais e Interpretação: história, conceito e método”.

O autor entende como conteúdo do contrato:

O que o contrato contém, o que constitui sua substância, é a regulação, a disciplina preceptiva com que se comprometem as partes; o complexo de regras que as partes ditaram com o contrato, resultado do consenso, devidamente interpretado, em conjugação às normas derivadas de fontes heterônomas, que se agregam ou injuntivamente, ou supletivamente, depois de passarem pelo filtro da intenção comum das partes. [...] Formalmente, o conteúdo é o conjunto das cláusulas negociais e das regras que se agregam por derivação de fontes heterônomas; substancialmente, é a própria auto e hetero regulação de interesses, no sentido de ser uma combinação de elementos normativos e elementos voluntários¹⁸⁶.

Distingue-se do objeto do contrato, que é aquilo que é regulado pelo conteúdo; isto é, o conjunto das prestações enquanto “comportamento que a regra impõe ou o resultado que ela imediatamente obtém”¹⁸⁷ (o “dar”, “fazer” e “não-fazer”). Muito embora sejam conceitos distintos, o objeto integra o conteúdo do contrato na medida

¹⁸³ **Art. 113.** [...] **§ 1º** A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que: **I** - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio; **II** - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio; **III** - corresponder à boa-fé; **IV** - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e **V** - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração. **§ 2º** As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

¹⁸⁴ **Art. 421, p. único.** Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.

¹⁸⁵ **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.

¹⁸⁶ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação: história, conceito e método.** São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 234 – 235.

¹⁸⁷ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação: história, conceito e método.** São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 231.

em que é por ele regulado. Em outras palavras, o conteúdo é a reprodução intelectual e normativa do objeto, descrevendo-o, individualizando-o, regulando-o¹⁸⁸.

Nesse sentido, as relações jurídicas contratuais são compostas de: (a) conteúdo expresso: “considerandos” e cláusulas contratuais, enfim, todo o conteúdo escrito ou verbal expressamente acordado; (b) conteúdo implícito: composto pelas disposições jurídicas (legais e regulamentares) cogentes, inafastáveis pela vontade das partes; e (c) conteúdo presumido: integrado pelas disposições jurídicas (legais, regulamentares e costumeiras) de natureza dispositiva, que incidirão de maneira presumida, sendo afastadas apenas se as partes manifestarem-se em sentido contrário ou se forem incompatíveis com a intenção comum das partes (art. 112, CC) extraída da interpretação do contexto e do conjunto das disposições contratuais¹⁸⁹.

São fontes do conteúdo contratual, portanto: a autonomia privada; as normas legais e regulamentares, cogentes ou dispositivas – excepcionalmente, as normas constitucionais¹⁹⁰; os usos, costumes e práticas; e a boa-fé objetiva em sua função criadora de deveres anexos e laterais (art. 422, CC).

Ressalta Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke que o conteúdo gerado por essas fontes, não derivado diretamente da autonomia privada, não constitui preenchimento de lacuna:

A atuação do intérprete *a posteriori*, nesse sentido, não será integrativa, mas interpretativa-declaratória, pois declarará a sua presença e eventualmente declarará seu descumprimento. São elementos, portanto, que estão desde o início no conteúdo contratual, disciplinando a conduta das partes, ainda que de modo inexpresso na declaração negocial¹⁹¹.

Somente haverá que se falar em lacuna quando após construção de todo o conteúdo expresso, implícito e presumido, houver carência de regulamentação de

¹⁸⁸ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação**: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 239 – 240.

¹⁸⁹ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação**: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 237; 244.

¹⁹⁰ Admite-se, excepcionalmente, a incidência direta da Constituição e dos direitos fundamentais nas relações entre particulares quando a norma constitucional dirigir-se à regulação das relações interprivadas, tal como os direitos fundamentais sociais trabalhistas previstos no art. 7º, CR e a garantia fundamental da liberdade de associação, entre outros. No que se refere às demais normas constitucionais, admite-se o modelo fraco de eficácia indireta tal como proposto por Otavio Luiz Rodrigues Jr. (RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 350 – 354).

¹⁹¹ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação**: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 244.

alguma questão, hipótese na qual as partes ou o intérprete (juiz, árbitro, *dispute boards*) serão chamados a supri-la por meio de interpretação completativa¹⁹².

Como se mencionou anteriormente, o fim sempre integra a relação jurídica contratual. No que se refere, contudo, ao denominado fim de emprego, este, em regra, não compõe o conteúdo do contrato. Trata-se, nas palavras de Antonio Junqueira de Azevedo, do “efeito que se visa com os efeitos do negócio”¹⁹³, podendo auxiliar na interpretação contratual esclarecendo a intenção das partes consubstanciada na declaração (art. 112, CC).

Todavia, excepcionalmente a finalidade de emprego pode vir a compor o conteúdo do contrato, sendo essa justamente uma das hipóteses em que terá lugar a aplicação da teoria da frustração do fim do contrato, como impossibilidade superveniente e não imputável da prestação decorrente da perda do legítimo interesse do credor.

Quando tal finalidade vier a participar do conteúdo do contrato, será em razão de alguma das fontes referidas: autonomia privada, normas cogentes e dispositivas, usos, costumes e boa-fé objetiva.

Entretanto, a finalidade relevante pode não estar evidente no conteúdo expresso, implícito e presumido do contrato, sendo necessário (re)interpretá-lo¹⁹⁴ para revelá-la. Entra em cena, aí, a interpretação contratual propriamente dita.

Como diretrizes legais vinculantes para realização de tal interpretação, pode-se citar a intenção comum das partes (art. 112, CC) e a função hermenêutica da boa-fé objetiva (art. 113, CC).

¹⁹² NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação**: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 382 – 383.

¹⁹³ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico e Declaração Negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.n.], 1986. p. 225.

¹⁹⁴ Recorde-se que não existe aplicação do Direito sem interpretação. As modernas teorias do Direito repelem o brocardo *in claris non fit interpretatio*, sendo a interpretação o meio pelo qual o sujeito acessa o mundo, definindo seu horizonte de sentido. Apenas para citar uma dessas teorias, conforme demonstra Ronald Dworkin, a interpretação não é um estágio posterior à descoberta da norma jurídica; ao contrário, a própria identificação do direito válido pressupõe uma interpretação que o torne o melhor exemplo da prática jurídica da comunidade e melhor concretize seus princípios de moralidade política (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. Ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 271 – 273). Aplicando tal lição ao campo contratual, temos que a “descoberta” das regras que integram o conteúdo contratual requer a interpretação do próprio contrato e das fontes heterônomas, constituindo seu conteúdo apenas aquelas disposições compatíveis com a intenção comum, obtida a partir da interpretação das declarações negociais.

O objetivo de toda interpretação é desvendar – ou, em uma perspectiva menos metafísica, construir¹⁹⁵ – o sentido, alcance e limites de algo exteriorizado na realidade, indo além da mera exteriorização e, com auxílio de pré-compreensões, do contexto e dos demais dados da realidade circundante – pois nada existe no vazio – obter uma noção mais ampla e profunda do objeto interpretado que faça sentido no contexto analisado.

No caso da interpretação dos negócios jurídicos, que têm como elemento nuclear do suporte fático a manifestação ou declaração consciente de vontade¹⁹⁶, o objeto da interpretação é a declaração tal como exteriorizada, seja por meio de palavras ou comportamentos, com o propósito de compreender ou construir a intenção dos figurantes do negócio em sua melhor luz, frente ao contexto fático e normativo no qual se insere. No que se refere aos contratos, que são formados por declarações bilaterais de vontade, a interpretação visa desvendar a intenção comum das partes.

Não é objeto de interpretação a intenção, o que, por ser impossível, haja vista que (ainda) não existe mecanismo capaz de ler pensamentos, jogaria sobre o negócio subjetivismo e insegurança; mas sim a declaração de vontade exteriorizada, o que fica claro a partir da inserção da expressão “intenção nelas consubstanciada” no texto do art. 112, CC. Por sua vez, sendo o objetivo da interpretação contratual buscar (construir) a intenção comum consubstanciada na declaração, não se deve restringir

¹⁹⁵ Quando o juiz interpreta o Direito para solucionar um problema, ele ao mesmo tempo “descobre” o Direito e “cria” Direito novo (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. Ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 271). Conforme explica Ronald Dworkin, existem basicamente 3 formas de interpretação: científica, intencional e artística. A primeira seria a interpretação de fatos naturais; não diz respeito nem a intenções de pessoas nem a produtos criados por elas. A interpretação intencional, por sua vez, é a interpretação que as pessoas realizam umas das outras em seus diálogos; busca-se descobrir o que o outro pretendeu dizer com aquilo. Finalmente, uma terceira forma diz respeito à interpretação de obras artísticas, tais como pinturas, poemas e textos, as quais são produto do pensamento de uma pessoa. A interpretação das práticas sociais, como o Direito e a moral, seria análoga à interpretação artística, a qual Dworkin denomina de interpretação criativa. Por seu turno, uma das características dessa forma de interpretação é justamente a sua construtividade, na medida em que a atribuição de significado a essas práticas envolve, sobretudo, a contribuição do próprio intérprete. Não obstante, não se trata de uma arbitrariedade, visto que “a interpretação construtiva é uma questão de impor um propósito a um objeto ou prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam. Daí não se segue, mesmo depois dessa breve exposição, que um intérprete possa fazer de um objeto ou de uma obra de arte qualquer coisa que desejaria que fossem; [...] Pois a história ou a forma de uma prática ou objeto exerce uma coerção sobre as interpretações disponíveis desses últimos” (DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 60 – 64).

¹⁹⁶ MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 225.

a interpretação à literalidade do que foi exteriorizado, esta mero ponto de partida do processo hermenêutico.

A intenção comum será, desse modo, extraída da totalidade das manifestações de vontade, dos comportamentos anteriores, concludentes e posteriores à celebração do negócio, do contexto, das circunstâncias, da comparação com o que seria o modelo de conduta leal e proba extraído da boa-fé objetiva e daquilo que é usual, comum, que teria sido (ou deveria ter sido) razoavelmente levado em conta pelos figurantes na conclusão do negócio. Além disso, o resultado da interpretação deve fazer sentido perante o Ordenamento; ou seja, deve estar em conformidade com ele.

Conforme explica Judith Martins-Costa:

Na busca do significado declarativo (seja expresso na declaração, seja inferido de um comportamento concludente) a atenção do intérprete deverá estar voltada, primeiramente, à intenção tal qual exteriorizada (por palavras ou por comportamentos), buscando-se um sentido conotado à manifestação socialmente apreensível. Porém, essa apreensão também é conotada a um determinado contexto. Por isso o art. 113 indica deverem os negócios jurídicos ser interpretados segundo a boa-fé e os usos do lugar da celebração, é dizer: ao menos *prima facie* o sentido deverá corresponder ao que é usual ou corriqueiro no mercado, ou ao específico setor que situa, contextualmente, aquele concreto negócio jurídico interpretado. Pode-se sustentar, portanto, que o art. 113 é dirigido às partes, mas igualmente, ao juiz ou árbitro, pois serve de mandamento que lhes é imposto de não permitir que o contrato, como regulação objetiva dotada de um sentido específico, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, e considerado o Ordenamento jurídico em que inserido, seria lícito esperar.

Da conjugação entre ambos os enunciados – arts. 112 e 113 – resulta a prevalência do significado normal da declaração de vontade segundo a prática corrente, entre os figurantes, se for o caso, o comportamento das partes e os usos dos negócios¹⁹⁷.

Note-se que os usos, assim como a boa-fé, funcionam tanto como meios de integração do conteúdo contratual, como também critérios de interpretação desse conteúdo.

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke entende a intenção comum das partes, prevista no art. 112, CC, como postulado normativo da interpretação; uma norma sobre a aplicação de outras normas (metanorma), de modo que todos os critérios de interpretação convergem e são filtrados pela intenção comum¹⁹⁸. Os critérios de

¹⁹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 493.

¹⁹⁸ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação**: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 370 – 371.

interpretação orbitam a intenção comum, sendo agrupados em contexto verbal, contexto situacional e finalidade.

O contexto verbal demanda que se interprete a declaração dentro de um contexto sistemático, “seja com referência a outros elementos verbais do próprio instrumento contratual (como, por exemplo, outras cláusulas, os ‘considerandos’ – ou ‘consideranda’ –, etc.) seja com referência a outros contratos que com o interpretado se encontrem coligados”¹⁹⁹.

Por seu turno, o contexto situacional corresponde às circunstâncias negociais, como, por exemplo, tempo e lugar da celebração do contrato, qualidades dos contratantes envolvidos e da coisa que eventualmente é objeto da prestação, comportamento das partes antes ou depois da celebração do contrato, relação pessoal dos contratantes, boa-fé e usos e costumes²⁰⁰.

Ao lado desses elementos o fim concreto do negócio também serve como importante índice de interpretação. Para os propósitos deste trabalho, contudo, é analisado o fim do negócio nas hipóteses em que o mesmo integra o conteúdo contratual. Fora dessas hipóteses, o fim pode servir como critério para interpretação.

Assim, em síntese, são critérios gerais de interpretação contratual, decorrentes do postulado da intenção comum das partes e da boa-fé objetiva: o contexto verbal composto da totalidade das disposições contratuais encontradas no mesmo instrumento ou em contratos coligados, o comportamento das partes anterior, concludente e posterior à celebração do negócio, as circunstâncias negociais, as práticas realizadas pelas partes em outras relações contratuais, os usos e a boa-fé objetiva como *standard* de conduta exigível.

Esses critérios remontam a longa tradição jurídica, estando presentes nas regras de Pothier e no *Code Civil* francês de 1804. No Brasil, apareceram nos artigos 130 a 133 do Código Comercial de 1850 e nos projetos de Código Civil de Felício dos Santos e Coelho Rodrigues, que, no entanto, como já apontado, não se concretizaram, tendo o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, em sua redação original, optado por trazerem escassa disciplina normativa acerca da interpretação

¹⁹⁹ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação**: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 381.

