

**Pontifícia Universidade Católica de São Paulo
PUC-SP**

Victor Augusto Aguiar Manfredi

**A impossibilidade da prestação e suas
consequências nas relações obrigacionais**

Mestrado em Direito

São Paulo

2024

Victor Augusto Aguiar Manfredi

**A impossibilidade da prestação e suas consequências nas relações
obrigacionais**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob a orientação da Professora Doutora Odete Novais Carneiro Queiroz.

São Paulo

2024

Autorizo, exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta Dissertação de Mestrado por processos de fotocopiadoras ou eletrônicos.

Sistemas de Bibliotecas da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo -
Ficha Catalográfica com dados fornecidos pelo autor

Manfredi, Victor Augusto Aguiar
A impossibilidade da prestação e suas consequências nas
relações obrigacionais. / Victor Augusto Aguiar Manfredi. --
São Paulo: [s.n.], 2024.
152p. ; cm.

Orientador: Odete Novais Carneiro Queiroz.
Dissertação (Mestrado)-- Pontifícia Universidade Católica de
São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito.

1. Obrigações. 2. Impossibilidade. 3. Direito Civil. I.
Queiroz, Odete Novais Carneiro . II. Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo, Programa de Estudos Pós-Graduados em
Direito. III. Título.

CDD

Victor Augusto Aguiar Manfredi

A impossibilidade da prestação e suas consequências nas relações obrigacionais

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito Civil, sob a orientação da Professora Doutora Odete Novais Carneiro Queiroz.

Aprovado em: ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Dr.

Instituição:

Dr.

Instituição:

Dr.

Instituição:

À Gabriela, a luz que com sua doçura,
dedicação e amor vem iluminando e
guiando meu caminho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, à minha orientadora, Professora Doutora Odete Novais Carneiro Queiroz, que me acolheu como seu orientando e cujas lições e orientação foram indispensáveis para a elaboração do presente trabalho.

Agradeço à Banca de Qualificação de minha dissertação de mestrado, formada pelos Professores Doutores Adriano Ferriani (PUC-SP) e Alexandre Jamal Batista (PUC-SP), pela dedicação na leitura dessa pesquisa e nas valiosas contribuições prestadas durante o exame de qualificação.

Agradeço à Banca Examinadora de minha dissertação, formada pelos eminentes Professores, além daqueles citados acima, Leonardo Estevam de Assis Zanini (UNICEP) e Milton Flavio de Almeida Camargo Lautenschlager (FAAP), pela disponibilidade e pelo tempo envidado na leitura deste estudo.

Agradeço à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, pelos desafios e ensinamentos proporcionados desde o início de minhas atividades na instituição.

À equipe do escritório Santos Bevilaqua, especialmente ao Marco Antonio Bevilaqua, agradeço o suporte e incentivo dado para que eu iniciasse o capítulo da trajetória acadêmica que é encerrado pela presente dissertação.

Agradeço à minha família, sanguínea, espiritual e afetiva, que me deu todo o apoio e força necessária para que esse trabalho fosse concluído.

Agradeço à Gabriela, meu amor dessa e de outras vidas, que foi o porto seguro que sustentou toda a minha trajetória até a finalização da presente dissertação.

RESUMO

O objetivo desta pesquisa é apresentar o regime jurídico aplicável à impossibilidade da prestação e suas principais consequências na relação obrigacional. O tema é relevante porque, embora seja de absoluta importância, uma vez que trata de situação em que o contrato é extinto por via diversa do adimplemento, o Código Civil brasileiro e a doutrina nacional, de modo geral, não se dedicaram suficientemente a seu estudo, tampouco apresentaram respostas conclusivas para diversas dúvidas e controvérsias que lhe são pertinentes, inclusive no que se refere aos efeitos produzidos pelas diferentes espécies de impossibilidade superveniente. Diante dessa lacuna, considerando a proximidade cultural e jurídica entre os países, será utilizada a doutrina e legislação portuguesa, que estão mais avançadas no assunto em tela, a fim de colher os subsídios necessários para responder às dúvidas que serão suscitadas ao longo do presente trabalho.

Palavras-chave: direito privado; direito civil; direitos das obrigações; impossibilidade; inadimplemento; resolução.

ABSTRACT

The objective of this research is to present the legal framework applicable to the impossibility of performance and its main consequences in the obligation relationship. This subject is relevant because, although the topic is of utmost importance, as it addresses a situation in which the contract is terminated through means other than performance, the Brazilian Civil Code and national legal literature have, in general, not sufficiently studied it, nor have they provided conclusive answers to various doubts and controversies related to it, including the effects produced by the different types of supervening impossibility. Given this gap, due to the cultural and legal proximity between the countries, the Portuguese literature and legislation, which are more advanced on the subject, will be used for this research to gather the necessary insights to answer the questions that will be raised throughout this work.

Keywords: private law; civil law; law of obligations; impossibility; non-performance; termination.

LISTA DE TERMOS DEFINIDOS, SIGLAS E ABREVIACOES

Art.	Artigo
CCB	Código Civil brasileiro
CCP	Código Civil Português
Código Civil brasileiro	Lei Federal n 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e alteraces subsequentes
Código Civil de 1916	Lei Federal n 3.071, de 1 de janeiro de 1916 e alteraces subsequentes.
Código Civil português	Decreto-Lei n 47344, de 25 de novembro de 1966, e alteraces subsequentes
Constituio Federal do Brasil	Constituio da República Federativa do Brasil de 1988 e alteraces subsequentes
TJDFT	Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios
TJPR	Tribunal de Justiça do Paraná
TJRS	Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo
STJ	Superior Tribunal de Justiça

Sumário

1. INTRODUÇÃO.....	11
2. A PRESTAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A RELAÇÃO OBRIGACIONAL ..	16
2.1. A Obrigação como Processo.....	16
2.2. O Conceito de Prestação na Relação Jurídica Obrigacional.....	19
2.2.1. Da Delimitação do Conceito de Obrigação.....	19
2.2.2. Da Delimitação do Conceito de Prestação.....	23
2.2.2.1. Definição do Conceito de Prestação pela Doutrina Brasileira.....	23
2.2.2.2. Debates em torno do conceito de prestação na doutrina portuguesa.....	28
2.3. Posicionamento da Impossibilidade da Prestação no Direito Obrigacional.....	34
3. FONTES NORMATIVAS DA IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO	39
3.1. Período Pré-Codificação.....	41
3.1.1. O Brasil Imperial.....	41
3.1.2. Os trabalhos de Teixeira de Freitas.....	45
3.2. O Código Civil de 1916.....	49
3.3. O Código de Defesa do Consumidor.....	53
3.3.1. Linhas Gerais sobre o Código de Defesa do Consumidor.....	54
3.3.2. A Teoria do Diálogo das Fontes.....	55
3.3.3. Da Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo.....	60
3.4. O Código Civil de 2002.....	64
3.5. O Anteprojeto de Atualização do Código Civil de 2002.....	69
4. ESPÉCIES DE IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO.....	75
4.1. Conceito de impossibilidade e considerações iniciais.....	76
4.2. Impossibilidade Originária e Impossibilidade Superveniente.....	80
4.3. Impossibilidade Objetiva e Subjetiva.....	85
4.4. Impossibilidade Absoluta e Relativa.....	95
4.5. Impossibilidade Definitiva e Temporária.....	98
4.6. Impossibilidade Total e Parcial.....	102
4.7. A Dificuldade de Prestar e a Caracterização da Impossibilidade.....	105
4.8. Da Realização do Fim Contratual por Outra Via, da Perda do Substrato da Prestação e da Frustração do Fim do Contrato.....	111
5. EFEITOS DA IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO NO VÍNCULO OBRIGACIONAL	119
5.1. A Resolução da Obrigação, se Não Imputável ao Devedor.....	119
5.2. As Consequências da Impossibilidade Imputável ao Devedor.....	124
5.3. As Consequências da Impossibilidade Imputável ao Credor.....	128
5.4. Do destino da Contraprestação e o Commodum de Representação.....	132

6. CONCLUSÃO	137
REFERÊNCIAS	142

1. INTRODUÇÃO

Os contratos são feitos para serem cumpridos. Se assim não fosse, porque as partes se vinculariam e celebrariam pacto que fará lei entre elas, atribuindo-lhes direitos e deveres, os quais poderão ser exigidos umas das outras, caso não fosse sua pretensão o adimplemento? O cumprimento, portanto, é o meio normal de extinção da relação jurídico-obrigacional.

Todavia, há situações em que, mesmo quando as partes realmente têm interesse no adimplemento e envidam seus melhores esforços para efetivá-lo, isto não é possível, seja porque o objeto da prestação (que está no centro da obrigação) pereceu, seja porque o direito não mais admite que o devedor execute o ato a que se obrigou ou, ainda, por qualquer outra causa (natural, moral ou jurídica) que impeça o devedor de cumprir aquilo a que se obrigou perante o credor.

Nessa hipótese, estará caracterizada a impossibilidade da prestação, o que inviabiliza que a relação jurídica obrigacional atinja sua finalidade, isto é, a satisfação do credor por meio do adimplemento. A impossibilidade da prestação, portanto, constitui mecanismo pelo qual o vínculo obrigacional será extinto (a obrigação será resolvida) por uma razão diversa do cumprimento da obrigação.

Diante dos impactos da caracterização da impossibilidade da prestação, o exame do assunto é de extrema importância, pois, caso a impossibilidade esteja caracterizada, credor e devedor sofrerão consequências que afetarão todos os aspectos da relação jurídica que mantêm (inclusive no que se refere à contraprestação), a depender do tipo de impossibilidade, do momento de sua ocorrência e da existência de culpa das partes em sua configuração.

Salienta-se, porém que, apesar dessa relevância, o tema não parece receber a devida atenção do legislador e da doutrina nacional.

De fato, o Código Civil brasileiro não possui um capítulo específico dedicado ao tratamento das diferentes modalidades de impossibilidade e suas respectivas consequências. Ao contrário, o tema é tratado de forma bastante assistemática e esparsa, limitando-se nosso diploma privado a prever o efeito liberatório (e apenas este efeito) da impossibilidade em dispositivos que disciplinam as diferentes modalidades de obrigação previstas na legislação privada (dar, fazer ou não fazer).

Portanto, há uma verdadeira omissão legislativa no que se refere ao estabelecimento de um suporte normativo aplicável em caráter geral às impossibilidades, definindo suas hipóteses

de caracterização e consequências próprias. À vista dessa omissão, não é possível extrair, diretamente da legislação, a resposta para diversas indagações elementares surgidas quando do estudo do assunto, como: quando estará caracterizada a impossibilidade? A impossibilidade que possui efeitos liberatórios é apenas absoluta ou a impossibilidade relativa também tem o condão de exonerar o devedor? A impossibilidade subjetiva também é apta a resolver a relação obrigacional? Quais as consequências das impossibilidades temporária e parcial, principalmente considerando a esfera do interesse do credor? Ademais, nosso Código Civil sequer se preocupou em definir um ponto de partida necessário, consistente na definição do conceito de prestação, o que é deveras relevante para que se possa enquadrar e definir o alcance do instituto da impossibilidade, notadamente naquelas situações em que a prestação, em tese, é possível, mas revela-se incapaz de gerar qualquer resultado prático ao credor.

Ante a omissão legislativa, a resposta para essas perguntas deveria ser oferecida pela doutrina, porém, o tema não suscita, em geral, grande interesse dos estudiosos. Nos manuais de direito civil a impossibilidade da prestação não costuma ser analisada como um tema próprio e autônomo, estando o exame dos juristas, muitas vezes, circunscrito à mera interpretação dos dispositivos legais que pautam o tema, os quais, como supracitado, não são suficientes para discipliná-lo em sua totalidade.

Além disso, em pesquisa sobre o tema em questão, a doutrina não apresenta respostas uniformes para preencher as lacunas deixadas pelo legislador, havendo acirrado debate a respeito das consequências surtidas pela caracterização das diferentes espécies de impossibilidade. Inclusive, sequer há unanimidade no que diz respeito ao efeito liberatório das variadas modalidades de impossibilidade (o principal efeito do instituto), pois há ampla discussão doutrinária sobre a possibilidade de atribuir esse efeito a certas espécies de impossibilidade da prestação, em especial àquelas de natureza subjetiva e relativa.

Diante das razões expostas, escolheu-se tratar do tema da impossibilidade superveniente da prestação, pois a matéria, tida por doutrinadores de renome como a mais árdua do direito civil nacional, além de possuir inegável importância, cuida de situação que implica a extinção do contrato sem a satisfação do credor (ao menos não aquela esperada quando da celebração do negócio jurídico), assunto de destaque no direito das obrigações, bem como é rodeada de ampla controvérsia, apresentando, portanto, campo bastante fértil para o estudo e apresentação de soluções para problemas ainda não resolvidos, de forma pacífica, pela doutrina, atestando a inegável relevância desta dissertação.

Assim, o presente trabalho tem por propósito apresentar o regime jurídico aplicável à impossibilidade da prestação, expondo a legislação nacional incumbida de disciplinar o tema, assim como as principais formas de manifestação das impossibilidades, para analisar e destacar quais são as controvérsias de maior relevância sobre o assunto e as diferentes soluções oferecidas pela doutrina para sanar essas divergências, o que permitirá oferecer respostas para as perguntas acima formuladas.

Antes da exposição do regime jurídico aplicável à impossibilidade da prestação, reputa-se relevante estabelecer alguns conceitos e premissas que devem pautar a interpretação da relação jurídico-obrigacional. Como ponto de partida, é substancial compreender qual é a forma que tal relação é compreendida pela doutrina mais atual e o propósito que lhe é atribuído, assim como é importante definir conceitos básicos que condicionam todo o “direito das impossibilidades”, inclusive o de prestação, já que a delimitação deste conceito é imprescindível para fixar se determinada situação está abrangida pela teoria das impossibilidades ou se deve ser disciplinada por um outro instituto definido no sistema (como da onerosidade excessiva).

Para cumprir esse desiderato e apresentar as respostas esperadas, o presente trabalho está estruturado em seis capítulos, cujo primeiro cinge-se à mera introdução de seu conteúdo.

O segundo capítulo se dedicará a contextualizar o tema da impossibilidade da prestação, destacando a importância de estudá-lo e a delimitar algumas premissas relevantes para a compreensão da impossibilidade da prestação, como no que diz respeito à atual concepção da obrigação como um processo destinado à satisfação do interesse do credor ou à possibilidade de enquadrar-se a impossibilidade na teoria do inadimplemento, bem como a apresentação e distinção dos conceitos de obrigação e prestação.

Em relação ao capítulo em exame, é importante destacar que, apesar da correlação que se fará entre impossibilidade e inadimplemento, este último instituto não é objeto do presente trabalho. Por essa razão, sua natureza, formas de exteriorização e pressupostos não serão abordados ao longo desta dissertação, exceto quando apresentarem alguma relação com a teoria da impossibilidade.

No terceiro capítulo, apresentar-se-á a base normativa que sustenta e estrutura a impossibilidade da prestação, com exposição das principais normas jurídicas que, em âmbito nacional, disciplinam o assunto. Para compreensão dessas normas e para o bom entendimento da forma pela qual o tema é tratado em território nacional, será exposto, ainda, o histórico das

legislações nacionais que se relacionam com o tema, além de algumas disposições do Código de Defesa do Consumidor, que trazem consequências relevantes a respeito do tema das impossibilidades, ainda que no âmbito das relações de consumo.

No mesmo capítulo, também será analisado o anteprojeto de reforma do Código Civil que, quando da elaboração do presente trabalho, está em trâmite no Senado Federal, pois é possível que tal anteprojeto resulte na vigência de algum dispositivo legal que se refira à impossibilidade da prestação.

No quarto capítulo serão efetivamente apresentadas as diferentes modalidades de impossibilidade da prestação, inclusive com definição prévia dos contornos do instituto. Ainda serão abordadas cada uma dessas modalidades, com atribuição e identificação de suas balizas definidoras, assim como serão expostas as principais controvérsias a elas relativas, notadamente no que se refere aos efeitos liberatórios de cada uma, o que, conforme se verá, não ocorre, necessariamente, em toda situação (ou modalidade) de impossibilidade.

O quinto capítulo, por sua vez, terá por propósito apresentar as principais consequências da impossibilidade da prestação no vínculo obrigacional, inclusive à luz da imputabilidade (ou não) de sua concretização às partes, pois, a par do efeito liberatório (que será examinado também no já citado capítulo 4º), a impossibilidade gera outras consequências em diversos atributos da relação jurídica que se desenvolve entre credor e devedor, como no que diz respeito ao destino da contraprestação em negócios jurídicos sinalagmáticos.

Por fim, o sexto capítulo é dedicado à conclusão do presente trabalho, no qual expor-se-á, de forma exaustiva, os principais pontos suscitados ao longo desta dissertação, assim como apresentar-se-á as respostas para as dúvidas e controvérsias que foram suscitadas ao longo dos capítulos anteriores.

Registramos que a pesquisa empreendida ao longo destes capítulos, fixada na tese jurídica, ostenta caráter qualitativo e foi executada através do método dedutivo, adotando-se procedimento dissertativo, por meio do qual foram examinadas regras e considerações doutrinárias, para a exposição de conclusões a respeito do regime jurídico aplicável à impossibilidade da prestação.

Antecipa-se, ademais, que, embora não se tenha a pretensão de apresentar a comparação da legislação e doutrinária brasileira com a de qualquer outro país, foram abordados, ao longo do presente trabalho, diversos estudos doutrinários e regras jurídicas produzidos em Portugal,

considerando que a ciência jurídica em torno do objeto desta dissertação está muito mais avançada naquele País do que no Brasil, de modo que o socorro à sua produção legislativa e doutrinária foi necessário, para que se pudesse compreender o instituto em estudo e colher subsídios para apresentar soluções às lacunas deixadas pelo Código Civil brasileiro.

Com tudo isso, espera-se, com este trabalho, apresentar base sólida para compreensão do instituto da impossibilidade da prestação, com alcance amplo para as obrigações de dar, fazer e não fazer (não se considerará as obrigações de pagar, pois o pagamento em pecúnia, abstratamente, é sempre possível), assim como oferecer respostas para diversas dúvidas e controvérsias que preocupam os estudiosos do tema.

2. A PRESTAÇÃO E SUA IMPORTÂNCIA PARA A RELAÇÃO OBRIGACIONAL

O objeto do presente trabalho é, como visto, a impossibilidade da prestação e suas consequências jurídicas à luz da legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras. Contudo, antes de tratar efetivamente deste objeto, é necessário apresentar e definir ideias e conceitos que se mostram essenciais para a boa e adequada compreensão do tema.

Para atingir esse objetivo, entende-se como relevante estabelecer a estrutura e objetivo da relação jurídico-obrigacional, de acordo com o entendimento mais atual sobre o tema, assim como os deveres básicos atribuídos às partes dessa relação.

Na sequência, serão explanados alguns conceitos fundamentais ao vínculo obrigacional, como a própria definição de obrigação, que será confrontada com a definição de prestação, à luz, inclusive, de considerações da doutrina portuguesa sobre o assunto.

Esse confronto é substancial para compreender a caracterização e efeitos da impossibilidade da prestação, porquanto revela no que efetivamente consiste a prestação – que está no centro da obrigação - e a relevância que esta possui na constituição e desenvolvimento da relação obrigacional executada entre as partes (independentemente da fonte dessa obrigação).

Ainda, dedicar-se-á espaço adequado para posicionar a impossibilidade superveniente no direito das obrigações, uma vez que, por constituir hipótese de extinção da obrigação sem o cumprimento pelo devedor, há certa controvérsia na doutrina sobre sua qualificação como inadimplemento.

A título de esclarecimento, antecipa-se que, embora o presente capítulo tenha por escopo posicionar a prestação e sua impossibilidade na relação obrigacional, entende-se que dois temas que lhe são afins, consubstanciados na caracterização da impossibilidade da prestação originária e superveniente e nos efeitos de cada uma dessas espécies de impossibilidade na relação citada, possuem maior relação com o quarto capítulo deste trabalho, no qual serão estudadas as formas de manifestação da impossibilidade da prestação, motivo da ausência deste assunto neste capítulo.

2.1. A Obrigação como Processo

A relação obrigacional, hoje, não é mais vista como uma simples relação de débito-crédito que se desenvolve entre credor e devedor. Ao contrário, o entendimento hodierno que prevalece é de que a relação obrigacional constitui processo verdadeiramente dinâmico (e não estático)¹, representativo de um vínculo de natureza complexa, composto por um conjunto de direitos, faculdades, poderes, ônus e deveres das partes que se organizam sistematicamente para a satisfação dos interesses do credor².

A relação jurídica obrigacional é dinâmica, pois, é possível que, notadamente naquelas de caráter continuado, as quais se projetam e se desenvolvem no tempo, surjam diversas implicações jurídicas, aptas a atribuir novos contornos às obrigações das partes, sujeitando-as mutuamente, inclusive para inverter a posição de vantagem que habitualmente é ocupada pelo credor, a qual pode ser deslocada para o devedor se isso se mostrar necessário para que o complexo obrigacional cumpra seu propósito³. Afinal, em deferência à boa-fé objetiva, o credor também está obrigado a contribuir para o cumprimento da obrigação, ainda que não seja dele a responsabilidade pela prestação principal⁴.

O propósito da relação obrigacional não é meramente a sua extinção, por qualquer razão, mas sim que haja o adimplemento, isto é, o real e efetivo cumprimento daquilo que foi pactuado, o que se constitui como o fim último da relação obrigacional⁵, de modo que ambas as partes tenham seus interesses satisfeitos.

O adimplemento, por meio do cumprimento da obrigação, funda-se no cânone de que “as obrigações assumidas devem ser fielmente executadas”⁶. A regra geral, portanto, é a extinção da obrigação pelo cumprimento, possuindo o credor inclusive meios jurídicos de compelir o devedor a cumprir a obrigação, de sorte que o inadimplemento (ou descumprimento) constitui-se como uma verdadeira exceção⁷, anomalia do sistema.

¹SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. Disponível em: Minha Biblioteca, (35° edição). Grupo GEN, 2024. P. 4. Acesso em 03/11/2024.

²BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 3.

³NERY, Rosa Maria de Andrade; e NERY JÚNIOR. **Instituições de direito civil: volume II: das obrigações, dos contatos e da responsabilidade civil**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. P. 191.

⁴SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. Disponível em: Minha Biblioteca, (35° edição). Grupo GEN, 2024. P. 4. Acesso em 03/11/2024.

⁵BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 3.

⁶ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955. P. 17.

⁷ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955. P. 18.

É nesse contexto que se entende a obrigação como processo, o que se faz a partir da compreensão de que a relação obrigacional “compõe-se, em sentido largo, do conjunto de atividades necessárias à satisfação do interesse do credor”⁸. Sublinha-se, a partir desse conceito, o caráter dinâmico da obrigação, bem como as várias fases que surgem no desenvolvimento da relação obrigacional e que entre si se ligam com interdependência⁹ para satisfazer o interesse do credor.

A expressão “obrigação como processo” foi cunhada por Couto e Silva, que, de forma magistral, assinalou que todos os atos praticados por credor e devedor, inclusive na fase de nascimento da relação obrigacional, têm uma finalidade. É essa finalidade que determina a concepção da obrigação como processo¹⁰, pois, quando a obrigação surge de uma relação contratual, toda parte que celebra um contrato o faz imbuída de algum interesse¹¹, cuja satisfação deve ser buscada pelas partes¹². Essa, aliás, também parece ser a visão de Pontes de Miranda, que já sinalizava que “O fim da relação obrigacional é a satisfação da totalidade dos interesses envolvidos na relação.”¹³.

Se o programa esperado da relação obrigacional é o cumprimento da obrigação, com a satisfação plena do interesse do credor, naturalmente, para que a relação obrigacional subsista, é necessário que seja possível, sob qualquer ótica, o cumprimento da obrigação (e conseqüentemente a satisfação do interesse do credor).

⁸COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo (Portuguese Edition)*. FGV. Edição do Kindle. Posição 320, Acesso em 03/11/2024.

⁹COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo (Portuguese Edition)*. FGV. Edição do Kindle. Posição 320. Acesso em 03/11/2024

¹⁰COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo (Portuguese Edition)*. FGV. Edição do Kindle. Posição 326. Acesso em 03/11/2024

¹¹COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo (Portuguese Edition)*. FGV. Edição do Kindle. Posição 1062. Acesso em 03/11/2024

¹²COUTO E SILVA lembra, porém, que algumas obrigações, embora sejam assumidas com algum propósito, são adimplidas pela simples entrega da prestação ao credor e não necessariamente pelo atendimento de seu interesse. É o caso clássico das obrigações de meio, pois, e.g., o médico, para adimplir suas obrigações, não precisa curar o paciente enfermo que o contrata (que é o que ele, enquanto credor dos serviços médicos, almeja), mas meramente aplicar a melhor técnica desenvolvida pela ciência médica para a situação de seu contratante. Fazendo-o, terá cumprido o contrato, ainda que o tratamento dispendido não seja suficiente para a cura do paciente. (COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A obrigação como processo (Portuguese Edition)*. FGV. Edição do Kindle. Posição 1071/1085. Acesso em 03/11/2024

¹³PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsó, 1959, tomo XXVI, § 3.169, 2, P. 28.

De fato, a relação obrigacional somente possui significado enquanto há aptidão de convergir interesses antagônicos, compondo-os por meio da estruturação de cláusulas e condições que as partes reputam como necessárias para sua satisfação¹⁴.

Assim, se, por qualquer razão, a satisfação desses interesses tornou-se impossível, a consequência lógica da impossibilidade deve ser a extinção da relação obrigacional, pois não faz sentido “dar vida” a uma relação jurídica oca, incapaz de cumprir sua finalidade (a satisfação do interesse das partes), sob pena de perpetuar-se no mundo jurídico uma verdadeira farsa¹⁵.

Daí a importância de se analisar dogmaticamente a impossibilidade superveniente da prestação e sua eficácia extintiva no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2. O Conceito de Prestação na Relação Jurídica Obrigacional.

2.2.1. Da Delimitação do Conceito de Obrigação

Para boa compreensão do conceito de prestação, é indispensável definir, antes, o de obrigação e relacioná-lo com o de prestação, visto que os conceitos desses dois institutos jurídicos, relevantes para compreensão do tema objeto da presente dissertação, não foram previstos pelo legislador do Código Civil de 2002¹⁶ (que, portanto, atribuiu tal papel à doutrina).

Etimologicamente, a palavra obrigação vem do vocábulo latino *obligare* (*ob* + *glatio*), que tem o significado, dentre outros, de ligar ou criar certo liame¹⁷. Assim, ao menos desde o Direito Romano, que, para Silva Pereira, produziu sua obra-prima no direito das obrigações¹⁸, o núcleo essencial da obrigação é o vínculo existente entre credor e devedor, que assegura a um a pretensão de exigir do outro o cumprimento de uma prestação¹⁹.

¹⁴BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 5.

¹⁵BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 4.

¹⁶Há ordenamentos, contudo, que preferiram por estabelecer o conceito de obrigações, como é o caso do Código Civil português, que, em seu artigo 397, estabelece que obrigação “é o vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”.

¹⁷ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**; v. 2 – 9ª ed. ver, ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. P. 13.

¹⁸SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. Disponível em: Minha Biblioteca, (35ª edição). Grupo GEN, 2024. P. 1. Acesso em 03/11/2024

¹⁹ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**; v. 2 – 9ª ed. ver, ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. P. 13.

Nesses termos, a definição clássica de obrigações, extraída, novamente, do direito romano, corresponde, de acordo com Gomes, a “um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”²⁰. A definição, contudo, embora suficiente para expor alguns elementos essenciais da relação obrigacional (como a prestação), é compreendida como não satisfatória pela doutrina mais atual, insuficiente à luz da já demonstrada evolução da concepção tradicional de obrigação, hoje plasmada como um processo dinâmico voltado ao adimplemento do credor^{21e22}.

Gomes²³, um dos críticos da definição clássica apresentada, aponta que, para conceituar-se adequadamente obrigação, deve adotar-se um conceito que abranja as suas diferentes modalidades, assim como que contemple o direito de crédito e o dever de prestar, definições que correspondem, respectivamente, aos aspectos positivo e negativo da relação obrigacional.

Nessa perspectiva, complementando-se o conceito já apresentado pelo autor:

relação obrigacional é um vínculo jurídico entre duas partes, em virtude do qual uma delas fica adstrita a satisfazer uma prestação patrimonial de interesse da outra, que pode exigir-la, se não for cumprida espontaneamente, mediante agressão ao patrimônio do devedor.²⁴

Esse conceito, inclusive, revela a posição de Gomes²⁵, no sentido de que a obrigação é, em si mesma, uma relação jurídica entre sujeitos de direito e não necessariamente como o objeto de um vínculo jurídico.

A definição, embora bastante pessoal, não se distancia daquele formulado pelos demais estudiosos do direito obrigacional, que são uniformes em apontar que a obrigação corresponde a um vínculo jurídico, que tem como objeto a prestação²⁶. À guisa de exemplo, cita-se os

²⁰GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. P. 9. Acesso em 03/11/2024

²¹GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. P. 9. Acesso em 03/11/2024

²²ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**; v. 2 – 9ª ed. ver, ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. PP. 15/16.

²³GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. P. 9. Acesso em 03/11/2024

²⁴GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. P. 9. Acesso em 03/11/2024

²⁵GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª Ed. Aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. P. 165

²⁶TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**. v.2. Barueri: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647576. P. 10. Acesso em 03/11/2024

conceitos definidos por Rodrigues²⁷ e Silva Pereira²⁸, próximos daquele gizado por Gomes supra.

Os conceitos já delimitados revelam que obrigação não é mero sinônimo de prestação, constituindo-se como um vínculo jurídico que tem por pressuposto (ou elemento central) a prestação.

A prestação é entendida não só pela doutrina majoritária²⁹, mas também pelo legislador³⁰, como o objeto, um elemento verdadeiramente decisivo³¹ e central³² da obrigação. E é assim, porque o objeto da obrigação é, sempre, um ato humano³³, de modo que, para constituir uma relação obrigacional, uma das partes tem de se comprometer a dar ou fazer ou não fazer algo em proveito e no interesse de outrem (o propósito da relação obrigacional é satisfazer o interesse do credor³⁴), sem o que não se constituirá uma relação dessa natureza. Inclusive, é essa prestação, isto é, o comportamento do devedor, que resultará (quando esse comportamento ocorrer) no adimplemento da obrigação³⁵.

A relação entre prestação e obrigação é sintetizada de forma bastante didática por Nery e Nery Júnior:

Portanto:

- a) O contrato tem objetos que são o conteúdo do acordo e tem efeitos, que são as obrigações.
- b) Por sua vez – e quanto àquilo que aqui nos interessa -, as obrigações têm objetos que são as prestações (dar, fazer e não fazer);

²⁷“[obrigação] é o vínculo de direito pelo qual um sujeito passivo fica adstrito a dar, fazer ou não fazer alguma coisa em favor de um sujeito ativo, sob pena de, se o não fizer, espontaneamente, seu patrimônio responder pelo equivalente” (RODRIGUES, Silvio, **Direito civil**; v.2 - 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1997). P. 6

²⁸“obrigação é o vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa pode exigir de outra prestação economicamente apreciável” (SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. Disponível em: Minha Biblioteca, (35ª edição). Grupo GEN, 2024. P. 5. Acesso em 03/11/2024)

²⁹NERY e NERY JÚNIOR sinaliza que há doutrina minoritária que adota posição diversa a respeito da natureza da prestação, defendendo que são objeto do crédito ou, ainda, do direito de exigí-la. (NERY, Rosa Maria de Andrade; e NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: volume II: das obrigações, dos contatos e da responsabilidade civil**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. P. 198)

³⁰Ao disciplinar a lesão, o artigo 157 do Código Civil deixa claro que o sujeito se obriga a uma determinada prestação, o que evidencia que a prestação é, de fato, o objeto da obrigação. Veja-se: “Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.”

³¹GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. Acesso em: 22 mar. 2024. P. 5.

³²TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**. v.2. Barueri: Grupo GEN, 2023. E-book. ISBN 9786559647576. Acesso em: 22 mar. 2024. P. 10.

³³BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. 8ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo. 1954. P. 28.

³⁴GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. P. 5.

³⁵NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 62

c) As prestações têm objetos que são as coisas (bens) e as condutas (comportamentos humanos), em si.³⁶

Em sentido semelhante, Varela, para quem a prestação é o fulcro ou alvo prático da obrigação, esclarece que a doutrina portuguesa em geral distingue o objeto imediato e mediato da obrigação. O primeiro consiste em atividade devida para a satisfação do crédito (*e.g.*, entregar a coisa), ao passo que o segundo corresponde à própria coisa ou conduta, isto é, no objeto específico da prestação³⁷.

No mesmo sentido, Noronha³⁸ atenta ainda para a necessidade de diferenciar a conduta esperada do devedor da coisa (no caso de obrigação de dar) ou o fato (nas obrigações de fazer ou não fazer) em que o devedor está verdadeiramente interessado, ou seja, a prestação de seu objeto, que se constituem, respectivamente, como o objeto imediato (ou direto) e o objeto mediato (ou indireto) da obrigação, como defende a doutrina portuguesa citada por Varela.

O autor³⁹ ilustra essa diferença (entre objeto imediato e mediato) com o exemplo de um contrato de compra e venda de mobiliário, no qual a obrigação do vendedor-devedor é transferir o domínio da coisa, promovendo a entrega (ou tradição) para que a propriedade seja transferida ao comprador-credor. No exemplo em questão, a atividade do devedor (ou seja, a prestação) constitui o objeto imediato da obrigação, enquanto o mobiliário é seu objeto mediato (embora seja o objeto direto da prestação).

Assim, sob qualquer ângulo que se análise, a prestação está verdadeiramente contida no vínculo obrigacional, sendo seu centro e real objeto. Compreender essa relação de continência (e não de confusão) é essencial para o adequado entendimento da importância da possibilidade jurídica da prestação (e de seu objeto) para que a relação jurídica obrigacional possa se desenvolver validamente (o que pressupõe que a obrigação seja possível já no momento de celebração do negócio) e produzir regulares efeitos (o que somente ocorre se for possível seu cumprimento).

³⁶NERY, Rosa Maria de Andrade; e NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: volume II: das obrigações, dos contatos e da responsabilidade civil**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. P. 198

³⁷VARELA, Antunes. **Das Obrigações em Geral**; v. 1. Coimbra: Editora Almedina. 2005. P. 79.

³⁸NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Disponível em: Minha Biblioteca, (4ª edição). Grupo GEN, 2013. P. 24. Acesso em 03/11/2024

³⁹NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Disponível em: Minha Biblioteca, (4ª edição). Grupo GEN, 2013. P. 24. Acesso em 03/11/2024

2.2.2. Da Delimitação do Conceito de Prestação

2.2.2.1. Definição do Conceito de Prestação pela Doutrina Brasileira

Antes de realizar qualquer estudo a respeito da impossibilidade superveniente da prestação, entende-se indispensável examinar e abordar o próprio conceito de prestação, uma vez que, como indica a doutrina, sua compreensão é fundamental para delimitar o alcance da impossibilidade superveniente de prestar⁴⁰, ainda mais quando se considera a existência de institutos (as chamadas perturbações atípicas do contrato⁴¹) que lhe são afins e serão melhor estudados em capítulos próprios (como o de frustração do fim do contrato e/ou da consecução dos fins do contrato por outros meios).

Apesar da inegável importância do estabelecimento do conceito em exame e da relevância da análise da impossibilidade superveniente da prestação, observa-se que a doutrina, de um modo geral, não dedicou grande estudo ao assunto, como bem sinalizam Costa e Silva e Martins-Costa⁴², que constatarem apenas em Pontes de Miranda consideração adicional ao tratamento do assunto.

Esse tratamento genérico se deve talvez à forma assistemática e pouco organizada pela qual o tema impossibilidade foi tratado pelo Código Civil brasileiro, que provavelmente não despertou na doutrina nacional o interesse em se debruçar sobre o conceito de prestação, costumando tratar do referido conceito em pouquíssimas linhas, sem exame aprofundado a respeito do modo pelo qual estruturado tal conceito e, a partir dele, quais são as consequências práticas a serem observadas, inclusive em matéria da impossibilidade de prestar.

A doutrina costuma ser bastante econômica na definição do conceito de prestação, limitando-se, majoritariamente, a apontar que se constitui como uma atividade humana exigível do devedor, consistente em dar, fazer ou não fazer alguma coisa⁴³. Raras são as definições que

⁴⁰PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. PP. 329.

⁴¹PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. PP. 329/330.

⁴²De acordo com COSTA E SILVA e MARTINS-COSTA, Pontes de Miranda teria sinalizado, em linha do que se debate na doutrina estrangeira, que não seria oportuno cindir ação e resultado da atividade humana (COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 57).

⁴³TEPEDINO, Gustavo; e SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**. v.2. Barueri: Grupo GEN, P. 10. Em sentido semelhante: “A prestação consiste em dar, fazer ou não fazer alguma coisa.”. RODRIGUES. Silvio, 1917- **Direito civil**; v.2 - 21ª ed. atual. 1997 P. 6.; e “o objeto da obrigação é uma prestação, e esta sempre constitui um fato humano, uma atividade do homem, uma atuação do sujeito passivo.” (SILVA

extrapolam essa acepção simplista (no sentido de que a prestação corresponde a uma atividade do devedor), como é aquela estabelecida por Gomes⁴⁴, descreve a necessidade do revestimento de patrimonialidade para que a ação ou omissão do devedor possa ser assim considerada em seu estrito sentido, pois essa característica, segundo o autor, é indispensável para caracterização da prestação, já que, do contrário, não seria possível atribuir-lhe coação jurídica em caso de inadimplemento.

O conceito de Gomes, na realidade, revela aquela que parece ser a principal preocupação dos estudiosos brasileiros ao examinar a prestação, consistente em estabelecer quais são os requisitos ou condições necessárias para que o objeto da relação obrigacional (isto é, a prestação) seja válido e apto a dar ensejo a uma regular relação jurídico-obrigacional.

Não há uniformidade na definição desses requisitos⁴⁵, mas é comum o estabelecimento pela doutrina de ao menos aqueles que constituem condicionantes extraídas do artigo 104, II, do Código Civil brasileiro para que o objeto do negócio jurídico possa ser considerado válido,⁴⁶ correspondentes à (i) licitude, (ii) possibilidade e (iii) determinação ou determinabilidade.

A licitude aduz à conformação da prestação ao direito vigente, à moral e aos bons costumes⁴⁷, bem como à ordem pública, devendo a prestação, portanto, estar alinhada não só com a lei em sentido amplo, mas também com os princípios que compõem a conduta social pautada pelas normas da moral e dos bons costumes, ainda que não positivadas⁴⁸.

Ninguém pode, por exemplo, comprometer-se à venda de uma coisa roubada⁴⁹ e/ou à exploração da prostituição, pois se trata de objetos (a exploração da prostituição ou a comercialização do produto de um crime) vedados pelo direito e/ou contrários àquilo que a sociedade em geral entende como adequado (ou aos seus bons costumes), de modo que qualquer avença nesse sentido padecerá de nulidade invencível.

PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. Disponível em: Minha Biblioteca, (35° edição). Grupo GEN, 2024. P. 14). Acesso em 03/11/2024

⁴⁴GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. P. 15. Acesso em 03/11/2024

⁴⁵BEVILAQUA, por outro lado, estabelece cinco condicionantes diferentes para a validade da prestação. (**Direito das Obrigações**. 8ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo. 1954. P. 29)

⁴⁶Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: (...); II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; [...]

⁴⁷BARROS, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil; v. 1: parte geral**. – 40ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2005. P. 216.

⁴⁸SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. Disponível em: Minha Biblioteca, (35th edição). Grupo GEN, 2024. P. 15. Acesso em 03/11/2024

⁴⁹DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva. P. 125/126. Negócio Jurídico, Ed. Saraiva, 4ª Ed. PP. 176/177.

Nesses termos, Silva Pereira⁵⁰ enfatiza que a licitude do objeto não está circunscrita à sua mera conformação com o direito objetivo, isto é, com normas expressas, mas também às normas que regulam a boa convivência social, de modo que se deve apreciar *in concreto* a ocorrência da ilicitude, verificando-se, casuisticamente, se o objeto, por uma ou outra razão, viola a lei ou os princípios que pautam a conduta da sociedade, não havendo, portanto, fórmula pré-definida para tanto.

Sem prejuízo do exame mais acurado do conceito nos capítulos subsequentes, antecipe-se que a possibilidade da prestação é sintetizada pela regra *ad impossibilia nemo tenetur*, pois, se o objeto da relação obrigacional for impossível, ela não será passível de cumprimento (e adimplemento), de modo que essa relação, na realidade, carecerá de objeto⁵¹.

Atente-se que a possibilidade, neste contexto, tem aspecto tanto fático quanto jurídico, igualmente relevantes na sua consideração⁵². Assim, tanto em um quanto em outro caso, será nula a obrigação, de modo que a impossibilidade receberá o mesmo tratamento por nosso ordenamento jurídico, pouco importando se decorrer de um aspecto fático ou natural (como dar a volta ao mundo em uma hora, o que é materialmente impossível) ou jurídico (como alienar a herança de pessoa viva, o que é vedado pelo artigo 426 do CCB).

A possibilidade, como requisito da prestação, deve ser avaliada em abstrato, referindo-se, assim, a qualquer devedor, isto é, deverá ser absoluta e objetiva, pois, segundo Pothier⁵³, a máxima “ninguém é obrigado ao impossível” só é verdadeira quando a impossibilidade é absoluta, de modo que se a prestação é possível em si, a obrigação não deixa de existir, ainda não esteja no poder do devedor cumpri-la.

Assim, se determinada prestação, embora se apresente possível em tese, revelar-se impossível para um devedor em particular, tal circunstância não invalida (ou macula de nulidade) a obrigação (já que a impossibilidade será relativa ou subjetiva), produzindo consequência outras⁵⁴.

⁵⁰SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. Disponível em: Minha Biblioteca, (35° edição). Grupo GEN, 2024. P. 15. Acesso em 03/11/2024

⁵¹GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. P. 32. Acesso em 03/11/2024

⁵²BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. 8ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo. 1954. P. 29.

⁵³POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e recíprocas**. Rio de Janeiro Garnier s.d. 2v. P. 89.

