

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS  
FACULDADE DE DIREITO

Marina Leal Galvão Maia

**O REGIME DA IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE NO DIREITO BRASILEIRO: CONCEITO E  
APLICAÇÃO**

Marina Leal Galvão Maia

**O REGIME DA IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE NO DIREITO BRASILEIRO: CONCEITO E  
APLICAÇÃO**

Dissertação de mestrado apresentada por Marina Leal Galvão Maia ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, sob a orientação do Prof. Dr. Edgard Audomar Marx Neto, na linha de pesquisa *Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito: fundamentação, participação e atividade*, área de estudo *Novas fronteiras entre o direito material e o processual*.

Belo Horizonte

2022

Ficha catalográfica elaborada pela bibliotecária Meire Luciane Lorena Queiroz - CRB-6/2233.

M217r           Maia, Marina Leal Galvão  
                  O regime da impossibilidade superveniente no direito brasileiro  
                  [manuscrito]: conceito e aplicação / Marina Leal Galvão Maia. - 2022.  
                  149 f.

                  Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,  
                  Faculdade de Direito.  
                  Bibliografia: f. 139-149.

                  1. Direito civil - Teses. 2. Responsabilidade (Direito) - Teses.  
                  3. Obrigações (Direito) - Teses. I. Marx Neto, Edgard Audomar.  
                  II. Universidade Federal de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

                  CDU: 347.4(81)

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE DE DIREITO**

Dissertação intitulada “O regime da impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro: conceito e aplicação”, de autoria da mestrandia Marina Leal Galvão Maia, \_\_\_\_\_  
pela banca examinadora composta pelos seguintes professores:

---

Prof. Dr. Edgard Audomar Marx Neto (Orientador) – UFMG

---

Prof. Dr. Christian Sahb Batista Lopes – UFMG

---

Prof. Dr. Francisco Paulo De Crescenzo Marino – USP

---

Prof. Dr. Marcelo de Oliveira Milagres – UFMG (Suplente)

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2022.

Avenida João Pinheiro, Nº 100, Bairro Centro, 11º Andar, Edifício Villas-Boas

Belo Horizonte - MG, CEP 30130-180

Tel.: +55 (31) 3409-8635 +55 (31) 3409-8636

Email: [info.pos@direito.ufmg.br](mailto:info.pos@direito.ufmg.br) | [pos@direito.ufmg.br](mailto:pos@direito.ufmg.br)



## ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DA ALUNA MARINA LEAL GALVÃO MAIA

Realizou-se, no dia 19 de agosto de 2022, às 15:00 horas, Online (*Teams*), da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação intitulada *O regime da impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro: conceito e aplicação*, apresentada por MARINA LEAL GALVÃO MAIA, número de registro 2020652417, graduada no curso de DIREITO/DIURNO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Edgard Audomar Marx Neto - Orientador (Universidade Federal de Minas Gerais), Prof(a). Christian Sahb Batista Lopes (UFMG), Prof(a). Francisco Paulo de Crescenzo Marino (USP).

A Comissão considerou a dissertação:

( x ) Aprovada, tendo obtido a nota 95,0 (noventa e cinco).

( ) Reprovada

Finalizados os trabalhos, lavrei a presente ata que, lida e aprovada, vai assinada por mim e pelos membros da Comissão.

Belo Horizonte, 19 de agosto de 2022.

EDGARD AUDOMAR  
MARX NETO

Assinado de forma digital por  
EDGARD AUDOMAR MARX NETO  
Dados: 2022.08.19 17:14:44  
-03'00'

Prof(a). Edgard Audomar Marx Neto ( Doutor ) nota 95,0 (noventa e cinco).

CHRISTIAN SAHB  
BATISTA

Assinado de forma digital por  
CHRISTIAN SAHB BATISTA  
LOPES:94281645691  
Dados: 2022.08.20 15:42:06 -03'00'

Prof(a). Christian Sahb Batista Lopes ( Doutor ) nota 95,0 (noventa e cinco).

Prof(a). Francisco Paulo de Crescenzo Marino ( Doutor ) nota 95,0 (noventa e cinco).

## PROTOCOLO DE ASSINATURA(S)

O documento acima foi proposto para assinatura digital na plataforma Portal de Assinaturas Certisign. Para verificar as assinaturas clique no link: <https://www.portaldeassinaturas.com.br/Verificar/3E52-0B3F-AFDF-3C45> ou vá até o site <https://www.portaldeassinaturas.com.br:443> e utilize o código abaixo para verificar se este documento é válido.

**Código para verificação: 3E52-0B3F-AFDF-3C45**



### Hash do Documento

2CD3B18C03E50463EA9D3868FA42F978EC9353310AA710EE276034F71521A2FC

O(s) nome(s) indicado(s) para assinatura, bem como seu(s) status em 19/08/2022 é(são) :

Francisco Paulo De Crescenzo Marino - 254.628.748-63 em  
19/08/2022 18:29 UTC-03:00

**Tipo:** Certificado Digital - FRANCISCO MARINO ARBITRAGEM  
EIRELI - 33.566.047/0001-76



*O impossível quer dizer um muro de pedra? Mas que muro de pedra? Bem, naturalmente as leis da natureza, as conclusões das ciências naturais, a matemática. (...), por fim, todos os chamados deveres, virtudes e demais tolices e preconceitos, deveis aceitá-lo assim mesmo, nada há a fazer, porque dois e dois são quatro, é matemática. E experimentai retrucar.*

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a sistematização do regime da impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro. A impossibilidade superveniente, como o nome já sugere, impossibilita que a prestação seja cumprida após a formação do vínculo jurídico, perturbando o programa contratual e podendo levar, até mesmo, à extinção da relação. Apesar de sua grande relevância prática, o tema ainda não é tão trabalhado no Brasil. Por ser tratada de maneira assistêmica no Código Civil Brasileiro, não se sabe, por exemplo, qual o conceito de impossibilidade superveniente adotado no Direito Brasileiro e nem como essa é classificada, o que é essencial para a determinação de suas consequências. Como se verá, muitas das questões necessárias de resposta para a boa aplicação desta figura são amplamente discutidas também em outros ordenamentos, mostrando que a problemática da impossibilidade superveniente não é exclusiva do sistema jurídico nacional. A relevância do tema se justifica diante das incertezas ao redor do instituto, fruto tanto da ausência de sistematização legal quanto das divergências na doutrina, e das importantes consequências práticas da matéria nos programas contratuais.

Palavras-chave: impossibilidade; impossibilidade superveniente; força maior; caso fortuito; inexigibilidade da obrigação.



## **ABSTRACT**

This study has as its purpose the systematization of the supervening impossibility regime under Brazilian Law. The supervening impossibility, as the name suggests, makes the performance of an obligation impossible after the parties have already entered into a contractual relationship, disturbing the contractual program and may even lead to the termination of the contract. Despite its significant practical importance, the topic is still not widely discussed in Brazil. As it is treated in an unsystematic way in the Brazilian Civil Code, it is not known, for example, what is the concept of supervening impossibility adopted in Brazilian Law, nor how it is classified, which is essential for the determination of its consequences. As will be seen, many of the questions that need to be answered for the proper application of this figure are also widely discussed in other legal systems, showing that the issues of supervening impossibility are not exclusive to the national legal system. The relevance of the topic is justified in the face of the uncertainties surrounding the institute, the result of both the lack of legal systematization and the divergences in the doctrine, and the important practical consequences of the matter in contractual programs.

Key words: impossibility; supervening impossibility; force majeure; act of god; unenforceability of the obligation.

## LISTA DE FIGURAS

Figura 1	Direito Alemão (BGB)	p. 25
Figura 2	Direito Português (CCP)	p. 30
Figura 3	Direito Italiano ( <i>Codice Civile</i> )	p. 46
Figura 4	Direito Francês ( <i>Code Civil</i> )	p. 56
Figura 5	Direito Brasileiro – Obrigação de dar (CC/02)	p. 62
Figura 6	Direito Brasileiro – Obrigações de fazer e não fazer (CC/02)	p. 63
Figura 7	Direito Brasileiro (CPC/15)	p. 68
Figura 8	Desaparecimento e frustração do fim	p. 110

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art./Arts.	Artigo/Artigos
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
CC/02	Código Civil de 2002
CCP	Código Civil Português
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CISG	Convenção de Viena de 1980 sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias
CPC/15	Código de Processo Civil de 2015
ss.	Seguintes
TJMG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJSP	Tribunal de Justiça de São Paulo

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>14</b>
<b>1 A IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DE PRESTAR EM OUTROS ORDENAMENTOS</b>	<b>17</b>
1.1 DIREITO ALEMÃO	18
1.2 DIREITO PORTUGUÊS	30
1.3 DIREITO ITALIANO	45
1.4 DIREITO FRANCÊS	51
1.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	59
<b>2 A IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA</b>	<b>60</b>
2.1 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO	61
2.2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015	69
2.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	75
2.4 A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980	78
2.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	86
<b>3 O CONCEITO DE IMPOSSIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO</b>	<b>88</b>
3.1 A POSIÇÃO DA DOCTRINA	88
3.2 O POSICIONAMENTO ADOTADO	99
3.3 OUTRAS SOLUÇÕES POSSÍVEIS PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO	102
3.4 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	107
<b>4 O CONCEITO DE PRESTAÇÃO</b>	<b>109</b>
4.1 O CONCEITO DE PRESTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	110
4.2 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	122
<b>5 A APLICAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO</b>	<b>123</b>

5.1. IMPOSSIBILIDADES DEFINITIVA E TEMPORÁRIA	124
5.2. IMPOSSIBILIDADES TOTAL E PARCIAL	128
5.3 IMPOSSIBILIDADES OBJETIVA E SUBJETIVA	130
5.4 IMPOSSIBILIDADES IMPUTÁVEL E NÃO-IMPUTÁVEL	135
5.5 EXTINÇÃO DA PRESTAÇÃO	137
5.6 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO	140
<b>CONCLUSÃO</b>	<b>141</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>143</b>

## INTRODUÇÃO

Todos os contratos cumpridos se parecem, mas cada contrato descumprido é descumprido à sua própria maneira. Os contratos são celebrados visando seu perfeito adimplemento, mas, por vezes, podem ocorrer perturbações nas prestações em seu curso que impedem que o programa contratual siga seu fluxo regular. No presente trabalho, será estudada uma dessas perturbações, a impossibilidade superveniente da prestação.

O que normalmente se diz acerca da impossibilidade superveniente da prestação é, simplesmente, que essa ocorre após a celebração do vínculo contratual e impede que a prestação seja cumprida e que essa pode decorrer tanto de impedimentos naturais como legais. Contudo, a matéria não se limita a tal entendimento. Longe disso. Como se verá, a noção de impossibilidade superveniente da prestação, e o que representaria uma impossibilidade superveniente da prestação, não é pacífica, seja no ordenamento jurídico brasileiro, seja em outros países.

No Brasil, o tema pode apresentar ainda uma complexidade adicional, pois o CC/02 não traz respostas e a matéria, apesar de extremamente relevante na prática, ainda não foi tão explorado pela doutrina. Assim, alguma obscuridade (ou diversas obscuridades) ainda se impõe(m) quando se fala em impossibilidade no Direito Brasileiro.

Se buscará aqui responder dois questionamentos: *“o que é a impossibilidade superveniente da prestação?”* e *“qual a aplicação da impossibilidade superveniente da prestação no Direito Brasileiro?”*.

O primeiro questionamento, por sua vez, acaba por se dividir em outros dois: *“o que é impossível?”* e *“o que é prestação?”*. A primeira dificuldade quanto ao conceito de impossibilidade decorre das incertezas quanto aos eventos que devem ser considerados “impossíveis”. A mera dificuldade levaria à impossibilidade? Se não a mera dificuldade, uma dificuldade extrema, que fuja à diligência normal do devedor? Apenas o que efetivamente não se pode prestar deve ser considerado impossível? Diante de tais questionamentos surgem diversas noções de impossibilidade: aquelas impossibilidades chamadas de absoluta, relativa, prática, pessoal e econômica. O que essas noções significam e teriam elas o mesmo efeito? Essas questões serão abordadas abaixo.

Quanto à prestação, deve essa abranger apenas a conduta do devedor ou também o interesse útil do credor? E ainda, a prestação em concreto ou a prestação em abstrato que deve

ser observada e considerada para fins de verificação se determinado evento configura ou não uma impossibilidade superveniente de prestar? Também se buscará trazer respostas a tais questionamentos no presente trabalho.

Por fim, esclarecidos tais conceitos, o trabalho ainda não está finalizado. É importante que se saiba como a impossibilidade superveniente deve ser aplicada no Direito Brasileiro, considerando suas diversas particularidades (e modalidades): a impossibilidade pode se manifestar de diversas formas e é importante que cada uma seja analisada. Desse modo, se apresentará quais são as consequências práticas da impossibilidade superveniente da prestação no ordenamento brasileiro.

Para percorrer tal caminho, dividiu-se o trabalho em cinco capítulos. No primeiro, se examina qual o tratamento dado à impossibilidade superveniente da prestação em outros quatro países: Alemanha, Portugal, Itália e França. Depois, no segundo, faz-se breve revisão do que se tem em matéria de impossibilidade na legislação brasileira. No terceiro e no quarto capítulo, trabalha-se, respectivamente, com os conceitos de impossibilidade e de prestação. Finalmente, no quinto capítulo examina-se a aplicação de tal instituto no Direito Brasileiro.

Por meio de tal divisão, objetivou-se primeiramente analisar qual o tratamento dado à impossibilidade em outros países para se verificar tanto possíveis influências ao Direito Brasileiro, como se verificar a sistematização dada a matéria onde a impossibilidade é considerada uma figura central do regime. Depois, é importante se verificar o que se tem em termos de *lege lata* no ordenamento brasileiro, pois eventuais construções devem se basear no que está posto, mesmo nas hipóteses de se propor alterações ou novas soluções. Depois, passa-se a, passo a passo, responder os questionamentos propostos, com base no exposto nos primeiros dois capítulos, que trazem embasamentos importantes, e na doutrina brasileira. A jurisprudência brasileira será trabalhada, mas de maneira pontual. Julgados que se mostrem relevantes para determinado tema abordado serão citados, mas sem pretensão de se trazer verdadeiro estudo jurisprudencial ou sistematização das decisões sobre o tema.

Todos os capítulos do trabalho possuem suas próprias introduções e conclusões, momento em que são feitas ressalvas, dadas explicações sobre as escolhas e metodologias feitas e apresentadas breves sínteses das conclusões que puderam ser obtidas em cada capítulo, motivo pelo qual a Introdução deste trabalho, e também a sua Conclusão, não se alongam desnecessariamente.

Por fim, ressalva e recorte que são relevantes para todo o trabalho são feitos. Como o próprio título já indica, o presente trabalho versa somente sobre os casos de impossibilidade *superveniente* da prestação. Ou seja, hipóteses de impossibilidade originária não serão

trabalhadas aqui, pelas próprias características e efeitos diferentes entre uma e outra. Dessa forma, sempre que se referir à “impossibilidade” estará se referindo à impossibilidade superveniente da prestação, a não ser que esteja disposto em contrário.

O tema da impossibilidade superveniente da prestação é árduo, mas de grande relevância prática. Se este trabalho não der todas as respostas necessárias à sua sistematização no Direito Brasileiro, e as que der não estarem completamente satisfatórias, o que invariavelmente ocorrerá, que pelo menos possa servir de fonte de reflexões sobre o tema e de seu maior desenvolvimento e amadurecimento no ordenamento brasileiro.



## 1 A IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DE PRESTAR EM OUTROS ORDENAMENTOS

Por que começar o estudo do regime da impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro com a análise de outros ordenamentos jurídicos? E por que a escolha dos Direitos Alemão, Português, Italiano e Francês? E, ainda, por que ter este como o primeiro capítulo do trabalho, ao invés de um que, por exemplo, delimite, conceitue e demonstre como e em quais casos a impossibilidade superveniente é aplicada no Direito Brasileiro?

Esses são alguns questionamentos que podem surgir pela estrutura em que se decidiu iniciar a apresentação do presente trabalho. Antes de propriamente respondê-los, deve-se dar um passo atrás para brevemente falar do tema da impossibilidade superveniente da prestação no Direito Brasileiro. Como já adiantado na Introdução, e conforme será mais bem abordado nos Capítulos 2 e 3, o Direito Brasileiro não trabalha de forma sistematizada com a impossibilidade da prestação. Diante disso, para evitar-se repetições e o uso indevido das lições estrangeiras, considerou-se mais apropriado trazer a base de alguns ordenamentos jurídicos, ainda que de forma bastante sintética, sobre o tema da impossibilidade superveniente.

A escolha dos Direitos Alemão, Português, Italiano e Francês foi feita por algumas razões. Em primeiro lugar, o Direito Alemão pode ser considerado o precursor da doutrina moderna da impossibilidade, ou seja, o que se conhece e se entende hoje por impossibilidade superveniente da prestação deve muito ao Direito Alemão. Esse, ademais, influenciou (e ainda influencia) outros ordenamentos, que adotaram sistemáticas em torno da impossibilidade similares ao lá verificado. É o caso de Portugal e da Itália. Não obstante a influência, esses dois países tratam a impossibilidade com suas devidas particularidades. A sistematização da matéria no CCP e no *Codice Civile* é um pouco diferente da sistematização do BGB: aqueles trazem maiores detalhes acerca dos tipos de impossibilidade e suas consequências. Ainda em se tratando dos três países, pode-se dizer que, apesar de controvérsias similares, cada um parece ter construído um conceito próprio do que deve ser considerado “impossível”.

A análise dessas diferenças e semelhanças pode trazer valiosas bases para a construção do regime da impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro.

O Direito Francês, por sua vez, possui sua própria sistemática e estrutura, não influenciada pela escola germânica. Desse modo, a impossibilidade superveniente possui sua roupagem especial nesse ordenamento, que também possui reflexo no Direito Brasileiro: a força maior e o caso fortuito. Com isso, também se considera importante o estudo das lições francesas sobre a matéria.

Além disso, esclarece-se que é o objetivo do trabalho entender, analisar e construir o regime da impossibilidade superveniente da prestação no Direito Brasileiro. Por isso, optou-se por apenas trazer algumas questões breves e introdutórias sobre a matéria na Introdução – o que se julgou suficiente para a caracterização e delimitação geral do instituto – e maiores detalhamentos serão construídos ao longo do trabalho. Mais especificamente, diversas questões e termos recorrentemente utilizados em matéria de impossibilidade (como a conceituação das diversas modalidades de impossibilidade e as correntes do que se entende por impossibilidade) estão sendo trazidas neste capítulo. Então, aproveitou-se essa oportunidade para também introduzir essas questões.

Por fim, ressalta-se que o objetivo do capítulo não é, e nem poderia ser, trazer uma visão exaustiva sobre o tratamento da impossibilidade em cada ordenamento. Optou-se assim por, em cada um, trazer um foco específico que se considerou útil para o desenvolvimento do trabalho. No Direito Alemão será feito breve histórico do tema e trazida visão acerca do que deveria ser considerado impossível anterior e posteriormente à reforma do BGB de 2002 e as polêmicas em torno dos §§275/2 e 275/3, que estão diretamente relacionadas ao conceito de impossibilidade. No Direito Português, para além de se trabalhar o conceito de impossibilidade, se trouxe algumas questões em torno dos limites da prestação (que dialogam diretamente com a teoria da impossibilidade) e das categorias da impossibilidade, visto que tal matéria é trabalhada de forma detida no CCP. Ao se tratar do Direito Italiano, se buscou construir diálogo direto com o Direito Português sobre esses assuntos, para se verificar as semelhanças e diferenças existentes entre os ordenamentos. Finalmente, no Direito Francês se tentou demonstrar a relação entre a impossibilidade superveniente e a força maior, os requisitos e efeitos desta, e a caracterização de quando um evento pode ser considerado como sendo de força maior.

Feitos os esclarecimentos e as delimitações, passa-se a se analisar cada um desses Direitos.

## 1.1 DIREITO ALEMÃO

Com o advento do BGB em 1900, a impossibilidade passou a ser considerada uma das principais figuras do direito das perturbações alemão<sup>1</sup>. Mesmo com a reforma do BGB em 2002

---

<sup>1</sup> ZIMMERMANN, 2005, p. 40.

(*Schuldrechtsmodernisierung*), por meio da qual o direito das obrigações sofreu diversas modificações, a impossibilidade superveniente da prestação continua sendo uma das principais figuras do regime<sup>2</sup>. Como indicado, inicialmente se abordará de forma breve as influências que levaram à codificação da impossibilidade no BGB e como a doutrina conceituava esse instituto antes da reforma de 2002. Em seguida, se versará sobre a reforma e as principais modificações trazidas por ela em matéria de impossibilidade. Dessa forma, será possível ter uma visão, ainda que bastante superficial, sobre a evolução da matéria na Alemanha.

No século XIX, pela doutrina de Friedrich Mommsen, a visão acerca da impossibilidade se alterou consideravelmente, tendo essa se transformado em um conceito amplo e abstrato, aplicável a diversos casos<sup>3 4</sup>. De acordo com referida doutrina, a impossibilidade seria dividida em diversas modalidades: inicial ou superveniente, natural ou legal, absoluta ou relativa, objetiva ou subjetiva, definitiva ou temporária, total ou parcial, aparente ou real<sup>5</sup>. Essas modalidades, por sua vez, seriam relevantes para se determinar as consequências da ocorrência de uma impossibilidade<sup>6</sup> (em outras palavras, as consequências da impossibilidade dependeriam do seu enquadramento em cada “tipo”)<sup>7</sup>. Segundo relata MENEZES CORDEIRO,

a doutrina de Mommsen representou três pontos decisivos:

- generalizou definitivamente a categoria da impossibilidade, tornando-a num instituto próprio do Direito das obrigações em geral;
- contrapôs as impossibilidades inicial e subsequente: a primeira geraria a nulidade do contrato; a segunda, a extinção do dever de prestar; digamos que atualizou o brocardo de Celso;
- divulgou as classificações básicas da impossibilidade.<sup>8</sup>

Uma das repercussões dessa abordagem de Mommsen<sup>9</sup> foi a categoria da “impossibilidade superveniente” se tornar a base dogmática das regras relativas ao

<sup>2</sup> CANARIS, 2003, p. 12.

<sup>3</sup> ZIMMERMANN, 1992, p. 810.

<sup>4</sup> Conforme relatado por ZIMMERMANN, 1992, p. 806-809, a noção de impossibilidade já era conhecida no *ius commune*, contudo, o conceito de impossibilidade não existia como uma categoria geral sistematizada na legislação relativa ao descumprimento contratual. Para uma noção mais aprofundada da evolução do instituto da impossibilidade no direito estrangeiro: BIAZI, 2021, p. 9-29.

<sup>5</sup> ZIMMERMANN, 1992, p. 810.

<sup>6</sup> ZIMMERMANN, 1992, p. 810

<sup>7</sup> Essa ideia será abordada de forma mais aprofundada quando o Direito Português for examinado e também no Capítulo 5 deste trabalho, em que se analisará as consequências da impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro.

<sup>8</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 311.

<sup>9</sup> Como também relata MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 312, Mommsen apenas retomou e desenvolveu construções já elaboradas por Friedrich Carl von Savigny e pelos jusracionalistas. No entanto, reconhece que foi Mommsen quem elaborou a obra de referência a que a doutrina utilizaria para desenvolvimento do tema.

descumprimento contratual no Direito Alemão<sup>10</sup>: as teorias de Mommsen influenciaram Bernhard Windscheid e, por meio dele, os “pais” do BGB<sup>11</sup>.

Antes da reforma do BGB em 2002, o direito das perturbações alemão era baseado em tipos de descumprimentos contratuais (no caso, impossibilidade, mora e cumprimento defeituoso) ao invés de estruturado com base nos remédios disponíveis em caso de inadimplemento<sup>12</sup>. Em outras palavras, o BGB focava nas formas como o devedor poderia descumprir o contrato e não nas alternativas disponíveis ao credor em caso de inadimplemento (como indenização, resolução do contrato, dentre outros). Cita-se, por exemplo, que o BGB não continha nenhuma previsão acerca da violação positiva do contrato<sup>13</sup> ou da alteração das circunstâncias. Diante disso, na época, por exemplo, as situações de alteração das circunstâncias, apesar de não codificadas, eram reconhecidas e trabalhadas por meio da regra geral de boa-fé prevista no §242<sup>14 15</sup>.

Além disso, o BGB anterior à reforma consagrava um esquema fragmentário da impossibilidade em que o §306 previa a nulidade de contrato que previsse obrigação impossível desde o momento de sua celebração (a chamada impossibilidade originária) e o §275 trazia que a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor era liberatória<sup>16 17</sup>. Ainda, como pode se observar da redação antiga do §275, ambas as impossibilidades supervenientes objetiva e subjetiva eram liberatórias<sup>18</sup>. Apesar de ser figura relevante e expressamente trazida no BGB, já nessa época havia divergência entre a doutrina quanto ao que configuraria a impossibilidade da prestação. Isto significa, quais eventos seriam caracterizados como “impossíveis” para serem direcionados às regras do BGB concernentes à impossibilidade.

HEDEMANN trazia que haveria dois conceitos de impossibilidade: um físico e um jurídico, sendo que o conceito jurídico teria um predomínio absoluto na doutrina alemã<sup>19</sup>. Ao

---

<sup>10</sup> ZIMMERMANN, 1992, p. 810.

<sup>11</sup> ZIMMERMANN, 1992, p. 810.

<sup>12</sup> ZIMMERMANN, 2005, p. 40.

<sup>13</sup> Segundo Zimmermann, essa crítica era baseada em um mal entendimento da lógica trazida no BGB. ZIMMERMANN, 2005, p. 40.

<sup>14</sup> ZIMMERMANN, 2005, p. 47.

<sup>15</sup> “De acordo com a própria justificação do Governo, retomada pela doutrina subsequente, o novo § 313 do BGB [que versa sobre a alteração na base do contrato] visou consignar na lei os princípios já consagrados pela jurisprudência: não propriamente alterá-los.” MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 115.

<sup>16</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 313.

<sup>17</sup> §. 275. O devedor é liberado da obrigação de realizar, na medida em que a execução se tornou impossível, em consequência de uma circunstância surgida após a formação da dívida, pela qual ele não é responsável. Uma impossibilidade surgindo após a formação da relação de dívida é igual à incapacidade subsequente do devedor para executar. Tradução de BIAZI, 2021, p. 27.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 25.

<sup>19</sup> HEDEMANN, 1958, p. 168.

passo que o “conceito físico” da impossibilidade representaria uma impossibilidade absoluta de cumprir a prestação, de qualquer modo que seja, o “conceito jurídico” seria mais flexível e equipararia a impossibilidade à inexigibilidade da conduta<sup>20</sup>. Defende, ainda, que não se poderia exigir do devedor um sacrifício demasiadamente elevado para cumprir<sup>21</sup> e cita a “inexigibilidade psíquica” que englobaria casos em que a prestação seria inexigível por representar uma carga emocional muito grande ao devedor ou por colocá-lo em risco<sup>22 23</sup>. Por fim, pontua que apesar de equiparadas na redação do §275, as impossibilidades supervenientes objetiva e subjetiva teriam tratamento distinto pelo §279<sup>24</sup>, ao consubstanciar o brocardo “*genus nunquam perit*”<sup>25</sup>, ou seja, “*o gênero nunca perece*”. No caso das obrigações genéricas, conforme destacam ENNECCERUS-LEHMANN, o devedor responde mesmo caso não tenha culpa, pois se tem os meios pecuniários financeiros necessários, pode prestar obrigações genéricas, devendo cada um responder por sua própria solvência financeira<sup>26</sup>.

ENNECCERUS-LEHMANN, em relação ao que caracterizaria uma prestação impossível, alertavam que a impossibilidade não poderia ser confundida com a mera dificuldade. Contudo, se os obstáculos à prestação fossem tão grandes que apenas com sacrifícios totalmente desproporcionais eles pudessem ser superados, a consideração racional, ética e econômica seria considerar tal prestação como sendo impossível<sup>27</sup>. MEDICUS, similarmente, afirmava que as prestações que apenas com esforços exorbitantes pudessem ser prestadas normalmente não seriam exigíveis do devedor, pois ultrapassariam a chamada “fronteira do sacrifício”<sup>28</sup>. WESTERMANN, alertando sobre os riscos de se adotar a “teoria da impossibilidade econômica”<sup>29</sup>, sustenta que estas hipóteses são melhor resolvidas pela teoria da supressão da

---

<sup>20</sup> HEDEMANN, 1958, p. 168.

<sup>21</sup> HEDEMANN, 1958, p. 168.

<sup>22</sup> HEDEMANN, 1958, p. 169.

<sup>23</sup> Como exposto abaixo, tal noção se aproxima bastante da redação do §275/3 do BGB, inserida após a reforma de 2002.

<sup>24</sup> HEDEMANN, 1958, p. 169.

<sup>25</sup> O §279, que consubstanciava a regra “*genus nunquam perit*” (o gênero nunca perece) foi revogado pela reforma de 2002 do BGB. MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 339. Tal regra significava que as obrigações relativas à entrega de coisa indeterminada (por exemplo, o devedor tem que entregar 10 sacas de feijão) não se tornariam impossíveis, uma vez que o gênero, via de regra, subsistiria, permitindo que o devedor cumprisse sua obrigação.

<sup>26</sup> ENNECCERUS-LEHMANN, 1933, p. 236.

<sup>27</sup> ENNECCERUS-LEHMANN, 1933, p. 152.

<sup>28</sup> MEDICUS, 1995, p. 176.

<sup>29</sup> Segundo LARENZ, a impossibilidade econômica é uma dificuldade excessiva à lógica da obrigação e que supera o teor desta. Ou seja, a prestação apenas poderia ser cumprida pelo devedor com sacrifícios ou gastos que este não estaria obrigado de acordo com a boa-fé. LARENZ, 1958, p. 310-311. Apenas seria impossível, então, aquilo que factualmente não pudesse ser prestado de maneira alguma. Nota-se que há parte da doutrina, como MEDICUS, 1995, p. 176, que entende, similarmente a LARENZ, que a impossibilidade econômica representaria apenas uma dificuldade do devedor de prestar, não tornando a prestação efetivamente impossível, portanto deveria ser reconduzida à cláusula geral de boa-fé (§242) e não às regras da impossibilidade (§275). Contudo, MEDICUS

base do negócio e que deveriam ser considerados como impossíveis apenas os casos em que, entre pessoas razoáveis, ninguém exigiria do devedor determinado esforço<sup>30</sup>.

Já LARENZ, apesar de reconhecer que a teoria dominante seria aquela defendida por ENNECCERUS-LEHMANN<sup>31</sup>, defendia que expressões como “dificuldade extraordinária” ou “excessiva, segundo o teor da obrigação” seriam muito vagas e imprecisas, podendo gerar grave insegurança jurídica<sup>32</sup>. Assim, as doutrinas do “limite do sacrifício” ou da “impossibilidade econômica” não poderiam ser admitidas<sup>33</sup>.

Com base no acima exposto, vê-se uma controvérsia já presente na doutrina do século XX acerca do que poderia ser considerado como “impossível”. Controvérsia esta que é de suma importância para o estudo da impossibilidade da prestação e é amplamente discutida em outros ordenamentos. A mera inexigibilidade da conduta já tornaria a prestação impossível? Se não a mera inexigibilidade, um esforço completamente desproporcional seria equiparável à impossibilidade? Ou, em uma visão mais restritiva, deve-se entender que apenas aquilo factualmente ou legalmente impossível – que efetivamente não pode ser prestado não importa os esforços feitos pelo devedor – pode ser considerado como impossível?

Estes questionamentos parecem ter sido endereçados com a reforma do BGB, ainda que as respostas sejam controversas e passíveis de crítica.

O início das discussões acerca da reforma do BGB se deu ainda na década de 1970, quando o então Ministro da Justiça pediu que diversos professores do direito das obrigações emitissem opiniões relativas a vários temas do direito obrigacional e, com isso, uma proposta de alteração do BGB foi publicada em 1992 pela chamada “Comissão de Reforma da Lei”<sup>34</sup>. Contudo, foi a partir da Diretiva 1999/44/EC da União Europeia, relativa a direito consumerista e que deveria ser implementada em território alemão até 31 de dezembro de 2001, que decidiu-se aproveitar a oportunidade para se fazer uma “grande reforma”<sup>35</sup> do direito obrigacional

---

também traça uma distinção entre a “impossibilidade econômica” e a impossibilidade que o devedor apenas poderia prestar com esforços tão desproporcionais que nenhum homem razoável esperaria que a prestação fosse cumprida. Esses últimos casos seriam reconduzidos à impossibilidade e não à regra geral de boa-fé. Assim, vê-se que por essa doutrina haveria uma gradação da “dificuldade de se prestar”, sendo os casos mais extremos equiparados à impossibilidade e os casos mais “leves” não considerados como impossíveis. Essa ideia de uma gradação parece ter sido expressamente acolhida no BGB após a reforma de 2002, como se verá abaixo, com as regras consubstanciadas no §275/2 e no §275/3.

<sup>30</sup> WESTERMANN, 1983, p. 60-61.

<sup>31</sup> LARENZ, 1958, p. 311.

<sup>32</sup> LARENZ, 1958, p. 311-312.

<sup>33</sup> LARENZ, 1958, p. 313.

<sup>34</sup> SCHLECHTRIEN, 2002, p. 1

<sup>35</sup> Diante da necessidade de adequação à Diretiva 1999/44/EC, ofereceram-se dois caminhos: a solução pequena (*kleine Lösung*), que consistiria em se limitar a fazer as alterações necessárias para adoção de referida Diretiva; e a grande solução (*große Lösung*), que combinou as mudanças necessárias do direito comunitário europeu com o

alemão<sup>36</sup>, que é a mais significativa intervenção legislativa no direito contratual alemão desde a publicação do BGB em 1900<sup>37</sup>. Cabe notar que, em relação às modificações referentes à categoria de descumprimento contratual, houve a influência de alguns instrumentos de direito internacional, principalmente a CISG<sup>38</sup>, mas também os Princípios Europeus de Direito Contratual e os Princípios Unidroit<sup>39</sup>.