²⁰⁰ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação**: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 381.

contratual²⁰¹. Não obstante, a doutrina e a jurisprudência os mantiveram vivos, sendo incorporados ao Ordenamento jurídico por fonte consuetudinária²⁰², podendo, ademais, ser extraídos da interpretação conjunta dos artigos 112 e 113, *caput*, do atual Código Civil. Recentemente, a partir das inserções realizadas pela Lei da Liberdade Econômica, alguns deles foram incluídos no §1º do art. 113:

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
 § 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:
 I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do negócio;
 II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
 III - corresponder à boa-fé;
 IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e
 V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

Inicialmente, vale destacar que a despeito de o *caput* do art. 113 referir-se à interpretação dos negócios jurídicos em geral, pelo teor das inserções realizadas no §1º, conforme advertem José Antônio Peres Gediél e Adriana Espíndola Corrêa, as espécies de negócio jurídico que assim devem ser interpretados restringem-se àqueles intervivos, bilaterais ou plurilaterais, patrimoniais, que se realizam entre pessoas naturais ou jurídicas atuantes no mercado, não se aplicando integralmente aos negócios jurídicos de consumo, de direito de família, existenciais ou extrapatrimoniais²⁰³.

O inciso I traz o critério do comportamento posterior, um dos critérios inseridos no contexto situacional do contrato, deixando, injustificadamente, de incluir também o comportamento anterior das partes.

O inciso II, por sua vez, alude aos usos, costumes e práticas de mercado, tradicionais fontes do conteúdo contratual e critérios de sua interpretação. A menção

²⁰¹ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Comentário ao artigo 113 §§ 1º e 2º do Código Civil: interpretação contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: comentários**. Edição do Kindle. São Paulo: Almedina, 2022. p. 367 – 368.

²⁰² NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Comentário ao artigo 113 §§ 1º e 2º do Código Civil: interpretação contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica: comentários**. Edição do Kindle. São Paulo: Almedina, 2022. p. 392 – 396.

²⁰³ GEDIÉL, José Antônio Peres; CORRÊA, Adriana Espíndola. Interpretações – Art. 113 do Código Civil. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (orgs.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 327.

às “práticas de mercado” é desnecessária, vez que tal noção já está contida na ideia de usos do tráfico. Referidas práticas, ademais, não se confundem com aquelas normalmente associadas à ideia de “usos individuais”; ou seja, as práticas das próprias partes contratantes anteriores e posteriores à celebração do contrato (estas já contempladas no inciso I) e as práticas das partes em outras relações contratuais.

Tanto o inciso II quanto o inciso III, além disso, são desnecessários e redundantes, na medida em que os critérios da boa-fé e dos usos já estão expressos no *caput* do art. 113.

Em relação ao inciso IV, o legislador inspirou-se no critério de interpretação *contra proferentem*, já, aliás, previsto no art. 423 para os contratos por adesão. Entretanto, a regra do art. 113, §1º, IV estendeu o favor legal aos contratos paritários, em aparente contradição com o espírito que vigorava de reduzir a intervenção estatal nos contratos²⁰⁴.

O inciso V, por fim, demanda esforço interpretativo mais aguçado, já que a redação do dispositivo é imprecisa e não encontra correspondência na tradição jurídica brasileira ou no direito comparado. Seu núcleo – “qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida” – é proveniente de três possíveis fontes²⁰⁵: (a) as “demais disposições” do negócio, que se ligam ao anteriormente referido critério de interpretação denominado contexto verbal do contrato, o qual, contudo, não se limita às demais disposições do negócio, podendo abranger também os demais elementos textuais do negócio (considerandos, anexos, apêndices, etc.), negócios *per relationem*, e, inclusive, disposições de outros negócios conexos ou coligados; (b) a “racionalidade econômica das partes”, que melhor seria lida como racionalidade econômica do contrato, já que se tomada por sua literalidade a expressão permitiria recurso aos motivos subjetivos das partes, sendo sistematicamente incompatível com o art. 112 e com o *caput* do art. 113, CC. A racionalidade econômica do contrato, por sua vez, permite que sejam incorporados

²⁰⁴ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Comentário ao artigo 113 §§ 1º e 2º do Código Civil: interpretação contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica**: comentários. Edição do Kindle. São Paulo: Almedina, 2022. p. 374.

²⁰⁵ A sistematização e os esclarecimentos a seguir a respeito dos possíveis sentidos da norma contida no art. 113, §1º, V, CC foram originalmente empreendidos em: NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. Comentário ao artigo 113 §§ 1º e 2º do Código Civil: interpretação contratual a partir da Lei da Liberdade Econômica. In: MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica**: comentários. Edição do Kindle. São Paulo: Almedina, 2022. p. 479 – 486.

elementos da operação econômica subjacente para determinar o sentido e alcance dos efeitos do negócio; e (c) as “informações disponíveis” no momento da celebração do contrato, que parece remeter ao tradicional critério das circunstâncias negociais, mas que, infelizmente, a pretexto de inovar, utiliza a problemática expressão “informações”, que denota ciência por parte dos figurantes, ao passo que as circunstâncias negociais relevantes para interpretação são aquelas que as partes tinham ciência e aquelas que as partes deveriam ter ciência, considerando o contexto em que inseridas e a boa-fé objetiva.

Não obstante, as diversas críticas que se possam lançar à redação do §1º do art. 113 do Código Civil, fato é que os critérios de interpretação lá contidos não são taxativos, não excluindo outros critérios herdados da tradição jurídica (fonte consuetudinária) e da conjugação entre o art. 112 e o *caput* do art. 113 do Código Civil.

Nota-se, desse modo, que o Direito brasileiro, possui base normativa para utilização dos critérios de interpretação comumente utilizados pela doutrina estrangeira para localizar a finalidade de emprego no conteúdo contratual.

Considerando, porém, que toda a interpretação contratual é suscitada pelo problema prático a resolver e que “O problema concreto polariza a hermenêutica contratual porque o contrato foi feito precisamente para ser executado”²⁰⁶, é preciso, agora, testar os critérios obtidos para a resolução dos problemas práticos propostos no capítulo anterior (subseções 2.1.7, 2.1.8 e 2.1.9), com o objetivo de verificar se caracterizam hipóteses de impossibilidade superveniente e não imputável de prestar devido à frustração do fim do contrato. Ou seja, se a finalidade frustrada integra o conteúdo contratual de modo a permitir a resolução por iniciativa da parte prejudicada.

No “caso da viagem de férias” (vide subseção 2.1.7)²⁰⁷, em um primeiro olhar poderíamos identificar a finalidade de não apenas se deslocar ao país de destino, mas efetivamente realizar passeios turísticos, visitar locais, etc. a partir da intenção comum extraída da declaração e da boa-fé objetiva como padrão de conduta normal, pois

²⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 487 – 488.

²⁰⁷ Ressalte-se que, ao menos no Brasil, independentemente da incidência da hipótese de frustração do fim do contrato, a questão poderia ser resolvida pela MP 925/2020, posteriormente convertida na Lei 14.034/2020, que possibilitou, no período compreendido entre 19/03/2020 e 31/12/2021, aos consumidores adquirentes de passagens aéreas que viessem a desistir de suas viagens, a restituição dos valores pagos com desconto das eventuais multas contratuais, ou o recebimento de crédito para posterior utilização sem a incidência de qualquer penalidade.

quem adquire um pacote turístico em agência de viagens, reservando voo, estadia e passeios normalmente o faz com esse propósito, e quem vende o pacote turístico tem em vista essas finalidades.

Além disso, o contrato de pacote turístico, firmado entre consumidor e agência de viagens, e o contrato de transporte entre consumidor e companhia aérea, intermediado pela agência de viagens, apesar de estruturalmente distintos, compõem ambos, contextualmente, uma única operação econômica, sendo, portanto, contratos coligados²⁰⁸ a serem conjuntamente interpretados.

No entanto, ainda que seja possível extrair a finalidade comum da operação contratual, verifica-se que ela não integra seu conteúdo – ao menos no que se refere ao conteúdo do contrato de transporte entre companhia aérea e consumidor – haja vista que o acordo acerca da prestação e contraprestação não a levou em conta.

Avaliando-se o comportamento das partes anterior à celebração do contrato, verifica-se que foi oferecida ao consumidor a possibilidade de cancelar ou remarcar sua passagem sem custo por qualquer motivo (sejam motivos de força maior ou outros motivos), mediante acréscimo no preço, ao que o consumidor expressamente optou por uma tarifa mais reduzida que não incluía essa opção, assumindo, dessa forma, os riscos da frustração do fim. Admitir que a finalidade, neste caso, integra o conteúdo do contrato seria contrário à própria boa-fé objetiva – referida anteriormente como critério de integração – que proíbe comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*).

Diferente poderia ser a solução se a companhia aérea não houvesse disponibilizado opção, ou não tivesse cumprido adequadamente o dever de informação.

No que concerne aos demais itens integrantes do pacote turístico, por seu turno, não haveria óbice para que se postulasse a resolução por impossibilidade da prestação, inclusive atingindo outras relações contratuais componentes da rede, considerando a possibilidade de comunicação de ineficácias entre contratos conexos²⁰⁹.

²⁰⁸ De maneira mais precisa, trata-se de conexão entre contratos que caracteriza rede contratual com vínculo de coordenação centrífuga, centralizada no contrato celebrado com a agência. Nesse sentido, vide: LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os Contratos Coligados, os Contratos Conexos e as Redes Contratuais. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. Vol. IV: contratos mercantis. São Paulo: Thomson Reuters, 2016. p. 479.

²⁰⁹ Em parecer, Giovanni Ettore Nanni analisa interessante caso em que a resolução de um contrato pela frustração de seu fim deveria ensejar a extinção dos demais contratos coligados diante da

Por sua vez, no intitulado “caso da van escolar” (vide subseção 2.1.8), por meio da intenção comum e da boa-fé objetiva parece ser incontroverso que a realização da prestação que objetivamente satisfaz o interesse do credor pressupõe que estejam havendo aulas presenciais, não havendo viabilidade de adimplemento na circunstância de apenas ser possível o transporte da criança da casa até a escola fechada.

Se se tratasse de um contrato de transporte público, um ônibus de linha, então poder-se-ia sustentar que a prestação se resume em levar alguém de um lugar a outro, sendo irrelevante o que a pessoa irá fazer assim que chegar no local. No entanto, sendo um contrato de transporte escolar, a finalidade relevante integra o conteúdo do contrato em razão do próprio tipo contratual e dos usos.

comunicação da ineficácia à rede contratual. Tratava-se, em síntese, de operação em que as partes celebraram diversos contratos com o objetivo de construir um posto de combustíveis. Alguns dos instrumentos celebrados foram: Contrato de Promessa de construção de posto de combustíveis, Contrato de Empréstimo, Termo de Compromisso, Escritura de Hipoteca, Carta de Intenções e Contrato de Locação Comercial. Segundo consta, não foi possível levar adiante o projeto em razão da não instalação do restaurante previsto no local, atrativo reputado essencial para o sucesso do empreendimento. Houve demanda judicial movida pela empresa revendedora de combustíveis discutindo a responsabilidade do investidor pelo não cumprimento de promessa de fato de terceiro – qual seja a de que o restaurante se instalaria no local – que resultou em decisão liminar suspendendo os efeitos do contrato de promessa celebrado entre a empresa revendedora de combustíveis e o investidor. Segundo o parecerista, contudo, não há que se falar em inadimplemento da promessa de fato de terceiro pelo investidor, já que o restaurante havia se comprometido pessoalmente com a obrigação de se instalar no local. Concluiu-se que a decisão liminar que suspendeu o contrato de promessa e perdurou por 11 anos resultou na total perda do sentido e razão de ser da operação, ocorrendo a frustração do fim do contrato de promessa, que implicaria na resolução do mesmo, bem como na resolução dos demais contratos coligados, particularmente do contrato de mútuo celebrado entre o investidor e a revendedora, havendo a necessidade de restituição do montante emprestado. Nas palavras do parecerista: “Tendo em vista a vigência da decisão liminar há mais de dez anos, a rede contratual existente deve extinta pela frustração de seu fim, que não se confunde com a resolução por inadimplemento nem com a onerosidade excessiva. [...] Analisando o caso concreto, é indubitável que tais requisitos se aplicam ao Contrato de Promessa, haja vista que se cuida de um pacto bilateral, comutativo, de execução continuada, cuja finalidade de constituir um empreendimento de posto de combustível integra o seu conteúdo. Além disso, é mais do que razoável supor que depois de onze anos ineficaz em função de decisão liminar – que não está na álea do contrato e é alheia à conduta das partes, que não estavam em mora – o Contrato de Promessa perdeu completamente o seu sentido, a sua razão de ser. [...] Como consequência da frustração do fim do contrato, a doutrina não discrepa em apontar que, se o contrato não começou a ser cumprido, dá-se a resolução com retorno ao estado anterior, estando as partes liberadas das prestações [...]. Em acréscimo, em quaisquer dos casos, as despesas incorridas para a preparação da execução do contrato devem ser reembolsadas. [...] Consequentemente, o que foi adiantado a título de mútuo por Consulente em favor dos Autores deve ser restituído. Sendo assim, é de se reconhecer a frustração do fim do contrato em relação ao Contrato de Promessa. Por isso, as prestações subsequentes não são devidas, porém as despesas e gastos incorridos para o seu cumprimento devem ser reembolsados, incluindo os demais pactos integrantes da coligação contratual entre os Autores e Consulente. Isso porque, na estrutura de contratos coligados, a ineficácia de um irradia seus efeitos aos demais, o que se aplica também à frustração do fim contratual” (NANNI, Giovanni Ettore. Promessa de Fato de Terceiro. Coligação Contratual e Extinção do Contrato pela Frustração de seu Fim (Parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC)**. vol. 9/2016. Out-Dez /2016. p. 279 – 310).

Acerca da argumentação da empresa transportadora de que o contrato havia sido firmado por 12 meses, período no qual, a despeito de férias escolares, recessos, faltas por motivos de doença ou qualquer outro motivo, a mensalidade fixa permanecia devida e os contratantes haviam anuído expressamente com isso nessas situações, o que se tem é que, nesses casos citados no instrumento contratual, a não utilização do transporte é previsível (tanto que antevistas e contempladas no contrato), estando de fato dentro da margem de risco dos contratantes. A suspensão definitiva das aulas presenciais até o final do ano letivo em decorrência de uma pandemia, por seu turno, escapa a essa álea ordinária. Assim, perfeitamente aplicável a hipótese de impossibilidade superveniente por frustração do fim do contrato.