⁵⁴TEPEDINO, Gustavo; e SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**. v.2. Barueri: Grupo GEN. E-book. P. 9. Acesso em 03/11/2024

No mesmo sentido, a possibilidade como condicionante da prestação deve ser aferida quando a obrigação é constituída, ou seja, deve tratar-se de uma impossibilidade originária. Na hipótese de a impossibilidade ser superveniente ao nascimento do vínculo, não haverá subtração da validade do negócio, mas sim a produção de consequências diversas⁵⁵, que serão oportunamente examinadas.

Ainda no que diz respeito à possibilidade, embora haja uma linha tênue entre ambas as condições, a prestação ilícita e a juridicamente impossível não se confundem. Ambas podem ser contrárias à lei, mas diferem-se na medida em que a prestação é impossível, do ponto de vista jurídico, quando a lei simplesmente não a admite, e ilícita se, além de inadmissível, constitui ato punível⁵⁶.

Relativamente ao derradeiro requisito, a obrigação deverá ser determinada ou, no mínimo, determinável, esta última caracterizada na sua atribuição, pelas partes, de contornos mínimos de identificação, como ligados ao gênero, espécie ou quantidade da prestação, que permitam sua determinação no momento da execução⁵⁷.

A razão de ser deste requisito é, segundo Bevilacqua, evitar que a obrigação se resolva em uma prestação ridícula⁵⁸. Assim, a indeterminação definitiva implica a nulidade do vínculo obrigacional, de modo que, quando o objeto é indeterminável, pela própria natureza ou porque circunstâncias especiais obstam à determinação, não há obrigação válida⁵⁹.

Ressalta-se, ainda, que alguns estudiosos, na esteira da definição de Gomes acima citada, elencam a patrimonialidade como requisito essencial da prestação⁶⁰.

Noronha⁶¹ explica que esses estudiosos, aos quais se refere como integrantes da chamada “doutrina tradicional” recorrem às fontes do direito romano para reconhecer a patrimonialidade como um requisito da prestação. Isso ocorre porque, naquele sistema jurídico,

⁵⁵SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. Disponível em: Minha Biblioteca, (35° edição). Grupo GEN, 2024. P. 15. Acesso em 03/11/2024

⁵⁶GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. P. 32 Acesso em 03/11/2024

⁵⁷GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. P. 33 Acesso em 03/11/2024

⁵⁸BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. 8ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo. 1954. P. 29

⁵⁹SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. Disponível em: Minha Biblioteca, (35° edição). Grupo GEN, 2024. P. 16. Acesso em 03/11/2024

⁶⁰Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo; e SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações**. v.2. Barueri: Grupo GEN. E-book. Acesso em 03/11/2024 P.9; e SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações**. v. II. Disponível em: Minha Biblioteca, (35° edição). Grupo GEN, 2024. P. 14. Acesso em 03/11/2024

⁶¹NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Grupo GEN, 2013. P. 26. Acesso em 03/11/2024

toda condenação judicial em razão do inadimplemento consistia no pagamento de quantia, motivo pelo qual não se poderia admitir a constituição de uma obrigação (e, conseqüentemente, o estabelecimento de uma prestação) sem natureza patrimonial⁶², sob pena de não ser possível atribuir-lhe coercibilidade.

Essa orientação clássica, contudo, é amplamente criticada, pois, como ensina Serpa Lopes⁶³ é possível atribuir caráter patrimonial à obrigação, mesmo que a prestação não tenha natureza patrimonial. E é assim, porque, como expõe o autor com base em diversas lições extraídas da doutrina estrangeira, o dinheiro não possui apenas uma função de equivalência (ou seja, determinar em pecúnia a utilidade do adimplemento da prestação), mas pode também ter o propósito de penalidade (como na pactuação de uma cláusula penal, com propósito coercitivo) e de satisfação, podendo servir ao credor como uma compensação em razão do inadimplemento⁶⁴. Diante dessas duas últimas funções, seria possível atribuir coercitividade até mesmo às obrigações sem conteúdo patrimonial.

Entendimento semelhante é perfilhado por Notato⁶⁵, que defende:

Admite-se possa não ser a prestação econômica, dê que suscetível de oferecer correspondente em dinheiro, de representar utilidade, de ser, em suma, sub-rogável em dinheiro, naturalmente, legalmente, ou pela vontade das partes.

Independentemente da posição que se adote, o fato é que a patrimonialidade como pressuposto da prestação, contudo, está longe de ser pacífica em nossa doutrina, pois há estudiosos que defendem que, além de essa condicionante não ser prevista no CCB⁶⁶, ela está mais relacionada com a sanção em virtude do descumprimento do que à própria constituição da prestação, motivo pelo qual é possível o estabelecimento de prestações que detenham natureza

⁶²NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Disponível em: Minha Biblioteca, (4th edição). Grupo GEN, 2013. P. 26. Acesso em 03/11/2024

⁶³SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil. Obrigações em geral**, vl. II. 6ª Edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1999. P. 25.

⁶⁴SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil. Obrigações em geral**, vl. II. 6ª Edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1999. P. 25.

⁶⁵NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**, vl. I. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 1959. P. 141.

⁶⁶Em sentido oposto, o Código Civil português expressamente estabelece que a prestação não necessita ter caráter pecuniário, ao fixar, em seu art. 398, nº 2, que “2. A prestação não necessita de ter valor pecuniário; mas deve corresponder a um interesse do credor, digno de proteção legal.”

extrapatrimonial⁶⁷ e/ou que representem um interesse relevante do credor, ainda que não pecuniário⁶⁸.

A leitura dos conceitos e requisitos supracitados revela que a doutrina brasileira em geral sequer tangencia discussões relevantes estabelecidas no direito alienígena, como se prestação devesse ser entendida como atividade ou como resultado, o que inclusive é objeto de críticas, em especial no que diz respeito à não inclusão do interesse do credor na definição do conceito de prestação⁶⁹, na medida em que (o interesse do credor) consiste em elemento de análise aprofundada entre os estudiosos estrangeiros, diante de sua absoluta relevância no estudo do direito das impossibilidades⁷⁰.

2.2.2.2. Debates em torno do conceito de prestação na doutrina portuguesa

Apesar de a doutrina brasileira não dedicar maiores esforços na construção de um conceito de prestação, verifica-se que tal conceito é objeto de amplo debate na doutrina portuguesa, o que provavelmente se justifica pelo fato de o Código Civil português ter dedicado uma subseção inteira, iniciada em seu artigo 790⁷¹, para disciplinar exclusivamente a inviabilidade do cumprimento em virtude de a prestação ter se tornado impossível, assim como os efeitos produzidos pela impossibilidade, omitindo-se, entretanto, de delimitar o conceito de prestação (o que, segundo Pires, é uma omissão existente em todos os demais ordenamentos jurídicos europeus⁷²).

⁶⁷ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil**; v. 2 – 9ª ed. ver, ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. P. 55.

⁶⁸BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. 8ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo. 1954. P. 29.

⁶⁹COSTA E SILVA e MARTINS-COSTA, apontam que as definições atualmente estabelecidas para a compreensão da prestação não são inteiramente satisfatórias, pois desprezam um elemento relevante, consistente no interesse do credor. Por isso, referida doutrinadora, embora saiba que o interesse do credor é, entre nós, critério delineador do inadimplemento absoluto (o perecimento do interesse converte a mora), defende a adoção de um raciocínio analógico e tópico, para que tal interesse, tratado pelo artigo 395 do CCB e outros, também seja considerado e utilizado como parâmetro da ideia de impossibilidade (**Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. PP. 61/63).

⁷⁰COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 56.

⁷¹Artigo 790.º “**(Impossibilidade objectiva)** 1. A obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor. 2. Quando o negócio do qual a obrigação procede houver sido feito sob condição ou a termo, e a prestação for possível na data da conclusão do negócio, mas se tornar impossível antes da verificação da condição ou do vencimento do termo, é a impossibilidade considerada superveniente e não afecta a validade do negócio.”

⁷²PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. P. 330.

De fato, ao menos desde 1965, a partir dos estudos do professor alemão Franz Wieacker, discute-se a definição de um conceito bipartido de prestação, que pode corresponder à ação de prestar, quando então se sublinhará o comportamento do devedor, ou à realização do interesse do credor, que enfatiza a satisfação (ou atingimento do resultado) da prestação⁷³. A prestação, portanto, seria dotada de um duplo aspecto⁷⁴.

A adoção de um ou outro aspecto não é mero preciosismo, mas assume relevância por ter ampla aplicação prática, porquanto é a partir da delimitação daquilo que efetivamente compreende prestação (se à ação do devedor ou ao resultado entregue ao credor) é que se aferirá se houve a caracterização da impossibilidade de executá-la⁷⁵. E é assim, porque é a partir da delimitação do conceito de prestação que se definirá o campo de incidência da teoria da impossibilidade, verificando-se se sua incidência está restrita à hipótese em que a ação é impossível, se resta caracterizada quando a satisfação do credor deixa de ser atingível⁷⁶ ou se em ambas as hipóteses (caso se adote um conceito unitário).

É diante da relevância do correto enquadramento do termo que Wieacker buscou entender se era possível a manutenção desse duplo aspecto do conceito de prestação ou se seria conveniente estabelecer um conceito unitário. O estudioso acabou por concluir pela formulação de um conceito misto, segundo a prestação consistiria na “realização do interesse do credor através acção de prestar do devedor”⁷⁷.

O mérito desse novo conceito é reconhecer que existe um condicionamento recíproco entre ação e resultado, pois, como já visto, o fim compõe a formação do vínculo obrigacional, de modo que as partes se obrigam com o propósito de obter um resultado útil. Assim, a prestação, na visão de Costa e Silva e Martins-Costa, “corresponde a uma atividade (isto é:

⁷³COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 56.

⁷⁴PEREIRA, Maria de Lourdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina. 2001. P. 11.

⁷⁵COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 56.

⁷⁶“Haverá impossibilidade sempre que o resultado seja um elemento estrutural e/ou funcional da prestação debitaria, ainda que indiretamente revelado e ainda que de natureza complementar ou acessória” (COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 57).

⁷⁷WIECKER, Franz. **Leistungshandlung und Leistungsstörungen im burgerlichen Schuldrecht**. FS Nipperdey zum 70. Geburtstag, Vol. I, Beck, Munique. 1965. apud PEREIRA, Maria de Lourdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina. 2001. PP. 11/12.

conjunto de atos coligados) do devedor em vista de uma finalidade ou resultado, qual seja, a satisfação do interesse do credor”⁷⁸.

Segundo as autoras⁷⁹, a concepção mista citada, segundo a qual a prestação abrange tanto o resultado quanto a ação do devedor, teve por efeito renovar a Teoria do Adimplemento, pois introduziu a concepção do adimplemento satisfativo, isto é, aquele voltado a realizar o fim buscado pelas partes quando da formação do vínculo obrigacional.

Ainda segundo Costa e Silva e Martins-Costa⁸⁰, o aprimoramento do conceito de prestação teve por efeito refinar a teoria dos deveres e reformar a própria teoria da impossibilidade (que é a que nos interessa), que deixou de estar restrita às noções de impossibilidade física e jurídica, acrescentando-lhe uma noção/ideia cultural e normativa, que se materializa mesmo quando a prestação é física ou juridicamente possível, mas seu cumprimento imporá ao devedor gravames intoleráveis à luz de critérios normativos e culturais⁸¹ (*e.g.*, obrigar uma cantora a se apresentar no mesmo dia em que recebeu a notícia de morte de seu filho, o que é possível materialmente, mas intolerável sob uma perspectiva humana; ou obrigar um vendedor de verduras a cumprir sua obrigação quando para, tanto, dependia de uma ponte que ruiu repentinamente, e os meios dos quais dispõe para contar a ruína, como a locação de um barco cargueiro, são demasiadamente altos e injustificados à luz da relação obrigacional estabelecida).

Ainda sobre o assunto, é importante citar os estudos do alemão Volker Beuthien, que, embora tenha sido criticado por seus conterrâneos⁸², tem sua importância realçada por Pires, que reconhece sua influência também no direito português⁸³.

⁷⁸COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 59.

⁷⁹COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 60.

⁸⁰COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 60.

⁸¹A posição externada pelas autoras revelam a inclinação a atribuição de efeitos liberatórios à impossibilidade relativa, conforme se examinado com maior vagar nos capítulos subsequentes.

⁸²PIRES aponta que o jurista alemão Helmut Köhler criticou a tese de Beuthien acerca da prestação vinculada a um fim, pois essa tese assentaria, no limite, numa pressuposição psicológica das partes, fundamento que geraria incerteza e insegurança jurídica. Por outro lado, ao remeter o problema das perturbações do fim de emprego para o conteúdo do contrato, propiciaria colisões entre a impossibilidade do cumprimento e a violação positiva do contrato. (PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. P. 340.)

⁸³PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. P. 339.

Segundo ele⁸⁴, a prestação deve ser entendida enquanto resultado, pois não se poderia admitir a entrega de prestação sem utilidade ao credor. Esse raciocínio se pauta na concepção de que a relação obrigacional visa, necessariamente, a um certo fim, traduzido pelo resultado da prestação⁸⁵.

Assim, a prestação está vinculada a um fim, devendo a impossibilidade da prestação ser aferida de acordo com o ajuste existente entre as partes, de modo que, se tal fim não puder, por qualquer motivo, ser atingido, haverá a impossibilidade. A exceção se refere à hipótese de a finalidade ter sido omitida no acordo ajustado entre as partes, situação em que não poderá haver enquadramento na teoria das impossibilidades⁸⁶.

Na doutrina portuguesa há também amplo estudo do conceito de prestação, o que existe em virtude da controvérsia em torno da possibilidade de enquadramento no instituto da impossibilidade da prestação algumas teorias que cuidam da extinção do contrato pelo perecimento do interesse do credor na prestação, como é o caso da frustração do fim ou da consecução do fim por via diversa do cumprimento, muito mais relevantes e discutidas naquele país do que em território nacional (no qual sequer estão positivados).

Uma abordagem interessante extraída da doutrina portuguesa, exposta por Pereira, refere-se à constatação de que a ação de prestar pode ter dois sentidos bastante diversos, um concreto e um abstrato. O sentido concreto se refere a uma atividade humana indissociável de determinadas circunstâncias que a especificam e atribuem individualidade; ao passo que o sentido abstrato da ação de prestar se refere à atividade humana em si mesma considerada, independentemente de qualquer condicionalismo que lhe seja exterior⁸⁷.

Pereira⁸⁸ ilustra essas duas acepções da ação de prestar a partir do seguinte exemplo: “A” se obriga perante a “B” a demolir um muro que se encontra no terreno de titularidade deste último. A atividade de prestar em concreto se materializa pela demolição daquele muro em particular sobre o qual recai a obrigação estabelecida, de modo que o cumprimento de tal

⁸⁴ BEUTHIEN, Volker, **Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis**, J.C.b. mohr (paul siebeck), tubinga, 1969. P. 159 ss. apud PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. P. 339.

⁸⁵O entendimento do autor, embora exarado com base no ordenamento jurídico alemão, possui certa afinidade com o disposto no artigo 81 do Código Civil brasileiro de 1916, não reproduzido pelo Código Civil brasileiro de 2002, que vincula o ato jurídico a um determinado fim, ao estabelecer que “Art. 81. Todo o ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico.”

⁸⁶PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. P. 339.

⁸⁷PEREIRA, Maria de Lourdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina. 2001. P. 16/17.

⁸⁸PEREIRA, Maria de Lourdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina. 2001. P. 17.

prestação pressupõe a existência de uma série de circunstâncias, como a existência do muro, que é objeto indireto da obrigação e a outorga de permissão pelo credor para que o devedor adentre a seu terreno e execute a demolição ajustada; por outro lado, a atividade de prestar em sentido abstrato corresponde à simples possibilidade de o devedor ou de qualquer pessoa praticar a demolição de um muro, o que não está condicionado à existência de qualquer requisito, de modo que a possibilidade de executar a ação humana é muito mais ampla.

Ao apresentar o exemplo acima, Pereira⁸⁹ aponta que a ação de prestar deve, necessariamente, ser entendida em seu sentido concreto (o primeiro sentido), pois é óbvio que o devedor só se desonera da obrigação se cumprir exatamente aquilo que foi pactuado, em que não há liberação, *e.g.*, caso o devedor destrua qualquer muro (ou um muro de terceiro) e não aquele eleito pelas partes como de objeto de sua ação. Diversos outros estudiosos, como Varela⁹⁰, Pires⁹¹ e Cogo⁹², também defendem, expressa ou implicitamente, que o dever de prestar deve ser avaliado *in concreto*, não se prescindindo do exame das circunstâncias que o rodeiam.

A doutrina portuguesa, ainda, em sua maioria, parece alinhar-se à tese de Beuthien⁹³, no sentido de que o interesse do credor compõe a estruturação do conceito de prestação e, por isso, deve ser considerado na esfera do “direito da impossibilidade”.

Embora não seja uma posição unânime (como quase nenhuma no direito) e exista entendimento em sentido contrário⁹⁴, Pires elenca uma série de renomados estudiosos que, com

⁸⁹PEREIRA, Maria de Lourdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina. 2001. P. 18.

⁹⁰“A operação, que o cirurgião se obrigou a realizar, pressupõe, além da actuação profissional do obrigado, a vida do paciente. Se este morre, a operação torna-se impossível, porque não se opera um cadáver. Da mesma forma, a empresa proprietária do rebocador não se comprometeu a realizar as operações abstractamente necessárias ao desenganche dum barco: obrigou-se a desenganchar aquele barco. Se este afundou, entretanto, a prestação prometida pelo dono do rebocador tornou-se impossível.” (VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**; v. 2. Coimbra: Editora Almedina. 1997. PP. 76/77)

⁹¹“Contudo, no referido exemplo do muro, a prestação é em concreto e em abstrato impossível, dado que a obrigação nunca pode ser concebida descontextualizada do negócio e do objeto que a caracteriza.” (PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. 336)

⁹²“A valorização do fim, objetivo ou função (concreta) do contrato coaduna-se com o movimento da funcionalização dos direitos subjetivos. Alia-se, igualmente, com o entendimento de que o conceito de prestação não pode ser visto como a mera ação de prestar em abstrato, mas deve, sim, ser visto como atividade em concreto e compreendido à luz do resultado visado pelas partes, que atua como um fator de eficácia do negócio jurídico”. (COGO, Rodrigo B. **Frustração do Fim do Contrato**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2021. E-book. P. 26)

⁹³Vide nota de Rodapé nº 73.

⁹⁴PIRES cita, em sentido contrário, o entendimento de BAPTISTA MACHADO, que adota uma posição limitadora do conceito de prestação válido no âmbito da impossibilidade, referindo-se apenas a à da ação de prestar ou impossibilitar devida a impedimentos erguidos. (PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. PP. 344/345.)

certos temperamentos e diversas particularidades de entendimento, alinham-se à doutrina alemã e, adotando um conceito mais amplo de prestação, compreendem que o desaparecimento do interesse do credor pode implicar a impossibilidade da prestação, como João Calvão da Silva, Francisco Pereira Coelho, Jorge Ribeiro de Faria entre outros⁹⁵.

Também nesse sentido se posiciona Costa, que define prestação como “a atividade ou conduta a que o devedor se acha adstrito com vistas à satisfação do interesse do credor”⁹⁶, assim como Varela⁹⁷ e Menezes⁹⁸, para quem a prestação é *Leistungserfolg*, ou seja, prestação de resultado.

Assim, é possível defender que, de acordo com a doutrina portuguesa majoritária, o conceito de prestação, referido pelo artigo 790º, nº 1, do Código Civil português⁹⁹, é amplo e deve considerar todos os caracteres e elementos que se mostrarem indispensáveis ao cumprimento da obrigação pactuada, inclusive circunstâncias exteriores às partes, que influem ou prejudicam a obtenção do resultado da prestação (isto é, o fim desejado pelas partes), não havendo motivos para reduzir seu alcance apenas às hipóteses de impossibilidade de ação, desconsiderando-se a impossibilidade de consecução do resultado esperado¹⁰⁰.

Por esse motivo, existe doutrina que defende que os efeitos de eventual impossibilidade (isto é, o mesmo enquadramento sistêmico), que deve ser aferida caso-a-caso, devem ser os mesmos tanto na hipótese de ser inviável a ação ou inação do devedor, como no caso de seu comportamento deixar de possuir aptidão para satisfazer o interesse do credor¹⁰¹, o que tem relevância para aferir a viabilidade de se inserir no campo das impossibilidades algumas

⁹⁵PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. PP. 344/345.

⁹⁶COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 12ª Ed. ver. e act. Coimbra: Almedina. 2009 P. 151.

⁹⁷Apesar de afirmar que o interesse do credor é um elemento estranho à prestação debitória, o autor admite que elementos estranhos à prestação debitória condicionam a atividade do devedor, cuja falta caracterizará a impossibilidade. Entre esses elementos, estaria incluída o interesse do credor, pois VALERA admite que hipóteses nas quais o atingimento desse interesse deixa de ser possível, como naquelas nas quais é satisfeito por outra via (e.g. o veículo que obstruía uma via e que deveria ser rebocado é retirado espontaneamente por seu dono) e da frustração do fim do contrato (e.g. paciente que deveria ser operado morre) impliquem a impossibilidade da prestação (VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**; v. 2. Coimbra: Editora Almedina, 1997. PP. 74/77).

⁹⁸CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. PP. 362/363.

⁹⁹“Artigo 790.º (**Impossibilidade objectiva**) 1. A obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor.”

¹⁰⁰PEREIRA, Maria de Lourdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina. 2001. P. 85/86.

¹⁰¹PEREIRA, Maria de Lourdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina. 2001. P. 23.

situações em que a prestação, embora possível, não reverterá qualquer benefício prático ao credor (*e.g.* frustração do fim do contrato), como se verá em capítulo próprio.

2.3. Posicionamento da Impossibilidade da Prestação no Direito Obrigacional

É, ainda, necessário posicionar a impossibilidade superveniente da prestação no campo do direito obrigacional, pois, como se trata de hipótese em que o contrato será resolvido sem cumprimento (isto é, sem o atingimento de seu propósito), existe debate na doutrina a respeito da viabilidade de enquadrá-la como inadimplemento, especialmente nas hipóteses em que sua caracterização não puder ser imputada ao devedor.

Com efeito, há na doutrina posições que fazem referência expressa à possibilidade de cumprimento da prestação como fator determinante para a caracterização do inadimplemento. É o caso, por exemplo, de Agostinho Alvim, que, apesar do critério da utilidade estabelecido pelo artigo 956, parágrafo único, do Código Civil de 1916¹⁰² (diploma em que seus estudos se pautaram) e pelo art. 395, parágrafo único, do Código Civil de 2002¹⁰³, entende que “Dá-se o inadimplemento absoluto quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá sê-lo”, ou seja, “quando não mais subsiste para o credor a possibilidade de receber.”¹⁰⁴. Aliás, para o autor¹⁰⁵, a possibilidade é inclusive o elemento que distingue o inadimplemento absoluto (caracterizado pela impossibilidade de o credor receber seu crédito) e relativo (a mora, na qual a prestação ainda é possível).

Em sentido similar, há autores que defendem que a impossibilidade (em sentido amplo), é espécie do gênero inadimplemento absoluto, como é o caso de Ferreira Da Silva¹⁰⁶, ou que a impossibilidade é uma das formas de manifestação dessa modalidade de incumprimento, na

¹⁰²“Art. 956. (...)Parágrafo único. Se a prestação, por causa da mora se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir, satisfação das perdas e danos.”

¹⁰³“Art. 395. (...) Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

¹⁰⁴ ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955. P. 13.

¹⁰⁵ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955. P. 58.

¹⁰⁶FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Ed. RT, 2007. P. 36/38 apud STEINER, Renata Carlos. **Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). **Diálogos sobre direito civil: volume 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, P. 712.

forma exposta por Benacchio¹⁰⁷. Essa também parece ser a posição de Nonato¹⁰⁸ e Serpa Lopes¹⁰⁹, que tratam da impossibilidade superveniente como um problema a ser resolvido na seara do inadimplemento.

Contudo, entende-se que não se pode se considerar a impossibilidade como englobada, equiparada ou como uma forma de manifestação do inadimplemento.

Costa e Silva e Martins-Costa¹¹⁰ relembram que, no ordenamento jurídico brasileiro, a situação de mora somente se concretiza se houver fato ou omissão imputável ao devedor. Assim, para as autoras, não se configura a mora “quando a prestação se tornou impossível, e quando essa impossibilidade não pode ser imputada ao obrigado”¹¹¹.

O entendimento exposto pelas estudiosas se apoia no artigo 396 do Código Civil brasileiro de 2002, que, com clareza, estabelece que “Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”, bem como nas lições de Pontes de Miranda, que entende que “Para que haja mora, é preciso que possa ser imputada, isto é, que possa a qualquer pessoa ser possível a prestação tempestiva, portanto, que não tenha havido impossibilidade objetiva.”¹¹².

Essa lógica também deve ser aplicada ao inadimplemento. Nanni¹¹³ explica que o incumprimento contempla não apenas um fato objetivo, consistente na falta ou inexatidão da prestação, mas também um subjetivo, referente ao comportamento culpável do devedor, em contraste com o dever que lhe foi atribuído.

Assim, ainda segundo Nanni¹¹⁴, se a inexecução do contrato não estiver associada a qualquer participação do obrigado, não há inadimplemento propriamente dito, pois não há fato que lhe possa ser imputável. Essa mesma posição, à luz do ordenamento jurídico português, é

¹⁰⁷BENACCHIO, Marcelo. **Inadimplemento das Obrigações**. in LOTUFO, Renan; e NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Obrigações*. São Paulo: Atlas. 2011. P. 551.

¹⁰⁸NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**, vl. I. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. P. 143.

¹⁰⁹SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil. Obrigações em geral**, vl. II. 6ª Edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1999. P. 372.

¹¹⁰COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. PP. 153/154.

¹¹¹COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 154.

¹¹²MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial**. Tomo XXIII. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P. 211.

¹¹³NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 109.

¹¹⁴NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 109.

adotada por Varela¹¹⁵, com a defesa de que somente nos casos de descumprimento imputável ao devedor é que se configura, rigorosamente, falta de cumprimento.

Entende-se, assim, que a impossibilidade superveniente, quando não imputável ao devedor, não pode ser enquadrada no inadimplemento absoluto. Essa, aliás, parece também ser a posição de Agostinho Alvim, pois, embora, como visto, o estudioso adote como critério distintivo do inadimplemento absoluto a impossibilidade de satisfação do credor. Em passagens de sua obra mais célebre, ele aponta que o inadimplemento absoluto se dá quando há impossibilidade “por culpa do devedor”¹¹⁶ ou que imputabilidade pressupõe a possibilidade de cumprimento do dever¹¹⁷, o que indica, em interpretação *contrario sensu*, que a impossibilidade inimputável ao devedor não caracteriza inadimplemento.

É salutar apontar, ainda, que alguns autores inserem a impossibilidade na categoria do inadimplemento fortuito, como é o caso de Gagliano e Pamplona Filho¹¹⁸, entendendo-a, assim, como modalidade de inadimplemento que libera o devedor, sem atribuir-lhe o dever de indenizar o credor.

Reputa-se, porém, que o termo “inadimplemento” deve ser reservado às situações em que existe razão para se imputar uma falta contratual ao devedor, que faz perecer o interesse do credor na obrigação. Nas demais hipóteses, entende-se que a impossibilidade deve ser tratada como uma modalidade própria de extinção da obrigação, apta a resolver o contrato e o vínculo entre as partes em conformidade com as disposições particulares do Código Civil brasileiro, que estabelecem suas consequências específicas, as quais, inclusive, são distintas daquelas que tratam do inadimplemento (embora a analogia autorize que a impossibilidade tome de empréstimo regras do inadimplemento, quando houver lacuna a ser sanada).

Aliás, o fato de a impossibilidade constituir-se como uma categoria própria do direito das obrigações, disciplinada por dispositivos específicos, também conduz à conclusão de que, mesmo quando imputável ao devedor, o instituto não poderá ser enquadrado na teoria do inadimplemento.

¹¹⁵VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**; v. 2. Coimbra: Editora Almedina. 1992. P. 62.

¹¹⁶ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955. P. 13.

¹¹⁷ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955. P. 274.

¹¹⁸GAGLIANO, Pablo, S. e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações**. v.2. Disponível em: Minha Biblioteca, (24th edição). Grupo GEN, 2023. P. 116

Com efeito, observa-se que as regras que disciplinam os efeitos da impossibilidade tratam, também, das consequências que deverão ser aplicadas ao devedor, caso seja possível atribuí-las a ele¹¹⁹. Assim, se a impossibilidade se verificar, ainda que por sua culpa em decorrência do descumprimento de algum dever que lhe é imposto, implícita ou explicitamente, pela relação obrigacional (como o de conservar a coisa, objeto da obrigação de dar), não se estará diante de um inadimplemento contratual propriamente dito, mas sim de uma impossibilidade culposa, a ser disciplinada, em primeiro lugar, pelas regras especiais que a rege.

É importante considerar, também, que, apesar da semelhança entre os efeitos da impossibilidade culposa e do inadimplemento, inclusive pelo fato de haver o não cumprimento da obrigação por um evento imputável ao devedor, não correspondência de identidade entre os institutos, pois o nexu de imputação nesse caso não está, concretamente, no não cumprimento, mas sim em um fato precedente, consistente no comportamento que impossibilitou a prestação¹²⁰.

Além disso, a possibilidade, em si, não foi adotada como critério balizador do inadimplemento pelo já citado artigo 395, parágrafo único, do Código Civil brasileiro, pois esse critério, de acordo com o dispositivo citado, corresponde à utilidade da prestação ao credor. Na verdade, como relembra Nanni¹²¹, o inadimplemento (relativo ou absoluto) pressupõe a possibilidade da prestação, sendo a inexistência de impossibilidade uma verdadeira condição do inadimplemento.

Reforçando essa posição, há situações em que a prestação ainda é possível, mas já não possui aptidão para atender ao interesse do credor. Nessa hipótese, estar-se-á diante de um inadimplemento absoluto, como no caso de uma pesquisa encomendada para orientar o credor na fixação do preço de determinado negócio, cuja entrega não mais satisfará o interesse do credor após a celebração do negócio que deveria subsidiar (o resultado da pesquisa é completamente inútil), ainda que, em tese, seja possível sua apresentação em data posterior¹²².

¹¹⁹Vide, e.g., o artigo 234 do Código Civil brasileiro, segundo o qual: “Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a 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.”

¹²⁰MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles. **Direito das Obrigações, volume II: Transmissão e extinção das obrigações, Não cumprimento e garantias de crédito**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. P. 272,

¹²¹NANNI, Giovanni. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 100.

¹²²NANNI, Giovanni. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 101.

Com efeito, na contextualização do inadimplemento dispensa-se aferir a (im)possibilidade da prestação (essa aferição está em um etapa precedente, pois, como visto, a possibilidade é uma condição ao inadimplemento), não devendo, conforme defende Nanni¹²³, confundir-se os institutos em exame (impossibilidade e inadimplemento), notadamente porque atuam em segmentos diferentes (o inadimplemento se volta ao interesse do credor enquanto a impossibilidade se dedica à aptidão da prestação a atingir seu fim).

Por esse motivo, endossa-se as palavras de Costa e Silva e Martins-Costa¹²⁴ e conclui-se que não é possível enquadrar a impossibilidade na teoria do inadimplemento, ainda que exista razão para imputá-la ao devedor e que, nessa hipótese, sejam produzidos efeitos análogos àqueles produzidos pelo não cumprimento definitivo, eis que os institutos se distinguem em sua causa e qualificação jurídica. Sustenta-se, portanto, que os contornos próprios da impossibilidade (culposa ou não) permitem sua qualificação como uma categoria própria e autônoma, que não está inserida na teoria do inadimplemento.

E, ante a separação dos institutos, entende-se que o inadimplemento está à margem do objeto do presente trabalho. Como resultado, não se examinará referido instituto, tampouco seus pressupostos (como a utilidade ou interesse do credor na prestação) e consequências jurídicas, exceto naquilo que possuir alguma relação ou pertinência com a teoria da impossibilidade e seu campo de atuação.

¹²³NANNI, Giovanni. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 100.

¹²⁴COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. PP. 153/154 e 156.

3. FONTES NORMATIVAS DA IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

É notório que o Brasil possui tradição jurídica romano-germânica, adotando, portanto, o denominado sistema “*civil law*”, de modo que a principal fonte jurídica que estrutura nosso direito e seus dispositivos principais é a lei positiva (ou o direito objetivo).

Por isso, para compreender a impossibilidade da prestação e suas consequências, que perturbam a relação jurídico-obrigacional e impedem que ela atinja seu objetivo, é fundamental que se apresente e se analise as normas jurídicas vigentes que tratam do assunto.

E para que se assimile essas normas, é essencial, primeiro, apresentar um breve histórico que explica e justifica o tratamento historicamente dado ao tema no Brasil, pois esse histórico aponta as bases em que o Código Civil de 2002, hodiernamente o principal diploma de natureza privada, fincou-se para tratar da impossibilidade da prestação.

Registra-se, ainda, que embora a impossibilidade da prestação seja matéria de direito civil e por isso, o principal diploma que a disciplina seja o Código Civil, o presente trabalho também abordará o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Optou-se por fazê-lo, pois, embora não se desconheça que referido diploma alcança uma relação de natureza especial (a relação de consumo), polarizada por partes determinadas (consumidor e fornecedor) e submetida a regras e princípios distintos daqueles que pautam as relações cíveis em geral, que inclusive possuem de natureza cogente, sabe-se também que o Código de Defesa do Consumidor foi editado mais de 70 (setenta) anos após a sanção do (então vigente) Código Civil de 1916 e, por isso, trouxe disciplina, ainda que própria e diferenciada, a respeito dos efeitos da impossibilidade de prestar nas relações de consumo, de modo que conhecer essa disciplina é relevante, inclusive para compará-la com as previsões que foram estabelecidas pelo Código Civil de 2002.

Citar-se-á, ademais, os trabalhos da comissão de revisão do Código Civil de 2002, eis que, na data de elaboração da presente dissertação, um anteprojeto propondo diversas mudanças no referido Código havia sido recentemente apresentado ao Senado-Federal, estando, portanto, em tramitação, motivo pelo qual análise do anteprojeto em questão possui relevância, ainda que para investigar a importância dada pelo legislador e juristas nacionais ao tema da impossibilidade superveniente da prestação.

Todavia, como o propósito desta pesquisa é tratar da impossibilidade da prestação sob a perspectiva do direito material extraído da relação obrigacional, estando pautado, portanto, na análise da legislação material, não se abordará, neste capítulo, o Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), pois tal diploma, embora cuide da impossibilidade de prestar, fá-lo em contexto diferente.

De fato, como o Código de Processo Civil é uma norma de natureza procedimental, seu propósito não é o de estabelecer as regras e consequências da impossibilidade superveniente da prestação na própria relação que se desenvolve entre as partes; ao contrário, o objetivo da norma processual é estabelecer as medidas processuais que deverão ser tomadas pelo magistrado para satisfazer a parte vencedora da ação caso constate que a prestação objeto da ação se tornou impossível, e assim evitar que o provimento jurisdicional concedido pelo Estado-Juiz se revele inócuo.

Tanto é assim, que, de acordo com o que dispõe o Código de Processo Civil, a impossibilidade de prestar produz uma consequência própria (via de regra a conversão da obrigação específica em perdas e danos¹²⁵), que é distinta daquela prevista no Código Civil (segundo o qual, conforme se verá, pode liberar o devedor, extinguindo a obrigação, sem que isso implique em seu dever de indenizar o credor, caso não haja culpa em sua caracterização), motivo pelo qual não é pertinente a menção ao Diploma Processual.

Por razões semelhantes, não se citará, com destaque, tratados internacionais, ainda que cuidem de relações afeitas ao direito civil e/ou que internalizados seguido o rito previsto pela Constituição Federal, como é o caso da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (a Convenção de Viena de 1980), internalizada pelo Decreto nº 8.327/2014, pois esses instrumentos do direito internacional têm por propósito, principalmente, a disciplina de relações comerciais internacionais, motivo pelo qual não alcançam os contratos cíveis em geral. E, justamente por conta desse alcance limitado, não tendem a influenciar a doutrina ou jurisprudência na análise destes contratos, razão pela qual o exame de tratados internacionais não seria decisivo para o presente trabalho.

Esclarece-se, por fim, que o presente capítulo tem por propósito apresentar, de forma

¹²⁵Nesse sentido, vide artigo 499 do Código de Processo Civil, segundo o qual “Art. 499. A obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente. Parágrafo único. Nas hipóteses de responsabilidade contratual previstas nos arts. 441, 618 e 75” e o artigo 809, caput, do mesmo Diploma, que estabelece “Art. 809. O exequente tem direito a receber, além de perdas e danos, o valor da coisa, quando essa se deteriorar, não lhe for entregue, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente.”

objetiva, as normas jurídicas que tratam da impossibilidade da prestação. O alcance e efeitos dessas normas, serão abordados preponderantemente entre os Capítulos 4 e 5 deste trabalho, que tratam, respectivamente, das espécies e consequências da teoria da impossibilidade da prestação, nas quais, inclusive, serão apresentados os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais (quando o caso) pertinentes a cada espécie de impossibilidade estudada.

3.1. Período Pré-Codificação

3.1.1. O Brasil Imperial

Após a independência do Brasil, foi necessário, obviamente, a organização do país enquanto nação independente, o que pressupunha a criação e estabelecimento de uma Constituição Federal e leis em sentido estrito, novas e adequadas à situação do país (isto é, diferente daquelas estabelecidas em Portugal), não apenas para atribuir originalidade à nova nação, mas também para permitir seu funcionamento e organização, inclusive no que diz respeito à máquina burocrática¹²⁶.

Ocorre que, obviamente, o movimento de criação de normas tão relevantes leva algum tempo para ser concluído, ainda mais quando se considera os diversos desafios que o Brasil sabidamente enfrentava para manter-se independente (inclusive a resistência interna à independência), motivo pelo qual D. Pedro I decretou a Lei de 20 de Outubro de 1823, cujo artigo 1º estabeleceu que as ordenações, leis, regimentos, alvarás e demais normas editadas pelo rei de Portugal permaneceriam válidas até que fosse organizado um novo código com o propósito de substituí-las e/ou fossem espacialmente alteradas pela nova legislação¹²⁷.

Por esse motivo, o Código Filipino (ou as Ordenações Filipinas), ordenado em 1603 e profundamente reformado na era pombalina pela Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão), manteve sua vigência após a independência do Brasil e assim constituiu-se como o

¹²⁶WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. - Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 77.

¹²⁷Art. 1º - “As Ordenações, Leis, Regimentos, Alvarás, Decretos, e Resoluções promulgadas pelos Reis de Portugal, e pelas quaes o Brazil se governava até o dia 25 de Abril de 1821, em que Sua Magestade Fidelissima, actual Rei de Portugal, e Algarves, se ausentou desta Côrte; e todas as que foram promulgadas daquella data em diante pelo Senhor D. Pedro de Alcantara, como Regente do Brazil, em quanto Reino, e como Imperador Constitucional d'elle, desde que se erigiu em Imperio, ficam em inteiro vigor na pare, em que não tiverem sido revogadas, para por ellas se regularem os negocios do interior deste Imperio, emquanto se não organizar um novo Codigo, ou não forem especialmente alteradas.”

suporte jurídico do direito privado vigente à data do início do 1º Império brasileiro¹²⁸. Esse suporte jurídico abrangia, em seu Livro IV, o Direito Civil em geral, razão pela qual é relevante o estudo e análise das Ordenações Filipinas para os fins pretendidos pelo presente trabalho, pois compreender o histórico a respeito do tratamento conferido pelo legislador à impossibilidade superveniente da prestação é relevante para entender a atual disciplina sobre o assunto.

Considerando a data em que ordenado, quando as relações obrigacionais não haviam assumido a complexidade que ostentam hoje, o Código Filipino não possuía disciplina exauriente a respeito do tema impossibilidade da prestação. Todavia, o Diploma em exame possui o que talvez seja a gênese do tratamento dispendido em âmbito nacional ao tema, uma vez que em seus itens 3 e 4 do Título LIII do Livro IV, que disciplinavam o contrato de comodato, as Ordenações Filipinas isentavam o comodatário de arcar com perdas e danos caso a coisa objeto do contrato percesse ou se perdesse por caso fortuito a que ele, comodatário, não tenha dado causa^{129e130}.

Os mesmos dispositivos, inclusive, previam a possibilidade de as partes transigirem a respeito do risco de perda ou perecimento da coisa, autorizando o comodatário a assumir a responsabilidade por esses eventos em decorrência de caso fortuito, assim conceituado por Almeida, à luz das Ordenações em exame, como “o que não podia ser antevisto, nem pelo mais sábio”.¹³¹

A doutrina da época defendia que, apesar de os itens disciplinarem especificamente a responsabilidade do comodatário pela perda ou perecimento da coisa no âmbito de um contrato de comodato, era possível utilizá-los para liberar o devedor em razão da ocorrência de caso fortuito em todos os demais contratos (e não apenas no de comodato, portanto)¹³².

¹²⁸BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 42.

¹²⁹“3. Porém, se a coisa percesse por caso fortuito, não será obrigado o comodatário a pagar o dano, salvo quando no dito caso fortuito interviesse culpa sua; assi como, se pedisse hum cavallo emprestado para ir a huma certa romaria, e fosse á guerra, ou saísse aos touros, aonde lhe matassem o dito cavallo, ou se foi em mora de tornar a coisa emprestada a seu tempo, ou entre as partes foi acordado, que o que recebeu a coisa emprestada, ficasse obrigado aos casos fortuitos.”

¹³⁰“4. E os casos fortuitos então escusarão ao que recebeu a coisa emprestada, quando ele diretamente usou dela. Porém, se hum emprestasse a outro huma baixela de prata para agasalhar alguns hospedes em sua casa, e elle a levasse pelo mar, onde os Corsários lha tomassem, ou se perdeu em naufrágio, ou de qualquer outra maneira, ficará obrigado a paga-la, pois por sua culpa sucedeu tal caso.”

¹³¹ALMEIDA, Candido Mendes (1818-1881). **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I**; v. 4. Brasília: Senado Federal. 2013. P. 846.

¹³²RIBAS, Antonio Joaquim (1820-1890). **Curso de direito civil brasileiro**; v. 2. Ed. fac-sim.: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1880. P. 437.