Um dos principais pontos de alteração da reforma do BGB foi relativamente à inexecução e à execução defeituosa das obrigações<sup>40</sup>. A esse respeito, inicialmente se tentava excluir completamente a figura da impossibilidade do direito das obrigações alemão<sup>41</sup>, contudo, voltou-se atrás e, ainda hoje, a impossibilidade representa uma das principais figuras do Direito Alemão. Entretanto, a estrutura do direito das perturbações alemão foi alterada. A nova estrutura prevê como sendo sua figura central o “descumprimento de deveres”<sup>42 43</sup>, previsto no §280<sup>44</sup>, que enseja a obrigação de indenização da parte inadimplente.

Atualmente, a impossibilidade continua sendo prevista no §275, mas este dispositivo foi acrescido de itens, no mínimo, controversos: o §275/2<sup>45</sup> e o §275/3<sup>46</sup>, que alargariam o conceito de “impossibilidade”<sup>47</sup>.

O §275/1<sup>48</sup> prevê a impossibilidade “tradicional” (ou seja, existe uma efetiva impossibilidade da prestação, insuperável) e abrange diversos de suas modalidades: objetiva

---

projeto de reforma já elaborado. NORDMEIER, 2007, p. 207.

<sup>36</sup> SCHLECHTRIEN, 2002, p. 3; CANARIS, 2004, p. 108-109.

<sup>37</sup> BRUNNER, 2008, p. 79.

<sup>38</sup> ZIMMERMANN, 2005, p. 33.

<sup>39</sup> BABUSIAUX, 2004, p. 168.

<sup>40</sup> CANARIS, 2004, p. 112.

<sup>41</sup> CANARIS, 2004, p. 113; MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 106.

<sup>42</sup> MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 103; BRUNNER, 2008, p. 81.

<sup>43</sup> Importante notar que, no Direito Alemão, o descumprimento de um dever/contrato é diferente da responsabilização por este descumprimento. MARKESINIS, 2006, p. 387. Ou seja, para se determinar se houve um descumprimento contratual não se examina se isso seria imputável ou não ao devedor. Essa análise ocorre em um segundo momento, em que se discutirá os remédios disponíveis ao credor (por exemplo, pagamento de indenização).

<sup>44</sup> “(1) Quando o devedor viole um dever proveniente de uma relação jurídica, pode o credor exigir a indenização do dano daí resultante. Esta regra não se aplica quando a violação do dever não seja imputável ao devedor.” Tradução de MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 104.

<sup>45</sup> “(2) O devedor pode recusar a prestação sempre que esta requeira um esforço que esteja em grave desproporção perante o interesse do credor na prestação, sob a consideração do conteúdo da relação obrigacional e da regra da boa-fé. Na determinação dos esforços imputáveis ao devedor é também de ter em conta se o impedimento da prestação deve ser imputado a este último.” Tradução de MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 109.

<sup>46</sup> “(3) O devedor pode ainda recusar a prestação quando deva realizar pessoalmente a prestação e esta, ponderados os impedimentos do devedor perante o interesse do credor na prestação não possa ser exigível.” Tradução de MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 109.

<sup>47</sup> Contudo, como notado em PIRES, 2018, p. 461, há autores que defendam que na verdade houve uma depuração do conceito de impossibilidade, restringindo seu conceito apenas àquilo que seria efetivamente impossível, uma vez que as figuras consagradas no §275/2 e §275/3 seriam distintas, não se confundindo com a impossibilidade.

<sup>48</sup> “(1) A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any

(ninguém pode prestar), subjetiva (apenas o devedor não pode prestar), inicial (a prestação já era impossível quando da celebração do contrato), superveniente (a prestação se tornou impossível após a celebração do contrato), parcial (a impossibilidade atingiu parte da obrigação) e total (a impossibilidade atingiu a prestação como um todo)<sup>49</sup>.

Ainda, pelo §275/1 a exclusão do direito do credor à execução específica da obrigação não depende da análise de culpa do devedor<sup>50</sup>, se diferenciando da solução adotada pelo §275 antes da reforma, em que o devedor só era liberado do dever de prestar caso a impossibilidade não fosse imputável a ele<sup>51</sup>. Ou seja, independentemente da existência de culpa do devedor, o credor não pode pedir a execução específica de obrigação que se tornou impossível. Ademais, a impossibilidade prevista no §275/1 opera *ipso iure*<sup>52</sup>, podendo ser aplicada de ofício pelo julgador<sup>53</sup>. Em outras palavras, a impossibilidade independe da alegação do devedor de que não poderia prestar a obrigação porque esta teria se tornado impossível, uma vez que o juiz, verificando ser este o caso, pode automaticamente aplicá-la para afastar o pedido de execução específica do credor. Dessa forma, haveria distinção entre a pretensão ao cumprimento natural e a pretensão à indenização, que poderia ser cobrada pelo credor caso se verificasse a violação de um dever, nos termos do §280<sup>54</sup> (por exemplo, o credor tem o direito a ser indenizado caso o devedor, dolosa ou culposamente, cause a impossibilidade de sua prestação).

Os itens seguintes, §275/2 e §275/3, trazem as figuras da “impossibilidade prática” e da “impossibilidade pessoal”, que representariam um alargamento da ideia de impossibilidade<sup>55</sup>. Segundo ZIMMERMANN, o §275/1 diria respeito a casos de impossibilidade *stricto sensu*, enquanto os itens seguintes abrangem situações em que não seria razoável esperar que o devedor cumpra com sua prestação<sup>56</sup>.

---

other person.” Redação disponível em:

[https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p0826](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0826). Acesso em 26/02/2022.

\*\*\*

(1) A reivindicação de uma prestação é excluída na extensão que aquela prestação é impossível para o devedor ou para qualquer outra pessoa. (Tradução livre).

<sup>49</sup> ZIMMERMANN, 2005, p. 45; CANARIS, 2003, p. 12, e de acordo com o autor, a ausência de menção à impossibilidade temporária, inicialmente prevista na redação do §275/1, se deu porque se teria determinado, em relação à aplicação de outras normas, algumas consequências problemáticas cuja complexidade parecia excessiva em relação à modesta importância prática coberta pela impossibilidade temporária.

<sup>50</sup> ZIMMERMANN, 2005, p. 45.

<sup>51</sup> MARKESINIS, 2006, p. 408.

<sup>52</sup> MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 108.

<sup>53</sup> AKSOY, 2014, p. 22.

<sup>54</sup> PIRES, 2018, p. 235

<sup>55</sup> MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 109.

<sup>56</sup> ZIMMERMANN, 2005, p. 46.



A impossibilidade prática se verificaria quando “a prestação prevista ainda seria, em rigor, possível; todavia, nenhum credor razoável esperaria que ela tivesse lugar”<sup>57</sup> e a impossibilidade pessoal “tem a ver com a inexigibilidade de obrigações altamente pessoais”<sup>58</sup>. Exemplos clássicos e paradigmáticos são, respectivamente, do anel que cai no fundo do mar antes de ser entregue ao comprador<sup>59</sup> e da cantora que tem um espetáculo no mesmo dia em que seu filho adoece<sup>60</sup>.

O §275/2, que trata da impossibilidade prática, diz respeito a casos limítrofes e extremos<sup>61</sup>: a prestação não seria, a rigor, impossível. Contudo, a prestação se torna tão desproporcional e exige um dispêndio financeiro tão grande que não poderia razoavelmente ser esperado que o devedor supere o obstáculo<sup>62</sup>. É importante destacar que na análise do §275/2 o interesse desproporcionalmente reduzido do credor na prestação – e não o obstáculo ou impedimento do devedor – é o fator decisivo para determinar a desproporcionalidade grosseira<sup>63</sup>. Além disso, importa também para referida análise da desproporção se o devedor é ou não responsável pelo impedimento da prestação<sup>64</sup>. Por fim, como também se pode depreender da redação do dispositivo, o devedor *pode* se recusar a prestar<sup>65</sup>, dessa forma, não pode ser reconhecida de ofício e serve como um meio de defesa do devedor.

Retomando o já citado exemplo do anel que cai no mar. Se o anel era avaliado em R\$500,00 (quinhentos reais) e o custo de sua recuperação é R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), haveria uma grave desproporção entre o interesse do credor (que se presume ser o preço que pagaria pelo anel, R\$500,00) e os esforços (gastos) que seriam exigíveis do devedor. Assim, caso o credor exija que o devedor recupere e entregue o anel, o devedor poderia utilizar o §275/2 para recusar a prestação. Entretanto, a análise pode ser mais difícil quando o interesse do credor aumenta proporcionalmente (ou quase) aos esforços exigíveis do devedor (por exemplo, na perda de um bem cujo valor de mercado sobe consideravelmente após sua perda) ou quando o

---

<sup>57</sup> MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 109-110.

<sup>58</sup> MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 111.

<sup>59</sup> Exemplo lembrado por ZIMMERMANN, 2005, p. 46; MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 110; PIRES, 2018, p. 439; BRUNNER, 2008, p. 82, dentre diversos outros.

<sup>60</sup> Exemplo lembrado por ZIMMERMANN, 2005, p. 50; MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 111; SANTOS JÚNIOR, 2012, p. 317; BRUNNER, 2008, p. 84, dentre diversos outros.

<sup>61</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 14.

<sup>62</sup> MARKESINIS, 2006, p. 413.

<sup>63</sup> CANARIS, 2004, p. 114.

<sup>64</sup> BRUNNER, 2008, p. 83.

<sup>65</sup> BRUNNER, 2008, p. 84.

interesse do credor já era objetivamente<sup>66</sup> muito superior ao preço pago pelo bem. São situações complexas que demandam uma análise caso a caso<sup>67</sup>.

Já o §275/3, que trata da impossibilidade pessoal ou moral, abrange casos em que o devedor deveria prestar pessoalmente a obrigação<sup>68</sup> e, diferentemente do §275/2, prevê que deve ser considerado também, além do interesse do credor na prestação, os impedimentos ou obstáculos existentes<sup>69</sup>, e não se considera a culpa ou responsabilidade do devedor pelo obstáculo<sup>70</sup>. No entanto, similarmente ao §275/2, a chamada impossibilidade pessoal serve como um meio de defesa do devedor, não sendo reconhecida de ofício<sup>71</sup>. Também de maneira similar ao §275/2, deve ser aplicado a casos extremos, em que não seria razoável se esperar que o devedor cumpra a prestação<sup>72</sup>.

SANTOS JÚNIOR cita alguns exemplos que seriam enquadráveis no §275/3: além do já citado exemplo da cantora cujo filho adoece no dia de seu show<sup>73</sup>, o médico que se recusa a realizar um procedimento de interrupção voluntária da gravidez por questões éticas ou religiosas ou o da trabalhadora de uma tipografia que se recusar a trabalhar numa produção de obras degradantes da condição das mulheres<sup>74</sup>.

Para facilitar a visualização de referidas categorias, traz-se aqui figura com esquema simples do disposto no §275 do BGB (o §275/4 será brevemente abordado abaixo):

---

<sup>66</sup> Nota-se que também há entendimento que o interesse subjetivo do credor também deveria ser considerado nessa análise. AKSOY, 2014, p. 21.

<sup>67</sup> Como forma de “objetivar” esta análise, cita-se a tentativa de se utilizar formas matemáticas para se determinar quando a prestação passaria a ser inexigível pelo §275/2, conforme narrado em PIRES, 2018, p. 475 e ss.

<sup>68</sup> ZIMMERMANN, 2005, p. 50.

<sup>69</sup> AKSOY, 2014, p. 29.

<sup>70</sup> AKSOY, 2014, p. 29.

<sup>71</sup> SANTOS JÚNIOR, 2012, p. 317.

<sup>72</sup> MARKESINIS, 2006, p. 418.

<sup>73</sup> Em relação a esse exemplo, é citado que, pelo §275/3 não considerar a culpa do devedor, a cantora poderia se recusar a prestar mesmo que ela tenha negligentemente contribuído para a doença do filho. SANTOS JÚNIOR, 2012, p. 317; ZIMMERMANN, 2008, p. 50.

<sup>74</sup> SANTOS JÚNIOR, 2012, p. 316.

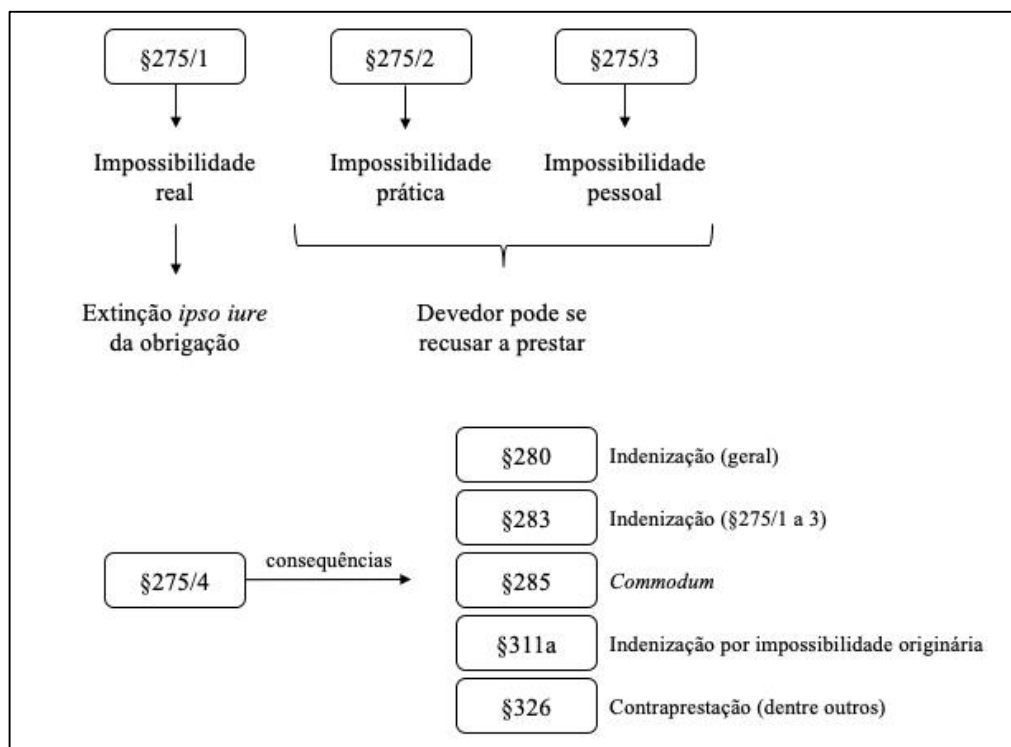


Figura 1: Direito Alemão (BGB)

A inclusão dessas duas formas de impossibilidade, ao lado da mais tradicional, tem gerado controvérsia na doutrina alemã<sup>75</sup>. CANARIS, considerado o mais influente membro do grupo de trabalho nomeado pelo Ministério da Justiça para revisão das disposições relativas ao descumprimento contratual contidas no projeto de reforma do BGB em discussão<sup>76</sup>, reconhece a “irritação” gerada em parte da doutrina devido ao temor de que estaria sendo acolhida a ideia da “impossibilidade econômica”, o que poderia colocar em perigo o próprio princípio do *pacta sunt servanda*. Contudo, sustenta que tal temor seria injustificado<sup>77</sup>. Os casos de impossibilidade econômica seriam reconduzidos ao §313<sup>78</sup>, que versa sobre perturbações na

<sup>75</sup> PIRES, 2018, p. 464.

<sup>76</sup> ZIMMERMANN, 2005, p. 43.

<sup>77</sup> CANARIS, 2003, p. 13.

<sup>78</sup> Section 313. Interference with the basis of the transaction

(1) If circumstances which became the basis of a contract have significantly changed since the contract was entered into and if the parties would not have entered into the contract or would have entered into it with different contents if they had foreseen this change, adaptation of the contract may be demanded to the extent that, taking account of all the circumstances of the specific case, in particular the contractual or statutory distribution of risk, one of the parties cannot reasonably be expected to uphold the contract without alteration.

(2) It is equivalent to a change of circumstances if material conceptions that have become the basis of the contract are found to be incorrect.

(3) If adaptation of the contract is not possible or one party cannot reasonably be expected to accept it, the disadvantaged party may revoke the contract. In the case of continuing obligations, the right to terminate takes the place of the right to revoke.

Disponível em: [https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\\_bgb/englisch\\_bgb.html#p1146](https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p1146). Acesso em 05/03/2022.

base do negócio, e o §275/2 apenas concretizou o que já era o entendimento do BGH<sup>79</sup> acerca do abuso de direito e de princípios jurídicos expressos em antigos dispositivos do BGB<sup>80</sup>. BRUNNER também nota que, apesar de, do início do século XX, o *Reichsgericht*<sup>81</sup> aplicar o conceito de impossibilidade a casos de impraticabilidade e dificuldade econômica, especialmente após o fim da Primeira Guerra Mundial, ainda na década de 1920 essas situações já passaram a ser solucionadas por meio de doutrinas relativas à base do negócio, que hoje estaria codificada no §313 do BGB<sup>82</sup>. Portanto, não haveria confusão entre as chamadas “impossibilidade prática” e “impossibilidade econômica”.

ZIMMERMANN reconhece, como CANARIS, que antes da reforma os casos de impossibilidade prática já recebiam tratamento similar aos casos de “impossibilidade factual” e, portanto, eram direcionados às regras de impossibilidade do BGB<sup>83</sup>. Contudo, considera que a solução e atual redação dada ao §275 não teria sido feliz: (i) o credor pode ficar em posição difícil em situações que o devedor não preste, mas também não apresente defesa com base na exceção do §275/2 e (ii) a linha separando os casos do §275/1 e o §275/2 pode ser complexa de ser traçada<sup>84</sup>. Já em relação ao §275/3, entende que referida norma seria uma manifestação específica das regras gerais sobre alteração das circunstâncias (que é tratada no §313), desse modo, sua inserção no §275 enfraquece a tênue linha traçada pelo §275/2 entre a impossibilidade e a alteração de circunstâncias<sup>85</sup>. MARKESINIS comentando o §275/2, argumenta que o resultado mais provável é que as cortes alemãs mantenham uma noção relativamente restrita do conceito de impossibilidade e uma significativa relutância em liberar o devedor nos casos em que o impedimento à prestação não é total, mas pode ser superável<sup>86</sup>.

---

\*\*\*

Sessão 313. Interferência na base da transação

(1) Se circunstâncias que se tornaram a base da transação tenham se alterado significativamente desde que o contrato foi celebrado e se as partes não teriam celebrado o contrato, ou teriam o celebrado com condições diferentes se tivessem previsto a alteração, a adaptação do contrato pode ser exigida na extensão que, levando-se em conta todas as circunstâncias do caso específico, em particular a distribuição de riscos contratual ou legal, não se possa esperar razoavelmente uma das partes suporte o contrato sem alteração.

(2) É equivalente a uma alteração das circunstâncias se premissas materiais que tenham se tornado a base do contrato venham a ser descobertas como sendo erradas.

(3) Se a adaptação do contrato não é possível ou não é razoavelmente esperável que uma das partes a aceite, a parte em desvantagem pode resolver o contrato. No caso de obrigações contínuas, o direito de encerrar o contrato substitui o direito de resolvê-lo. (Tradução livre).

<sup>79</sup> Corte Federal de Justiça, a corte mais alta no sistema de justiça ordinária alemã.

<sup>80</sup> CANARIS, 2003, p. 13-14.

<sup>81</sup> Suprema Corte civil e criminal do Reich Alemão de 1879 a 1945.

<sup>82</sup> BRUNNER, 2008, p. 79.

<sup>83</sup> ZIMMERMANN, 2008, p. 48.

<sup>84</sup> ZIMMERMANN, 2008, p. 48.

<sup>85</sup> ZIMMERMANN, 2008, p. 50.

<sup>86</sup> MARKESINIS, 2006, p. 413.

PIRES cita alguns casos julgados pelo BGH, antes da reforma de 2002 do BGB, que continham o “gérmen da ideia” da impossibilidade prática<sup>87</sup>. Em um deles, de 1974, o vendedor construiu uma garagem subterrânea que ocupou vinte metros da propriedade do comprador. Este propôs ação intentando a remoção da garagem, mas o vendedor alegou que o espaço já teria sido disponibilizado a terceiro. O BGH entendeu que os dispêndios para remoção da garagem seriam inexigíveis, considerando os interesses das duas partes<sup>88</sup>. Em outro caso, julgado em 1987, o mandante exigia do mandatário a transmissão de bem vendido a terceiro. No entanto, este terceiro exigia o pagamento de um valor trinta e três vezes superior ao valor de mercado do imóvel para a transferência. A sentença fez alusão a um limite do sacrifício do devedor e que pode ser abusiva a pretensão quando esta apenas pode se concretizar com dispêndios desproporcionais e equitativamente inexigíveis do devedor<sup>89</sup>. Por fim, na terceira decisão, de 1990, o BGH entendeu que, apesar de a reparação de um caminhão, cujo eixo dianteiro se partira, ser tecnicamente possível pelo locador, essa não seria exigível, uma vez que o valor da reparação seria superior ao próprio valor do caminhão. Foi considerado que haveria um limite para os sacrifícios exigíveis do devedor nas hipóteses em que o impedimento não é imputável a ele<sup>90</sup>.

Com base no acima exposto, algumas considerações podem ser feitas. A redação trazida pelo BGB após a reforma no que concerne os §275/2 e §275/3, principalmente aquele, parece meramente consubstanciar o que já era entendimento corrente das cortes alemãs. Ainda, fixa uma certa “gradação” no conceito de impossibilidade, pois ao trazer as categorias de “impossibilidade prática” e “impossibilidade pessoal” direciona casos que não seriam factualmente impossíveis à impossibilidade diante da desproporção e inexigibilidade da conduta do devedor. Contudo, como também acima destacado, não seria qualquer desproporção, mas apenas aquelas consideradas “grosseiras”, em que não seria razoável esperar que o credor cumprisse a sua obrigação. Os outros desequilíbrios contratuais, e a chamada “impossibilidade econômica”, seriam reconduzidos ao §313, que versa sobre a base do negócio.

Não é o objetivo do trabalho tratar das consequências da impossibilidade no Direito Alemão, e nem haveria espaço para tanto, mas destaca-se que o §275/4 indica que os direitos do credor em caso da ocorrência de uma impossibilidade de prestar estão previstos nos §§280<sup>91</sup>,

---

<sup>87</sup> PIRES, 2018, p. 453.

<sup>88</sup> PIRES, 2018, p. 453.

<sup>89</sup> PIRES, 2018, p. 453-454.

<sup>90</sup> PIRES, 2018, p. 454-455.

<sup>91</sup> Redação já acima indicada, que versa sobre a indenização em caso de violação de um dever.

283 a 285<sup>92</sup>, 311a<sup>93</sup> e 326<sup>94</sup>. Assim, não é porque a pretensão à prestação é excluída com base no §275 que o credor não terá qualquer direito perante o devedor. Por fim, também é importante ressaltar que, como destacado na Introdução, uma matéria relevante e também discutida no Direito Alemão acerca da impossibilidade de prestar – o que conceitua e o que está abrangido na “prestação” – será abordada no Capítulo 4 deste trabalho, momento em que se discutirá qual o conceito de “prestação” no Direito Brasileiro.

Conclui-se apenas retomando alguns pontos relevantes endereçados acima. A noção moderna do instituto da impossibilidade da prestação surgiu no século XIX no Direito Alemão e, desde o advento do BGB em 1900, a impossibilidade permanece uma das principais figuras do regime das perturbações da prestação. Com a reforma do BGB em 2002 houve a alteração nas regras acerca da impossibilidade, mas que, em boa parte, apenas refletiram qual era a orientação da jurisprudência acerca da matéria. Com isso, ao lado da impossibilidade “tradicional”, prevista no §275/1, convivem as impossibilidades “prática” e “pessoal”, previstas respectivamente nos §§275/2 e 275/3.

## 1.2 DIREITO PORTUGUÊS

De início, destaca-se que o Direito Civil Português passou a ser muito influenciado pelo Direito Alemão desde o início do século XX<sup>95</sup>. Não é de surpreender, então, que o CCP, datado

<sup>92</sup> “§ 283 (Indenização em vez da prestação no caso de exclusão do dever de prestar). Quando, por força do § 275/1 a 3, o devedor não tenha de prestar, pode o credor exigir uma indenização em vez da prestação, desde que operem os pressupostos do § 280/1. (...). O § 284 permite a indenização por dispêndios vãos, enquanto o § 285 dá corpo, no quadro do § 275/1, ao *commodum representationis*.” MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 108.

<sup>93</sup> “§ 311a (Impedimento da prestação aquando da conclusão do contrato). Não impede a eficácia de um contrato o facto de o devedor não ter de prestar por força do § 275/1 a 3 e de o impedimento da prestação já existir aquando da conclusão do contrato. (2) O credor pode exigir, segundo escolha sua, indemnização em vez de prestação ou a indemnização dos seus dispêndios, no âmbito prescrito no § 284. Tal não se aplica quando o devedor não conhecesse o impedimento da prestação aquando da conclusão.” MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 108.

<sup>94</sup> “Algumas consequências, documentadas pela lei nova: § 326/1: o devedor impossibilitado perde o direito à contraprestação, operando determinadas regras na hipótese de impossibilidade parcial, com remissão para a compra e venda; este efeito actua ipso iure; § 326/5: o credor pode rescindir o contrato: é uma hipótese sua. O devedor conservará o direito à contraprestação quando a impossibilidade seja causada pelo credor – § 326/2, lei nova.” MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 109.

<sup>95</sup> “No início do século XX, o civilismo português acusou uma viragem decisiva e de consequências profundas. O fenómeno assumiu uma tal amplitude que conduziu à deslocação da Ordem Jurídica portuguesa do sistema napoleónico para o germânico, obrigando a repensar o seu lugar dentro das grandes famílias mundiais de Direito. Ocorreu uma verdadeira recepção, em sentido técnico, do pandectismo. Ou seja: assistiu-se à aprendizagem da Ciência Jurídica subjacente, oriunda da Alemanha, a qual, ainda que com adaptações, foi, ao longo de gerações, ensinada a todos os juristas do País. Dessa forma, o pandectismo radicou-se na cultura jurídica nacional, de tal modo que o Código Civil de 1966, quando surgiu, mais não fez do que sancionar algo que já estava consagrado na espaço jurídico nacional.” MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 37.

de 1966, tenha grande inspiração germânica<sup>96</sup>. Tendo isso em consideração, igualmente não é de se surpreender que a impossibilidade superveniente da prestação seja uma figura de topo no Direito Português<sup>97</sup>.

A impossibilidade superveniente é prevista em diversos artigos do CCP. A impossibilidade superveniente *não imputável* ao devedor é prevista nos arts. 790 e ss. do CCP<sup>98</sup>, sendo que: (i) os arts. 790 a 793 cuidam, respectivamente, das impossibilidades supervenientes objetiva, subjetiva, temporária e parcial – categorias de impossibilidade já citadas quando se falou do Direito Alemão e extremamente relevantes, que serão devidamente abordadas abaixo –; (ii) o art. 794 trata do “*commodum* da representação”<sup>99</sup>; (iii) já o art. 795 versa sobre o destino da contraprestação quando a impossibilidade atinge prestação de contrato bilateral; e, finalmente, (iv) os arts. 796 e 797 tratam sobre o risco nos contratos em que tenha a transferência de coisa. Já a impossibilidade que é *imputável ao devedor* é prevista nos arts. 801 a 803 do CCP: (i) o art. 801 traz regras gerais sobre a impossibilidade imputável ao devedor; (ii) o art. 802 versa sobre a impossibilidade parcial e (iii) o art. 803 trata do “*commodum* da representação” nas hipóteses de impossibilidade imputável ao devedor. Destaca-se, por fim, que a impossibilidade superveniente pode ser *imputável ao próprio credor*, conforme previsto no art. 795.2 do CCP.

Aqui também se apresenta figura esquemática dos artigos do CCP que serão abordados em maiores detalhes abaixo, para melhor orientação:

---

<sup>96</sup> MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 52.

<sup>97</sup> PIRES, 2018, p. 22.

<sup>98</sup> Disponível em: <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/decreto-lei/1966-34509075>. Acesso em 05/03/2022.

<sup>99</sup> Figura não tão discutida no Direito Brasileiro, mas que encontra equivalentes nos Direitos Alemão (§285 do BGB) e Italiano (art. 1259 do Código Civil Italiano). Significa que o credor pode exigir que o devedor lhe entregue o direito ou a coisa que recebeu em substituição à prestação que se tornou impossível. Como exemplo, a indenização de um seguro caso a coisa segurada se perca. Segundo PIRES, o *commodum* poderia “remover da esfera do devedor um ganho indevido que só ocorreu em virtude da impossibilidade da prestação, atribuindo-o ao credor, caso este o exija”. PIRES, 2018, p. 243.



Figura 2: Direito Português (CCP)

Já pode ser facilmente percebido que o Direito Português possui tratamento mais detalhado acerca da matéria do que o Direito Alemão (e, como se verá, também o Direito Brasileiro). Conforme será exposto abaixo, ainda hoje o Direito Português sofre influência do Direito Alemão, desse modo, algumas das questões abordadas no tópico acima, notadamente quando a prestação se torna “impossível” também são objeto de discussões em Portugal. Contudo, antes de adentrar nessas controvérsias, se examinará brevemente o que trazem os artigos acima citados do CCP.

Faz-se a distinção primeiramente, como é feita a divisão inicial pelo próprio CCP, entre as prestações que não são imputáveis ao devedor daquelas que o são. De acordo com lição de GALVÃO TELLES, “[o]correndo a impossibilidade sem culpa do devedor, este não se constitui em responsabilidade pelo não cumprimento definitivo ou pelo atraso no cumprimento: nenhuma indemnização lhe é exigível”<sup>100</sup>, já nos casos da impossibilidade imputável ao devedor “[a] prestação impossibilita-se definitiva ou temporariamente, mas isso deve-se a culpa do devedor, que deu origem a tal resultado por dolo ou negligência”<sup>101</sup>. O devedor de fato não consegue cumprir a prestação por essa ter se tornado impossível, contudo, a impossibilidade não o exonera, pois ele responde por ela<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> GALVÃO TELLES, 1997, p. 361.

<sup>101</sup> GALVÃO TELLES, 1997, p. 361.

<sup>102</sup> GALVÃO TELLES, 1997, p. 361.



A impossibilidade superveniente *imputável ao credor* comporta maiores discussões, sendo mais complicada que aquela imputável ao devedor, não tendo “pistas óbvias” na lei e dividindo a doutrina<sup>103</sup>. Conforme leciona MENEZES CORDEIRO, a atitude não-cooperativa do credor pode “atingir uma intensidade tão grande que impossibilite, pura e simplesmente, a prestação do seu devedor”<sup>104</sup>. Assim, apesar de menos comum, poderia haver uma impossibilidade superveniente imputável ao credor, por exemplo, quando este não permite que o devedor acesse a área em que seria feita determinada obra ou não forneça ao devedor informações necessárias para que este cumpra sua prestação.

Feitas as categorizações acima, passa-se a tratar de outros tipos de impossibilidade superveniente endereçados expressamente no CCP. O art. 790 prevê sob a epígrafe de “impossibilidade objetiva”, em seu primeiro item, que “[a] obrigação extingue-se quando a prestação se torna impossível por causa não imputável ao devedor”. Comentando referido item do art. 790, OLIVEIRA traz que:

[e]m primeiro lugar, o princípio do art. 790, n. 1, do Código Civil (só) deve aplicar-se à impossibilidade superveniente objectiva e à impossibilidade superveniente subjectiva de prestações não fungíveis; em segundo lugar, só deve aplicar-se plenamente se a impossibilidade do objecto for total; em terceiro lugar, só deve aplicar-se plenamente se a impossibilidade do objecto for definitiva<sup>105</sup>.

Em linha com o trazido acima por OLIVEIRA, frisa-se que essa frase também representa a ideia de uma impossibilidade (i) *absoluta* (a controvérsia existente acerca das impossibilidades absoluta e relativa será discutida abaixo), (ii) *definitiva* (pois há a extinção da obrigação<sup>106</sup>: no caso da temporária, como também abaixo indicado, pode haver meramente uma suspensão do dever de prestar), (iii) *total* (pois, no caso da parcial, não há necessariamente extinção total da obrigação, podendo haver uma extinção meramente parcial) e (iv) *não-*

<sup>103</sup> PIRES, 2020, p. 32. Para um aprofundamento sobre as controvérsias existentes sobre o tema, não apenas no Direito Português: PIRES, 2018, p. 651-767.

<sup>104</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 379.

<sup>105</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 544.

<sup>106</sup> Aqui importa destacar “o efeito da impossibilidade definitiva (artigo 790.º), seja ou não imputável ao devedor é, e apenas, o do afastamento da pretensão de cumprimento da prestação. Desta afirmação resultam três corolários. Primeiro corolário: o dever de indenizar é uma consequência eventual e separada. Segundo corolário: o risco da contraprestação (pagamento do preço, pagamento da renda, etc.) é também uma questão diferente, a examinar separadamente. Terceiro corolário: nem toda a relação obrigacional desaparece (basta pensar em deveres acessórios, nomeadamente de notificação da ocorrência da impossibilidade, art. 762.º n.º 2) e pode haver lugar ao “commodum” de representação (cf. artigos 794.º e 803.º)”. PIRES, 2020a, p. 13.

*imputável* ao devedor. Essa é considerada a “*expressão máxima ou paradigmática*” da impossibilidade da prestação<sup>107 108</sup>.