Enfim, no “caso do estúdio de pilates em shopping center” (vide subseção 2.1.9), a finalidade integra o conteúdo do contrato por força da Lei 8.245/91, que impõe ao locador o dever de “entregar ao locatário o imóvel alugado em estado de servir ao uso a que se destina” (art. 22, I); e ao locatário o dever de “servir-se do imóvel para o uso convencionado ou presumido, compatível com a natureza deste e com o fim a que se destina” (art. 23, II).

Sabendo-se que se trata de relação contratual de trato sucessivo e que as medidas sanitárias são temporárias, tem-se exemplo de frustração do fim do contrato enquadrável como impossibilidade superveniente não imputável temporária, que conserva o negócio, possibilitando a suspensão temporária de seus efeitos, sem que o devedor incorra em mora, mediante aplicação dos artigos 392 e 396, e, por analogia, dos artigos 625, I, 741, 753 do Código Civil.

É pertinente destacar que durante a pandemia da Covid-19 ocorreram várias disputas judiciais entre locadores e locatários afetados por medidas sanitárias com o objetivo de restringir o contágio da doença. Tanto os casos eram distintos, quanto as soluções para casos similares também não eram uniformes.

Houve casos em que locatários pleitearam suspensão de aluguéis, rescisão e revisão de contratos por meras dificuldades financeiras decorrentes da pandemia – ou seja, sem relação com fato do príncipe que impossibilitou ou restringiu o uso do imóvel – ancorando-se nas hipóteses de impossibilidade da prestação ou onerosidade excessiva; outros que tiveram o uso do bem apenas parcialmente obstado por medidas sanitárias e outros, como no exemplo em tela, que, durante a vigência das medidas sanitárias foram totalmente impedidos de utilizar os imóveis locados para as finalidades comuns acordadas.

No que tange às soluções jurisprudenciais, houveram decisões entendendo não ser aplicável nenhuma perturbação eficaz no programa contratual, repelindo em todos os casos os pleitos dos locatários, sob fundamento de que a obrigação do locador consistiria somente em dar posse e que, não tendo havido desapossamento do locatário, mas mera impossibilidade ou restrição de uso, não caberia a liberação do devedor²¹⁰. Por sua vez, em vários arestos que acolheram os pedidos dos locatários notou-se por vezes a invocação genérica das teorias da imprevisão e onerosidade excessiva, sem cotejo analítico de seus requisitos frente ao caso, bem como o reforço retórico de outros princípios como a função social, boa-fé, equilíbrio contratual e vedação ao enriquecimento sem causa²¹¹. Não se localizou, no entanto, nenhum julgado analisando a questão sob o prisma da frustração do fim do contrato, que, ao menos no exemplo analisado neste trabalho, parece ser perfeitamente aplicável.

É preciso, portanto, delimitar o tipo de problema em que cada solução normativa se aplica, não havendo solução única para problemas distintos. É evidente

²¹⁰ Por exemplo, o acórdão da 30ª Câmara de Direito Privado do TJSP, que em ação de rescisão contratual cumulada com isenção de aluguel e multa e de entrega das chaves, assim decidiu: “Conquanto atos normativos expedidos pelo Poder Público tenham limitado ou impedido o funcionamento de determinados estabelecimentos comerciais, afetando em alguma medida a utilização de imóveis, não há dúvida de que a posse do bem, nesses casos, permaneceu em poder dos locatários, que nele deixa seus bens. Consequentemente, o locador não tem a posse do imóvel, nele não pode entrar e a ele não pode dar nenhuma destinação, pois ainda continua vinculado à relação locatícia. Ora, se com o contrato de locação o locatário visa, justamente, a obter a posse do imóvel e se o locador cumpriu a obrigação de transferi-la, tendo o locatário a disponibilidade do bem e locador a privação da posse direta, não é razoável nem juridicamente aceitável que o locatário fique isento da contraprestação a que se obrigou” (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1007455-86.2020.8.26.0005. 30ª Câmara de Direito Privado. Rel. Lino Machado. Data do Julgamento: 02/05/2022. Data de Registro: 02/05/2022).

²¹¹ Por exemplo, o acórdão da 1ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, nos Autos de Agravo de Instrumento nº 5012309-27.2020.8.24.0000, que entendeu pela redução dos aluguéis pagos por empresa que comercializa móveis planejados diante de suspensão de suas atividades em virtude de Decretos Estaduais. Cita-se trecho do acórdão em que consta tal fundamentação: “É de conhecimento comum que, desde o início da crise de saúde no Brasil - com efeitos nefastos na economia -, várias foram as precauções tomadas pelos governos para evitar a disseminação da Covid-19. Dentre elas, no Estado de Santa Catarina, citam-se os Decretos ns. 515/2020, 525/2020 e 562/2020, que determinaram, dentre outras medidas, a suspensão (total ou parcial) de atividades comerciais. Mesmo que a flexibilização das medidas esteja acontecendo gradativamente, é evidente que grande parte das empresas, principalmente aquelas que trabalham com a venda de produtos e serviços (inclusive a agravante), vem sofrendo fortes impactos no seu fluxo de caixa. Até porque, não é custoso deduzir, a crise afeta também os potenciais clientes/consumidores, que acabam por priorizar as necessidades essenciais do dia a dia (mercado, farmácia, gasolina, etc). Trata-se de precedente inimaginável que, por certo, é capaz de gerar desequilíbrio nas relações contratuais. E é nesta conjuntura que o Judiciário pode (e deve) atuar em casos desse jaez, buscando nivelar as relações, com fulcro na teoria da imprevisão e nos princípios basilares da Lei Substantiva, evitando-se a onerosidade excessiva de uma das partes” (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 5012309-27.2020.8.24.0000. 1ª Câmara de Direito Civil. Rel. Raulino Jacó Bruning, Data do Julgamento: 27/08/2020).

que não há como se sustentar impossibilidade da prestação em relação à obrigação pecuniária de pagamento do aluguel, por se tratar de obrigação fungível²¹². No que concerne à onerosidade excessiva, além de a ruína econômica do devedor não implicar alteração no valor das prestações acordadas, já existem no Ordenamento outros mecanismos como o da falência e insolvência para esse tipo de situação²¹³. A prestação sujeita à impossibilidade é aquela cabível ao locador consistente em possibilitar o uso do bem à finalidade que se destina (art. 22, I e art. 23, II da Lei 8.245/91); e tal impossibilidade não é em sentido naturalístico, e sim impossibilidade de satisfazer o interesse objetivo do credor. Desse modo, se a despeito da pandemia e das medidas sanitárias o interesse do credor ainda puder ser atingido (como, por exemplo, no caso de locações de imóveis para exercício de atividades empresariais não afetadas ou pouco afetadas pelas medidas restritivas) não haverá possibilidade de rescisão contratual ou suspensão do pagamento do aluguel.

Portanto, o grupo de casos referentes a locações comerciais durante a pandemia passível de solução com base na frustração do fim do contrato é aquele em que o uso do imóvel para o fim convencionado ou presumido restou obstado em razão de fato superveniente imprevisível e não imputável.

Ainda, convém destacar posicionamento doutrinário que enxerga a questão sob o prisma da revisão contratual²¹⁴, afirmando que algumas finalidades da locação ainda são mantidas mesmo com a presença de medidas sanitárias interditando temporariamente a atividade econômica do locatário no imóvel, como por exemplo o fato de que os bens do locatário permanecem no imóvel e o locador, durante a

²¹² Nesse sentido, cabe citar acórdão da 29ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nos autos de Agravo de Instrumento nº 2146763-38.2020.8.26.0000, que indeferiu o pedido formulado por empresa que presta serviços de buffet infantil, locatária de imóvel destinado a tal finalidade, a qual viu sua perspectiva de faturamento despencando em decorrência da pandemia. O acórdão sustentou que: “Não há que se falar, antes de mais nada, em impossibilidade de cumprimento da prestação a cargo da locatária, prestação essa consistente em obrigação de dar coisa certa, v.g., pecúnia. Essa segue sendo, do ponto de vista material, perfeitamente factível, ainda que se acene com a impossibilidade, num primeiro momento, ou excessiva dificuldade, ao depois, para o exercício da atividade econômica precípua da empresa, visto que o direito dos locadores à remuneração pela entrega do imóvel não está atrelado à efetividade do desempenho comercial do inquilino ou ao sucesso de seu negócio” (SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2146763-38.2020.8.26.0000. 29ª Câmara de Direito Privado. Rel. Fabio Tabosa. Data do Julgamento: 12/08/2020. Data de Registro: 20/08/2020).

²¹³ RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 161.

²¹⁴ SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil nos Tempos da Peste**. Ebook Kindle. São Paulo: Amazon, 2020. p. 69 – 70.

vigência do contrato, não pode ingressar no imóvel ou dar a ele outra destinação, não sendo razoável que permaneça privado da totalidade do locatício.

Tal visão não é de todo incompatível com o proposto no presente trabalho. Considerando que a frustração do fim do contrato, no Direito brasileiro, insere-se no campo da impossibilidade superveniente e não imputável da prestação, é possível enxergar a situação do bem que não serve de todo à finalidade para a qual se destina como hipótese de impossibilidade parcial ou deterioração (artigos 235 e 567, CC), com abatimento proporcional da contraprestação, o que viabilizaria, indiretamente, a revisão contratual.

Concluído o exame dos casos propostos à luz dos cânones de interpretação contratual com o propósito de identificar as circunstâncias em que o fim integra o conteúdo contratual é agora possível enunciar objetivamente o suporte fático da norma jurídica da frustração do fim do contrato no Direito brasileiro, identificando seus requisitos e fundamentos.

3.3 SÍNTESE: HIPÓTESES E REQUISITOS DA FRUSTRAÇÃO DO FIM CONTRATUAL NO DIREITO BRASILEIRO

A caracterização da frustração do fim do contrato no Direito brasileiro, como hipótese de impossibilidade superveniente e não imputável da prestação, com fundamento no art. 248 (no caso de impossibilidade total da obrigação de fazer, ou em cada dispositivo legal específico para cada espécie de obrigação) e no art. 395, p. único, do Código Civil, exige a presença de alguns requisitos.

Em primeiro lugar, que a relação jurídica contratual sob análise seja de execução diferida ou continuada. Com efeito, não se afigura factível que uma relação jurídica contratual que é adimplida logo em seguida à sua formação fique sujeita à ação de fato superveniente imprevisível e não imputável capaz de frustrar seu propósito.

Os contratos de execução diferida são aqueles cujo adimplemento está situado em momento posterior à conclusão, como por exemplo a compra e venda de um bem a prestações na qual a entrega do bem ocorre apenas após a quitação total do preço, de modo que o pagamento de cada parcela implica extinção parcial e gradativa do débito. Por sua vez, os contratos de execução continuada são aqueles fixados por determinado prazo, ou por prazo indeterminado, em que o adimplemento

se renova periodicamente durante a vigência do contrato, sem alteração no débito²¹⁵, como, por exemplo, em contratos de locação e licenças de uso de *software*.

Em segundo lugar, exige-se a ocorrência de evento imprevisível – ou com consequências imprevisíveis²¹⁶ – superveniente à conclusão do contrato, que não seja decorrente de ação ou omissão culposa de nenhuma das partes, e que não esteja dentro da margem de riscos assumida de maneira implícita ou expressa pela parte prejudicada.

A identificação da matriz de riscos de um contrato envolve a interpretação de seu conteúdo. Assim, conforme referido na subseção anterior, é necessária prévia construção do conteúdo contratual total (explícito, implícito e presumido), bem como a utilização dos critérios de interpretação, em especial artigos 112 e 113 do Código Civil.

Todo contrato compreende uma álea comum ou ordinária, que engloba desde a “pura e simples hipótese de inadimplemento da obrigação até a superveniência de fatos imprevisíveis que alterem as circunstâncias negociais”²¹⁷. Como refere Pontes de Miranda, tratando acerca das perturbações de equivalência do negócio: “As perturbações mínimas e as perturbações que não importam no enriquecimento demasiado de um dos figurantes não têm consequências. Quem contrata negocia em mundo que não é estável”²¹⁸.

Para além dessa álea ordinária, contudo, cada tipo contratual – legal ou social – pode envolver sua própria distribuição de riscos, inclusive alocando em face de uma das partes riscos decorrentes de eventos de força maior (os chamados “fortuitos internos”). Isto não é exclusividade dos contratos aleatórios nos quais a assunção de riscos encontra-se ligada ao sinalagma²¹⁹ (como, por exemplo nos contratos de venda

²¹⁵ LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 113 – 114.

²¹⁶ Em sentido análogo, o Enunciado 17 da I Jornada de Direito Civil do CJF: “A interpretação da expressão “motivos imprevisíveis” constante do art. 317 do novo Código Civil deve abarcar tanto causas de desproporção não-previsíveis como também causas previsíveis, mas de resultados imprevisíveis”; e o Enunciado 175 da III Jornada de Direito Civil do CJF: “A menção à imprevisibilidade e à extraordinariedade, insertas no art. 478 do Código Civil, deve ser interpretada não somente em relação ao fato que gere o desequilíbrio, mas também em relação às consequências que ele produz”.

²¹⁷ RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukasczek. A Liberdade Contratual e a Função Social do Contrato – Alteração do art. 421-A do Código Civil: art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otávio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (orgs.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica**: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters, 2019. p. 323.

²¹⁸ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 320.

²¹⁹ NICOLÓ, Rosario. Alea. In: **Enciclopedia del Diritto**. v.1. Milano: Giuffrè, 1954. p. 1.028 – 1.029.

de colheita futura e nos contratos de seguro), podendo ocorrer, pela via da autonomia privada e dos usos, em disposições acessórias de contratos comutativos. É o caso, por exemplo, de um contrato de compra e venda no qual o comprador renuncia à garantia por evicção (art. 448, CC), assumindo o risco da perda da propriedade; ou da utilização de INCOTERMS²²⁰ em contratos de compra e venda com transporte da mercadoria. Mesmo em contratos comutativos típicos ocorrem alocações de riscos para além da álea ordinária, como no caso dos contratos de empreitada (artigos 611 e 620, CC). Nos termos do art. 421-A, II, do Código Civil “a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada”.

É necessário, ainda, que a parte que alega a frustração do fim não esteja em mora, na medida em que “O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso” (art. 399, CC).