As Ordenações Filipinas permaneceram vigentes em matéria de direito civil até 1916, quando revogadas pelo Código Civil elaborado por Clóvis Bevilacqua. A demora parece excessiva considerando que, além de submeter a nova nação a regras de uma metrópole a que não estava mais subordinada, a primeira Constituição Federal brasileira foi promulgada já em 1824 (ou seja, apenas dois anos após a independência), com determinação expressa em seu artigo 179, XVIII, para que fossem organizados, o quanto antes, Códigos Civil e Criminal fundados nas bases da Justiça e Equidade¹³³, comando que foi cumprido ainda na vigência da referida Carta Magna apenas no que se refere ao Código Criminal e Processual Criminal, elaborados, respectivamente em 1830 e 1832¹³⁴.

É verdade que, nesses quase 100 anos entre a independência do Brasil e a edição do Código Civil de 1916 houve ao menos quatro tentativas de produção do primeiro diploma nacional dessa natureza, as quais, por diferentes razões, restaram frustradas¹³⁵, resultando na demora mencionada. Mas, apesar dessas tentativas, a verdade é que a edição de um novo Código Civil esbarrava em certas circunstâncias particulares do Brasil.

À época da independência do Brasil, o liberalismo já era a escola dominante no mundo, inclusive em matéria jurídica, de modo que a redação de um novo Código Civil, certamente, deveria ser inspirada por essa corrente filosófica e por seus pilares, inclusive o de igualdade e fraternidade, com uma definição ampla do conceito de cidadão¹³⁶.

Acontece que uma legislação dessa natureza encontrava óbice na vontade da elite dominante, que, embora desejasse uma legislação inspirada no liberalismo, que a emancipasse do reino português, não tinha interesse em renunciar aos privilégios que possuía até então, inclusive o de manter escravos em sua posse e de alijar uma parcela relevante da população

¹³³Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...) XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codigo Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.”

¹³⁴VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro**. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastados. 1977. P. 127.

¹³⁵Durante o período do Império, houve três tentativas malsucedidas de elaboração do Código Civil nacional, consistentes no Esboço de Teixeira de Freitas, publicado 1860, no projeto do senador Nabuco de Araújo, de 1872, e na proposta de Felício dos Santos, de 1881. Após a instauração da República, ainda foi apresentado, em 1890, o projeto de Coelho Rodrigues, até que finalmente, em 1899, o projeto de Clóvis Bevilacqua foi levado a público, o qual, após longa tramitação, resultou no Código Civil de 1916. (WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. - Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 89.).

¹³⁶CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito Geral e Brasil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris. 2007. P. 434.

longe da vida política. Havia, assim, uma contraditória intenção de fazer prevalecer uma situação de “liberalismo-escravidão”¹³⁷.

Por isso, a elaboração de um Código Civil não foi, genuinamente, uma prioridade da burguesia latifundiária nacional, que preferiu incentivar a elaboração de um Código Comercial, com o propósito de regulamentar a vida econômica nacional, o qual veio a ser editado em 1850¹³⁸. O Código em questão, embora tenha sofrido críticas por “nascer envelhecido”, foi também elogiado por refletir as melhores e mais atuais ideias a respeito do direito comercial¹³⁹, contribuindo inclusive em temas que sequer seriam de sua alçada.

Em virtude da inexistência de uma codificação civil própria e atualizada que servisse o País, o Código Comercial, de forma até imprópria, invadiu alguns campos que pertenciam, na verdade, ao direito civil (à margem do direito comercial, portanto, como é o caso, por exemplo, da disciplina a respeito do mandato¹⁴⁰ ou da novação¹⁴¹). Essa invasão, contudo, não decorreu da necessidade de incorporar em nosso ordenamento novidades decorrentes da evolução e tradição do direito civil, mas sim em atenção à necessidade de se disciplinar aspectos civis para desenvolvimento de práticas comerciais, motivo pelo qual não houve rompimento com a tradição até então estabelecida pelas Ordenações Filipinas¹⁴².

No que se refere ao tema de interesse do presente trabalho, não se nota grande evolução no tratamento da impossibilidade superveniente da prestação, pois o Código Comercial ainda, em certa medida, estava alinhado à tradição portuguesa, constante do Código Filipino¹⁴³, de modo que tratou do assunto apenas ao disciplinar os efeitos do caso fortuito e (agora também) da força maior, fazendo-o de forma dispersa e fragmentária a partir do tratamento das

¹³⁷WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. - Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 89.

¹³⁸WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. - Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 88.

¹³⁹WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. - Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 88.

¹⁴⁰“Art. 140 - Dá-se mandato mercantil, quando um comerciante confia a outrem a gestão de um ou mais negócios mercantis, obrando o mandatário e obrigando-se em nome do comitente.

O mandato requer instrumento público ou particular, em cuja classe entram as cartas missivas; contudo, poderá provar-se por testemunhas nos casos em que é admissível este gênero de prova (artigo n.º 123).”

¹⁴¹ “Art. 438 - Dá-se novação: 1 - Quando o devedor contrai com o credor uma nova obrigação que altera a natureza da primeira. 2 - Quando um novo devedor substitui o antigo e este fica desobrigado. 3 - Quando por uma nova convenção se substitui um credor a outro, por efeito da qual o devedor fica desobrigado do primeiro. A novação desonera todos os coobrigados que nela não intervêm (artigo n.º 262).”

¹⁴²BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. PP. 44/45.

¹⁴³BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. PP. 44.

consequências liberatórias desses institutos nas diferentes espécies de contrato, como o de transporte¹⁴⁴, comissão mercantil¹⁴⁵ e compra e venda mercantil¹⁴⁶.

A disciplina do tema nos diferentes contratos, inclusive, pode ser considerada algum progresso, já que o regramento legal da impossibilidade (ainda que restrito às hipóteses de caso fortuito e força maior) deixou de estar cingido ao contrato (cível) de comodato.

3.1.2. Os trabalhos de Teixeira de Freitas

Ainda previamente à instituição do Código Civil de 1916, é importante mencionar os serviços prestados ao Governo Imperial por Teixeira de Freitas, eis que sua obra influenciou o Código Civil atual, inclusive no que se refere ao tratamento da impossibilidade da prestação, o que se evidencia, pois, no “Esboço” elaborado pelo juriconsulto, constam regras reconhecidamente semelhantes àquela adotada pela atual codificação a respeito do tema.

Teixeira de Freitas é, sem dúvidas, um dos juristas mais renomados da história de nosso País e dotava, mesmo em sua época, de enorme prestígio¹⁴⁷. Justamente por conta deste prestígio, ele foi contratado pelo Governo Imperial para a elaboração de uma compilação das leis civis aplicáveis em território nacional. E assim o fez por reputar que previamente à elaboração do Código Civil determinado pela Constituição Federal de 1824, seria preciso realizar a consolidação das leis civis, que até então se encontravam esparsas¹⁴⁸.

Apesar de sua contratação ter por propósito a mera compilação da legislação vigente, Teixeira de Freitas promoveu, por meio de sua Consolidação, uma sensível (e bem-vista¹⁴⁹) modificação nas normas agrupadas, que não só levou em consideração as correntes mais modernas do direito¹⁵⁰, mas também apresentou uma divisão entre a parte geral e a parte

¹⁴⁴“Art. 102 - Durante o transporte, corre por conta do dono o risco que as fazendas sofrerem, proveniente de vício próprio, força maior ou caso fortuito.
A prova de qualquer dos referidos sinistros incumbe ao condutor ou comissário de transportes.”

¹⁴⁵“Art. 149 - O comitente é responsável por todos os atos praticados pelo mandatário dentro dos limites do mandato, ou este obre em seu próprio nome, ou em nome do comitente.”

¹⁴⁶“Art. 150 - Sempre que o mandatário contratar expressamente em nome do comitente, será este o único responsável”.

¹⁴⁷HOLANDA, Sérgio Buarque de. (coord.). **História Geral da civilização brasileira: t.2, v.5. O Brasil monárquico: reações e transações**. 8ª ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003-07. P. 418.

¹⁴⁸BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **História do Direito Brasileiro - Leituras da Ordem Jurídica Nacional**. 4ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2017. P. 330.

¹⁴⁹VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro**. 3ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastados. 1977. PP. 12/15.

¹⁵⁰MARCOS, Rui de Figueiredo. et al. **História do Direito Brasileiro**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2014. P. 315.

especial do direito civil. Essa divisão possibilitou a criação de uma parte geral de contratos¹⁵¹, na qual foi possível estabelecer o conceito e elementos constitutivos dos contratos em geral¹⁵².

A Consolidação de Teixeira de Freitas, sem dúvidas, melhorou a sistematização de regras consolidadas, que até então vigiam de forma esparsa e de difícil localização, motivo pelo qual seu trabalho promoveu um verdadeiro salto de vantagem em termos de clareza¹⁵³. Todavia, não houve novidade significativa no que diz respeito ao tratamento da impossibilidade (inicial ou superveniente) da prestação, pois a Consolidação em exame manteve em substância, através seus artigos 502¹⁵⁴ e 503¹⁵⁵ as mesmas regras já constantes das Ordenações Filipinas, ainda que com pequenos temperamentos e ajustes de natureza principalmente formal.

Todavia, os trabalhos de Teixeira de Freitas não se esgotaram na edição da Consolidação, pois, diante da elogiosa aprovação de seu trabalho, ele foi contratado pelo Governo Imperial para executar o primeiro projeto (ou tentativa) de confecção de uma nova codificação civil¹⁵⁶. A este projeto Teixeira de Freitas se dedicou durante os anos de 1860 a 1865, que resultaram na apresentação do trabalho a que ele intitulou de “Código Civil – Esboço”¹⁵⁷, o qual teve profunda contribuição para os normativos privados posteriores, inclusive – e especialmente – em matéria de impossibilidade da prestação, pois é no Esboço que há, pela primeira vez, largo tratamento sobre o assunto, inclusive com a distinção inédita e relevante entre a impossibilidade originária e superveniente¹⁵⁸.

¹⁵¹BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. PP. 46/47.

¹⁵²O próprio Teixeira de Freitas, de forma semelhante àquela executada pelo art. 104 do Código Civil brasileiro vigente, sinaliza que a capacidade de parte, objeto e forma são elementos estruturantes do contrato, ao afirmar que: “Todo o contracto (espécie importante das declarações de vontade, e mesmo dos actos jurídicos) tem necessariamente um modo, e uma fôrma. Tem necessariamente um modo, porque as partes contractantes prestao seu consentimento para um ou mais effjitos designados, ou para certo fim. Tem necessariamente uma fôrma, porque nao ha contracto sem declaração de vontade, e nao ha declaração de vontade sem manifestação exterior qualquer que ella seja, expressa ou tácita, escripta ou oral.” (FREITAS, Augusto Teixeira de. **Consolidação das leis civis**. Fac-símile de: Rio de Janeiro: Garnier, 1876. P. 252)

¹⁵³BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 47.

¹⁵⁴“Art. 502. Não responde o commodatario pelo damno originado de caso fortuito (29), excepto: § 1. ° Se houve estipulação em contrario (30): §2.° Se houve mora na restituição da cousa (31): § 3. ° Se empregou a cousa em uso differente daquelle, para que lhe-fôra emprestada (32): § i.° E em geral; sempre que no caso fortuito houve culpa (33).”

¹⁵⁵“Art. 503. E' caso fortuito o descaminho, ou damno, das cousas emprestadas em mãos dos mensageiros, que as conduzem, sendo estes de confiança (34).”

¹⁵⁶WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil**. - Rio de Janeiro: Forense, 2002. P. 89.

¹⁵⁷BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 48.

¹⁵⁸COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 145

De fato, nota-se grande preocupação de Teixeira de Freitas com o tema da impossibilidade. Já em sua parte geral, o Esboço estabeleceu que fatos impossíveis não podem ser objeto de atos jurídicos (art. 552¹⁵⁹), podendo a impossibilidade decorrer de razões de ordem física da natureza, de ordem intelectual ou de ordem jurídica (art. 553¹⁶⁰). Houve, ainda, distinção entre a impossibilidade absoluta e relativa, individualmente objeto de expressa definição pelo Esboço (arts. 554 a 556^{161,162 e163}), inclusive com o estabelecimento de regra que afasta o reconhecimento da impossibilidade se uma circunstância superveniente e esperada for apta de torná-lo possível, embora não o fosse à época de prática do ato jurídico (art. 557¹⁶⁴).

A consequência do estabelecimento de um “fato impossível” é a nulidade (tal qual previsto no art. 166, II, do Código Civil brasileiro de 2002¹⁶⁵), conforme se extrai do artigo 559 do Esboço, que não previa tratamento diferenciado às diferentes modalidades de impossibilidade (se absoluta ou relativa, se originária ou superveniente)¹⁶⁶.

As disposições analisadas revelam um verdadeiro avanço no estudo do tema impossibilidade da prestação no Brasil¹⁶⁷, pois o Esboço tratou o tema como uma categoria geral¹⁶⁸, com devido destaque a respeito de seus contornos e efeitos.

Diante desse destaque dado pelo Esboço ao tema, estudiosos de renome defendem que é nele que se encontra a gênese da estrutura seguida pelo Código Civil de 2002, em termos topográficos e de sistematização¹⁶⁹, pois foi o Esboço que, entre nós, passou a tratar a

¹⁵⁹“Art. 552. Os fatos em geral não podem ser objeto dos atos jurídicos: 1º Se forem impossíveis. 2º Se forem ilícitos ou imorais.”

¹⁶⁰“Art. 553. Dar-se-á a impossibilidade nos fatos, ou ela resulte da ordem física da natureza, ou da ordem intelectual, ou privativamente da ordem jurídica”.

¹⁶¹“Art. 554. A impossibilidade dos fatos é absoluta ou relativa. Quando o fato, posto que possível em si, não o fôr por circunstâncias particulares de algum obstáculo invencível, dar-se-á uma impossibilidade relativa.”

¹⁶²“Art. 555. Serão havidos como absolutamente impossíveis: 1º Os fatos que, pela enunciação dos atos jurídicos, forem contraditórios. 2º Os que forem enunciados por modo ininteligível, indeterminado, ou perplexo. 3º Os fatos inúteis, extravagantes, e irrisórios.”

¹⁶³“Art. 556. Serão havidos como relativamente impossíveis: 1º Os fatos que não podem ser executados por impossibilidade resultante da falsa suposição da existência de alguma pessoa, de alguma coisa, ou da existência de um direito, ou de uma obrigação; ainda que os agentes tivessem ignorado essa impossibilidade.”

¹⁶⁴“Art. 557. Não serão havidos como relativamente impossíveis aqueles fatos, que, suposto, não sejam possíveis ao tempo dos atos jurídicos, são todavia suscetíveis de o vir a ser por uma mudança esperada ou provável de circunstâncias.”

¹⁶⁵Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto;

¹⁶⁶Art. 559. Os atos jurídicos, que tiverem por objeto fatos impossíveis, ou ilícitos e imorais, são nulos, como se não tivessem objeto algum.

¹⁶⁷BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 49.

¹⁶⁸COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 146.

¹⁶⁹COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 145.

impossibilidade como uma categoria apartada de causa liberatória do devedor (art. 884 e 1.213, §5º, do Esboço), atribuindo-lhe força extintiva, desde que o devedor não tenha lhe dado causa, sem exigir, para tanto, a presença de caso fortuito ou força maior para sua caracterização (constituiria uma hipótese apartada, conforme se infere do artigo 1.128 do Esboço, embora a impossibilidade também pudesse decorrer de fortuito ou força maior), podendo caracterizar-se em virtude desses institutos ou não (embora na época houvesse certa equiparação entre a impossibilidade e o fortuito/força maior¹⁷⁰).

Também houve, como visto, pioneira caracterização de impossibilidade absoluta e relativa, originária e superveniente, além do estabelecimento dos efeitos da impossibilidade de acordo com cada espécie de obrigação (art. 886 do Esboço). A minuta consolidou, ainda, regime pautado no risco pela perda da coisa, rompendo com a tradição até então existente (e extraída inclusive das Ordenações Filipinas) de atribuir o risco da coisa ao comprador, mesmo antes da tradição¹⁷¹.

Apesar dos avanços, o Esboço, que inspirou a elaboração das leis civis de outros países latino-americanos, como a Argentina^{172e173}, não foi convertido no Código Civil brasileiro, o que pode ter ocorrido por diversas razões, como a provável inexistência de interesse verdadeiro do governo brasileiro na elaboração de um novo Código Civil ou, o que parece ser mais aceito, pela frustração do próprio Teixeira de Freitas, que pretendia criar um diploma que regulasse, à exaustão, todo o direito privado, inclusive em matéria afeita ao comércio (com unificação do direito civil e comercial), a interpretação, publicação e aplicação de leis civis, e não apenas um código de alcance limitado, como pretendia o Império quando o contratou¹⁷⁴.

Seja como for, o trabalho de Teixeira de Freitas, apesar de relevante e indubitavelmente influente, continuou como um simples Esboço (e tem destaque nesta condição), e o Brasil só veio a ter seu primeiro Código Civil em 1916 (ainda sem a unificação planejada pelo autor do

¹⁷⁰COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. PP. 147/148

¹⁷¹COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 146.

¹⁷²BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **História do Direito Brasileiro - Leituras da Ordem Jurídica Nacional**. 4ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2017. P. 330.

¹⁷³ Na justificação de motivos da do Projeto de Lei do Senado de nº 673/2007, que veio a ser convertida na Lei nº 12.075/2009 (a qual institui o dia "Institui o Dia da Integração Jurídica Latino-Americana.", o Senador Valdir Raupp, autor do Projeto, afirma que o Vélez Sarsfield confessadamente traduziu o Esboço de Teixeira de Freitas e apresentou ao Congresso argentino o projeto que veio a ser convertido no Código Civil argentino.

¹⁷⁴BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 53.

Esboço), que pouco aproveitou as ideias de Freitas, já falecido na ocasião (faleceu em 12 de dezembro de 1883).

3.2. O Código Civil de 1916

Com o insucesso dos trabalhos de Teixeira de Freitas, o Brasil continuou a sujeitar-se, em matéria de direito civil, às Ordenações (que inclusive deixaram de produzir efeitos em Portugal em 1867, quando editado o Código Civil português) e a diversos outros normativos esparsos e, em certa medida, confusos, incumbidos de disciplinar a vida privada de seus cidadãos.

A situação gerava um certo constrangimento, já que diversos outros países, no Século XIX, editaram novos Códigos Civis e, no período, o Brasil não só se tornou independente, mas, também, em 15 de novembro de 1889 proclamou-se como uma república, deixando de possuir, assim, inclusive em relação a seus governantes (ou imperadores), qualquer vínculo com sua antiga metrópole, contexto que tornava injustificável sua submissão a regras editadas (e revogadas internamente) por ela, ainda mais diante do já citado mandamento previsto na Constituição Federal de 1824 no sentido de ser elaborada com celeridade o Código Civil substituto da legislação portuguesa.

É nesse sentido, aliás, que Clóvis Bevilacqua, apontou a necessidade de elaboração de uma codificação nacional, isentando o Brasil da submissão a "um defeituoso corpo de leis de origem espúria, que se acha em frangalhos, mordido há quasi três seculas pelas traças vorazes da decadencia".¹⁷⁵

Apesar da demora na elaboração de um código civil nacional, não é possível afirmar que Brasil se manteve inerte na busca de seu próprio diploma cível, pois, como já se disse, após a frustração do Esboço, outros três projetos foram apresentados e, por razões que não possuem destaque para os fins previstos no presente trabalho, descartados, os quais foram elaborados por Nabuco de Araújo em 1872, Felício dos Santos em 1881 e Coelho Rodrigues em 1890¹⁷⁶.

Apenas o projeto apresentado por Clóvis Bevilacqua, já em 1899, foi bem-sucedido, pois tal projeto, após a longa tramitação de aproximadamente 17 (dezessete) anos no Congresso

¹⁷⁵BEVILACQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Codigo civil brasileiro**. Em defeza do projecto de Codigo civil brasileiro. Brasília: Senado Federal. 1906. P. 13.

¹⁷⁶CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito Geral e Brasil**. 5^a Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris. 2007. P. 89.

Nacional (que se justifica por diversos motivos, inclusive de ordem pessoal, ligados ao autor do projeto¹⁷⁷), foi aprovado em 1916 e, consolidado na Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, assinada pelo então Presidente Wenceslau Braz, passou a vigorar em 1º de janeiro de 1917, conforme textualmente determinado por seu artigo 1.806¹⁷⁸.

O Código Civil de Clóvis Bevilacqua, que recebia influência do Direito alemão, recebeu elogios por sua metodologia, sistematização e, especialmente, pelo avanço em relação à centenária legislação de origem portuguesa até então vigente, inclusive sendo qualificado como “um diploma de seu tempo, atualizado para a época”¹⁷⁹. Por outro lado, recebeu críticas por não ter sido receptivo a grandes invocações sociais que já se infiltravam em outros países, preferindo privilegiar os interesses e valores de uma sociedade agrária que possuía destaque na sociedade, isto é, os interesses dos grandes fazendeiros de café, dos proprietários de terra e da burguesia mercantil¹⁸⁰.

De fato, embora imbuído de espírito liberal, o Código Civil de 1916 foi qualificado como conservador¹⁸¹. Apesar disso, o Código de Bevilacqua foi defendido por ser tão liberal quanto as circunstâncias históricas em que elaborado permitiam (na qual, como citado, as oligarquias agrárias já existentes eram as verdadeiras detentoras do poder no país)¹⁸², assim como por ter sido capaz de criar legado que consolidou uma tradição jurídica brasileira, inclusive em temas relevantes como o direito de personalidade e responsabilidade civil, que foram aproveitados, aliás, pelo Código Civil de 2002, sem a necessidade de um rompimento estrutural, como ocorreu quando outros códigos nacionais foram atualizados¹⁸³.

¹⁷⁷Rui Barbosa, encarregado de opinar sobre o projeto de Clovis Bevilacqua no Senado Federal, teceu diversas críticas a referido projeto, inclusive em virtude de diversos atentados contra o idioma em que ele teria incorrido, conforme se vê de seu “Parecer” (Parecer sobre a redação do projecto da Câmara dos Deputados. Rio de Janeiro: Impr. Nacional. 1902.). As críticas de Rui Barbosa, contudo, apegaram-se mais à forma (em boa parte mantida, no futuro, pelo Código Civil de 2002) do que à substância do trabalho de Clovis Bevilacqua, motivo pelo qual foram qualificadas até como folclóricas pela doutrina brasileira (vide TOMAS E VICIUS FILHO, Eduardo. **O legado do Código Civil de 1916**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo São Paulo: USP. 2016. v. 111, p. 90.

¹⁷⁸“Art. 1.806. O Código Civil entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1917.”

¹⁷⁹BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **História do Direito Brasileiro - Leituras da Ordem Jurídica Nacional**. 4ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2017. P. 334. Acesso em 03/11/2024

¹⁸⁰CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito Geral e Brasil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris. 2007. P. 89.

¹⁸¹BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 55.

¹⁸²BORGES, João Paulo; e LEAL, Adisson. **O Código Civil de 1916: Tão Liberal Quanto Era Lhe Permitido Ser**. Revista Brasileira de História do Direito. Brasília, v. 3, n. 1. Jan/Jun. 2017. PP. 34/35.

¹⁸³TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O legado do Código Civil de 1916**. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo São Paulo: USP. 2016. v. 111, PP. 96/97.

O Código de Bevilacqua trouxe inovações importantes, inclusive em matéria da liberação do devedor em razão da caracterização da impossibilidade da prestação, motivo pelo qual o legado do referido Código não pode ser desprezado, principalmente diante da matéria objeto do presente trabalho.

Consta do art. 1.058 do Código Civil de 1916¹⁸⁴ a regra relativa à liberação do devedor em virtude da ocorrência de caso fortuito ou força maior que vigora até hoje entre nós (art. 393 do Código Civil de 2002), inclusive no que diz respeito à definição desses dois institutos, incluída no parágrafo único do referido dispositivo durante os trabalhos da comissão avaliadora do CC16¹⁸⁵, segundo o qual “O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

Não havia, contudo, assim como não há até hoje, distinção expressa pelo Código Civil de 1916 entre os conceitos de caso fortuito e a força maior. Na verdade, Bevilacqua preocupou-se apenas em estabelecer as consequências da incidência de ambos os institutos na relação jurídico-obrigacional, as quais, seguindo a tradição já estabelecida pelo Código Comercial¹⁸⁶, eram equiparadas¹⁸⁷, conforme se vê, por exemplos, dos artigos 1.208¹⁸⁸, 1.253¹⁸⁹ e 1412¹⁹⁰ (além do já citado art. 1.058 do CC16), motivo pelo qual seria pouco relevante, na prática, definir os conceitos de cada um desses institutos (o que não objetiva que a doutrina se debruce sobre o tema e se encarregue dessa definição).

Diante dessa equiparação, é possível afirmar que o caso fortuito e a força maior categorizaram-se como uma hipótese geral (mas não a única) de impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor, com o efeito liberatório daí decorrente (como já previa

¹⁸⁴“Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos art. 955, 956 e 957.”

¹⁸⁵BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 56.

¹⁸⁶No sentido da equiparação das consequências do caso fortuito e força maior, vide, e.g., os artigos 170, 181 e 201 do Código Comercial (já revogados), que tratavam indiscriminadamente de ambos os institutos, atribuindo-lhes a mesma eficácia na relação jurídica negocial.

¹⁸⁷BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 56.

¹⁸⁸“Art. 1.208. Responderá o locatário pelo incêndio do prédio, se não provar caso fortuito ou força maior, vício de construção ou propagação de fogo originado em outro prédio. Parágrafo único. Se o prédio tiver mais de um inquilino, todos responderão pelo incêndio, inclusive o locador, se nele habitar, cada um em proporção da parte que ocupe, exceto provando-se ter começado o incêndio na utilizada por um só morador, que será então o único responsável.”

¹⁸⁹“Art. 1.253. Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus, abandonando o do comandante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que possa atribuir a caso fortuito, ou força maior.”

¹⁹⁰“Art.1.412. Os riscos de caso fortuito, ou força maior, correrão em comum contra o proprietário e o parceiro.”

o Esboço de Teixeira de Freitas¹⁹¹), somente não se caracterizando (e assim não liberando o devedor), caso ele, quando de sua ocorrência, já esteja em mora. Neste caso particular, tais institutos não possuirão efeito liberatório, conforme se extrai da simples referência do art. 1.058 do CC16 a seus artigos 955,956 e 957, que disciplinavam a mora, e se confirma pelo entendimento jurisprudencial que predominava na época¹⁹².

Destaca-se que o Código Civil de 1916, em matéria de impossibilidade da prestação, certamente se inspirou no Esboço, cuja importância e destaque como jurisprudência foi realçada por Bevilacqua¹⁹³, tanto que estabeleceu alguns conceitos e distinções já existentes no trabalho de Teixeira de Freitas, como a definição de uma impossibilidade originária, a que seu artigo 145, II, atribuía a consequência da nulidade¹⁹⁴.

Todavia, o Código de Bevilacqua tratou do tema impossibilidade da prestação, notadamente a superveniente, de forma muito mais assistemática e fragmentária¹⁹⁵, porquanto preferiu diluir toda a disciplina do tema nos capítulos dedicados a cuidar de cada espécie de obrigação. Assim, estabeleceu as consequências da impossibilidade superveniente a cada uma dessas espécies, conforme se infere dos artigos 865¹⁹⁶, 879¹⁹⁷ e 882¹⁹⁸ do Diploma, que

¹⁹¹BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 58.

¹⁹²No sentido da impossibilidade de atribuir eficácia extintiva ao caso fortuito ou força maior implementado quando o credor já está em mora, confira-se elucidativo precedente de lavra do Tribunal de Justiça do Paraná: “REVISAO CONTRATUAL - CRÉDITO INDUSTRIAL - ANATOCISMO - COMISSAO DE PERMANENCIA - JUROS - MULTA - VERBA HONORARIA. 1. O DECRETO LEI 413/69 NAO IMPEDE A CAPITALIZACAO SEMESTRAL E MENSAL DOS JUROS, CONFORME REITERADA JURISPRUDENCIA DO STJ, DESDE QUE CONTRATADA. 2. "A COMISSAO DE PERMANENCIA E CORREÇÃO MONETÁRIA SÃO INACUMULAVEIS" (SUMULA300 DO STJ). 3. O DECRETO LEI 413/69 DETERMINA QUE OS JUROS MORATORIOS SERAO DE 1% AO ANO. 4. O CASO FORTUITO OU DE FORCA MAIOR NAO TEM EFEITO LIBERATORIO, SE O DEVEDOR JA ESTAVA EM MORA POR OCASIAO DO EVENTO (ART. 9577 DOCCC) [SIC]. 5. AS REGRAS DO ART. 20 PAR.30. DO CPC SOMENTE SE APLICAM EM CASO DE SENTENCA CONDENATORIA. IMPROVIDO O RECURSO DO 10. APELANTE E PROVIDO, PARCIALMENTE, O RECURSO DO 20. APELANTE. LEGISLACAO: L 413/69 SUM 30, DO STJ CC - ART 957 CPC - ART 20, PAR 3 L 6840/80 D 22626/33 CC - ART 1058 CPC - 20, PAR 3 CPC - ART 20, PAR 4 JURISPRUDENCIA: RT 674/216 STJ - RESP 11843; 21262 STJ - RESP 30972-8 - RGS - REL. MIN. NILSON NAVES E NO MESMO SENTIDO D ESTA CITACAO, SEGUEM OUTRAS NO ACORDAO.” (PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 0060016-6. Relator: Ruy Cunha Sobrinho. Data de Julgamento: 08 nov. 1993. 7ª Câmara Cível).

¹⁹³vide BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Codigo civil brasileiro**. Em defeza do projecto de Codigo civil brasileiro. Brasília: Senado Federal. 1906. PP. 22/23.

¹⁹⁴“Art. 145. É nulo o ato jurídico: () II. Quando for ilícito, ou impossível, o seu objeto.”

¹⁹⁵BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 56.

¹⁹⁶“Art. 865. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes.”

¹⁹⁷“Art. 879. Se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos.”

¹⁹⁸“Art. 882. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do fato, que se obrigou a não praticar.”

cuidavam dos efeitos dessa impossibilidade, respectivamente, nas obrigações de dar, fazer e não fazer.

Ainda, considera-se elementar fazer referência aos artigos 77¹⁹⁹ e 78, III, do Código Civil de 1916, que determinavam a extinção do direito do credor, atribuindo, assim, efeito liberatório ao devedor, caso a coisa objeto da obrigação percesse, fato jurídico que se caracterizaria, entre outras razões previstas no citado artigo 78, “Quando [a coisa] fica em lugar de onde não pode ser retirado”. O exemplo clássico oferecido pela doutrina para ilustrar a situação consiste na obrigação de dar um anel ou pedra preciosa, que, contudo, após a celebração do contrato, cai no fundo do mar, em local que não pode ser localizado ou retirado²⁰⁰.

Diante de tal disposição, a impossibilidade, à luz do Código Civil de 1916, não restará caracterizada apenas quando a coisa for definitivamente destruída ou perdida (fatos de caráter objetivo), mas também quando não puder ser acessada, o que obviamente detém um caráter relativo (como será melhor tratado adiante), alargando o campo de incidência da teoria da impossibilidade superveniente da prestação.

O artigo 78, II, do Código Civil de 1916, não foi reproduzido pelo Código Civil de 2002. Parte da doutrina pátria, contudo, não deixou de admitir a impossibilidade superveniente da obrigação de dar coisa em virtude da inacessibilidade física da coisa, atribuindo-lhe efeito liberatório, motivo pelo qual essa inacessibilidade será estudada e abordada no presente trabalho²⁰¹.

3.3. O Código de Defesa do Consumidor

¹⁹⁹“Art. 77. Perece o direito, perecendo o seu objeto.”

²⁰⁰DIAS, Daniel. **Impossibilidades Objetiva E Subjetiva Da Prestação: Controvérsia E Imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 29/ 2021 | p. 173 - 205 | Out - Dez / 2021. P. 6.

²⁰¹Daniel Dias explica que a supressão do art. 78 do Código Civil de 1916, assim como de seus dispositivos imediatamente antecedentes, ocorreu não porque o legislador do Código Civil de 2002 buscou suprimir as hipóteses de perecimento da coisa por ele previstas, mas sim diante de uma diretriz geral segundo a qual deviam ser excluídas da codificação quaisquer disposições que tivessem caráter meramente doutrinário (e o artigo em exame é um clássico exemplo de disposição doutrinária, já que tem caráter meramente conceitual). Assim, para o autor, seria possível, apesar de não possuir correspondente no Código Civil de 2002, ainda seria possível, à luz do novo Diploma, considerar as hipóteses estabelecidas no referido dispositivo para definição da impossibilidade superveniente da prestação, já que inclusive doutrinadores de renome, como Caio Mario Pereira da Silva e Tito Fulgêncio, incluíam as hipóteses previstas no art. 78, II, do CC16 como caracterizadoras da impossibilidade, mesmo após a revogação do Diploma. (DIAS, Daniel. **Impossibilidades Objetiva E Subjetiva Da Prestação: Controvérsia E Imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 29/ 2021 | p. 173 - 205 | Out - Dez / 2021. PP. 16/17)

3.3.1. Linhas Gerais sobre o Código de Defesa do Consumidor.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu importância à defesa dos direitos dos consumidores, os quais foram incluídos entre os direitos fundamentais elencados por seu artigo 5º, XXXII,²⁰² e como um dos princípios que devem nortear a ordem econômica nacional²⁰³. Diante dessa importância, a própria Carta Magna determinou que o Poder Legislativo, no prazo de 120 dias, elaborasse o código nacional de defesa do consumidor (art. 48).

Embora com algum atraso, o código mencionado pela Lei Maior veio a ser instituído pelo Congresso Nacional por meio da promulgação da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, a qual, até hoje constitui o código aplicável às relações consumeristas.

Trata-se de norma que, rompendo com a tradição liberal estabelecida pelo Código Civil de 1916 possui caráter verdadeiramente intervencionista e dirigista²⁰⁴, cujo propósito é de disciplinar, em caráter especial, uma relação específica, consistente naquela que se desenvolve entre um consumidor e fornecedor, de acordo com a terminologia estabelecida nos artigos 2º, *caput*, e 3º, *caput*, da Lei nº 8.078/1990.

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor, seguindo a diretriz estabelecida pela Constituição Federal, manifesta preocupação com a parte hipossuficiente da relação de consumo (o consumidor). Por isso, a norma, segundo Marques²⁰⁵, constitui um verdadeiro instrumento para justiça e equidade, na medida em que, preocupada com a posição de desvantagem em que naturalmente se coloca o consumidor, estabelece regras e mecanismos, fundados na boa-fé e confiança, voltados a equilibrar relação de consumo, conforme é possível extrair dos artigos 4º (que enumera os princípios que devem nortear a Política Nacional das Relações de Consumo) e 6º (que estabelece os direitos básicos do consumidor), do referido Código.

²⁰²“Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.”

²⁰³“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) V - defesa do consumidor;”

²⁰⁴BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 58.

²⁰⁵MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. PP. 288/290.

É justamente diante desses mecanismos que Marques afirma que, por estabelecer uma nova visão valorativa, fundada em normas de caráter cogente e indisponível²⁰⁶, o propósito do Código de Defesa do Consumidor é criar uma realidade social, de modo que naturalmente haverá colisões entre esse Diploma e outras normas jurídicas²⁰⁷.

Não se pode negar que há conflito entre os princípios estabelecidos no Código de Defesa do Consumidor e aqueles tradicionalmente aplicáveis às relações privadas, pautadas na ideia da paridade e simetria²⁰⁸, ainda mais quando se considera que as relações disciplinadas, de forma especial, pelo Código de Defesa do Consumidor também estão subordinadas, em caráter geral, ao Código Civil²⁰⁹. Por isso, imperioso avaliar a forma pela qual esses diplomas podem dialogar entre si e oferecer resposta adequada aos conflitos sociais surgidos.

3.3.2. A Teoria do Diálogo das Fontes

Antes de analisar o tema que é efetivamente de interesse do presente trabalho (a impossibilidade da prestação) é necessário, ainda, tratar da teoria do diálogo das fontes, pois tal teoria explica e orienta a forma de diálogo que se estabelece entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil, podendo nortear, inclusive, a aplicação da teoria da impossibilidade nas relações pautadas por esse Diploma.

A teoria do diálogo das fontes foi criada por Erik Jayme (Alemanha, Universidade de Heidelberg) e importada para nosso ordenamento jurídico por Marques²¹⁰. A teoria parte da premissa segundo a qual “as normas jurídicas não se excluem – porque pertencentes a ramos jurídicos distintos -, mas se complementam.”, assim “Há, nesse marco teórico, a premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico.”²¹¹.

²⁰⁶MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 289.

²⁰⁷MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 616.

²⁰⁸GOMES, Orlando. **Contratos**. Disponível em: Minha Biblioteca, (28ª edição). Grupo GEN, 2022. P. 75. Acesso em 03/11/2024

²⁰⁹MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. P. 697.

²¹⁰TARTUCE, Flávio. **A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil**. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 207.

²¹¹TARTUCE, Flávio. **A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil**. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 207.

Segundo Tartuce²¹² a teoria em exame constituiria o leme que guia o operador do direito na tempestade de normas que produzem efeitos sobre uma mesma relação jurídica.

A teoria do diálogo das fontes, seria, portanto, uma solução para os conflitos entre as diferentes fontes normativas irradiadas pela Constituição Federal, que não mais se excluem entre si de acordo com os métodos tradicionais de solução de conflitos entre leis estabelecidos por Bobbio (especialidade, anterioridade e hierarquia), mas, ao contrário, mantêm suas diferenças e, de forma coordenada, narram uma mesma situação²¹³.

Essa perspectiva, de acordo com Tartuce²¹⁴, permitiria a superação da ideia de que o Código de Defesa do Consumidor constitui um microsistema jurídico apartado, vigendo de modo isolado do Código Civil. Assim, segundo o jurista, ante a adoção da teoria do diálogo das fontes, seria possível a aplicação concomitante do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil a uma mesma relação jurídico obrigacional, notadamente em matéria de contratos, ante a aproximação axiológica de ambos os Diplomas Normativos, sustentados pelos princípios da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Marques²¹⁵ afirma que há três diálogos entre fontes possíveis. O primeiro consiste no diálogo sistemático de coerência, segundo o qual uma norma servirá como base conceitual para outra, o que ocorre no diálogo entre uma norma geral, destinada a tratamento amplo do sistema jurídico e seus conceitos, e uma norma especial, voltada a tratar de uma situação jurídica em particular. É o caso, por exemplo, dos conceitos e consequências da prescrição, decadência, nulidade, entre outros, que são definições que, embora não previstos no Código de Defesa do Consumidor, também são aplicáveis às relações de consumo e, por isso, são extraídos do Código Civil²¹⁶.

²¹²TARTUCE, Flávio. **A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil**. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 207.

²¹³MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. PP. 692/693.

²¹⁴TARTUCE, Flávio. **A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil**. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 208.

²¹⁵MARQUES, Cláudia Lima. **CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. P. 719.

²¹⁶MARQUES, Cláudia Lima. **CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. P. 719.

Por meio do diálogo de complementariedade e subsidiariedade uma norma e seus princípios podem complementar outra de forma direta (diálogo de complementariedade) ou indireta (diálogo de subsidiariedade), quando isso for necessário ou a solução apresentada pelo Código Civil se mostrar mais favorável ao consumidor do que aquela ofertada pelo Código de Defesa do Consumidor. Nessa hipótese, uma lei não revogará a outra, mas cabe ao juiz ou legislador aferir, no caso concreto, qual é a norma jurídica que deverá ser aplicada em caráter principal e qual será a complementar^{217e218}.

Para Marques a teoria do diálogo das fontes deve ser admitida, mas com um alcance restrito, meramente para superar a antinomia em favor dos mais fracos, de modo que a teoria poderá ser utilizada apenas para favorecer o consumidor²¹⁹. Nessa hipótese, por ser mais favorável, o Código Civil será empregado para disciplinar uma relação de consumo, pautada em primeiro lugar pelo Código de Defesa do Consumidor.

Tartuce possui posição semelhante. O jurista considera a aproximação principiológica do Código Civil de 2002 e do Código de Defesa do Consumidor, reconhecida inclusive pelo enunciado nº 167 da III Jornada de Direito Civil²²⁰, e entende que é possível que se aplique às relações consumeristas regras previstas no Código Civil, complementando a disciplina sobre determinado assunto tratado pelo Código de Defesa do Consumidor, caso isso reverta em proveito ao consumidor²²¹. Assim, seria possível, por exemplo, utilizar do artigo 424 do Código Civil para complementar a disciplina conferida às nulidades contratuais pelo artigo 51 do Código de Defesa do Consumidor ou, ainda, aplicar-se em conjunto os artigos 423 do Código

²¹⁷MARQUES, Cláudia Lima. **CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. P. 720.

²¹⁸MARQUES exemplifica esse diálogo através da exposição do instituto da oferta de consumo. O tema é tratado tanto pelo Código Civil quanto pelo Código de Defesa do Consumidor, possuindo ambas as normas o mesmo propósito (resguardar a confiança gerada pela oferta apresentada), de modo que não são elas conflitantes entre si. Assim, dada a ausência de antinomia, o Código Civil pode disciplinar o tema em relações de consumo, naquilo que o Código de Defesa do Consumidor alcançar (**CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. PP. 721/722).

²¹⁹MARQUES, Cláudia Lima. **CONTRATOS NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR: o novo regime das relações contratuais**. 6ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2011. PP. 728 e 730.

²²⁰Segundo o qual “Com o advento do Código Civil de 2002, houve forte aproximação principiológica entre esse Código e o Código de Defesa do Consumidor no que respeita à regulação contratual, uma vez que ambos são incorporadores de uma nova teoria geral dos contratos”.

²²¹TARTUCE, Flávio. **A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes**. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. PP. 223/224.

Civil e 47 do Código de Defesa do Consumidor em contratos de consumo, visando à proteção do consumidor²²².

Todavia, o movimento inverso deve ser rechaçado. O Código Civil é a norma que assume o “papel central metodológico no direito privado”²²³, de modo que, se a relação jurídica desenvolvida entre as partes não for qualificada como de consumo, deve ela ser disciplinada pelo Código Civil, sem interferência (ou diálogo), do Código de Defesa do Consumidor²²⁴.