Pode-se dizer, portanto, que o art. 790 do CCP prevê a “*expressão paradigmática*” da impossibilidade de prestar, enquanto os artigos seguintes do CCP trazem modalidades “*especiais*”, como a impossibilidade temporária ou parcial.

Diz-se que a impossibilidade é objetiva quando esta atinge a prestação em si, não podendo ser realizada por qualquer pessoa<sup>109</sup>. Esta se opõe à impossibilidade subjetiva, trazida no art. 791, que aduz que a impossibilidade “*relativa à pessoa do devedor importa igualmente a extinção da obrigação, se o devedor, no cumprimento desta, não puder fazer-se substituir por terceiro*”. Ou seja, a impossibilidade de prestar atinge apenas o devedor<sup>110</sup>, sendo possível que terceiro cumpra a prestação<sup>111</sup>.

Interessa ainda notar que, conforme expresso no artigo acima citado, não é qualquer forma de impossibilidade subjetiva que libera o devedor. Quando este puder se fazer substituir por terceiro, o devedor tem a obrigação de fazê-lo<sup>112</sup>. MENEZES LEITÃO cita que apenas quando o devedor não puder se fazer substituir – seja porque a prestação é infungível ou porque o fato que gerou a impossibilidade também impossibilita o devedor de se fazer substituir (por exemplo, porque o devedor entrou em coma, não tendo as condições necessárias para contratar terceiro) – é que a obrigação se extingue<sup>113</sup>.

PESSOA JORGE considera essa solução “*pouco harmoniosa com o princípio da responsabilidade civil baseada na culpa*”<sup>114</sup>. Segundo o autor, tal previsão negaria o caráter exoneratório da impossibilidade subjetiva, pois o devedor apenas ficaria liberto se não conseguisse ninguém para realizar a prestação em seu lugar, só que, com isso, a obrigação passaria a ser objetiva. Dessa forma, a impossibilidade subjetiva nunca liberaria o devedor de sua obrigação ou da responsabilidade em caso de não cumprimento<sup>115</sup>. Sendo assim, defende

---

<sup>107</sup> PIRES, 2018, p. 213.

<sup>108</sup> “Podemos afirmar sem erro que o legislador adotou como padrão da impossibilidade com efeito exoneratório a impossibilidade objetiva, absoluta, definitiva e total. BRANDÃO PROENÇA, 2019, p. 220.

<sup>109</sup> GALVÃO TELLES, 1997, p. 363. No mesmo sentido: OLIVEIRA, 2011, p. 221, PESSOA JORGE, 1975, p. 93, VAZ SERRA, 1955, p. 19-20, PIRES, 2020, p. 24.

<sup>110</sup> ANTUNES VARELA, 1997, p. 68, MENEZES LEITÃO, 2018, p. 120, GALVÃO TELLES, 1997, p. 364, OLIVEIRA, 2011, p. 522, PIRES, 2020, p. 24.

<sup>111</sup> PESSOA JORGE, 1999, p. 108-109.

<sup>112</sup> “Quando, por circunstâncias de ordem pessoal, o devedor se encontra impedido de efetivar uma certa prestação, cabe-lhe fazer-se substituir, na sua execução, por um terceiro devidamente habilitado.”. MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 344.

<sup>113</sup> MENEZES LEITÃO, 2018, p. 120.

<sup>114</sup> PESSOA JORGE, 1999, p. 108-109.

<sup>115</sup> PESSOA JORGE, 1999, p. 109.

que a interpretação mais coerente com o sistema de responsabilidade civil seria que a impossibilidade subjetiva apenas não seria exoneratória quando, nos termos da obrigação, o devedor tiver o dever de se fazer substituir por terceiro<sup>116</sup>.

OLIVEIRA critica as considerações de PESSOA JORGE, considerando seus argumentos “*artificiosos*” e “*pouco persuasivos*”<sup>117</sup>. Sustenta que as disposições do anteprojeto do CCP que equiparavam as impossibilidades objetiva e subjetiva foram eliminadas e que o CCP prevê a possibilidade de o credor exigir, em execução, que a obrigação fungível seja prestada por terceiro<sup>118 119</sup>. OLIVEIRA, ainda em outra obra, equipara a impossibilidade subjetiva com a impossibilidade relativa (como será exposto abaixo, a impossibilidade relativa representa uma dificuldade de prestar, enquanto a impossibilidade absoluta seria uma “verdadeira impossibilidade”, em que é efetivamente impossível prestar)<sup>120</sup>. Segundo o autor,

enquanto a impossibilidade objectiva releva sob a forma de impossibilidade absoluta ou sob a forma de impossibilidade relativa, a impossibilidade subjectiva só releva sob a forma de impossibilidade relativa – o devedor pode fazer-se substituir por terceiro e, por isso, pode realizar a prestação. (...) o devedor pode fazer-se substituir por outrem, com custos ou esforços razoáveis, ou bem que não pode; no primeiro caso, terá o dever de realizar a prestação; no segundo caso, ele terá o direito de não a realizar, nos termos da doutrina da dificuldade extraordinária<sup>121</sup>.

Em outras palavras, no caso de impossibilidade subjetiva o devedor tem o dever de se fazer substituir por terceiro. O devedor ou o faz ou alega uma dificuldade extraordinária de se fazer substituir, consubstanciando assim uma impossibilidade relativa (extrema dificuldade em prestar). Não poderia ser absolutamente impossível se fazer substituir por terceiro, pois, se não houvesse terceiro que pudesse prestar, a prestação seria na verdade objetivamente impossível, saindo da esfera da impossibilidade subjetiva.

Vê-se uma equiparação entre impossibilidade objetiva e impossibilidade absoluta também por MENEZES CORDEIRO. De acordo com o autor, a impossibilidade absoluta atingiria o próprio objeto do negócio, assim, ninguém poderia prestar. Desse modo, a impossibilidade absoluta seria também objetiva<sup>122</sup>. Ademais, aduz que o devedor de prestação fungível tem a

---

<sup>116</sup> PESSOA JORGE, 1999, p. 110.

<sup>117</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 546.

<sup>118</sup> Artigo 828. (Prestação de facto fungível). O credor de prestação de facto fungível tem a faculdade de requerer, em execução, que o facto seja prestado por outrem à custa do devedor.

<sup>119</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 546-547.

<sup>120</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 31.

<sup>121</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 31.

<sup>122</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 344.

obrigação de se fazer substituir, o que seria “teoricamente (quase) sempre possível”, podendo, contudo, ser mais dispendioso<sup>123</sup>.

PIRES critica a equiparação entre as impossibilidades absoluta e objetiva e as impossibilidades relativa e subjetiva, pois, apesar de na maioria dos casos haver uma coincidência entre esses tipos, essa não é necessária<sup>124</sup>. VAZ SERRA<sup>125</sup> e ANTUNES VARELA<sup>126</sup> também negam a equiparação entre as categorias. Como se verá, no Direito Brasileiro há tendência em se equiparar as figuras, pela própria redação do CC/02.

Feitas as considerações acerca das impossibilidades objetiva e subjetiva, passa-se a se tratar as modalidades de impossibilidade temporária e definitiva. Conforme traz o art. 792 do CCP, sendo “*temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento*” e esta só é considerada temporária “*enquanto, atenta a finalidade da obrigação, se mantiver o interesse do credor*”. Sucintamente, GALVÃO TELLES escreve “[a] prestação torna-se irrealizável durante certo período ou de vez”.<sup>127</sup> Ora, pode haver situações em que o devedor fique apenas temporariamente impedido de prestar. Por exemplo, em caso de embargo econômico ao país do comprador que impeça o vendedor de entregar o produto adquirido ou na hipótese de uma doença temporária que incapacite o pintor de realizar a pintura contratada pela outra parte. Enquanto a impossibilidade temporária dura, o devedor não responde pelo atraso da prestação, mas, assim que cessa a impossibilidade, ele fica obrigado a prestar<sup>128</sup>. Desse modo, o devedor não fica exonerado da obrigação, apenas não responde pelos danos que a demora trouxe ao credor<sup>129</sup>, ficando a prestação suspensa desde quando a prestação se torna impossível até quando a prestação volta a ser possível<sup>130</sup>.

Também é relevante destacar que, conforme prescreve expressamente o art. 792, deve ser analisado o interesse do credor na prestação caso essa apenas possa ser realizada

---

<sup>123</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 345.

<sup>124</sup> PIRES, 2018, p. 319. Citando exemplo de ANTUNES VARELA, 1997, p. 72: “A impossibilidade subjetiva (atinentes apenas ao devedor) tanto pode ser absoluta (caso de o devedor da prestação de facto não fungível cair em estado de coma, com perda absoluta da 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 excessivamente onerosa ou difícil.”. Também em PIRES, 2020, p. 25.

<sup>125</sup> VAZ SERRA, 1955, p. 21. E também defendendo a equiparação dos efeitos entre as impossibilidades subjetiva e objetiva.

<sup>126</sup> ANTUNES VARELA, 1997, p. 72.

<sup>127</sup> GALVÃO TELLES, 1997, p. 360.

<sup>128</sup> ALMEIDA COSTA, 1994, p. 945-946.

<sup>129</sup> ANTUNES VARELA, 1997, p. 79.

<sup>130</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 548. Similarmente: “(...) a impossibilidade temporária não se projeta imediatamente, sem outras ponderações, num efeito de exclusão, mas num efeito de suspensão ou de paralisação de posições jurídicas, que ficariam num estado de quiescência.”. PIRES, 2018, p. 224.

posteriormente. Como exemplo, caso o termo seja essencial à obrigação, a impossibilidade será considerada definitiva<sup>131</sup>. Pense-se na hipótese de uma costureira que por determinada doença fique impossibilitada de costurar o vestido de noiva contratado e sua recuperação está prevista apenas para duas semanas após a cerimônia de casamento. Nesse caso, o credor (a noiva) não teria mais interesse na prestação e, portanto, a impossibilidade deve ser considerada definitiva, não meramente temporária. Desta maneira, a impossibilidade apenas pode ser considerada temporária quando, em atenção à finalidade da obrigação, o credor mantiver seu interesse na prestação<sup>132</sup>. Sintetizando o tema, nas palavras de PESSOA JORGE:

Esta distinção [temporária e definitiva] reporta-se ao cumprimento, à satisfação do interesse do credor: se a impossibilidade é tal que o devedor não pode mais realizar a prestação ou não pode realizá-la a tempo de satisfazer o interesse do credor, a impossibilidade diz-se definitiva; se o obstáculo que se põe à prestação tem carácter transitório, se é previsível que passe de forma ao devedor poder ainda prestar com interesse para o credor, a impossibilidade diz-se temporária (cfr. artigo 792, 2, CC)<sup>133</sup>.

Por fim, importa fazer pontuação acerca da hipótese de haver incerteza de quando a obrigação poderá ser prestada. Conforme leciona PIRES, considera-se definitiva a impossibilidade quando se sabe que o impedimento não cessará, ou se este só cessará com a ocorrência de um fato extraordinário, com o qual não se deva contar<sup>134</sup>. Ainda, há de se considerar as hipóteses em que há incerteza quando (e se) a prestação poderá ser efetivamente cumprida, devendo-se considerar nesse caso os dispêndios exigíveis ao devedor para manter sua capacidade de prestar<sup>135</sup>. Assim, nestes casos tanto o interesse do credor na prestação, como a exigibilidade de se manter o devedor vinculado à prestação que não se sabe quando, e se, poderá cumprir, devem ser considerados<sup>136</sup>.

Feitas as considerações sobre as impossibilidades definitiva e temporária, passa-se a análise do art. 793 do CCP que trata da modalidade de impossibilidade parcial, que se contrapõe à “paradigmática” impossibilidade total. Referido artigo prevê que, no caso de impossibilidade parcial, “o devedor exonera-se mediante a prestação do que for possível, devendo, neste caso, ser proporcionalmente reduzida a contraprestação a que a outra parte estiver vinculada” e,

---

<sup>131</sup> ALMEIDA COSTA, 1994, p. 946.

<sup>132</sup> CALVÃO DA SILVA, 2007, 488.

<sup>133</sup> PESSOA JORGE, 1975, p. 95.

<sup>134</sup> PIRES, 2020, p. 21.

<sup>135</sup> PIRES, 2020, p. 21. E também PIRES, 2018, p. 225-226.

<sup>136</sup> “Quando a impossibilidade dura muito tempo, pode ser equitativo reconhecer às partes um direito de resolução (apesar de a finalidade da obrigação ainda pode ser conseguida), para se não obrigarem as partes manterem-se ligadas por todo o tempo de duração da impossibilidade.”. VAZ SERRA, 1955, p. 65.

ainda, em seu segundo item, similar à disposição sobre impossibilidade temporária, que se o credor “*não tiver, justificadamente, interesse no cumprimento parcial da obrigação pode resolver o negócio*”.

No caso da impossibilidade total, a impossibilidade afeta a prestação como um todo, enquanto, na impossibilidade parcial, apenas uma parte da prestação é afetada, seja uma parte da coisa (em caso de obrigações divisíveis) ou algumas das (várias) coisas que seriam cumulativamente devidas<sup>137</sup>. E, como a impossibilidade total libera o devedor inteiramente, a parcial o libera parcialmente, em relação à parte tornada impossível<sup>138</sup>. Ainda, em se tratando de contratos bilaterais, o devedor terá sua contraprestação reduzida, na medida correspondente à parte que se tornou impossível<sup>139</sup>.

Em relação ao interesse do credor no caso de impossibilidade parcial, duas hipóteses podem se verificar: o credor ainda pode ter interesse na prestação da parte possível ou o cumprimento parcial não possui interesse para ele<sup>140 141</sup>. Imagine-se, por exemplo, a obrigação de entregar 100 exemplares de um mesmo livro. Se todos os exemplares se perderem, haverá uma impossibilidade total. Entretanto, se apenas 20 exemplares se perderem, o devedor ainda poderá entregar 80, havendo uma impossibilidade parcial (presumindo-se que ainda há interesse do credor na prestação). Ainda, no mesmo exemplo, se se considerar que é uma coleção com 100 livros diferentes, pode ser que o credor perca o interesse na prestação caso 20 desses livros se percam. Um outro exemplo, dado por ATAÍDE, é relativo à prestação de serviços educacionais durante a pandemia. Segundo o autor, haveria que se falar em uma impossibilidade parcial não culposa no caso desse tipo de relação duradoura (considerando o ano escolar), pois, durante alguns meses, as prestações dos estabelecimentos de ensino não estavam podendo ser exercidas por imposição legal<sup>142</sup>.

É nítida a relação da figura da impossibilidade parcial com o conceito das obrigações divisíveis, sendo até afirmado que o problema da impossibilidade parcial “*põe-se para as*

---

<sup>137</sup> ANTUNES VARELA, 1997, p. 68.

<sup>138</sup> VAZ SERRA, 1955, p. 112.

<sup>139</sup> VAZ SERRA, 1955, p. 113.

<sup>140</sup> ANTUNES VARELA, 1997, p. 68

<sup>141</sup> “O critério pelo qual se avalia o desinteresse do credor no cumprimento parcial da obrigação é de natureza mista – de fundo subjectivo, mas temperado por um crivo (justificadamente) de carácter objectivo.”. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, 1981, p. 41.

<sup>142</sup> ATAÍDE, 2020, p. 686. Destaca-se que, à época de conclusão do trabalho (26 de junho de 2020, conforme indicado pelo próprio autor), não se tinha noção da duração da pandemia e das medidas legais impostas. Destaca ainda que, no caso de os estabelecimentos de ensino terem conseguido assegurar a prestação nuclear por meios alternativos, podem ser preenchidos os pressupostos para a modificação dos contratos com base na alteração das circunstâncias (art. 437 do CCP). ATAÍDE, 2020, p. 687.

*obrigações divisíveis, e só para as obrigações divisíveis*”<sup>143</sup>. Contudo, há também aqueles que defendam que a impossibilidade parcial se verifica igualmente nas hipóteses de a prestação só poder ser cumprida com uma qualidade inferior<sup>144</sup>. Ou seja, não seria necessário que parte da prestação efetivamente se perdesse, apenas que a prestação feita não alcançasse a qualidade contratada. Como exemplo, pense-se na entrega de um produto, como o minério de ferro, que após algum evento superveniente, apenas possa ser extraído e comercializado com uma quantidade de ferro inferior àquela inicialmente acordada. Poder-se-ia afirmar que haveria uma impossibilidade parcial, pois não seria mais possível extrair o produto com as especificações definidas anteriormente.

Abre-se aqui breve parêntesis para fazer uma ressalva. Apesar de tratarem de questões extremamente importantes para o instituto da impossibilidade e para a sua própria aplicação prática, destaca-se que não será feito maior aprofundamento nos artigos subsequentes do CCP, já acima mencionados. Como destacado na introdução deste capítulo, a intenção não é fazer uma análise exaustiva do regime da impossibilidade em cada país, mas, antes, trazer considerações e elementos que possam auxiliar na análise do conceito e do regime da impossibilidade superveniente no próprio Direito Brasileiro. Feito o esclarecimento, continua-se a abordar duas últimas modalidades de impossibilidade superveniente, ainda que estas não estejam previstas expressamente no CCP (e talvez isso em si já seja um sinal, como se verá abaixo).

Na categorização das impossibilidades supervenientes absoluta e relativa acaba-se por se discutir efetivamente qual o conceito de impossibilidade e o que é abrangido por essa categoria: (i) efetiva impossibilidade de cumprir o que foi acordado, ou seja, é fisicamente ou legalmente impossível prestar, não importando os esforços feitos pelo devedor para tanto, ou (ii) se uma dificuldade excessiva já bastaria para configuração da impossibilidade. Se vê aqui proximidade com as discussões do Direito Alemão, acima relatadas.

Como já brevemente adiantado, quando se falou sobre as impossibilidades objetiva e subjetiva, a impossibilidade absoluta representaria “*um impedimento ou obstáculo que insuperavelmente impede o devedor de cumprir*”<sup>145</sup> Enquanto, na impossibilidade relativa ou *difficultas praestandi*, “*há, apenas e só, um impedimento ou obstáculo que exige ao devedor*

---

<sup>143</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 522.

<sup>144</sup> VAZ SERRA, 1955, p. 114.

<sup>145</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 517.

*esforços desproporcionados ou excessivos, embora não de todo o impossibilitando de cumprir*”<sup>146</sup>.

De início já se nota que há parte substancial da doutrina portuguesa que nega que a impossibilidade relativa poderia ser equiparada à “real impossibilidade” (a impossibilidade absoluta). Portanto, os casos de *difficultas praestandi* não poderiam ser direcionados aos arts. 790 e ss. do CCP. É o caso, por exemplo, de ALMEIDA COSTA<sup>147</sup>, ANTUNES VARELA<sup>148</sup>, ANTUNES VARELA, novamente, em coautoria com PIRES DE LIMA<sup>149</sup>, GALVÃO TELLES<sup>150</sup>, OLIVEIRA<sup>151</sup>, PESSOA JORGE<sup>152</sup>, PIRES<sup>153</sup> e MENEZES LEITÃO<sup>154</sup>.

<sup>146</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 517.

<sup>147</sup> “Mas só a impossibilidade absoluta libera o devedor e não a mera impossibilidade relativa (“*difficultas praestandi*”), que se traduz na simples dificuldade ou onerosidade da prestação.”. ALMEIDA COSTA, 1994, p. 942.

<sup>148</sup> “Para que a obrigação se extinga, é necessário, segundo a letra e o espírito da lei, que a prestação se tenha tornado verdadeiramente impossível, seja por determinação da lei, seja por força da natureza (caso fortuito ou força maior) ou por acção do homem. Não basta que a prestação se tenha tornado extraordinariamente onerosa ou excessivamente difícil para o devedor, como pode suceder com frequência nos períodos de mais acentuada inflação monetária ou de súbita valorização de certos produtos.”. ANTUNES VARELA, 1997, p. 68. Ainda, nega a teoria da impossibilidade econômica e do limite do sacrifício, existente no Direito Alemão do início do século XX, e conclui que esta “não é geralmente aceite noutros países, nem é perfilhada pela doutrina de longe dominante na literatura e jurisprudência alemãs, pela perigosa incerteza e pelos inevitáveis arbítrios a que daria lugar a sua aplicação prática.”. ANTUNES VARELA, 1997, p. 69.

<sup>149</sup> “Não deve confundir-se a impossibilidade da prestação com a alteração das circunstâncias que a torne excessivamente onerosa (como a *difficultas praestandi* ou *difficultas agendi*). (...) No nosso direito, ficou, porém, bem assente que, sem prejuízo do disposto no artigo 437, só a impossibilidade absoluta libera o devedor da obrigação”. PIRES DE LIMA; ANTUNES VARELA, 1981, p. 38.

<sup>150</sup> “O termo impossibilidade deve reservar-se para os casos em que a prestação se mostra insusceptível de ser efectuada física ou legalmente, ainda que à custa dos maiores sacrifícios ou esforços, porque se traduz em acto irrealizável pela própria natureza das coisas, como a entrega de objeto inexistente (impossibilidade física), ou em acto proibido por lei, como um negócio jurídico nulo ou um crime ou outro acto ilícito (impossibilidade legal). Só então a prestação é verdadeiramente impossível.”. GALVÃO TELLES, 1997, p. 365-366.

<sup>151</sup> “Eliminadas as disposições do anteprojeto relativas à dificuldade extraordinária da prestação, por receio de que causassem insegurança, o conceito de impossibilidade da prestação deve restringir-se à impossibilidade absoluta. Os arts. 280 e 401 do Código Civil, ao considerarem a impossibilidade originária da prestação, dirigem-se só à impossibilidade originária absoluta; os arts. 790 a 797 e 801 a 803 do Código Civil, ao consideraram a impossibilidade superveniente, dirigem-se só à impossibilidade superveniente absoluta. O princípio é, portanto, o de que só a impossibilidade absoluta pode exonerar o devedor.”. OLIVEIRA, 2011, p. 519.

<sup>152</sup> “No entanto, talvez seja preferível utilizar as palavras impossibilidade e agravamento, não só porque a chamada impossibilidade relativa não é verdadeira impossibilidade, mas também porque certos autores aplicam as expressões impossibilidade absoluta e impossibilidade relativa aquilo a que chamamos impossibilidade objectiva e impossibilidade subjectiva.”. PESSOA JORGE, 1975, p. 96-97.

<sup>153</sup> “A lei não faz alusão à impossibilidade absoluta, nem relativa, precisamente porque não aceitou duas expressões, mas apenas uma, a absoluta. Aliás, a própria terminologia “impossibilidade relativa” não é tradicionalmente aceite pela doutrina portuguesa, tal como não o é a própria figura.”. PIRES, 2020, p. 22. “Os dados do sistema do Código Civil parecem favorecer um conceito restrito de impossibilidade, análogo ao constante do §275/1 BGB, de uma impossibilidade insuperável, de um impedimento que a vontade do devedor, independentemente do nível de esforços, não poderá suplantar.”. PIRES, 2018, p. 554.

<sup>154</sup> “A impossibilidade da prestação tem igualmente que ser absoluta, no sentido de que a prestação se torne efetivamente irrealizável, não bastando uma impossibilidade relativa, correspondente à maior dificuldade de realização da prestação. A impossibilidade relativa ou *difficultas praestandi* não importa a extinção da obrigação, embora possa desencadear a aplicação do instituto da alteração das circunstâncias, verificados os respectivos pressupostos.”. MENEZES LEITÃO, 2018, p. 121.



PESSOA JORGE, mesmo afirmando que a impossibilidade relativa não seria uma “verdadeira impossibilidade”, escreve que não seria fácil traçar a distinção entre o agravamento e a impossibilidade: “*desdobra-se uma infinidade de hipóteses em que o agravamento vai crescendo de intensidade, até que o mais elementar bom senso passa a considerar a situação como de impossibilidade; o difícil é definir onde acaba o agravamento e começa a impossibilidade.*”<sup>155</sup>. Ou seja, PESSOA JORGE parece se afastar de uma visão binária da impossibilidade – é difícil prestar (não importa o grau de dificuldade) *versus* é efetivamente impossível prestar – para se aproximar de uma visão gradual do agravamento e da impossibilidade da prestação, similar ao que foi mencionado no caso Direito Alemão.

MENEZES CORDEIRO afirma que a teoria de que a impossibilidade deve ser considerada de acordo com as circunstâncias e os meios disponíveis foi acolhida pelo BGB após a reforma de 2002, por meio do §275/2, mas que, na falta de preceito similar no CCP, tal ideia não poderia ser transportada para o Direito Português, devendo ser reconduzida ao art. 437 do CCP (alteração de circunstâncias)<sup>156</sup>. Contudo, em seguida reconhece que a impossibilidade deveria ser aferida por coordenadas humanas ou sociais<sup>157</sup>. Ainda em outra obra, do mesmo ano, MENEZES CORDEIRO indica que a doutrina que defende um sentido estrito da impossibilidade pode ser adotada, mas com algumas precisões<sup>158</sup>. Aduz que se deve evitar relegar a ideia de impossibilidade para o domínio da viabilidade física<sup>159</sup>, assim, se a boa-fé proibisse determinado comportamento, este se tornaria impossível<sup>160</sup>. Pontua, no entanto, que a boa-fé seria um “instituto exterior” que poderia gerar a impossibilidade, não se comprometendo com o próprio instituto da impossibilidade. Conclui que o juízo de valor para se indagar acerca da verificação de impossibilidade não seria lógico, obedecendo as ciências exatas, mas deveria ser um juízo da base social: seria impossível o que, de acordo com os critérios de razoabilidade dentro de uma sociedade, fosse considerado como tal<sup>161</sup>.

Por fim, em mais uma obra, anterior às duas já citadas, MENEZES CORDEIRO, ao comentar o §275/2 do BGB, similarmente afirma que a impossibilidade deveria ser tomada em

---

<sup>155</sup> PESSOA JORGE, 1999, p. 114.

<sup>156</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 338.

<sup>157</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 338. MENEZES CORDEIRO narra: “O problema subjacente obrigou a repensar e a aprofundar a ideia de impossibilidade. Nesta – a ideia é de Titze – há que distinguir dois entendimentos: lógico e jurídico-filosófico. No lógico, diz-se impossível o que não possa, por necessidade, ocorrer; no jurídico-filosófico, é impossível o que, tendo em conta a boa-fé, não possa ser exigido ao devedor.”. MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 337.

<sup>158</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 1005.

<sup>159</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 1006.

<sup>160</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 1006.

<sup>161</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 1006.

sentido sociocultural, não naturalístico<sup>162</sup>. Ademais, destaca que o escopo do §275/3 do BGB seria tratado no Direito Português no âmbito da responsabilidade civil, como causa de desculpabilidade, todavia, a sua inserção no âmbito da impossibilidade traria soluções mais simples e imediatas<sup>163</sup>.

Dessa forma, com base no acima descrito, MENEZES CORDEIRO parece defender um conceito de impossibilidade, que abrangeria não só o fisicamente impossível, mas também aquilo que não seria exigível de se prestar do ponto de vista social<sup>164</sup>.

VAZ SERRA, por sua vez, também se refere à boa-fé como causa de exoneração do devedor no caso de dificuldade da prestação, mas, como destaca, apenas “*quando [a exoneração] for evidentemente imposta pela boa-fé*”<sup>165</sup>. Entretanto, essa excessiva dificuldade não deveria ser equiparada, em absoluto, à impossibilidade da prestação, por exemplo, o devedor pode querer prestar mesmo no caso de extrema dificuldade, assim, não deveria haver a extinção da obrigação *ipso jure* nesses casos<sup>166</sup> (similar ao que ocorre atualmente nos §§275/2 e 275/3 do BGB). Assim, apesar de reconhecer o efeito liberatório e exoneratório da extrema dificuldade de se prestar, entende que estes casos não deveriam ser necessariamente direcionados à impossibilidade. VAZ SERRA chegou a propor regra nesse sentido no Projeto do CCP, mas foi rejeitada por se considerar que esta seria muito vaga e imprecisa<sup>167</sup>.

Comentando a reforma do BGB e a proposta feita por VAZ SERRA, OLIVEIRA conclui que o Direito de Português também se beneficiaria de uma modernização em que os critérios de aplicação das impossibilidades prática, ética, moral e econômica fossem esclarecidos<sup>168</sup>. WONG, em dissertação sobre as impossibilidades prática e moral no Direito Português, também se referido à reforma do BGB e analisando o CCP, sustenta que, apesar de reconhecer que a impossibilidade prevista no Direito Português é a absoluta, entende que o contexto inflexível de impossibilidade estaria desatualizado frente à realidade da sociedade atual<sup>169</sup>. Argumenta que, com o avanço tecnológico, o escopo do que seria efetivamente impossível se reduziria cada

---

<sup>162</sup> MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 110.

<sup>163</sup> MENEZES CORDEIRO, 2004, p. 111.

<sup>164</sup> Também analisando o posicionamento de MENEZES CORDEIRO acerca do conceito de impossibilidade em diversas obras: PIRES, 2018, p. 530-531.

<sup>165</sup> VAZ SERRA, 1955, p. 30.

<sup>166</sup> VAZ SERRA, 1955, p. 31.

<sup>167</sup> OLIVEIRA, 2007, p. 4. ANTUNES VARELA afirma que a doutrina do limite do sacrifício pode ser considerada afastada do CCP, uma vez que os preceitos do anteprojeto de Vaz Serra referentes ao caráter excessivo da prestação foram eliminados, restando apenas a alusão no art. 790 à impossibilidade como causa extintiva da obrigação. ANTUNES VARELA, 1997, p. 69-70.

<sup>168</sup> OLIVEIRA, 2007, p. 5.

<sup>169</sup> WONG, 2016, p. 83.

vez mais, o que poderia até mesmo levar à inutilização do instituto<sup>170</sup>. Assim, seria necessária uma modernização para adoção do conceito de inexigibilidade e da impossibilidade relativa no Direito Português<sup>171</sup>.

Feitas as considerações acima, é importante fazer um destaque. Não é porque os eventos em que há extrema dificuldade de se prestar – seja financeira, psicológica ou moral – não sejam direcionados à impossibilidade de se prestar, de acordo com a doutrina dominante, que eles não teriam uma resposta ou solução no Direito Português.

ALMEIDA COSTA menciona “atenuações” trazidas pela lei à obrigatoriedade da prestação: (i) a resolução ou modificação do contrato por alteração das circunstâncias (art. 437, CCP); (ii) a substituição da restauração natural por indenização pecuniária nas hipóteses em que o interesse do credor não justifique a extrema dificuldade para o devedor (art. 566.1, CCP); e (iii) a boa-fé, pois ainda que o devedor não se exonere em casos de extrema onerosidade da prestação, essa poderia justificar que o devedor seja indenizado pelo credor, quando resulte de fato a este imputável<sup>172</sup>.

Similarmente, ANTUNES VARELA menciona que se deve ter em conta nos casos de sacrifício ou custo excessivo da prestação o previsto nos arts. 437 e 566.1 (já acima citados), 762 (princípio geral do cumprimento das obrigações, que traz o dever de as partes agirem de boa-fé), 812 (redução equitativa da cláusula penal) e principalmente 334 (abuso de direito)<sup>173</sup>. E conclui,

Só quando o exercício do crédito, em face das circunstâncias, exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, o devedor poderá legitimamente faltar ao cumprimento, não por *impossibilidade* da prestação, mas pelo abuso no exercício do direito do credor.<sup>174</sup> (destaque no original).

GALVÃO TELLES defende que as prestações que se tornam extremamente gravosas não se extinguem, como ocorre no caso da impossibilidade, no entanto, caso o devedor deixe de cumprir, este não poderá responder pela ausência do elemento culpa em sua conduta<sup>175</sup>.

---

<sup>170</sup> WONG, 2016, p. 84.

<sup>171</sup> WONG, 2016, p. 84-85.

<sup>172</sup> ALMEIDA COSTA, 1994, p. 943. Mas destaca: “Todavia, ressalvados os referidos limites – e, porventura, qualquer reparação obtida de terceiro –, ao devedor caberá suportar inteiramente o custo agravado da prestação. Por exemplo, não existe violação da boa-fé, se o credor, conversando legítimo interesse na prestação, a exige, embora se verifiquem acentuadas alterações económicas ou sociais, ou até a ruína patrimonial do devedor.”

<sup>173</sup> ANTUNES VARELA, 1997, p. 70.

<sup>174</sup> ANTUNES VARELA, 1997, p. 71.

<sup>175</sup> “Segundo este Código, como vimos, o devedor, quando não realiza a prestação que se mantém possível, só se torna responsável se proceder com culpa, aferida esta pela diligência de um bom pai de família. A sua

PIRES, após discorrer detidamente sobre o §275/2 do BGB, conclui que este não teria norma equivalente no Direito Português<sup>176</sup> e que a consagração de dispositivo similar poderia “trazer mais problemas do que aqueles que se propõe resolver<sup>177</sup>”. Defende que já haveria mecanismos de controle no Direito Português, como os arts. 1221.2 (referente a contratos de empreitada, prevê que o dono da obra não tem o direito de exigir a eliminação dos defeitos se as despesas para tanto forem desproporcionais ao proveito), 829.2 (referente a prestação de fato negativo, prevê que o credor não tem o direito de exigir que a obra seja demolida se o custo para demolição for consideravelmente superior ao prejuízo sofrido pelo credor), 1149 (referente a mútuo, prevê que se o mútuo recair em coisa que não seja dinheiro, se a restituição se tornar impossível ou extremamente onerosa por causa não imputável ao mutuário, este deve pagar o valor que a coisa tiver no momento e lugar do vencimento da obrigação) e 334 (abuso de direito, conforme já acima citado) do CCP<sup>178</sup>. Ainda, as situações de *difficultas praestandi* (não pecuniárias) poderiam ser tratadas por meio dos arts. 334 e 437 do CCP, não por impossibilidade da prestação<sup>179</sup>.