Por fim, requer-se que em virtude do fato superveniente não seja mais possível a satisfação do legítimo interesse do credor por meio da ação de prestar do devedor, desde que esse interesse integre o conteúdo do contrato. Novamente, será necessário recurso às fontes de integração do conteúdo contratual: a autonomia privada; as normas constitucionais, legais e regulamentares, cogentes ou dispositivas; os usos, costumes e práticas; e a boa-fé objetiva em sua função criadora de deveres anexos e laterais (art. 422, CC); bem como aos critérios de interpretação contratual: intenção comum das partes (art. 112, CC) e boa-fé objetiva em sua função hermenêutica (art. 113, CC), dos quais podem ser extraídos os seguintes índices: o contexto verbal composto da totalidade das disposições contratuais encontradas no mesmo instrumento ou em contratos coligados, o comportamento das partes anterior, concludente e posterior à celebração do negócio, as circunstâncias negociais, as práticas realizadas pelas partes em outras relações contratuais, os usos e a boa-fé objetiva como *standard* de conduta exigível.

²²⁰ Sigla que se refere aos “International Commercial Terms”, condições contratuais padrão no comércio internacional sistematizadas pela Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI). Têm a finalidade de regular a distribuição dos custos e dos riscos nos contratos de compra e venda que envolvem transporte da mercadoria. Aponta Frederico Glitz que a jurisprudência brasileira com frequência se socorre dos Incoterms como direito supletivo consuetudinário, julgando lides relativas a ressarcimento de custos com transporte em relações contratuais de compra e venda internacionais e internas pelo padrão de mercado em cada operação (CIF ou FOB), nas hipóteses em que o contrato não é claro. Para um exame analítico da jurisprudência brasileira acerca da aplicação dos Incoterms, vide: GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Transferência do risco contratual e incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Ano 2 (2013), nº 5, p. 3.885 – 3.944.

Particularmente no que concerne à identificação da finalidade de emprego no conteúdo do contrato, relevam os seguintes critérios: se a prestação depende de circunstâncias que são objetivamente necessárias para sua adequada execução (por exemplo, a possibilidade de venda de combustíveis no arrendamento do posto de combustível; a existência da igreja, para a montagem do portal); se o fim é típico; se a finalidade influenciou prestação ou contraprestação; se a consideração da finalidade deriva de usos e costumes; se a boa-fé objetiva, como padrão de conduta normal integrado às legítimas expectativas das partes impõe a consideração da finalidade para tornar o adimplemento satisfatório.

Satisfeitos esses requisitos, haverá incidência da norma no suporte fático da impossibilidade superveniente e não imputável da prestação devido à perda do legítimo interesse do credor, irradiando suas consequências jurídicas, as quais serão agora estudadas no capítulo seguinte.

4 CONSEQUÊNCIAS DA FRUSTRAÇÃO DO FIM CONTRATUAL

Como visto, o regramento das consequências jurídicas é o que impulsiona grande parte da doutrina ao debate acerca do enquadramento dogmático da frustração do fim do contrato. Conforme constata Menezes Cordeiro “A problemática essencial subjacente ao esgotamento, à supressão, à inutilização [de escopo] e à recondução dessas figuras ao continente da impossibilidade tem a ver com o destino da contraprestação”²²¹.

O autor, embora, entenda que a frustração do fim integra o direito da impossibilidade, afirma se tratar de impossibilidade imperfeita.

Aduz que a relação jurídica obrigacional é complexa, não se esgotando nas prestações principais, mas abrangendo deveres laterais e acessórios, de modo que não se pode mais afirmar que a impossibilidade da prestação tem por efeito automático a extinção da obrigação, e sim apenas da prestação principal. Dessa forma, a impossibilidade da prestação primária cabível a uma das partes não necessariamente ensejará a extinção da contraprestação, uma vez que eventual inobservância desses deveres laterais de conduta – em especial do dever de informação e notificação tempestiva da contraparte de que houve a perda do interesse do credor na prestação – pode ensejar a sobrevivência total ou parcial do dever de contraprestação²²².

O Código Civil e Comercial argentino incorporou essa lógica ao inserir, no art. 1.090, que trata a respeito da frustração do fim do contrato, o seguinte trecho, em tradução livre: “A resolução terá efeito quando a parte prejudicada comunica sua intenção de resolver à outra”. No referido país, a frustração do fim do contrato já contava, mesmo antes da expressa consagração legislativa, com reconhecimento

²²¹ CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Vol. IX. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 356 – 357.

²²² Menezes Cordeiro exemplifica da seguinte forma a manutenção do dever de contraprestar a despeito da impossibilidade não imputável da prestação, mediante inobservância de deveres laterais: “Numa situação dessas, desaparece um dever de prestar principal. Mas mantém-se, sendo a situação sinalagmática e nada sendo feito, o contradéver principal, a cargo da outra parte e, ainda, todos os deveres de prestar secundários, bem como os (importantes) deveres acessórios. [...] Por exemplo: é pedido um reboque para um veículo que, entretanto, começa a funcionar; há que avisar, de imediato, a empresa rebocadora de que o serviço já não é possível; não sendo isso viável, deve alguém permanecer no local para informar o pessoal técnico e prevenir mais danos; o paciente morre antes da intervenção: cabe alertar a clínica para libertar o bloco operatório e a equipa cirúrgica, para poder atender outros pacientes; é cancelado o espetáculo: todas as estruturas de apoio, incluindo os transportes, devem, logo, ser desmobilizadas” (CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Vol. IX. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. p. 363 – 364).

doutrinário e jurisprudencial. Rubén Stiglitz, tratando acerca do tema antes da entrada em vigor do Novo Código Civil e Comercial argentino, já defendia que a parte que tomou conhecimento de que a finalidade contratual se frustrou tem a obrigação de informar a outra, e que se tal comunicação ocorrer tardiamente e o devedor incorrer em despesas na expectativa de o contrato vir a ser cumprido, tais despesas devem ser ressarcidas²²³.

Tal lição é perfeitamente compatível com o Direito brasileiro, haja vista que a concepção de relação jurídica obrigacional aqui vigente também prevê a existência de deveres laterais, independentes dos deveres de prestação primários.

Diversos autores, ainda que não divirjam acerca do enquadramento dogmático da frustração do fim do contrato como impossibilidade superveniente e não imputável, divergem fundamentalmente acerca das suas consequências jurídicas.

Maria de Lurdes Pereira destaca que as tensões em torno do conceito de prestação como ação ou como resultado têm por pressuposto definir o destino da contraprestação de modo a evitar que o devedor permaneça completamente desprovido da contraprestação em casos nos quais o risco não se origina em sua esfera jurídica²²⁴. Anota, contudo, que mesmo as correntes que enxergam os casos de frustração do fim como situados dentro do direito da impossibilidade não abandonam o devedor “ao puro jogo da regra geral de perda do direito à contraprestação”²²⁵, destacando, em linhas gerais, duas tendências principais:

A primeira, presentemente seguida pela maioria da doutrina germânica, consiste em paralisar a eficácia própria do sinalagma condicional através da aplicação analógica de regras pertencentes ao regime específico de determinados contratos (como o de empreitada ou de prestação de serviços) que facultam ao devedor o direito à totalidade ou a uma parte da contraprestação. A segunda, dominante na doutrina portuguesa, caracteriza-se diversamente por aceitar, mesmo nestes casos, a extinção do dever de remunerar, complementando, no entanto, a tutela do devedor com a atribuição de um direito à indemnização das despesas e esforços já

²²³ STIGLITZ, Rubén S. **Objeto, causa y frustración del contrato**. Buenos Aires: Depalma, 1992. p. 27.

²²⁴ “A defesa de um entendimento restrito de prestação dá corpo à ideia generalizada de que, quando o credor não queira ou não possa – for força de uma circunstância relativa à sua pessoa ou aos seus bens – praticar os actos indispensáveis ao cumprimento, se afigura iníqua a solução de extinção do dever de efectuar a retribuição imposta pelo art. 795.º, nº. 1, pois ela deixa o devedor sem qualquer compensação. Ao remeter-se esse conjunto de situações para uma ‘terra de ninguém’ situada entre a impossibilidade da prestação e a mora do credor, ou, porventura, para a própria factispécie da *mora accipiendi*, garantir-se-ia, pelo contrário, um tratamento mais justo da situação do obrigado” (PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 33).

²²⁵ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 34.

realizados em vista da execução da prestação que entretanto se impossibilitou²²⁶.

Com efeito, a atribuição de consequências e riscos para as hipóteses de impossibilidade e frustração do fim costuma variar no Direito comparado.

No Direito inglês, o tema é regulado pela Law Reform (Frustrated Contracts) Act de 1943. Quando da ocorrência de evento caracterizador de impossibilidade ou frustração do fim, a Seção 1(2) da referida norma determina a restituição dos valores vencidos e já pagos por uma parte à outra e a inexigibilidade das quantias vincendas, tratando-se, pois, de hipótese de resolução contratual. Ressalva, contudo, que se a parte que recebeu valores antes da frustração incorreu em despesas para o cumprimento do contrato, então ela pode, se o Tribunal entender justo e de acordo com as circunstâncias do caso, reter uma parcela dos valores recebidos até o limite das despesas comprovadas. O mesmo se aplica se eram devidos valores antes da frustração mas os mesmos não foram pagos. Neste caso, o Tribunal pode determinar que seja paga a importância vencida, até o limite das despesas incorridas pela parte²²⁷.

A Seção 1(3) complementa as ressalvas ao desfazimento por completo da eficácia do contrato, estipulando que se a parte auferiu benefícios (não pecuniários) com o cumprimento parcial do contrato antes da frustração, o Tribunal poderá, conforme as circunstâncias e se entender justo, fixar um valor razoável, restrito ao equivalente pecuniário do benefício auferido, a ser pago pela parte beneficiada à outra parte²²⁸.

No Direito argentino, a frustração do fim enseja a ineficácia do contrato com a sua resolução. Consequência disso é que a prestação cumprida antes do acontecimento frustrante será repetível; porém, se ao momento do acontecimento frustrante as partes já houverem cumprido parte das prestações recíprocas, como no caso de contratos de execução continuada, a consequência será a resilição²²⁹.

²²⁶ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 34 – 35.

²²⁷ PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011. p. 971.

²²⁸ PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011. p. 972 – 973.

²²⁹ HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (orgs.). **Código Civil y Comercial de la Nación Comentado**. Libro Tercero: artículos 724 a 1250. Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2022. p. 485. Disponível em: <<http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2760>>. Acesso em: 01-06-2023.

No Direito português, as consequências da impossibilidade da prestação encontram-se reguladas nos artigos 795º, nº. 1 (impossibilidade não imputável a nenhuma das partes), nº. 2 (impossibilidade imputável ao credor)²³⁰, e 801º (impossibilidade imputável ao devedor)²³¹ do Código Civil Português.

A regra estabelecida no art. 795º, nº. 1 encontra raízes na interdependência entre prestação e contraprestação, típica dos contratos sinalagmáticos. “Ora, na impossibilidade da prestação, o sinalagma condicional atua, de modo a refletir o destino da prestação num similar destino da contraprestação”²³².

Logo, a consequência de o destino da contraprestação ser o mesmo da prestação em caso fortuito, seja a prestação entendida como ação ou como resultado, não pode ser entendido como uma maneira de atribuir os riscos do fortuito ao devedor. Enquanto mecanismo abstrato, o sinalagma nada informa acerca da ponderação de interesses subjacente à atribuição do risco a qualquer das partes²³³. E, de qualquer forma, no que se refere aos casos próprios de frustração do fim, o passo anterior ao ajuizamento das consequências consiste em verificar se o fim integrou ou não o conteúdo contratual; ou seja, se de fim particular do credor transformou-se em fim comum. Desse modo, a perda da prestação e da contraprestação pela frustração de fim comum devido a fato superveniente e não imputável não pode significar a atribuição de riscos a apenas um dos polos. A atribuição de riscos às partes contratantes, como ressalta Catarina Monteiro Pires, tem mais a ver com o alcance a ser dado à impossibilidade imputável ao credor (art. 795º, nº. 2) e à impossibilidade imputável ao devedor (art. 801º)²³⁴.

²³⁰ Artigo 795.º

(Contratos bilaterais)

1. Quando no contrato bilateral uma das prestações se torne impossível, fica o credor desobrigado da contraprestação e tem o direito, se já a tiver realizado, de exigir a sua restituição nos termos prescritos para o enriquecimento sem causa.

2. Se a prestação se tornar impossível por causa imputável ao credor, não fica este desobrigado da contraprestação; mas, se o devedor tiver algum benefício com a exoneração, será o valor do benefício descontado na contraprestação.

²³¹ Artigo 801.º

(Impossibilidade culposa)

1. Tornando-se impossível a prestação por causa imputável ao devedor, é este responsável como se faltasse culposamente ao cumprimento da obrigação.

2. Tendo a obrigação por fonte um contrato bilateral, o credor, independentemente do direito à indemnização, pode resolver o contrato e, se já tiver realizado a sua prestação, exigir a restituição dela por inteiro.

²³² PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 582.

²³³ PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 586.

²³⁴ PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 586.

Nesse sentido, observa Maria de Lurdes Pereira que a discussão quanto à possível sobrevivência da contraprestação em alguns casos de impossibilidade da prestação vista como resultado não se lastreia no sinalagma condicional, mas em outras normas que “recomendem a exoneração do devedor (i. e., a atribuição ao credor) do risco de investimento, máxime através da manutenção do direito à retribuição”²³⁵. Entende a autora pela possibilidade de aplicação analógica do art. 815º, nº. 2²³⁶ para atribuir ao credor o risco de investimento nos casos em que uma omissão sua – ainda que não imputável – em receber a prestação oferecida pelo devedor, implique a impossibilidade de cumprimento. Defende, portanto, uma concepção alargada de mora do credor, que se satisfaz “com a pura omissão de uma prestação correctamente oferecida ou dos actos indispensáveis ao cumprimento” e sublinha que “não obsta à colocação do credor em mora o facto de esta não lhe ser, a qualquer título, imputável”²³⁷. A razão para tal extensão seria a necessidade de equilibrar os riscos suportados por credor e devedor nas hipóteses de impossibilidade da prestação, como uma decorrência do princípio de que, na falta de um fundamento positivo de imputação de determinada perturbação da prestação a qualquer das partes da relação obrigacional, os prejuízos daí decorrentes devem recair sobre aquele cuja pessoa ou bens foram atingidos (*casum sentit dominus*)²³⁸.