E isso é possível, pois, atualmente, o Código Civil também é pautado pelos princípios da boa-fé (art. 422) e da função social do contrato (art. 421), o qual inclusive opera como norma de ordem pública e cogente (art. 2.035), de modo que o Diploma de Reale oferece proteção suficiente às partes, na medida em que estabelece diversas disposições voltadas à proteção do aderente em contratos de adesão (art. 423), à proibição de cláusulas abusivas (art. 424²²⁵), à vedação do enriquecimento sem causa (art. 884) e/ou a coibir o abuso de direito (art. 187). Não é necessário, assim, socorrer-se do Código de Defesa do Consumidor para proteger a parte vulnerável de determinado negócio jurídico de natureza tipicamente cível²²⁶.

De outro lado, as decisões proferidas pelos Tribunais pátrios a respeito do assunto revelam que a jurisprudência se posiciona, de um modo geral, de forma bastante próxima ao entendimento externado por Marques e Tartuce.

De fato, é possível perceber que o Superior Tribunal de Justiça decide, reiteradamente, pela adoção da teoria do diálogo das fontes em prol da proteção do consumidor. Nesse sentido, a Corte Superior já decidiu que o Código de Defesa do Consumidor deve ser interpretado em um contexto de complementariedade, inclusive para mitigar, em favor do consumidor, o rigor de outra norma especial ou geral que discipline determinada relação por ele desenvolvida, como

²²²TARTUCE, Flávio. **A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes.** In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. PP. 209 e 223.

²²³TARTUCE, Flávio. **A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes.** In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 211.

²²⁴TARTUCE, Flávio. **A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes.** In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 224.

²²⁵Nesse sentido, o enunciado nº 172 da III Jornada de Direito Civil estabelece: “As cláusulas abusivas não ocorrem exclusivamente nas relações jurídicas de consumo. Dessa forma, é possível a identificação de cláusulas abusivas em contratos civis comuns, como, por exemplo, aquela estampada no art. 424 do Código Civil de 2002.”

²²⁶TARTUCE, Flávio. **A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes.** In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. P. 221.

é o caso da Lei nº 9.656/1998²²⁷, que disciplina os contratos (de consumo) de plano de saúde; da Lei nº 13.786/2018²²⁸, que trata das consequências da rescisão de contrato (de consumo) de compra e venda de unidades imobiliárias; ou de penalidades impostas pelas Administração Pública, como o perdimento de bens, quando essa penalidade, ainda que prevista em legislação específica, afrontar preceitos básicos do Código de Defesa do Consumidor²²⁹.

O Superior Tribunal de Justiça também já decidiu, em simetria com o diálogo de complementariedade e subsidiariedade proposto por Marques, o prazo prescricional quinquenal estabelecido no artigo 27 do Código de Defesa do Consumidor seria inaplicável a determinada

²²⁷APelação. CONSUMIDOR. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA. DIÁLOGO DAS FONTES. PLANO DE SAÚDE. LIMITAÇÃO DE COBERTURA. ABUSIVA. 1. Nesse sentido: “A aplicação do Código de Defesa do Consumidor (CDC) a determinado suporte fático não afasta incidência e análise simultânea de outros diplomas normativos (Lei nº 9.656/1998 e resoluções da Agência Nacional de Saúde Suplementar). 2. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor deve ser compreendida no contexto de diálogo das fontes - e não de forma subsidiária. 3. A limitação contratual da cobertura do atendimento de internação às primeiras 12 (doze) horas ofende o art. 51, inciso IV, do CDC, o qual estipula que são nulas de pleno direito “as obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”. 4. Ademais, há expressa vedação pela Súmula 302, do STJ: “É abusiva a cláusula contratual de plano de saúde que limita no tempo a internação hospitalar do segurado”. 5. No caso, figura-se indevida a negativa do plano de saúde que limita o tempo de atendimento do beneficiário, nos casos de urgência e emergência, às primeiras 12 (doze) horas de atendimento, ainda que o beneficiado se encontre em período de carência. Precedentes. 6. Recurso conhecido e não provido. (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 0709081-07.2021.8.07.0007. Relator: Leonardo Roscoe Bessa. Data de Julgamento: 13 out. 2021. 6ª Turma Cível. Data de Publicação: 29 out. 2021. Publicado no PJe. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

²²⁸Nesse sentido: “COMPRA E VENDA IMOBILIÁRIA. RESCISÃO CONTRATUAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DIÁLOGO DAS FONTES. Abusividade das “Condições para Eventual Rescisão Contratual”. Deve ser empregada a técnica do “diálogo das fontes” para harmonizar a aplicação concomitante de dois diplomas legais ao mesmo negócio jurídico; no caso, a norma específica que regula a resolução do contrato – Lei 13.786/18 e o Código de Defesa do Consumidor. Considerando que as disposições contratuais encontram limitações na cláusula geral da função social do contrato, entendo que a retenção de 20% dos valores pagos, a título de perdas e danos, é suficiente à finalidade a que se propõe e atende aos ditames legais, não sendo possível condená-la ao pagamento de outras despesas a pretexto do pacta sunt servanda, boa-fé objetiva ou supremacia da autonomia privada. Desconto das despesas inerentes ao imóvel. Recursos desprovidos.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 1119155-39.2021.8.26.0100. Relator: J. B. Paula Lima. Data de Julgamento: 09 jun. 2022. 10ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 09 jun. 2022.)

²²⁹Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADUANEIRO. AUTOMÓVEL FABRICADO NO EXTERIOR E ADQUIRIDO NO MERCADO INTERNO, COM NOTA FISCAL DA EMPRESA IMPORTADORA, DESEMBARAÇO ADUANEIRO E REGISTRO NO DETRAN. PRESUNÇÃO DE BOA-FÉ DO CONSUMIDOR QUE NÃO FOI AFASTADA. ILEGITIMIDADE DA PENA DE PERDIMENTO DO BEM. AGRAVO REGIMENTAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO. 1. O Direito deve ser compreendido, em metáfora às ciências da natureza, como um sistema de vasos comunicantes, ou de diálogo das fontes (Erik Jayme), que permita a sua interpretação de forma holística. Deve-se buscar, sempre, evitar antinomias, ofensivas que são aos princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como ao próprio ideal humano de Justiça. 2. A pena de perdimento, fundada em importação supostamente irregular de bem de consumo usado, não pode ser aplicada quando não se afasta categoricamente a presunção de boa-fé do consumidor, que adquiriu o bem de empresa brasileira, no mercado interno. Precedentes: AGRG NO AG. 1.217.747/SP, REL. MIN. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE 8.10.2010; AGRG NO AG. 1.169.855/SP, REL. MIN. BENEDITO GONÇALVES, DJE 10.12.2009 E ERESP. 535.536/PR, REL. MIN. HUMBERTO MARTINS, DJ 25.9.2006. 3. Agravo Regimental da FAZENDA NACIONAL desprovido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1483780/PE. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 23 jun. 2015. Primeira Turma. Data de Publicação: DJe 05 ago. 2015)

relação jurídica polarizada por um consumidor, eis que o prazo vintenário previsto no artigo 177 do Código Civil de 1916 lhe seria mais favorável, devendo, portanto, ser este o prazo considerando para exercício de sua pretensão contra um fornecedor, conforme mandamento contido no artigo 7º do Código de Defesa do Consumidor²³⁰.

Esses precedentes, emitidos pela maior autoridade judiciária na interpretação de normas infraconstitucionais (art. 105, III, da Constituição Federal), demonstram que teoria do diálogo das fontes tem boa aceitação pelas Cortes pátrias quando sua aplicação resultar em vantagem ao consumidor.

3.3.3. Da Responsabilidade Civil nas Relações de Consumo

Para compreender o tratamento dispendido ao tema da impossibilidade superveniente da prestação, é necessário, antes, fazer algumas considerações quanto à própria forma pela qual a responsabilidade civil foi estruturada no Código de Defesa do Consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor criou um sistema próprio e particular de responsabilidade civil aplicável às relações de consumo, fundado em princípios particulares, o que o fez por reputar que a responsabilidade civil tradicional não seria suficiente para proteger, com amplitude, o consumidor²³¹, na forma determinada pelo artigo 6º, VI, do Diploma em exame.

Esse regime de responsabilidade tem fundamento na adoção da teoria da atividade, segundo o qual aquele que quiser desenvolver uma atividade comercial poderá fazê-lo, mas deverá suportar integralmente os riscos daí advindos²³². É, assim, dever do fornecedor

²³⁰Confira-se “CONSUMIDOR E CIVIL. ART. 7º DO CDC. APLICAÇÃO DA LEI MAIS FAVORÁVEL. DIÁLOGO DE FONTES. RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. RESPONSABILIDADE CIVIL. TABAGISMO. RELAÇÃO DE CONSUMO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO. - O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema jurídico, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. - Assim, e nos termos do art. 7º do CDC, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo. - Diante disso, conclui-se pela inaplicabilidade do prazo prescricional do art. 27 do CDC à hipótese dos autos, devendo incidir a prescrição vintenária do art. 177 do CC/16, por ser mais favorável ao consumidor. - Recente decisão da 2ª Seção, porém, pacificou o entendimento quanto à incidência na espécie do prazo prescricional de 05 anos previsto no art. 27 do CDC, que deve prevalecer, com a ressalva do entendimento pessoal da Relatora. Recursos especiais providos.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1009591/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 13 abr. 2010. Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 23 ago. 2010)

²³¹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (6ª edição). Grupo GEN, 2022. P. 349. Acesso em 03/11/2024.

²³²NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (15ª edição). Grupo GEN, 2024. P. 65. Acesso em 03/11/2024.

responder pelos vícios e defeitos dos produtos e serviços que comercializar, garantindo sua segurança e higidez, não sendo possível atribuir ao consumidor os riscos próprios da relação de consumo ou sujeitá-los ao risco de não serem indenizados pelos prejuízos que resultarem de uma falha nos bens ou serviços adquiridos²³³.

Assim, o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu um critério próprio de alocação de riscos, atribuindo-os de forma preponderante ao fornecedor²³⁴. Como resultado, a responsabilidade civil do fornecedor foi estabelecida em caráter objetivo, de modo que prescinde da verificação de culpa²³⁵, conforme se depreende dos artigos 12, *caput*, e 14, *caput*, do referido Código, que estabelecem, expressamente, que o fornecedor responderá independentemente de culpa por fato do produto e do serviço.

Contudo, dizer que os riscos da relação são atribuídos, de forma preponderante, ao fornecedor, não é o mesmo dizer que ele assume os riscos integrais decorrentes da relação de consumo²³⁶. Na verdade, os pressupostos lógico-jurídicos da responsabilidade civil mantêm-se exigíveis nas relações de consumo, de modo que só haverá falar em responsabilidade civil se presente a conduta (do fornecedor), o dano e o nexo de causalidade entre ambos²³⁷, dispensando-se apenas o exame (ou existência) da culpa.

Interessa-nos, para os fins para os quais se propõe o presente trabalho, examinar apenas o pressuposto do nexo de causalidade, eis que é apenas esse o pressuposto que possui alguma relação com a impossibilidade da prestação.

O Código de Defesa do Consumidor enumera, em seus artigos 12, §3º, e 14, §3º, as hipóteses em que a responsabilidade do fornecedor deverá ser excluída. Todas essas hipóteses implicam no rompimento do nexo de causalidade²³⁸, de modo que não haverá falar em responsabilidade civil do fornecedor simplesmente porque o dano experimentado pelo consumidor não é uma consequência de sua conduta.

²³³CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (6ª edição). Grupo GEN, 2022. P. 350. Acesso em 03/11/2024

²³⁴MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (9ª edição). Grupo GEN, 2024. P. 621. Acesso em 03/11/2024

²³⁵NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (15ª edição). Grupo GEN, 2024. P. 170. Acesso em 03/11/2024

²³⁶CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (6ª edição). Grupo GEN, 2022. P. 352. Acesso em 03/11/2024

²³⁷MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (9ª edição). Grupo GEN, 2024. P. 629. Acesso em 03/11/2024

²³⁸MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (9ª edição). Grupo GEN, 2024. P. 655/656. Acesso em 03/11/2024

Referido dispositivo, contudo, omitiu-se de considerar expressamente o caso fortuito e força maior, tratados no artigo 393 do Código Civil, com causas excludentes da responsabilidade civil do fornecedor de produtos ou serviços, o que suscitou controvérsia na doutrina a respeito da possibilidade de esses institutos serem invocados para exonerá-lo de responsabilidade civil, apesar de consagrados pela teoria geral deste instituto²³⁹.

Cavaliere Filho²⁴⁰ explica que alguns doutrinadores, de fato, entendem que o caso fortuito e a força maior não podem ser considerados como causa excludentes de responsabilidade civil de consumidor, mas apresentam, para tanto, uma solução muito simplista, como também seria (simplista) aquela segundo a qual o art. 393 do Código Civil deveria ser aplicado indiscriminadamente às relações de consumo, somente porque o dispositivo compõe a teoria geral da responsabilidade civil.

Assim, para superar esse simplismo, seria, segundo o autor, o caso de retomar-se a distinção do caso fortuito/força maior interno e externo.

O primeiro (interno) teria relação com as atividades desenvolvidas pelo fornecedor, consubstanciado no fato imprevisível e, por isso, inevitável ocorrido no momento da fabricação do produto ou da realização do serviço. Como se trata de fato relacionado à própria atividade do fornecedor, o caso fortuito/força maior interno não pode excluir sua responsabilidade civil, porquanto ligado ao risco de seu negócio²⁴¹.

O segundo (externo), por outro lado, é alheio ao negócio desenvolvido pelo fornecedor, sendo estranho aos produtos e serviços por ele comercializados e muitas vezes posterior à colocação destes no mercado, motivo pelo qual não se poderia falar em responsabilidade civil do fornecedor, já que, em verdade, nem mesmo se poderia falar em defeito em produto ou serviço²⁴².

A posição de Cavaliere Filho, contudo, não é unânime, sendo contestada por Khouri²⁴³, que sustenta que, em caso de configuração do caso fortuito, a responsabilidade civil deve ser

²³⁹MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (9º edição). Grupo GEN, 2024. P. 656. Acesso em 03/11/2024

²⁴⁰CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (6º edição). Grupo GEN, 2022. P. 382. Acesso em 03/11/2024

²⁴¹CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (6º edição). Grupo GEN, 2022. P. 383. Acesso em 03/11/2024

²⁴²CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (6º edição). Grupo GEN, 2022. P. 383. Acesso em 03/11/2024

²⁴³KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (7º edição). Grupo GEN, 2020. P. 199. Acesso em 03/11/2024

afastada, devido ao rompimento donexo causal, independentemente de sua ocorrência antes ou após a colocação do produto ou serviço no mercado. O autor²⁴⁴ ressalva apenas que o artigo 8º do Código de Defesa do Consumidor obriga o fornecedor a garantir a qualidade e segurança dos produtos e serviços no mercado de consumo, de modo que a quebra desse dever poderá gerar o dever de indenizar, independentemente de culpa.

A posição de Khouri, contudo, é minoritária, pois a distinção entre as consequências do caso fortuito/força maior interno e externo, com atribuição de efeitos liberatórios apenas para os eventos de natureza externa, vem sendo admitida pela doutrina majoritária, tanto que resultou na edição do Enunciado nº 443 da V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “O caso fortuito e a força maior somente serão considerados como excludentes da responsabilidade civil quando o fato gerador do dano não for conexo à atividade desenvolvida”.

A jurisprudência também vem admitindo essa distinção (de institutos e consequências). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça publicou o Enunciado nº7 da Edição nº 161 da ferramenta Jurisprudência em Teses do STJ (Consumidor V, de 2020), por meio do qual consignou que “a ocorrência de fortuito externo afasta responsabilidade civil objetiva das instituições financeiras, por não caracterizar vício na prestação do serviço”.

O Enunciado reflete os julgamentos proferidos pela Corte Superior, que evidenciam o estabelecimento de sua jurisprudência no sentido de que os fatos completamente estranhos às atividades do fornecedor, isto é, os casos fortuitos ou de força maior externos, constituem causa excludente da responsabilidade civil, porquanto afastam o nexode causalidade e, por isso, não ensejam sua responsabilização civil²⁴⁵.

²⁴⁴KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (7th edição). Grupo GEN, 2020. P. 199. Acesso em 03/11/2024.

²⁴⁵Em julgado recente, o Superior Tribunal de Justiça assim decidiu: “AÇÃO CIVIL. DANOS MORAIS. ROUBO OCORRIDO NAS DEPENDÊNCIAS DO METRÔ. FORTUITO EXTERNO. EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. SÚMULA Nº 568/STJ. 1. Na hipótese, o evento não está relacionado com alguma falha no transporte metroviário, mas, sim, com a conduta de terceiros. 2. A Segunda Seção deste Tribunal Superior traçou orientação no sentido de que o ato de terceiro que seja doloso ou alheio aos riscos próprios da atividade explorada é fato estranho à atividade do transportador, caracterizando-se como fortuito externo, equiparável à força maior, rompendo o nexo causal e excluindo a responsabilidade civil do fornecedor. Aplicação da Súmula nº 568/STJ. 3. Agravo interno não provido”. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2255587/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 13 nov. 2023. Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 17 nov. 2023). No mesmo sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 2033685/MG. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data de Julgamento: 11 set. 2023. Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 14 set. 2023; e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1738374/SP. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data de Julgamento: 25 maio 2021. Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 04 jun. 2021.

Nesse aspecto, necessário destacar que, pela falta de previsão legal, é possível argumentar que caso se admita que o caso fortuito ou força maior, ainda que em sua modalidade externa, impliquem em exoneração da responsabilidade do consumidor seria uma forma de aplicar a teoria do diálogo das fontes em desfavor do consumidor, pois, dada a ausência de previsão expressa no Código de Defesa do Consumidor, seria o mesmo que utilizar-se de um dispositivo do Código Civil (art. 393) para afastá-lo do direito à reparação por uma perda sofrida.

Acontece que é possível defender que o próprio Código de Defesa do Consumidor oferece, ainda que não implicitamente, mecanismos para permitir a exoneração da responsabilidade civil do fornecedor pelo caso fortuito ou força maior, já que a culpa exclusiva de terceiro (uma das maiores causas de caracterização do fortuito) é expressamente enumerada pelos artigos 12, §3º, III e 14, §3º, II, como excludente do dever de o fornecedor indenizar.

De igual modo, a responsabilização pressupõe a existência de algum defeito ou falha no produto ou serviço prestado, de modo que, se o dano decorre de um fato estranho às atividades do fornecedor – ou seja, de um caso fortuito/força maior externo -, não se pode falar em tais vícios, faltando, portanto, um elemento indispensável à caracterização da responsabilidade civil consumerista, motivo pelo qual se entende não haver aplicação da teoria do diálogo das fontes em desfavor do consumidor.

Diante do exposto, é possível afirmar que, sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor, somente se poderá atestar que a impossibilidade superveniente da prestação, ainda que não imputável ao devedor, possuirá efeitos liberatórios se decorrer de um caso fortuito ou de força maior externo. Se, do contrário, essa impossibilidade decorrer de caso fortuito ou de força maior interno, estará o fornecedor sujeito à responsabilização civil, na forma prevista pelo Diploma Consumerista.

3.4. O Código Civil de 2002

Após mais de 80 anos de vigência do Código Civil de Bevilacqua, em 2002, o Brasil recebeu, em 10 de janeiro de 2002, um novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), que passou a vigorar um ano após referida data²⁴⁶.

²⁴⁶“Art. 2.044. Este Código entrará em vigor 1 (um) ano após a sua publicação.”

Antes de ser aprovado, o Código Civil de 2002, submeteu-se a longa tramitação nas Casas Legislativas Nacionais. De fato, embora Miguel Reale tenha sido nomeado em 1969 para coordenar a Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil e o anteprojeto tenha sido entregue ao Congresso Nacional em 1975 (onde registrado como o Projeto de Lei nº 634/1975)²⁴⁷, ainda, portanto, durante a Ditadura Militar e na vigência na Constituição Federal de 1967, o trabalho dessa comissão só veio a ser sancionado pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso (e, conseqüentemente, após a redemocratização do País) em 2002, já na vigência da Carta Magna de 1988.

O tempo de tramitação do Anteprojeto de Miguel Reale, inclusive, foi criticado pela doutrina, que apontou que, diante de seu longo tempo de “gestação”, o Código Civil que lhe é fruto “nasceu velho”, porquanto, tendo sua elaboração iniciado antes mesmo da edição da Constituição Federal vigente quando de sua sanção, o texto não considerava conceitos previstos por tal Constituição e os avanços e mudanças sociais havidas desde o início de sua elaboração, inclusive em temas sensíveis, como no que diz respeito à dissolubilidade do casamento²⁴⁸.

Apesar do certo anacronismo que o macula, não é possível negar que o Código Civil de Reale, livre de certas amarras impostas ao seu antecessor pela ordem social que imperava à época de sua elaboração (que inclusive atribuiu ao Código Civil de 1916 a característica de excessivamente individualista²⁴⁹), trouxe avanços diversos ao direito privado nacional, afastando certas disposições que Berenice Dias qualificava como meramente preconceituosas e constrangedoras²⁵⁰.

Esses avanços devem-se porque, de acordo com Reale, os trabalhos da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil foram pautados nos princípios da realizabilidade, concreção e sociabilidade, a fim de permitir que resultado desses trabalhos se constituísse como uma ferramenta de paz e desenvolvimento social²⁵¹. Assim, ainda de acordo com Reale, ao redigir o anteprojeto que resultou no Código Civil de 2002, buscou-se superar pressupostos

²⁴⁷Agência Câmara de Notícias. CÂMARA DOS DEPUTADOS. História do novo Código Civil, 13/01/2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/24906-historia-do-novo-codigo-civil/> Acesso em 12/05/2024

²⁴⁸DIAS, Maria Berenice. **Código Civil: duas décadas sem avanços**. Disponível em <https://berenedias.com.br/codigo-civil-duas-decadas-sem-avancos/>: Acesso em: 12/05/2024

²⁴⁹REALE, Miguel. In. BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>. Acesso em: 12/05/202.

²⁵⁰DIAS, Maria Berenice. **Código Civil: duas décadas sem avanços**. Disponível em <https://berenedias.com.br/codigo-civil-duas-decadas-sem-avancos/>: Acesso em: 12/05/2024

²⁵¹REALE, Miguel. In. BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>. Acesso em: 12/05/2024. PP. 26.

individualistas e criar institutos atentos à realidade que sucedeu a elaboração do Código Civil concebido por Clóvis Bevilacqua, e assim atender aos anseios da sociedade atual²⁵².

Atento, portanto, ao atributo da “socialidade” do direito, Reale explicou que a função social do contrato constitui princípio condicionador de todo processo hermenêutico da relação negocial²⁵³, conforme consta do artigo 421 do Código Civil de 2002²⁵⁴, em atenção aos primados da boa-fé e probidade, que foram positivados no artigo 422 do mesmo Diploma, tratados com princípios fundamentais para garantir a “concreção ética da experiência jurídica”²⁵⁵.

A exposição de motivos do Código Civil de 2002 revela, ainda, que, em matéria do direito das obrigações, embora a Comissão Revisora e Elaboradora tenha buscado incorporar ao seu trabalho a sistematização da matéria proposta por Agostinho Alvim²⁵⁶, assim como tenha se empenhado em aplicar ao inadimplemento da obrigação as mesmas diretrizes ético-sociais que estabelecidas, pelo novo Diploma, para a matéria de responsabilidade civil, não é possível notar qualquer atenção dedicada por referida Comissão ao tema da impossibilidade superveniente da prestação.

A ausência de tratamento pode se justificar porque uma das preocupações explícitas da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil foi preservar, naquilo que era possível, a sistemática e redação do CC1916, somente promovendo alterações necessárias a atender às

²⁵²REALE, Miguel. In. BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>. Acesso em: 12/05/2024. PP. 25 e 27

²⁵³REALE, Miguel. In. BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>. Acesso em: 12/05/2024. P. 41.

²⁵⁴A redação original do art. 421 estabelecida “Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”. O Dispositivo, contudo, foi alterado pela Lei nº 13.874, de 2019, a denominada “Lei da Liberdade Econômica”, que não só o modificou, mas também lhe inseriu um novo parágrafo único, para assim atribuir-lhe a seguinte redação. “Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual.” Os motivos que ensejaram a modificação do referido dispositivo não fazem parte ou estão de qualquer motivo ligados ao presente trabalho, motivo pelo qual não serão abordados ou explicados (por isso, inclusive, não tratamos do art. 421-A, também incluído no Código Civil de 2002 pela Lei da Liberdade Econômica).

²⁵⁵REALE, Miguel. In. BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>. Acesso em: 12/05/2024. P. 42.

²⁵⁶REALE, Miguel. In. BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>. Acesso em: 12/05/2024. P. 40.

necessidades sociais surgidas após o mais de meio século transcorrido desde a sanção do referido Código e o início dos trabalhos²⁵⁷.

Assim, é possível que, ao executar sua incumbência, a Comissão citada tenha entendido que a disciplina sobre a impossibilidade superveniente da prestação já era suficientemente estabelecida e madura na redação do Código Civil de 1916 (conclusão que diverge de nossa doutrina, que trata o tema como um dos mais árduos de ser estudado em nosso ordenamento jurídico²⁵⁸), tanto que Reale²⁵⁹ sequer mencionou o assunto na exposição de motivos do Diploma resultante de seu trabalho, motivo pelo qual entendeu por bem manter, quase que integralmente, a disciplina já existente a respeito do assunto no Código Civil de 2002.

A continuidade dessa disciplina é vista a partir da comparação entre as disposições nos artigos 393, 234,248 e 250 do Código Civil de 2002, que tratam, respectivamente, da liberação do devedor em razão do implemento de caso fortuito ou força maior e da impossibilidade da prestação nas obrigações de fazer, não fazer e de dar coisa certa, com os dispositivos que lhe são equivalentes no Código que o antecedeu. Veja-se:

Código Civil de 1916	Código Civil de 2002
<p>Art. 1.058. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos art. 955, 956 e 957.</p> <p>Parágrafo único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir.</p>	<p>Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.</p> <p>Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir.</p>

²⁵⁷REALE, Miguel. In. BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>. Acesso em: 12/05/2024. P. 25.

²⁵⁸Nesse sentido: MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 144.

²⁵⁹Conforme apontamos no subcapítulo anterior, o Código Civil de 2002 não reproduziu o art. 78, III, do Código Civil de 1916, que previa a hipótese de impossibilidade superveniente da prestação, com efeito liberatório, diante da inacessibilidade física da coisa objeto da prestação, o que o fez, como visto, não com o propósito de excluir essa espécie de impossibilidade de nosso ordenamento jurídico, mas sim

<p>Art. 865. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes. Se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais as perdas e danos.</p>	<p>Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a 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.</p>
<p>Art. 879. Se a prestação do fato se impossibilitar sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa do devedor, responderá este pelas perdas e danos</p>	<p>Art. 248. 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.</p>
<p>Art. 882. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do fato, que se obrigou a não praticar</p>	<p>Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.</p>

O cotejo das disposições presentes em ambos os diplomas revela que as alterações havidas no Código Civil de 2002 são meramente textuais²⁶⁰, de modo que é seguro afirmar que o tratamento dado à impossibilidade superveniente da prestação recebe, na legislação pátria, é bastante semelhante há mais de um século, pois a disciplina geral do assunto foi estabelecida ainda no Código Civil de 1916, sem se desconsiderar, é claro, da influência natural que a doutrina e jurisprudência que, fonte do direito como são, impactam no modo pelo qual o tema é tratado.

²⁶⁰Salienta-se que, embora o artigo 393, caput, do Código Civil atual tenha suprimido de seu texto a previsão, constante do art. 1.058, caput, do CC1916, segundo a qual o credor em mora não aproveita dos efeitos liberatórios do caso fortuito e da força maior, essa supressão não tem o condão de alterar a disciplina sobre o tema. A previsão do assunto no caput do art. 1.058 do CC1916 era repetitiva, e, por isso, desnecessária, já que o artigo 957 do mesmo Diploma já era claro em atribuir ao devedor em mora a responsabilidade pela impossibilidade da prestação, ainda que resultante de caso fortuito ou força maior. O art. 957 do CC1916 foi integralmente reproduzido pelo art. 399 do Código Civil de 2002, in verbis “Art. 399. 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; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.”

Com efeito, do ponto de vista normativo, o tema da impossibilidade superveniente da prestação continua a receber, no Código Civil de 2002, o mesmo tratamento fragmentário recebido por seu predecessor²⁶¹, assim como está fundada na mesma ideia central, extraída, inclusive, do supracitado artigo 248 do Código Civil, segundo a qual se a prestação se tornar impossível sem culpa do devedor, a obrigação se resolve, sem que quaisquer das partes tenha direito à indenização por perdas e danos²⁶².

3.5. O Anteprojeto de Atualização do Código Civil de 2002

No dia 28 de agosto de 2023 foi editado o Ato do Presidente do Senado Federal nº 11/2023 por do qual foi instituída Comissão de Juristas, compostas por doutrinadores de renome, nomeados pelo próprio Ato em exame (*e.g.*, Ministro Luis Felipe Salomão, Flávio Tartuce, Nelson Rosenvald, Gustavo José Mendes Tepedino, Maria Berenice Dias e Rosa Maria de Andrade Nery), incumbidos da tarefa de apresentar, no prazo de 180 (cento e oitenta dias), anteprojeto de Lei para revisão e atualização da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

Os trabalhos dessa Comissão foram concluídos em 16/04/2024, quando apresentado o Relatório Final²⁶³ de seus trabalhos, elaborado pelos professores Flávio Tartuce e Rosa Maria de Andrade Nery. Referido Relatório foi protocolado no dia 17/04/2024 no Senado Federal²⁶⁴, contendo as alterações propostas (ou o anteprojeto de revisão) ao Código Civil de 2002.

O Relatório em questão, de forma muito semelhante à exposição de motivos do Código Civil de 2002, esclareceu que a Comissão de Juristas não buscou romper com a tradição jurídica estabelecida por referido Código, mas pretendeu apenas atualizá-lo para adequá-lo às mudanças havidas na sociedade surgidas nos mais de 20 anos que sucederam sua sanção, inclusive aquelas exigidas pelo Direito Digital. O trabalho, ainda, buscou erigir ao texto legal entendimentos já consolidados pela jurisprudência e doutrina, inclusive por intermédio verbetes da Jornadas do

²⁶¹MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 145.

²⁶²BIAZI, João Pedro de Oliveira de. A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. PP. 63/64.

²⁶³SENADO FEDERAL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9586171&>. Acesso em 19/05/2024.

²⁶⁴CONJUR. **Comissão de juristas entrega proposta de revisão do Código Civil ao Senado**. 17 de abril de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-17/comissao-de-juristas-entrega-proposta-de-revisao-do-codigo-civil-ao-senado/>. Acesso em 19/05/2024.

Conselho da Justiça Federal a respeito do direito civil, sem desconsiderar, ademais, os efeitos da constitucionalização do direito civil, movimento cada vez mais realçado por nossos estudiosos do direito²⁶⁵.

A leitura do Relatório Final da Comissão de Juristas revela que o trabalho apresentado tem, realmente, um propósito de atualização do Código Civil, harmonizando-o com dispositivos presentes em outros diplomas mais recentes e com a realidade atual. É o caso de algumas alterações levada a efeito para compatibilizar o regime jurídico dos direitos de personalidade à carga protetiva decorrente dos direitos assegurados à pessoa com deficiência e à criança e ao adolescente pela legislação especial (Estatutos da Pessoa com Deficiência, Estatuto da Criança e Adolescente), Constituição Federal e jurisprudência (arts. 3º a 10), além da proposta de diversas outras alterações, inclusive em matéria de direito probatório, ligadas ao avanço da tecnologia havido desde a sanção do Código Civil de 2002²⁶⁶.

Há, ainda, diversas outras propostas de melhoria, ligadas a matérias que podem interessar ao direito obrigacional, como aquelas ligadas à revisão do artigo 186 do Código Civil vigente,²⁶⁷ que qualifica o ato ilícito (fonte de obrigação por excelência) em nosso ordenamento jurídico, além da atualização dos dispositivos que tratam da prescrição, inclusive no que diz respeito ao seu termo inicial²⁶⁸, com a consolidação, no texto legal, da teoria da *actio nata*, já consagrada por nossa doutrina e jurisprudência²⁶⁹, e redução de 10 (dez) para 5 (cinco) do prazo

²⁶⁵SENADO FEDERAL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9586171&>. Acesso em 19/05/2024. P. 279

²⁶⁶Vide, por exemplo, redação proposta ao artigo 212: “Art. 212. O fato jurídico pode ser provado por qualquer meio lícito de prova, inclusive por documentos digitais, desde que assegurada sua integridade e autenticidade, por meios tecnológicos atuais e idôneos. § 1º A utilização de tecnologia digital para a emissão de documentos contratuais deverá garantir a viabilidade de seu arquivamento ou a de sua impressão. § 2º As partes, em negócios jurídicos paritários, podem convencionar sobre fontes, meios, procedimento e valoração da prova, observadas as normas gerais sobre a validade dos negócios jurídicos prevista”.

²⁶⁷A nova redação proposta ao artigo 186 do Código Civil é a seguinte: “Art. 186. A ilicitude civil decorre de violação a direito. Parágrafo único. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, imprudência ou imperícia, violar direito e causar dano a outrem, responde civilmente.”.

²⁶⁸A nova redação proposta ao art. 189, que cuida do prazo inicial da prescrição, é a seguinte, enfatizando que o prazo prescricional só passa a fluir quando da ciência da violação a seu direito subjetivo: “Art. 189. Violado o direito, nasce para o titular a pretensão que se extingue pela prescrição, nos prazos a que aludem os arts. 205 e 206. § 1º O início do prazo prescricional ocorre com o surgimento da pretensão, que decorre da exigibilidade do direito subjetivo. § 2º Ressalvado o previsto na legislação especial, nos casos de responsabilidade civil extracontratual, a contagem do prazo prescricional inicia-se a partir do momento em que o titular do direito tem conhecimento ou deveria ter, do dano sofrido e de quem o causou. § 3º Nas hipóteses do § 2º, quando o dano, por sua natureza, só puder ser conhecido em momento futuro, o prazo contar-se-á do momento em que dele, e de seu autor, tiver ciência o lesado, observado que, independentemente do termo inicial, o termo final da prescrição não excederá o prazo máximo de 10 anos, contados da data da violação do direito.”

²⁶⁹SENADO FEDERAL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9586171&>. Acesso em 19/05/2024. P. 282.

geral da prescrição, o qual, segundo o anteprojeto, será aplicável também à responsabilidade contratual e para pretensões fundadas no enriquecimento sem causa, conforme orientação estabelecida no parágrafo único cuja inserção foi proposta no art. 205 do Código Civil²⁷⁰.

Especificamente no direito das obrigações, o Relatório Final da comissão de juristas consignou que não se pretendeu, igualmente em relação a esse ramo do direito, uma atualização profunda, mas meramente, atualizar aquilo que era necessário, considerando o sistema pensado por Agostinho Alvim, que, segundo o relatório, respeita o processo obrigacional concebido, por sua vez, pelos trabalhos de Clóvis V. do Couto e Silva.²⁷¹

Em consonância com essa intenção, a Subcomissão formada para atualizar esse ramo do Direito Civil estabeleceu três categorias de propostas de atualizações²⁷², consistentes em (i) de ordem meramente redacional, para aperfeiçoar a redação de dispositivos de difícil ou confusa compreensão (e.g. art. 371 do Código Civil²⁷³); (ii) de adequação de artigos com redação dúbia aos entendimentos já consagrados pela doutrina e pela jurisprudência²⁷⁴; e (iii) aquelas que o relatório denominou como “verdadeiras atualizações”, pois tinha por objetivo criar novos dispositivos (e.g. cessão da posição contratual²⁷⁵), atualizar dispositivo às novas tecnologias (e.g. possibilidade de constituição em mora por via eletrônica²⁷⁶) e novas regras pensadas de

²⁷⁰Se acatada a sugestão proposta pelo anteprojeto, a nova redação do art. 205 do Código Civil será a seguinte: “Art. 205. A prescrição ocorre em cinco anos, quando a lei não lhe haja fixado prazo menor. Parágrafo único. Aplica-se o prazo geral do caput deste artigo para a pretensão de reparação civil, derivada da responsabilidade contratual ou extracontratual, e para a pretensão de ressarcimento por enriquecimento sem causa.”

²⁷¹SENADO FEDERAL. Relatório **Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9586171&>. Acesso em 19/05/2024. P. 284.

²⁷²SENADO FEDERAL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9586171&>. Acesso em 19/05/2024. PP. 284/285.

²⁷³O anteprojeto da Comissão de Juristas propõe a inclusão de um parágrafo único no art. 371 do Código Civil, para disciplinar os direitos do fiador ante a compensação de direito de seu afiançado, que antes, de forma confusa, era tratada no próprio caput do dispositivo. Assim, de acordo com a proposta da Comissão, o novo artigo 371 passará a possuir a seguinte redação: “Art. 371. O devedor somente pode compensar com o credor o que este lhe dever. Parágrafo único O fiador pode alegar, em seu favor, a compensação que o devedor afiançado poderia arguir perante o credor, mas deixou de fazê-lo.”

²⁷⁴É o caso da alteração proposta para o §2º do art. 263, nos seguintes termos “Art. 263. (...)§ 2º Se for de um só a culpa, ficarão exonerados os outros quanto às perdas e danos, respondendo todos pelo equivalente.”

²⁷⁵O instituto é tratado pelos artigos 303-A a 303-E cuja inserção no Código Civil de 2002 foi proposta pelo anteprojeto, sendo definido da seguinte forma: “Art. 303-B. A cessão da posição contratual transfere ao cessionário todos os direitos e deveres, objetos da relação contratual, inclusive os acessórios da dívida e os anexos de conduta, salvo expressa disposição em sentido contrário.”

²⁷⁶É que se estabeleceu na proposta de inserção de um §3º no art. 397 do Código Civil de 2002, com a seguinte redação: “Art. 397. (...) § 3º As partes podem admitir, por escrito, que a interpelação possa ser feita por meios eletrônicos como e-mail ou aplicativos de conversa online, após ciência inequívoca da mensagem pelo interpelado.”

acordo com a escritos doutrinários (e.g. admissão expressa da mora em obrigações negativas²⁷⁷).

Relativamente ao tema objeto do presente trabalho não foi possível notar propostas de atualização formuladas pelo anteprojeto em análise, aptas em si mesmas a alterar de forma drástica a disciplina sobre o assunto, embora algumas sugestões de alteração tenham alguma relação com o assunto e, por isso, mereçam análise e destaque.

A primeira se refere ao art. 399 do Código Civil de 2002, que trata dos efeitos da impossibilidade da prestação em relação ao devedor em mora.

Na redação original do dispositivo, o credor somente poderia aproveitar de tais efeitos se comprovasse a ausência de culpa ou (alternativamente) que o dano sobreviria ainda que a obrigação fosse oportunamente desempenhada. Na redação proposta pelo anteprojeto, foi excluída referência à “ausência de culpa” como matéria de defesa do devedor para se aproveitar dos efeitos da impossibilidade superveniente da prestação, de modo que, caso a redação do anteprojeto seja aprovada, somente poderá se beneficiar de tais efeitos o devedor que demonstrar que o dano sobreviria mesmo que a obrigação fosse oportunamente desempenhada, sendo pouco relevante a existência ou não de culpa (isto é, poderá responder pela obrigação mesmo que não tenha dado causa à impossibilidade).

As demais alterações estão localizadas, na verdade, na parte que disciplina os contratos no Código Civil, estando relacionadas com institutos cuja inserção foi proposta para tratar de abalos supervenientes que impactam as bases contratuais²⁷⁸. É o caso das alterações propostas para tratar da avaliação dos riscos normais da contratação como condição à resolução por onerosidade excessiva (art. 478), a frustração do fim do contrato (art. 480-A), o respeito a eventual cláusula de *hardship* (art. 480), a quebra antecipada do contrato (art. 477- A) e a exceção de insegurança (art. 477).

Dentre as alterações propostas com a finalidade de tratar dos abalos às bases contratuais, parece-nos relevante citar duas. A primeira diz respeito à resolução antecipada do contrato, que

²⁷⁷De acordo com a proposta de inserção de um parágrafo único no art. 394 do Código Civil de 2002, na forma seguinte: “Art. 394. (...). Parágrafo Único. Nas obrigações negativas, o devedor incorre em mora desde o dia em que executou o ato em que devia se abster.”

²⁷⁸SENADO FEDERAL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil**. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9586171&>. Acesso em 19/05/2024. P. 287.

será legitimada “quando, antes de a obrigação tornar-se exigível, houver evidentes elementos indicativos da impossibilidade do cumprimento da obrigação”²⁷⁹.

A disposição em exame realça o caráter extintivo da impossibilidade da obrigação (e consequentemente da prestação, que lhe é objeto), erigindo-a à condição de cláusula resolutiva do contrato, apta em si mesmo a colocar termo no contrato caso se constate, antes do vencimento da obrigação, que será impossível cumpri-la. Caso a impossibilidade seja constatada após a obrigação se tornar exigível, a situação não estará submetida ao dispositivo ora em exame (que, expressamente, trata da situação em que impossibilidade se constatou antes de a obrigação se tornar exigível), mas deverá ser analisada à luz do que dispõe o art. 399 do Código Civil.

Também é salutar mencionar que o anteprojeto em análise propôs grande alteração no art. 478 do Código Civil, que disciplina a possibilidade de resolução do contrato em virtude da onerosidade excessiva da prestação ocasionada a uma das partes em virtude de eventos imprevisíveis e extraordinários.

Ao lado de diversas e substanciais mudanças, a Comissão de Juristas propôs a inserção de um §4º no dispositivo ora analisado, que estabelece que a possibilidade de resolução por ele assegurada não se aplica à “a mera impossibilidade econômica de adimplemento decorrente de fato pertinente à esfera pessoal ou subjetiva de um dos contratantes”. Trata-se de nítida situação de impossibilidade superveniente subjetiva, cujo efeito liberatório foi expressamente negado pela Comissão de Juristas, o que pode ter efeitos diversos caso o anteprojeto, em seus termos propostos, seja aprovado, e a depender do alcance que a jurisprudência e a doutrina atribuirão ao referido dispositivo.