Em relação ao §275/3 do BGB, PIRES similarmente conclui que tais casos não deveriam ser reconduzidos ao art. 790 e ss. do CCP<sup>180</sup> e que a generalidade dos problemas práticos poderia ser resolvida por meio da solução aplicável aos conflitos de deveres, podendo também a boa-fé intervir em sua função de controle ético-normativo<sup>181</sup>.

Tratando sobre a limitação do dever de prestar em outra obra, PIRES sustenta que apesar de a impossibilidade a ser considerada no CCP ser a absoluta, isto não resolveria o problema da fixação das fronteiras do conteúdo e dos limites da prestação<sup>182</sup>. Assim, os casos de dificuldades extraordinárias e dispêndios adicionais deveriam procurar guarida em outro quadrante que não o da impossibilidade<sup>183</sup>. Dessa forma, “a verdade é que a discussão em torno da impossibilidade não esgota, nem dispensa, a discussão sobre os limites da adstrição do devedor, compreendida em termos de esforço, dispêndio ou sacrifício”<sup>184</sup>.

---

responsabilidade, mesmo então, acha-se condicionada, além do dolo, à culpa grave ou leve. (...) Não pode entender-se que exista culpabilidade, pelo menos no âmbito do Direito Civil, quando a um homem médio, colocado na situação concreta do agente, não fosse exigível comportamento diverso do que este observou.”. GALVÃO TELLES, 1997, p. 369.

<sup>176</sup> PIRES, 2018, p. 538.

<sup>177</sup> PIRES, 2018, p. 554.

<sup>178</sup> PIRES, 2018, p. 554.

<sup>179</sup> PIRES, 2018, p. 538.

<sup>180</sup> PIRES, 2018, p. 565.

<sup>181</sup> PIRES, 2018, p. 573.

<sup>182</sup> PIRES, 2019, p. 174.

<sup>183</sup> PIRES, 2019, p. 174.

<sup>184</sup> PIRES, 2016, p. 122.

Algumas constatações podem ser feitas de acordo com o acima exposto. Há o entendimento majoritário no Direito Português que apenas a impossibilidade absoluta deve ser considerada como “verdadeira impossibilidade” e, assim, ser direcionada ao disposto nos arts. 790 e ss. do CCP. Não obstante, isso não significa que o devedor fique vinculado, e deva cumprir, qualquer prestação que tenha se tornado extremamente onerosa, mas não impossível. O CCP possui regras, sejam gerais ou específicas a cada tipo de contrato, para regular os esforços e dispêndios que seriam exigíveis do devedor. Dessa forma, apesar de correlatos, a impossibilidade e os esforços exigíveis do devedor – ou a exigibilidade da prestação – não são figuras necessariamente coincidentes.

Ainda, retomando o exposto sobre as modalidades da prestação. Vê-se que a impossibilidade pode se manifestar sobre variadas formas, cada qual possui suas especificidades que acarretam consequências diferentes, várias vezes gravitando em torno do interesse do credor na prestação.

Com essas limitadas considerações sobre o Direito Português, passa-se a tratar sobre o Direito Italiano.

### 1.3 DIREITO ITALIANO

O Direito Italiano, similar ao Direito Português, também sofreu influência do Direito Alemão<sup>185</sup>. A impossibilidade superveniente da prestação por causa não imputável ao devedor possui seção própria no Código Civil Italiano (*Codice Civile*), tendo importante papel no direito das perturbações italiano. A impossibilidade é trazida nos arts. 1256 a 1259 e também no art. 1218, que versa sobre a responsabilidade do devedor. Inicialmente se tratará sobre os dispositivos do *Codice Civile* para posteriormente se verificar algumas das principais controvérsias existentes em matéria de impossibilidade no Direito Italiano.

O art. 1256 prevê que “[a] obrigação se extingue quando, por causa não imputável ao devedor, a prestação se torna impossível”<sup>186</sup>. Em seguida, trata também da impossibilidade temporária, dispondo que o devedor não será responsável pelo atraso enquanto a impossibilidade perdurar e que, mesmo sendo temporária, a obrigação será extinta se, em

---

<sup>185</sup> “As codificações tardias acusam a natural influência do BGB e da doutrina a ele subjacente: valem os exemplos grego e italiano, com particularidades próprias. MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 319.

<sup>186</sup> Art. 1256. Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea. L'obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Codice Civile disponível em: <https://www.altalex.com/documents/news/2015/01/08/delle-obbligazioni-in-generale>. Acesso em 12 de março de 2022.

relação ao título da obrigação ou à natureza do objeto, o devedor não possa ser considerado obrigado a prestar ou o credor não tenha mais interesse em obter a prestação<sup>187</sup>. Portanto, percebe-se que o Direito Italiano trata das hipóteses de impossibilidade definitiva e temporária de maneira similar ao Direito Português: (i) a impossibilidade definitiva extingue a obrigação, ao passo que a temporária meramente suspende a sua eficácia, (ii) no caso de impossibilidade temporária, deve ser considerado o interesse do credor na prestação e, aqui trazido expressamente, o dever de o devedor se permanecer vinculado a ela.

Por sua vez, o art. 1257 do *Codice Civile* trata do desaparecimento de coisa determinada. A prestação deve ser considerada impossível em caso de perda de coisa determinada, mesmo que não se possa comprovar que esta tenha perecido. Se o objeto for posteriormente encontrado, vai se aplicar o disposto no artigo anterior quanto ao interesse do credor e vinculação do devedor à prestação<sup>188</sup>. A previsão acerca da perda de coisa certa é comum em outros ordenamentos (como se verá abaixo no caso do Direito Francês e do Direito Brasileiro) e reforça a ideia de que a impossibilidade não atinge obrigações genéricas (*genus nunquam perit*), uma vez que, enquanto houver o gênero, haverá um dever do devedor de entregar a coisa (mesmo que a coisa indeterminada que ele fosse entregar se perca). Ainda é interessante notar a preocupação em se regular a hipótese em que a prestação volta a ser possível e a presunção de perecimento da coisa. Tais previsões eliminam incertezas que podem ocorrer na prática na verificação de um desses eventos.

---

<sup>187</sup> Art. 1256. Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea. (...) Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento. Tuttavia l'obbligazione si estingue se l'impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell'obbligazione o alla natura dell'oggetto il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.

\*\*\*

Art. 1256. Impossibilidade definitiva e impossibilidade temporária. (...) Se a impossibilidade é apenas temporária, o devedor, enquanto esta perdurar, não é responsável pelo atraso no cumprimento. Todavia, a obrigação se extingue se a impossibilidade perdurar até que, em relação ao título da obrigação ou a natureza do objeto, o devedor já não possa ser considerado obrigado a prestar ou o credor já não tenha mais interesse em obter a prestação. (Tradução livre).

<sup>188</sup> Art. 1257. Smarrimento di cosa determinata. La prestazione che ha per oggetto una cosa determinata si considera divenuta impossibile anche quando la cosa è smarrita senza che possa esserne provato il perimento. In caso di successivo ritrovamento della cosa, si applicano le disposizioni del secondo comma dell'articolo precedente.

\*\*\*

Art. 1257. Perda de coisa determinada. A prestação que tem por objeto uma coisa determinada se considera impossível quando a coisa se perde sem que se possa provar o seu perecimento. Em caso de posterior descoberta da coisa, se aplica o disposto no segundo item do artigo precedente. (Tradução livre).

O art. 1258 versa sobre a impossibilidade parcial e, de maneira semelhante ao Direito Português, prevê que o devedor deve prestar a parte ainda possível<sup>189</sup>. Ademais, deixa claro que a ideia de impossibilidade parcial se aplica também à deterioração (perda de qualidade) da coisa, similar ao defendido por VAZ SERRA em contexto português.

E, por fim, completando a seção sobre a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor do *Codice Civile*, o art. 1259 trata do *commodum* da representação, prevendo que o credor se sub-roga no direito do devedor em caso de impossibilidade de entrega de objeto determinado<sup>190</sup> (por exemplo, na indenização a ser recebida da seguradora ou de terceiro que causou a perda do bem).

Como já feito nos pontos sobre os Direitos Alemão e Português acima, traz-se breve figura com resumo do tratamento dado pelo *Codice Civile* à impossibilidade superveniente da prestação:

---

<sup>189</sup> Art. 1258. Impossibilità parziale. Se la prestazione è divenuta impossibile solo in parte, il debitore si libera dall'obbligazione eseguendo la prestazione per la parte che è rimasta possibile. La stessa disposizione si applica quando, essendo dovuta una cosa determinata, questa ha subito un deterioramento, o quando residua alcunché dal perimento totale della cosa.

\*\*\*

Art. 1258. Impossibilidade parcial. Se a prestação se torna impossível apenas em parte, o devedor se libera da obrigação cumprindo a prestação da parte que ainda permanece possível. A mesma disposição se aplica quando, sendo devida uma coisa determinada, esta sofreu uma deterioração, ou quando resta algo do perecimento total da coisa. (Tradução livre).

<sup>190</sup> Art. 1259. Subingresso del creditore nei diritti del debitore. Se la prestazione che ha per oggetto una cosa determinata è divenuta impossibile, in tutto o in parte, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento.

\*\*\*

Art. 1259. Sub-rogação do credor no direito do devedor. Se a prestação que tem por objeto uma coisa determinada se torna impossível, no todo ou em parte, o credor se sub-roga no direito do devedor que decorra do fato que tenha causado a impossibilidade, e pode exigir do devedor a prestação de quanto este recebeu a título de ressarcimento. (Tradução livre).

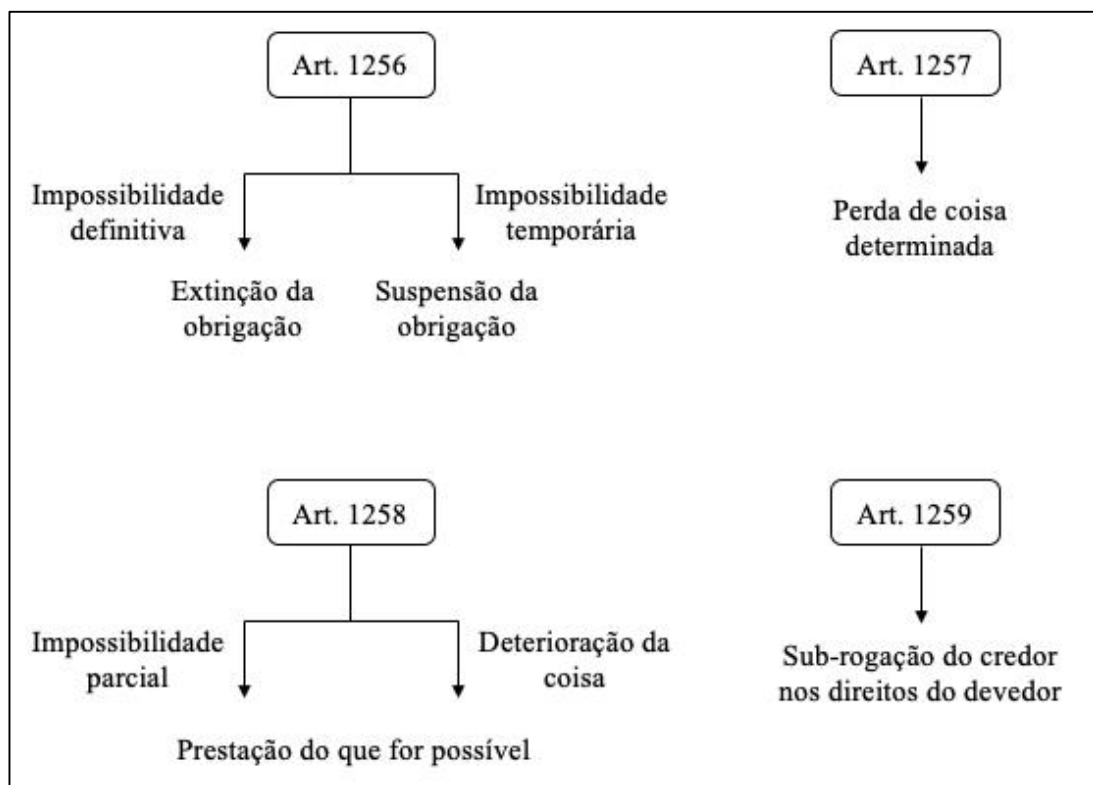


Figura 3: Direito Italiano (Codice Civile)

Com o disposto acima, vê-se grandes similitudes em matéria de impossibilidade superveniente com o Direito Português, principalmente na classificação dos tipos de impossibilidade e suas consequências.

Saindo da seção de impossibilidade superveniente não-imputável ao devedor do *Codice Civile*, é importante tratar brevemente do art. 1218 e das interpretações da doutrina do lá disposto. O art. 1218 versa sobre a responsabilidade do devedor e prevê que “[o] devedor que não executa adequadamente a prestação devida deve indenizar os danos sofridos, a não ser que prove que o inadimplemento ou a mora foram causados por impossibilidade da prestação, decorrente de causa a ele não imputável”<sup>191</sup>. Em outras palavras, o devedor só se exoneraria em caso de impossibilidade de prestar. Talvez por essa previsão, a doutrina italiana se divida em como definir o que seria impossível em duas correntes: a “objetiva” e a “subjetiva”.

O principal expoente da chamada “doutrina objetivista”<sup>192</sup>, OSTI critica a “doutrina subjetivista” que considera que deve ser aferida a culpa do devedor no descumprimento da

<sup>191</sup> Tradução livre. Art. 1218. Responsabilità del debitore. Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l’inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.

<sup>192</sup> D’AMICO, 2019, p. 3. PIRES faz o contraponto entre os pontos de vista das teorias “objetivistas” e “subjetivistas”, PIRES, 2018, p. 515 e ss.



obrigação, pois, no entender de OSTI, esta não seria a orientação do *Codice Civile*<sup>193</sup>. Com isso, a conduta do devedor seria de pouca ou nenhuma importância para a aferição da impossibilidade da prestação. Cabe pontuar que dentro da doutrina subjetivista, há quem defenda que haveria um limite do esforço exigível do devedor (inspirados na doutrina alemã) e que este limite seria representado pela diligência dele exigida no adimplemento de suas obrigações<sup>194</sup>. Dessa forma, o que seria impossível seria aquilo que foge à diligência exigível do devedor. No entanto, OSTI defende que se deve separar a regra do adimplemento das prestações (o art. 1776 prevê que o devedor deve usar da diligência de um bom pai de família no adimplemento de suas obrigações<sup>195</sup>) da regra do inadimplemento (em que apenas a impossibilidade exonera o devedor)<sup>196</sup>. Assim, seriam situações diferentes e a indicação de como o devedor deveria adimplir a sua obrigação não diria respeito de quando ele deve ser exonerado em caso de eventual descumprimento.

Na doutrina “subjetivista”, a impossibilidade é vista como relativa, em que, como destacado, se deve verificar os meios e esforços necessários para o devedor executar sua prestação e se estes seriam exigíveis conforme o conteúdo da obrigação e a boa-fé<sup>197</sup>. De outro modo, se o devedor cumpriu com seus deveres (agiu a com diligência exigível), não poderia responder por eventual descumprimento de sua obrigação.

BETTI, um dos principais nomes da doutrina subjetivista, defende a adoção do conceito relativo de impossibilidade, aduzindo que seria absurdo e ineficaz considerar apenas a impossibilidade absoluta como liberatória<sup>198</sup>. No mesmo sentido, também BIANCA, que entende ser impossível aquilo que supera a diligência exigível do devedor<sup>199</sup>. De maneira similar, ROPPO entende que qualquer mera dificuldade não pode ser equiparada a uma impossibilidade de prestar, contudo, considera que a impossibilidade do *Codice Civile* não pode ter apenas o

---

<sup>193</sup> OSTI, 1965, p. 291-292.

<sup>194</sup> OSTI, 1965, p. 292.

<sup>195</sup> Art. 1176. Diligenza nell'adempimento. Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.

\*\*\*

Art. 1176. Diligência no adimplemento. No adimplemento da obrigação o devedor deve usar da diligência do bom pai de família.

No adimplemento das obrigações inerentes ao exercício de uma atividade profissional, a diligência deve ser apreciada tendo em consideração a natureza da atividade exercida. (Tradução livre).

<sup>196</sup> OSTI, 1965, p. 292-293.

<sup>197</sup> D'AMICO, 2019, p. 4.

<sup>198</sup> BETTI, 1953, p. 112 e ss.

<sup>199</sup> BIANCA, 1993, p. 529.

significado extremo da impossibilidade absoluta<sup>200</sup>. Assim, deveriam ser enquadradas na impossibilidade liberatória aquelas situações que o cumprimento da prestação exigiria atividades e meios que não seriam compatíveis com a relação contratual subjacente, alterando substancialmente o que foi acordado entre as partes<sup>201</sup>.

É importante destacar que, apesar de OSTI criticar a doutrina subjetivista, em que haveria uma relativização da impossibilidade (pois se considera os esforços exigíveis ao devedor para se constatar a impossibilidade), o autor entende que parece excessiva a orientação tradicional na qual apenas se considera a impossibilidade absoluta como aquela em que o impedimento não possa ser superado de forma alguma pela força humana<sup>202</sup>. Em sua visão, deve ser considerado absolutamente impossível a prestação que colocasse em perigo algum direito essencial da pessoa para ser cumprida<sup>203</sup>. Ou seja, OSTI parece defender um conceito mais rígido de impossibilidade que os subjetivistas, mas não tão rígido quanto a maior parte da doutrina portuguesa, por exemplo.

Apesar das várias semelhanças, vê-se que a teoria italiana do que é impossível difere um pouco daquela do Direito Português e, em parte, se aproxima da doutrina do “limite do sacrifício” existente na Alemanha antes da reforma do BGB. Como visto acima, tanto o Direito Português como o Alemão possuem, para além da impossibilidade superveniente, outras teorias para exoneração do devedor em caso de descumprimento da prestação. O fato de o *Codice Civile* prever em seu art. 1218 que o devedor deve responder pelo inadimplemento, a não ser que prove que este decorreu de uma impossibilidade a ele não imputável, parece contribuir para a defesa de uma relativização da impossibilidade no Direito Italiano. Também aliado a isso, está o fato de haver norma expressa que o devedor deve usar da diligência do bom pai de família no adimplemento de suas obrigações.

Mesmo que breves, as considerações já feitas acima demonstram como “as impossibilidades” dos países vistos possuem diversas características similares (efeitos e modalidades), mas também algumas especificidades quando inseridas e interpretadas sistematicamente no todo do ordenamento. Fica clara, portanto, a importância de análise do conjunto de regras vigentes e não a mera importação de uma teoria para determinado direito.

---

<sup>200</sup> ROPPO, 2009, p. 255-256.

<sup>201</sup> ROPPO, 2009, p. 256.

<sup>202</sup> OSTI, 1965, p. 289.

<sup>203</sup> OSTI, 1965, p. 289.

Tratar-se-á agora do Direito Francês, deixado por último por conter conjunto de regras e histórico em matéria de impossibilidade um pouco diferente dos demais (*ma non troppo*, como se verá).

#### 1.4 DIREITO FRANCÊS

O Direito Francês, ao contrário do que ocorreu com os Direitos Português e Italiano, não sofreu tanta influência do Direito Alemão<sup>204</sup>. Assim, não se verifica uma preponderância da figura da impossibilidade nesse ordenamento. Entretanto, isso não significa que a ideia da impossibilidade de prestar é ou era estranha a esse Direito. Pelo contrário. Só que tal figura trajava uma outra roupagem, sobre a denominação de “*force majeure*” ou “*cas fortuit*”.

Inicialmente, destaca-se que a relação entre a força maior e a impossibilidade da prestação é nítida. DEMOGUE escreve que a força maior se identifica com a impossibilidade de execução, já destacando que deve se verificar a existência de uma impossibilidade real, não uma mera onerosidade na prestação<sup>205</sup>. Dessa forma, se tratará nesse item também da força maior. Assim, em primeiro lugar se versará sobre a força maior e sobre o caso fortuito no Direito Francês e sua relação com a impossibilidade superveniente. Algumas das questões que serão abordadas são o que deveria ser considerado como impossível e quais os requisitos para a configuração da força maior. Em segundo lugar, se endereçará também, ainda que brevemente, a reforma de 2016 e alguns pontos relevantes e de interesse dessa matéria que cabem ser aqui destacados.

RIPERT e BOULANGER, ao comentar sobre a força maior, destacam que esta se caracterizaria por: (i) uma causa estrangeira ou externa ao devedor, (ii) que não poderia ser superada por este, e (iii) nem poderia ser prevista<sup>206</sup>. Ainda, destacam que o *Code Civil* não faria qualquer distinção entre os termos “força maior” e “caso fortuito” e a jurisprudência francesa também os consideraria como sinônimos<sup>207</sup>.

MAZEAUD e MAZEAUD, similarmente, indicam os mesmos três requisitos para a configuração da força maior<sup>208</sup>. Frisam ainda que a irresistibilidade do evento de força maior

---

<sup>204</sup> Na verdade, cabe destacar que as escolas napoleônica e germânica de Direito Civil não influenciaram muito uma na outra. O *Code Civil* foi publicado em 1804, quase um século antes do BGB, com sua sistemática própria e, por sua vez, teve ínfima participação na elaboração do BGB. PEREIRA, 1989, p. 10.

<sup>205</sup> DEMOGUE, 1931, p. 573-574.

<sup>206</sup> RIPERT; BOULANGER, 1957, p. 298-299.

<sup>207</sup> RIPERT; BOULANGER, 1957, p. 298.

<sup>208</sup> MAZEAUD; MAZEAUD, 1955, p. 581-584.

deveria criar uma impossibilidade de execução: uma dificuldade de se prestar, mesmo que muito onerosa, não seria suficiente para caracterização da força maior<sup>209</sup>. Desse modo, a impossibilidade deve ser absoluta<sup>210 211</sup>, não havendo uma coincidência entre a ausência de culpa do devedor e a força maior, pois haveria uma diferença de grau entre as duas figuras (no primeiro caso, se verificaria se a pessoa agiu como uma pessoa sábia e, no segundo, se haveria impossibilidade)<sup>212</sup>. Por fim, trazem que a força maior exoneraria o devedor de sua obrigação e que, em contratos sinalagmáticos, o credor também deveria ser liberado de sua contraprestação<sup>213</sup>.

É bom já destacar que nas lições de MAZEAUD e MAZEAUD já se percebem algumas semelhanças com o discutido em sede de impossibilidade em outros países, como o que configuraria a impossibilidade de prestar e a relação entre a ausência de culpa e a impossibilidade ou força maior.

No mesmo sentido, RADOUANT escreve que a primeira condição para que se possa falar em força maior é a impossibilidade de o devedor fazer o que deve. Em se tratando de matéria contratual, de executar aquilo a que se obrigou no contrato<sup>214</sup>. Semelhante ao indicado acima, aduz que impossibilidade deveria ser real, não podendo ser acolhida uma mera dificuldade, independente do quão grande esta seja<sup>215</sup>. A impossibilidade, ainda, deveria ser absoluta (adotando o autor o sentido de “objetiva”, acima descrito, ou seja, a prestação não poderia ser executada por ninguém) e não meramente relativa (subjativa)<sup>216</sup>. Ou seja, a impossibilidade que atinge apenas o devedor não seria liberatória.

RADOUANT traz crítica ao uso da boa-fé (citando o antigo art. 1134.3, que previa que os contratos deveriam ser executados de boa-fé) como forma de afastar o direito do credor de exigir a prestação da obrigação assumida pelo devedor, mesmo que esta tenha se tornado mais gravosa<sup>217</sup>. Cita ainda teorias que buscam a atenuação da impossibilidade para a configuração

---

<sup>209</sup> MAZEAUD; MAZEAUD, 1955, p. 584.

<sup>210</sup> Destaca-se que, ao falar de impossibilidade absoluta, os autores fazem referência, na verdade, à “impossibilidade objetiva”, pois indicam quem esta deve afetar a todos e não apenas o devedor (que, segundo eles, seria caso de impossibilidade relativa). Como aduzido quando se discutiu o Direito Português, tal equiparação (entre as impossibilidades “objetiva” e “absoluta” e “subjativa” e “relativa”) é feita por alguns autores.

<sup>211</sup> MAZEAUD; MAZEAUD, 1955, p. 584.

<sup>212</sup> MAZEAUD; MAZEAUD, 1955, p. 585.

<sup>213</sup> MAZEAUD; MAZEAUD, 1955, p. 587.

<sup>214</sup> RADOUANT, 1920, p. 17.

<sup>215</sup> RADOUANT, 1920, p. 20 Traz, no entanto, que em alguns casos de ordem psicológica, como uma impossibilidade moral, o rigor da divisão entre dificuldade e impossibilidade pode se atenuar. RADOUANT, 1920, p. 28

<sup>216</sup> RADOUANT, 1920, p. 49

<sup>217</sup> RADOUANT, 1920, p. 58-59.

da força maior, como a que consideraria impossível aquilo que já excedesse a diligência de um bom pai de família (defendida no Direito Italiano, como visto acima)<sup>218</sup>. Segundo tal teoria, a impossibilidade começaria onde termina a diligência normal (de um bom pai de família) exigida do devedor<sup>219</sup>. Contudo, nota que a jurisprudência francesa seria firme em adotar o sentido tradicional de impossibilidade<sup>220</sup>, exigindo uma impossibilidade absoluta da prestação para a configuração da força maior<sup>221</sup>.

Ainda na mesma obra, RADOUANT sustenta que deveria haver impossibilidade tanto de executar a obrigação, como de resistir a tal evento<sup>222</sup>, devendo a irresistibilidade também ser absoluta<sup>223</sup>. Ainda, a impossibilidade não poderia ser prevista pelo devedor<sup>224</sup>. Traz também, como já visto em outros autores, que as teorias da força maior e do caso fortuito não abrangeriam todas as hipóteses de exoneração do devedor<sup>225</sup>, uma vez que a diligência a ser exigida dele é a do bom pai de família<sup>226</sup>.

Ou seja, pelo acima narrado, parece ser o entendimento do autor que o devedor não responde em casos em que a diligência necessária para superar o impedimento é superior àquela exigida de um bom pai de família. Contudo, isso por si só não seria suficiente para configurar uma impossibilidade da prestação (e conseqüentemente uma força maior). Como visto, essa também é uma discussão e uma análise existente no Direito Português: a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor (ou a força maior) sempre o exonerará, mas nem todas as situações em que o devedor é exonerado de seu dever prestar correspondem a casos de impossibilidade ou força maior. O tema será aprofundado posteriormente (notadamente no âmbito do Direito Brasileiro), mas, desde já, cita-se novamente os paradigmáticos exemplos do anel que caiu no mar e da cantora que faria um espetáculo no mesmo dia que seu filho adoce gravemente. Para a maior parte da doutrina portuguesa, por exemplo, tais hipóteses não configurariam aparentemente uma impossibilidade de prestar, mas isso não significa que o vendedor do anel deveria fazer todos os dispêndios necessários para localizar e buscar o anel no fundo do oceano ou que a cantora seria obrigada a deixar seu filho e fazer um show.

---

<sup>218</sup> RADOUANT, 1920, p. 92.

<sup>219</sup> RADOUANT, 1920, p. 93.

<sup>220</sup> RADOUANT, 1920, p. 109.

<sup>221</sup> RADOUANT, 1920, p. 111.

<sup>222</sup> RADOUANT, 1920, p. 138.

<sup>223</sup> RADOUANT, 1920, p. 147-148.

<sup>224</sup> RADOUANT, 1920, p. 157.

<sup>225</sup> RADOUANT, 1920, p. 230.

<sup>226</sup> RADOUANT, 1920, p. 242-243.

Por fim, cita-se que RADOUANT reconhece a existência de eventos de força maior que impedem que a prestação seja cumprida parcial ou temporariamente<sup>227</sup>, se aproximando das ideias de impossibilidade temporária e parcial vistas acima.

DEMOGUE indica que a teoria da força maior aplicável em matéria de obrigação estaria prevista em duas passagens pelo *Code Civil*<sup>228</sup>: arts. 1147<sup>229</sup> e 1148<sup>230</sup> e art. 1302<sup>231 232</sup>. Esses dispositivos tratariam dos efeitos da força maior, primeiramente, exonerando o devedor do pagamento de perdas e danos pela inexecução da obrigação ou a mora e, em segundo lugar, extinguindo a obrigação (seja de dar, como disposto expressamente no art. 1302, ou de fazer e não fazer)<sup>233 234</sup>. Também de acordo com DEMOGUE, para a configuração da força maior, seria necessário que se verificasse a ocorrência de impossibilidade: impossibilidade de prestar (não apenas uma dificuldade<sup>235</sup>) e a impossibilidade de prever e evitar as consequências do evento<sup>236</sup>, sendo necessário ainda que o fato seja externo ao devedor<sup>237</sup>. Seria essencial, ainda, que em

<sup>227</sup> RADOUANT, 1920, p. 274 e ss.; 329 e ss.

<sup>228</sup> Destaca-se, referência anteriores à reforma de 2016.

<sup>229</sup> Le débiteur est condamné s'il y a lieu au paiement de dommages-intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part.

\*\*\*

O devedor é condenado se houver causa para o pagamento da indenização, seja em razão da inexecução da obrigação, seja em razão do atraso na execução, todas as vezes em que ele não justificar que a inexecução decorreu de uma causa externa que não pode lhe ser imputada, ainda que não tenha havido qualquer má-fé de sua parte. (Tradução livre).

<sup>230</sup> Il n'y a lieu à aucuns dommage-intérêts lorsque par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé ou a fait ce qui était interdit.

\*\*\*

Não há causa para qualquer indenização quando, por motivo de uma força maior ou de um caso fortuito, o devedor que tenha impedido de dar ou de fazer aquilo a que ele estaria obrigado ou a fazer aquilo que lhe estaria proibido. (Tradução livre).

<sup>231</sup> Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation vient à périr, est mis hors de commerce ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fut en demeure. Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fut également périée chez le créancier si elle lui eut été livrée. Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue.

\*\*\*

Quando o corpo certo e determinado que era objeto da obrigação venha a se perder, é tirado do comércio ou se perca de maneira em que se ignore completamente sua existência, a obrigação é extinta se a coisa tenha perecido ou se perdido sem culpa do devedor ou antes ele estivesse em mora. Mesmo o devedor esteja em mora, e ele não tenha assumido os riscos de caso fortuito, a obrigação é extinta nos casos em que a coisa também teria perecido junto ao credor se esta teria lhe sido entregue. O devedor deve comprovar o caso fortuito que ele alega. (Tradução livre).

<sup>232</sup> DEMOGUE, 1931, p. 570.

<sup>233</sup> DEMOGUE, 1931, p. 570-571.

<sup>234</sup> DEMOGUE também cita a possibilidade de a força maior suspender a exigência da prestação nos casos de impossibilidade momentânea. DEMOGUE, 1931, p. 675-676.

<sup>235</sup> DEMOGUE, 1931, p. 608, 636, 638, dentre outras.

<sup>236</sup> DEMOGUE, 1931, p. 573.

<sup>237</sup> DEMOGUE, 1931, p. 574.

cada situação o juiz apreciasse, caso a caso, se o fato alegado gerou a impossibilidade da prestação<sup>238</sup>.

DEMOGUE também sustenta que não haveria que se falar em força maior se a execução da prestação for possível para terceiro que não o devedor<sup>239</sup>. Ou seja, tal entendimento se assemelha ao verificado no Direito Português – e que se opõe ao previsto no Direito Alemão – que a impossibilidade subjetiva apenas libera o devedor em alguns casos (obrigação de fazer infungível ou impossibilidade de o devedor se fazer substituir). Nos demais, o devedor teria o dever de procurar terceiro para substituí-lo. Similar a RADOUANT e a outros autores já citados, DEMOGUE também trata como sinônimos a impossibilidade objetiva e a absoluta, e a subjetiva e a relativa<sup>240</sup>.

Deve ser destacado ainda que as noções de força maior e ausência de culpa, segundo DEMOGUE, são ligeiramente diferentes<sup>241</sup>. Provar a ausência de culpa significaria demonstrar que as precauções ordinárias foram tomadas pelo devedor, ao passo que para provar a força maior seria necessário estabelecer que determinado fato positivo é a causa do dano<sup>242</sup>. O que liberaria o devedor seria a prova da ocorrência de evento de força maior, não a ausência de culpa<sup>243</sup>. DEMOGUE ainda pondera que, ao se verificar a força maior, dever-se-ia ter em conta ao que foi implicitamente desejado ou acordado pelas partes, assim, se, para superar o obstáculo, seria necessária uma ação completamente alheia ao “espírito do contrato” haveria força maior<sup>244</sup>.

BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE, também em linha com o já acima exposto, trazem que a impossibilidade superveniente tem o condão de extinguir a obrigação (seja de dar, fazer ou não fazer), nos termos do art. 1302 do *Code Civil*, já acima citado<sup>245</sup>. Também reconhecem que pode haver meramente uma impossibilidade parcial, em caso de perda de parte da coisa, hipótese em que se aplicaria o disposto no art. 1245<sup>246</sup>. E, talvez se distanciando um pouco do já trazido aqui, BAUDRY-LACANTINERIE e BARDE defendem que, por vezes, não seria necessário

---

<sup>238</sup> DEMOGUE, 1931, p. 582.

<sup>239</sup> DEMOGUE, 1931, p. 639.

<sup>240</sup> DEMOGUE, 1931, p. 650.

<sup>241</sup> DEMOGUE, 1931, p. 656.

<sup>242</sup> DEMOGUE, 1931, p. 656.

<sup>243</sup> DEMOGUE, 1931, p. 657. Diferenciando-se um pouco do visto acima quanto à liberação do devedor pela ausência de culpa, mesmo que isso não signifique a ocorrência de um evento de força maior.

<sup>244</sup> DEMOGUE, 1931, p. 675.

<sup>245</sup> BAUDRY-LACANTINERIE; BARDE, 1908, p. 248.