Alerta, contudo, que a manutenção do direito à contraprestação nesses casos ocorre em contexto funcionalmente diverso do original. Inicialmente, a prestação seria realizada com o interesse do credor satisfeito e a contraprestação seria integralmente devida. Com a impossibilidade deixou de haver adimplemento. Logo, a contraprestação deverá excluir o valor do benefício que o devedor teve com a exoneração.

Correspondendo embora ao primitivo direito à contraprestação, o certo é que ele é assegurado num contexto funcionalmente muito diverso do inicial: com o pagamento do preço, pretende-se agora – em vez de remunerar uma prestação recebida ou esperada – colocar o devedor exatamente na mesma situação em que estaria se tivesse cumprido. A própria lei não é de forma

²³⁵ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 219 – 220.

²³⁶ “Sendo o contrato bilateral, o credor que, estando em mora, perca total ou parcialmente o seu crédito por impossibilidade superveniente da prestação não fica exonerado da contraprestação; mas, se o devedor tiver algum benefício com a extinção da sua obrigação, deve o valor do benefício ser descontado na contraprestação”.

²³⁷ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 303 – 304.

²³⁸ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 300.

alguma alheia a esta transformação, pois só assim se compreende a dedução prevista na parte final do art. 795.º, nº. 2, que tem em vista acomodar aquele direito à sua nova finalidade. O devedor não pode ser avantajado por confronto com a situação hipotética, e daí resulta que deverá ser descontado na contraprestação o valor do benefício que teve com a exoneração: seja porque economizou despesas que de outra forma teria de realizar (v. g. na aquisição de materiais), seja porque teve oportunidade de utilizar rentavelmente a sua força de trabalho durante o período em que contava emprega-la para a execução da prestação agora impossível²³⁹.

Semelhante alocação de riscos não encontra fundamento no Direito brasileiro. Nosso Código Civil não possui regra semelhante à Lei portuguesa. O que se poderia sustentar, entre nós, seria não a sobrevivência do direito à contraprestação, mas, em alguns casos, se constatada a violação de deveres laterais decorrentes da boa-fé objetiva pelo credor, a possibilidade de indenização ao devedor pelo equivalente à contraprestação que deixou de receber, com a dedução dos benefícios potencialmente havidos com a exoneração, pois o dever de mitigar os danos também decorre da boa-fé objetiva e do art. 403, CC, além, é claro, nos contratos a ela sujeitos, da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, ratificada pelo Brasil em 2014 por meio do Decreto 8.327.

O regramento das consequências da impossibilidade no Direito brasileiro é, com efeito, bastante lacunoso. O Código Civil limita-se a enunciar, para cada espécie obrigacional, sua respectiva “resolução”. A simplicidade da regra não atende satisfatoriamente à complexidade do problema das consequências da impossibilidade da prestação, seja em sua concepção como ação de prestar ou como resultado.

Em primeiro lugar, é evidente que a concepção de obrigação que informa tais regras sobre impossibilidade é a de relação obrigacional simples, composta apenas por seus elementos estruturais e visíveis externamente: partes, objeto e forma, de modo que o obstáculo às prestações primárias implica a extinção do todo, pois o “todo”, aqui, restringe-se às prestações primárias. Em uma visão complexa da relação jurídica obrigacional, contudo, não necessariamente ocorrerá a extinção da relação, mas apenas do dever de prestação e, eventualmente, da contraprestação, se – e na medida em que – rompido o sinalagma, desaparecendo a relação causal que justifica sua exigibilidade.

Isso permite sustentar, na linha do que sugere Menezes Cordeiro, a sobrevivência dos deveres laterais de informação e proteção, cuja violação pode

²³⁹ PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001. p. 234.

ensejar o dever de o credor indenizar o devedor em importância correspondente ao valor da contraprestação, deduzindo-se, conforme alerta Maria de Lurdes Pereira, os benefícios tidos com a exoneração.

Também possibilita, em algumas circunstâncias, como se verá, a indenização das despesas efetuadas pelas partes para execução do contrato.

Em segundo lugar, é necessário situar a regra em seu contexto normativo. Os artigos 234 e 248 (dentre outros) encontram-se no Código Civil no Livro I, Título I “Das Modalidades das Obrigações”. O regramento das modalidades de obrigações abrange genericamente as obrigações derivadas de atos ilícitos e lícitos, unilaterais e bilaterais, de fonte negocial ou não. Não há regras específicas para as consequências da impossibilidade da prestação nas relações contratuais, o que gera incongruências e lacunas, como, por exemplo, a incompatibilidade do efeito *ex tunc* da resolução em sentido estrito com os contratos de execução continuada, bem como a ausência de regulação acerca da responsabilidade pelas despesas incorridas pelas partes na confiança de que o contrato fosse cumprido.

Tem-se, dessa forma, que as normas dispostas no Código Civil acerca da impossibilidade da prestação, no que concerne às relações jurídicas contratuais, têm mais o propósito de estabelecer um regime padrão e supletivo de riscos do que de esgotar a regulação das consequências da impossibilidade, que dependem, como se verá, da aplicação de outras normas extraídas do sistema e da correção teleologicamente fundada do texto legal.

O regime de riscos decorrente da regulação da impossibilidade superveniente da prestação no atual Código Civil – que em nada difere do regime adotado desde o Código Civil de 1916 – é fundado nas premissas de que o risco do perecimento do objeto corre por conta do proprietário (*res perit domino*) e que a transmissão da propriedade de um bem não se dá somente com o consenso, dependendo da efetiva tradição do bem. Isto faz com que, após a constituição da obrigação de dar, mas antes do seu cumprimento, com a liberação do devedor, este ainda seja o proprietário da coisa, de modo que, em caso de perda, deixe de receber a contraprestação, suportando o risco da perda²⁴⁰. De maneira inversa ocorre na obrigação de restituir, sofrendo o credor a perda, haja vista ser o proprietário da coisa a ser restituída.

²⁴⁰ Explica Eduardo Espinola que “Nos contratos bilaterais é por conta do devedor o risco sempre que, tornando-se casualmente impossível a prestação por ele devida, não pode exigir da outra parte a contraprestação. Ao contrário é o credor que suporta o risco, se apesar de perder o direito de reclamar

A lógica das obrigações de dar, para as quais o regime legal de riscos foi originalmente concebido, foi simplesmente transplantado para as obrigações de fazer, atribuindo-se ao devedor o risco da prestação²⁴¹ (art. 248, CC).

Assim, salvo se as partes pactuarem alocação diversa dos riscos – o que se afigura plenamente possível ante o caráter dispositivo dessas regras – por mais insatisfatória que pareça a solução no caso concreto, não há margem para estabelecer as consequências da impossibilidade da prestação em determinada relação contratual de maneira a inverter essa lógica ou repartir de forma mais equânime os riscos da impossibilidade ou de sua espécie, a frustração do fim do contrato.

Essa forma de atribuir riscos, todavia, em nada afeta a análise das consequências da impossibilidade nas relações contratuais de execução continuada, e impacta apenas parcialmente o tema da responsabilidade das partes pelas despesas incorridas na execução do contrato resolvido por impossibilidade, existindo certas válvulas normativas para, em determinadas circunstâncias, possibilitar a indenização do devedor pelas despesas efetuadas no interesse do cumprimento, como se verá a seguir.

4.1 EFEITOS DA IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO NOS CONTRATOS DE EXECUÇÃO CONTINUADA

No que se refere à fase de adimplemento, os contratos podem ser de execução instantânea, quando o adimplemento das prestações que cabem às partes, com a extinção da relação jurídica, ocorre em seguida à formação do contrato (por exemplo: alguém vai a uma loja de materiais para escritório e adquire envelopes); podem, ainda, ser de execução diferida, quando o adimplemento e extinção do contrato são projetados para momento posterior à formação, podendo ser um momento futuro fixo ou sucessivas etapas com adimplementos parciais até o

a prestação que lhe é devida, é obrigado a satisfazer a contraprestação" (ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do Direito Civil Brasileiro**: teoria geral das relações jurídicas de obrigação. Vol II. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 308 – 309).

²⁴¹ "A tendência moderna, porém, é no sentido de se aplicar a todas as obrigações unilaterais a regra – *res perit creditori* e a todas as bilaterais perfeitas o princípio inverso – *res perit debitori*. – É esta a orientação chamada germânica, adotada pelo Código civil austríaco, pelo alemão e pelo projeto Beviláqua, de onde passou para o nosso Código civil" (ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do Direito Civil Brasileiro**: teoria geral das relações jurídicas de obrigação. Vol II. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944. p. 319 – 320).

adimplemento total (por exemplo, um contrato de compra e venda de um bem a prestações); e, por fim, existem os contratos de execução continuada.

Estes, também denominados contratos relacionais, caracterizam-se pelo fato de o adimplemento das prestações cabíveis às partes não extinguir o contrato, mas apenas as respectivas prestações e contraprestações, que se renovam periodicamente enquanto perdurar o contrato. Como exemplos podem ser citados os contratos de locação, contratos de franquia, distribuição, representação comercial, contratos de trabalho, contratos de sociedade, etc. São contratos sujeitos a prazo, determinado ou indeterminado.

Nestes, a extinção pode ocorrer mediante denúncia, por algum motivo específico ou por nenhum motivo. Por isso, o estudo dos efeitos da impossibilidade e da frustração do fim neste tipo de contrato não assume tanta relevância, já que cada uma das partes normalmente possui o direito potestativo de colocar fim à relação por qualquer motivo, não dependendo da invocação de alguma perturbação específica nas prestações. A denúncia opera com efeitos *ex nunc*, dando fim à relação, mas preservando o que já foi executado. Contudo, se entre a formação do contrato e o exercício do direito de denúncia ainda não decorreu tempo suficiente para a amortização dos investimentos realizados por alguma das partes no interesse do contrato, estipula o art. 473, p. único do Código Civil que haverá a paralisação da eficácia da denúncia até que os investimentos sejam amortizados. Nesse caso, a caracterização da impossibilidade de cumprimento em virtude da frustração do fim, em razão de seus efeitos resolutórios, poderá antecipar a extinção do contrato, ainda que não tenham sido amortizados os investimentos. Não se trata aqui de restaurar a eficácia da denúncia previamente efetuada, mas da superveniência de efeito resolutório decorrente da impossibilidade.

Naqueles, por sua vez, a extinção normalmente ocorrerá pelo atingimento do prazo, salvo nas hipóteses legais ou convencionais de prorrogação por prazo indeterminado. Poderá, contudo, ocorrer antes do prazo, pelo exercício de direito legal ou convencional de resilição contratual por alguma das partes, como, por exemplo, a faculdade do locatário em resilir antecipadamente o contrato de locação mediante o pagamento de multa proporcional (art. 4º, Lei 8.245/91). A resilição, semelhantemente à denúncia, opera com efeitos prospectivos, extinguindo a relação contratual mas preservando o que já foi executado.

Ao lado dessas hipóteses, podem sobrevir os efeitos decorrentes da impossibilidade não imputável de cumprimento sobre as relações jurídicas contratuais de execução continuada.

Pela singela redação dos dispositivos pertinentes do Código Civil, a consequência seria a resolução, que possui efeitos *ex tunc*.

No entanto, como é possível notar no texto de diversas normas do Código Civil, muitas vezes o legislador utilizou atecnicamente as expressões denúncia, resilição e resolução, não tendo grande preocupação em precisar os efeitos de cada hipótese, tarefa então assumida pela doutrina²⁴². Aqui se faz necessária correção teleologicamente e sistematicamente fundada do texto legal.

Em habitual precisão didática, Pontes de Miranda assim distingue resolução, resilição e denúncia:

A denúncia obtém resultados desconstitutivos semelhantes aos da resilição, que são o de extinção *ex nunc*; mas a denúncia põe termo à relação jurídica, não a desfaz, nem é como se desfizesse o negócio jurídico. A denúncia diz: 'aqui acaba a relação jurídica'; a resolução enuncia, implicitamente: o que ia continuar, ou o que era, é como se não pudesse ser (resilição), ou como se não tivesse sido (resolução). Quem resile faz cessar; quem resolve, faz o que era, no mundo jurídico, deixar de ter sido. Quem denuncia apenas faz não continuar. Resolução apaga presente e passado; portanto, não há futuro; denúncia põe ponto final, no que é no presente; resilição raspa a reticência, que seria o futuro²⁴³.

O efeito resolutório *stricto sensu* faz sentido nos contratos de execução diferida, em que o cumprimento definitivo é postergado. Se antes do cumprimento definitivo sobrevém fato que o impossibilita, o contrato deve ser desfeito retornando as partes ao *status* anterior à sua celebração.

Nos contratos de execução continuada, por sua vez, o adimplemento definitivo vem ocorrendo de maneira constante e se renovando enquanto vigora o contrato. Ora, não há como fato superveniente impossibilitar aquilo que já foi cumprido. Se foi cumprido logicamente não é impossível que o seja. O que é atingido pela impossibilidade superveniente são as prestações ainda não realizadas, que não mais poderão ser cumpridas, extinguindo-se a relação jurídica contratual prospectivamente,

²⁴² Para uma acurada análise acerca dos poderes de desligamento nas relações contratuais, em particular a denúncia e a resilição, vide: LEONARDO, Rodrigo Xavier. **A denúncia e a resilição**: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC. vol. 7. abril – junho de 2016.

²⁴³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 384.

o que leva a concluir que o efeito da impossibilidade sobre os contratos de execução continuada é a rescisão.

Na verdade, a única distinção entre resolução e rescisão é o efeito retroativo ou prospectivo, sendo ambas espécies de desfazimento de eficácia jurídica. Segundo Pontes de Miranda, “No sentido largo de resolução, rescisão é resolução *ex nunc*. Em tudo que, no tempo, ela apanha, tem de tratar-se como a resolução. Nenhuma diferença, exceto quanto ao momento em que se inicia a eficácia”²⁴⁴. E conclui: “Na rescisão, o que a determina, isto é, o que faz a resolução ser só *ex nunc*, é ser impossível desconstituir-se o efeito já realizado. [...] Intervém, aí, a irreversibilidade do tempo”²⁴⁵.