De todo modo, ainda é prematuro extrair qualquer conclusão a respeito do alcance e das consequências geradas pelo texto proposto pela Comissão de Juristas, pois, quando elaborada a presente dissertação, o anteprojeto resultante do trabalho de tal Comissão havia sido apresentado há muito pouco tempo no Senado Federal, em que sequer havia sido protocolado como Projeto de Lei, para assim dar início à sua tramitação nas Casas Legislativas Nacionais.

Nesse contexto, não há certeza se o anteprojeto de atualização do Código Civil será aprovado, em quais termos e quando ocorrerá tal aceitação. Inexiste, portanto, expectativa de

²⁷⁹SENADO FEDERAL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil.** Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9586171&>. Acesso em 19/05/2024. P. 48.

que, em data próxima, ter-se-á uma atualização substantiva em nosso principal Diploma Privado.

Um fato, porém, é possível extrair do anteprojeto: o legislador nacional não parece ter grande interesse em tratar da impossibilidade superveniente da prestação, reputando-a bem-posicionada em nosso Código Civil vigente, embora a disciplina sobre o tema tenha sido estabelecida, em essência, por um diploma que possui mais de cem anos de idade (o Código Civil de 1916). E tanto é assim, que embora tenha importado algumas teorias do direito estrangeiro (como é o caso da frustração do fim do contrato, que possui origem inglesa), não se importou em atualizar a disciplina sobre o assunto, o que poderia ter sido feito com base, também, na experiência estrangeira.

4. ESPÉCIES DE IMPOSSIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

A impossibilidade da prestação é matéria bastante complexa, pois a inviabilização da atividade de prestar pode ocorrer por diferentes razões, assim como gerar influências próprias no vínculo obrigacional, a depender de a quem atinge, do tempo e da extensão da impossibilidade de prestar.

Por isso, ao longo do presente capítulo, buscar-se-á expor as diferentes espécies de impossibilidade da prestação, considerando as modalidades mais citadas pela doutrina brasileira e portuguesa, assim como os efeitos produzidos por cada uma dessas espécies no vínculo obrigacional, demonstrando, assim, a forma pela qual a impossibilidade da prestação se manifesta em nosso ordenamento jurídico, sem prejuízo da apresentação de teses e posicionamentos extraídos da doutrina portuguesa, que possui melhor desenvolvimento sobre o assunto.

É importante salientar, como ponto de partida, que, o presente capítulo preocupou-se apenas em tratar das espécies de impossibilidade que, em si mesmas, produzem algum efeito na obrigação.

Diante deste recorte, não serão abordadas modalidades de impossibilidade como aquela de natureza moral (*e.g.* o devedor se converteu a uma religião que não permite que execute a prestação a que se obrigara), econômica (*e.g.* o credor deixa de possuir recursos financeiros para o cumprimento da obrigação), natural ou física (*e.g.* como seria a prestação de drenar toda a água do oceano), dentre outras, pois essas impossibilidades (que podem ser qualificadas como subespécies de impossibilidade) não produzem efeitos em si mesmas, mas somente possuem relevância do ponto de vista jurídico quando caracterizaram uma das espécies de impossibilidade tratadas ao longo do presente trabalho (*e.g.*, a impossibilidade natural será relevante a partir do momento que puder ser considerada como objetiva ou subjetiva, absoluta ou relativa, permanente ou temporária e total ou parcial). Essas subespécies de impossibilidade, portanto, fatalmente serão conduzidas a uma “espécie principal de impossibilidade”, de modo que o exame deste trabalho estará concentrado justamente nessas principais espécies de impossibilidade da prestação.

Antes, contudo, de abordar as espécies de impossibilidade relevantes, buscar-se-á, para posicionamento da matéria, estabelecer o conceito de impossibilidade, para com isso revelar a

importância do instituto no direito obrigacional, assim como para fixar algumas premissas que deverão nortear o estudo do assunto.

4.1. Conceito de impossibilidade e considerações iniciais

A doutrina brasileira, de um modo geral, não costuma definir um conceito de impossibilidade da prestação, sendo bastante comum que, quando busca estabelecer esse conceito, faça-o através de considerações a respeito da caracterização, para efeitos do direito, da impossibilidade, as quais apenas explicam as consequências e espécies do instituto, como se verifica na obra de Couto e Silva²⁸⁰ ou, ainda, que se referiram apenas à forma como a impossibilidade se manifesta (se como nulidade ou causa de resolução de um negócio jurídico), nos moldes da pesquisa de Steiner²⁸¹

Para demonstrar a forma díspar como o assunto é tratado, expõe-se que Gomes²⁸², ao tratar do conceito de impossibilidade, na realidade, aborda as teorias que se prestam a explicar a caracterização da impossibilidade da prestação por intermédio da contraposição de doutrinas que entendem a impossibilidade a partir de um conceito lógico, segundo o qual a impossibilidade somente se verificaria quando a prestação se tornar impossível e não puder ser cumprida de modo algum, com aquela que adota aquilo que denomina como conceito jurídico de impossibilidade (ao qual o autor manifesta concordância), que deve ser admitida também quando o cumprimento exigir esforço extraordinário e injustificável do devedor. O autor, portanto, não apresenta efetivamente um conceito (do ponto de vista léxico) de impossibilidade da prestação, mas meramente aponta quando, para o direito, a prestação deve ser considerada como impossível.

²⁸⁰COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo (Portuguese Edition)**. FGV. Edição do Kindle. Posição 1699. Acesso em 03/11/2024.

²⁸¹STEINER, Renata Carlos. **Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). **Diálogos sobre direito civil: volume 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. PP. 707/708

²⁸²Orlando Gomes assim se manifesta: “Na conceituação da impossibilidade contrapõem-se duas teorias: a que se apegua a conceito lógico e a que advoga conceito jurídico. Para a primeira a impossibilidade é concebida em termos absolutos. A prestação só se torna impossível quando não pode ser cumprida de modo algum. Se o devedor tem possibilidade de satisfazê-la, ainda ao preço de sacrifícios intoleráveis ou vencendo dificuldades excessivas, impossibilidade não há, logicamente. Está certo. Mas a aceitação desse conceito lógico acarretaria graves inconvenientes na prática. O dever de prestar não pode ser exigido além de um limite razoável, como pondera Hedemann. Daí a preferência pelo conceito jurídico de impossibilidade. Para seus prosélitos, também se deve admitir como impossível a prestação cujo cumprimento exija do devedor esforço extraordinário e injustificável. Juridicamente, a impossibilidade relativa deve ser equiparada à que se configura pela existência de irremovível obstáculo físico.” (GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. P. 138, Acesso em 03/11/2024.)

Outros autores, por outro lado, empregam a palavra conceito de forma mais próxima daquela prevista no dicionário²⁸³ e apresentam efetivamente uma definição de impossibilidade, não tratando concretamente das situações em que o instituto estaria juridicamente caracterizado.

Nesse sentido, Gueiros²⁸⁴ define impossibilidade como o atributo do impossível, consistindo em fato que não pode acontecer, que não se pode fazer ou cumprir. Em resumo, para o autor, impossível é o que não acontece em decorrência de obstáculo ao implemento ou à execução do ato ou fato.

Aguiar Júnior, por sua vez, explica que há impossibilidade quando existe obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural ou jurídica²⁸⁵. O conceito é semelhante àquele que posteriormente veio a ser apresentado por Dias, que consigna, que a impossibilidade da prestação compreende, de um modo geral, à situação em que o devedor, independentemente da sua vontade, não é capaz de cumprir aquilo a que se obrigou²⁸⁶.

Das lições apresentadas pelos estudiosos portugueses, que se debruçam sobre um Código Civil com disciplina mais ampla a respeito da impossibilidade da prestação, é possível colher alguns conceitos de prestação que também estão mais próximos da definição léxica de prestação.

Pires²⁸⁷, por exemplo, afirma que a impossibilidade da prestação contratual ocorre quando a atividade de prestar não é realizável ou quando o resultado que se pretendia atingir com a prestação não é alcançável.

António Menezes Cordeiro apresenta conceito semelhante, segundo o qual se diz impossibilidade a situação na qual o devedor, independentemente de sua vontade, não possa realizar a prestação²⁸⁸. O autor²⁸⁹, inclusive, entende que o conceito de impossibilidade possui

²⁸³Para O Dicionário Michaelis, Conceito Pode Ser Entendido Como “3. Compreensão Que Se Tem De Uma Palavra; Definição, Noção.”. (DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível Em <https://Michaelis.Uol.Com.Br/Busca?R=0&F=0&T=0&Palavra=Conceito>. Acesso Em 02/08/2024)

²⁸⁴GUEIROS, Nehemias. **Impossibilidade**. In: SANTOS, J. M. De Carvalho. **Repertório Enciclopédico Do Direito Brasileiro**. Rio De Janeiro: Borsoi, V. 25. P. 220/221.

²⁸⁵AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado De. **Extinção Dos Contratos Por Incumprimento Do Devedor**. Rio De Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 96.

²⁸⁶DIAS, Daniel. **Impossibilidades Objetiva E Subjetiva Da Prestação: Controvérsia E Imprecisões**. Revista De Direito Civil Contemporâneo. Vol. 29. Ano 8. P. 173-205. São Paulo: Ed. RT, Out./Dez. 2021. P. 1.

²⁸⁷PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: Perturbações Na Execução**. Coimbra: Almedina, 2019. P. 14.

²⁸⁸CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 301.

²⁸⁹CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 302.

um viés jurídico, pois afirma que obrigações impossíveis podem existir, a depender do alcance que se atribua ao conceito de impossibilidade (*e.g.* impossibilidade relativa).

Diante da totalidade dos conceitos apresentados, conclui-se que a impossibilidade se manifestará quando, por algum motivo, o cumprimento da prestação não se revelar possível. Essa definição alcança as obrigações de dar, fazer e não fazer, não podendo ser estendido às obrigações de pagar, pois devido à natureza fungível da pecúnia essa espécie de obrigação não pode se tornar verdadeiramente impossível (o pagamento sempre é possível, se o devedor não dispuser de recursos para tanto, a questão é de insolvência e não de impossibilidade).

Essa breve definição evidencia a importância do instituto da impossibilidade.

Com efeito, como explica Cordeiro²⁹⁰, uma obrigação impossível não pode consubstanciar-se ou subsistir, pois todo o processo relacional é estruturado para que a obrigação seja executada e, na falta de cumprimento o remédio seria a execução forçada. Acontece que essa execução não pode ser efetivada quando a obrigação é impossível, já que ninguém pode ser obrigado a fazer o impossível (o autor chama isso de uma farsa), de modo que tal espécie de execução sujeitaria o devedor fatalmente às consequências do inadimplemento, pois haveria irremediavelmente o incumprimento.

O instituto da impossibilidade da prestação é útil, assim, para delimitar as consequências que se deve atribuir à relação obrigacional diante de sua caracterização. Essas consequências variarão a depender de qual é a espécie de impossibilidade configurada e da imputabilidade do devedor, pois a legislação e a doutrina atribuem diferente tratamento para cada uma dessas espécies²⁹¹, considerando, também, a culpa pela sua caracterização.

E esse tratamento se justifica, pois, conforme já lembrava Pontes de Miranda, toda prestação é determinada no tempo, lugar e objeto²⁹². Esses atributos, repercutem na caracterização da impossibilidade, pois a depender do tempo da prestação, um obstáculo momentâneo ao seu cumprimento poderá caracterizar impossibilidade temporária ou definitiva, as quais constituem modalidades distintas, com efeitos diversos na relação obrigacional. Essa

²⁹⁰CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 301.

²⁹¹AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 96.

²⁹²MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P 65.

disparidade de efeitos revela a necessidade de se categorizar, em espécie, as diferentes modalidades de impossibilidade da prestação.

Sabe-se, porém, que a exposição da divisão de determinado gênero jurídico em espécies constitui uma tarefa bastante árdua (e deverá sê-lo ainda mais na matéria de impossibilidade, que constitui, segundo Pontes de Miranda, em uma das mais árduas matérias do ordenamento jurídico brasileiro²⁹³), pois essa divisão apresenta certo caráter particular e, por isso, varia entre os diversos autores.

Daniel Dias²⁹⁴ aponta que as principais espécies de impossibilidade são inicial ou superveniente, física ou jurídica, objetiva ou subjetiva, total ou parcial, temporária ou definitiva e absoluta ou relativa. Steiner²⁹⁵, por sua vez, faz referência aos estudos de Pontes de Miranda e indica que a impossibilidade do objeto pode se manifestar de cinco formas variadas, consistentes em cognoscitiva, lógica, moral, jurídica ou física (as quais qualifica-se como, na verdade, espécies menores de impossibilidade, que devem ser conduzidas às modalidades principais tratadas pela doutrina).

Para os fins do presente trabalho, porém, concentrar-se-á, como se disse, naquelas espécies de impossibilidade que são citadas de forma mais recorrente pela doutrina e que possuem efetiva relevância prática, evitando que classificações pessoais desviem o objetivo deste estudo (expor o regime jurídico aplicável à impossibilidade da prestação).

Antes, porém, é importante fazer uma ressalva. O caso fortuito e força maior não serão abordados entre as espécies de impossibilidade, pois ainda que exista trabalho afirmando que esses institutos são uma espécie do gênero impossibilidade, esse mesmo trabalho reconhece o não cabimento de confundir-se ambos os conceitos (de caso fortuito e força maior com impossibilidade)²⁹⁶. Assim, ainda que o caso fortuito e a força maior constituam-se como um recorrente fato gerador da impossibilidade (tanto que nas legislações passadas já houve associação entre os institutos), o fato é que a impossibilidade pode decorrer de situações que não caracterizam caso fortuito ou força maior, como são aquelas eminentemente jurídicas.

²⁹³MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P 138.

²⁹⁴DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 01.

²⁹⁵STEINER, Renata Carlos. **Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). **Diálogos sobre direito civil: volume 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. PP. 707/708

²⁹⁶COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 150.

Inclusive, é notável que a impossibilidade tem uma característica mais ampla, pois tem relação com a imputabilidade do obrigado, diferenciando-se, assim, do caso fortuito e força maior, que exige, para sua caracterização, também a presença de um evento estabelecido no artigo 393 do Código Civil brasileiro²⁹⁷.

Por esse motivo, entende-se que o caso fortuito e a força maior não são, genuinamente, uma espécie de impossibilidade da prestação, mas sim um dos fatos que, dentre outros, pode caracterizá-la, justificando a opção de não abordar esses institutos no presente capítulo.

4.2. Impossibilidade Originária e Impossibilidade Superveniente

A primeira categorização da impossibilidade pode ser feita a partir do momento de sua caracterização, momento este que, segundo Steiner²⁹⁸, é a pedra de toque para o estudo de suas consequências no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com essa categorização, a impossibilidade da prestação pode ser originária ou superveniente.

Embora não seja o objetivo deste trabalho tratar, à exaustão, da impossibilidade originária, cabe fazer alguns comentários quanto a essa espécie de impossibilitação, inclusive para distingui-la daquela que se materializa de maneira superveniente.

A impossibilidade originária, também chamada de concomitante²⁹⁹, é aquela que se faz presente ao tempo da constituição da obrigação³⁰⁰, ou seja, que existe desde antes da feitura do negócio³⁰¹, como seria a prestação consistente em contar os grãos de areia de um deserto.

A impossibilidade caracterizada antes da celebração do negócio jurídico (isto é, a originária), implica em sua nulidade³⁰². Esse efeito é extraído diretamente do artigo 104, II, do Código Civil, que estabelece como requisito de validade do negócio jurídico que este apresente

²⁹⁷COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 150.

²⁹⁸STEINER, Renata Carlos. **Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). **Diálogos sobre direito civil: volume 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P 710.

²⁹⁹GUEIROS, Nehemias. **Impossibilidade**. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25. P. 221.

³⁰⁰AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 97

³⁰¹COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo (Portuguese Edition)**. FGV. Edição do Kindle. Posição 1729. Acesso em 03/11/2024.

³⁰²MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P 183.

de um objeto que, dentre outras qualidades, seja possível, bem como do artigo 166, II, do mesmo diploma, que atribui nulidade ao negócio jurídico quando a possibilidade de seu objeto não se fizer presente.

Nesses termos, a impossibilidade originária é causa de nulidade do negócio jurídico, atuando, pois, no plano da validade da avença³⁰³, já que a possibilidade do objeto, diante do estabelecido no já citado artigo 104, II, do Código Civil, foi erigida pelo legislador³⁰⁴ à condição de elemento de suporte fático dos negócios jurídicos³⁰⁵. Consequentemente, ausente a possibilidade de seu objeto, o negócio é inválido.

Antônio Menezes Cordeiro³⁰⁶, ao apresentar conclusão sobre a legislação portuguesa, que, com certos temperamentos, também pode ser aplicável ao Brasil, esclarece que referida legislação atribuiu ao negócio jurídico maculado pela impossibilidade inicial um valor negativo, impedindo que subsista ou produza efeitos (diferentemente do que ocorre em outros ordenamentos europeus), prevenindo-se que o devedor se aventurasse em uma empreitada no escuro, de final imprevisível e de consequências desconhecidas.

Couto e Silva³⁰⁷ relembra que é apenas impossibilidade inicial absoluta que invalida o negócio. Se a impossibilidade for de natureza relativa, isto é, se não for para todos, mas apenas para a pessoa do devedor, a prestação é, em tese, possível.

Essa conclusão é extraída do próprio Código Civil que, em seu artigo 106, é claro em estabelecer que “A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for

³⁰³COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 150/151.

³⁰⁴STEINER explica que a impossibilidade originária como causa de nulidade do negócio jurídico constitui uma verdadeira escolha legislativa, já que, segundo a autor, essa consequência (nulidade) não é logicamente extraída da teoria do fato jurídico (**Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). **Diálogos sobre direito civil: volume 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P 723), de modo que é possível extrair que, na visão da autora, a nulidade somente se aperfeiçoa porque o legislador expressamente estabeleceu essa consequência no Código Civil brasileiro.

³⁰⁵STEINER, Renata Carlos. **Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão**. In: TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson (Org). **Diálogos sobre direito civil: volume 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P 710.

³⁰⁶CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

³⁰⁷COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo (Portuguese Edition)**. FGV. Edição do Kindle. Posição 1729. Acesso em 03/11/2024.

relativa”, de modo que, segundo Steiner, quem promete aquilo que, por questões pessoais, não pode cumprir, não negocia invalidamente³⁰⁸.

Na visão de Aguiar Júnior³⁰⁹, a impossibilidade relativa inicial não vicia o negócio, ainda que o devedor desconhecesse a realidade ou o vício da prestação, pois presume-se que a intenção dele era obrigar-se e cumprir a prestação, quiçá por intermédio de terceiro. Assim, se a impossibilidade originária for de natureza meramente relativa, o devedor não está liberado da prestação, de modo que, caso não possa prestar, estará sujeito a diferentes consequências, a depender de ser-lhe atribuível (ou seja, a depender da presença de culpa) a caracterização da impossibilidade³¹⁰.

Ainda, o mesmo artigo 106 do Código Civil estabelece outra regra relevante a respeito da impossibilidade originária, ao prever que tal impossibilidade não invalidará o negócio “se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado”.

Steiner³¹¹, fazendo referência a diversos autores, explica que a impossibilidade, nesse contexto, não invalida o negócio jurídico, pois, até o implemento da condição mencionada pelo dispositivo legal (que é de natureza suspensiva), o negócio jurídico, independentemente da possibilidade de seu objeto, não poderia produzir efeitos.

Prossegue³¹², explicando que, se a obrigação nasce, em tese, com um objeto possível, a superveniência da impossibilidade não macula a validade do negócio jurídico, eis que os requisitos de validade do negócio jurídico devem ser avaliados no momento de sua constituição, de modo que, se o negócio jurídico se tornar impossível, não há invalidade, mas sim existe abertura para sua resolução.

³⁰⁸STEINER, Renata Carlos. **Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão**. In: TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson (Org). **Diálogos sobre direito civil: volume 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P 711.

³⁰⁹AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 98.

³¹⁰COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo (Portuguese Edition)**. FGV. Edição do Kindle. Posição 1729. Acesso em 03/11/2024.

³¹¹STEINER, Renata Carlos. **Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão**. In: TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson (Org). **Diálogos sobre direito civil: volume 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P 711.

³¹²STEINER, Renata Carlos. **Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão**. In: TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson (Org). **Diálogos sobre direito civil: volume 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. P 712.

A posição da jurista está em simetria com aquela defendida por Pontes de Miranda³¹³, que indica que, apesar de, no passado, já ter havido entendimento diverso, hoje se compreende que a impossibilidade constatada quando do implemento de condição suspensiva é de natureza superveniente (e não originária), o que sujeita, pois, o negócio jurídico às consequências desta espécie de impossibilidade.

Aguiar Júnior³¹⁴ possui entendimento similar, defendendo que se no momento da realização não for possível a prática do ato devido, configura-se aí a impossibilidade superveniente, que pode ser absoluta ou relativa (isto é, não apenas absoluta, como exigido para a caracterização da impossibilidade originária).

A caracterização de impossibilidade superveniente, nesta hipótese, também é reconhecida pela doutrina portuguesa, conforme se infere das lições de Varela³¹⁵, que, com fundamento no item 2 do artigo 401 do Código Civil português,³¹⁶ reconhece essa natureza da impossibilidade implementada nos negócios pactuados a termo ou condição, indicando, inclusive, que, se a impossibilidade for superada após a celebração do negócio, mas antes de sua resolução pela impossibilidade (para o autor não seria possível, a princípio ressuscitar um contrato já resolvido), será ele plenamente válido.

Por outro lado, a impossibilidade superveniente (ou sucessiva) é aquela que se efetiva depois da constituição do negócio. Essa espécie de impossibilidade não está no plano de validade do negócio jurídico, mas sim no da sua eficácia³¹⁷.

Atuando sob a perspectiva da eficácia do negócio jurídico, o principal efeito da impossibilidade superveniente é a resolução do contrato³¹⁸, com a extinção da relação jurídico-

³¹³MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. P. 183.

³¹⁴AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 98.

³¹⁵VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. P. 66.

³¹⁶“2. O negócio é, porém, válido, se a obrigação for assumida para o caso de a prestação se tornar possível, ou se, estando o negócio dependente de condição suspensiva ou de termo inicial, a prestação se tornar possível até à verificação da condição ou até ao vencimento do termo.”

³¹⁷COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 150/151.

³¹⁸GUEIROS, Nehemias. **Impossibilidade**. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25. P. 221.

obrigacional³¹⁹. A impossibilidade, aqui, incide *ipso iure*, afetando a prestação³²⁰, cujo dever de realizar será extinto por força da lei.

As consequências da impossibilidade superveniente variam de acordo com a espécie de impossibilidade caracterizada (se absoluta ou relativa, se objetiva ou subjetiva, se definitiva ou temporária, se total ou parcial) e, principalmente, sobre a possibilidade de se imputar sua caracterização às partes da relação jurídica (tanto credor quanto o devedor) ou até mesmo a terceiros.

Por essa razão, as consequências de cada espécie impossibilidade superveniente serão tratadas em capítulos próprios, nos quais receberão o exame aprofundado que se mostra necessário para sua boa compreensão.

De todo modo, é oportuno registrar que o efeito efetivamente distintivo da caracterização da impossibilidade superveniente da prestação é a extinção do dever de prestar, pois se a prestação deixou de ser possível, o devedor não está mais vinculado ao dever primário de realizá-la, ainda que a impossibilidade se dê com culpa do devedor, hipótese em que esse dever primário será substituído por um dever secundário, consistente em prestar as perdas e danos sofridas pelo credor³²¹.

Isso, aliás, pode ser extraído do artigo 234 do Código Civil brasileiro³²², que, ao disciplinar as consequências da impossibilidade nas obrigações de dar coisa certa, estabelece que, em caso de impossibilidade de se entregar a coisa objeto do negócio (por sua perda), a obrigação é resolvida para ambas as partes, sem fazer qualquer referência à ausência de culpa do devedor como requisito prévio à resolução. Essa culpa, na realidade, somente é mencionada pelo dispositivo quando trata da responsabilidade do devedor, pois, se houver culpa, caberá ao devedor responder pelo equivalente mais perdas e danos.

³¹⁹COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 150/151.

³²⁰COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 158.

³²¹DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 202. P. 3.

³²²“Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a 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.”

Além disso, a caracterização da impossibilidade, seja ela de natureza originária ou superveniente, ainda que invalide o negócio ou o resolva, extinguindo o devedor do dever de prestar, não libera o devedor da plenitude de seus deveres.

Como relembra Cordeiro³²³, adota-se, atualmente, uma concepção complexa do vínculo obrigacional (ou obrigação como processo, na concepção já abordada de Clóvis V. do Couto e Silva). Assim, apesar de a obrigação ser atingida pela impossibilidade, os demais deveres a ela inerentes podem permanecer inalterados caso as circunstâncias assim recomendem, de modo que deveres acessórios e secundários, como de segurança, lealdade e informação, podem subsistir pelo tempo necessário, ainda que o vínculo principal que unia devedor e credor já não mais subsista³²⁴.

Para ilustrar a manutenção desses deveres, Aguiar Júnior³²⁵ relembra que, apesar da impossibilidade desobrigar o devedor de cumprir a prestação, ele não está desobrigado de, se as circunstâncias determinarem, notificar o credor de sua ocorrência, cumprindo, assim, com o dever de informação mencionado por Cordeiro.

4.3. Impossibilidade Objetiva e Subjetiva

A segunda forma de categorização da impossibilidade é a partir da definição de seu sujeito³²⁶. Segundo essa divisão, a impossibilidade pode ser objetiva ou subjetiva.

Antes da abordagem dessa classificação, é oportuno ressaltar que, conforme relembra Dias³²⁷, a doutrina muitas vezes trata a impossibilidade objetiva e subjetiva como sinônimos, respectivamente, de impossibilidade absoluta e relativa³²⁸. Todavia, está correta a afirmação do

³²³CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 333.

³²⁴CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 333.

³²⁵AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 98.

³²⁶DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P.1.

³²⁷DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P.2.

³²⁸O texto de Steiner sugere que a autora trata a impossibilidade absoluta e objetiva e a impossibilidade relativa e subjetiva como verdadeiros sinônimos. (STEINER, Renata Carlos. **Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão**. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). **Diálogos sobre direito civil: volume 3**. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 709). No âmbito do direito português, António Menezes Cordeiros também entende que os institutos da impossibilidade objetiva e absoluta e da impossibilidade relativa e subjetiva são sinônimos

autor no sentido de que se trata de modalidades distintas de impossibilidade³²⁹, de modo que, somada a experiência portuguesa sobre o tema (que, majoritariamente, as distingue), considerar-se-á, para os fins deste trabalho, as impossibilidades objetiva e subjetiva e as impossibilidades absoluta e relativa como dois grupos de impossibilidades, que serão tratados em capítulos próprios e destacados.

Não há grande espaço para discussão a respeito da definição do conceito de impossibilidade objetiva, pois, em regra, a doutrina costuma apontar que essa espécie de impossibilidade se caracteriza quando a prestação se torna inviável para todos³³⁰, faltando o objeto que permita seu cumprimento, inclusive no que se refere às obrigações de fazer ou não fazer³³¹.

Portanto, a impossibilidade, nessa caracterização, tem relação com o próprio objeto da prestação³³², de modo que o cumprimento da prestação é impossível para qualquer pessoa que ocupe a posição do devedor³³³, alcançando a todas as pessoas³³⁴. Dado o alcance da impossibilidade objetiva, ela quase sempre extinguirá a obrigação³³⁵, o que também não se configura como ponto de controvérsia na doutrina.

Em sentido diverso, a impossibilidade subjetiva diz respeito apenas ao devedor, ligando-se, assim, à sua pessoa³³⁶. Caracteriza-se, portanto, quando o devedor não puder executar a prestação, mas outros puderem fazê-lo³³⁷, como no exemplo clássico constante dos manuais doutrinários do pintor que ficou cego e, por isso, não pode realizar a pintura a que se obrigou perante o credor (essa mesma prestação pode ser executada por outros pintores).

(CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 344)

³²⁹DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 2.

³³⁰No mesmo sentido: PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019. P. 24; e GOMES, Orlando. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. P. 139. Acesso em 03/11/2024.

³³¹COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 163,

³³²GUEIROS, Nehemias. **Impossibilidade**. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25. P. 222.

³³³DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P.1.

³³⁴VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 68.

³³⁵GUEIROS, Nehemias. **Impossibilidade**. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25. P. 222.

³³⁶COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 163/164.

³³⁷VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 68.

As consequências produzidas pela impossibilidade subjetiva não são uniformes, pois, além de oscilarem de acordo com a natureza e particularidades do negócio jurídico, há divergência na doutrina quanto à aptidão de essa espécie de impossibilidade, em determinadas circunstâncias, produzir efeitos liberatórios.

No que se refere à natureza da prestação, a doutrina majoritariamente entende que, em se tratando de prestação infungível, a qual, pelas circunstâncias do negócio jurídico, somente pode ser executada pela pessoa do devedor, a impossibilidade subjetiva se converterá em absoluta e objetiva³³⁸, pois, ao fim e ao cabo, nenhuma pessoa poderá executá-la. É o caso de um cantor renomado que é contratado para apresentar-se em um show, que será divulgado com seu nome; caso o cantor perca sua voz e não possa se apresentar, a impossibilidade será, em verdade, objetiva, pois nenhum outro cantor poderá substituí-lo de forma adequada, gerando o mesmo proveito prático ao credor.

À vista disso, o efeito liberatório resultante da impossibilidade subjetiva em obrigações infungíveis é reconhecido ante seu caráter verdadeiramente objetivo, já que, pelas circunstâncias particulares do negócio, um impedimento, que, *a priori*, referir-se-ia apenas ao devedor, na verdade, diante dos termos do negócio, alcança a todas as pessoas (já que ninguém mais pode prestar). É por essa razão que, nesta espécie de obrigação, a impossibilidade subjetiva assume caráter objetivo e, conseqüentemente, recebe o tratamento dispensado a esta espécie de impossibilidade (ou seja, ostenta o mesmíssimo efeito liberatório, se inimputável ao devedor).

A questão não é pacífica quando a impossibilidade é realmente subjetiva (isto é, sem espaço para tratá-la como absoluta), o que ocorre principalmente quando a obrigação é fungível, pois há efetiva controvérsia na doutrina a respeito da possibilidade de se atribuir efeitos liberatórios a essa espécie de impossibilidade.

Pontes de Miranda, talvez o principal opositor à atribuição de eficácia liberatória à impossibilidade subjetiva, afirma, textualmente, que a impossibilidade “objetiva, que é a única que importa”³³⁹.

³³⁸Nesse sentido: PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019, PP. 24/25; COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 163/164; VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 72; e GUEIROS, Nehemias. Impossibilidade. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25. P. 72.

³³⁹MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P. 137.

O jurista constrói sua conclusão com base no direito comparado, afirmando que o Código Civil brasileiro não possui regra similar àquela prevista no §275, alínea 2^a, do Código Civil alemão (na redação vigente à época dos estudos do doutrinador), segundo a qual a impossibilidade superveniente da prestação equipara-se à inaptidão patrimonial do devedor.

Na falta dessa regra, o sistema jurídico pátrio somente atribuiria efeitos liberatórios à impossibilidade objetiva. A impossibilidade subjetiva, que também é tratada por Pontes de Miranda³⁴⁰ como mera insolvência, inaptidão de prestação ou simplesmente como *difficultas*, não seria, para o autor, verdadeiramente, impossibilidade, mas traduziria um mero obstáculo (e não impossibilidade) de cumprimento.

Dias³⁴¹ expõe que o argumento da falta de atribuição pelo legislador de efeito liberatório à impossibilidade superveniente subjetiva é, na doutrina, somado a outros dois, contrários à existência desse efeito, consistentes em (a) impossibilidade subjetiva decorreria de um comportamento do devedor, de modo que caberia a ele suportar as consequências daí advindas, tese defendida por João Manuel Carvalho Santos³⁴²; e (b) a impossibilidade subjetiva não caracterizaria propriamente uma impossibilidade, já que a prestação, que permanece objetivamente possível, ainda poderia ser obtida pelo credor por outros meios, conforme argumenta Caio Mário da Silva Pereira³⁴³. Os três argumentos são criticados por Dias.

Dias³⁴⁴ afirma que não há no ordenamento jurídico brasileiro regra que atribua efeito liberatório à impossibilidade subjetiva, porém, também não há regra expressa que conceda esse mesmo efeito à impossibilidade objetiva, de modo que inexistente, do ponto de vista estritamente legal, motivo para diferenciar essas duas espécies de impossibilidade superveniente.

³⁴⁰MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. PP; 183/185

³⁴¹DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P.3.

³⁴²CARVALHO SANTOS, João Manuel de. **Código Civil (LGL\2002\400) Brasileiro interpretado: parte geral (arts. 863-927)**. 13. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989. v. 14. P. 245 apud DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 4.

³⁴³SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 31. ed. rev. e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2019. v. 2. P. 128 apud DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 4.

³⁴⁴DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 4.

O autor³⁴⁵ também critica a afirmação de que a impossibilidade subjetiva decorreria de um comportamento do credor, pois há casos em que esse fenômeno ocorre por fatos que não podem ser-lhe atribuídos, como é a hipótese do fechamento de fronteiras e/ou uma doença grave que o acometa. Além disso, há casos em que a impossibilidade objetiva também se manifesta por culpa do próprio devedor, sem que isso impeça a extinção do devedor de prestar, de modo que a culpa não poderia ser utilizada como critério para obstar o reconhecimento do efeito liberatório em exame³⁴⁶.

E, no que se refere ao terceiro argumento, o jurista³⁴⁷ considera procedente apenas em parte, pois, é verdade que, quando a impossibilidade é subjetiva, o credor ainda pode se satisfazer por outros meios, mas isso não é a realidade de todos os casos, como ocorre quando o bem objeto da obrigação de dar coisa certa é roubado, clássica hipótese de impossibilidade subjetiva, na qual dificilmente o credor poderá ser satisfeito, já que isso dependeria da boa vontade do ladrão em entregar, ou no mínimo alienar, o bem que é objeto da prestação.

Assim, negar o efeito liberatório da impossibilidade subjetiva criaria uma situação de impasse, pois manteria o devedor vinculado a uma prestação que, na prática, não pode ser cumprida. Esse impasse, na visão de Dias, revela os problemas de se considerar irrelevante a impossibilidade superveniente no ordenamento jurídico brasileiro.

Por outro lado, há argumentos que, embora fazendo, por vezes, confusão entre os conceitos de impossibilidade subjetiva e relativa, defendem a possibilidade de atribuir-se efeitos liberatórios a essa primeira espécie de impossibilidade (a subjetiva).

Os principais argumentos que sustentam essa posição podem ser extraídos das lições de Jorge Cesa Ferreira da Silva³⁴⁸, defensor dos efeitos liberatórios da impossibilidade superveniente subjetiva, pois (i) o ordenamento jurídico exige a imputabilidade do devedor para que esteja configurada sua mora; e (ii) não há distinção legal entre impossibilidade absoluta e relativa.

³⁴⁵DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 4.

³⁴⁶DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 4.

³⁴⁷DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 4.

³⁴⁸FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Ed. RT, 2007. P. 38. apud DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P.5.

Dias³⁴⁹ também critica ambos os argumentos. O primeiro, porque a não configuração da mora não implica, necessariamente, na liberação do devedor, pois há hipóteses em que ele permanece vinculado à obrigação, mas somente não está sujeito aos efeitos mora (e.g. caso da impossibilidade temporária); e, o segundo, porque, na verdade, a leitura das disposições legais que pautam o assunto insinuam, embora não o digam expressamente, que a impossibilidade, para ser liberatória, deve ser objetiva, como é o caso do artigo 248 do Código Civil³⁵⁰ que, quando trata dos efeitos da impossibilidade superveniente da prestação nas obrigações de fazer, faz referência à “prestação do fato”, isto é, à prestação e não à pessoa do devedor. No mesmo sentido, o artigo 249 do mesmo Diploma³⁵¹ expressamente autoriza o credor a vencer a impossibilidade subjetiva e determinar que um terceiro substitua o devedor faltoso na execução da prestação, caso o fato possa ser executado por outrem.

Assim, para Dias³⁵², a doutrina não ofereceria respostas adequadas que sustentam uma conclusão segura pela possibilidade de atribuir-se ou não efeitos liberatórios à impossibilidade subjetiva. Por isso, o autor adota uma posição própria, segundo a qual eficácia jurídica da impossibilidade superveniente subjetiva deve ser avaliada à luz da análise e interpretação do regramento legal sobre o tema, devendo ser construída solução individualizada para cada espécie de obrigação (dar, fazer e não fazer), de acordo com o regime jurídico que as sustenta.

Com base nisso, o estudioso³⁵³ defende que, em relação às obrigações de dar, seria possível reconhecer a eficácia liberatória da impossibilidade subjetiva. Para tanto, argumenta, com fundamento no artigo 78, III, do Código Civil de 1916, que, posto sua não reprodução pelo Código vigente, não estaria proscrito, segundo o qual a inacessibilidade física da coisa (que pode ocorrer em várias situações, como quando o bem é perdido no mar, roubado ou mesmo em caso inacessibilidade jurídica), isto é, a situação na qual a coisa ainda existe, mas o devedor

³⁴⁹DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. PP. 5/6.

³⁵⁰“Art. 248. 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.”

³⁵¹“Art. 249. Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.

Parágrafo único. Em caso de urgência, pode o credor, independentemente de autorização judicial, executar ou mandar executar o fato, sendo depois ressarcido.”

³⁵²DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 6.

³⁵³DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. PP. 6/7

não consegue acessá-la, caracteriza a “perda da coisa”, que, de acordo com o artigo 234 do Código Civil de 2002³⁵⁴, libera o devedor do dever de prestar.

Nas obrigações de fazer ou não fazer, por outro lado, segundo Dias³⁵⁵, para que haja efeito liberatório, a impossibilidade tem de ser objetiva. Essa conclusão tem fundamento nos artigos 249 e 251³⁵⁶ do Código Civil, que autoriza o credor a, nas obrigações fungíveis (as obrigações infungíveis estão apenas submetidas à impossibilidade objetiva, como visto), promover, às custas do devedor, por intermédio de terceiro, o ato a que ele se obrigou a executar (obrigação de fazer) e/ou o desfazimento daquilo que ele se comprometeu a se abster de realizar (obrigação de não fazer). Essa possibilidade de substituição do devedor, portanto, impediria a atribuição de efeitos liberatórios à impossibilidade subjetiva nas obrigações de fazer ou não fazer.

O autor³⁵⁷ atenta que, em sua visão, o artigo 947 do Código Civil³⁵⁸, que seria utilizado pela doutrina como fundamento para a defesa do efeito liberatório da impossibilidade subjetiva, não modifica sua conclusão, pois, em sua visão, qualquer interpretação que extraia tal efeito da disposição em exame é contrária à disciplina específica que pauta a impossibilidade superveniente da prestação. Assim, para Dias, referido dispositivo meramente prescreve uma ordem de preferência para a satisfação do credor em caso de responsabilização civil do devedor, segundo a qual em primeiro lugar essa satisfação deverá se dar pela indenização *in natura* e, apenas em caso de impossibilidade, por intermédio do pagamento em pecúnia³⁵⁹.

Ainda em relação às obrigações de dar coisa certa, Dias³⁶⁰ propõe uma discussão relevante, que não é suscitada pela doutrina geral, consistente em avaliar se o Código Civil adotou uma concepção ampla dos efeitos liberatórios da impossibilidade subjetiva, segundo a

³⁵⁴“Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a 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.”

³⁵⁵DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 7.

³⁵⁶“Art. 251. Praticado pelo devedor o ato, a cuja abstenção se obrigara, o credor pode exigir dele que o desfaça, sob pena de se desfazer à sua custa, ressarcindo o culpado perdas e danos. Parágrafo único. Em caso de urgência, poderá o credor desfazer ou mandar desfazer, independentemente de autorização judicial, sem prejuízo do ressarcimento devido.”

³⁵⁷DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 8.

³⁵⁸“Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.”

³⁵⁹DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 6.

³⁶⁰DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 8/9.

qual basta que o devedor não esteja apto a prestar que esteja liberado, ou se a concepção adotada foi a restrita, segundo a qual, para que surtam os efeitos mencionados, não basta a simples inaptidão do devedor para cumprir, mas também da sua incapacidade promover o cumprimento por terceiro.

Para Dias, a teoria adotada foi a restrita, já que, como se expôs acima, a “perda da coisa” está caracterizada, em conformidade com o artigo 234 do Código Civil, quando a coisa não puder ser localizada e acessada, nem pelo devedor e nem por terceiro. Se a coisa puder ser acessada, mas isso representar um ônus excessivo ao devedor, não se estará diante de caso de impossibilidade, podendo se falar apenas na aplicação do artigo 478 do Código Civil.

A posição do autor, porém, parece-nos minoritária. Além de o próprio autor ter citado um precedente do Superior Tribunal de Justiça, no qual implicitamente foi adotada a concepção ampla da impossibilidade relativa superveniente³⁶¹, os exemplos citados pela doutrina revelam adesão a essa mesma concepção, pois geralmente se referem a situações na qual, embora o bem objeto da prestação esteja à margem da esfera de disposição do devedor, poderia ele envidar esforços para que, ainda que com a colaboração de terceiro, a coisa fosse entregue ao credor³⁶².

Apesar do exame empreendido pela doutrina, a jurisprudência não costuma dedicar grandes considerações a respeito da distinção dos efeitos liberatórios produzidos pela impossibilidade objetiva ou subjetiva. Em sua maioria, os julgados concentram-se em avaliar se a prestação é do ponto de vista fático ou jurídico, ainda possível, como se vê do precedente exarado STJ no REsp nº 190.909 / MG³⁶³, o mesmo citado por Dias como indicativo da aceitação da concepção ampla da impossibilidade subjetiva pela jurisprudência, pois, no referido precedente, não há sequer referência ao termo “subjetivo”, sendo a impossibilidade tratada de forma genérica.

Não obstante, é bastante comum que, de forma atécnica, haja correlação entre a impossibilidade subjetiva com a resolução ou revisão contratual pautada na onerosidade

³⁶¹“PROCESSO CIVIL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. IMPOSSIBILIDADE. Se a construtora alienou para outrem as unidades que o autor havia comprado e pago, a obrigação de passar-lhe a escritura e imiti-lo na posse dos imóveis se tornou impossível, devendo converter-se em indenização por perdas e danos. Recurso especial não conhecido.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 190909/MG. Relator: Ministro Ari Pargendler. Data de Julgamento: 08 out. 2002. Terceira Turma. Data de Publicação: DJ 24 fev. 2003, p. 22).