<sup>246</sup> BAUDRY-LACANTINERIE; BARDE, 1908, p. 249 Os autores indicaram que o art. 1245 traria que o devedor de obrigação de dar coisa certa é liberado pela entrega de tal coisa no estado em que ela se contra naquele momento, se as deteriorações não sejam imputáveis ao devedor.

se verificar a imprevisibilidade do evento, devendo esse ser meramente alheio ao controle do devedor e que o impeça, de maneira absoluta, de cumprir seus compromissos<sup>247</sup>.

Finalmente, BEUDANT sustenta que o único fato que o devedor pode invocar para evitar o pagamento de indenização (em outras palavras, o único fato que poderia exonerá-lo) em caso de não cumprimento ou cumprimento tardio de sua obrigação seria a impossibilidade de executá-la, não podendo essa impossibilidade ser previsível<sup>248</sup>. A impossibilidade, que deve ser absoluta<sup>249</sup>, pode ser causada por fato do co-contratante, de terceiro, caso fortuito ou força maior<sup>250</sup>.

Pelo citado acima, pode-se perceber que há uma certa coincidência, dentre a maioria dos autores, quanto aos requisitos para a configuração da força maior. Igualmente parece haver consenso quanto à necessidade de se verificar a ocorrência de impossibilidade absoluta para que se possa falar em força maior. Além disso, apesar de não previsto expressamente no *Code Civil*, se considera que a força maior pode gerar apenas a impossibilidade temporária ou parcial da prestação (algo que é, por exemplo, expresso no CCP ou no *Codice Civile*).

Também cabe notar que, apesar das semelhanças, há algumas diferenças para a configuração da força maior e da impossibilidade superveniente da prestação, especialmente dentre os requisitos para a configuração de cada uma. Enquanto nesta o foco é somente na impossibilidade fática ou legal de prestar (ou extrema dificuldade, a depender do ordenamento), naquela, para além dessa impossibilidade, seria essencial o preenchimento de requisitos como a imprevisibilidade e a exterioridade do evento. O tema será posteriormente mais bem abordado, mas tais características parecem estar intimamente ligadas com o risco da ocorrência de um evento que gere uma impossibilidade superveniente da prestação.

Com a reforma de 2016 – que, dentre seus objetivos, visava a simplificação e a modernização do *Code Civil*<sup>251</sup>, a sua adaptação à jurisprudência francesa<sup>252</sup> e a manutenção da influência do Direito Civil Francês no exterior<sup>253</sup> –, houve algumas alterações notáveis, dentre elas a codificação da teoria da imprevisão no Direito Civil e o desaparecimento da ideia de “*cause*” dos contratos<sup>254</sup>. Em matéria de força maior e impossibilidade, algumas regras também foram modificadas. Os arts. 1148 (que previa a exoneração do devedor em caso de caso fortuito

---

<sup>247</sup> BAUDRY-LACANTINERIE; BARDE, 1908, p. 260.

<sup>248</sup> BEUDANT, 1936, p. 416. Aparentemente, seguindo a linha de DEMOGUE, conforme acima pontuada.

<sup>249</sup> BEUDANT, 1936, p. 417.

<sup>250</sup> BEUDANT, 1936, p. 416-417.

<sup>251</sup> DOWNE, 2016, p. 45 e ss.; TERRE, 2019, p. 75 e ss.

<sup>252</sup> TERRE, 2019, p. 75-76.

<sup>253</sup> VOGENAUER, 2009, p. 9.

<sup>254</sup> DOWNE, 2016, p. 50 e ss.



e força maior) e 1302 (perda da coisa que seria entregue) acima citados, por exemplo, passaram a ter novas redações. O art. 1351, que passou a substituir o art. 1148<sup>255</sup>, prevê que “*a impossibilidade de executar a prestação libera o devedor na medida em que resulta de um caso de força maior e seja definitiva, a menos que este tenha assumido a sua responsabilidade ou se o devedor já estivesse em mora*”<sup>256</sup>. Já o art. 1351-1, substituindo os arts. 1302 e 1303<sup>257</sup>, traz que “*quando a impossibilidade de executar resultar da perda da coisa devida, o devedor inadimplente é, de todo modo, liberado se ele provar que a perda seria igualmente produzida se a obrigação tivesse sido executada*”<sup>258</sup>. Nesse caso, ele deve transferir ao credor seus direitos sobre a coisa (tal qual o *commodum* de representação, citado quando se tratou dos Direitos Português e Italiano).

O art. 1147, como visto, trazia basicamente que o devedor se exoneraria do pagamento de indenização quando a inexecução decorresse de uma causa externa que não poderia lhe ser imputada. Agora, o art. 1218 traz quais os requisitos para a configuração da força maior em matéria contratual, a ocorrência de um evento que: (i) foge do controle do devedor, (ii) não poderia ser razoavelmente previsto quando da celebração do contrato, (iii) cujos efeitos não poderiam ser evitados por meio das medidas apropriadas, (iv) e que impeça a execução da obrigação pelo devedor<sup>259</sup>.

Além de indicar os requisitos da força maior, o art. 1218 também traz quais são os efeitos decorrentes de um evento de força maior, para além da exoneração do devedor. Segundo prevê, a obrigação ficará suspensa no caso de um impedimento temporário, a menos que o atraso decorrente de tal evento justifique a resolução da obrigação (pense-se nas obrigações temporalizadas e no interesse do credor). Por sua vez, o contrato será resolvido de pleno direito quando o impedimento é definitivo<sup>260</sup>. Cabe destacar que, similarmente ao CC/02, antes da

<sup>255</sup> Comparativo das alterações do *Code Civil* após a reforma de 2016 feita por CLEMENT, 2016, p. 2.

<sup>256</sup> Tradução livre. No original: “L'impossibilité d'exécuter la prestation libère le débiteur à due concurrence lorsqu'elle procède d'un cas de force majeure et qu'elle est définitive, à moins qu'il n'ait convenu de s'en charger ou qu'il ait été préalablement mis en demeure.”. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGITEXT000006070721/>. Acesso em 17 de março de 2022.

<sup>257</sup> Comparativo das alterações do *Code Civil* após a reforma de 2016 feita por CLEMENT, 2016, p. 2.

<sup>258</sup> Tradução livre. No original: “Art. 1351-1.- Lorsque l'impossibilité d'exécuter résulte de la perte de la chose due, le débiteur mis en demeure est néanmoins libéré s'il prouve que la perte se serait pareillement produite si l'obligation avait été exécutée.”

<sup>259</sup> Article 1218. Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur.

\*\*\*

Art. 1218. Há força maior, em matéria contratual, quando um evento fora do controle do devedor, que não poderia ser razoavelmente previsto quando da conclusão do contrato e cujos efeitos não poderiam ser evitados por medidas adequadas, impeça que o devedor execute suas obrigações. (Tradução livre).

<sup>260</sup> Article 1218. (...) Si l'empêchement est temporaire, l'exécution de l'obligation est suspendue à moins que le

reforma de 2016 o *Code Civil* mencionava apenas o efeito exoneratório da força maior, sendo silente quanto à eventual suspensão ou à resolução do contrato<sup>261</sup> (o que, como visto, era trabalhado em sede doutrinária).

É exposto abaixo, conforme feito em relação aos outros ordenamentos aqui trabalhados, figura com os artigos citados do *Code Civil*:

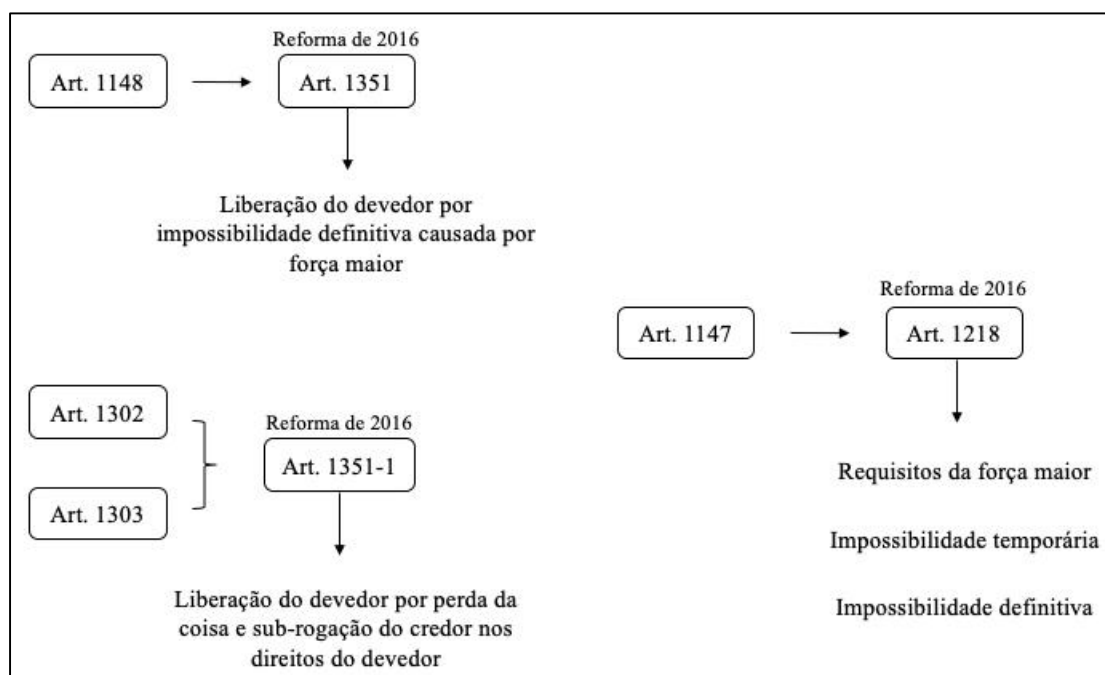


Figura 4: Direito Francês (*Code Civil*)

Conforme continua a ser aduzido pela doutrina mais recente, a impossibilidade a ser considerada na força maior ainda deve ser absoluta, não sendo suficiente a mera dificuldade ou onerosidade da prestação<sup>262</sup>.

Vê-se que, mesmo com outra roupagem, muitas das discussões, características e efeitos da impossibilidade nos outros ordenamentos já citados também se aplicam no Direito Francês, seja quando tratamos da força maior, seja quando trabalhamos com os artigos do *Code Civil* que mencionam essa figura. A impossibilidade não é tratada, diretamente, como figura central

retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat. Si l'empêchement est définitif, le contrat est résolu de plein droit et les parties sont libérées de leurs obligations dans les conditions prévues aux articles 1351 et 1351-1. \*\*\*

Art. 1218. (...) Se o impedimento é temporário, a execução da obrigação fica suspensa a menos que o atraso daí decorrente justifique a resolução do contrato. Se o impedimento é definitivo, o contrato é resolvido de pleno direito e as partes são liberadas de suas obrigações pelas condições previstas nos arts. 1351 e 1351-1. (Tradução livre).

<sup>261</sup> TERRÉ, 2019, p. 810. Menciona ainda que o *Code Civil* de 1804 não trazia (ou trazia muito sumariamente) os contornos ou a definição do que seria a força maior. Haveria assim uma lacuna dupla.

<sup>262</sup> TERRÉ, 2019, p. 812; LAITHIER, 2009, p. 133 (apesar de destacar que a jurisprudência da *Cour de Cassation* seria menos intransigente nesse tema).

e nem é sistematizada na França como em outros países, contudo, percebe-se a relevância do instituto, e mesmo a coincidência de diversas de suas características, no *Code Civil*, principalmente após a reforma de 2016, e nos entendimentos da doutrina francesa.

## 1.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Como exposto na Introdução do trabalho, ao fim de cada capítulo será feita breve conclusão do apresentado e também fixadas premissas importantes para a continuidade do desenvolvimento do tema.

Em linhas gerais, o que se observa ao se analisar os Direitos Alemão, Português, Italiano e Francês é que a impossibilidade superveniente da prestação (seja com esse nome, ou com o título de força maior ou caso fortuito), nas devidas proporções, possui grandes semelhanças não apenas em seu tratamento dentro de cada país, mas também nas discussões relativas ao instituto. O principal debate parece se circunscrever em torno do que seria a impossibilidade (seu *conceito*). Em outras palavras, o que deve ser considerado impossível. Vê-se que as respostas não são uníssonas e que outras figuras correlatas dos ordenamentos (como alteração das circunstâncias, boa-fé, culpa e abuso de direito) não podem ser ignoradas. Não necessariamente para definirem o que seria impossível, mas para delimitarem o âmbito dos limites da exigibilidade da prestação.

Um outro ponto relevante, e que se verifica certa uniformidade, é quanto às modalidades da impossibilidade de prestar e aos seus efeitos (a *aplicação* da impossibilidade no caso concreto). A impossibilidade não se manifesta de forma única, portanto é importante classificá-la para se saber qual a consequência gerada por tal evento (por exemplo, suspensão ou resolução – total ou parcial – da obrigação, exoneração do devedor ou dever de este buscar terceiro para substituí-lo). Nesse momento, se busca o auxílio de outras figuras, como o interesse do credor e das próprias modalidades das obrigações (obrigações de fazer fungível e infungível, obrigação divisível, obrigação em que o tempo é essencial à prestação).

As lições de direito comparado aqui trazidas serão de grande importância para o estudo da matéria de impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro, principalmente considerando a forma que tal figura é tratada nesse ordenamento.

## **2 A IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA**

Não se pode almejar o estudo de um instituto – no caso, a impossibilidade superveniente da prestação –, sem se saber o que se tem em termo de regras sobre ele. A intenção desse capítulo é trazer uma visão geral do que dispõe o Código Civil de 2002 (CC/02), o Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15), o Código de Defesa do Consumidor (CDC) e a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (*Contracts for the International Sale of Goods* – CISG) sobre a impossibilidade superveniente da prestação.

Antes disso, algumas ressalvas e alguns esclarecimentos serão feitos. Em primeiro lugar, não se tem a intenção de já aqui se aprofundar no regramento existente, em suas principais características, consequências e efeitos. Entende-se que isso somente poderá ser trabalhado após as considerações que serão feitas, e as conclusões que serão alcançadas, nos Capítulos 3 e 5. De todo modo, também se entendeu que não faria sentido fazer tal aprofundamento nos Capítulos 3 e 5 sem antes se apresentar uma visão geral do que se tem na legislação acerca do tema deste trabalho.

Em segundo lugar, esclarece-se e justifica-se a escolha dos diplomas legislativos (para o CC/02, por óbvio, não é necessário fazer tais considerações). O CPC/15 traz, como também é óbvio, de regras processuais. Contudo, os dispositivos referentes à execução específica das obrigações (em que cabe se questionar se seria efetivamente regra de direito processual ou material) se mostram relevantes para o estudo da impossibilidade superveniente da prestação, pois dialogam diretamente com os esforços exigidos do devedor para prestar. O CDC e a CISG, por sua vez, são sistemas próprios, um lidando com as relações consumeristas e o outro com os contratos internacionais de compra e venda de bens, mas ambos inseridos no ordenamento jurídico brasileiro. Como se verá, o diálogo entre CDC e CC/02 existe, ao passo que isso não deve, e não pode, se verificar quando se fala de CISG (pelo menos no que concerne o tema aqui estudado).

Ainda, em terceiro lugar, não se esqueceu ou se ignorou as leis extravagantes existentes no Brasil. Contudo, não se julgou necessária a criação de um tópico específico para tratar do lá disposto, seja porque não se considerou que essas regras alterariam de alguma forma o aqui exposto, seja porque não foram encontrados tantos artigos relevantes para o tema aqui estudado. Não obstante, foram feitas considerações pontuais sobre o previsto em algumas legislações extravagantes quando se tratou do CC/02 e do CDC.

Feitas as considerações que se considerou necessárias, passa-se então a análise dos normativos estudados.

## 2.1 O CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

O CC/02, ao contrário do que ocorre nos ordenamentos português e italiano, como visto acima, não traz uma sistematização da impossibilidade superveniente em seus dispositivos. A matéria é tratada de forma assistemática<sup>263</sup>, com as suas regras previstas nas modalidades das obrigações, quando se fala de força maior e ainda, na parte especial, em algumas das espécies de contratos. Diante desse tratamento disperso, é importante identificar as regras vigentes e positivadas do ordenamento brasileiro antes de se tentar fazer qualquer tipo de sistematização.

Ressalta-se que como indicado não se fará, nesse momento, qualquer tipo de análise mais sistematizada sobre o regramento do CC/02. Ou seja, a não ser quando necessário, não se fará um aprofundamento maior sobre os efeitos e a aplicação dos dispositivos citados, uma vez que esse é o objetivo do Capítulo 5 do presente trabalho. Assim, se fará um mapeamento das regras relativas à matéria para que se possa ter uma noção geral do que se tem em termos de regramento da impossibilidade superveniente da prestação no Direito Brasileiro.

Contudo, antes de se examinas essas regras, cabe fazer breves considerações sobre o que dispõe o art. 106, que versa sobre a impossibilidade originária, ou seja, que surge no momento de celebração do negócio jurídico. Conforme já exposto na Introdução do trabalho, optou-se por fazer um recorte e se estudar apenas a impossibilidade superveniente. A impossibilidade originária possui regramento específico, inspirado no Direito Alemão antes da reforma do BGB<sup>264</sup>, em que a impossibilidade originária leva à nulidade do negócio<sup>265</sup>. Não obstante, há um elemento específico da redação do art. 106 que pode ser de interesse para o presente estudo: o uso do termo “relativa”<sup>266</sup>.

De acordo com o exposto acerca dos Direitos Português e Francês<sup>267</sup>, há certa confusão entre o uso dos termos “relativa” e “subjativa”, e “absoluta” e “objetiva”, muitas vezes tratados como sinônimos. Tratando especificamente dos primeiros termos, impossibilidade relativa significaria uma grande dificuldade de se cumprir, mas não impossibilidade de fato, e a

---

<sup>263</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 286.

<sup>264</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 330.

<sup>265</sup> Cita-se sobre a matéria, por exemplo, os arts. 106, 123, 124, 137 e 166, II do CC/02.

<sup>266</sup> Art. 106. A impossibilidade inicial do objeto não invalida o negócio jurídico se for relativa, ou se cessar antes de realizada a condição a que ele estiver subordinado.

<sup>267</sup> Destaca-se que é um ponto de discussão também no ordenamento italiano. OSTI, por exemplo, critica o uso das expressões “subjativa” e “relativa” e “objetiva” e “absoluta” como sinônimos. OSTI, 1965, p. 288.

impossibilidade subjetiva diria respeito a um obstáculo que afeta apenas o devedor, não terceiros. Sendo assim, o devedor não consegue cumprir, mas terceiros o podem. Isso posto, importante questionar, pois também diz respeito à impossibilidade superveniente, qual o sentido dado ao termo “relativa” no art. 106 do CC/02.

STEINER, fazendo referência a GOMES, ao citar o art. 106, menciona que a impossibilidade relativa tocaria apenas ao devedor e se assemelharia mais a uma dificuldade de cumprimento<sup>268</sup>. GOMES, nesse sentido, sustenta que a obrigação subjetiva deve ser equiparada à relativa (e a objetiva à absoluta), pois seriam a mesma coisa, e que apenas a obrigação objetiva constituiria um obstáculo à validade da obrigação<sup>269</sup>. Também indicando que o termo “relativa” do art. 106 refere-se à pessoa do devedor, citam-se PONTES DE MIRANDA<sup>270</sup>, CUNHA<sup>271</sup> e TEPEDINO<sup>272</sup>.

Desse modo, parece haver parte significativa da doutrina que interpreta o art. 106 como dizendo que o negócio jurídico não é inválido se a impossibilidade inicial disser respeito apenas à pessoa do devedor<sup>273</sup>. Por exemplo, um contrato em que “A” promete alugar bem de “B” a “C” não seria inválido. Mas, se “A” promettesse alugar para “C” um objeto inexistente (uma espécie de animal que não existe) haveria invalidade. Com isso, a expressão “impossibilidade relativa” diria respeito a uma impossibilidade que afeta apenas o devedor e não os demais (e não a uma extrema dificuldade de executar algo que se contraporaria à verdadeira impossibilidade, a impossibilidade absoluta). E, de fato, por mais que não se considere o termo “relativa” o mais adequado para se referir à impossibilidade que afete apenas o devedor (como se discutirá posteriormente), essa parece ser a interpretação mais adequada para o dispositivo. Caso contrário, se teria uma regra que dispõe que, caso a obrigação fosse efetivamente

---

<sup>268</sup> STEINER, 2012, p. 710.

<sup>269</sup> GOMES, 2008, p. 44.

<sup>270</sup> PONTES DE MIRANDA, na verdade, defendia já na vigência do Código Civil de 1916 que “[q]uem prometeu vender o prédio *a*, que pertence a B, não prometeu prestação impossível; apenas o promitente não está na situação de poder executar *in natura*. A manifestação de vontade vale, porque não se dá o que se prevê no art. 145, II, 2ª parte, do Código Civil (impossibilidade originária). Se o promitente não adquire o prédio *a* a tempo de se fazer a transferência no registro de imóveis, tem de prestar perdas e danos”. Ou seja, a impossibilidade subjetiva (ou relativa, como consta no art. 106 do CC/02) não invalida o negócio.

<sup>271</sup> CUNHA, 2015, p. 79.

<sup>272</sup> TEPEDINO, 2007, p. 222.

<sup>273</sup> DIAS aponta entendimento divergente ao interpretar o art. 106. Segundo o autor, “Nada obstante, a análise da evolução do texto permite concluir que a impossibilidade relativa foi pensada para designar impossibilidade que poderia ser remediada e que as partes, à época da celebração do negócio, tinham a expectativa de que a prestação viria se tornar possível. Em contrapartida, impossibilidade absoluta designa a prestação irremediavelmente impossível, não tendo sido o negócio celebrado para o caso de ela se tornar possível.” DIAS, 2021, p. 177. De toda forma, entende-se que esses seriam casos também de impossibilidade subjetiva (ou relativa, como traz o art. 106). Havia expectativa das partes que o devedor poderia cumprir a prestação ao, por exemplo, adquirir bem de terceiro, “superando” a sua impossibilidade subjetiva.

impossível, ela seria inválida, se fosse apenas extremamente difícil de se prestar, não o seria. Nesse caso, o que dispõe o art. 106 é, simplesmente, que a impossibilidade que afeta apenas o devedor não gera a invalidade do negócio. Como dito, o uso da expressão “relativa” pelo legislador não parece ter sido a melhor escolha, mas reconhece-se que é recorrente também em outros ordenamentos dar esse sentido para a expressão “impossibilidade relativa”.

Nas modalidades das obrigações, vê-se que o legislador decidiu trazer as consequências da impossibilidade (mesmo não necessariamente usando esse termo) de cada um dos tipos de obrigação (de dar, de fazer e de não fazer). Em relação à obrigação de dar coisa certa, o art. 234<sup>274</sup> versa sobre as consequências da perda da coisa<sup>275</sup> (se a coisa se perdeu é impossível ao devedor entregá-la e, portanto, executar sua prestação). Similarmente, se a obrigação for de restituir coisa certa, as consequências da perda por culpa e sem culpa do devedor estão previstas nos arts. 238 e 239. Em ambos os casos, se destaca que a obrigação se resolverá e haverá a exoneração do devedor caso a perda da coisa não lhe seja imputável e, se o for, a necessidade de pagamento do equivalente mais perdas e danos.

Alguns pontos a se observar. No caso de perda da coisa sem culpa do devedor, o CC/02 prevê que a obrigação se resolverá e não, por exemplo, que a obrigação poderá ser resolvida pelo credor (como faz no art. 235 quando trata da deterioração da coisa). Assim pode-se questionar se a resolução da obrigação ocorreria *ipso iure* ou não. Ainda, como a obrigação não se resolve quando a perda é imputável ao devedor, discute-se se a conversão da obrigação em indenização criaria uma nova obrigação ou apenas a modificação da prestação original. Tal ponto será abordado quando se versar sobre os efeitos da impossibilidade superveniente no ordenamento brasileiro.

Já no caso de coisa incerta, o art. 246 prevê que antes da escolha (concentração), não pode alegar o devedor a perda ou deterioração da coisa, mesmo que causados por motivo de força maior. Há aqui a concretização do já citado brocardo *genus nunquam perit*, o gênero não perece. Se a coisa é incerta, e o gênero subsiste (como acontece via de regra), é dever do devedor entregar o bem, mesmo que a coisa incerta tenha se perdido sem culpa sua. Assim, esse risco<sup>276</sup> é do devedor.

---

<sup>274</sup> 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.

<sup>275</sup> Não se menciona aqui, a princípio, os arts. 235 e 236 que versam sobre a deterioração da coisa, apesar de ser possível entender que eles representariam uma forma de impossibilidade parcial, pois não seria possível entregar a coisa na qualidade (sem deterioração) desejada, conforme sustenta VAZ SERRA, como visto acima. O mesmo comentário se aplica também para a obrigação de restituir coisa nos termos do art. 240.

<sup>276</sup> Um termo utilizado para falar sobre esse tipo de risco seria o “*procurement risk*”. Este significa que, em um

Já os arts. 248 e 249, por sua vez, dispõem sobre a impossibilidade de o devedor executar a obrigação de fazer. É previsto que em caso de recusa ou mora do devedor, e sendo a obrigação fungível (podendo ser executada por terceiro), pode o credor exigir que o terceiro preste às custas do devedor. Aqui interessa notar que o credor apenas pode contratar terceiro para executar a obrigação se o devedor se recusar a prestar ou estiver em mora (frisa-se que a mora, pelo art. 396, depende de culpa). Isso parece diferir da solução adotada no Direito Português. Como destacado, nesse sistema o devedor tem o dever de se fazer substituir por terceiro em caso de obrigação fungível e responde se não o fizer<sup>277</sup>.

Por fim, em caso de obrigação de não fazer, é meramente dito no art. 250 do CC/02 que a obrigação se extingue caso, sem culpa do devedor, se torne impossível a abstenção do ato que ele se comprometeu a não praticar.

As considerações sobre o tratamento da impossibilidade superveniente da prestação em cada modalidade de obrigação podem ser sumarizadas aqui:

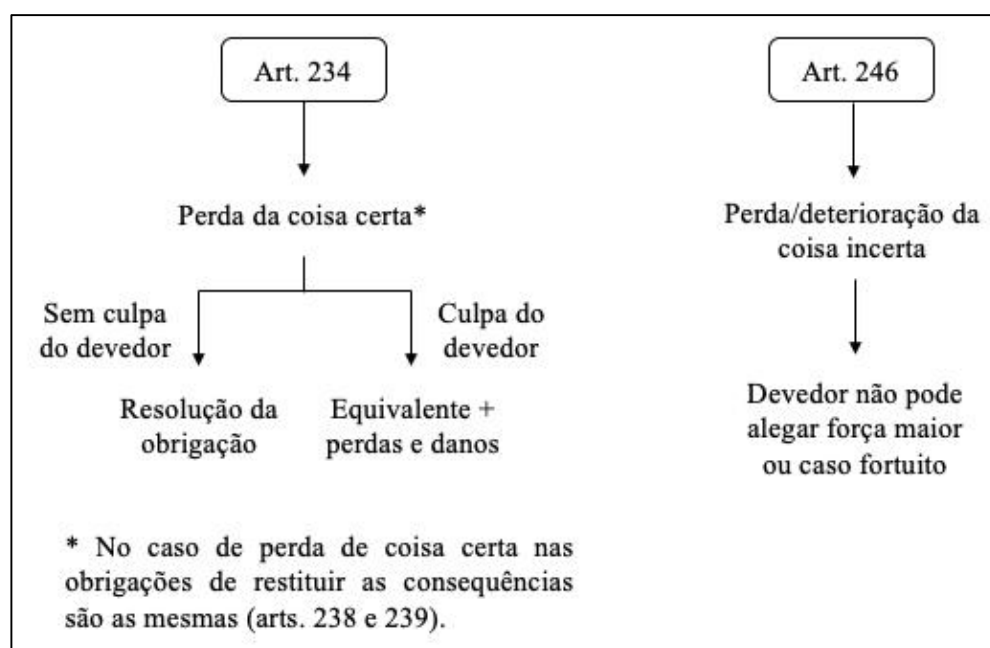


Figura 5: Direito Brasileiro – Obrigação de dar (CC/02)

contrato que envolva a venda de bens genéricos, para os quais a um “ready market” (mercado pronto), o vendedor assume os riscos de obter o bem. SCHWENZER, 2010, p. 1074.

<sup>277</sup> Excetuando eventuais hipóteses em que a impossibilidade também o impeça de se fazer substituir, como no caso de o devedor estar em um coma, conforme pontuado quando se falou de tal Direito.



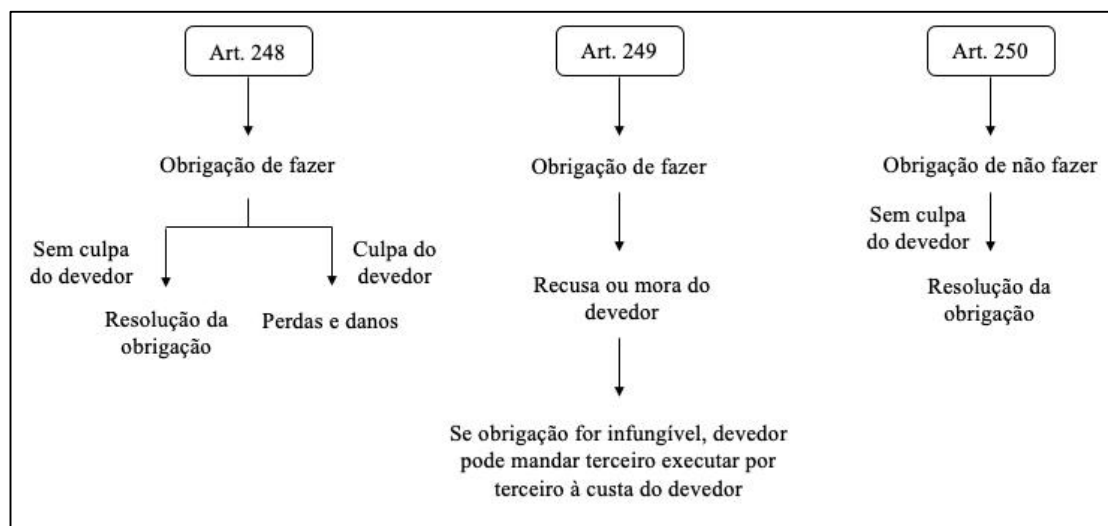


Figura 6: Direito Brasileiro – Obrigações de fazer e não fazer (CC/02)

Cabe notar ainda que as consequências de impossibilidade também foram previstas nos arts. 253 a 256 para obrigações alternativas, em que se prevê as consequências de uma ou todas as prestações alternativas se tornarem impossíveis. De maneira sucinta, referidos artigos trazem variadas consequências para a impossibilidade superveniente a depender: (i) da culpa do devedor pela impossibilidade; (ii) de quem caberia a escolha dentre as alternativas; e (iii) se uma ou todas as obrigações se tornaram impossíveis. Por fim, o art. 279 versa sobre a impossibilidade nas obrigações com solidariedade passiva, dispondo sobre as consequências da impossibilidade causada por um dos devedores solidários.

O que pode se observar pelo acima exposto é que o CC/02 se preocupou em definir as consequências da impossibilidade superveniente de cada uma das modalidades de obrigação com base na sua imputabilidade ao devedor. Em regras gerais, quando a impossibilidade ocorre sem culpa do devedor, esse é exonerado. Caso contrário, tendo ele culpa, responderá com o pagamento de perdas e danos. Contudo, com isso não trabalhou (pelo menos não de forma direta ao se versar sobre os efeitos da impossibilidade superveniente) com as consequências de alguns tipos de impossibilidade, como a temporária e a parcial. Tal ponto será mais bem trabalhado posteriormente, quando se for sistematizar o regime da impossibilidade superveniente da prestação no ordenamento brasileiro (Capítulo 5).

O art. 393 prevê que o devedor não responde por prejuízos resultantes de caso fortuito ou de força maior se por eles não houver se responsabilizado. Em seu parágrafo único, acrescenta ainda que o caso fortuito e a força maior se verificam no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Antes de se analisar o que dispõe referido artigo, é importante

trazer a relação entre a impossibilidade superveniente da prestação e o caso fortuito ou força maior.

Como já visto no Direito Francês, há uma intrínseca relação entre a força maior e a impossibilidade superveniente da prestação, uma vez que, para que se possa falar de força maior, a prestação deve ter se tornado impossível. No âmbito brasileiro, significativa parte da doutrina também vê a relação entre os dois institutos. AGUIAR JÚNIOR sustenta, por exemplo, que a impossibilidade superveniente inimputável ao devedor pode decorrer de diversos eventos, dentre eles “*caso fortuito, força maior, ato do credor, ato de terceiro ou ato do próprio devedor sem culpa*”<sup>278</sup>. Similarmente, MARTINS-COSTA considera a força maior e o caso fortuito como sendo a mais conhecida espécie do gênero impossibilidade superveniente não-imputável<sup>279</sup>. No mesmo sentido, em coautoria com COSTA E SILVA, traz que a relação entre impossibilidade e força maior é de gênero e espécie<sup>280</sup>. ALVIM considera que a necessariedade do fato deve ser estudada em função da impossibilidade do cumprimento da obrigação, e não de forma abstrata<sup>281</sup>. Também CAVALIERI FILHO aduz que a principal consequência da força maior e do caso fortuito é tornar impossível o cumprimento da obrigação<sup>282</sup>.