Por fim, vale reiterar aqui a hipótese de impossibilidade superveniente e não imputável temporária, que pode atingir os contratos de execução continuada e diferida, caso em que o efeito será a suspensão da execução do contrato e não sua extinção, mediante aplicação analógica dos artigos 625, I, 741, 753 do Código Civil.

4.2 A QUESTÃO DAS DESPESAS INCORRIDAS PELO DEVEDOR PARA EXECUÇÃO DO CONTRATO

Toda contratação envolve custos. Na teoria econômica, principalmente a partir de Ronald Coase, popularizaram-se os chamados custos de transação²⁴⁶. As partes, visando algum resultado concreto, realizam despesas, empenham seu tempo, deixam de realizar outras atividades talvez rentáveis, para a celebração de contratos e cumprimento de suas respectivas prestações.

Se os resultados obtidos com a contratação fizeram ou não frente aos investimentos efetuados, é um problema juridicamente irrelevante que concerne a cada uma das partes, seus motivos e estimativas particulares. Da mesma forma, um

²⁴⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 459.

²⁴⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 461.

²⁴⁶ Tratam-se dos custos, financeiros ou não, para realizar uma operação econômica. Dividem-se em custos de busca, que compreendem o encontro de um interessado que satisfaça critérios pré-estabelecidos para realizar transações; custos de acordo, que dizem respeito à negociação (reuniões, barganha, amostras, etc.) e à formalização de contratos, como a contratação de advogados, os custos de obtenção de informação sobre a idoneidade do parceiro e sobre o produto adquirido; e, finalmente, custos de execução, como por exemplo custo de fiscalização, custo para impor o cumprimento do contrato, etc. (RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 123 – 124).

risco que a todos atinge indistintamente é o de o cumprimento restar impossibilitado e o contrato ser resolvido.

Assim, por exemplo, no caso da van escolar (subseção 2.1.8), se a empresa transportadora, antes do início do ano letivo, adquiriu vans com maior capacidade em vista do cumprimento de um maior número de contratos de transporte de estudantes que houvera celebrado, realizou manutenções nos veículos, contratou novos motoristas, etc., tais despesas, salvo acordo em contrário, não poderão ser cobradas ou repartidas com os contratantes dos serviços se os contratos se resolverem por impossibilidade superveniente e não imputável, como ocorreu no exemplo. Recorde-se que ao devedor incumbe o risco da prestação e ao proprietário o risco de perecimento do objeto.

Exceção feita às despesas que poderiam ter sido evitadas caso o credor que teve seu interesse frustrado houvesse tempestivamente comunicado o devedor, cumprindo com o dever lateral de informação, não parece haver, à primeira vista, norma jurídica que ampare um direito do devedor a obter indenização ou repartição equitativa de despesas em caso de impossibilidade e de frustração do fim do contrato, sem prejuízo de que as partes, no exercício de sua autonomia privada, criem tal possibilidade mediante inserção de cláusula no negócio.

As normas acerca da gestão de negócios (art. 861 e seguintes, CC) pouco contribuem para tal discussão, uma vez que, havendo impossibilidade da prestação, o negócio jurídico é resolvido, e não convertido em outro negócio jurídico, qual seja a gestão de negócios. Ademais, o devedor que incorre em despesas para realizar prestação que lhe cabe, normalmente está gerindo negócio próprio, e não alheio. No máximo se poderá, em alguns casos, considerar-se uma gestão de interesses comuns; entretanto, a mera invocação do art. 869, CC pouco elucida a respeito de quais as espécies de despesas ressarcíveis e em que proporção.

Tampouco cabe invocar vedação ao enriquecimento sem causa, de aplicação subsidiária, a teor do art. 886, CC. O empobrecimento do devedor que incorre em despesas para realizar prestação impossibilitada e deixa de receber a contraprestação tem causa na norma que lhe imputa tal risco e, ademais, não necessariamente corresponde a um enriquecimento do credor, que também pode ter incorrido em despesas em vista do cumprimento do contrato e também pode sofrer prejuízos pela falta de cumprimento. Pense-se, por exemplo, no caso de pessoa que contrata empréstimo para aquisição de bem; ou o caso de sujeito que, tendo adquirido

passagem aérea para viagem de férias, compra roupas, malas, contrata seguro, e vem a falecer.

Recorde-se, por outro lado, do caso do *buffet* infantil, anteriormente mencionado, no qual uma pessoa resolve comemorar seu aniversário e contrata um *buffet* para servir seus convidados, adiantando parte do preço para que o *buffet* adquira os insumos necessários para preparação das refeições. Na semana do evento, seguindo o programa contratual, o serviço de *buffet* adquire insumos para a preparação das refeições e bebidas. Às vésperas da festa, contudo, sobrevém fato imprevisível que impede a realização do evento, como, por exemplo, a proibição de funcionamento de serviços de *buffet* por determinação das autoridades sanitárias, para contenção da pandemia da Covid-19.

Referido caso ostenta importante diferença da generalidade dos casos nos quais o devedor incorre em despesas genéricas para adquirir a “musculatura” necessária para o cumprimento de contratos²⁴⁷; ou daquelas despesas específicas realizadas no interesse do cumprimento de determinado contrato, mas que não são imposições do negócio²⁴⁸.

As despesas efetuadas pelo *buffet* integravam o conteúdo contratual, sendo necessárias para a concretização do programa. Se não fossem realizadas estaria o devedor em situação de inadimplemento antecipado, hipótese na qual fica evidente, mesmo antes do vencimento, que a obrigação não será cumprida. Tratam-se de despesas realizadas no interesse do contrato em particular e em decorrência do programa contratual²⁴⁹.

Caso bastante similar é o do portal da igreja (subseção 2.1.5), no qual um artista foi contratado para construir um portal para uma igreja, e, uma vez concluída a fabricação do portal, porém antes da entrega e montagem na igreja, esta é completamente destruída por bombardeio decorrente de guerra que participava o país em que se situava. Neste caso, porém, não se trata propriamente de indenização de despesas incorridas pelo devedor, mas verdadeiramente de cumprimento parcial do

²⁴⁷ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A Peste e as Despesas Incorridas para a Execução de Contratos. In: **Direito e Pandemia**. Edição especial. Brasília: OAB, 2020. p. 31.

²⁴⁸ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A Peste e as Despesas Incorridas para a Execução de Contratos. In: **Direito e Pandemia**. Edição especial. Brasília: OAB, 2020. p. 32.

²⁴⁹ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A Peste e as Despesas Incorridas para a Execução de Contratos. In: **Direito e Pandemia**. Edição especial. Brasília: OAB, 2020. p. 33.

objeto contratual, que deve ser proporcionalmente remunerado, já que a impossibilidade é apenas parcial.

No caso do *buffet*, apontam Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke e Julio Gonzaga Andrade Neves que tais despesas decorrem de deveres contratuais secundários, anexos e instrumentais, que se destinam à preparação do cumprimento e garantia de sua perfeita realização, de modo que a análise do tema de sua indenização ou repartição deve ser realizada à luz da perspectiva da relação jurídica obrigacional como totalidade complexa²⁵⁰.

Com efeito, como reiteradamente apontado, na concepção complexa de relação jurídica obrigacional, a impossibilidade da prestação extingue apenas o dever de prestação primário e, por efeito do sinalagma e na exata medida em que ele é afetado, a contraprestação. Os deveres secundários e anexos, no caso em comento, todavia, não foram atingidos pela impossibilidade e restaram adimplidos. Ora, da mesma maneira que a doutrina reconhece a eficácia desses deveres para fins de responsabilidade contratual em caso de sua violação, similantemente pode-se cogitar de efeitos contratuais na hipótese de seu cumprimento que não se restrinjam à sua simples extinção, em especial quando esses deveres secundários e anexos encontram-se intimamente ligados ao sinalagma.

De maneira mais concreta, se, no caso do *buffet*, a aquisição de insumos para preparação das refeições era dever instrumental ao dever de prestação primário; se o valor da contraprestação acordada considerou a prestação primária e os seus deveres instrumentais, o cumprimento de tais prestações instrumentais, na hipótese de a prestação primária restar impossibilitada sem culpa do devedor, deve ter correspondência sinalagmática mediante contraprestação parcial e proporcional. Nesse caso, os deveres anexos suportam o sinalagma e auxiliam na determinação do valor da contraprestação juntamente com a prestação primária, de modo que se apenas esta for impossibilitada, o sinalagma e a contraprestação sobrevivem parcialmente.

A semelhança da hipótese tratada com a impossibilidade parcial é tamanha que não existe fundada razão para não se admitir o tratamento analógico, que, aliás,

²⁵⁰ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A Peste e as Despesas Incorridas para a Execução de Contratos. In: **Direito e Pandemia**. Edição especial. Brasília: OAB, 2020. p. 35 – 36.

revela-se como importante mecanismo de suprimento de lacunas de maneira sistematicamente fundada.

No iter processual da relação jurídica obrigacional em direção ao adimplemento, a realização das despesas para aquisição dos insumos é etapa tão necessária quanto a realização pontual e integral da prestação primária. Integrando as fases do cumprimento, sua realização corresponderá ao cumprimento parcial.

Desse modo, pela aplicação analógica, por exemplo, dos artigos 235 e 567 do Código Civil, que tratam a respeito da impossibilidade parcial e impõem a redução proporcional da contraprestação quando a prestação restar parcialmente impossibilitada e subsistir o interesse objetivo do credor, será possível pleitear o ressarcimento das despesas efetuadas pelo devedor, porém exclusivamente em relação às despesas realizadas no interesse do contrato em particular e em decorrência do programa contratual²⁵¹.

Isso não eximirá o devedor de, se possível, mitigar seus prejuízos. Por exemplo, se ao serviço de *buffet* for possível revender os insumos adquiridos ou preservar aqueles insumos não perecíveis para futura utilização, tais elementos deverão ser deduzidos da contraprestação.

4.3 SÍNTESE DOS POSSÍVEIS EFEITOS DA FRUSTRAÇÃO DO FIM NAS RELAÇÕES JURÍDICAS CONTRATUAIS

Firmada a premissa de que a chamada frustração do fim do contrato é recepcionada no Direito brasileiro como impossibilidade superveniente e não imputável de cumprimento em virtude da perda do legítimo interesse do credor, não é de se espantar que suas consequências sejam exatamente as mesmas da impossibilidade superveniente e não imputável, em suas diversas modalidades.

Desse modo, em regra o efeito será a resolução do contrato. Em se tratando de contratos de execução continuada, resilição.

À resolução, *lato sensu*, pode ser adicionado o dever de o credor indenizar o devedor em virtude da violação de deveres laterais de informação, caso deixe de comunicar a ocorrência da frustração de seu interesse e o devedor execute parte da

²⁵¹ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A Peste e as Despesas Incorridas para a Execução de Contratos. In: **Direito e Pandemia**. Edição especial. Brasília: OAB, 2020. p. 38 – 40.

prestação. Isto se justifica pela peculiaridade de que a impossibilidade da prestação derivada da frustração do fim não se manifesta muitas vezes de forma física ou ostensiva, não se tratando, contudo, de uma consequência necessária e exclusiva da frustração do fim. Tal indenização será pelo equivalente ou proporcionalmente à contraprestação, deduzidos os benefícios havidos pelo devedor com sua exoneração, tais como os materiais que deixaram de ser adquiridos e a possibilidade de realocar sua capacidade de prestar em outras atividades.

Também poderá ocorrer resolução com ressarcimento ao devedor da totalidade ou de parte das despesas realizadas no interesse do contrato em particular e em decorrência do programa contratual.

Na hipótese de a inutilidade da prestação ao credor ser meramente temporária, terá lugar a suspensão da execução do contrato, sem que as partes incorram em mora.

Sendo a frustração dos fins apenas parcial, com a subsistência de finalidades relevantes à luz do interesse do credor, deverá haver a manutenção do contrato com a redução proporcional da contraprestação, em virtude da incidência dos artigos 235 e 567, CC, causando, indiretamente e excepcionalmente, a revisão do contrato, tal como no exemplo do estúdio de pilates em shopping center analisado na parte final da subseção 2.2 acima.

Cumprе apontar, por fim, que as consequências indicadas em geral estão ligadas à impossibilidade da prestação em relações contratuais sinalagmáticas, não se excluindo, contudo, a ocorrência de situações de impossibilidade por frustração do fim de determinadas prestações isoladas previstas em contratos, sem relação de correspondência com alguma contraprestação, e sem que a extinção dessas prestações enseje a resolução de todo o contrato.

Cabe lembrar que a impossibilidade atinge a prestação, e não propriamente a relação obrigacional. O efeito resolutório sobre a relação obrigacional pode decorrer da interdependência entre prestação e contraprestação na presença do sinalagma.

A esse respeito, Judith Martins-Costa e Gustavo Haical analisaram, em parecer²⁵², interessante caso no qual, para viabilizar planejamento patrimonial e

²⁵² MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Alteração da relação obrigacional estabelecida em acordos societários por impossibilidade superveniente não imputável às partes contratantes em virtude do desaparecimento de sua finalidade (Parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC)**. vol. 18/2019. Jan-Mar/2019.

sucessório de uma família (“Família Caldas”), foram celebrados acordos de acionistas contemplando diversas empresas em que os integrantes da família detinham participação societária, sendo que em um grupo de empresas os acionistas eram exclusivamente os membros dessa família (“Grupo Vênus”), e em outro havia divisão do controle acionário com outro grupo familiar (“Grupo Marte”).

No primeiro, o capital foi dividido atribuindo-se 55% das ações a um irmão (“Bruno”) e seus herdeiros e 45% ao outro irmão (“João”) e seus herdeiros. No segundo, cada grupo familiar detinha 50% das ações, sendo que 30% das ações da família Caldas pertenciam a Bruno e seus herdeiros e 20% pertenciam a João e seus herdeiros. A divisão do poder intrafamiliar, portanto, sempre estabeleceu preponderância de Bruno em detrimento de João.