³⁶²Vide, nesse sentido: MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P. 184.

³⁶³BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 190.909/MG. Relator: Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 8 out. 2002. Diário da Justiça, Brasília, DF, 24 fev. 2003, p. 221.

excessiva³⁶⁴, o que evidencia o pouco interesse que nossos Tribunais apresentam em distinguir o instituto (ou mesmo em diferenciar as hipóteses de impossibilidade subjetiva e relativa).

Essa atecnia pode ser constatada em um interessante precedente da lavra do TJSP. Na ação de nº 1011337-59.2020.8.26.0004 discutiu-se a possibilidade de revisão de um contrato de financiamento, com fundamento no art. 6º, V, do CDC e artigos 478 e 480 do Código Civil brasileiro vigente, que, respectivamente, pautam a possibilidade de revisão ou resolução de contratos consumeristas e cíveis em razão da onerosidade excessiva, porque a autora, diante das dificuldades financeiras experimentadas pela pandemia da Covid-19, não teria condições de arcar com as parcelas do referido financiamento sem comprometimento de sua renda.

O Juízo da 1ª Vara do Juizado Especial Cível do Foro Regional da Lapa, da Comarca de São Paulo, proferiu sentença julgando a ação improcedente, por entender que não restaram preenchidos os requisitos autorizadores da aplicação da teoria da imprevisão.

Provocada por meio de recurso inominado, a 2ª Turma Recursal do TJSP entendeu que a situação narrada nos autos caracterizaria mera hipótese de impossibilidade subjetiva, decorrente de perdas financeiras, que não autorizam a resolução contratual³⁶⁵, ainda que não

³⁶⁴O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios proferiu decisão nos seguintes termos, que ilustra a confusão citada: “PROCESSUAL CIVIL E CIVIL - APELAÇÃO - AÇÃO REVISIONAL - MÚTUO - CAPITALIZAÇÃO MENSAL - APELO IMPROVIDO. 1. A possibilidade de revisão judicial dos contratos se sujeita à superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, por ocasião da formação da avença, que torne sumamente onerosa a relação contratual, gerando a impossibilidade subjetiva da execução. 2. O entendimento unísono do Superior Tribunal de Justiça, conforme aresto recente da Ministra Nancy Andrighi, é no sentido de que, “por força do art. 5.º da MP 2.170-36, é possível a capitalização mensal dos juros nas operações realizadas por instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que pactuada nos contratos bancários celebrados após 31 de março de 2000, data da publicação da primeira medida provisória com previsão dessa cláusula (art. 5.º da MP 1.963/2000)” (AgRg no REsp 844.405/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, 3ª Turma, DJE 28/09/2010). 3. Apelo improvido.” (DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 0085515-19.2009.8.07.0001. Relator: João Egmont. Data de Julgamento: 04 jul. 2012. 5ª Turma Cível. Data de Publicação: DJE 17 jul. 2012, p. 166)

³⁶⁵O acórdão da Turma Recursal ficou assim ementado: “REVISIONAL DE CONTRATO DE CONSUMO – FINANCIAMENTO BANCÁRIO PARA COMPRA DE VEÍCULO UTILIZADO NA ATIVIDADE DE TRANSPORTE ESCOLAR – PERDA DOS RENDIMENTOS DA AUTORA EM RAZÃO DA PANDEMIA DE COVID -19 – PEDIDO DE REDUÇÃO DO VALOR OU SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DAS PARCELAS MENSAIS DO FINANCIAMENTO ENQUANTO PERDURAR A PANDEMIA – SENTENÇA IMPROCEDENTE – Revisão da prestação contratual que depende de fato superveniente que torna excessivamente onerosa a obrigação, mas sem conduzir ao inadimplemento absoluto - Inviabilidade de suspensão do pagamento da contraprestação devida por todo o período de pandemia, a qual já perdura há mais de 15 meses – Ausência de mera dificuldade momentânea a autorizar a revisão ou a manutenção do contrato - Hipótese de impossibilidade subjetiva financeira consolidada, decorrente da perda dos rendimentos, o que conduz à resolução contratual – Sentença mantida pelos seus próprios fundamentos, com fixação de verba honorária.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Inominado n. 1011337-59.2020.8.26.0004. Relator: Paulo Henrique Ribeiro Garcia. Data de Julgamento: 09 nov. 2021. 2ª Turma Recursal Cível. Data de Publicação: 09 nov. 2022). Ao que parece, houve um erro material no acórdão, que não foi corrigido, pois, apesar do que constou da parte final da ementa, foi mantida a sentença de primeiro grau que julgou a ação improcedente e, por isso, não houve resolução do contrato.

tenha havido, nos autos, qualquer referência à impossibilidade. O julgado, portanto, sobrepôs diversos institutos (como o da onerosidade excessiva e da impossibilidade), além de, ao que tudo indica, ter confundido os conceitos de impossibilidade subjetiva com impossibilidade relativa (mais ligada à dificuldade de prestar), evidenciando a falta de esmero com a qual o tema é tratado.

Por outro lado, é possível colher da jurisprudência precedente que atribuiu efeitos liberatórios à impossibilidade superveniente meramente subjetiva.

O Tribunal de Justiça do Paraná, por exemplo, já isentou uma operadora de telefonia de garantir a um consumidor uma linha telefônica antes por ele titularizada, após referida linha ter sido transferida a terceiro que não manifestou sua concordância em devolver a linha que lhe foi transferida³⁶⁶. Nesse caso, o TJPR deferiu apenas a indenização pleiteada pela autora da ação, com vistas a compensá-la pelos danos sofridos em razão da transferência de sua linha, sem determinar a restituição da titularidade, que era o objetivo da autora, o que o fez não porque as circunstâncias pessoais da devedora não permitiam essa transferência, mas sim porque, já estando a linha sob a titularidade de um terceiro, estava esse ato à margem da esfera de disposição da operadora.

Também é possível extrair alguns precedentes que indicam uma inclinação majoritária da jurisprudência a reconhecer que a impossibilidade, quando meramente subjetiva e ligada a circunstâncias pessoais do devedor, não autoriza a resolução, conforme pode se inferir do julgamento proferido pelo TJRS nos autos da apelação cível de nº 0332107-53.2019.8.21.7000³⁶⁷ e do precedente da lavra do TJSP, emitido na apelação cível de nº

³⁶⁶“RECURSO INOMINADO. TELEFONIA. RELAÇÃO CONSUMERISTA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. MUDANÇA DE TITULARIDADE SEM SOLICITAÇÃO. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER DE RETORNO DA TITULARIDADE. IMPOSSIBILIDADE SUBJETIVA. ART. 506 DO CPC. NOVO TITULAR DEVE FIGURAR COMO PARTE NO PROCESSO. AUSÊNCIA DE RESOLUÇÃO ADMINISTRATIVA DO PROBLEMA. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso Inominado n. 0002543-49.2021.8.16.0056. Comarca de Cambé. Relatora: Juíza de Direito da Turma Recursal dos Juizados Especiais Vanessa Bassani. Data de Julgamento: 27 jun. 2022. 1ª Turma Recursal).

³⁶⁷O acórdão proferido na referida apelação restou assim ementado: “APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE PAGAMENTO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. Caso em que os embargantes reconhecem a dívida, porém alegam que não possuem condições financeiras para efetuar o pagamento. No entanto, a alegação de impossibilidade subjetiva e impossibilidade superveniente de pagamento não implicam na extinção da execução. Sentença de improcedência dos embargos à execução que vai mantida. APELAÇÃO DESPROVIDA.” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70083601989. Relator: Fernando Flores Cabral Junior. Data de Julgamento: 29 jul. 2020. Vigésima Quarta Câmara Cível. Data de Publicação: 04 set. 2020)

1000210-87.2022.8.26.0414, na qual o voto condutor do acórdão que resolveu o julgamento do recurso consignou expressamente que:

Nem a impossibilidade subjetiva, vale dizer, para aquele determinado sujeito passivo, de acordo com suas condições individuais de patrimônio, disponibilidade ou técnica, é suficiente para caracterizar o fato necessário, entendido, como o que objetivamente teria ocorrido de igual maneira.³⁶⁸.

Houve, assim, nítido afastamento da impossibilidade subjetiva como causa extintiva do dever de prestar, relevando a inclinação citada, ainda que o número de precedentes que exista sobre o assunto em exame não permita identificar, de forma assertiva, qual é a compreensão da jurisprudência a respeito dos efeitos liberatórios possuídos por essa espécie de impossibilidade.

4.4. Impossibilidade Absoluta e Relativa

Considerando a praticabilidade da prestação, a impossibilidade pode ser dividida entre absoluta e relativa.

A impossibilidade absoluta atinge por inteiro a prestação³⁶⁹, constituindo-se como um impedimento, de ordem física ou jurídica, insuperável ao dever de prestar³⁷⁰. O impedimento

³⁶⁸O voto em questão deu fruto à seguinte ementa: ““OBRIGAÇÃO DE FAZER – Restabelecimento de débito automático em conta-corrente de faturas de consumo de energia, inadvertidamente cancelado pelas corrés – Pedido cumulado de indenização por danos morais, no valor de R\$ 10.000,00, ante o não débito de alguma faturas, resultando na necessidade de pagamento posterior em situação de constrangimento – Contestações de ambas empresas sustentando carência de ação e inexistência de falha na prestação dos serviços – Pretensão julgada antecipadamente e improcedente em primeiro grau de jurisdição – Irresignação recursal do autor reiterando os argumentos da petição inicial – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS – Cancelamento imotivado do débito automático das faturas de consumo por iniciativa da concessionário de energia – Situação que obrigou o autor, idoso, a quitar as faturas em correspondente bancário, e, ainda assim, ter apontamento da dívida para protesto – Falha inequívoca das corrés, por suas instâncias administrativas, de darem tratamento adequado às reclamações do autor para retomada do débito automático e baixa das faturas pagas em outro local – DANO MORAL – Caracterização – Descaso em atendimento administrativo e pagamento da dívida, já paga, em tabelionato de protesto que ultrapassa a barreira do mero aborrecimento – ARBITRAMENTO - Indenização que deve expressar, o quanto possível, a extensão do dano (artigo 944 do Código Civil), sem perder o caráter pedagógico ao ofensor e impedir o enriquecimento sem causa do ofendido, pautando-se pela proporcionalidade e moderação – Fixação em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), com correção monetária contada da publicação da sentença e juros de mora do evento lesivo (Súmulas 54 e 362 do S.T.J.) – SUCUMBÊNCIA – Inversão com majoração para 20% do valor da condenação – Sentença reforma para acolhimento parcial da pretensão inicial – Apelação provida.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 1000210-87.2022.8.26.0414. Comarca de Palmeira d'Oeste. Relator: Jacob Valente. Data de Julgamento: 21 jun. 2023. 12ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 21 jun. 2023)

³⁶⁹COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 164.

³⁷⁰GUEIROS, Nehemias. Impossibilidade. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25. P. 222.

que caracteriza essa impossibilidade não pode ser ultrapassado pelo devedor, ainda que com esforço ou diligências adicionais, pois nenhuma força humana poderia vencê-lo³⁷¹.

Essa impossibilidade, segundo Pires³⁷², deve ser aferida mediante uma constatação fática ou um juízo de prognose. No mesmo sentido, Costa e Silva e Martins-Costa³⁷³ defendem que a impossibilidade absoluta não deve ser apurada com base em critérios meramente naturalistas, extraídos das ciências naturais, mas deve ser apurada em seus sentidos jurídicos e normativos, a partir de um valor sociocultural a ser averiguado caso-a-caso, à luz do princípio da concreção.

A impossibilidade absoluta constitui causa exoneratória do devedor, por determinar a resolução da obrigação³⁷⁴, já que, como já dito, não é possível exigir deste o impossível. Não há na doutrina divergência quanto a isso.

De outro lado, a impossibilidade relativa consiste na prestação que ainda é possível, mas cujo cumprimento impõe maior dificuldade ao devedor, de modo que somente poderá ser executada mediante esforços e sacrifícios superiores à diligência média³⁷⁵. É, por isso, também chamada de impossibilidade prática³⁷⁶ e tratada como por vezes como insolvência³⁷⁷, porque o obstáculo ao cumprimento é, em essência, superável (implica apenas em maior dificuldade em prestar)³⁷⁸, mas o que falta ao devedor são meios para prestar³⁷⁹.

Há extenso debate na doutrina a respeito da possibilidade de se considerar a dificuldade de prestar como uma efetiva impossibilidade superveniente, para assim atribuir-lhe os efeitos liberatórios próprios ao instituto. Por essa razão, o assunto (dificuldade de prestar) será examinado de forma aprofundada em capítulo próprio.

³⁷¹PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019. P. 22.

³⁷²PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019. P. 22.

³⁷³COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 166.

³⁷⁴GUEIROS, Nehemias. **Impossibilidade**. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25. P. 222.

³⁷⁵COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 165

³⁷⁶BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 77.

³⁷⁷COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo**. FGV. Edição do Kindle. Posição 1729. Acesso em 03/11/2024.

³⁷⁸PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019. P. 22.

³⁷⁹COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo**. FGV. Edição do Kindle. Posição 1729. Acesso em 03/11/2024.

Ainda sobre o tema da impossibilidade relativa, cabe fazer uma breve distinção entre essa espécie de impossibilitação e aquela de natureza subjetiva, já que ambas as espécies de impossibilidade citadas possuem alguma relação com uma condição ou comportamento do devedor.

A impossibilidade subjetiva tem relação com o cenário em que se coloca o próprio devedor para executar a prestação, de maneira que sua compreensão exige a análise do cenário mencionado, diferentemente do que se verifica com a impossibilidade relativa, que se refere ao próprio objeto da prestação e à possibilidade prática de realizá-lo³⁸⁰.

Assim, apesar da já mencionada sobreposição de conceitos pela doutrina e de uma certa afinidade entre as impossibilidades subjetiva e relativa³⁸¹ (assim como há entre as impossibilidades objetiva e absoluta), não é possível confundir-se os institutos, já que, enquanto a primeira recai principalmente sobre as condições do devedor, a segunda se refere às dificuldades que são impostas a ele (devedor) para execução da prestação.

Varela expõe essas diferentes espécies de prestação de forma muito clara, colocando luzes sobre suas diferenças:

A impossibilidade subjectiva (atinente apenas à pessoa do devedor) tanto pode ser absoluta (caso de o devedor da prestação de facto não fungível cair em estado de coma, com perda absoluta de consciência por ex.), como relativa (caso do artista cuja vida corre grave risco com o cumprimento da obrigação). E outro tanto pode afirmar-se em relação à impossibilidade objectiva que também será absoluta, quando ninguém pode prestar, e relativa quando a prestação para todos seja onerosa ou difícil³⁸²

Adotando posição um pouco diferente, mas que também aclara a distinção entre as espécies de impossibilidade tratadas neste capítulo e no antecedente, Biazzi³⁸³ explica que a impossibilidade relativa, na verdade, constitui uma impossibilidade de carácter objetivo (e não também subjetivo, como admite Varela), mas que não é imposta de forma absoluta pela natureza ou pela lei, ostentando carácter meramente relativo, que se caracteriza justamente pela desproporção entre os esforços necessários para que devedor promova o adimplemento e o resultado útil que será revertido ao credor.

³⁸⁰BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 77.

³⁸¹PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019. P. 23.

³⁸²VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 72

³⁸³BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 77.

A posição de ambos os autores, apesar de suas sensíveis divergências, evidencia a impossibilidade de se confundir as impossibilidades relativa e subjetiva.

4.5. Impossibilidade Definitiva e Temporária

Tomando como referência o aspecto temporal, a impossibilidade da prestação pode ser definitiva ou temporária.

A impossibilidade definitiva é aquela que inviabiliza para sempre a prestação³⁸⁴, de modo que não poderá mais ela ser realizada pelo devedor³⁸⁵, independentemente de sua vontade.

Essa espécie de impossibilidade tem natureza liberatória, sem margem de discussão, pois, se a prestação não pode mais ser executada, o devedor inimputável deve ser liberado e a obrigação resolvida com fundamento na impossibilidade superveniente, porquanto a prestação não foi cumprida e não o será³⁸⁶.

Aguiar Júnior³⁸⁷, ao tratar da impossibilidade definitiva, faz distinção entre as obrigações de natureza específica e genérica. Para o autor, em relação à primeira espécie de obrigação, a impossibilidade estará caracterizada quando a coisa devida deixar de estar na esfera de disposição do devedor; a segunda, por sua vez, não seria passível de se considerar definitivamente impossibilitada, já que, enquanto houver gênero, a obrigação é possível, ainda que a coisa não esteja na esfera do patrimônio do devedor, pois nesse caso haverá mera dificuldade que a princípio não o exonera (como se verá em capítulo próprio).

A impossibilidade temporária, que também é chamada de mora não imputável ao devedor³⁸⁸, em contraposição, decorre de um obstáculo momentâneo ao cumprimento da obrigação³⁸⁹. Pode ser de efeito instantâneo (*e.g.*, em um dia não se pode cumprir, porém no

³⁸⁴AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 99/100

³⁸⁵CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 346

³⁸⁶ COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 159/160.

³⁸⁷AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 100

³⁸⁸VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 79.

³⁸⁹CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 346

dia seguinte o obstáculo já estará vencido) ou permanente (*e.g.* médico que se obrigara a realizar uma cirurgia, mas adoece sem previsão de recuperação).³⁹⁰

Cordeiro³⁹¹, à luz do item 1 do artigo 792 do Código Civil português³⁹², afirma que o principal efeito da impossibilidade temporária é isentar o devedor dos efeitos da mora, sem que isso, contudo, extinga o dever de prestar.

Costa e Silva e Martins-Costa³⁹³ observam que o Código Civil brasileiro não disciplina o assunto, pois não prevê a impossibilidade como impeditivo da caracterização da mora. Apesar disso, defendem que esse efeito pode ser extraído, por analogia, de disposições previstas para hipóteses similares e da própria lógica de nosso sistema jurídico, já que, de acordo com essa lógica, não se pode considerar em mora o devedor que não cumpre a prestação em decorrência de impossibilidade inimputável.

Assim, para as autoras³⁹⁴ a configuração da impossibilidade temporária tem três efeitos principais, consistentes em (i) o afastamento da mora, retardando o prazo para o cumprimento, efeito que já foi reconhecido também pelos Tribunais de Justiça de São Paulo³⁹⁵ e do Paraná³⁹⁶;

³⁹⁰AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. PP. 99/100.

³⁹¹CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 347.

³⁹²“1. Se a impossibilidade for temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento.”

³⁹³COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 160/162.

³⁹⁴COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 161/162.

³⁹⁵“RESCISÃO CONTRATUAL CC PERDAS E DANOS. Acordo homologado colocando fim a litígio que versava sobre rescisão de contrato, com efeitos indenizatórios. Fase de cumprimento da transação e denúncia de atraso de apenas um dia no pagamento de uma das parcelas, que estaria justificado pela internação da filha dos devedores, acometida de câncer, com óbito posterior. Típica hipótese de impossibilidade temporária não imputável ao devedor e que exclui os danos moratórios. Aplicação, por simetria, do art. 792, do CC, de Portugal. Dignidade da Pessoa Humana (art. 1, III, da CF). Boa-fé objetiva e função social do contrato. Inteligência dos arts. 113 e 422, do CC. Novo Diploma Civil inovou no ordenamento jurídico ao criar um arcabouço de normas pautadas nos ditames da eticidade, sociabilidade e a operabilidade, expurgando de vez do sistema as normas baseadas no individualismo então reinante. Embora rejeitada a pretensão do credor de receber multa diante da impossibilidade temporária não imputável ao devedor de cumprir no prazo, não cabe aplicar sanção de litigância de má-fé. Extinção da execução mantida, com provimento, em parte, apenas para excluir a multa da improbidade judiciária.” (SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0137733-53.2010.8.26.0100. Relator: Ênio Zuliani. Data de Julgamento: 27 mar. 2014. 4ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 02 abr. 2014.)

³⁹⁶O TJPR, no julgamento do agravo de instrumento nº 0001136-79.2021.8.16.0000, proferiu precedente bastante interessante, no qual reconheceu que uma impossibilidade temporária, mas de natureza meramente subjetiva, fosse suficiente para afastar os efeitos da mora. Veja-se o teor do acórdão proferido no julgamento do referido recurso: “AGRAVO DE INSTRUMENTO – PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA ANTECEDENTE – DECISÃO QUE SUSPENDEU A EXIGIBILIDADE DE 03 (TRÊS) PARCELAS DE FINANCIAMENTO AUTOMOTIVO – INSURGÊNCIA DO CREDOR – PROVAS DOS AUTOS QUE EVIDENCIAM A IMPOSSIBILIDADE TEMPORÁRIA DE O DEVEDOR REALIZAR OS PAGAMENTOS EM RAZÃO DE ACIDENTE SOFRIDO – PROBABILIDADE DO DIREITO CONSTATADA – AUSÊNCIA DE RISCO DE IRREVERSIBILIDADE DA MEDIDA – PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA (ARTs. 303 E 300, AMBOS DO CPC) – DECISÃO MANTIDA – AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO, AO QUAL SE

(ii) a suspensão da exigibilidade da prestação enquanto perdurar a impossibilidade; e (iii) a não fluência do prazo prescricional até que o obstáculo para cumprimento seja vencido.

Cordeiro³⁹⁷, com fundamento no item 2 do artigo 792 do CCP³⁹⁸, e Costa e Silva e Martins-Costa³⁹⁹, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, atentam que, ainda que o obstáculo ao cumprimento seja momentâneo, para que se considere a impossibilidade como temporária (e não como definitiva), é necessário atentar-se às características e finalidade do negócio jurídico, principalmente para aferir se a subsistência do interesse do credor na prestação.

Segundo Cordeiro⁴⁰⁰, a impossibilidade somente será temporária se a prestação ainda for possível na lógica do vínculo, pois, se não for, como no caso de uma ceia de Natal que foi encomendada, mas que, em virtude de um obstáculo temporário, somente poderia ser entregue no mês de janeiro, a impossibilidade será definitiva.

Trata-se, assim, de avaliar se a impossibilidade não fulmina o interesse do credor na prestação, pois, em caso positivo, como defendem Costa e Silva e Martins-Costa⁴⁰¹, o contrato poderá ser resolvido com fundamento no artigo 395, parágrafo único, do Código Civil brasileiro⁴⁰², que, para as autoras, embora cuide de inadimplemento, possui racional que se aplica também à impossibilidade temporária.

Essa falta de interesse, segundo Varela⁴⁰³, pode ocorrer (i) por causas legais, quando a lei estabelecer um prazo máximo para a prática de determinado ato ou (ii) pela própria convenção das partes, acaso estabeleçam, expressa ou tacitamente (o que ocorre quando atribuem uma finalidade à prestação), um termo essencial para o negócio, findo o qual o credor não está mais obrigado a aceitar a prestação, o que ocorre, no exemplo dado pelo próprio autor, quando um cantor contratado para se apresentar em um sarau adoece e não pode comparecer ao

NEGA PROVIMENTO.” (PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 0001136-79.2021.8.16.0000. Comarca de Cornélio Procopio. Relator: Desembargador Francisco Luiz Macedo Junior. Data de Julgamento: 25 jun. 2021. 7ª Câmara Cível.)

³⁹⁷E.g.: CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 347; e

³⁹⁸”2. A impossibilidade só se considera temporária enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor.”

³⁹⁹COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 161.

⁴⁰⁰CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 347.

⁴⁰¹COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 161.

⁴⁰²”Art. 395. (...) Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.”

⁴⁰³VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 79.

evento. Nas duas situações citadas pelo jurista, a impossibilidade temporária estará equiparada à definitiva.

Conclusão semelhante é alcançada por Aguiar Júnior⁴⁰⁴ e por Costa e Silva e Martins-Costa⁴⁰⁵, que apontam que, nos negócios jurídicos fixos, isto é, aqueles que, por sua natureza ou pela vontade das partes, não puderem ser cumpridos em outra época, a impossibilidade temporária assumirá caráter definitivo, implicando, assim, a extinção do contrato.

Entre os portugueses, Cordeiro⁴⁰⁶ defende que deverá haver essa equiparação caso não exista perspectiva de vencimento do impedimento ao cumprimento, pois o credor não pode ficar eternamente à disposição do tempo, aguardando pela incerta superação do referido impedimento, de modo que estaria justificado que o credor notificasse o devedor definindo um prazo máximo para cumprimento, findo o qual o contrato deverá considerar-se resolvido.

Em resumo: a impossibilidade somente será temporária se subsistir o interesse do credor e os termos da avença revelarem a possibilidade de a prestação ser entregue em momento diferente daquele inicialmente ajustado entre as partes⁴⁰⁷, o que somente se verificará se o cumprimento retardado não implicar prejuízo ao credor, exceto se ele se conformar com esse prejuízo e exercer a faculdade de aproveitar a prestação⁴⁰⁸.

A existência de um obstáculo momentâneo ao cumprimento deve ser avaliada quando a obrigação se tornar exigível, o que ocorre quando implementado seu termo ou satisfeita eventual condição suspensiva⁴⁰⁹. E isso é bastante natural já que, se não se alcançou o momento do cumprimento, não é sequer pertinente discutir se há um impedimento temporário ou não à execução da prestação.

Pondera-se, porém, que, se o credor tiver convicção e certeza de que o adimplemento não será possível na data ajustada, cabe-lhe, em vista dos deveres de informação e cooperação, comunicar essa impossibilidade ao credor, para que possa programar-se e adaptar-se à situação,

⁴⁰⁴AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 100.

⁴⁰⁵COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 161.

⁴⁰⁶CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 347.

⁴⁰⁷AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 101.

⁴⁰⁸CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 347.

⁴⁰⁹CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 347.

evitando sofrer prejuízos ou incorrer em despesas confiando que o adimplemento ocorrerá na data programada.

Cordeiro, ainda, retomando a discussão sobre os efeitos liberatórios da impossibilidade subjetiva, indica que a ausência momentânea de liquidez não caracteriza impossibilidade temporária, uma vez que a impossibilidade deve ter natureza objetiva, ressalvada hipóteses excepcionais (*e.g.* congelamento de bens pelo Estado), não se podendo admitir a mera dificuldade ou onerosidade como fator impeditivo à configuração da mora⁴¹⁰.

Em se tratando de obrigações negativas, só se admite incumprimento definitivo, sendo impossível a caracterização de impossibilidade temporária⁴¹¹, dada as particularidades dessa espécie de obrigação.

4.6. Impossibilidade Total e Parcial

Considerando a extensão do obstáculo, a impossibilidade da prestação pode ser total ou parcial.

A impossibilidade total atinge a integralidade da obrigação⁴¹². Como a prestação, no todo, mostra-se inviável⁴¹³, essa espécie de impossibilidade não suscita grandes embates na doutrina quanto a seus efeitos (que serão liberatórios) ou alcance na relação obrigacional.

A impossibilidade parcial se efetiva quando o obstáculo se estende apenas sobre uma parte da coisa (se divisível) ou algumas partes das coisas (se cumulativas) objeto da obrigação⁴¹⁴, de modo que uma parte da atuação devida ainda pode ser executada⁴¹⁵.

Apesar de ainda ser possível o cumprimento de uma parte da obrigação, é necessário aferir se a impossibilidade parcial não produz efeitos que possam se estender a toda a

⁴¹⁰CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 347.

⁴¹¹VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 79/80

⁴¹²AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 101.

⁴¹³COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 158.

⁴¹⁴VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 68

⁴¹⁵CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 348.

prestação⁴¹⁶. O critério para identificação dessa extensão é o interesse do credor, pois, conforme apontam as doutrinas portuguesa⁴¹⁷ e brasileira⁴¹⁸, diante da impossibilidade parcial, surgem, em razão de tal interesse, duas hipóteses distintas, com repercussões próprias sobre o vínculo obrigacional, consistentes em: (i) o cumprimento parcial atende ao interesse do credor, situação em que a relação obrigacional subsistirá, ainda que de forma mutilada; e (ii) a prestação parcial não é satisfatória ao interesse do credor, justificando a equiparação da impossibilidade temporária em total, com a resolução do contrato.

O Código Civil brasileiro não estabelece quais são as consequências decorrentes da caracterização da impossibilidade parcial. Esses efeitos são construídos pela doutrina⁴¹⁹, que costuma defender a aplicação analógica dos artigos 235⁴²⁰ e 567⁴²¹ do Código Civil, responsáveis por disciplinar, respectivamente, os efeitos da deterioração da coisa⁴²² nas obrigações de dar coisa certa e na locação de coisas. À luz de tais dispositivos, uma vez caracterizada a impossibilidade parcial, fica assegurada ao credor a escolha de aceitar o cumprimento parcial, mediante abatimento do preço, observado nesse caso o princípio da proporcionalidade⁴²³, ou enjeitar a obrigação e resolver o negócio jurídico.

É no interesse do credor, inclusive, onde reside o principal ponto de controvérsia em torno dos efeitos da impossibilidade parcial: o recebimento da prestação parcial é uma faculdade do credor ou se trata de um dever, do qual somente pode se eximir caso comprove que o cumprimento parcial da obrigação não é do seu interesse?

⁴¹⁶COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 159.

⁴¹⁷VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. P. 68

⁴¹⁸COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 159.

⁴¹⁹ Vide: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 101; e COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 159.

⁴²⁰“Art. 235. Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu.”

⁴²¹“Art. 567. 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.”

⁴²²Costa e Silva e Martins-Costa defendem, inclusive, que a impossibilidade parcial também tem lugar quando a prestação é atingida pela deterioração (COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 159).

⁴²³COSTA E SILVA e MARTINS-COSTA defendem, inclusive, que a impossibilidade parcial também tem lugar quando a prestação é atingida pela deterioração (COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 159).

Aguiar Júnior⁴²⁴ indica que, no caso, estamos diante de um dever, já que, segundo o autor, a aceitação da resolução com base na impossibilidade parcial deve ser precedida do exame, pelo juiz, se realmente o interesse do credor deixou de existir, bem como se o cumprimento parcial não implica em adimplemento substancial. Ou seja, o credor não seria livre para decidir pela resolução, somente podendo exercê-la se preenchida uma condição específica (a comprovada falta de interesse).

Em outro sentido, Nanni⁴²⁵, ao tratar da diferenciação entre inadimplemento absoluto e mora, expõe entendimento que, além de ser perfeitamente aplicável à impossibilidade definitiva e parcial, reputa-se mais adequado, no sentido de que a utilidade da prestação (que aqui será tratada como um sinônimo do interesse) é uma faculdade que cabe ao credor, porém que deve ser exercida e examinada à luz da boa-fé objetiva, o que impede seu exercício de modo arbitrário ou desleal, devendo ser afastada a postura do credor que aduza à mera teimosia ou emulação.

Essa mesma controvérsia (se a aceitação da prestação parcial é um dever ou uma faculdade) é, entre os portugueses, dirimida pelo artigo 793 do CCP, cujo item 1 estabelece que, em caso de impossibilidade parcial, o devedor estará exonerado da obrigação mediante o cumprimento da prestação que ainda for possível, bem como assegura, em seu item 2, “[a]o credor que não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação” o direito de resolver a obrigação.

Uma interpretação literal do dispositivo indica que o credor tem o dever de aceitar a prestação parcial, somente podendo enjeitá-la diante da ausência justificada de interesse no cumprimento mutilado.

Essa solução é criticada por Cordeiro⁴²⁶, defensor de que a impossibilidade tem efeito liberatório, não tendo, contudo, o condão de modificar o conteúdo da relação obrigacional e, conseqüentemente, produzir uma novação, na qual o credor é obrigado a receber apenas parte daquilo que foi ajustado (ou seja, coisa em forma diversa da pactuada).

Pires⁴²⁷ parece ter conclusão semelhante (embora não se tenha visto a mesma crítica ao dispositivo da codificação portuguesa), pois indica que, em caso de impossibilidade parcial, o

⁴²⁴AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 101.

⁴²⁵NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. P. 43.

⁴²⁶CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 349.

⁴²⁷PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019. P. 63.

ponto de partida do destino da prestação e da contraprestação é o direito de escolha do credor a respeito de seu interesse creditório, permanecendo o devedor vinculado até que a intenção do credor seja manifestada. Para a jurista, esse direito de escolha do credor, contudo, deve corresponder a um interesse digno de proteção legal, não podendo invocar um motivo fútil ou supérfluo para resolver o vínculo obrigacional⁴²⁸.

A posição da autora é, portanto, bastante próxima àquela apresentada por Nanni à luz do Código Civil brasileiro (acima exposta) e que se reputa mais adequada para solucionar a controvérsia ora colocada, pois entende-se que, exceto em caso de abuso, deve mesmo ser do credor o direito de escolha a respeito da subsistência do vínculo obrigacional. Afinal, a relação obrigacional é estruturada justamente para satisfazer seu interesse e os contratos são celebrados para serem cumpridos, tal qual pactuados, de modo que a mera caracterização da impossibilidade não pode mesmo ter o condão de modificar, à revelia da vontade do credor, o conteúdo da obrigação, notadamente porque essa modificação não é prevista na codificação brasileira.

Esse direito, contudo, deve ser exercido à luz da boa-fé objetiva e de seus respectivos corolários, sob pena de se incorrer em ilegalidade na modalidade de abuso de direito (art. 187 do CC⁴²⁹), hipótese em que o comportamento do credor estará sujeito à correção pelo Estado-Juiz.

4.7. A Dificuldade de Prestar e a Caracterização da Impossibilidade

Uma discussão relevante em torno do estudo dogmático da impossibilidade diz respeito à possibilidade de inserir no “direito das impossibilidades” a dificuldade no cumprimento da prestação (*difficultas praestandi*), que, como visto, corresponde à impossibilidade relativa, para assim atribuir-lhe os efeitos resolutivos e liberatórios similares àqueles atribuídos pelo sistema à impossibilidade objetiva, equiparando-se, assim, a impossibilidade econômica à impossibilidade jurídica⁴³⁰. A questão está longe de ser pacífica, tanto na doutrina nacional quanto na portuguesa.

⁴²⁸PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019. P. 65.

⁴²⁹“Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.”

⁴³⁰GOMES, Orlando. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª Ed. Aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980. P. 109.

O jurista que parece possuir compreensão mais ampla e favorável ao reconhecimento dos efeitos liberatórios da dificuldade de prestar Couto e Silva⁴³¹, que, por entender que a culpa e a possibilidade de imputação estão no centro das regras e princípios orientam a responsabilidade contratual (artigo 963 do CC/19⁴³², equivalente ao artigo 396 do CCB⁴³³), não é possível reconhecer qualquer responsabilidade do devedor sem que esteja constatada sua culpa.

Nesse sentido, se a impossibilidade não for culposa, atribuir ao devedor responsabilidade na hipótese de sua verificação seria ilegal, por se tratar de meio de responsabilização sem culpa ou fato imputável. Por isso, a impossibilidade relativa, inclusive a insolvência do devedor pode possuir efeitos liberatórios, “desde que esta não ocorreu por circunstância imputável ao devedor (culpa), [já que] não está ele em mora e, portanto, não responde”⁴³⁴.

Esse alcance amplo da impossibilidade relativa também é defendido por Lobo⁴³⁵, que defende a possibilidade de aplicar-se o artigo 396 do CCB para afastar a mora do devedor em caso de impossibilidade relativa, ante as circunstâncias relevantes⁴³⁶, mesmo quando essa dificuldade é meramente financeira, desde que ocorra independentemente da vontade do devedor. Também no sentido de a impossibilidade relativa, fundada também em fatores econômicos, posicionam-se Benacchio⁴³⁷ e Gueiros⁴³⁸.

Outra parcela de destaque da doutrina, porém, assume uma posição intermediária, no sentido de que a simples dificuldade de prestar não exonera o devedor, mas uma dificuldade exorbitante pode vir a ser equiparada à impossibilidade absoluta e, assim, possuir efeitos liberatórios.

⁴³¹COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo**. FGV. Edição do Kindle. Posição 1753. Acesso em 03/11/2024.

⁴³²“Art. 963. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

⁴³³“Art. 396. Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

⁴³⁴COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo**. FGV. Edição do Kindle. Posição 1753. Acesso em 03/11/2024.

⁴³⁵LOBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. v.2. Disponível em: Minha Biblioteca, (12º edição). Grupo GEN, 2024. P. 234. Acesso em 03/11/2024.

⁴³⁶Essas circunstâncias relevantes não foram explicadas pelo autor.

⁴³⁷BENACCHIO, Marcelo. **Inadimplemento das Obrigações**. in LOTUFO, Renan; e NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Obrigações**. São Paulo: Atlas. 2011. P. 552.

⁴³⁸GUEIROS, Nehemias. **Impossibilidade**. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25. P. 224.

Esse entendimento é encabeçado por Pontes de Miranda⁴³⁹, que afirma, taxativamente, que a insolvência e a inaptidão subjetiva não constituem impossibilidade, notadamente porque a impossibilidade não pode ser confundida com a *difficultas* (a qual denomina como impossibilidade subjetiva).

Apesar disso, o jurista⁴⁴⁰ entende que a impossibilidade não necessita ser absoluta, pois também deve ser considerada como impossível a prestação que somente pode ser executada mediante despesas desproporcionadas e extraordinário esforço. Assim, se insuperável a dificuldade, o que se efetiva não quando há extraordinário custo ou encarecimento dos elementos do objeto, mas sim quando o obstáculo somente puder ser vencido se sacrificados interesses desproporcionalmente maiores do que aqueles colocados no contrato, a impossibilidade será objetiva e liberará o devedor⁴⁴¹.

Posição semelhante é adotada por Agostinho Alvim. O estudioso⁴⁴² também afirma que a dificuldade de prestar não exonera o devedor, que estará obrigado a cumprir a prestação ainda que mediante sacrifício ou aumento de ônus, já que as dificuldades constituem risco do negócio e, por isso, não devem escusar o obrigado.

Faz, porém, a mesma ressalva de Pontes de Miranda, atribuindo eficácia liberatória aquelas dificuldades que, embora não se caracterizem como absolutas e não tenham recebido efeito extintivo pela literalidade da lei, equivalem ao impossível⁴⁴³.

A justificativa para essa equivalência repousa no fato de que, para o jurista, o direito não exige que o obrigado se arruíne ou que cumpra a obrigação a qualquer custo, pois há certo limite à diligência que é dele esperada, o qual, se transgredido, conduzirá a situação à esfera do caso fortuito⁴⁴⁴.

⁴³⁹MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. PP. 183/185.

⁴⁴⁰MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P. 185.

⁴⁴¹MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P. 185.

⁴⁴²ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955. P. 351.

⁴⁴³ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955. P. 351.

⁴⁴⁴ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955. P. 352.

Assim, cabe ser analisado, caso a caso, se a dificuldade, por exigir uma providência fora do comum ou sacrifícios insuperáveis, assume aspecto de impossibilidade e, assim, ostenta efeito liberatório⁴⁴⁵.

Em sentido semelhante, Aguiar Júnior⁴⁴⁶ afirma que, embora a simples dificuldade de prestar não seja liberatória, pois a teoria do limite do sacrifício (que será adiante explicada) não teria sido acolhida entre nós, a desproporcionalidade no custo para cumprimento da obrigação seria liberatória.

Outros autores, porém, apresentam visão ainda mais restritiva, rechaçando reconhecer a dificuldade como uma efetiva impossibilidade liberatória.

É o caso de Biazzi⁴⁴⁷, que entende que o ordenamento jurídico brasileiro oferece respostas mais adequadas à dificuldade de prestar, como é o caso do instituto do abuso do direito (art. 187 do CCB) ou da onerosidade excessiva (art. 478 do CCB⁴⁴⁸), de modo que essa dificuldade deve ser conduzida a um dos quadros dogmáticos com o qual possua mais afinidade. A impossibilidade, assim, para o autor⁴⁴⁹, necessita estar limitada (e ser reconhecida) apenas diante das situações em que a prestação é, de fato, impossível.

Dias⁴⁵⁰ possui visão semelhante, apontando que o custo desproporcionalmente alto na execução da prestação pode ser caracterizado como onerosidade excessiva, e por isso ensejar a aplicação do artigo 478 do CCB, não sendo o caso de impossibilidade.

A questão também não é tranquila na doutrina portuguesa, embora se note uma tendência maior a se reconhecer que a dificuldade de prestar (ou impossibilidade relativa) não deve ser considerada verdadeiramente uma impossibilidade.

⁴⁴⁵ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955. P. 352.

⁴⁴⁶AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 100.

⁴⁴⁷BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. PP. 78 e 83.

⁴⁴⁸“Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

⁴⁴⁹BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 83.

⁴⁵⁰DIAS, Daniel. **Impossibilidades objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 29. ano 8. p. 173-205. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2021. P. 9/10.

Cordeiro⁴⁵¹ aponta que, também entre os portugueses, há debate acirrado acerca do enquadramento da dificuldade de prestar na teoria das impossibilidades. Diante desse debate⁴⁵², o autor defende, com base na jurisprudência portuguesa, que a impossibilidade deve ser aferida com base em circunstâncias humanas e sociais (e não em juízos meramente matemáticos), de modo que, em sua visão, a dificuldade excessiva, que conduz à impraticabilidade (embora não à impossibilidade de fato), pode ser absorvida pela impossibilidade, como no exemplo que cita do anel prometido que caiu no lago e sua retirada é possível, mas pressupõe sua (impraticável) drenagem.

Em sentido oposto, Varela⁴⁵³ sustenta que a extinção da obrigação com fundamento na impossibilidade pressupõe que a obrigação tenha, por questões legais, naturais ou pela força do homem se tornado impossível, não bastando que sua execução tenha se tornado extraordinariamente onerosa ou difícil. Consequentemente, a causa de extinção da obrigação é a impossibilidade absoluta e não a mera dificuldade na prestação⁴⁵⁴.

Para o autor⁴⁵⁵, a doutrina do limite do sacrifício, segundo a qual o dever de prestar teria limite no sacrifício razoavelmente exigido do devedor, à luz do princípio da boa-fé, e, o que estiver à margem do limite, deve ser equiparado à impossibilidade e liberar o devedor do vínculo obrigacional, não merece acolhimento, dada a grande margem para arbítrio diante de sua não previsão pelo CCP, que inclusive oferece outras alternativas para responder às alterações anormais de circunstâncias do contrato que gerem desequilíbrio entre as partes.