Dessa forma, entende-se que há clara relação entre a força maior e o caso fortuito e a impossibilidade superveniente da prestação, motivo pelo qual se estudará tais figuras no presente trabalho e citá-las no item em que se aborda o tratamento da impossibilidade superveniente da prestação no CC/02. Todavia, algumas considerações iniciais devem ser feitas sobre o instituto. Em primeiro lugar, os termos força maior ou caso fortuito são frequentemente utilizados quando se fala de responsabilidade extracontratual (pelo próprio CC/02, por exemplo, em seu art. 936, que prevê que o dono ou detentor do animal indenizará os danos causados por este se não provar culpa da vítima ou força maior). Tal questão não será diretamente analisada aqui. O foco do trabalho é a impossibilidade superveniente da prestação, que afeta as relações *contratuais*. Questões fora desse escopo se afastam do aqui estudado. Em segundo lugar, não se adotará distinção entre os termos “caso fortuito” e “força maior”, como já não é feito por grande parte da doutrina<sup>283</sup>, uma vez que as suas consequências pelo CC/02 são as mesmas. Diante disso, se usará os dois termos de maneira indistinta.

---

<sup>278</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 101.

<sup>279</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 285.

<sup>280</sup> MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 150.

<sup>281</sup> ALVIM, 1980, p. 326.

<sup>282</sup> CAVALIERI FILHO, 1989, p. 389.

<sup>283</sup> Por exemplo, MARTINS-COSTA, 2009, p. 287; PONTES DE MIRANDA, XXIII, 1958, §2.792, MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 129, Fazendo a distinção, cita-se ALVIM, 1980, p. 330 e ss.

O art. 393, por talvez ser menos direto ou mais complexo que os demais acima citados, traz alguns pontos relevantes de serem analisados. Nesse dispositivo, é meramente descrito que o devedor não responderá por prejuízos resultantes de força maior (se não houver se responsabilizado previamente por eles). Assim, a única consequência trazida para o caso fortuito no CC/02 é a exoneração do devedor, nada sendo mencionado acerca de eventual suspensão ou extinção da obrigação subjacente (como acima destacado, era algo que também ocorria no Direito Francês antes da reforma do *Code Civil* em 2016). As eventuais outras consequências da força maior serão analisadas oportunamente neste trabalho ao se tratar das modalidades da impossibilidade superveniente e seus efeitos.

Ainda, a força maior é caracterizada como sendo decorrente do fato necessário, não sendo possível evitar ou impedir seus efeitos. O primeiro ponto que chama a atenção é a ausência de menção à imprevisibilidade do evento, comum em outros sistemas (cita-se novamente o francês) e em diplomas internacionais (como a CISG, que será trabalhada neste Capítulo). Mas, nem por isso, parte da doutrina deixa de considerar a imprevisibilidade como elemento necessário à força maior<sup>284</sup>.

O que se entende aqui é que, não obstante a ausência da imprevisibilidade como requisito (se não está expresso no CC/02, não se poderia adicionar outros elementos essenciais para a configuração da força maior<sup>285</sup>), a (im)previsibilidade do evento acabará por ser analisada quando se verificar a assunção de risco pelas partes no contrato. Por exemplo, é conhecida a média de chuvas de determinada localidade no mês de novembro. O empreiteiro, ciente dessa informação, opta por não considerar o índice pluviométrico ao elaborar o cronograma de obras daquele mês. Entende-se que ele assumiu o risco de atrasos causados pelas chuvas, pois elaborou seu cronograma conhecendo e considerando todas as circunstâncias que poderiam impactar a sua prestação. Assim, pode não se partir necessariamente da análise da imprevisibilidade do evento, mas da assunção de risco pelas partes (expressa ou presumida) quando da celebração do negócio.

Desse modo, deve-se atentar para os requisitos efetivamente considerados pelo CC/02 para a verificação da ocorrência de um evento de força maior: necessidade do fato e impossibilidade de evitar ou impedir seus efeitos (inevitabilidade)<sup>286</sup>. Fato necessário seria

---

<sup>284</sup> VENOSA, 2019, *ebook* menciona que o evento de força maior não poderia ser previsto ou evitado. CAVALIERI, 2019, p. 99 considera que a inevitabilidade no caso fortuito decorreria da imprevisibilidade, enquanto na força maior essa decorreria da irresistibilidade.

<sup>285</sup> Defendendo que não se deve considerar a imprevisibilidade como requisito, por exemplo: MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 149; MARTINS-COSTA, 2009, p. 296.

<sup>286</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 289.

aquele que não está na esfera de controle do devedor<sup>287</sup> e, inevitável, o acontecimento fundamentalmente irresistível, não sendo considerada a dificuldade de prestar, ainda que grande<sup>288</sup>. MARTINS-COSTA assim sintetiza:

Tem-se, assim, que a força maior é a circunstância irresistível, externa a pessoa do devedor, que terá, como consequência, impedir que execute as prestações que prometera ao credor. Por isso, é uma causa de impossibilidade superveniente de prestar<sup>289</sup>.

Também importa destacar a relação que MEDEIROS DA FONSECA faz entre os elementos “subjetivos” e “objetivos” ligados ao caso fortuito<sup>290</sup>. Segundo o autor, o conceito de força maior por ele adotado é misto<sup>291</sup>, pois é necessária a coexistência de ausência de culpa, uma vez que o devedor não pode ter causado o evento<sup>292</sup> (elemento subjetivo), e da inevitabilidade do evento<sup>293</sup> (elemento objetivo). AGUIAR DIAS, concordando com as lições de MEDEIROS DA FONSECA, busca as simplificar alegando que haveria nos casos de força maior uma “*supressão da relação de causalidade*”<sup>294</sup>. Se não há nexos causal, não haveria obrigação de reparar<sup>295</sup>. Por fim, MEDEIROS DA FONSECA traça a distinção entre a ausência de culpa e a força maior, sustentando que essa seria espécie daquela<sup>296</sup>. Ou seja, há hipóteses em que se verifica a ausência de culpa do devedor, mas não haveria que se falar em força maior, pois seus demais requisitos poderiam eventualmente não ter sido preenchidos. Desde já se lembra aqui que a relação entre a ausência de culpa e a força maior ou impossibilidade é também discutida em outros ordenamentos abordados no trabalho, como o francês e, notadamente, o italiano.

Ainda que breves, essas são as considerações que, no momento, se cabe fazer acerca do tratamento geral da força maior prevista no art. 393 do CC/02.

Saindo da parte geral, a impossibilidade superveniente de prestar e/ou a força maior podem ser encontradas também mencionadas ou trabalhadas em vários tipos contratuais

---

<sup>287</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 290.

<sup>288</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 298.

<sup>289</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 300.

<sup>290</sup> PONTES DE MIRANDA traz as distinções acerca das correntes subjetiva e objetiva, que se assemelham àquelas já citadas no âmbito do Direito Italiano. Enquanto a teoria objetiva abstrai de qualquer situação pessoal do devedor e de sua diligência, na teoria subjetiva se apontaria força maior onde culpa não houve. PONTES DE MIRANDA, XXIII, 2012, §2.792.

<sup>291</sup> MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 150 e ss.

<sup>292</sup> MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 147 e ss.

<sup>293</sup> MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 150.

<sup>294</sup> AGUIAR DIAS, 1995, p. 687.

<sup>295</sup> AGUIAR DIAS, 1995, p. 687.

<sup>296</sup> MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 165.

previstos no CC/02. Em sua maioria, os dispositivos versam sobre risco, perda da coisa e exoneração de responsabilidade por força maior (por exemplo, arts. 492, 535, 567<sup>297</sup>, 583, 636, 696, parágrafo único, 734). Mas interessa notar que há também menção que a força maior pode gerar a impossibilidade de continuação do contrato de prestação de serviços, motivando seu encerramento<sup>298</sup> (art. 607) ou que a empreitada pode ser suspensa<sup>299</sup> por motivo de força maior (art. 625, I). Ainda que não de maneira geral, tais artigos trazem possíveis efeitos da força maior (encerramento e suspensão do contrato) que, como destacado, não estão previstos no art. 393, sendo importante ter tais questões em mente quando se for trabalhar os efeitos da impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro.

De acordo com o exposto acima, percebe-se que o CC/02 não traz um aprofundamento ou sistematização em matéria de impossibilidade. As normas são esparsas e não abrangem todas as situações de impossibilidade que podem ocorrer na prática. De todo modo, com o que está expresso, já é possível compreender alguns dos contornos e trazer algumas das bases da impossibilidade superveniente do ordenamento brasileiro. As demais questões terão que ser trabalhadas com análise de outras regras do CC/02 e das lições da doutrina e da jurisprudência.

## 2.2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Como destacado, é importante que o disposto no CPC/15 também seja analisado, ainda que de uma forma bem breve. Tal diploma contém regras, usualmente consideradas de caráter material<sup>300</sup>, que são relevantes para a análise da impossibilidade superveniente da prestação no ordenamento jurídico brasileiro: aquelas relativas à execução específica das obrigações<sup>301</sup>.

---

<sup>297</sup> Destaca-se que é mencionada a hipótese de deterioração da coisa alugada, não a sua perda. Mas a possível relação da deterioração com a impossibilidade superveniente parcial e as consequências previstas neste dispositivo serão trabalhadas posteriormente neste trabalho.

<sup>298</sup> Similarmente, a Lei 4.886/1965, que regula a atividade dos representantes comerciais autônomos, prevê em seus arts. 35 e 36, ambos no item “e”, que o contrato de representação comercial poderá ser encerrado por motivo de força maior.

<sup>299</sup> BIAZI, 2021, p. 86 cita, como exemplo de impossibilidade temporária, o art. 24, e mais especificamente seu §2º, da Lei 8.245/91 que dispõe que os locatários ou sublocatários que deixam o imóvel, se a construção for considerada em condições precárias pelo Poder Público, estarão desobrigados do aluguel durante a execução das obras necessárias à regularização. Para além da impossibilidade (?) temporária de ocupar o imóvel (considera-se necessário verificar, no caso, se seria caso de impossibilidade ou de outra figura do ordenamento), fica demonstrado também a relação de sinalagma entre as prestações e qual a posição do credor (e de sua contraprestação) durante tal evento.

<sup>300</sup> A título exemplificativo, cita-se que o CCP (art. 817 e ss.), o *Code Civil* (arts. 1221 e 1222), o *Codice Civile* (arts. 2058, 2910 e ss.), o BGB (§251/2, §275) e a CISG (art. 28), todos diplomas de direito material, trazem regras acerca da execução específica de obrigações.

<sup>301</sup> “Entende-se por execução específica aquele processo de execução forçada que afeta a esfera patrimonial do devedor em busca de proporcionar ao credor exatamente o mesmo bem que, segundo o vínculo obrigacional, deveria ter sido entregue ou restituído por meio do voluntário cumprimento da prestação devida. É o que também se denomina execução in natura.”. THEODORO JÚNIOR, 2002, p. 15.

De maneira sucinta, se tem: (i) os arts. 497 e seguintes dispendo sobre a execução específica nas ações relativas às obrigações de fazer, não fazer e de dar; (ii) o art. 536 versa sobre a execução específica da obrigação de fazer ou não fazer no cumprimento de sentença; (iii) o art. 538 versa sobre a execução específica da obrigação de dar (com a expedição de mandado de busca e apreensão ou imissão na posse do imóvel) no cumprimento de sentença; (iv) o art. 805 prevê que quando o exequente puder promover a execução por vários meios, o juiz deverá determinar que se faça pelo meio menos gravoso ao executado; (v) o art. 809 trata da execução de coisa certa quando essa se deteriorar, não for entregue, não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente; (vi) os arts. 811 e 812 tratam da concentração da coisa incerta e o art. 813 prevê que se aplicará à execução de coisa incerta, no que couber, o disposto para a execução de coisa certa; (vii) os arts. 816, 817 e 821 dispõem sobre as execuções das obrigações de fazer; e, por fim, (viii) o parágrafo único do art. 823 trata da execução das obrigações de não fazer. Ainda é interessante destacar o previsto no parágrafo segundo do art. 528, no capítulo sobre o pagamento de alimentos, que prevê que apenas a impossibilidade absoluta de pagar justificaria o inadimplemento.

De maneira esquemática, tem-se o seguinte cenário:

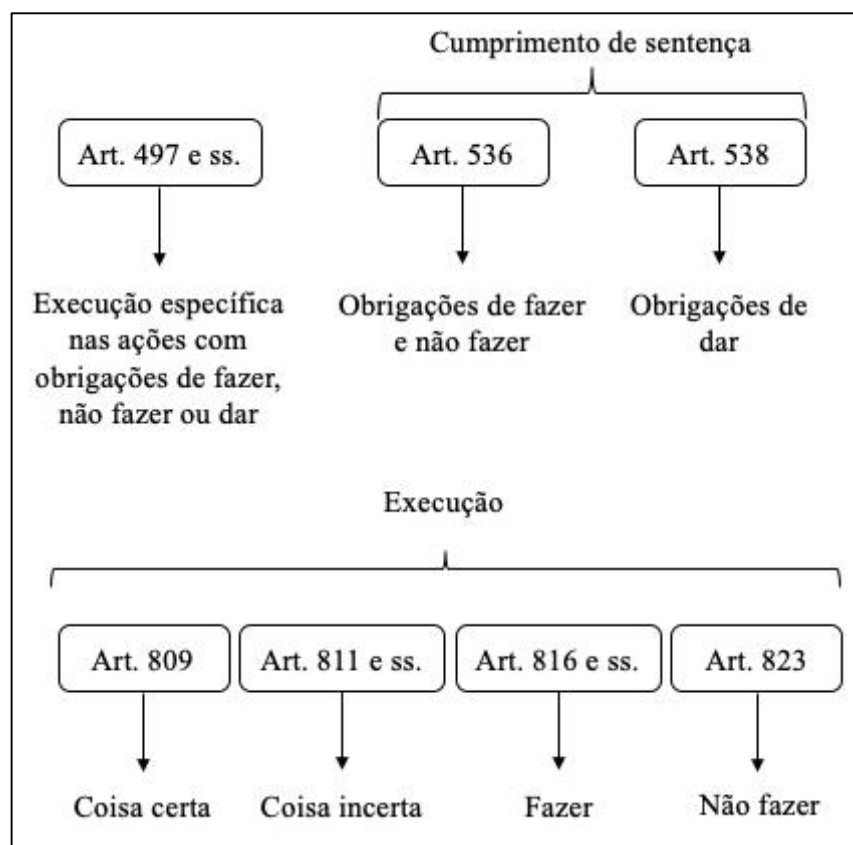


Figura 7: Direito Brasileiro (CPC/15)

Citados diversos artigos do CPC/15, destaca-se a importância de sua análise para a delimitação das consequências da impossibilidade superveniente da prestação no Direito Brasileiro. Isso, pois, ao se saber os direitos e as prerrogativas do credor na execução específica de cada modalidade de obrigação – e, conseqüentemente, os esforços (e eventuais limites a esses esforços) impostos ao devedor – se saberá até onde o devedor deve ir, ou, melhor dizendo, quais os esforços e dispêndios exigidos do devedor para cumprir sua prestação. Esse limite poderá ou não ser equivalente à impossibilidade. Ou seja, pode ser que (i) o devedor deverá prestar até a obrigação efetivamente não poder mais ser cumprida, ou se tornar extremamente onerosa (a depender do conceito de impossibilidade que se adotar no capítulo seguinte do trabalho) ou (ii) os esforços exigidos do devedor na execução específica não chegam ao limite da impossibilidade (por exemplo, não se exigirá que o devedor envide esforços ou incorra em gastos para o cumprimento de sua prestação que sejam superiores àqueles já previstos quando da celebração do contrato). Tal análise se faz importante para a sistematização da matéria de impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro e de suas consequências.

Se tratará brevemente das regras concernentes a cada modalidade de obrigação para posteriormente se comentar o uso do termo “impossibilidade absoluta” no art. 528, §2º. Inicialmente, destaca-se que o CPC/15 prioriza a execução específica da obrigação em detrimento do pagamento de perdas e danos. Nesse sentido, o CPC/15 traz que a obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer, se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente (art. 499). Não obstante, também prevê que deve ser escolhido o meio menos gravoso ao executado (devedor) quando por vários modos o exequente (credor) puder promover a execução (art. 805). As considerações feitas aqui deverão permear a análise do abaixo exposto.

Em relação às obrigações de fazer, tem-se o seguinte cenário. Caso a demanda do credor seja procedente, o juiz determinará a concessão da tutela específica ou a tomada de providências que assegurem a obtenção da tutela pelo resultado prático equivalente (art. 497). Já em sede de cumprimento de sentença, tem-se que o juiz poderá determinar as medidas necessárias (como imposição de multa, busca e apreensão, desfazimento de obras, dentre outras) para a efetivação da tutela específica ou da tutela pelo resultado prático equivalente das obrigações de fazer ou não fazer (art. 536). Por fim, na execução<sup>302</sup> de obrigações de fazer é previsto que se o executado não satisfizer a obrigação, o exequente (credor) poderá (i) requerer a sua satisfação à custa do

---

<sup>302</sup> Destaca-se que o art. 771 do CPC/15 prevê que as disposições relativas ao “Livro II – Do processo de execução”, como as aqui citadas em relação à execução das obrigações de fazer, não fazer e dar, também se aplicam, no que couber, aos atos executivos realizados no procedimento de cumprimento de sentença.

executado ou (ii) pedir a sua conversão em indenização (art. 816). Se a obrigação puder ser satisfeita por terceiro, o juiz poderá autorizar que ele execute a prestação à custa do executado (art. 817). Se não puder ser feita por terceiro (obrigação de fazer infungível), havendo recusa ou mora do executado (devedor), sua obrigação será convertida em perdas e danos (art. 821).

Ou seja, tem-se que nas hipóteses em que o devedor não cumpra sua obrigação de fazer (nas hipóteses em que ela deveria ter efetivamente sido executada, as hipóteses de impossibilidade e aquelas em que o devedor poderia recusar a prestação serão discutidas posteriormente), o juiz poderá, em caso de obrigação de fazer infungível, buscar exortar o devedor a prestar através de meios indiretos<sup>303</sup> (como a imposição de multa, as chamadas *astreintes*). Se mesmo assim o devedor não prestar, não resta alternativa a não ser a conversão da obrigação em perdas e danos. Nas obrigações de fazer fungíveis, o devedor poderá ter que arcar com os custos de terceiro executar a prestação em seu lugar. Pode-se dizer que essas seriam as consequências dos descumprimentos contratuais, que têm com objeto obrigações de fazer, na hipótese de não se entender que a prestação se tornou impossível ou não se acolher qualquer outro meio de defesa do devedor. Percebe-se que não há como forçar o devedor a, diretamente, prestar, devendo o juiz valer-se de métodos indiretos para tanto.

Já no caso de obrigação de não fazer, as regras a serem observadas seriam as seguintes. Similarmente ao caso de obrigação de fazer, sendo a sentença procedente, o juiz determinará a concessão da tutela específica ou a tomada de providências que assegurem a obtenção da tutela pelo resultado prático equivalente (art. 497). No cumprimento de sentença, o juiz determinará as medidas necessárias (as mesmas acima citadas) para a efetivação da tutela específica ou da tutela pelo resultado prático equivalente das obrigações de fazer ou não fazer (art. 536). Já no caso da execução, havendo recusa ou mora do executado (devedor) em desfazer o ato a que se obrigou a não fazer, é previsto que o exequente (credor) requererá que o ato seja desfeito à custa daquele (executado/devedor) que responderá por perdas e danos (art. 823). Não sendo possível desfazer o ato, a obrigação se resolverá também em perdas e danos (art. 823, § único).

Similarmente ao caso das obrigações de fazer, há a tentativa de induzir o devedor a se abster de praticar o ato que lhe é proibido ou, quando possível, a cessação direta do ato, devendo o devedor arcar com tais custos acrescidos de perdas e danos. Não sendo possível desfazer o

---

<sup>303</sup> “Para a tutela das obrigações infungíveis, não basta a sentença executiva ou a execução direta. A única sentença capaz de dar tutela às obrigações infungíveis é a que pode atuar sobre a vontade do obrigado para convencê-lo a adimplir. Para tanto, a ordem sob pena de multa – que configura coerção indireta e técnica mandamental – é imprescindível.” MARINONI, 2018, p. 270.



ato, a obrigação se resolve em perdas e danos. As considerações a respeito das consequências do descumprimento contratual são igualmente aplicáveis aqui.

No caso da obrigação de dar, é previsto que o juiz fixará prazo para cumprimento da obrigação ao deferir a tutela específica (art. 498)<sup>304</sup>. No cumprimento de sentença, deverá haver a busca e apreensão ou imissão na posse em favor do credor (a depender de se tratar de coisa móvel ou imóvel) caso o devedor não cumpra sua obrigação de entregar a coisa no prazo estabelecido na sentença (art. 538). Na execução de coisa certa, é previsto que o juiz poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação (art. 806, §1º). Se a coisa se deteriorar, não for entregue ao exequente (credor), não for encontrada ou não for reclamada do poder de terceiro adquirente, o exequente terá direito de receber o valor da coisa acrescido de perdas e danos (art. 809). No caso de coisa incerta, haverá o procedimento de concentração (arts. 811 e 812) e se aplicarão, no que couber, as disposições da execução de coisa certa (art. 813).

Como se verá, as regras relativas às obrigações de dar têm mais interesse para o presente trabalho. Conforme o disposto nas regras acima, há procedimentos para a satisfação da tutela do credor (busca e apreensão e imissão na posse) e o devedor poderá estar sujeito ao pagamento de multa diária caso deixe de entregar a coisa. Contudo, se mesmo assim o devedor se recusar a entregar o bem ou adquiri-lo de volta de terceiro, por exemplo, ao credor caberá apenas o recebimento do valor da coisa mais perdas e danos. Foi dito que tal regra interessa mais ao trabalho, pois pense-se no exemplo do anel, citado quando se falou do Direito Alemão no capítulo anterior. Se for considerado que a prestação não se tornou impossível pelo anel ter caído no mar, o credor, a princípio, não pareceria ter o direito de exigir que o devedor envidasse todos os esforços (e gastos) possíveis para buscá-lo no fundo do oceano. Tendo o devedor se recusado a entregar o anel que se perdeu no mar, ao credor caberia apenas o recebimento do valor do anel, acrescido das perdas e danos eventualmente sofridas por ele pelo não recebimento<sup>305</sup>.

Tal análise também pode ser possível (apesar que nem sempre de forma tão direta) nos casos de obrigações de fazer fungíveis e obrigações de não fazer que também poderiam ser desfeitas por terceiros. O devedor pode verificar que é mais favorável a ele pagar para que

---

<sup>304</sup> O art. 498, parágrafo único, versa sobre o procedimento da coisa incerta e de como será o procedimento de concentração, a depender de a quem cabia a escolha do bem.

<sup>305</sup> Não obstante, destaca-se que o valor das perdas e danos pode ser elevado. Considere-se a hipótese em que o objeto cujos custos para sua recuperação são extremamente elevados é uma obra de arte que seria exposta (principal peça) em um museu. Eventuais cobranças de lucros cessantes ou de gastos já incorridos para o recebimento da obra podem ser elevados. De toda forma, tem-se que o devedor estará diante de uma análise de custos (custo para recuperar a peça x custo das perdas e danos).

terceiro execute a sua obrigação do que ele mesmo prestá-la. Por exemplo, as partes pactuaram que o devedor transportaria determinada mercadoria, mas, por problemas em seu caminhão que demandariam um alto custo de reparação (sob a premissa que isso não exoneraria o devedor), é mais barato (e fácil) para o devedor pagar a terceiro que realizará o transporte em seu lugar. Dessa forma, percebe-se que aqui também o devedor poderá fazer tal análise de custos e o credor, também a princípio, não poderia forçá-lo a superar eventual dificuldade (que poderia ser extremamente onerosa) para que prestasse diretamente.

Tal análise não se mostra tão fácil nos casos de obrigações de fazer infungíveis, uma vez que aqui não há uma prestação pelo equivalente ou substituição (pagamento do valor do bem ou execução por terceiro). A única alternativa é o pagamento de perdas e danos. Ainda se mostra mais difícil a análise nos casos em que se discutem as chamadas impossibilidades pessoais, pois estas não teriam um valor monetário a ser considerado. Por exemplo, no caso da cantora que se recusa a fazer o espetáculo após seu filho ficar doente. As perdas e danos podem ser altíssimas (multas contratuais, devolução de ingressos, lucros cessantes, dentre outros), mas não haveria um equivalente monetário (cuidar do filho doente) a se equiparar.

Assim, diante das considerações trazidas acima, percebe-se a relevância das regras processuais para se verificar, não exatamente quando a prestação se torna impossível, mas os esforços e gastos exigidos do devedor. Tem-se então que uma das limitações aos eventuais dispêndios extremamente onerosos para prestar pode ser o disposto no CPC/15, trazido acima.

Cabe destacar ainda que MARINONI defende que, quando a tutela ressarcitória específica for possível, ela poderá ser excluída tanto quando o lesado assim desejar, como quando ela se mostrar excessivamente onerosa, tornando-a injustificável e irracional. Nesses casos, caberia ao lesado receber a tutela pelo equivalente pecuniário<sup>306</sup>. Segundo sustenta o autor, se embasando em doutrina italiana, a regra que vedaria o ressarcimento na forma específica nas hipóteses de excessiva onerosidade nem precisaria estar expressa no ordenamento jurídico, uma vez que decorreria da lógica que o lesado não poderia impor ao lesante um ônus economicamente ineficiente<sup>307</sup>. Sem entrar no mérito específico da regra geral que vedaria a tutela específica quando esta se mostrar excessivamente onerosa, se vê que no Direito Brasileiro, para além das regras do CC/02 que podem eventualmente exonerar o devedor, há

---

<sup>306</sup> MARINONI, 2018, p. 291-292.

<sup>307</sup> MARINONI, 2018, p. 300-301. Ainda: “O direito brasileiro também deve se pautar por um critério objetivo, que seria o da comparação do valor da reparação do dano com o valor da utilidade que por meio dela pode ser obtida. No caso em que o valor da reparação supera a utilidade que dela se pode esperar, não há como admitir o ressarcimento na forma específica. Se o valor da reparação do dano é superior ao valor da utilidade que pode ser encontrada com o ressarcimento na forma específica, há a imposição de um ônus economicamente ineficiente, e, assim, excessiva onerosidade.”. MARINONI, 2018, p. 302.

também, conforme frisado, dispositivos no CPC/15 que, ao fim e ao cabo, limitam a adstrição do devedor à execução específica da prestação e aos dispêndios que esse deveria incorrer.

Finalmente, cabe destacar ainda o disposto no art. 528, §2º do CPC/15. Este prevê que apenas a impossibilidade absoluta de pagar justificaria o inadimplemento da obrigação de pagamento de alimentos. Importa questionar o que significaria o “impedimento absoluto” previsto em referido artigo. MARINONI, ARENHART e MITIDIERO destacam que, além de absoluta, a impossibilidade deve ser temporária, pois, se definitiva, deveria ser objeto de ação própria<sup>308</sup>. Ainda, como exemplos impossibilidade de absoluta cita-se o devedor estar preso ou em coma<sup>309</sup>. Ou seja, a impossibilidade de pagamento por dificuldades financeiras (a insolvência do devedor) parece não constituir causa válida para a impossibilidade citada em referido artigo, o que está em linha com a doutrina majoritária que nega a esses casos o caráter de impossibilidade<sup>310</sup>.

Considerando o trazido no item, percebe-se que a análise do CPC/15 também se mostra importante para discussões, se não diretamente, ao menos indiretamente importantes ao conceito da impossibilidade superveniente e sua aplicação no Direito Brasileiro. A análise sistêmica da legislação demonstra os limites dos esforços exigidos do devedor, matéria que continuará a ser abordada, ainda que não de forma tão central (caso contrário seria necessário alterar o tema deste trabalho), nos próximos capítulos.

### 2.3 O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Ainda em se tratando das normas concernentes à impossibilidade superveniente da prestação no âmbito do Direito Brasileiro, cabe destacar o regramento trazido pelo CDC. Cita-se desde já que as normas do CC/02 também se aplicam, com as devidas adaptações, às relações consumeristas<sup>311</sup>, inclusive em matéria de impossibilidade<sup>312</sup>.

---

<sup>308</sup> MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 664.

<sup>309</sup> LEROY, 2016, p. 283.

<sup>310</sup> Como é assente na doutrina, a impossibilidade por falta de meios financeiros para o pagamento (ausência de dinheiro) não pode ser considerada impossibilidade, muito menos absoluta. “A insolvência e, mais restritamente, a inaptidão a fazer a prestação de que se trata não é impossibilidade, por mais que se haja querido incluir no conceito de impossibilidade o de inaptidão a prestar.” PONTES DE MIRANDA, 2012, §2.795. Também, “a ruína pessoal ou societária há de ser tratada como risco nas atividades negociais”, RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 129. A obrigação de pagamento em dinheiro não pode se tornar impossível, pois a moeda, como gênero, não desaparece (pode ser substituída por outra, mas nesse caso há as regras de transição próprias). O que há é uma insolvência do devedor, não impossibilidade.

<sup>311</sup> THEODORO JÚNIOR, 2017, *ebook*.

<sup>312</sup> CARNAÚBA, 2020, p. 56.

Os artigos que serão analisados aqui são: (i) o art. 18, §4º sobre a impossibilidade de o fornecedor realizar a substituição do bem; (ii) o art. 54-A, §1º, caracterizando o superendividamento como a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoal natural, de boa-fé, deixar de pagar a totalidade de suas dívidas de consumo sem comprometer seu mínimo existencial; (iii) e, por fim, o art. 84, §1º, que trata da conversão da obrigação de fazer ou não fazer em perdas e danos.

Antes de iniciar a análise específica dos artigos, ressalta-se que nenhuma das regras do CDC versa verdadeiramente sobre a impossibilidade de cumprimento das obrigações por fatores externos, motivo pelo qual deverá haver, em sua aplicação prática, complementação e análise conjunta com o regime geral das obrigações e contratos no CC/02<sup>313</sup>.

Tratando agora diretamente sobre os dispositivos acima citados. Os arts. 18, §4º, e 84, §1º, demonstram uma valorização da execução específica das obrigações, similar ao que se verificou no caso do CPC/15. No primeiro caso, não sendo possível a substituição do bem pelo fornecedor – na hipótese em que o vício do produto não é sanado no prazo de 30 dias e o consumidor opta pela substituição do produto por outro da mesma espécie –, esse deve fazer a substituição por outro bem, mediante complementação ou restituição de eventual diferença de preço. No segundo caso, a regra é similar àquela encontrada no CPC/15: a conversão da tutela específica de fazer ou não fazer apenas será convertida em perdas e danos quando por elas optar o consumidor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

Em relação ao art. 18, §4º, se destaca que a obrigação de cumprimento (entrega de outro bem mesmo em caso de impossibilidade de substituição de bem da mesma espécie) ocorre quando há vício do produto. Ou seja, já haveria uma responsabilidade prévia do fornecedor por ter fornecido ao consumidor um produto, com vícios, que não cumpriria com o pactuado<sup>314</sup>. Referida regra demonstra que, mesmo que não seja mais possível a entrega do mesmo produto adquirido pelo consumidor (quando esse pede a sua substituição) o fornecedor permanece obrigado – e não se exonera, como é óbvio – e deve fornecer produto similar. Percebe-se uma

---

<sup>313</sup> CARNAÚBA, 2020, p. 58.

<sup>314</sup> “O vício, enquanto instituto do chamado direito do consumidor, é mais amplo e seu regime mais objetivo: não basta a simples qualidade média do produto, é necessária a sua adequação objetiva, a possibilidade de que aquele bem satisfaça a confiança que o consumidor nele depositou, sendo o vício oculto ou aparente.”. MARQUES, 2013, p. 564. Ainda segundo a autora, seriam englobados no art. 18 do CDC os vícios por insegurança (que trazem risco ao consumidor) e os vícios de inadequação. Haveria, por sua vez, três espécies de vício por inadequação: de impropriedade (qualidade do produto colocado no mercado), de diminuição do valor (causado pelo vício) e de disparidade informativa (falha na informação pelo fornecedor, como disparidades no anúncio ou embalagem com a realidade). MARQUES, 2013, p. 564 e ss.

maior proteção do consumidor em que a impossibilidade não se converteria, por exemplo, em uma obrigação de perdas e danos, como ocorre no CPC/15.

Quanto ao art. 84, §1º, CARNAÚBA comenta inicialmente que não se poderia entender, pela leitura desse dispositivo e do art. 35<sup>315</sup>, que a impossibilidade da prestação sem culpa do fornecedor seria irrelevante para o Direito do Consumidor<sup>316</sup>. Tais artigos não teriam sido idealizados para lidar com a impossibilidade causada por fatores externos<sup>317</sup>. Por isso conclui, como citado acima, que o CDC não possui regras para lidar com a impossibilidade superveniente em razão de fatores externos ao fornecedor. O art. 84, §1º, como também dito, prevê que a tutela específica da obrigação de fazer ou não fazer se converterá em perdas e danos quando se a execução se tornar impossível. Mas, para isso, entende-se que haveria imputabilidade ao fornecedor pelo descumprimento da obrigação. Dessa forma, por ser bastante similar ao previsto no CPC/15, faz-se referência ao já citado quando tratado de tal matéria acima.

Interessa por fim abordar o previsto no art. 54-A, §1º, novo dispositivo incluído no CDC a partir da promulgação da Lei 14.181 de 1º de julho de 2021. O artigo se refere às hipóteses em que seria “impossível” o consumidor pagar todas as suas dívidas de consumo sem comprometer seu mínimo existencial<sup>318</sup>. Frisa-se que, como acima exposto, não haveria que se falar em impossibilidade superveniente quando se trata de pagamento em dinheiro. Dessa forma, entende-se que esse caso se aproximaria mais da ideia de uma insolvência do consumidor, que, como será visto no próximo capítulo, não poderia ser comparada a uma impossibilidade superveniente da prestação. RODRIGUES JÚNIOR sustenta que, nas relações

---

<sup>315</sup> O art. 35 versa sobre as hipóteses em que o fornecedor de produtos e serviços se recusar a cumprir a oferta, a apresentação ou a publicidade, o que se entende que pressupõe uma escolha livre do fornecedor em cumprir ou não. De todo modo, faz-se referência ao citado, também quando se falou do CPC/15, acerca das consequências de eventual descumprimento do devedor (executado) quando se entende que este deveria cumprir sua obrigação. Aqui, diferentemente do previsto no CPC/15, é prevista a possibilidade de cumprimento forçado da obrigação nos termos da oferta, apresentação ou publicidade (o que também leva a se pressupor aqui que não haveria impossibilidade).