Ocorre que, com o propósito de possibilitar o exercício compartilhado e igualitário do poder de controle entre os dois grupos familiares nas sociedades do Grupo Marte, o respectivo acordo de acionistas continha, dentre diversas outras previsões, regras peculiares a respeito da eleição e composição do conselho de administração, bem como das suas deliberações e critérios de desempate. Em síntese, cada grupo familiar poderia eleger metade dos membros do conselho; as decisões eram tomadas por maioria, sendo que em caso de empate a decisão caberia ao presidente e ao vice-presidente; e, caso ambos não chegassem a um consenso, deveriam em conjunto nomear um árbitro para decidir.

Ocorreu que, posteriormente à celebração dos acordos de acionistas, a família Caldas acabou adquirindo a totalidade das ações do Grupo Marte. Nesse contexto, mesmo sendo minoritários em relação aos herdeiros de Bruno, os herdeiros de João pleitearam a aplicação da regra prevista no acordo de acionistas do Grupo Marte que lhes permitiria eleger metade dos membros do conselho de administração. Não obstante, considerou-se que tais regras do acordo de acionistas haviam perdido seu sentido prático e razão de ser, pois as prestações haviam sido concebidas para o fim de permitir o exercício compartilhado do poder de controle entre dois grupos familiares distintos e com participações acionárias iguais, de modo que a posterior saída do segundo grupo familiar das sociedades tornou despropositada sua manutenção.

Concluíram os pareceristas que as obrigações previstas nas cláusulas 12 e 13 do acordo de acionistas tornaram-se ineficazes diante da resolução operada por

impossibilidade superveniente e não imputável de atingir o resultado útil da prestação. Em suas palavras:

[...] as prestações consignadas e supostas nas ações previstas nas Cláusulas 12ª e 13ª dos Acordos de Acionista configuram prestações de fazer. Como tal, implicam condutas direcionadas a um resultado útil, verificável pelos fins em vista dos quais foram predispostas. Recorde-se a lição da melhor doutrina: o devedor resta liberado de sua prestação por impossibilidade em especial quando a atividade em vista da qual foi posta a regra contratual tornou-se absurda, por ter perdido o seu sentido contratual²⁵³.

No caso, houve tão somente a ineficácia das cláusulas 12 e 13 do acordo de acionistas, com a manutenção das demais disposições. Com relação à lacuna gerada pela ausência das regras originais acerca da eleição e composição do conselho de administração, a mesma pode ser suprida pela incidência da lei dispositiva, já que os acordos foram celebrados na vigência da Lei 6.404/76.

Conclui-se, assim, que a frustração do fim do contrato no Direito brasileiro observará o regime consequencial da impossibilidade superveniente e não imputável de cumprimento, no que não for modificado em concreto pelas partes contratantes, o que permite sua aplicação de maneira relativamente mais segura e previsível pela jurisprudência.

²⁵³ MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Alteração da relação obrigacional estabelecida em acordos societários por impossibilidade superveniente não imputável às partes contratantes em virtude do desaparecimento de sua finalidade (Parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC)**. vol. 18/2019. Jan-Mar/2019. Edição RTonline. p. 11.

5 CONCLUSÃO

Durante o percurso trilhado neste trabalho buscou-se determinar se a frustração do fim do contrato é recepcionada no Ordenamento Jurídico brasileiro, por qual ou quais vias isso ocorre, e quais são as suas consequências jurídicas.

Inicialmente, por meio da análise de problemas práticos e do Direito estrangeiro, foi traçada a noção geral, os requisitos e algumas possíveis consequências da frustração do fim do contrato. Identificou-se, ainda, critérios para verificar se o interesse frustrado do credor integrou ou não o conteúdo do contrato.

Na *common law*, a *frustration of purpose* desenvolveu-se como um desdobramento da impossibilidade da prestação (*frustration*), em especial a partir do precedente *Krell v. Henry*, que identificou, na intenção comum extraída das negociações das partes e das condições contratuais, a existência de uma finalidade específica para a locação, entendida como razão de existir do contrato, cuja inviabilização por conta de evento superveniente e não imputável às partes ensejaria a necessidade de resolver o contrato.

A partir do Direito inglês, a teoria da frustração do fim encontrou acolhida em diversos Ordenamentos de inspiração romano-germânica por intermédio de teorias e institutos que já vinham sendo desenvolvidos nesses Ordenamentos. Na Alemanha, ganhou enorme repercussão, tendo sido posteriormente incorporada no BGB, a teoria da base objetiva do negócio jurídico, que compreende a destruição da relação de equivalência entre as prestações estabelecida originalmente no contrato, e os casos em que a prestação devida permanece sendo possível, contudo não é possível atingir o resultado que, segundo o contrato, era esperado com a prestação (frustração do fim), ambas em decorrência de fatos supervenientes à formação do contrato, imprevisíveis e não imputáveis a nenhuma das partes.

No *Codice Civile* italiano foi acolhida expressamente apenas uma das vertentes da teoria da base objetiva do negócio, com contornos próprios, qual seja a resolução contratual por onerosidade excessiva superveniente. A frustração do fim do contrato, no Direito italiano, deriva de construção doutrinária e jurisprudencial denominada de *pressuposizione*, que fixa raízes na teoria da causa, legalmente prevista, e na teoria da pressuposição de Windscheid.

Em Portugal, a despeito de o Código Civil português ter norma a respeito da base objetiva do negócio, a frustração do fim do contrato também deriva de construção

doutrinária e jurisprudencial, sobretudo da doutrina, que, em sua maioria, segue a orientação de Wieacker a respeito do conceito de prestação, entendida como ação de prestar e resultado, qual seja a satisfação do interesse do credor. Logo, não sendo possível concretizar os legítimos interesses do credor integrados ao conteúdo da prestação, a própria prestação restaria impossível, aplicando-se a norma prevista no art. 790.º, nº. 1, do Código Civil e Comercial português.

Adverte-se, contudo, que essa construção não permite a inclusão automática do fim de emprego – isto é, a finalidade que o credor reserva ao resultado da prestação – no conteúdo da prestação, sendo necessário, para que a frustração do fim integre o Direito da impossibilidade, que o fim de emprego integre o conteúdo da vinculação.

É sabido que o Código Civil brasileiro foi profundamente influenciado pelo BGB. No entanto, em matéria de alteração de circunstâncias deixou de adotar a teoria da base do negócio, seguindo a opção italiana em acolher somente a teoria da onerosidade excessiva (artigos 478, 479 e 480), acrescentando nesta requisitos adicionais que a tornam ainda mais restritiva. Deixou, todavia, de acolher a causa como elemento do negócio jurídico, aparentemente fechando as portas para a frustração do fim do contrato, ao menos pela importação das mesmas teorias de ingresso dos Ordenamentos alemão e italiano, que mais o inspiraram.

Restava saber se a inclusão da frustração do fim no Direito da impossibilidade, tal como propõe a doutrina portuguesa estudada, era uma opção sistematicamente compatível com o Direito brasileiro, ou se este possui outras chaves para recepção da teoria.

Este foi parte do objeto do segundo capítulo, em que se mapeou o Código Civil brasileiro, procurando estabelecer o entendimento da doutrina nacional a respeito do alcance das principais normas acerca das chamadas “perturbações nas prestações”, expressão doutrinária acolhida na Lei de Modernização do Direito das Obrigações que alterou o BGB, e compreende a alteração das circunstâncias, a impossibilidade e as espécies de incumprimento definitivo, mora e violação positiva do contrato, além de outros institutos.

Pretendeu-se verificar se em tal conjunto normativo havia espaço para a teoria da frustração do fim, pois da análise empreendida na doutrina estrangeira notou-se que a frustração do fim situa-se em tais quadrantes, em virtude de versar sobre o efeito de fatos supervenientes sobre o programa contratual.

Excluiu-se, assim, de plano, o enquadramento como erro sobre motivo (art. 140, CC), na medida em que o erro concerne ao plano da validade, tratando-se de vício originário, sendo que a frustração do fim pressupõe contrato validamente formado impactado por fato superveniente imprevisível.

Outro requisito da aplicação da frustração do fim do contrato é que o fato superveniente não pode decorrer de culpa da parte que a alega. Desse modo, o campo de investigação se restringiu à impossibilidade não imputável e à onerosidade excessiva, excluindo-se a mora, o inadimplemento, a impossibilidade imputável e a violação positiva do contrato.

Quanto à onerosidade excessiva, esta tampouco fornece amparo para a frustração do fim, sendo hipóteses inconfundíveis. A incidência da norma prevista nos artigos 478 a 480, CC pressupõe alteração nos custos para execução do contrato ou alteração no valor das prestações de cada parte, causando desequilíbrio, o que não acontece na frustração do fim, que é desencadeada quando as prestações que cabem às partes não sofrem qualquer alteração, mas a prestação de uma se torna inútil à outra.

Em relação à impossibilidade superveniente e não imputável, a maior parte da doutrina nacional não menciona a frustração do fim como sendo dela decorrente, à exceção da particular hipótese de consecução da finalidade por via diversa do adimplemento, tratada como situação de impossibilidade pela doutrina brasileira.

A doutrina e jurisprudência brasileiras comumente enxergam a frustração do fim do contrato como terceira via, diversa da impossibilidade e da onerosidade excessiva, sendo derivada do princípio da função social dos contratos (art. 421, CC). Trata-se da posição consolidada no Enunciado 166 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal (CJF).

Referida orientação, contudo, é extremamente criticável por limitar as finalidades relevantes àquelas sociais, excluindo finalidades particulares e econômicas que por ventura venham a integrar o conteúdo contratual; ou, em outro extremo, por esvaziar de sentido o princípio da função social e contribuir para a relativização e fragmentação do Direito em casuísmos e juízos subjetivos disfarçados de aplicação de normas abstratas. Ademais, não permite a identificação dos requisitos de aplicação da teoria e de suas consequências jurídicas.

Retomou-se e aprofundou-se, assim, o enquadramento da frustração do fim do contrato no âmbito da impossibilidade de cumprimento, buscando constatar se, tal

como propugnado pela doutrina portuguesa estudada, o Direito brasileiro inclui nos conceitos de prestação e adimplemento a realização do interesse do credor.

Valendo-se dos ensinamentos largamente aceitos de Clóvis V. do Couto e Silva acerca do conceito de relação jurídica obrigacional como totalidade e processo, concluiu-se positivamente. Nas palavras do próprio autor: “A obrigação, vista como processo, compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”²⁵⁴.

Segundo Pontes de Miranda e Judith Martins-Costa, a conclusão de que o interesse do credor integra o conteúdo da prestação devida, e, por conseguinte, de que a inutilidade da prestação ao credor é critério para definir se a prestação se tornou impossível, deriva, ainda, de outros dispositivos do Código Civil, tais como o art. 395, p. único (lido *a contrario*)²⁵⁵, e o art. 567, CC (antigo art. 1.190 do Código Civil de 1916)²⁵⁶.

Concluiu-se que no Ordenamento Jurídico brasileiro a conhecida teoria da frustração do fim do contrato é recepcionada como hipótese de impossibilidade superveniente e não imputável da prestação devido à perda do interesse do credor, encontrando fundamento, dentre outros dispositivos legais aplicáveis a depender da espécie de obrigação, no art. 248, lido em conjunto com o art. 395, p. único, do Código Civil.

Isto, contudo, resolveu apenas o problema de fundamentação da teoria, permanecendo em aberto o problema de sua aplicação. Considerando que não é todo e qualquer interesse do credor que integra o conteúdo da prestação e condiciona o adimplemento, passou-se, em seguida, à análise das fontes de integração do conteúdo e das ferramentas de interpretação contratual disponíveis no Ordenamento.

Com amparo na obra de Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke, viu-se que as relações jurídicas contratuais são compostas de: (a) conteúdo expresso: “considerandos” e cláusulas contratuais, enfim, todo o conteúdo escrito ou verbal expressamente acordado; (b) conteúdo implícito: composto pelas disposições jurídicas (legais e regulamentares) cogentes, inafastáveis pela vontade das partes; e (c) conteúdo presumido: integrado pelas disposições jurídicas (legais, regulamentares

²⁵⁴ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como Processo**. São Paulo: FGV, 2011. p. 20.

²⁵⁵ MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020. p. 62 – 63.

²⁵⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 338.

e costumeiras) de natureza dispositiva, que incidirão de maneira presumida, sendo afastadas apenas se as partes manifestarem-se em sentido contrário ou se forem incompatíveis com a intenção comum das partes (art. 112, CC) extraída da interpretação do contexto e do conjunto das disposições contratuais²⁵⁷.

Assim, são fontes do conteúdo contratual: a autonomia privada; as normas constitucionais, legais e regulamentares, cogentes ou dispositivas; os usos, costumes e práticas; e a boa-fé objetiva em sua função criadora de deveres anexos e laterais (art. 422, CC).

Entretanto, a finalidade relevante pode não estar evidente no conteúdo expresso, implícito e presumido do contrato, sendo necessário (re)interpretá-lo para revelá-la. Entra em cena, aí, a interpretação contratual propriamente dita.

Como diretrizes legais vinculantes para realização de tal interpretação, pode-se citar a intenção comum das partes (art. 112, CC) e a função hermenêutica da boa-fé objetiva (art. 113, CC), das quais podem ser extraídos os seguintes índices: o contexto verbal composto da totalidade das disposições contratuais encontradas no mesmo instrumento ou em contratos coligados, o comportamento das partes anterior, concludente e posterior à celebração do negócio, as circunstâncias negociais, as práticas realizadas pelas partes em outras relações contratuais, os usos e a boa-fé objetiva como *standard* de conduta exigível.

Particularmente no que concerne à identificação da finalidade de emprego no conteúdo do contrato, relevam os seguintes critérios: se a prestação depende de circunstâncias que são objetivamente necessárias para sua adequada execução (por exemplo, a possibilidade de venda de combustíveis no arrendamento do posto de combustível; a existência da igreja, para a montagem do portal); se o fim é típico; se a finalidade influenciou prestação ou contraprestação; se a consideração da finalidade deriva de usos e costumes; se a boa-fé objetiva, como padrão de conduta normal integrado às legítimas expectativas das partes, impõe a consideração da finalidade para tornar o adimplemento satisfatório.

Assim, identificado, através desses critérios, que determinada finalidade frustrada integra o conteúdo contratual, desde que essa frustração tenha sido causada por evento imprevisível – ou com consequências imprevisíveis – superveniente à conclusão do contrato; que não seja decorrente de ação ou omissão culposa de

²⁵⁷ NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação**: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 237; 244.

nenhuma das partes; não esteja dentro da margem de riscos assumida de maneira implícita ou expressa pela parte prejudicada; e que a parte que alega não se encontre em mora (art. 399, CC), restará caracterizada a impossibilidade superveniente e não imputável da prestação em virtude da frustração do fim do contrato.