Neste contexto, cabe, ainda segundo Varela⁴⁵⁶, ao devedor suportar eventuais dificuldades ao cumprimento, somente podendo liberar-se do vínculo caso o exercício do crédito, em face das circunstâncias, exceda as balizas impostas pela boa-fé, hipótese em que sua liberação se dará não pelas regras da impossibilidade, mas sim com fundamento nos princípios aplicáveis ao abuso de direito.

⁴⁵¹CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 337.

⁴⁵²CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 338.

⁴⁵³VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 68.

⁴⁵⁴VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 68.

⁴⁵⁵VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 69.

⁴⁵⁶VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 71.

Pires⁴⁵⁷ endossa as palavras de Varela e afirma, textualmente, que a impossibilidade é apenas a absoluta, já que a legislação portuguesa fez alusão apenas a ela justamente por não aceitar a existência de uma impossibilidade relativa, que não é citada pela legislação.

Para a autora⁴⁵⁸, só existe impossibilidade quando o “impedimento ao cumprimento não é ultrapassável, mesmo que com esforços e dispêndios adicionais”, não constituindo, portanto, impossibilidade a dificuldade de prestar, nem a onerosidade excessiva.

Vicente apresenta posição semelhante, indicando que a impossibilidade relativa deve ser analisada à luz das regras sobre abuso de direito, onerosidade excessiva e boa-fé, posicionando-se, assim, em uma situação intermediária entre a impossibilidade da prestação e a alteração das circunstâncias em que as partes fundamentaram a decisão de contratar⁴⁵⁹.

Há, portanto, robustos argumentos, tanto extraídos da doutrina nacional quanto da portuguesa, que apontam que a impossibilidade relativa (*difficultas praestandi*) não pode possuir amplo e indiscriminado efeito liberatório.

Ainda em relação ao tema, é possível notar que há uma certa sobreposição de institutos⁴⁶⁰ pela doutrina quando faz referência à impossibilidade decorrente de uma exorbitância na prestação, pois essa exorbitância pode facilmente caracterizar o que, no ordenamento jurídico brasileiro, constitui a onerosidade excessiva que, *ex vi* dos artigos 478 e 480⁴⁶¹ do Código Civil legitimam a resolução do contrato.

Lobo faz uma distinção simplista entre o instituto da impossibilidade e da onerosidade excessiva, apontando, singelamente, que, no segundo instituto a prestação ainda é possível, mas circunstâncias supervenientes tornaram o adimplemento excessivamente oneroso ao devedor⁴⁶².

⁴⁵⁷PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019. P. 22.

⁴⁵⁸PIRES, Catarina Monteiro. **Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia**. 1ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina. 2021. P. 13.

⁴⁵⁹VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado: Obrigações, volume II**. São Paulo: Almedina, 2018. P. 310.

⁴⁶⁰GUEIROS, por exemplo, afirma que a impossibilidade é uma das variantes da teoria da imprevisão, ou seja, segundo o autor, essa espécie de impossibilidade estaria inserida no campo de disciplina da onerosidade excessiva. (GUEIROS, Nehemias. **Impossibilidade**. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25. PP. 24/25)

⁴⁶¹“Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

⁴⁶²LOBO, Paulo. **Direito civil: obrigações**. v.2. Disponível em: Minha Biblioteca, (12º edição). Grupo GEN, 2024. P. 234. Acesso em 03/11/2024.

Costa e Silva e Martins-Costa⁴⁶³ fornecem três outros elementos distintivos, que se reputa suficientes para colocar luzes nas diferenças entre os institutos (i) relativo à eficácia: enquanto a impossibilidade tem o condão de extinguir a relação jurídica obrigacional, a onerosidade excessiva tem efeitos tanto extintivos (art. 478 do CCB) quanto modificativos ou adaptativos (artigos 479⁴⁶⁴ e 480 do CCB); (ii) relativo aos pressupostos: para caracterização da impossibilidade, basta ao obrigado comprovar o fato impeditivo e sua imputabilidade, enquanto para gozar dos efeitos da onerosidade excessiva é necessária a comprovação de todos os requisitos previstos no artigo 478 do CCB, podendo esses efeitos serem obstados caso a outra parte se ofereça a modificar equitativamente o contrato; e (iii) a impossibilidade deve atuar no limite das situações em que o sacrifício exigido do devedor é descabido e exagerado, enquanto a onerosidade excessiva deve operar nas hipóteses em que se está diante de grande dificuldade.

Os elementos citados pelas estudiosas servem, sem dúvida, para guiar o intérprete na identificação de uma hipótese de impossibilidade e de onerosidade excessiva, embora entenda-se que, na prática, a opção do devedor que pretenda se liberar por um ou outro instituto se pautará, primordialmente, no instituto cujos requisitos lhe parecer, à luz das circunstâncias, mais fáceis de serem atendidos.

4.8. Da Realização do Fim Contratual por Outra Via, da Perda do Substrato da Prestação e da Frustração do Fim do Contrato

Expôs-se no capítulo segundo que, principalmente na doutrina portuguesa, houve a ressignificação do conceito de prestação, que passou a ser entendido por parcela da doutrina não apenas como uma atividade do devedor, mas também como o resultado prático que essa atividade deve resultar ao credor.

⁴⁶³COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. PP. 186, 187 190 e 191.

⁴⁶⁴“Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.”.

Essa ressignificação teve um impacto óbvio no estudo da impossibilidade superveniente da prestação, uma vez que algumas hipóteses marginais, que estavam na zona de fronteira do instituto, passaram a ser conduzidos à teoria da impossibilidade ou teoria da base contratual⁴⁶⁵.

Costa e Silva e Martins-Costa⁴⁶⁶ apontam três hipóteses principais cuja integração na teoria da impossibilidade é discutida na doutrina, consistentes em (i) a realização do fim contratual por outra via que não o cumprimento, o que implica a perda do sentido prático da prestação; (ii) o desaparecimento do fim ou a supressão do escopo; e (iii) a frustração do fim do contrato ou perturbação do escopo.

As situações mencionadas decorrem, em regra, de fatos ligados à pessoa do credor, mas que não podem ser a ele imputáveis⁴⁶⁷, como é o caso do doente que deveria sujeitar-se a procedimento médico, mas se cura (ou falece) antes que procedimento ocorra; ou do barco que afunda antes que ocorra o reboque contratado pelo credor.

Varela⁴⁶⁸ chama atenção para o fato de que há na doutrina certa problemática no enquadramento dogmático e no tratamento que deve ser dispendido a essas hipóteses, inclusive apontando para existência para dificuldade de seu enquadramento como uma impossibilidade. Essa dificuldade, parece-nos bastante natural, considerando que, tanto quando o fim contratual é satisfeito por outra via, quanto na hipótese de seu fim ser perturbado ou frustrado, não há necessariamente a impossibilidade da prestação (a prestação pode permanecer possível), mas sim a extinção do interesse do credor na atividade do devedor.

Também é possível atribuir a dificuldade citada por Varela ao fato segundo o qual as hipóteses citadas carecem de suporte normativo, porquanto não são previstas por qualquer Código Civil europeu⁴⁶⁹ ou pela codificação privada brasileira vigente⁴⁷⁰, estando a matéria no domínio da construção doutrinária⁴⁷¹. Por isso, parece-nos relevante estudar os três institutos

⁴⁶⁵COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 167.

⁴⁶⁶COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 167

⁴⁶⁷VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 75.

⁴⁶⁸VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 75.

⁴⁶⁹PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal). 2020. P. 330.

⁴⁷⁰COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 167

⁴⁷¹PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal). 2020. P. 330.

em questão e seu respectivo enquadramento na teoria da impossibilidade, já que isso repercute diretamente no tratamento que será dispendido caso restem caracterizadas.

As hipóteses de consecução do fim do contrato por outra via e desaparecimento do fim são, majoritariamente, enquadradas por nossa doutrina no regime jurídico da impossibilidade.

A primeira (consecução do fim do contrato por outra via) se caracteriza pela perda do sentido prático da prestação, de modo que deve ser enquadrada no regime da impossibilidade já que não há sentido útil em manter o devedor vinculado ao dever de prestar quando a utilidade buscada pelo devedor já foi alcançada⁴⁷². Cita-se, para ilustrar essa hipótese, o exemplo do navio que seria objeto de reboque, mas por uma ação natural, desencalha-se sozinho antes de o rebocar iniciar a operação⁴⁷³, situação na qual o reboque a que o devedor se obrigou não só perdeu o sentido, mas deixou genuinamente de ser possível.

Racional semelhante se aplica à situação de desaparecimento do fim, aperfeiçoada quando o substrato da prestação desaparece em virtude da destruição das condições objetivas ou subjetivas que, de acordo com a natureza do negócio ou circunstâncias de sua conclusão, previstas ou não contrato, são pressupostos para que o devedor cumpra sua obrigação (*e.g.* um imóvel que seria reformado desaba)⁴⁷⁴. O resultado útil esperado pelo credor não pode mais ser alcançado (não se pode reformar um imóvel destruído), o que justifica a inserção desta hipótese na teoria das impossibilidades.

Pires⁴⁷⁵ explica, de forma bastante cirúrgica, que as hipóteses de consecução do fim por via diversa do cumprimento e do desaparecimento do substrato da prestação devem ser enquadradas no campo da impossibilidade, simplesmente porque a atividade do devedor deixa de ser possível.

Por outro lado, a questão não é pacífica no que se refere ao enquadramento da frustração do fim do contrato, já que essa hipótese possui uma particularidade relevante, que distingue das duas já estudadas: a prestação ainda é possível, ainda que não reverta qualquer proveito ao credor.

⁴⁷²COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 169.

⁴⁷³VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 77.

⁴⁷⁴COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 169.

⁴⁷⁵PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal). 2020. P. 437.

Com efeito, Cogo conceitua a frustração do fim do contrato como:

a teoria destinada a resolver os casos nos quais a prestação ainda é plenamente possível, mas o contrato perdeu seu sentido e/ou sua razão de ser, por não ser mais possível alcançar seu fim, seu escopo, seu resultado, sua função (concreta), em decorrência da alteração superveniente e inesperada das circunstâncias⁴⁷⁶.

O conceito é semelhante àquele ofertado por Costa e Silva e Martins-Costa, que entendem pela caracterização da frustração do fim do contrato quando a concretização do resultado esperado pelo credor deixou de ser viável, embora o devedor ainda possa prestar.⁴⁷⁷

A discussão em torno da possibilidade de se enquadrar a frustração do fim do contrato pauta-se na relevância que se atribui ao interesse do credor na negociação, já que, para alguns⁴⁷⁸, a finalidade dos negócios jurídicos se refere ao resultado prático do esperado, constituindo-se verdadeiramente como um elemento constitutivo do direito das obrigações, dado que as partes se obrigam para necessariamente alcançar uma determinada finalidade⁴⁷⁹. Assim, a frustração do fim justifica a resolução do contrato⁴⁸⁰.

Seguindo essa linha de raciocínio, Varela⁴⁸¹ se posiciona pela possibilidade de enquadramento da frustração do fim do contrato no conceito de impossibilidade, pois, embora o autor afirme que o interesse do credor não engloba a prestação (entende ser estranho à prestação debitória), tal interesse não está circunscrito à realidade dominada pelo devedor, mas, ao contrário, pode ser afetado por elementos exteriores que integram ou condicionam sua atuação e cuja falta caracterizará uma impossibilidade, como é o caso do profissional de saúde, cuja atuação pressupõe a vida do paciente que deverá ser tratado (sem essa vida, o tratamento não é possível). O resultado prático que se tem pela frustração do fim, portanto, é a impossibilidade⁴⁸².

⁴⁷⁶COGO, Rodrigo B. **Frustração do Fim do Contrato**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina, 2021. Acesso em 03/11/2024.

⁴⁷⁷COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 170.

⁴⁷⁸BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 79/80.

⁴⁷⁹COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 174.

⁴⁸⁰BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 80

⁴⁸¹VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 76.

⁴⁸²VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 77.

Costa e Silva e Martins-Costa também se posicionam pela vinculação da frustração do fim à teoria da impossibilidade, o qual, para as autoras, deve ser entendido como uma de suas espécies⁴⁸³.

As autoras, que citam posição semelhante adotada por Pontes de Miranda⁴⁸⁴, formam sua conclusão a partir da compreensão do fim como um elemento intrínseco ao conceito de prestação, notadamente se, pela via hermenêutica (considerando o contrato e suas respectivas circunstâncias), for possível concluir que o fim é comum aos contratantes⁴⁸⁵. Assim, se atingido o fim, a prestação é igualmente atingida⁴⁸⁶.

Todavia, para as estudiosas⁴⁸⁷, não é todo e qualquer fim cuja frustração pode justificar a teoria das impossibilidades, pois é necessário aferir se a finalidade do negócio é objetiva ou objetivável ou, em caso negativo, se é comum às partes, pois, do contrário, tratar-se-á de um simples motivo, sem relevância jurídica, conforme prescreve o artigo 140 do Código Civil brasileiro⁴⁸⁸.

Assim, segundo Costa e Silva e Martins-Costa, a frustração do fim do contrato tem como requisito indispensável a existência de um fim comum às partes, expresso ou extraível do contrato ou de suas circunstâncias, que não se confunde com as simples intenção ou motivos do credor⁴⁸⁹.

Além desse requisito, para as autoras, a caracterização da teoria da frustração do fim do contrato como espécie de impossibilidade exige a presença de outras três condicionantes, consistentes em **(i)** não imputabilidade da frustração ao obrigado; **(ii)** existência de um contrato ainda a executar; e **(iii)** circunstância de eventual situação de mora não ter sido causa ou concausa da frustração do fim⁴⁹⁰.

⁴⁸³COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 181.

⁴⁸⁴COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. PP. 175/176.

⁴⁸⁵COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 181.

⁴⁸⁶COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 181.

⁴⁸⁷COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 174.

⁴⁸⁸“Art. 140. O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.”

⁴⁸⁹COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 181.

⁴⁹⁰COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 181.

Se esses quatro requisitos estiverem presentes, as doutrinadoras entendem pela liberação do devedor, com repartição das despesas das partes de acordo com as regras de alocação de riscos estabelecidas no ordenamento jurídico⁴⁹¹.

Contudo, há fortes argumentos em defesa da teoria da frustração do fim como um instituto próprio e destacado do ordenamento jurídico.

Entre os brasileiros, Cogo defende, em trabalho próprio dedicado ao assunto, que a frustração do fim “Não se confunde, pois, com a impossibilidade da prestação ou com a teoria da imprevisão, mas convive ao lado delas e com área própria e autônoma de incidência”⁴⁹².

O autor⁴⁹³ pautava sua afirmação no fato segundo o qual, apesar da proximidade valorativa da frustração do fim e da impossibilidade, a frustração possui um espaço próprio, não devendo ser acomodada nos quadrantes que disciplinam a impossibilidade, eis que a prestação não deixa de ser possível, somente sendo inviável o atendimento do resultado prático da prestação (aquilo “a que ela se presta”), que inclusive impossibilita que se aplique à frustração os dispositivos legais que disciplinam a impossibilidade.

Cogo⁴⁹⁴ ainda defende que a frustração do fim do contrato e a impossibilidade também possuem perspectivas diferentes no que se refere ao interesse buscado proteger, pois, enquanto a impossibilidade tem por propósito resguardar a esfera jurídica do devedor, que não pode ser compelido ao cumprimento de uma prestação impossível, a frustração do fim é uma salvaguarda ao credor, que também não pode ser obrigado a aceitar uma prestação que não lhe gera qualquer proveito prático.

Assim, arremata o autor que “a despeito da falta de clareza dos limites entre a frustração do fim do contrato e a impossibilidade, há um campo especificamente delimitado para cada uma dessas figuras”⁴⁹⁵.

⁴⁹¹COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. PP. 181/182.

⁴⁹²COGO, Rodrigo B. **Frustração do Fim do Contrato**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina, 2021. P. 145/146. Acesso em 03/11/2024.

⁴⁹³COGO, Rodrigo B. **Frustração do Fim do Contrato**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina, 2021. P. 224 e 226. Acesso em 03/11/2024.

⁴⁹⁴COGO, Rodrigo B. **Frustração do Fim do Contrato**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina, 2021. P. 234. Acesso em 03/11/2024.

⁴⁹⁵COGO, Rodrigo B. **Frustração do Fim do Contrato**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo Almedina, 2021. P. 234. Acesso em 03/11/2024.

O entendimento do autor é seguido por Nanni, que se posiciona no sentido de que “frustração do fim do contrato e impossibilidade da prestação são institutos longínquos, que não admitem convergência, não se subsumem ao mesmo fato.”⁴⁹⁶.

A assertiva conclusão de Nanni⁴⁹⁷ é pautada no argumento segundo o qual, na frustração do fim do contrato, a prestação ainda é possível, mas não possui mais razão de ser (seu desígnio restou fracassado), enquanto na impossibilidade não há absoluta possibilidade de cumprimento da prestação, de modo que um mesmo fato não pode caracterizar ao mesmo tempo a frustração e a impossibilidade.

Na doutrina portuguesa, Pires⁴⁹⁸ assume posição (minoritária naquele País⁴⁹⁹ e contrária à posição de Varela, exposta acima), segundo a qual o conceito estabelecido pelo artigo 790 do Código Civil português não permite estender a regulação da impossibilidade à frustração, notadamente porque o interesse é um elemento exterior à obrigação e, conseqüentemente, à prestação, ainda que entendida como resultado.

Assim, para a portuguesa⁵⁰⁰, apenas se estivermos diante de uma prestação finalizada (isto é, aquela dirigida a algum fim específico), é que a frustração ou perturbação do fim pode caracterizar impossibilidade. Nas demais situações, a resposta para a frustração deverá ser obtida através de outros mecanismos oferecidos pelo sistema jurídico português, como o artigo 437 do CCP⁵⁰¹ ou pela aplicação da boa-fé, com vistas a construir uma solução justa ao caso concreto.

Apesar dos argumentos em sentido contrário, a doutrina nacional já está consolidada, majoritariamente, no sentido de que a frustração do fim do contrato realmente consiste em figura autônoma, inconfundível com a impossibilidade, como se vê do enunciado de nº 166 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual “A frustração do

⁴⁹⁶NANNI, 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. P. 56.

⁴⁹⁷NANNI, 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. P. 56.

⁴⁹⁸PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal). 2020. P. 364.

⁴⁹⁹COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 179.

⁵⁰⁰PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal). 2020. P. 364.

⁵⁰¹“Artigo 437.º (Condições de admissibilidade)

1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”

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”.

Além disso, a posição da doutrina pode, muito em breve, resultar na edição de lei em sentido estrito, uma vez que o anteprojeto de reforma do Código Civil, tratado no Capítulo 3.5 deste trabalho, propôs a inclusão do artigo 480-A em nosso principal diploma privado, cujo propósito é expressamente disciplinar a frustração do fim do contrato, dando-lhe suporte normativo próprio e destacado da impossibilidade e/ou da onerosidade excessiva.

Confira-se redação proposta pela Comissão de Juristas ao dispositivo que se pretende incluir, a seguir transcrita:

Art. 480-A. O contrato de execução continuada ou diferida poderá ser resolvido por iniciativa de qualquer uma das partes, quando frustrada a finalidade contratual.

§ 1º Dá-se a frustração da finalidade do contrato por fatos supervenientes quando deixa de existir o fim comum que justificou a contratação, desde que isso ocorra por motivos alheios ao controle das partes e não integre os riscos normais do negócio ou os que tenham sido alocados pelas partes no momento da celebração do contrato.

§ 2º A resolução por frustração do fim do contrato não depende da demonstração dos requisitos do art. 478 deste Código.⁵⁰²

A proposta legislativa revela uma tendência de, no Brasil, a frustração do fim do contrato ser tratada como uma figura autônoma e destacada da teoria da impossibilidade.

⁵⁰²SENADO FEDERAL. **Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil.** Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9586171&>. Acesso em 19/05/2024. P. 50.

5. EFEITOS DA IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO NO VÍNCULO OBRIGACIONAL

Expostas as formas de manifestação da impossibilidade da prestação, incumbe, agora, tratar dos principais efeitos que essa impossibilidade, especialmente a superveniente, produz no vínculo obrigacional.

Para tanto, apresentar-se-á as diferentes consequências surtidas pela impossibilidade, a depender de haver razão para imputá-la (ou não) ao devedor e ao credor, já que, a depender dessa imputabilidade, a impossibilidade da prestação dará causa a desdobramentos variados.

Abordar-se-á, ainda, os impactos da impossibilidade da prestação na contraprestação devida pelo credor, especificamente nos contratos sinalagmáticos, pois, como a extinção da prestação obviamente atua diretamente no sinalagma de uma relação contratual (afinal, extinguirá as obrigações de responsabilidade de uma das partes), seus impactos sobre a contraprestação devem ser examinados, inclusive para prevenir-se situações de desequilíbrio e/ou o fomento ao enriquecimento sem causa das partes.

Ao examinar o destino da contraprestação, analisar-se-á, também, ainda que brevemente, o instituto do *commodum da representação*, eis que a opção do credor por referido instituto repercute, diretamente, no destino da contraprestação a que obrigado, sendo, portanto, tema que possui afinidade com a impossibilidade da prestação (não por acaso, é, entre os portugueses, disciplinado no capítulo que trata das impossibilidades) e, por isso, merece ser tratado no presente trabalho.

5.1. A Resolução da Obrigação, se Não Imputável ao Devedor

O principal efeito (ou o efeito primordial⁵⁰³) da impossibilidade superveniente é a resolução da obrigação, com liberação do devedor do dever primário de prestar.

Com efeito, a impossibilidade é causa de extinção das obrigações⁵⁰⁴. Assim, se a prestação se tornar impossível sem culpa do devedor, estará a obrigação resolvida para ambas

⁵⁰³BIAZI, João Pedro de Oliveira de. A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 108

⁵⁰⁴BEVILAQUA, Clovis. Direito das Obrigações. 8ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo.

as partes⁵⁰⁵, perdendo o credor o interesse de exigir a prestação, sem que faça jus a qualquer indenização⁵⁰⁶, já que a impossibilidade inimputável elimina o direito de reclamar por perdas e danos⁵⁰⁷; se houver culpa do devedor, a responsabilidade civil subsistirá, mas, como a prestação não mais é possível, cabe ao devedor responder por perdas e danos⁵⁰⁸.

Esse efeito liberatório deriva de todas as hipóteses de impossibilidade superveniente, independentemente se decorrente de fato do credor, de terceiro (exceto se o devedor responder pelos atos praticados por esse terceiro, pois, *e.g.*, é seu responsável legal), da lei ou de caso fortuito⁵⁰⁹. A liberação, inclusive, pode ocorrer mesmo no caso de a impossibilidade se verificar por um ato do devedor, desde que a extinção não possa ser-lhe imputável (ou seja, desde que não possua culpa na caracterização da impossibilidade), cabendo ao devedor demonstrar que o fato não decorre de sua culpa, já que a questão será examinada sob a perspectiva da responsabilidade contratual⁵¹⁰.

É possível afirmar que o dever de prestar, independentemente da imputabilidade do devedor, é extinto se caracterizada a impossibilidade⁵¹¹, o que é uma conclusão bastante lógica, já que o devedor não pode ser obrigado a prestar o impossível, por inexistir, mesmo que pela via forçada (isto é, por intermédio de uma medida coercitiva pelo Poder Judiciário) possibilidade de cumprimento.

Nesses termos, a imputabilidade da impossibilidade ao devedor é irrelevante no que se refere à extinção do dever de prestar. A culpa do devedor deverá ser apurada em um momento posterior, para aferição das consequências da caracterização da impossibilidade no que se refere à responsabilidade das partes, tratando-se, pois, de uma etapa prévia, que não repercute na extinção do dever de prestar. O dever de indenizar, é uma consequência que deve ser examinada isoladamente⁵¹².

1954. P. 120

⁵⁰⁵NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**, vl. I. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. P. 229.

⁵⁰⁶VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 81.

⁵⁰⁷NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**, vl. I. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. P. 234.

⁵⁰⁸BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. 8ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo. 1954. P. 120

⁵⁰⁹VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 81.

⁵¹⁰VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 81.

⁵¹¹PIRES, Catarina Monteiro. **Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia**. 1ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina. 2021. P. 14.

⁵¹²PIRES, Catarina Monteiro. **Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia**. 1ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina. 2021. P. 14.

A extinção da obrigação em razão da impossibilidade superveniente é prevista nos principais dispositivos que pautam o tema no Código Civil⁵¹³. Por isso, ante a caracterização da impossibilidade, devem ser primeiros lembradas as regras distribuídas ao longo do Código Civil que pautam cada modalidade de obrigação⁵¹⁴, pois há, para cada uma dessas modalidades uma previsão específica para disciplinar os efeitos da impossibilidade.

O art. 234 do Código Civil trata da impossibilidade de dar coisa certa⁵¹⁵, fazendo-o nos seguintes termos “Se, (...), a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a 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”. Caso a obrigação seja de restituir coisa certa, estará ela sujeita à disciplina do artigo do Código Privado, segundo o qual “Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda.”, havendo no dispositivo uma clara atribuição ao credor dos riscos da perda da coisa objeto da prestação.

As obrigações de fazer, por sua vez, são tratadas pelo artigo 248 do Diploma de Reale, que estabelece que “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.”, enquanto as obrigações de não fazer estão sujeitas à disciplina do artigo 250 do mesmo Diploma, cuja redação é a seguinte “Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar”.

Os dispositivos citados, portanto, não deixam dúvida de que, desde que se configure sem culpa do devedor, a impossibilidade resolve a obrigação.

A impossibilidade a que se referem os dispositivos legais incide *ipso iure* sobre a prestação⁵¹⁶, dispensando, assim, pronunciamento desconstitutivo emitido pelo Poder Judiciário, como ocorre na resolução pautada pela onerosidade excessiva, prevista no artigo 478 do Código Civil, que somente pode ser decretada em juízo. De fato, a impossibilidade é

⁵¹³COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 158.

⁵¹⁴MARTINS-COSTA, JUDITH. **Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V** - Tomo II, 2ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2008. PP. 102/103. Acesso em 03/11/2024.

⁵¹⁵As obrigações de dar coisa incerta estão submetidas ao mesmo dispositivo, haja vista que, após a individualização, essa espécie de obrigação está submetida ao regime das obrigações de dar coisa certa, na forma prevista no artigo 245 do Código Civil.

⁵¹⁶COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 158.

automática⁵¹⁷, não podendo o credor objetá-la, ainda que venha a executar sua contraprestação quando a prestação da parte deixou de existir ou já o tenha feito antes da configuração da impossibilidade, hipóteses em que terá apenas o direito, respectivamente, à repetição ou à restituição do montante pago⁵¹⁸.

É importante salientar que, para que se fale em resolução, o pressuposto é que se esteja diante de uma impossibilidade definitiva⁵¹⁹, pois, nesse caso, não é, em caráter permanente, o possível o cumprimento da prestação, não fazendo sentido, portanto, a manutenção do vínculo obrigacional.

Se a impossibilidade for meramente temporária não é o caso de resolução do contrato, desde que subsista o interesse do credor no recebimento impositivo da prestação (do contrário, a impossibilidade temporária será equiparada à definitiva), ficando apenas o devedor liberado de cumprir sua obrigação enquanto perdurar a situação de impossibilidade⁵²⁰ (isto é, estará afastada a exigibilidade da prestação e, conseqüentemente, estará obstado o nascimento da mora), como já exposto de forma bastante ampla e exauriente no capítulo 4.5 deste trabalho.

Racional semelhante se aplica à impossibilidade parcial, pois, se o credor ainda possuir interesse na parte residual da prestação, a resolução da obrigação estará cingida à parcela atingida pela impossibilidade, permanecendo o devedor vinculado à execução da parte ainda possível da prestação, somente se liberando se o fizer⁵²¹, como também já se expôs.

Além disso, a impossibilidade resolve a obrigação⁵²², desde que afete e impossibilite a prestação principal (a impossibilidade das prestações secundárias só pode ensejar a resolução se prejudicarem o cumprimento das prestações principais)⁵²³, não resultando, necessariamente,

⁵¹⁷O português António Menezes Cordeiro aponta que a caracterização da impossibilidade implica a caducidade, operando por força da lei (**Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 351). A afirmação, contudo, não é perfeitamente aplicável ao direito brasileiro, já que, entre nós, caducidade se refere ao estado de decadência, isto é, à perda de um direito em virtude da inércia de seu titular em exercê-lo durante o prazo previsto em lei (DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico Universitário**. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2022. P. 102), tratando-se, pois, de hipótese quem nada se relaciona com a impossibilidade.

⁵¹⁸CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 352

⁵¹⁹AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 97

⁵²⁰BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 109.

⁵²¹MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles. **Direito das Obrigações, volume II: Transmissão e extinção das obrigações, Não cumprimento e garantias de crédito**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. P. 119.

⁵²²COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 158.

⁵²³AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 95/96

na extinção do contrato, caso estejamos diante de uma obrigação surgida de uma relação contratual. Todavia, o mais comum é que, nos contratos sinalagmáticos, a impossibilidade, ao extinguir a obrigação, implique na resolução do próprio vínculo contratual, já que fulmina tanto a prestação quanto a contraprestação⁵²⁴, extinguindo, pois, seu objeto.

De todo modo, é oportuno lembrar que, como já mencionado, que não é necessariamente toda a relação obrigacional que desaparece em virtude da impossibilidade, pois outras obrigações de natureza acessória ou secundária podem subsistir, como é o caso da obrigação de notificar a sua ocorrência à contraparte, assim como o credor pode, em razão da impossibilidade, passar a fazer jus ao *commodum* de representação, que será abordado em capítulo próprio⁵²⁵.

Enfatiza-se que o ônus de comprovar que a impossibilidade não ocorreu por culpa, isto é, que não é imputável, é do devedor. E assim o é porque, em matéria de responsabilidade contratual, o credor tem a seu favor o contrato, de modo que se presume que sua insatisfação ocorre por culpa do devedor, cabendo-lhe, portanto, afastar essa presunção⁵²⁶.

Assim, cabe ao devedor comprovar os fatos que ilidem sua culpa, enquanto incumbe ao credor apenas demonstrar o inadimplemento⁵²⁷, fornecendo, assim, os elementos mínimos que permitem ao juiz presumir a culpa do devedor⁵²⁸.

Ainda, para que a impossibilidade inimputável produza seus regulares efeitos liberatórios, o credor não pode estar em mora⁵²⁹, pois, de acordo com o artigo 399 do Código Civil brasileiro⁵³⁰, o devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, ainda que resultante de caso fortuito ou força maior (ou por qualquer outra causa excludente de responsabilidade) ocorridos no período de atraso.

⁵²⁴COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 158.

⁵²⁵PIRES, Catarina Monteiro. **Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia**. 1ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina. 2021. P. 14.

⁵²⁶AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 111.

⁵²⁷ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955. P. 358

⁵²⁸AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 111.

⁵²⁹NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). Grupo GEN, 2021. P. 250. Acesso em 03/11/2024.

⁵³⁰“Art. 399. 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; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada.”

A própria regra, contudo, prevê duas exceções, nas quais o devedor, mesmo em mora, poderá gozar dos efeitos liberatórios da impossibilidade, consistentes em: (i) a isenção de culpa ou (ii) a prova de que o dano sobreviria mesmo que a obrigação fosse oportunamente desempenhada. Na dicção expressa do artigo 399 do Código Civil vigente, cabe ao devedor em mora provar a presença de uma dessas exceções caso pretenda exonerar-se de responsabilidade.

Salienta-se que o efeito liberatório tratado no presente capítulo é uma consequência da escolha do legislador, característica dos sistemas de tradição romanista (qualidade compartilhada pelos sistemas brasileiro e jurídico), de atribuir, em geral, ao credor o risco pela impossibilidade da prestação⁵³¹, já que este perde o direito a seu crédito sem poder reclamar ao credor a prestação⁵³². Essa repartição de riscos, inclusive, está relacionada ao fato de que, nesses sistemas, a responsabilidade contratual pressupõe a responsabilidade contratual do devedor que não cumpriu sua obrigação⁵³³.

Nada obsta, porém, que as partes acordem por repartir esse risco de forma diversa, atribuindo ao próprio devedor a responsabilidade por suportar as consequências da impossibilidade⁵³⁴, ainda que se configure por um fato que não lhe é imputável. É isso, inclusive, que se extrai do caput do art. 393 do Código Civil brasileiro de 2002, que isenta o devedor da responsabilidade pelos prejuízos resultantes do caso fortuito ou de força maior, “se expressamente não houver por eles responsabilizado”.

5.2. As Consequências da Impossibilidade Imputável ao Devedor

A impossibilidade que efetivamente produz efeitos liberatórios é aquela inimputável ao devedor. Se a impossibilidade for imputável, não haverá liberação, ainda que a obrigação de prestar, em si, seja resolvida⁵³⁵.

Na realidade, quando imputável, a impossibilidade produzirá efeitos idênticos ao inadimplemento (embora com ele não se confunda), consistentes, fundamentalmente, no

⁵³¹VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado: Obrigações, volume II**. São Paulo: Almedina, 2018. P. 308

⁵³²MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles. **Direito das Obrigações, volume II: Transmissão e extinção das obrigações, Não cumprimento e garantias de crédito**. 6ª Ed. Coimbra: Almeida, 2006. P. 119.

⁵³³VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado: Obrigações, volume II**. São Paulo: Almedina, 2018. P. 307.

⁵³⁴VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado: Obrigações, volume II**. São Paulo: Almedina, 2018. P. 309.

⁵³⁵BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. PP. 109/110.

nascimento do dever de indenizar (quando definitiva e imputável)⁵³⁶, além da possibilidade de sujeição do devedor à execução compulsória⁵³⁷. Resumidamente, responde o devedor pelo equivalente mais perdas e danos⁵³⁸.

Com efeito, ante a configuração da impossibilidade superveniente, quando total e definitiva, não haverá mais conduta devida⁵³⁹, pois o dever primário de prestar será extinto ante a inviabilidade de sua prática⁵⁴⁰. Esse dever primário será substituído por um secundário, consistente no dever de indenizar, que é elencado pela doutrina entre os chamados “deveres autônomos sucedâneos ao dever primário”⁵⁴¹, cujo propósito é reparar o credor pela frustração do interesse útil do credor no inadimplemento. Ou seja, o credor fica privado do exercício de uma pretensão ao cumprimento *in natura* da prestação devida, mas poderá, se preenchidos os requisitos estabelecidos pela responsabilidade civil, exigir a indenização pelos danos sofridos pelo não cumprimento⁵⁴².

É importante ressaltar que, diferentemente do que ocorre no inadimplemento, o qual admite situações de imputação objetiva, o fator de responsabilização exigido pelo legislador é a culpa⁵⁴³, conforme se nota com clareza das disposições específicas que tratam do assunto, que condicionam a responsabilidade do devedor à sua culpa na configuração da impossibilidade⁵⁴⁴. É seguro afirmar, portanto, que a impossibilidade imputável é a culpável⁵⁴⁵.

Nanni⁵⁴⁶ explica que a culpa referida pelo legislador ao disciplinar (de forma esparsa) a impossibilidade não é aquela relativa à responsabilidade extracontratual (ou seja, aquela prevista no artigo 186 do Código Civil brasileiro), devendo ser entendida, portanto, em sentido

⁵³⁶COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 155.

⁵³⁷SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil. Obrigações em geral, vl. II**. 6ª Edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1999. P. 57.

⁵³⁸NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações, vl. I**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. P. 231.

⁵³⁹BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 110.

⁵⁴⁰BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 111/112.

⁵⁴¹BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 111/112.

⁵⁴²PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019. P. 57.

⁵⁴³COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 156.

⁵⁴⁴Vide, por exemplo, o artigo 239 do Código Civil brasileiro, que trata da responsabilidade do devedor que deixar perecer a coisa objeto de uma obrigação de dar coisa certa: “Art. 239. Se a coisa se perder por culpa do devedor, responderá este pelo equivalente, mais perdas e danos.”

⁵⁴⁵AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de Aguiar. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 104.

⁵⁴⁶NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2ª edição). Grupo GEN, 2021. P. 250. Acesso em 03/11/2024.

lato, como a conduta devida no seio de uma relação contratual. Assim, se a prestação se tornar impossível, é necessário sempre se indagar se o devedor é ou não culpado, isto é, se cometeu ou não ação ou omissão culposa, pois, se o for, estará resolvida a obrigação; se não for, o credor poderá exigir o equivalente mais perdas e danos⁵⁴⁷.

Aguiar Júnior⁵⁴⁸, por outro lado, manifesta posição pouco diferente, pois, quando se refere à culpa, o faz em sentido muito mais próximo daquele tratado pelo artigo 186 do Código Civil, indicando que sua caracterização pode advir de um comportamento assumido por dolo (a vontade consciente de obter o inadimplemento) ou por culpa em sentido estrito (mediante um ilícito ou à violação de um dever de diligência, que acarreta o inadimplemento, mas sem buscá-lo), que ainda seja reprovável.

A posição de Nanni⁵⁴⁹, contudo, parece ser a mais acertada, pois, no âmbito dos contratos bilaterais, eventual culpa do devedor será, efetivamente, aferida com base no comportamento que dele se esperava no curso da relação contratual, e não levando em consideração as balizas estabelecidas no artigo 186 do Código Civil, que trata do ato ilícito no âmbito das relações extracontratuais.

É importante notar que, segundo Aguiar Júnior⁵⁵⁰, quando a configurada a impossibilidade por culpa o devedor, o credor dispõe de duas alternativas (i) exigir a manutenção do contrato, isto é que as obrigações das partes sejam mantidas, com requerimento do montante equivalente à prestação impossibilitada (isto é, o montante representativo da coisa⁵⁵¹), além das perdas e danos ou (ii) resolver o contrato e exigir perdas e danos, na forma do artigo 475 do Código Civil brasileiro⁵⁵².

Relativamente à primeira alternativa, de acordo com Nanni⁵⁵³, a despeito da impossibilidade, será possível a manutenção do contrato inclusive para promoção da execução específica se, no caso concreto, a coisa objeto da obrigação comportar substituição por outra (a

⁵⁴⁷NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações**, vl. I. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959. P. 231.

⁵⁴⁸AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 104 e 109.

⁵⁴⁹NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2º edição). Grupo GEN, 2021. P. 250. Acesso em 03/11/2024.

⁵⁵⁰AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 104.

⁵⁵¹NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2º edição). Grupo GEN, 2021. P. 250. Acesso em 03/11/2024.

⁵⁵²“Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos.”

⁵⁵³NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2º edição). Grupo GEN, 2021. P. 250. Acesso em 03/11/2024.

reposição exata não viável, pois a impossibilidade somente pode se caracterizar sobre coisas infungíveis), hipótese em que o credor pode optar por receber coisa ligeiramente distinta, mas semelhante em gênero qualidade ou quantidade.

De outro lado, a eventual indenização por perdas e danos deverá ser quantificada de acordo com os mesmos dispositivos que pautam a mensuração da reparação devida pelo ofensor no âmbito da responsabilidade extracontratual. Assim, deverá ser quantificada em pecúnia, em atenção à ordem de preferência estabelecida no artigo 947 do Código Civil⁵⁵⁴, assim como mensurada sob o prisma do interesse contratual negativo e de acordo com o dano efetivamente sofrido pelo devedor⁵⁵⁵, conforme mandamento do artigo 944 do mesmo diploma⁵⁵⁶.

É importante reiterar que a responsabilidade do devedor está vinculada aos atos por ele praticados, já que a imputabilidade do devedor pela responsabilidade pressupõe a culpa e esta, por sua vez, é uma expressão da personalidade⁵⁵⁷, de modo que, em regra, o devedor não pode responder por atos de terceiros.

Essa regra, contudo, não é absoluta, podendo ser excetuada, segundo Aguiar Júnior⁵⁵⁸, em uma das situações previstas no artigo 932 do Código Civil⁵⁵⁹, que consagra as hipóteses de responsabilidade civil por fato de terceiro, bem como nossas hipóteses em que o devedor se fizer cumprir por terceiro no cumprimento da obrigação.

Aguiar Júnior⁵⁶⁰ ressalva, porém, que, no caso em exame, para exonerar-se de responsabilidade, o devedor não pode afirmar que não incorreu em *culpa in vigilando* ou *in elegendo*, uma vez que a responsabilidade sobre a impossibilidade é de natureza contratual, de

⁵⁵⁴“Art. 947. Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente.”

⁵⁵⁵BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 112.

⁵⁵⁶“Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.”

⁵⁵⁷AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. PP. 110/111.

⁵⁵⁸AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 110.

⁵⁵⁹“Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.”

⁵⁶⁰AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. PP. 110/111.

modo que, se houver descumprimento, mesmo que não haja culpa (do próprio devedor ou de terceiro), haverá responsabilização.

5.3. As Consequências da Impossibilidade Imputável ao Credor

Ante a compreensão que hoje prevalece de que a relação obrigacional constitui um vínculo complexo, o qual pressupõe que ambas as partes se auxiliem para que o adimplemento seja alcançado, é natural que a realização do programa contratual também exija alguma colaboração do credor, que, acaso se omita de prestá-la, incorrerá na mora do credor⁵⁶¹ (também denominada *mora accipiendi* ou *mora creditoris*). Essa falta de colaboração pode ser tão intensa que até mesmo venha a impossibilitar a prestação, como no caso em que o credor destrói o automóvel que deveria ser reparado pelo devedor⁵⁶², motivo pelo qual é relevante avaliar o comportamento do credor também é relevante para o desenvolvimento do presente trabalho.

Antes de prosseguir, esclarece-se que se alinha à posição de Cordeiro⁵⁶³, no sentido de que a mora do credor não se confunde com a impossibilidade da prestação, pois esta deve ser examinada à luz da viabilidade da prestação e não sob a perspectiva do comportamento esperado do credor. Feita essa distinção, não se aprofundará neste trabalho os efetivos requisitos e pressupostos para a caracterização da mora do credor, tampouco a exaustão dos contornos desse instituto, pois o presente estudo se dedica ao exame da impossibilidade da prestação, não se pretendendo invadir a teoria do inadimplemento (relativo ou absoluto, imputável ao devedor ou ao credor).