<sup>316</sup> CARNAÚBA, 2020, p. 57.

<sup>317</sup> CARNAÚBA, 2020, p. 57.

<sup>318</sup> A menção à “incapacidade de pagamento” (em moeda) também é feita na Lei 14.216/2021, que estabeleceu medidas excepcionais, diante da pandemia de COVID-19, para “suspender o cumprimento de medida judicial, extrajudicial ou administrativa que resulte em desocupação ou remoção forçada coletiva em imóvel privado ou público, exclusivamente urbano, e a concessão de liminar em ação de despejo de que trata a Lei no 8.245, de 18 de outubro de 1991, e para estimular a celebração de acordos nas relações locatícias”. O art. 4º prevê que não se concederá liminar para desocupação de imóvel urbano quando o locatário demonstrar que sua situação financeira foi alterada decorrente de medida de enfrentamento da pandemia e que não poderia pagar o aluguel ou os demais encargos sem prejuízo da subsistência familiar. Sem entrar no mérito da solução adotada, destaca-se que a “exoneração provisória” foi feita em um contexto especial e mediante a comprovação de vários requisitos. Não se entende que isso poderia ser considerado, de maneira alguma, princípio ou regra a ser aplicável fora de situações extraordinárias, e com legislações específicas, como nesse caso.

consumeristas, a impossibilidade econômica pessoal (empobrecimento superveniente do consumidor) encontra alguma acolhida para a *revisão judicial* dos contratos<sup>319</sup>. Assim, haveria, no máximo, revisão do pactuado (o que mesmo assim é discutível), não exoneração do consumidor. No caso do art. 54, §1º, igualmente não há uma exoneração do devedor por impossibilidade superveniente, mas a criação de política para evitar situações de superendividamento dos consumidores (arts. 54-A e ss.) e procedimento específico de conciliação com credores (arts. 104-A e ss.). Em verdade, tais regras parecem se aproximar mais (de maneira bastante geral e simplificada) do disposto em relação à recuperação judicial de empresas do que a exoneração por impossibilidade superveniente, tema do presente trabalho.

Sendo assim, não se entende que tais dispositivos poderiam alterar a regra geral de que não há impossibilidade para pagamento de prestações em dinheiro, mesmo quando se trata de consumidores.

É inegável que os consumidores recebem tratamento especial em diversas matérias, algo necessário diante de sua presumida vulnerabilidade, o que explica a existência de legislação especial para as relações consumeristas, o CDC. Percebe-se que referido normativo não trata de forma direta da impossibilidade superveniente da prestação, o que exige que se recorra ao previsto no CC/02. Ainda, mesmo que mereça tratamento especial, entende-se que não se pode considerar que a insolvência do consumidor (impossibilidade de pagamento em dinheiro) seja considerada uma impossibilidade superveniente da prestação e, conseqüentemente, não exonerará o devedor. Posicionamentos contrários a esse serão trazidos no próximo capítulo.

#### 2.4 A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980

Relevante também analisar o disposto na CISG, pois é esse o diploma que regula a compra e venda internacional de bens no ordenamento jurídico brasileiro. A CISG foi firmada pelo Brasil ainda em 1980, contudo, a sua aprovação pelo Congresso Nacional ocorreu apenas em 2012 e sua entrada em vigor em território nacional em 2014<sup>320</sup>. Fora do cenário brasileiro, cabe indicar que a CISG é ratificada por mais de 90 (noventa) países, dentre eles, grande parte dos principais atores do comércio internacional (como notável exceção, cita-se a Inglaterra). Além disso, diversos países da África e Ásia, como Angola e Nigéria e Índia e Indonésia, não

---

<sup>319</sup> RODRIGUES JÚNIOR, 2006, p. 209.

<sup>320</sup> A CISG foi promulgada em 16 de outubro de 2014 por meio do Decreto 8.327, as informações acerca das datas da assinatura e aprovação da Convenção, e entrada em vigor de suas regras, foram retiradas dos “considerandos” de referido Decreto.

são parte da CISG<sup>321</sup>. Atualmente, é um dos principais – para não dizer o principal – diploma internacional sobre a compra e venda internacional de mercadorias.

A CISG tem como um de seus objetivos a harmonização e unificação das regras relativas ao comércio exterior<sup>322</sup>. Tendo isso em vista, inicialmente se destaca que não se deve utilizar instrumentos jurídicos internos para a sua interpretação ou preenchimento de eventuais lacunas<sup>323</sup>.

Feitas essas observações, passa-se a analisar o tratamento dado pela CISG em matéria de impossibilidade superveniente da prestação. Para tanto, é importante observar que não foram utilizados no texto da CISG termos que poderiam ser remetidos para institutos domésticos, por exemplo, “*force majeure*” ou “*imprévision*” com relação ao Direito Francês, “*frustration*” ou “*impracticability*” na *Common Law*, “*Wegfall der Geschäftsgrundlage*” (perda da base do negócio) com relação ao Direito Alemão ou “*eccesiva onerosita sopravvenuta*” no Direito Italiano<sup>324</sup>. Assim, “[é] sob a ótica da “*vocação internacional*”, da “*neutralidade*”, e da “*autonomia*” em relação aos institutos similares de direito nacional que se deve analisar a regra sobre a exoneração das obrigações contratuais prevista no artigo 79 da Convenção”<sup>325</sup>.

Se trabalhará aqui com o principal artigo da CISG que versa sobre eventos supervenientes que impactam o cumprimento do contrato que, como já adiantado na citação acima, é o art. 79. Este, sob a epígrafe “exclusão de responsabilidade”, prevê que nenhuma parte responderá pelo inadimplemento de suas obrigações<sup>326</sup> se provar que este ocorreu: (i) por motivo alheio à sua vontade, (ii) que não era razoável esperar que o evento causador fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou (iii) que tal evento fosse evitado ou superado, ou ainda, (iv) que fossem evitadas ou superadas suas consequências. Percebe-se que os requisitos necessários para o preenchimento do art. 79 se assemelham àqueles previstos para força maior, mesmo que este termo não seja citado<sup>327</sup>. Não obstante, pelo não uso de termos de direito doméstico, pode ser dito que a interpretação do art. 79 se tornaria

---

<sup>321</sup> Lista de países parte da CISG: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/cisg-list-contracting-states>. Acesso em 2 abr. 2022.

<sup>322</sup> SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009, p. 1-2.

<sup>323</sup> BONELL, 1987, p. 66. A própria CISG destaca, em seu art. 7º, que “na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.”

<sup>324</sup> GARRO, 2007, §26.

<sup>325</sup> PRADO, 2010, p. 322.

<sup>326</sup> SCHWENZER destaca que o art. 79 se aplicaria a diversos tipos de descumprimentos contratuais, como impossibilidade, mora ou cumprimento defeituoso. SCHWENZER, 2010, p. 1065.

<sup>327</sup> Considerando isso, há autores que aduzem que o art. 79 consubstanciaria uma norma de força maior na CISG como BRUNNER, 2008, p. 107.

extremamente difícil pela ausência de um critério específico de direito nacional (como “*force majeure*” ou “*impracticability*”) que poderia servir de guia para sua aplicação<sup>328</sup>.

Com base nas considerações feitas acima, entende-se que não se pode dizer a priori que o art. 79 traria uma noção de impossibilidade tal qual a força maior (ou mesmo que o art. 79 é uma regra de força maior). Como visto, a conceituação e aplicação de eventual impossibilidade, em teoria, não poderia se ater a quaisquer entendimentos ou normas de direito nacional (relembra-se a diferença de concepções entre Alemanha e Portugal, por exemplo). Também desse modo, a definição do que é impossibilidade no Direito (interno) Brasileiro não poderá influir na interpretação do art. 79. Como norma de direito internacional, é importante que exista uma uniformidade em seu uso e sua interpretação, independentemente do local em que o intérprete ou aplicador esteja.

Portanto, as considerações aqui feitas não poderão influir diretamente no que se diz sobre o ordenamento interno brasileiro e vice-versa. São sistemas e escopos de aplicação distintos. Feitos os esclarecimentos, serão analisados os requisitos previstos no art. 79 para a exoneração de responsabilidade, bem como os demais itens de tal artigo.

Os requisitos para a exoneração de qualquer das partes (destaca-se, a exoneração poderá ser tanto do devedor como do credor) são aqueles citados acima e cada um deles será mais bem trabalhado aqui. Inicialmente tem-se a necessidade de o inadimplemento ser devido a “motivo” alheio à vontade da parte inadimplente. Antes de se adentrar no requisito, uma observação precisa ser feita. A palavra “motivo” é retirada da versão em português da CISG, constante do Decreto 8.327/2014:

(1) Nenhuma das partes será responsável pelo inadimplemento de qualquer de suas obrigações se provar que tal inadimplemento foi devido a motivo alheio à sua vontade, que não era razoável esperar fosse levado em consideração no momento da conclusão do contrato, ou que fosse evitado ou superado, ou ainda, que fossem evitadas ou superadas suas consequências.

O português não é uma das línguas oficiais da CISG (as seis línguas oficiais são árabe, chinês, inglês, francês, russo e espanhol). E, consultando algumas das versões oficiais, percebe-se que a palavra “motivo” não traduzi fielmente o que o item (1) do art. 79 prevê:

(1) A party is not liable for a failure to perform any of his obligations if he proves that the failure was due to an impediment beyond his control and that he could not reasonably

---

<sup>328</sup> TALLON, 1987, p. 573.



be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract or to have avoided or overcome it, or its consequences<sup>329</sup>.

1) Une partie n'est pas responsable de l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations si elle prouve que cette inexécution est due à un empêchement indépendant de sa volonté et que l'on ne pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle le prenne en considération au moment de la conclusion du contrat, qu'elle le prévienne ou le surmonte ou qu'elle en prévienne ou surmonte les conséquences<sup>330</sup>.

1) Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias<sup>331</sup>.

Pelas redações acima, traduzidas nas notas de rodapé, percebe-se que as versões oficiais do art. 79 preveem que a parte será exonerada em caso de inexecução de alguma de suas obrigações se provar que esta se deu por um *impedimento* alheio ao seu controle (ou independente de sua vontade, nas versões francesa e espanhola<sup>332</sup>), não um “motivo” alheio ao seu controle. Diante disso, optou-se por se considerar o termo “impedimento”, e não “motivo”, por aquele ser utilizado nas versões oficiais da CISG (ao menos as que puderam ser consultadas e traduzidas), para a interpretação do disposto no art. 79.

<sup>329</sup> Versão oficial em inglês. Disponível em: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09951_ebook.pdf). Acesso em 4 abr. 2022.

\*\*\*

“Uma parte não é responsável pelo incumprimento de qualquer de suas obrigações se ela provar que o descumprimento decorreu de um impedimento alheio ao seu controle e que não era razoavelmente esperado que ela pudesse levar tal impedimento em conta no momento de celebração do contrato, ou de o ter impedido ou superado, ou ter impedido ou superado suas consequências.”. (Tradução livre).

<sup>330</sup> Versão oficial em francês. Disponível em: <https://iicl.law.pace.edu/cisg/page/convention-des-nations-unies-sur-les-contrats-de-vente-internationale-de-marchandises-1989#79>. Acesso em 4 abr. 2022.

\*\*\*

“Uma parte não é responsável pela inexecução de qualquer de suas obrigações se ela provar que tal inexecução é devida a um impedimento alheio à sua vontade e que não era possível razoavelmente esperar da parte que ela o evitasse em consideração no momento de conclusão do contrato, que ela o evitasse ou o superasse, ou que ela evitasse ou superasse suas consequências.”. (Tradução livre).

<sup>331</sup> Versão oficial em francês. Disponível em: <http://www.cisgspanish.com/convencion-de-las-naciones-unidas-sobre-los-contratos-de-compraventa-internacional-de-mercaderias/>. Acesso em 4 abr. 2022.

\*\*\*

“Uma parte não será responsável pelo não cumprimento de qualquer de suas obrigações se provar que esse não cumprimento se deve a um impedimento alheio à sua vontade e que não se cabia razoavelmente esperar que ela levasse em conta tal impedimento no momento de celebração do contrato, que o evitasse ou superasse, ou que evitasse ou superasse suas consequências.”. (Tradução livre).

<sup>332</sup> Destaca-se que a versão francesa também é objeto de críticas pelo uso da expressão “*indépendant de sa volonté*” (independente de sua vontade, similar ao que também é encontrado na versão espanhola, “*ajeno a su voluntad*” e na tradução para o português “alheio à sua vontade”), enquanto a versão em inglês traz “*beyond his control*”. Isso, pois a menção à vontade traria uma noção mais subjetiva ao art. 79, que seria contra a intenção daqueles que elaboraram a CISG (que queriam trazer uma noção objetiva a referido artigo). Nesse sentido, TALLON, 1987, p. 251. Por esse motivo, se considerou o trazido na versão em inglês.

SCHWENZER defende que o uso do termo “impedimento” asseguraria um entendimento restrito e objetivo das bases para exoneração. Assim, apenas circunstâncias objetivas e externas à parte, que impeçam a execução da prestação, poderiam ser consideradas para exoneração pelo art. 79<sup>333</sup>. Tal impedimento, ainda, não poderia ser previsível. Na análise da imprevisibilidade dever-se-ia levar em conta o que uma pessoa razoável no lugar da parte, naquelas mesmas circunstâncias e considerando as práticas do mercado, seria possível de prever<sup>334</sup>.

Surgem questionamentos quando se passa a discutir o que seria um “impedimento” alheio ao controle e insuperável nos termos da CISG (similar ao que ocorre quando se discute o que constituiria a “impossibilidade”). Para SCHWENZER, o art. 79 englobaria os casos de impedimentos iniciais<sup>335</sup> ou supervenientes, objetivos ou subjetivos, definitivos ou temporários, imputáveis ou não à parte<sup>336</sup>. Ainda, como regra, seria esperado que a parte empreendesse esforços para superar o impedimento, mesmo que isso aumentasse substancialmente seus custos ou fazendo com ela incorresse em prejuízos no negócio<sup>337</sup>. A exoneração do devedor apenas ocorreria quando o último “limite do sacrifício” tiver sido superado<sup>338</sup>. Por fim, a autora também defende que, de acordo com a opinião dominante, a “impossibilidade econômica” – a alteração das circunstâncias que, por exemplo faça com que o vendedor tenha que incorrer em custos desproporcionais em relação ao preço do contrato – poderia justificar a exoneração pelo art. 79<sup>339</sup>. Ou seja, de acordo com essa interpretação, as chamadas situações de *hardship*<sup>340</sup> poderiam também ser direcionadas ao art. 79<sup>341</sup>. Em sentido contrário, SLATER entende que

<sup>333</sup> SCHWENZER, 2010, p. 1067.

<sup>334</sup> SCHWENZER, 2010, p. 1068.

<sup>335</sup> No mesmo sentido, HUBER; MULLIS, 2007, p. 262.

<sup>336</sup> SCHWENZER, 2010, p. 1068. Essa interpretação se assemelha ao que é disposto no §275/1 do BGB, que abrange diversos tipos de impossibilidade. No caso de impossibilidade inicial, destaca a autora que deveria ser analisado, caso a caso, se a parte tinha a intenção de assumir uma obrigação ilimitada pela sua capacidade inicial de cumprir com o pactuado.

<sup>337</sup> SCHWENZER, 2010, p. 1069.

<sup>338</sup> SCHWENZER, 2010, p. 1069.

<sup>339</sup> SCHWENZER, 2010, p. 1076.

<sup>340</sup> “Di fronte a queste diverse situazioni che incidono sulla regolare esecuzione del contratto e alla varietà delle soluzioni offerte dai sistemi giuridici nazionali, con le incertezze conseguenti alla posizione della giurisprudenza, la pratica commerciali internazionale, attraverso la predisposizione di condizioni generali di contratto e di contratti-tipo oltrechè nei singoli contratti, ha elaborato schemi di disciplina relativamente alle situazioni di impossibilità obiettiva della prestazione (con le clausole di forza maggiore) e di eccessiva onerosità sopravvenuta (con le clausole di *hardship*) (...).” BERNARDINI, 1997, p. 197.

\*\*\*

Perante estas diferentes situações que afetam a regular execução do contrato, e a variedade de soluções ofertadas pelos sistemas jurídicos nacionais, com as incertezas decorrentes do entendimento da jurisprudência, a prática comercial internacional, através da elaboração de condições gerais do contrato e de “contratos-tipo”, bem como em contratos individuais, elaborou regimes de disciplinas relativas às situações de impossibilidade objetiva da prestação (com a cláusula de força maior) e da onerosidade excessiva superveniente (com a cláusula de *hardship*) (...). (Tradução livre).

<sup>341</sup> Em SCHWENZER, 2008, p. 713 a autora defende expressamente que o art. 79 englobaria também situações

situações de *hardship* não estariam abrangidas pelo art. 79 e, portanto, não seriam exoneratórias pelas regras da CISG<sup>342</sup>.

BRUNNER considera que casos em que a prestação se tornou excessivamente mais onerosa também poderiam ser considerados um “impedimento” e direcionados ao art. 79<sup>343</sup>. Segundo defende, seria pouco prático e também insatisfatório dar tratamento diferente aos casos de impossibilidade física, impossibilidade econômica e “*unaffordability*” (incapacidade de arcar com a prestação)<sup>344</sup>. GARRO, similarmente, entende que o termo “impedimento” abrangeria também situações de impossibilidade econômica<sup>345</sup>.

TALLON, ao contrário de SCHWENZER e HUBER e MULLIS, entende que o art. 79 não se aplicaria a casos de impedimento inicial, apenas supervenientes<sup>346</sup>. Ainda, escreve ser impossível enumerar todos os eventos que poderiam ser considerados um “impedimento” e direcionados ao art. 79, mas cita, por exemplo, eventos de força maior (catástrofes naturais), fatos dos príncipe e atos de terceiro que poderiam impedir o cumprimento do acordo<sup>347</sup>. HONNOLD, em linha com SCHWENZER, BRUNNER e GARRO, sustenta que casos de dificuldades econômicas poderiam ser tratados pelo art. 79, desde que consistentes com os princípios gerais aplicáveis a referido artigo<sup>348</sup>.

Por fim, BUTLER argumenta que a história legislativa da CISG apontaria que uma parte não poderia se basear numa maior dificuldade imprevisível ou ainda num prejuízo no negócio para pedir sua exoneração pelo art. 79. Todavia, as cortes, pouco se orientando por esse histórico, têm aplicado o art. 79 de diferentes maneiras<sup>349</sup>. Além disso, entende que referido artigo não se aplicaria a impedimentos por circunstâncias pessoais da parte<sup>350</sup> (parecendo assim negar a força exoneratória da impossibilidade subjetiva).

Para além do que pode ser considerado um impedimento para trazer os efeitos exoneratórios do art. 79, um outro ponto de controvérsia é se a culpa do devedor deveria ser analisada para fins de aplicação desse artigo. Nesse sentido, BRUNNER, por exemplo, defende que elementos subjetivos (culpa) deveriam ser considerados na análise de o impedimento estar

---

de *hardship*.

<sup>342</sup> SLATER, 1998, p. 244.

<sup>343</sup> BRUNNER, 2008, p. 213

<sup>344</sup> BRUNNER, 2008, p. 215.

<sup>345</sup> GARRO, 2007, §38.

<sup>346</sup> TALLON, 1987, p. 578.

<sup>347</sup> TALLON, 1987, p. 583-584.

<sup>348</sup> HONNOLD, 1999, 484-485.

<sup>349</sup> BUTLER, 2007, p. 22.

<sup>350</sup> BUTLER, 2007, p. 23.

ou não fora da esfera de controle da parte, bem como na análise de sua imprevisibilidade e da superação do impedimento<sup>351</sup>. TALLON, por outro lado, entende que não se devem considerar situações subjetivas da parte (ausência ou não de culpa) e que tal interpretação iria contra a própria intenção da CISG de que apenas elementos objetivos fossem apurados<sup>352</sup>.

As considerações feitas, focando no que seria considerado um “impedimento” imprevisível que não poderia ser evitado ou superado pela CISG (o que se mostra mais relevante para esse trabalho e, também, um dos pontos mais controversos do art. 79), demonstram que mesmo no âmbito internacional há discussões sobre o que deve ser considerado impossível e, como destacado por último, o elemento “culpa” nessa análise. Percebe-se com isso que, em se tratando de direito estrangeiro ou de convenções internacionais, há comumente divergência na doutrina quanto ao tema.

O tema parece ser particularmente sensível na CISG, considerando não haver outra norma que abrangeria situações de *hardship*. Ou seja, se se defende uma concepção mais restrita do disposto no item (1) do art. 79, a parte deveria cumprir o pactuado não importa qual a dificuldade ou a maior onerosidade que poderia enfrentar (e talvez essa tenha sido a intenção na formulação da CISG). Então, aqui, não seria uma questão de meramente “alocar” as situações a determinadas normas (por exemplo, no Direito Alemão, entre o §275/1, §275/2, §275/3 ou §313, a depender do tipo e das particularidades do evento), mas de efetivamente verificar quando se dará a exoneração do devedor (o que pode lembrar o citado no caso do ordenamento italiano). A princípio, pela redação do art. 79 e pelo histórico legislativo<sup>353</sup>, se parece apontar para uma visão mais restritiva do que seria impedimento, a contrário da doutrina majoritária que entende que situações de *hardship* estariam abrangidas por tal dispositivo. Não obstante, se reconhece que o brevemente citado neste item, bem como o escopo do presente trabalho (que ainda que se fale em Direito Brasileiro, tem como foco o CC/02), não tem o condão ou mesmo a presunção de trazer uma resposta definitiva ao tema da CISG. Entretanto, por integrar o ordenamento brasileiro, não poderia ser aqui ignorado.

Os demais itens do art. 79 serão trabalhados a seguir, porém, de maneira mais sucinta, uma vez que parecem levantar menos controvérsias e serem mais laterais ao disposto no item (1). De toda forma, trazem regras interessantes e que poderiam servir de inspiração, se não para

---

<sup>351</sup> BRUNNER, 2008, p. 70.

<sup>352</sup> TALLON, 1987, p. 578-579

<sup>353</sup> A delegação norueguesa, na conferência diplomática para discussão da CISG, propôs a adoção de uma regra trazendo que o impedimento temporário poderia ser considerado definitivo caso, com o fim do impedimento, as circunstâncias tenham se alterado de tal forma que a prestação tenha se tornado manifestamente desarrazoada. GARRO, 2007, §30.

uma reforma legislativa, para a redação de cláusulas de exoneração (normalmente, de força maior) em contratos.

O item (2) do art. 79 prevê as hipóteses em que a parte não responde quando terceiro por ela incumbido de executar parte do contrato deixar de fazê-lo total ou parcialmente. Nesses casos, a parte não responderá quando ela estiver exonerada nos termos do item (1) do art. 79, acima discutido, e caso o terceiro também estivesse exonerado, se as disposições de tal item lhe fossem aplicadas. Ou seja, não basta a parte estar exonerada nos termos do item (1), o terceiro também deverá o estar. É o entendimento majoritário da doutrina que esse terceiro deve ser independente da parte que busca sua exoneração, não podendo ser, por exemplo, seu funcionário, subcontratado ou sociedades de seu grupo<sup>354</sup>.

Já o item (3) deixa claro que o disposto no art. 79 também se aplica a impedimentos temporários, ao prever que a exclusão de responsabilidade produzirá efeito enquanto o impedimento perdurar. Isso, segundo HUBER e MULLIS, não afastaria os demais direitos da outra parte de, por exemplo, resolver o contrato<sup>355</sup>, uma vez que o item (5) do mesmo artigo deixa expresso que o disposto no art. 79 não impede as partes de executar quaisquer outros direitos, além da indenização, que tenham nos termos da CISG. Assim, HONNOLD argumenta que a parte poderia rescindir o contrato, nos termos do art. 49 da CISG, caso o descumprimento constitua uma violação essencial do contrato (mesmo se a parte não responder pelo descumprimento, conforme o art. 79)<sup>356</sup>. Assim, essa pode ser a solução para os casos de perda de interesse do credor na prestação diante de um impedimento temporário da prestação.

Por fim, o item (4) traz o dever de a parte que estiver sofrendo os efeitos do impedimento comunicar a outra parte do impedimento, seus efeitos e a sua capacidade de cumprir suas obrigações, sob pena de responder pelas perdas e danos decorrentes da falta de comunicação. As perdas e danos a que a parte responde seriam apenas aquelas sofridas pela outra parte pela ausência do envio de comunicação (por exemplo, a outra parte, não sabendo do impedimento, incorreu em custos para a execução do contrato, como a contratação de um navio que faria o transporte do bem adquirido), não as perdas e danos sofridas pelo não cumprimento do contrato<sup>357</sup>.

A CISG é um instrumento internacional e a sua interpretação deve levar isso em conta. É louvável a tentativa de se tentar afastar de institutos domésticos, mas percebe-se que isso cria

---

<sup>354</sup> HUBER; MULLIS, 2007, p. 263. Também GARRO, 2007, §19 e SCHWENZER, p. 2010, p. 1072.

<sup>355</sup> HUBER; MULLIS, 2007, p. 264. No mesmo sentido, HONNOLD, 1999, p. 490.

<sup>356</sup> HONNOLD, 1999, p. 490.

<sup>357</sup> TALLON, 1987, p. 587

dificuldades na aplicação do art. 79. HONNOLD destaca que esse talvez seja um dos dispositivos bem menos sucedidos da CISG, que demanda uma redação detalhada e cuidadosa pelas partes das soluções por elas adotadas em casos similares nos contratos comerciais<sup>358</sup> (por exemplo, a adoção de cláusulas de “*force majeure*” ou de “*hardship*”). Por se tratar de um outro sistema, análise criteriosa da doutrina e da jurisprudência existente acerca da CISG deve ser analisada para que se possa chegar a uma conclusão das situações em que uma parte é exonerada em caso de descumprimento por tais regras.

## 2.5 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Como se buscou demonstrar no capítulo, a legislação brasileira não sistematiza o instituto da impossibilidade superveniente da prestação. Por isso, deve-se atentar às construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema e, também, por outras regras do ordenamento que podem trazer indícios sobre como tal sistematização deve ocorrer. Repete-se novamente o que já foi frisado no Capítulo 1: deve-se ter em vista as regras, a organização e os institutos do ordenamento que se estuda para o devido aprofundamento no tema. Não é dizer que se construirá o conceito e a aplicação da impossibilidade superveniente com base em regras sobre outros institutos (como um “tapa-buraco” para os problemas ou lacunas que surgirem), mas entender o que está exposto, e as particularidades da legislação de cada país, é essencial para se evitar a importação indevida de teorias ou artifícios.

Feito o panorama geral do CC/02 (que inegavelmente é o diploma central do estudo), considerações sobre o CPC/15 que serão relevantes na medida em que se trabalham os limites dos esforços e dispêndios exigidos do devedor (apesar de não ser tema central do trabalho, é figura muito próxima da impossibilidade e deve ser abordada, talvez não de forma tão aprofundada quanto se mereça, para a resposta a questionamentos que poderão surgir sobre as conclusões do trabalho) e analisados os universos próprios do CDC e da CISG (mesmo que aquele tenha, com as devidas proporções, diálogo com o CC/02, principalmente por não trazer regras gerais sobre a impossibilidade superveniente externa ao fornecedor), entende-se que se tem uma visão geral, ainda não aprofundada, sobre o regramento da impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro.

Os Capítulos 1 e 2 trouxeram as bases para as análises que serão feitas, e conclusões que serão alcançadas, nos Capítulos 3 e 5. Dessa forma, apesar de não ter sido feita essa divisão,

---

<sup>358</sup> HONNOLD, 1999, p. 484.

essa pode ser considerada a primeira parte do trabalho. O Capítulo 4, mais apartado das discussões diretamente relativas à impossibilidade, como já adiantado, tratará de tema lateral, mas essencial para a conceituação do instituto: a ideia de prestação.

### 3 O CONCEITO DE IMPOSSIBILIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

Construídas algumas bases necessárias nos capítulos antecedentes – como o instituto da impossibilidade superveniente de prestar é tratado em outros ordenamentos jurídicos e na legislação brasileira –, passa-se a se tratar do conceito de impossibilidade no Direito Brasileiro. Com isso, será possível responder (ainda que parcialmente) um dos questionamentos feitos aqui. A resposta para a pergunta “qual o conceito de impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro?” será concluída após o Capítulo 4, quando se abordar o conceito de prestação.

O problema se mostra difícil, considerando a multiplicidade de sentidos dados ao termo impossibilidade, representados tanto por adjetivos ou qualificações dados a ele: impossibilidade absoluta, relativa, econômica, prática, pessoal. Em complementação, o que um autor entende por impossibilidade relativa, pode ser considerada absoluta para outro e, ainda, ao falar de impossibilidade absoluta, outro autor pode também englobar casos de impossibilidade prática e pessoal nesse conceito.

Par responder o questionamento proposto, primeiro será analisada a posição da doutrina brasileira sobre o tema, se verificando o que vários autores entendem por impossível. Depois, será exposto o entendimento adotado neste trabalho. Em complemento, também será apresentada apertada síntese sobre outras figuras do ordenamento que poderiam solucionar alguns dos problemas que são normalmente direcionados à impossibilidade superveniente da prestação. Como destacado e ressaltado lá, não é escopo do estudo propor soluções ou sistematizações nesse sentido, mas entendeu-se necessário tecer breves linhas sobre o assunto que, com certeza, possui relevância ímpar.

#### 3.1 A POSIÇÃO DA DOCTRINA

Para buscar responder um dos questionamentos que motivaram a presente pesquisa – qual o conceito de “impossibilidade” adotado no Direito Brasileiro –, é necessário entender qual o posicionamento da doutrina sobre o tema. Como se verá, há entretanto várias correntes, indo de entendimentos mais ou menos restritivos<sup>359</sup> acerca do que deveria ser considerado como

---

<sup>359</sup> Apenas a título de esclarecimento, se considera “menos restritivos” os posicionamentos que flexibilizam o conceito de impossibilidade, considerando um maior número de eventos como sendo impossível (por exemplo, a extrema dificuldade ser equiparada com a impossibilidade superveniente). Já os posicionamentos “mais restritivos” são aqueles que defendem um conceito mais rígido de impossibilidade e exigem uma efetiva impossibilidade de se prestar. Ou seja, mesmo com grandes esforços do devedor, a impossibilidade não poderia ser superada e, conseqüentemente, a obrigação não poderia ser prestada. Se verá que há vários graus de



impossível. Serão apresentadas tais lições abaixo, começando com as noções mais ampliativas do conceito de impossibilidade para, ao fim, se chegar aos posicionamentos mais restritivos.

COUTO E SILVA inicialmente descreve a impossibilidade relativa como sendo aquela em que faltam meios ao devedor para prestar, tendo o significado de insolvência. Já a absoluta, seria aquela em que ninguém poderia prestar<sup>360</sup>. Já de início se faz a ressalva, como feita em outros momentos do trabalho, das diferenças entre as impossibilidades “relativa” e “subjéitiva” e “absoluta” e “objetiva”. O que COUTO E SILVA parece defender como impossibilidade relativa seria, simultaneamente, relativa e subjéitiva. Isso, pois a impossibilidade afetaria apenas o devedor (subjéitiva) e seria superável, ou seja, não haveria um efetivo impedimento, insuperável, a se prestar (relativa). Como já exposto, entende-se que a diferenciação entre as figuras é o mais adequado, uma vez que podem haver hipóteses em que não haveria coincidência entre as modalidades. Pense-se no caso em que o impedimento é superável, mas é difícil para todos prestar: impossibilidade relativa objetiva. Exemplifica-se com o caso de uma ponte que caiu e o devedor, para transportar o objeto, deveria fazer um caminho cinco vezes mais longo. A dificuldade afetaria a todos, não apenas ao devedor. Já no caso de uma obrigação de fazer infungível em que o devedor efetivamente não pode prestar (por exemplo, por estar em coma), nem ele, nem ninguém, poderia prestar: impossibilidade absoluta subjéitiva<sup>361</sup>.

Feito o esclarecimento, passa-se a analisar a posição de COUTO E SILVA quanto ao que seria considerado impossível. Defende o autor que deveria haver equiparação entre a impossibilidade relativa e a absoluta, assim, mesmo em caso de insolvência do devedor – se esta não ocorreu por fato imputável a ele –, esse não estaria em mora (por não ter culpa) e, portanto, não responderia por eventual descumprimento<sup>362</sup>. COUTO E SILVA parece assim adotar um conceito bastante amplo de impossibilidade, que abrangeria as dificuldades de prestar (ainda que decorrentes de insolvência do devedor, ou seja, ausência de meios pecuniários para prestar<sup>363</sup>) desde que estas não fossem imputáveis ao devedor.

---

“flexibilidade” e “rigidez” entre os autores.

<sup>360</sup> COUTO E SILVA, 2006, p. 98-99.

<sup>361</sup> Desde já também se faz a ressalva que, para alguns, esse caso poderia ser considerado como de impossibilidade objetiva, pela natureza da prestação ser infungível. Tal questão já foi citada brevemente quando se falou do Direito Português e será novamente abordada no Capítulo 5.

<sup>362</sup> COUTO E SILVA, 2006, p. 100.