Por fim, para concluir os objetivos a que se propôs este trabalho, foram analisadas as possíveis consequências jurídicas da frustração do fim do contrato.

Em regra, o efeito será a resolução do contrato. Em se tratando de contratos de execução continuada, a rescisão. À resolução, *lato sensu*, pode ser adicionado o dever de o credor indenizar o devedor em virtude da violação de deveres laterais de informação, caso deixe de comunicar a ocorrência da frustração de seu interesse e o devedor execute parte da prestação. Isto se justifica pela peculiaridade de que a impossibilidade da prestação derivada da frustração do fim não se manifesta muitas vezes de forma física ou ostensiva, não se tratando, contudo, de uma consequência necessária e exclusiva da frustração do fim. Tal indenização será pelo equivalente ou proporcionalmente à contraprestação, deduzidos os benefícios havidos pelo devedor com sua exoneração, tais como os materiais que deixaram de ser adquiridos e a possibilidade de realocar sua capacidade de prestar em outras atividades. Também poderá ocorrer a resolução com ressarcimento ao devedor da totalidade ou de parte das despesas realizadas no interesse do contrato em particular e em decorrência do programa contratual.

Na hipótese de a inutilidade da prestação ao credor ser meramente temporária, terá lugar a suspensão da execução do contrato, sem que as partes incorram em mora.

Sendo a frustração dos fins apenas parcial, com a subsistência de finalidades relevantes à luz do interesse do credor, deverá haver a manutenção do contrato com a redução proporcional da contraprestação, em virtude da incidência dos artigos 235 e 567, CC, causando, indiretamente e excepcionalmente, a revisão do contrato.

Cumprido apontar, por fim, que as consequências indicadas em geral estão ligadas à impossibilidade da prestação em relações contratuais sinalagmáticas, não se excluindo, contudo, a ocorrência de situações de impossibilidade por frustração do fim de determinadas prestações isoladas previstas em contratos, sem relação de correspondência com alguma contraprestação, e sem que a extinção dessas prestações enseje a resolução de todo o contrato.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos empresariais**: fundamentos e princípios dos contratos empresariais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. (Série GVlaw).
- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor**. Resolução. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- AMARAL, Francisco. **Direito civil : introdução**. São Paulo: Saraiva, 2018. *E-book*. ISBN 9788553602100. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553602100/>. Acesso em: 30 mai. 2023.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Negócio Jurídico e Declaração Negocial**: noções gerais e formação da declaração negocial. São Paulo: [s.n], 1986.
- BAPTISTA MACHADO, João. **Obra dispersa**. vol. I. Braga: *Scientia Jvridica*, 1991.
- BEALE, Hugh; TWIGG-FLESNER, Christian. **Covid-19 and frustration in English law**. In: Derecho de los Desastres: covid-19. Tomo II: estudios internacionales. Peru: Pontificia Universidad Catolica del Peru, 2020.
- BESSONE, Mario. **Adempimento e rischio contrattuale**. Milano: Giufrè, 1975.
- BETTI, Emilio. Causa del negozio giuridico. **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Utet, 1957.
- BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A Impossibilidade Superveniente da Prestação Não Imputável ao Devedor**. Rio de Janeiro: GZ, 2021.
- BOSELLI, Aldo. Alea. In: **Novissimo Digesto Italiano**. v.1. Torino: Utet, 1957.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo Direito das Obrigações na Alemanha. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, Rio de Janeiro, v. 28, p. 3-29, 2005.
- CARVALHO DE MENDONÇA, Manuel Inácio. **Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito**. 4. ed. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 1956.
- CATALAN, Marcos Jorge. Reflexões acerca das consequências da violação do dever de cooperação imposto ao credor e da impossibilidade de resolução do contrato de seguro sem notificação prévia do devedor. In: **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, Ano 2, n. 03, p. 179 - 189, agosto de 2013.
- COGO, Rodrigo Barreto. **A frustração do fim do contrato**: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

CORDEIRO, Antonio Menezes. **Tratado de Direito Civil**. Vol. IX. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como Processo**. São Paulo: FGV, 2011.

COUTO E SILVA, Clóvis V. A teoria da base do negócio jurídico no Direito brasileiro. **Revista dos Tribunais**. vol. 655/1990. Maio/1990.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. 2. Ed. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

ESPINOLA, Eduardo. **Sistema do Direito Civil Brasileiro**: teoria geral das relações jurídicas de obrigação. Vol II. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1944.

FACHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**: sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Adimplemento e Extinção das Obrigações**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRAZÃO, Ana. **Joint Ventures Contratuais**. Revista de Informação Legislativa do Senado Federal, Brasília, a. 52, n. 207, p. 187-211, julho/setembro de 2015.

FULGÊNCIO, Tito. **Do Direito das Obrigações**: das modalidades de obrigações (artigos 863 – 927). 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

GASTALDI, José María. La frustración del fin del contrato. In: BEGHER, Liliana Abreut de. et al. **Estudios de Derecho Privado**: comentários al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Buenos Aires: UBA, 2020.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. **Contrato, globalização e lex mercatória**. São Paulo: Clássica, 2014.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Transferência do risco contratual e incoterms: breve análise de sua aplicação pela jurisprudência brasileira. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, Ano 2 (2013), nº 5, p. 3.885 – 3.944.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. E-book. ISBN 9786559645640. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559645640/>. Acesso em: 05 abr. 2023.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. *E-book*. ISBN 9788530986810. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986810/>. Acesso em: 30 mai. 2023.

GOMES, Orlando. **Obrigações**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. p. 139. *E-book*. ISBN 9788530986025. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986025/>. Acesso em: 11 jan. 2023.

HADDAD, Luís Gustavo. **Função Social do Contrato**: um ensaio sobre seus usos e sentidos. São Paulo: Saraiva, 2013.

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián (orgs.). **Código Civil y Comercial de la Nación Comentado**. Libro Tercero: artículos 724 a 1250. Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2022. p. 485. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2760>>. Acesso em: 01-06-2023.

INGLATERRA, Davis Contractos Ltd. v. Fareham Urban District Council, [1956] A.C. 696. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/311200>>. Acesso em: 27/04/2023.

INGLATERRA, Krell v. Henry, [1903] 2 K.B. 740. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/311100>>. Acesso em: 27/04/2023.

LARENZ, Karl. **Base del Negocio Jurídico y Cumplimiento de los Contratos**. trad. Granada: Comares, 2002.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. A denúncia e a rescisão: críticas e propostas hermenêuticas ao art. 473 do CC/2002 brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo – RDCC**. vol. 7. abril – junho de 2016.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. Os Contratos Coligados, os Contratos Conexos e as Redes Contratuais. In: CARVALHOSA, Modesto (coord.). **Tratado de Direito Empresarial**. Vol. IV: contratos mercantis. São Paulo: Thomson Reuters, 2016.

LOBO, Paulo. **Direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociales**: lineamientos para una teoría general. Barcelona: Anthropos; México: Universidad Iberoamericana; Santafé de Bogotá: CEJA, Pontificia Universidad Javeriana, 1998.

MARINHO, Maria Proença. **Frustração do Fim do Contrato**. Edição do Kindle. Indaiatuba: Foco, 2020.

MARINO, Francisco Paulo De Crescenzo. **Revisão Contratual**: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. Edição do Kindle. São Paulo: Almedina, 2020.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (orgs.). **Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019**. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-Fé no Direito Privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil**: Do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações. Volume V. Tomo I. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; COSTA E SILVA, Paula. **Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação**: estudo de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo. Alteração da relação obrigacional estabelecida em acordos societários por impossibilidade superveniente não imputável às partes contratantes em virtude do desaparecimento de sua finalidade (Parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC)**. vol. 18/2019. Jan-Mar/2019. p. 371 – 404.

MARTINS-COSTA, Judith; NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro (coord.). **Direito Privado na Lei da Liberdade Econômica**: comentários. Edição do Kindle. São Paulo: Almedina, 2022.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Teoria do Fato Jurídico**: plano da existência. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1989.

NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. ISBN 9786555591934. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555591934/>. Acesso em: 13 jul. 2023.

NANNI, Giovanni Ettore. **Frustração do fim do contrato**: análise de seu perfil conceitual. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 23, p. 39-56, jan./mar. 2020. DOI:10.33242/rbdc.2020.01.002.

NANNI, Giovanni Ettore. Promessa de Fato de Terceiro. Coligação Contratual e Extinção do Contrato pela Frustração de seu Fim (Parecer). **Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC)**. vol. 9/2016. Out-Dez /2016. p. 279 – 310.

NICOLÓ, Rosario. Alea. In: **Enciclopedia del Diritto**. v.1. Milano: Giuffrè, 1954.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro. **Lacunas Contratuais e Interpretação**: história, conceito e método. São Paulo: Quartier Latin, 2019.

NITSCHKE, Guilherme Carneiro Monteiro; NEVES, Julio Gonzaga Andrade. A Peste e as Despesas Incorridas para a Execução de Contratos. In: **Direito e Pandemia**.

Edição especial. Brasília: OAB, 2020. p. 30. Disponível em: <<https://www.oab.org.br/publicacoes/revistadireitoepandemia>>. Acesso em: 22/01/2023.

PEEL, Edwin. **Treitel on The Law of Contract**. 13th edition. London: Sweet & Maxwell, 2011.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Doação com Encargo e Causa Contratual**: uma nova teoria do contrato. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2013.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**: Introdução ao Direito Civil - Teoria Geral de Direito Civil. v.I. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559644469. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644469/>. Acesso em: 30 mai. 2023.

PEREIRA, Maria de Lurdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina, 2001.

PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020.

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

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsoi, 1958.

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. **Teoria geral dos contratos**: contratos empresariais e análise econômica. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Direito Civil Contemporâneo**: estatuto epistemológico, Constituição e direitos fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES JR., Otavio Luiz. **Revisão Judicial dos Contratos**: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

RUZZI, Marcos Hoppenstedt. **Resolução pela frustração do fim do contrato**. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). **Direito contratual: temas atuais**. São Paulo: Método, 2007.

SALGADO, Bernardo. A Frustração do Fim do Contrato no Direito Brasileiro. **Revista de Direito Civil Contemporâneo (RDCC)**. vol. 23/2020. Abr-Jun/2020. p. 173 – 197.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 5012309-27.2020.8.24.0000. 1ª Câmara de Direito Civil. Rel. Raulino Jacó Bruning, Data do Julgamento: 27/08/2020.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2027483-83.2014.8.26.0000. 3ª Câmara de Direito Privado. Rel. Donegá Morandini. Data do Julgamento: 29/04/2014. Data de Registro: 05/05/2014.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2146763-38.2020.8.26.0000. 29ª Câmara de Direito Privado. Rel. Fabio Tabosa. Data do Julgamento: 12/08/2020. Data de Registro: 20/08/2020.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0039109-66.2009.8.26.0564. 25ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Rel. Ruy Coppola. Data do Julgamento: 27/04/2017. Data de Registro: 03/05/2017.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0061241-41.2011.8.26.0114. 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Rel. Edgard Rosa. Data do Julgamento: 07/08/2017. Data de Registro: 14/11/2017.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 0240371-07.2009.8.26.0002. 29ª Câmara de Direito Privado. Rel. Hamid Bdine. Data do Julgamento: 10/09/2014. Data de Registro: 10/09/2014.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1000905-08.2021.8.26.0695. 36ª Câmara de Direito Privado. Rel. Milton Carvalho. Data do Julgamento: 12/04/2022. Data de Registro: 12/04/2022.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1003007-03.2019.8.26.0071. 6ª Câmara de Direito Privado. Rel. Vito Guglielmi. Data do Julgamento: 20/01/2020. Data de Registro: 20/01/2020.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1009643-63.2017.8.26.0100. 24ª Câmara de Direito Privado. Rel. Marco Fábio Morsello. Data do Julgamento: 26/10/2021. Data de Registro: 26/10/2021.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1007455-86.2020.8.26.0005. 30ª Câmara de Direito Privado. Rel. Lino Machado. Data do Julgamento: 02/05/2022. Data de Registro: 02/05/2022.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. Apelação Cível 1024034-28.2014.8.26.0100. 25ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Azuma Nishi. Data do Julgamento: 15/12/2016. Data de Registro: 16/12/2016.

SILVA, Luis Renato Ferreira Da. **Reciprocidade e Contrato**: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações paracontratuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil nos Tempos da Peste**. Ebook Kindle. São Paulo: Amazon, 2020.

STEINER, Renata C. **Descumprimento Contratual**: boa-fé e violação positiva do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

STEINER, Renata Carlos. **Interesse positivo e interesse negativo**: a reparação de danos no Direito privado brasileiro. 349 pg. Tese (Doutorado). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

STIGLITZ, Rubén S. **Objeto, causa y frustración del contrato**. Buenos Aires: Depalma, 1992.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie. v.3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2023. *E-book*. ISBN 9786559646913. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559646913/>. Acesso em: 05 abr. 2023.

TARTUCE, Flavio. **Função Social dos Contratos**: do CDC ao Código Civil de 2002. 2.ed. São Paulo: Método, 2007.

TEPEDINO, Gustavo. **Comentários ao novo Código Civil**: das várias espécies de contrato. vol. X. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil**: Contratos. v.3. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559644117. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559644117/>. Acesso em: 30 mai. 2023.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. v.1. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022. *E-book*. ISBN 9786559772650. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559772650/>. Acesso em: 30 mai. 2023.

WEISKOPF, Nicholas R. **Frustration of contractual purpose: doctrine or myth?** St. John's Law Review, v. 70, p. 239-272, 1996, disponível em: <https://scholarship.law.stjohns.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1607&context=lawreview>. Acesso em: 03.01.2023.

WINDSHEID, Bernard. **Diritto delle pandette**. trad. Volume primo. Parte prima. Torino: Unione Tipografico-Editrice, 1902.

ZANETTI, Cristiano de Souza. A transformação da mora em inadimplemento absoluto. **Revista dos Tribunais**. vol. 942. Abr/2014.