Assim, examinar-se-á o comportamento e, conseqüentemente, a mora do credor apenas naquilo que repercutir na esfera da impossibilidade da prestação.

Nem o Código Civil brasileiro, que trata do tema em seu artigo 400⁵⁶⁴, nem o Código Civil português, que o disciplina em seus artigos 795⁵⁶⁵, item 2 (aplicável às impossibilidades),

⁵⁶¹CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 378.

⁵⁶²CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 378.

⁵⁶³CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 380.

⁵⁶⁴“Art. 400. A mora do credor subtrai o devedor isento de dolo à responsabilidade pela conservação da coisa, obriga o credor a ressarcir as despesas empregadas em conservá-la, e sujeita-o a recebê-la pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.”

⁵⁶⁵“Artigo 795.º (Contratos bilaterais) (...) 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.”

e 813⁵⁶⁶ e seguintes (em caráter geral), são exaustivos no que diz respeito aos pressupostos de caracterização da imputabilidade do credor pela impossibilidade da prestação. O diploma brasileiro se limita a tratar dos efeitos da mora do credor, enquanto a norma portuguesa não esclarece em que consiste o motivo injustificado, que é pressuposto para a caracterização da *mora accipiendi* no direito português, de modo que os diplomas citados não esclarecem em que circunstâncias a impossibilidade pode ser imputada ao credor⁵⁶⁷.

Apesar dessa omissão, o diploma português, no já citado artigo 795, item 2, estabelece uma consequência relevante produzida pela impossibilidade imputável ao credor, que consiste na manutenção de manutenção de sua obrigação de contraprestar, hipótese em que o devedor gozará dos efeitos típicos da impossibilidade e estará dispensado do dever de prestar. Trata-se de disposição que, segundo Pires⁵⁶⁸, desvia a contraprestação de seu rumo normal, que é o da extinção em razão do perecimento da prestação, pois, como relembra, via de regra, sem prestação, não há contraprestação.

A razão desse desvio é muito bem esclarecida por Cordeiro⁵⁶⁹, que aponta que o devedor permanece vinculado à contraprestação para evitar que ele desista da prestação e sacrifique injustamente o interesse do credor, bem como é estabelecida em caráter de censura, para que ele não retire proveito do seu próprio comportamento ilícito.

É importante ressaltar que, para prevenir o enriquecimento sem causa, a parte final do já citado artigo 795, item 2, do CCP, autoriza expressamente que sejam deduzidos da contraprestação todos os benefícios colhidos pelo devedor em razão da impossibilitação.

Segundo Pires⁵⁷⁰, esses benefícios abrangem não apenas as despesas poupadas pelo devedor em razão da impossibilidade, mas também tudo aquilo que ele adquiriu ou que maliciosamente se omitiu de adquirir com sua completa liberação, já que, em relação a este último caso, como o sentido da norma examinada não é o de criar uma situação de vantagem, o devedor não pode se aproveitar da situação para perder uma oportunidade alternativa de rentabilização visando a colher um ganho indevido perante o credor.

⁵⁶⁶“Artigo 813.º (Requisitos) O credor incorre em mora quando, sem motivo justificado, não aceita a prestação que lhe é oferecida nos termos legais ou não pratica os actos necessários ao cumprimento da obrigação.”

⁵⁶⁷PIRES, Catarina M. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. P. 653.

⁵⁶⁸PIRES, Catarina M. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. P. 651.

⁵⁶⁹CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 382.

⁵⁷⁰PIRES, Catarina M. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. P.P 765/766.

Para avaliar a existência de alguma falta de colaboração do devedor, que impacte na possibilidade da prestação, é necessário aferir se existe algum dever principal, acessório ou lateral, inclusive derivados da boa-fé, que impõe ao credor a prática de determinado ato ou diligência voltados a tornar possível ou facilitar o cumprimento pelo devedor⁵⁷¹. Assim, é necessário realizar juízo verdadeiro normativo, para aferir se houve a inobservância de algum dever exigível do credor, o que é pressuposto elementar à sua imputabilidade⁵⁷².

Registra-se que o Código Civil brasileiro não possui previsão regra similar àquela do artigo 795, item 2, do CCP, nem qualquer outra que trate, especificamente das consequências surtidas pela impossibilidade imputável ao credor.

Contudo, não se vislumbra qualquer embaraço para que se aplique no Direito brasileiro a mesma solução apresentada pela codificação portuguesa, como inclusive defende Pontes de Miranda⁵⁷³, que admite que o credor permaneça obrigado à contraprestação caso dê causa à impossibilidade. Essa consequência, inclusive, é bastante semelhante àquela atribuída suportada ao devedor caso a impossibilidade se efetive por sua culpa (hipótese em que, a despeito da impossibilidade, ainda estará obrigado ao equivalente da prestação, acrescido das perdas e danos suportados pelo credor), o que somente confirma o entendimento pela possibilidade de, entre nós, dar-se à impossibilidade imputável ao credor a mesma resposta oferecida à situação pelo artigo 795, item 2, do Código Civil português.

Imperioso salientar que a configuração da mora do credor produz em seu favor diversas consequências desvantajosas, sendo que aquela que mais interessa ao presente trabalho é aquela segundo o qual o risco pela impossibilidade não dolosa passa a correr por conta do credor⁵⁷⁴, conforme se infere do artigo 815, item 1, do CCP.

No Brasil, a mora do credor é tratada apenas pelo artigo 400 do CCB, restando configurada, segundo Nanni, quando o credor não recebe o pagamento no tempo, lugar e forma

⁵⁷¹CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 380.

⁵⁷¹PIRES, Catarina M. **Impossibilidade da Prestação**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020. PP. 759 e 761.

⁵⁷²CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 382.

⁵⁷³MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P. 190.

⁵⁷⁴CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 378.

estabelecidos pela lei ou por convenção das partes, em conformidade, como sustenta o autor, com o art. 394, do Código Civil brasileiro⁵⁷⁵ (que, na verdade, disciplina a mora do devedor).

Como já dito, o dispositivo em exame se limita a estabelecer as consequências da mora do credor, consistentes em (i) subtrair o devedor isento de dolo a responsabilidade pela conservação da coisa; (ii) obrigar o credor a ressarcir as despesas empregadas pelo devedor para conservar o objeto da prestação; e (iii) sujeitar o credor a receber a coisa pela estimação mais favorável ao devedor, se o seu valor oscilar entre o dia estabelecido para o pagamento e o da sua efetivação.

O item “i” citado, que se identifica com a previsão constante do já citado artigo 815, item 1, do CCP, aponta para o único efeito que tem alguma pertinência com o tema da impossibilidade, eis que implica em uma genuína transferência de riscos por sua caracterização⁵⁷⁶. Embora a *mora accipiendi* não extinga por completo a obrigação de o devedor zelar pela coisa objeto da prestação (essa obrigação é meramente atenuada)⁵⁷⁷, o fato é que, após a configuração de sua mora, o credor passa a responder pelo risco da impossibilidade superveniente à mora, exceto se houver dolo do devedor⁵⁷⁸.

Assim, a mora do credor tem por consequência direta a mitigação da imputabilidade do devedor (ou alargamento de sua inimputabilidade), já que, diante de tal mora, ele só será responsabilizado se, por dolo, der causa à impossibilitação. Nas demais hipóteses, mesmo que sua culpa em sentido estrito seja verificada, não haverá possibilidade de imputação.

Apesar desse efeito, parece-nos que, no ordenamento jurídico brasileiro, a mora do credor, ainda que venha a se tornar definitiva e, conseqüentemente, determine a extinção do contrato, não deve ser analisada sob a ótica da teoria da impossibilidade. Isso se deve ao fato de não existir dispositivo legal que a inclua nessa teoria, bem como por a mora de o credor pressupor a verificação de atos que lhe são exigíveis para que o adimplemento seja possível, estando, pois, relacionada com o próprio adimplemento da obrigação

⁵⁷⁵NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2º edição). Grupo GEN, 2021. P. 377. Acesso em 03/11/2024.

⁵⁷⁶GOMES, Orlando. **Obrigações**. Disponível em: Minha Biblioteca, (19th edição). Grupo GEN, 2019. P. 98. Acesso em 03/11/2024.

⁵⁷⁷NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (2º edição). Grupo GEN, 2021. P. 378. Acesso em 03/11/2024.

⁵⁷⁸COSTA E SILVA; Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2020. P. 285

Por essa razão, entende-se que a mora do credor, ainda que constitua um obstáculo (ou uma impossibilidade) à entrega da prestação, é um tema ligado ao inadimplemento e, portanto, deve ser tratado pelas regras jurídicas que regem esse instituto. Caso, durante o período de mora do credor, a impossibilidade da prestação se materialize, cabe apenas examinar essa impossibilidade sob a perspectiva do devedor, para aferir, à luz de sua imputabilidade, quais serão as consequências que ele (devedor) suportará (isto é, se será liberado ou se permanecerá vinculado ao credor).

5.4. Do destino da Contraprestação e o *Commodum de Representação*

A impossibilidade da prestação ainda poderá produzir efeitos particulares sobre os contratos sinalagmáticos (assim entendidos como aqueles em que o dever de prestar de uma das partes contratantes se encontra em relação de correspectividade com um dever de prestar da contraparte⁵⁷⁹), pois, em relação a estes contratos, a impossibilidade da prestação pode influir na contraprestação devida pelo credor.

O Código Civil brasileiro, diferentemente do que faz a legislação portuguesa (art. 795, item 1 do CCP), não disciplina, expressamente, qual é o destino da contraprestação em face da impossibilidade da prestação, imputável ou não. Todavia, é possível extrair do próprio sistema qual é esse destino, tanto no caso de impossibilidade inimputável, quanto no caso de impossibilidade imputável.

De fato, o artigo 234 do Código Civil brasileiro, que, embora discipline as prestações de dar, possui lógica que se aplica às demais prestações (notadamente porque os dispositivos que as disciplinam estabelecem regras bastante semelhantes), estabelece claramente que, ante a impossibilidade da prestação (pela perda da coisa), “fica resolvida a obrigação para ambas as partes”. E como a obrigação fica resolvida para “ambas as partes”, a conclusão que se impõe é que a contraprestação também é resolvida pela impossibilidade⁵⁸⁰, quando não imputável ao devedor.

⁵⁷⁹BIAZI, João Pedro de Oliveira de. A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 115.

⁵⁸⁰BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021. P. 115.

Pontes de Miranda⁵⁸¹ esclarece a razão de ser dessa resolução, expondo que, pela impossibilidade, o devedor “deixa de dever”, não podendo, portanto, o credor exigir a prestação, já que, em verdade, ele sequer continua a titular de um crédito. Como consequência de sua liberação, o devedor perde o direito à prestação, por ter deixado de ser devedor da prestação, exceto se o próprio credor tiver dado causa à impossibilidade⁵⁸².

A extinção da contraprestação, portanto, é uma consequência lógica produzida nos contratos bilaterais (quando a impossibilidade for inimputável), pois, ficando o devedor desonerado da prestação em virtude da impossibilidade, ele também deve perder o direito à contraprestação, que é o correspectivo da prestação⁵⁸³. Conclusão diversa, aliás, seria injusta e fomentaria o enriquecimento sem causa do devedor, pois ele permaneceria titular de uma vantagem perante o credor sem que estivesse obrigado a reverter-lhe o correspectivo dessa vantagem.

Assim, caso a contraprestação ainda não tenha sido realizada, deve ela ser excluída, sem prejuízo da subsistência de algum outro dever lateral independente da prestação; caso já tenha sido realizada, deverá ela restituída pelo devedor, sob a égide das regras do enriquecimento sem causa⁵⁸⁴. Essas soluções, malgrado textualmente previstas apenas no já citado artigo 795, item 1, do CCP, não possuindo correspondência no CCB, reputa-se perfeitamente aplicável ao ordenamento jurídico brasileiro, pois harmônicas com o efeito extintivo que é produzido pela impossibilidade superveniente inimputável, o qual impõe o retorno das partes ao estado anterior⁵⁸⁵.

Atente-se que as regras acima são aplicáveis apenas à impossibilidade total. Se a impossibilidade for meramente parcial, e desde que subsista o interesse do credor na parte residual da prestação, não deve haver exclusão da contraprestação, mas deverá ela ser meramente reduzida, proporcionalmente à parcela da prestação que foi objeto da impossibilidade⁵⁸⁶.

⁵⁸¹MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P. 190.

⁵⁸²MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P. 190.

⁵⁸³VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral**. Vol. II. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 84.

⁵⁸⁴PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019, P. 51.

⁵⁸⁵TEPEDINO, Gustavo, e Anderson Schreiber. **Fundamentos do Direito Civil - Vol. 2 - Obrigações**. Disponível em: Minha Biblioteca, (5ª edição). Grupo GEN, 2024. P. 55. Acesso em 03/11/2024.

⁵⁸⁶MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V - Tomo II, 2ª edição**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2008. P. 305 Acesso em 03/11/2024.

Caso, contudo, a impossibilidade seja imputável ao devedor, a contraprestação poderá seguir outro destino, a depender do desfecho dado à obrigação pelo credor.

Conforme exposto em capítulos anteriores, a impossibilidade imputável ao devedor não produz efeitos liberatórios, pois, por ter dado causa ao perecimento do objeto da prestação, ele responde perante o credor pelo equivalente mais perdas e danos, conforme se extrai dos artigos 234, 239, 248, 250 do Código Civil brasileiro.

Na realidade, a impossibilidade imputável ao devedor faz nascer o direito resolutivo do credor, que pode optar por resolver a obrigação ou lhe executar por meio do equivalente⁵⁸⁷, sem prejuízo, em qualquer desses casos, de seu pedido pelas perdas e danos.

Caso opte por resolver o contrato, a contraprestação deve, também, ser extinta, já que como o credor não receberá nem a prestação e nem qualquer outra coisa que a sub-rogue (inclusive uma indenização), não faz sentido que se mantenha obrigado a seu corresponsável. Nesse caso, portanto, o destino selado à contraprestação em vista da impossibilidade imputável será muito semelhante àquele que se sucederia caso a impossibilidade não pudesse ser atribuída ao devedor, exceto por sua obrigação de pagar as perdas e danos suportadas pelo credor.

Todavia, se o credor pretender compensar-se pelo comportamento ilícito do devedor (que deu causa à impossibilitação), pedindo o equivalente, permanecerá vinculado à contraprestação, sem prejuízo de seu direito a perdas e danos⁵⁸⁸. Essa, aliás, é a única solução admitida pela vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CCB), que impede que o credor exija qualquer prestação (ainda que em caráter substitutivo) sem antes cumprir aquela a que obrigado, conforme se infere do artigo 476, do Código Civil brasileiro, segundo o qual “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

Ainda sobre o tema, é importante destacar que a contraprestação também não será extinta caso o credor opte por exercer o direito de sub-rogar se em alguma vantagem adquirido pelo devedor em virtude da impossibilidade, imputável ou não ao devedor.

Esse direito, é tratado, sob a denominação de *commodum* de representação, pelo artigo 794 do Código Civil português, que o faz nos seguintes termos:

⁵⁸⁷AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 99.

⁵⁸⁸AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004. P. 114.

Se, por virtude do facto que tornou impossível a prestação, o devedor adquirir algum direito sobre certa coisa, ou contra terceiro, em substituição do objecto da prestação, pode o credor exigir a prestação dessa coisa, ou substituir-se ao devedor na titularidade do direito que este tiver adquirido contra terceiro.

O exemplo clássico oferecido para ilustrar o direito em exame corresponde à indenização paga ao devedor por uma sociedade seguradora em razão do perecimento do bem, a qual passa a ser de titularidade do credor caso exerça a faculdade da sub-rogação⁵⁸⁹.

Não interessa ao presente trabalho tratar, especificamente, do instituto em exame (ou seja, de seus contornos e requisitos), cujo propósito, segundo Menezes Leitão, é corrigir o enriquecimento do devedor que obtém, em razão da impossibilidade, um benefício⁵⁹⁰. Contudo, convém apontar, pela pertinência com a matéria objeto deste subcapítulo, que o credor tem a faculdade de optar pelo *commodum* de representação, ao invés de optar pela extinção do vínculo obrigacional, permanecerá obrigado à contraprestação⁵⁹¹, não podendo, portanto, desonerar-se (caso ainda não realizada) ou exigir sua restituição (caso já realizada)⁵⁹².

Realmente, o credor não pode cumular o *commodum* de representação com a extinção da contraprestação (isso fomentaria o enriquecimento sem causa), podendo, no entanto, ser reduzida essa contraprestação na proporção da vantagem obtida pela sub-rogação, caso ela não equivalha integralmente à prestação impossibilitada⁵⁹³.

Ressalta-se, ainda, que o direito de escolha pelo *commodum* de representação é de natureza potestativa, podendo o credor exercê-lo por meio de simples manifestação de vontade⁵⁹⁴. Esse direito só lhe será negado caso dê causa à impossibilidade, hipótese em que poderá apenas deduzir da contraprestação o benefício corresponde à vantagem colhida pelo devedor, nos termos expostos no capítulo antecedente⁵⁹⁵.

⁵⁸⁹CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 369.

⁵⁹⁰MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles. **Direito das Obrigações, volume II: Transmissão e extinção das obrigações, Não cumprimento e garantias de crédito**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. P. 120.

⁵⁹¹MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles. **Direito das Obrigações, volume II: Transmissão e extinção das obrigações, Não cumprimento e garantias de crédito**. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 2006. P. 272.

⁵⁹²VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral. Vol. II**. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 84.

⁵⁹³VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral. Vol. II**. 7ª Edição. Coimbra: Livraria Almedina. 1997. P. 85.

⁵⁹⁴CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 369.

⁵⁹⁵CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017. P. 369.

O Código Civil brasileiro não possui dispositivo análogo ao artigo 794 do Código Civil português, porém não se verifica qualquer obstáculo para que, visando à manutenção do vínculo contratual, seja admitida sub-rogação prevista no artigo 794 do CCP, para que assim tal vínculo não seja extinto. Essa é a posição de Pontes de Miranda⁵⁹⁶, que, apesar da lacuna legislativa, entende, expressamente, que o credor tem o direito de se fazer titular de qualquer pretensão ou indenização surgida em razão da impossibilidade, permanecendo, nesse caso, obrigado à contraprestação.

⁵⁹⁶MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2012. P. 190.

6. CONCLUSÃO

O objetivo da presente dissertação é a exposição do regime jurídico aplicável à impossibilidade da prestação no ordenamento jurídico brasileiro, a partir, principalmente, da exposição das regras jurídicas que pautam o tema e da análise de estudos doutrinários, produzidos no Brasil e Portugal, que o explicam de forma exauriente.

Concluído esse trabalho, endossa-se as palavras de Pontes de Miranda, no sentido de que o tema da impossibilidade é um dos mais árdios do direito privado nacional, o que se deve, muito, pela ausência de contornos claros a respeito da configuração e consequências das diferentes espécies de impossibilidade, a qual deve ser entendida como uma categoria autônoma de extinção da relação jurídico-obrigacional, apartada do instituto do inadimplemento absoluto (quando definitiva), ainda que seus efeitos sejam semelhantes e, como visto, seja possível tomar-se de empréstimo algumas regras que pautam referido instituto quando a impossibilidade se configurar por culpa do devedor.

A relação da omissão legislativa com a dificuldade no exame das impossibilidades é manifesta quando se verifica que os principais pontos de controvérsia suscitados pela doutrina decorrem, justamente, da falta de suporte normativo para resolvê-los. É o caso da (i) possibilidade de atribuir-se efeitos liberatórios às impossibilidades relativa e subjetiva (que pela ausência de regra que as define, são até mesmo confundidas pela doutrina); (ii) a subsistência do dever de prestar diante da caracterização das impossibilidades temporária e parcial; e (iii) do enquadramento da teoria da frustração do fim do contrato como impossibilidade da prestação.

Antes de apresentar uma resposta a esses pontos controvertidos, é necessário antecipar que se entende que, de fato, a obrigação deve ser entendida como processo, cujo propósito é a satisfação do interesse do credor. Assim:

1. Conclui-se que a prestação deve ser entendida em sua concepção restrita, segundo a qual as circunstâncias em torno do negócio jurídico devem ser consideradas para defini-la. Também, adota-se o conceito misto de prestação, de acordo com o qual a prestação é a atividade do devedor que deve garantir um resultado prático ao credor.

E assim se entende, porque ninguém se vincula ao acaso, ou com o propósito de executar uma conduta aleatória e indeterminada (a determinabilidade, na verdade, é um atributo indispensável da prestação). Ao contrário, a prestação, que sempre pressuporá algum

comportamento do devedor (ainda que negativo), destina-se a atender a um interesse do credor (que pode ser genérico ou específico), de modo que nem a atividade do devedor e nem o resultado dessa atividade podem ser desconsiderados na delimitação do conceito de prestação.

2. Dito isso, e partindo para a resposta do primeiro principal ponto de controvérsia, reputa-se que a impossibilidade subjetiva (quando se referir a obrigações fungíveis, já que a impossibilidade subjetiva é equiparada à objetiva nas obrigações infungíveis) e a relativa não podem ser consideradas, verdadeiramente, como impossibilidades e, por isso, não devem receber o efeito liberatório que é próprio do instituto.

Defende-se que a impossibilidade possui um alcance bastante restrito, quase que gramatical, abrangendo apenas aquelas situações em que a prestação, em si mesma considerada (ou seja, examinada do ponto de vista objetivo), não for, de fato, possível, a despeito das condições pessoais do devedor ou da dificuldade em executá-la

Essa impossibilidade não se verifica quando o devedor, por condições que lhe são próprias, como uma doença que o acometa ou por dificuldades financeiras, não puder prestar, pois a prestação, em si, permanece possível. Não há impossibilidade.

Atente-se que, dizer que a impossibilidade subjetiva e a relativa não são liberatórias não implica dizer que o devedor está obrigado a executar uma prestação maculada por essas espécies de impossibilidades, pois nosso sistema oferece alternativas nas quais uma circunstância pessoal do devedor ou a dificuldade no cumprimento da obrigação pode liberá-lo do dever de prestar.

Cita-se o exemplo, apresentado pela doutrina, da cantora que vê seu filho falecer no dia em que deveria se apresentar em um espetáculo. Trata-se de nítida hipótese de impossibilidade subjetiva (apesar de, em certas circunstâncias, a obrigação de se cantar em um espetáculo possa ter caráter infungível e, nessa situação, o tratamento deve ser o dado à impossibilidade objetiva), pois a prestação não deixou de ser possível, mas, um caso fortuito ou de força maior (é irrelevante distinguir esses institutos), produziu uma condição particular na devedora, que tornou inexigível o cumprimento da obrigação pactuada.

A liberação da cantora não depende da aplicação da teoria citada, pois há diversas regras jurídicas que autorizam a situação a atribuir eficácia liberatória na situação examinada, como é o caso do artigo 393 do Código Civil, que isenta o devedor das consequências do

inadimplemento resultante de caso fortuito ou força maior (exceto se tiver assumido responsabilidade por suas consequências).

No mesmo sentido, eventual exigência do credor para que a prestação seja fielmente cumprida é manifestamente abusiva e, por isso, pode ser afastada com base na proibição do abuso do direito (art. 187 do Código Civil) e na sua contradição com a boa-fé objetiva (art. 422 do CC), que obviamente não é compatível com exigências despropositadas e contrárias ao próprio sentimento de humanidade, como é imposição de que alguém se apresente exatamente na data em que se filho faleceu.

Lógica semelhante se aplica à impossibilidade relativa. Ora, a dificuldade de prestar não pode, nunca, caracterizar impossibilidade, pois a atividade do devedor e a obtenção do resultado esperado pelo credor ainda são possíveis, embora isso implique em ônus adicional ao devedor. Assim, mesmo que haja certa exorbitância no ônus imposto ao devedor e/ou transgressão do limite do sacrifício, não é o caso de aplicar-se a teoria da impossibilidade.

A situação pode (e deve) ser conduzida às disposições legais que pautam a resolução do contrato pela onerosidade excessiva (art. 478 e 480 do CCB), do abuso do direito (artigo 187 do CCB), da vedação ao enriquecimento sem causa (art. 884 do CCB) e da boa-fé objetiva (art. 422 do CCB), o que, inclusive se entender ser a solução mais justa, pois diante da onerosidade excessiva, o credor interessado na prestação, ainda que mais custosa (a prestação pode ser específica), pode oferecer-se para modificar as condições do contrato e assim sanar a onerosidade suportada pelo devedor (art. 479 do CC), atendendo assim, a princípios básicos do direito civil, como é o da função social do contrato e da preservação dos negócios jurídicos.

3. Relativamente à subsistência do dever de prestar ante a configuração da impossibilidade parcial ou da temporária, entende-se que a questão deve ser resolvida com base no empréstimo das regras que pautam o inadimplemento absoluto e a mora (artigos 395 e ss. do CCB), pois, como bem observado por Paula Costa e Silva e Judith Martins-Costa, há certa proximidade axiológica entre os institutos em exame, a justificar o emprego da analogia.

Ante esse empréstimo, entende-se que é uma faculdade (e não um dever) do credor aceitar a prestação parcial ou em tempo diverso daquele pactuado, pois, se o vínculo obrigacional é estruturado para atender seu interesse, é ele que deve se manifestar apontando se este interesse subsiste diante da caracterização da impossibilidade parcial ou temporária, nos termos do artigo 395, parágrafo único, do CCB, pois, em ambos os casos, o credor receberá prestação diversa (ainda que em seu tempo ou em quantidade) daquela pactuada, coisa que não

pode ser obrigado a aceitar, por disposição expressa do artigo 313 do CCB. É dizer: o credor tem o direito de dizer se aceita ou não a prestação entregue parcialmente ou a destempo, ainda que o devedor não seja culpado pela situação.

Esse direito, porém, como qualquer outro, deve ser exercido observados os limites da boa-fé objetiva, de modo que se levado a efeito em manifesto abuso (*e.g.*, o credor rejeita a prestação diante uma impossibilidade temporária mínima, que não lhe gerou qualquer prejuízo, ou quando a impossibilidade parcial afeta uma parte irrelevante da prestação), poderá o direito do credor ser condicionado pelo Juiz, para que seja mantido o vínculo obrigacional, ainda que atingido pela impossibilidade parcial ou temporária. A análise de eventual abuso do direito do credor, porém, deve ser feita caso a caso, considerando as particularidades do negócio jurídico

4. Quanto ao último ponto de debate, adota-se o entendimento doutrinário majoritário no País, consolidado no Enunciado nº 166 da III Jornada de Direito Civil, segundo o qual a frustração do fim do contrato não constitui e nem está abrangida pela teoria da impossibilidade.

Malgrado se concorde que o resultado é intrínseco ao conceito de prestação, que também deve ser entendida sob sua perspectiva concreta, entende-se que a impossibilidade está restrita aos casos em que a obrigação é, de fato, impossível, devendo estar à margem dessa teoria as situações na qual a prestação ainda seja viável, mesmo que o credor não possa dela extrair proveito, como se verifica nas hipóteses de frustração do fim do contrato, nas quais a prestação permanece possível (o pressuposto da teoria é, justamente, a existência de uma obrigação possível, porém, não representa qualquer vantagem ao credor).

Nesse contexto, destaca-se a posição de Catarina Pires, no sentido de que, apenas quando a prestação tiver um fim específico e claro, que é comum às partes, é que poderá se falar que a vulneração do fim do contrato caracteriza a impossibilidade da prestação. Nesse caso, porém, estar-se-á diante de uma evidente situação de impossibilidade, não se falando em mera frustração do fim, pois se o fim programado pelas partes (ou seja, o resultado atribuído à prestação), não puder ser atingido, a prestação é impossível (há impossibilidade do atingimento do fim, e não mera frustração).

Em sentido oposto, na hipótese de se estar diante de uma prestação que é possível, mas que meramente não gera proveito prático ao credor, estar-se-á no domínio da teoria da frustração do fim do contrato, de modo que a situação poderá ser subsumida a essa teoria, para assim receber o tratamento que lhe é peculiar, caso preenchidos os requisitos para sua aplicação (que não são objeto do presente trabalho).

5. Da mesma forma, conclui-se que apesar da singeleza da legislação no tratamento do assunto, é possível extrair do próprio sistema jurídico as repercussões da caracterização da impossibilidade sobre o contrato (quando definitiva e total), pois, a regra geral é, se a impossibilidade for inimputável ao devedor, a obrigação é resolvida, ficando ele liberado do dever de presar, embora também perca o direito à contraprestação (que deverá ser restituída, caso já tenha sido recebida), exceto se o credor, a seu critério, optar pelo *commodum* de representação; e, se lhe for imputável, ainda poderá haver a resolução da obrigação, mas, mesmo neste caso, o devedor não estará liberado, ficando obrigado no mínimo ao pagamento das perdas e danos.

6. Conclui-se que, ao menos no ordenamento jurídico brasileiro, a mora do credor não deve ser tratada no âmbito da impossibilidade da prestação. Isso porque a mora, que pode ser convertida em inadimplemento absoluto caso assuma um caráter definitivo, somente se concretiza com o descumprimento de um dever exigível do credor. Por essa razão, embora a matéria possa gerar alguma repercussão em situações de impossibilidade (como a redução da imputabilidade do devedor), deve ser absorvida e tratada no campo do inadimplemento.

REFERÊNCIAS

Agência Câmara de Notícias. **CÂMARA DOS DEPUTADOS. História do novo Código Civil**, 13/01/2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/24906-historia-do-novo-codigo-civil/>. Acesso em 12/05/2024.

ALMEIDA, Candido Mendes (1818-1881). **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal**: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I; v. 4. Brasília: Senado Federal. 2013.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2004.

ALVIM, Agostinho. **Da Inexecução das Obrigações e suas Consequências**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva. 1955.

BARBOSA, Rui. **Parecer sobre a redação do projecto da Câmara dos Deputados**. Rio de Janeiro: Impr. Nacional. 1902.

BARROS, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil; v. 1: parte geral**. – 40ª Ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2005.

BENACCHIO, Marcelo. **Inadimplemento das Obrigações**. in LOTUFO, Renan; e NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Obrigações**. São Paulo: Atlas. 2011.

BEVILAQUA, Clovis. **Direito das Obrigações**. 8ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo. 1954.

BEVILAQUA, Clovis. **Em defeza do projecto de Código civil brasileiro. Em defeza do projecto de Código civil brasileiro**. Brasília: Senado Federal. 1906.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **História do Direito Brasileiro - Leituras da Ordem Jurídica Nacional**. 4ª edição. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2017.

BORGES, João Paulo; e LEAL, Adisson. **O Código Civil de 1916: Tão Liberal Quanto Era Lhe Permitido Ser**. Revista Brasileira de História do Direito. Brasília, v. 3, n. 1. PP. 16 – 35. Jan/Jun. 2017.

BRASIL. Constituição Política do Império do Brazil (De 25 De Março De 1824). Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Lei de 20 de outubro de 1823. Declara em vigor a legislação pela qual se regia o Brazil até 25 de Abril de 1821 e bem assim as leis promulgadas pelo Senhor D. Pedro, como Regente e Imperador daquela data em diante, e os decretos das Cortes Portuguezas que são especificados. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/antioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Lei n° 3.071, de 1° de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impresao.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Lei n° 556, de 25 de junho de 1850. Código Comercial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências (Código de Defesa do Consumidor). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Lei n° 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nos 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm. Acesso em: 31 mar. 2024.

BRASIL. **Novo código civil: exposição de motivos e texto sancionado**. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/70319>. Acesso em: 12/05/2024.

BRASIL. Projeto de Lei do Senado nº 673, de 2007. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4597142&ts=1630425465040&disposition=inline>. Acesso em: 01 mai. 2024.

BRASIL. Senado Federal. Ato do Presidente nº 11 de 2023. **Institui Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do código civil**. Disponível em: www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/159721. Acesso em 19/05/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 190909/MG. Relator: Ministro Ari Pargendler. Data de Julgamento: 08 out. 2002. Terceira Turma. Data de Publicação: DJ 24 fev. 2003, p. 22.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1009591/RS. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 13 abr. 2010. Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 23 ago. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1483780/PE. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Data de Julgamento: 23 jun. 2015. Primeira Turma. Data de Publicação: DJe 05 ago. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1738374/SP. Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira. Data de Julgamento: 25 maio 2021. Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 04 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Recurso Especial n. 2033685/MG. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Data de Julgamento: 11 set. 2023. Quarta Turma. Data de Publicação: DJe 14 set. 2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial n. 2255587/SP. Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 13 nov. 2023. Terceira Turma. Data de Publicação: DJe 17 nov. 2023.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. **A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

CASTRO, Flávia Lages. **História do Direito Geral e Brasil**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumens Juris. 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (6º edição). Grupo GEN, 2022. Acesso em 03/11/2024.

COGO, Rodrigo B. **Frustração do Fim do Contrato**. Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2021. *E-book*. Acesso em 03/11/2024.

CONJUR. **Comissão de juristas entrega proposta de revisão do Código Civil ao Senado.** 17 de abril de 2024. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2024-abr-17/comissao-de-juristas-entrega-proposta-de-revisao-do-codigo-civil-ao-senado/>. Acesso em 19/05/2024

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil: direito das obrigações: cumprimento e não-cumprimento: transmissão: modificação e extinção.** 3. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

COSTA, Mario Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações.** 12ª Ed. ver. e act. Coimbra: Almedina. 2009

COSTA E SILVA, Paula; e MARTINS-COSTA, Judith. **Crises e Perturbações no Cumprimento da Prestação - Estudo de Direito Comparado Luso-Brasileiro.** São Paulo: Quartier Latin, 2020.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. **A obrigação como processo (Portuguese Edition).** FGV. Edição do Kindle. Acesso em 03/11/2024.

DIAS, Daniel. **Impossibilidades Objetiva E Subjetiva Da Prestação: Controvérsia E Imprecisões.** Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 29/ 2021 | p. 173 - 205 | Out - Dez / 2021

DIAS, Maria Berenice. **Código Civil: duas décadas sem avanços.** Disponível em <https://berenicedias.com.br/codigo-civil-duas-decadas-sem-avancos/>: Acesso em: 12/05/2024.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado.** 16ª Ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

_____. Dicionário Jurídico Universitário. 4ª Ed. São Paulo. Saraiva. 2022.

DICIONÁRIO MICHAELIS. Disponível em <https://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=conceito>. Acesso em 02/08/2024.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 0085515-19.2009.8.07.0001. Relator: João Egmont. Data de Julgamento: 04 jul. 2012. 5ª Turma Cível. Data de Publicação: DJE 17 jul. 2012, p. 166.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Cível n. 0709081-07.2021.8.07.0007. Relator: Leonardo Roscoe Bessa. Data de Julgamento: 13 out. 2021. 6ª Turma Cível. Data de Publicação: 29 out. 2021. Publicado no PJe. Pág.: Sem Página Cadastrada.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. **Inadimplemento das obrigações**. São Paulo: Ed. RT, 2007.

FREITAS, Augusto Teixeira de. **Código civil Esboço**. Rio de Janeiro Ministério da Justiça e Negócios Interiores. 1952.

GAGLIANO, Pablo, S. e PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: obrigações. v.2**. Disponível em: Minha Biblioteca, (24º edição). Grupo GEN, 2023. Acesso em 03/11/24.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Disponível em: Minha Biblioteca, (28º edição). Grupo GEN, 2022. Acesso em 03/11/24.

_____. **Obrigações**. São Paulo: Grupo GEN, 2019. E-book. Acesso em: 22 mar. 2024

_____. **Transformações gerais do direito das obrigações**. 2ª Ed. Aum. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980.

GUEIROS, Nehemias. **Impossibilidade**. In: SANTOS, J. M. de Carvalho. **Repertório enciclopédico do direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Borsoi, v. 25.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (7º edição). Grupo GEN, 2020. Acesso em 03/11/24.

LOBO, Paulo. **Direito civil: obrigações. v.2.** Disponível em: Minha Biblioteca, (12º edição). Grupo GEN, 2024. Acesso em 03/11/24.

MARCOS, Rui de Figueiredo. et al. **História do Direito Brasileiro.** Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2014. Acesso em 03/11/24.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 6ª ed. rev. atual. e ampl.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. (coord.). **Diálogo das Fontes: do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao Novo Código Civil - Vol. V - Tomo II, 2ª edição.** Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2008. Acesso em 03/11/24.

MENEZES LEITÃO, Luis Manuel Teles. **Direito das Obrigações, volume II: Transmissão e extinção das obrigações, Não cumprimento e garantias de crédito.** 6ª Ed. Coimbra: Almeida, 2006.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado – Parte Especial Tomo XXIII.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor.** Disponível em: Minha Biblioteca, (9º edição). Grupo GEN, 2024. Acesso em 03/11/24.

NANNI, Giovanni Ettore. **Comentários ao Código Civil: Direito Privado Contemporâneo.** Disponível em: Minha Biblioteca, (2nd edição). Grupo GEN, 2021. Acesso em 03/11/24.

_____. **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.

_____. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

NERY, Rosa Maria de Andrade; e NERY JÚNIOR, Nelson. **Instituições de direito civil: volume II: das obrigações, dos contatos e da responsabilidade civil**. 3ª ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

NONATO, Orosimbo. **Curso de Obrigações, vl. I**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1959.

NORONHA, Fernando. **Direito das obrigações**. Disponível em: Minha Biblioteca, (4º edição). Grupo GEN, 2013. Acesso em 03/11/24.

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. Disponível em: Minha Biblioteca, (15º edição). Grupo GEN, 2024. Acesso em 03/11/24.

PARANÁ, Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Cível n. 0060016-6. Relator: Ruy Cunha Sobrinho. Data de Julgamento: 08 nov. 1993. 7ª Câmara Cível.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n. 0001136-79.2021.8.16.0000. Comarca de Cornélio Procopio. Relator: Desembargador Francisco Luiz Macedo Junior. Data de Julgamento: 25 jun. 2021. 7ª Câmara Cível.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Recurso Inominado n. 0002543-49.2021.8.16.0056. Comarca de Cambé. Relatora: Juíza de Direito da Turma Recursal dos Juizados Especiais Vanessa Bassani. Data de Julgamento: 27 jun. 2022. 1ª Turma Recursal

PEREIRA, Maria de Lourdes. **Conceito de Prestação e Destino da Contraprestação**. Coimbra: Almedina. 2001.

PIRES, Catarina Monteiro. **Contratos: I: perturbações na execução**. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. **Direito das obrigações em tempos de calamidade: reflexões durante um ano de pandemia.** 1ª Ed. Coimbra: Ed. Almedina. 2021.

_____. **Impossibilidade da Prestação.** Coimbra: Grupo Almedina (Portugal), 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado;** tomo XXVI. Rio de Janeiro: Borsóí, 1959.

PORTUGAL. Ordenações Filipinas. Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal: recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I. Disponível em: https://oig.cepal.org/sites/default/files/1966_codigocivil_prt.pdf. Acesso em: 31 mar. 2024.

PORTUGAL. Decreto-Lei nº 47344, de 25 de novembro de 1966. Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação – Revoga, a partir da data da entrada em vigor do novo Código Civil, toda a legislação civil relativa às matérias que o mesmo abrange. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733?show=full>. Acesso em: 22 mar. 2024.

POTHIER, Robert Joseph. **Tratado das obrigações pessoais e reciprocas.** Rio de Janeiro Garnier s.d. 2v.

RIBAS, Antonio Joaquim (1820-1890). **Curso de direito civil brasileiro; v. 2.** Ed. fac-sim.: Rio de Janeiro: B.L. Garnier, 1880.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70083601989. Relator: Fernando Flores Cabral Junior. Data de Julgamento: 29 jul. 2020. Vigésima Quarta Câmara Cível. Data de Publicação: 04 set. 2020.

RODRIGUES. Silvio, **Direito civil; v.2** - 21ª ed. atual. São Paulo: Saraiva. 1997

ROSENVALD, Nelson e FARIAS, Cristiano Chaves de. **Curso de Direito Civil; v. 2 – 9ª ed. ver, ampl. e atual.** – São Paulo: Atlas, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 0137733-53.2010.8.26.0100. Relator: Ênio Zuliani. Data de Julgamento: 27 mar. 2014. 4ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 02 abr. 2014.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Recurso Inominado n. 1011337-59.2020.8.26.0004. Relator: Paulo Henrique Ribeiro Garcia. Data de Julgamento: 09 nov. 2021. 2ª Turma Recursal Cível. Data de Publicação: 09 nov. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 1119155-39.2021.8.26.0100. Relator: J. B. Paula Lima. Data de Julgamento: 09 jun. 2022. 10ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 09 jun. 2022.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível n. 1000210-87.2022.8.26.0414. Comarca de Palmeira d'Oeste. Relator: Jacob Valente. Data de Julgamento: 21 jun. 2023. 12ª Câmara de Direito Privado. Data de Publicação: 21 jun. 2023

SENADO FEDERAL. Relatório Final dos trabalhos da Comissão de Juristas responsável pela revisão e atualização do Código Civil. Disponível em: <https://www6g.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9586171&>. Acesso em 19/05/2024.

SERPA LOPES, Miguel Maria. **Curso de Direito Civil. Obrigações em geral, vl. II.** 6ª Edição. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1999.

SILVA PEREIRA, Caio Mário. **Instituições de Direito Civil: Teoria Geral das Obrigações. v. II.** Disponível em: Minha Biblioteca, (35ª edição). Grupo GEN, 2024. Acesso em 03/11/24.

STEINER, Renata Carlos. **Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no direito das obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil alemão.** In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org). **Diálogos sobre direito civil: volume 3.** Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

TARTUCE, Flávio. **A teoria geral dos contratos de adesão no Código Civil. Visão a partir da teoria do diálogo das fontes.** In MARQUES, Cláudia Lima (coord.). **Diálogo das fontes:**

do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TEPEDINO, Gustavo; e SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do Direito Civil: Obrigações.** v.2. Barueri: Grupo GEN, 2023. *E-book*. Acesso em 03/11/24.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. **O legado do Código Civil de 1916.** Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo São Paulo: USP. 2016. v. 111, p. 85–100.

VALLADÃO, Haroldo. **História do direito especialmente do direito brasileiro.** 3ª Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastados. 1977.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral;** v. 1. Coimbra: Editora Almedina. 2005.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das Obrigações em Geral;** v. 2. Coimbra: Editora Almedina. 1997.

VICENTE, Dário Moura. **Direito comparado: Obrigações, volume II.** São Paulo: Almedina, 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do direito no Brasil.** - Rio de Janeiro: Forense, 2002.