<sup>363</sup> Pontua-se que há diversas decisões que reconhecem que a impossibilidade pecuniária não seria verdadeira impossibilidade: (i) TJSP; Apelação Cível 1023035-92.2016.8.26.0007; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional VII - Itaquera - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 28/02/2018; Data de Registro: 28/02/2018; (ii) TJSP; Apelação Cível 9087451-76.2001.8.26.0000; Relator (a): Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional IV - Lapa - 2.VARA CIVEL; Data do Julgamento: 29/03/2011; Data de Registro: 31/03/2011; (iii) TJSP; Apelação Com Revisão 0116723-35.2005.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional

CESA, por sua vez, parecendo adotar conceito um pouco mais restrito, defende que a dificuldade não poderia ser caracterizada como impossibilidade: a dificuldade não liberaria o devedor, sendo outros os efeitos a ela vinculados, como revisão judicial ou mora<sup>364</sup>. Contudo, entende que, diante das circunstâncias do caso concreto, a extrema dificuldade poderia ser caracterizada como impossibilidade<sup>365</sup>. Assim, observa-se uma gradação inicial das circunstâncias que deveriam ser reconduzidas à ideia de impossibilidade: o que seria “difícil” de prestar não deveria ser considerado impossível, mas o “extremamente difícil” sim. Tal entendimento dependeria então de uma análise do caso concreto pelo julgador para se determinar se haveria impossibilidade ou não.

De maneira similar, também defendendo uma gradação entre a dificuldade e a impossibilidade, cita-se TEPEDINO. O autor, ao abordar o art. 393 do CC/02 e a impossibilidade superveniente da prestação advinda da força maior, argumenta que a inevitabilidade da prestação deve ser tomada com relatividade, não se exigindo do devedor maiores esforços do que os razoáveis para cumprir a prestação<sup>366</sup>. Com isso, o devedor estaria exonerado se a prestação apenas pudesse ser cumprida mediante providências extraordinárias de que não se poderia cogitar na época da celebração do negócio<sup>367</sup>.

Também CAVALIERI FILHO defende que o conceito de impossibilidade vem merecendo certa ampliação ou flexibilização para abranger noções como a inexigibilidade do cumprimento da prestação e a frustração do fim do contrato<sup>368</sup> (a análise desse último em comparação com a impossibilidade será feita no Capítulo 4). Acrescenta que os casos de simples dificuldade não devem ser considerados como impossíveis, apenas sendo reconduzidos à teoria da

---

I - Santana - 9.VARA CIVEL; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 08/02/2007; (iv) TJSP; Apelação Com Revisão 9247419-06.2005.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Andradina - 2.VARA CIVEL; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 08/02/2007; (v) TJSP; Apelação Com Revisão 9186081-31.2005.8.26.0000; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Privado; Foro de Araçatuba - 1.VARA CIVEL; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 08/02/2007. Nota-se, contudo, decisão que reconheceu a impossibilidade econômica do devedor de arcar com os débitos contraídos, uma vez que esse teria sofrido AVC, o que lhe teria acarretado graves sequelas e, conseqüentemente, tornado a obrigação excessivamente onerosa, levando à impossibilidade de prestá-la (TJSP; Apelação Cível 0054091-44.2012.8.26.0576; Relator (a): Thiago de Siqueira; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Privado; Foro de São José do Rio Preto - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 19/10/2015; Data de Registro: 20/10/2015). Não se considera tal caso uma verdadeira impossibilidade, pelas razões já delineadas neste trabalho.

<sup>364</sup> CESA, 2007, p. 39.

<sup>365</sup> CESA, 2007, p. 39. CESA ainda traz que “quando os esforços destinados à revisão negocial não forem capazes de estabelecer uma nova relação de equilíbrio entre as prestações é que a realização de uma delas será tida por impossível - economicamente impossível -, fazendo-se assim aplicáveis as normas acima referidas [sobre impossibilidade]”. CESA, 2007, p. 41.

<sup>366</sup> TEPEDINO, 2007, p. 711.

<sup>367</sup> TEPEDINO, 2007, p. 711.

<sup>368</sup> CAVALIERI FILHO, 2019, p. 390.

impossibilidade superveniente da prestação aqueles que, embora não configurem a impossibilidade absoluta, produzem para o devedor dificuldade que equivaleria ao impossível<sup>369</sup>. Também é interessante notar que o autor considera que a força maior e o caso fortuito seriam hipóteses das impossibilidades absoluta ou<sup>370</sup> objetiva<sup>371</sup>. Ou seja, tais eventos sempre gerariam uma impossibilidade absoluta, enquanto outros eventos poderiam causar as impossibilidades relativa “ou” subjetiva.

Se referindo ao Direito Alemão e à reforma do BGB de 2002, DEIAB contrapõe a teoria contratual clássica, que sempre teria concebido o conceito de impossibilidade como sendo absoluta e objetivo<sup>372</sup>, com o “alargamento da impossibilidade” em que seriam abrangidas também situações de inexigibilidade do cumprimento da prestação e da frustração do fim do contrato<sup>373</sup> (como se pode ver, bastante similar ao trazido por CAVALIERI FILHO, destaca-se aqui novamente que as considerações acerca da frustração do fim serão feitas no capítulo seguinte). Ao fim, conclui que referido alargamento ofereceria uma série de soluções práticas para diversos problemas atuais<sup>374</sup>.

AGUIAR JÚNIOR, ao mesmo tempo que sustenta que a teoria do limite do sacrifício<sup>375</sup> não teria acolhida no Direito Brasileiro (a impossibilidade relativa não se confundiria com a simples dificuldade econômica)<sup>376</sup>, também aduz que a desproporcionalidade do custo para o cumprimento da prestação seria equiparável à impossibilidade<sup>377</sup>. Ainda, ao tratar da ausência de mora na impossibilidade superveniente inimputável do devedor, faz referência à lição de COUTO E SILVA sobre a “insolvência inimputável”<sup>378</sup>, acima citada. Em outra obra, AGUIAR JÚNIOR, diferenciando a impossibilidade superveniente da onerosidade, escreve que aquela seria irrealizável enquanto nesta haveria uma dificuldade de executar uma prestação que ainda é possível<sup>379</sup>.

Desse modo, AGUIAR JÚNIOR, ao mesmo tempo que parece adotar visão um pouco mais restritiva, ao trazer que a impossibilidade, em oposição à extrema dificuldade, seria irrealizável

---

<sup>369</sup> CAVALIERI FILHO, 2019, p. 391.

<sup>370</sup> Como pode ser percebido pelo uso do termo “ou” (e também pelas lições nas páginas citadas), CAVALIERI FILHO utiliza os termos “relativa” e “subjetiva”, e “absoluta” e “objetiva” como sinônimos.

<sup>371</sup> CAVALIERI FILHO, 2019, p. 390-393.

<sup>372</sup> DEIAB, 2014, p. 139.

<sup>373</sup> DEIAB, 2014, p. 141.

<sup>374</sup> DEIAB, 2014, p. 173.

<sup>375</sup> Relembra-se do já trazido no âmbito do Direito Alemão a respeito da teoria do limite do sacrifício e as controvérsias lá existentes.

<sup>376</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 99.

<sup>377</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 100.

<sup>378</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 99.

<sup>379</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 881.

(e não meramente mais difícil), defende também uma flexibilidade entre a extrema dificuldade e a impossibilidade (ou seja, não seriam conceitos estanques, vez que casos de extrema dificuldade poderiam ser direcionados à impossibilidade). Ademais, faz referência e parece acatar o entendimento de COUTO E SILVA acerca da “insolvência inimputável”, que seria um clássico caso de impossibilidade econômica (ainda mais amplo do que as noções normalmente defendidas acerca da impossibilidade relativa).

PONTES DE MIRANDA escreve que a impossibilidade não se poderia confundir com a *difficultas* (que o autor chama de impossibilidade subjetiva<sup>380</sup>), assim, a impossibilidade que interessaria seria somente a impossibilidade objetiva (total ou parcial)<sup>381</sup>. A impossibilidade objetiva, contudo, não precisaria ser absoluta, devendo ser considerado impossível também aquilo que somente com despesas desproporcionadas e extraordinário esforços poderia ser adimplido<sup>382</sup>. Além disso, PONTES DE MIRANDA sustenta que a teoria da impossibilidade econômica (ou chamada também de princípio da limitação do sacrifício) seria perigosa por faltar um critério seguro de limitação, mas haveria casos em que outra solução seria impraticável<sup>383</sup>.

COUTO E SILVA, ao tratar da impossibilidade superveniente, nota que PONTES DE MIRANDA consideraria que apenas a “impossibilidade absoluta” liberaria o devedor<sup>384</sup> (pelas considerações de COUTO E SILVA, e pelo próprio posicionamento de PONTES DE MIRANDA, entende-se que ele faria referência à “impossibilidade objetiva”). O entendimento de PONTES DE MIRANDA de que, não havendo impossibilidade objetiva, haveria uma responsabilidade ainda que sem culpa seria contrário, segundo COUTO E SILVA, à regra do art. 963 (atual 396 do CC/02) que prevê que não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora<sup>385</sup>.

Percebe-se que, ao mesmo tempo que PONTES DE MIRANDA tem visão restritiva acerca da impossibilidade subjetiva (esta não liberaria o devedor), também acata a noção de impossibilidade relativa. Em outras palavras, o que seria muito difícil de prestar para todos deveria ser considerado impossível (impossibilidade relativa), mas aquilo que é efetivamente irrealizável pelo devedor (impossibilidade subjetiva) não o liberaria. Tal noção parece ser

---

<sup>380</sup> A insolvência e, mais restritamente, a inaptidão a fazer a prestação de que se trata não é impossibilidade, por mais que se haja querido incluir no conceito de impossibilidade o de inaptidão a prestar (*Unvermögen*). PONTES DE MIRANDA, 2012, §2.795, I.

<sup>381</sup> PONTES DE MIRANDA, 2012, §2.795, I.

<sup>382</sup> PONTES DE MIRANDA, 2012, §2.795, I.

<sup>383</sup> PONTES DE MIRANDA, 2012, §2.795, VII.

<sup>384</sup> COUTO E SILVA, 2006, p. 99.

<sup>385</sup> COUTO E SILVA, 2006, p. 100.

contrária ao previsto no CC/02, matéria que será analisada de forma mais detida no Capítulo 5 quando se versar sobre os efeitos da impossibilidade subjetiva. Também se vê, novamente aqui, a confusão entre os termos “relativa” e “subjetiva” que se considera que pode até mesmo atrapalhar a compreensão do conceito de impossibilidade e das hipóteses de liberação do devedor.

ALVIM defende que, normalmente, a dificuldade de cumprir não exonera o devedor, mas existiriam dificuldades que poderiam ser consideradas como impossibilidade devido ao aumento do ônus acarretado ao devedor<sup>386</sup>. Nessas hipóteses, elas devem ser consideradas excusas legítimas, mesmo que não configurem a impossibilidade absoluta<sup>387</sup>. Em resumo:

Não resta dúvida que, em casos assim, poder-se-ia dizer que não se caracterizou a impossibilidade de cumprimento, tomada a palavra ao pé da letra. Mas a diligência a que está obrigado o devedor, se, por um lado, impõe-lhe a obrigação de suportar maior ônus do que o esperado, não lhe impõe, todavia, a obrigação de arruinar-se<sup>388</sup>.

Assim, apesar de ALVIM considerar que não haveria efetivamente uma impossibilidade (impossibilidade *stricto sensu*?), entende que a extrema dificuldade igualmente exoneraria o devedor. Novamente tem-se aqui a necessidade de análise do caso concreto para determinação do eventual enquadramento do evento como impossível ou não.

Sustentando também uma equiparação entre as dificuldades extremas e a impossibilidade no Direito Brasileiro, mas sem trazer um maior aprofundamento, cita-se MARTINS<sup>389</sup> e CUNHA<sup>390</sup>.

MARTINS-COSTA, em obra mais recente em que aborda a impossibilidade superveniente, em coautoria com COSTA E SILVA, defende que os eventos supervenientes que “*vem exigir do devedor um sacrifício intolerável, segundo os padrões de justiça consensualmente aceitos*” e “[*suscitam*] *esforços extremamente desproporcionais perante o interesse do credor*” – que corresponderiam, respectivamente, aos §§275/3 (impossibilidade pessoal) e 275/2 (impossibilidade prática) do BGB, acima trabalhados – poderiam ser considerados como impossíveis<sup>391</sup>. Defendem ainda que nos casos em que há um maior agravamento da prestação,

---

<sup>386</sup> ALVIM, 1980, p. 328.

<sup>387</sup> ALVIM, 1980, p. 328.

<sup>388</sup> ALVIM, 1980, p. 328-329.

<sup>389</sup> MARTINS, 2008, p. 19.

<sup>390</sup> CUNHA, 2015, p. 78.

<sup>391</sup> MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 184-185.

mas não de todo desproporcional frente ao interesse do credor, poderiam estar caracterizados outros institutos jurídicos (como a onerosidade excessiva, o limite do sacrifício ou a inexigibilidade de prestar), mas não a impossibilidade superveniente<sup>392</sup>. MARTINS-COSTA e COSTA E SILVA, apesar de manterem a noção de gradação acima mencionada, trazem maior concretude ao conceito ao citar o previsto no BGB e critérios, também inspirados no Direito Alemão, para a verificação da impossibilidade como o sacrifício intolerável e esforços desproporcionais ao interesse do credor.

Em outra obra, MARTINS-COSTA já havia similarmente sustentado que nos casos em que o adimplemento apenas fosse possível mediante esforços inauditos, com sacrifícios de interesses desproporcionalmente maiores que o que estariam acordados, deveriam ser reconduzidos à impossibilidade da prestação<sup>393</sup>. Conclui que:

Assim sendo, mesmo a impossibilidade que não é ‘absoluta’ no sentido das Ciências Naturais, mas que assim possa ser razoavelmente qualificada, considerados dados fáticos e normativos que englobam considerações de ordem social, econômica e cultural, conduz à liberação do devedor<sup>394</sup>.

Ainda em outra obra, MARTINS-COSTA, em coautoria com HAICAL, defende que a ideia de impossibilidade de prestar “*ultrapassa[ria] as lindes da noção física ou naturalística, bem como da noção de impossibilidade jurídica para ser tomada em seu sentido sociocultural, revestindo-se, portanto, como um conceito propriamente normativo*”<sup>395</sup>. Tal conceito de impossibilidade citado nas duas obras (mais próximo da ideia socioeconômica do que seria impossível do que das ciências naturais), que se aproxima do defendido por MENEZES CORDEIRO em algumas obras acima citadas quando se tratou do Direito Português, se assemelha, ainda que não diretamente, ao previsto no §§275/2 e 275/3 do BGB: há tamanha desproporcionalidade e a existência de sacrifícios que não seria esperado ou razoável que o devedor fosse obrigado a cumprir. De toda forma, também exige uma análise do caso concreto para se determinar se o evento deveria ser considerado impossível ou não.

GOMES também diferencia duas categorias para a conceituação da impossibilidade: a que defende o conceito lógico<sup>396</sup> e a que a advoga o conceito jurídico. Se filia à segunda

<sup>392</sup> MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 185-186.

<sup>393</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 383-384. A autora sustenta inclusive que a noção de impossibilidade alargada poderia abranger os casos de não-exigibilidade da prestação diante da excessiva onerosidade, como nas hipóteses apanhadas pelo art. 478 do CC/02. MARTINS-COSTA, 2009, p. 386.

<sup>394</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 385.

<sup>395</sup> MARTINS-COSTA; HAICAL, 2019, §38.

<sup>396</sup> Nas palavras de GOMES: “Para a primeira a impossibilidade é concebida em termos absolutos. A prestação só

categoria, afirmando que a aceitação do conceito lógico poderia acarretar graves inconvenientes na prática<sup>397</sup>. De acordo com o autor, dever-se-ia considerar impossível aquilo que exija do devedor esforço extraordinário e injustificável<sup>398</sup>. Além disso, GOMES também entende que deve ser tida como impossível a prestação que, para ser cumprida, exigiria que o devedor se colocasse em excessivo risco pessoal ou o obrigasse a suportar intolerável constrangimento moral<sup>399</sup>.

Ainda, comentando a teoria da impossibilidade econômica utilizada na Alemanha no século XX em outra obra, GOMES pontuou que esta foi paulatinamente abandonada, uma vez que teria se compreendido que em muitos casos a revisão do contrato seria melhor que a sua resolução por desequilíbrio econômico superveniente<sup>400</sup>. Afirma que a doutrina da impossibilidade econômica já não contaria com mais adeptos e, citando Rieg, traz que com isso os tribunais alemães teriam deixado de “torturar” a noção de impossibilidade<sup>401</sup>.

Parecendo seguir entendimento similar ao de MARTINS-COSTA, principalmente aquele trazido em sua obra mais recente, NANNI também cita a reforma do BGB de 2002 e entende que a ideia subjacente ao §275/2 (impossibilidade prática) poderia ser acolhida pela jurisprudência brasileira, mas frisando a necessidade de uma interpretação restritiva e aplicação apenas em casos extremos e extraordinários, de maneira norteada pela boa-fé e pela vedação ao abuso de direito, de forma a evitar o desrespeito ao *pacta sunt servanda* e o surgimento de insegurança jurídica<sup>402</sup>. Ainda em outra obra, NANNI, diferenciando a impossibilidade superveniente da prestação da frustração do fim do contrato, afirma que, na impossibilidade, se constataria característica indeclinável, a absoluta impossibilidade de cumprimento da prestação<sup>403</sup>.

Os entendimentos de NANNI, MARTINS-COSTA – em coautoria com COSTA E SILVA e com HAICAL – e GOMES, percebe-se, apesar de não defenderem o conceito mais restritivo de impossibilidade, restringem a sua aplicação a casos extremos (GOMES apesar de não citar os conceitos de impossibilidade prática e pessoal – como é óbvio, considerando a data de publicação de suas obras e que a reforma do BGB ocorreu em 2002 – defende entendimento

---

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.”. GOMES, 1981, p. 173.

<sup>397</sup> GOMES, 1981, p. 173-174.

<sup>398</sup> GOMES, 1981, p. 173-174.

<sup>399</sup> GOMES, 1981, p. 175.

<sup>400</sup> GOMES, 1980, p. 110 e ss.

<sup>401</sup> GOMES, 1980, p. 112.

<sup>402</sup> NANNI, 2018, p. 380-381.

<sup>403</sup> NANNI, 2020, p. 239.

similar a tais noções). Passa-se então do entendimento mais alargado de COUTO E SILVA, para diversos outros um pouco mais restritivos (cada um com suas particularidades) até se chegar à lógica da impossibilidade prática.

Já se encaminhando para um entendimento ainda mais restritivo do conceito de impossibilidade, BESSONE sustenta que apenas a impossibilidade absoluta de execução deveria ser acolhida, não devendo ser considerados o agravamento do ônus do devedor ou a simples dificuldade<sup>404</sup>. BORGES, trazendo comparativo entre a força maior e o caso fortuito e a teoria da imprevisão, defende que naquela haveria uma impossibilidade absoluta de cumprimento da obrigação, enquanto nessa a prestação se torna extremamente difícil<sup>405</sup>. Assim, “[a] característica básica do caso fortuito e da força maior esta[ria] entre o possível e o impossível. A da teoria da imprevisão, entre o normal e o anormal”<sup>406</sup>.

SERPA LOPES também adota um conceito mais restrito da ideia de impossibilidade, escrevendo que sempre a impossibilidade – e nunca a dificuldade ou onerosidade excessiva – exonera o devedor, devendo-se considerar apenas as impossibilidades absoluta ou objetiva<sup>407</sup>. A impossibilidade não deve ser confundida com a dificuldade, reconhecendo a *melhor doutrina* (segundo o autor) que a impossibilidade deve ser absoluta e não meramente relativa<sup>408</sup>. BARROS MONTEIRO igualmente sustenta que deve a impossibilidade ser “*absoluta, permanente*<sup>409</sup>, *irremovível*”, caso contrário, deve ser considerada dificuldade que não exonera o devedor<sup>410</sup>. CARVALHO DE MENDONÇA afirma que a impossibilidade deve ser absoluta e de tal natureza que o devedor não poderia nem mesmo ser substituído por terceiro<sup>411</sup>. Além disso, segundo o autor “*um obstaculo que só se antolhar no estado de simples possibilidade, será um perigo no sentido vulgar, uma pura eventualidade; nunca, porém, uma causa suficiente para fazer parar paralyzar a execução*”<sup>412</sup>.

<sup>404</sup> BESSONE, 1987, p. 256. Também citando a noção mais restrita de impossibilidade adotada por BESSONE, TEPEDINO, 2007, p. 711.

<sup>405</sup> BORGES, 2002, p. 154.

<sup>406</sup> BORGES, 2002, p. 157.

<sup>407</sup> SERPA LOPES, 1966, p. 402.

<sup>408</sup> SERPA LOPES, 1966, p. 405.

<sup>409</sup> Sobre os impedimentos temporários, o autor conclui que “é claro que ao devedor não compete responder pelas consequências acessórias decorrentes do retardamento, como os juros da mora e cláusula penal”. BARROS MONTEIRO, 1960, p. 102.

<sup>410</sup> BARROS MONTEIRO, 1960, p. 102.

<sup>411</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, 1938, p. 31. CARVALHO DE MENDONÇA faz ressalva que a impossibilidade relativa (subjativa) exonera o devedor se provado que essa sobreveio sem culpa sua e, ainda, só poderia ser alegada nas obrigações de dar coisa certa ou de fazer, nunca nas obrigações de coisas fungíveis ou de dinheiro. CARVALHO DE MENDONÇA, 1938, p. 32.

<sup>412</sup> CARVALHO DE MENDONÇA, 1938, p. 31.



Não obstante a defesa da impossibilidade absoluta e a oposição da impossibilidade à extrema dificuldade, deve ser feita uma ressalva aos entendimentos acima citados. Não é possível afirmar o que tais autores entendem por “impossibilidade absoluta”. Por exemplo, a impossibilidade prática seria considerada absoluta por tais autores? Ou poderiam eles afirmar que, mesmo nesses casos mais extremos, a solução deveria ser outra que não a impossibilidade? A ressalva é feita, pois, como afirmado na Introdução do capítulo, o próprio entendimento do que seria uma impossibilidade absoluta ou relativa pode variar de autor para autor<sup>413</sup>. De todo modo, pela ausência de indícios de que tais autores adotariam uma noção de impossibilidade absoluta mais flexível (que, por hipótese, poderia abranger a impossibilidade prática), uma vez que não é apresentado comentário nesse sentido em seus textos, cita os aqui como defendendo a noção mais restrita, feita essa necessária ressalva.

Importa citar também MEDEIROS DA FONSECA, segundo o qual “*quando se abandona a condição necessária da impossibilidade absoluta de executar, surgem dificuldades práticas insuperáveis. Não se pode terminar mais, de maneira segura, o mínimo de esforços que bastará, em cada caso, para pronunciar-se a exoneração do devedor*”<sup>414</sup>. Dessa forma, defende MEDEIROS DA FONSECA um conceito absoluto de impossibilidade – que não pode se confundir com a dificuldade ou onerosidade, mesmo que excessiva<sup>415</sup>. Destaca-se ainda que o autor faz comparações entre as dificuldades pessoais (por exemplo, risco de perigo para o devedor caso cumpra sua prestação) e as dificuldades materiais. Naquelas, seria necessária uma análise para se verificar se o constrangimento moral ou o perigo sejam graves, reais e iminentes para caracterizar a impossibilidade de executar<sup>416</sup> (parecendo assim acolher a noção de impossibilidade pessoal no Direito Brasileiro, similar ao que é visto atualmente, no contexto alemão, no §275/3 do BGB<sup>417</sup>). Já quanto às dificuldades de ordem material, a oposição seria

---

<sup>413</sup> Para exemplificar, refere-se ao trazido por NANNI logo acima. O autor, por exemplo, ao mesmo tempo que aduz em uma obra, ao comparar a impossibilidade com a frustração do fim, que na impossibilidade se constataria característica indeclinável, representada pela absoluta impossibilidade de cumprimento da prestação, também afirma em outra obra que se poderia acatar a noção de impossibilidade prática no Direito Brasileiro. Ou seja, NANNI parece defender em uma obra um conceito mais rígido de impossibilidade, diferenciando-a da extrema dificuldade e entendendo pela sua aplicação apenas a casos extremos. Em outra, expressa que a noção de impossibilidade no Direito Brasileiro poderia englobar também a noção de impossibilidade prática, que seria equiparável à impossibilidade absoluta. Ou seja, o autor, ao citar a “impossibilidade absoluta” em uma obra, poderia estar incluindo nesses casos também a ideia de impossibilidade prática. Com isso, quer-se demonstrar que as próprias noções do que é impossibilidade absoluta (assim como os demais conceitos, como “relativa” e “prática”) podem variar de autor para autor. Assim, nem sempre o que um autor chama de impossibilidade absoluta, é considerado impossibilidade absoluta para outro.

<sup>414</sup> MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 114.

<sup>415</sup> MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 155-156.

<sup>416</sup> MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 155

<sup>417</sup> Parecendo adotar noção de impossibilidade pessoal, cita-se: TJSP; Apelação Cível 1025317-87.2016.8.26.0562; Relator (a): Alfredo Attié; Órgão Julgador: 26ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 2ª Vara Cível; Data

clara, pois a dificuldade implicaria a possibilidade com determinado esforço, devendo-se sempre procurar a conduta de um homem-tipo<sup>418</sup>.

Também parecendo defender conceito mais restrito, cita-se COGO ao afirmar que os casos de impossibilidade da prestação são marcados (como o próprio nome diz) por não ser mais possível prestar o ato a que a parte se comprometeu<sup>419</sup>. O critério para se distinguir a impossibilidade de outras figuras, como a frustração do fim, seria a verificação se o ato ainda poderia ser realizado ou não mediante a ocorrência do evento superveniente<sup>420</sup>. Na nova edição do mesmo livro, de 2021, COGO foca suas considerações a respeito da impossibilidade, em comparação com a frustração do fim, no conceito de “prestação”<sup>421</sup>, motivo pelo qual se tratará do lá abordado no Capítulo 4 do trabalho.

SILVEIRA e CACHAPUZ também afirmam que não se poderia confundir a *difficultas praestandi*, ainda que excessiva, ou a onerosidade, ainda que extraordinária, sejam de ordens econômica ou pessoal, com a teoria da impossibilidade<sup>422</sup>. Apenas a efetiva impossibilidade (absoluta<sup>423</sup>) deveria ser reconhecida como forma de extinção do vínculo, as demais figuras seriam resolvidas com a modificação do pactuado<sup>424</sup>.

Em recente obra sobre o tema, BIAZI inicialmente escreve que a impossibilidade superveniente seria o fato que promove a impossibilidade de prestar, “*vista sob um prisma individual e particular de cada relação obrigacional complexa*”<sup>425</sup>. Também conclui que:

Em suma, não nos parece que, do ponto de vista dogmático, haja motivos para modificar as fronteiras da impossibilidade da prestação fixadas no Código Civil, no sentido de incluir nesse âmbito a “impossibilidade prática”. A segurança jurídica e a estabilidade contratual aliadas à nossa sólida tradição romano-germânica, reclamam uma fixação dos limites da impossibilidade numa linha traçada em torno do que é verdadeira e absolutamente impossível<sup>426</sup>.

Com base no acima exposto, percebe-se que não é possível afirmar que existe um entendimento majoritário na doutrina brasileira do que seria “impossível” para fins de aplicação

---

do Julgamento: 07/12/2017; Data de Registro: 11/12/2017 (reconhecida impossibilidade superveniente, pois o locatário, que alugava apartamento no terceiro andar de edifício sem elevador, desenvolveu grave câncer e não conseguia utilizar as escadas, tendo que se mudar para casa térrea).

<sup>418</sup> MEDEIROS DA FONSECA, 1958, p. 155.

<sup>419</sup> COGO, 2012, p. 236.

<sup>420</sup> COGO, 2012, p. 280. De maneira similar, CAON, 2017, p. 24.

<sup>421</sup> COGO, 2021, p. 224-234.

<sup>422</sup> SILVEIRA; CACHAPUZ, 2019, p. 1424.

<sup>423</sup> SILVEIRA; CACHAPUZ, 2019, p. 1431.

<sup>424</sup> SILVEIRA; CACHAPUZ, 2019, p. 1426 e p. 1432.

<sup>425</sup> BIAZI, 2021, p. 68-69.

<sup>426</sup> BIAZI, 2021, p. 83.

das regras sobre a impossibilidade superveniente da prestação. Em outras palavras, não parece haver consenso sobre o conceito de impossibilidade que deveria ser adotado no Direito Brasileiro. O que dificulta ainda mais a tentativa de sistematização é a possível incerteza quanto ao posicionamento de alguns autores acerca do que é defendido quando se usa expressões como “impossibilidade relativa” ou “impossibilidade absoluta”: o que um pode considerar uma impossibilidade relativa pode ser mera dificuldade para outro e, ainda, casos de extrema dificuldade, desproporcionalidade e sacrifício podem ser considerados como sendo uma impossibilidade absoluta para outro.

O termo “impossibilidade”, mesmo em suas diversas categorizações, acaba por ser polissêmico. Tal fato pode gerar grande insegurança em sua correta aplicação. Se não se fala a mesma língua ou, melhor dizendo, se é possível que cada um preencha o significado de “impossível” como lhe parecer mais adequado, é provável que distorções no instituto, e sua má-aplicação, sejam constatadas na prática.

### 3.2 O POSICIONAMENTO ADOTADO

Apesar de ser apresentada nesse tópico uma das respostas aos questionamentos feitos no trabalho – acerca do conceito de impossibilidade no Direito Brasileiro – a exposição será breve, uma vez que o embasamento para tanto, acredita-se, em sua maior parte foi feito ao longo do trabalho.

Defende-se aqui uma noção mais restrita da impossibilidade superveniente da prestação, ou seja, deve ser considerado impossível apenas aquilo que, efetivamente, independentemente dos esforços que possam ser empreendidos pelo devedor, não possa ser cumprido. As justificativas para tanto também não exigem considerações muito além do que já foi apresentado no trabalho, seja quando se tratava do direito estrangeiro, do previsto no ordenamento brasileiro ou pelo defendido pela doutrina brasileira.

Em primeiro lugar, há uma questão semântica. Se diz impossível aquilo que não pode ser cumprido. Se é *possível* de ser cumprido, mas com maiores esforços, não haveria impossibilidade. Fugir do lógico e óbvio pode gerar dúvidas e tornar a matéria ainda mais complexa<sup>427</sup>. Em segundo lugar, a existência de incerteza quanto ao que é impossível (o que

---

<sup>427</sup> PIRES pontua que “não cremos ser exagerado afirmar que a mesma [a impossibilidade] constitui uma das matérias mais discutidas do direito civil dos últimos dois séculos.”. PIRES, 2018, p. 20. Ainda, PONTES DE MIRANDA, “[a] matéria da impossibilidade da prestação é uma das mais árduas do direito brasileiro das obrigações.”. PONTES DE MIRANDA, XXII, 2012, p. 138.

não se verifica apenas no Direito Brasileiro, mas é vastamente debatido em outros países) gera insegurança jurídica. Se não se tem uma noção clara do que é impossível, a incerteza subsistirá. Entende-se que apenas é viável ter uma noção (mais) clara do conceito de impossibilidade se se adotar um posicionamento mais restritivo. Explica-se. A defesa de um conceito sociocultural de impossibilidade, ou a equiparação de uma extrema e desproporcional dificuldade (como nos casos da impossibilidade prática) à impossibilidade, invariavelmente dependerá da análise de um terceiro (jugador) para definir se, naquele caso, os limites de dificuldade se equiparam à impossibilidade.

Com isso, entende-se que haverá incerteza, até o momento de uma decisão final, acerca da caracterização do instituto da impossibilidade.

Em terceiro lugar, não se encontra embasamento legal para se afastar de uma noção restrita de impossibilidade ou se acolher um entendimento mais flexível. O conceito mais tradicional de impossibilidade é o absoluto<sup>428</sup>, aquilo que é efetivamente impossível, não se vislumbrando motivos necessários para se afastar de tal noção<sup>429</sup>. Ademais, em quarto lugar, a própria redação de dispositivos do CC/02 parece apontar para um entendimento restrito do instituto, como, por exemplo: a previsão de *perda* da coisa certa (arts. 234 e 238), a obrigação de dar a coisa genérica *mesmo* em caso de força maior ou caso fortuito (art. 246), a força maior sendo caracterizada como evento *necessário*, cujos efeitos *não era possível evitar ou impedir* (art. 393, § único). Dessa forma, considera-se tal fator a quarta razão para justificar o acolhimento apenas da impossibilidade absoluta no Direito Brasileiro.

As lições de doutrina estrangeira, trazidas no Capítulo 1, seriam a quinta razão. Em Portugal, como visto, a maior parte da doutrina entende que o conceito de impossibilidade utilizado no CCP se limita aos casos de impossibilidade absoluta. Para modificar isso, seria

---

<sup>428</sup> “Finally, *impossibilium nulla obligatio est* could not be invoked where performance was merely difficult (as opposed to objectively impossible). The Roman lawyers drew a fine distinction between *impedimentum naturale* and *facultas dandi* (...)”. ZIMMERMANN, 1990, p. 688.

“Finalmente, a *impossibilium nulla obligatio est* não poderia ser invocada quando a performance era meramente difícil (em oposição a ser objetivamente impossível). Os advogados romanos traçavam uma tênue distinção entre *impedimentum naturale* e *facultas dandi*”. (Tradução livre). Em referido trecho, ZIMMERMANN versa sobre o conceito de impossibilidade, tratando mais especificamente sobre a impossibilidade inicial, de toda forma, entende-se ser possível citá-lo aqui, considerando que, quando o autor aborda a impossibilidade superveniente no Direito Romano, na mesma obra (p. 809 e ss.) também cita casos em que haveria impossibilidade absoluta (como perda ou destruição do bem). Também não haveria indicativos que os conceitos de impossibilidade variariam a depender de essa ser inicial ou superveniente. Ainda, importante destacar que a impossibilidade subjetiva não liberava o devedor, por isso a referência ao termo “objetivamente impossível” e o que pode explicar o uso das expressões “objetiva” e “absoluta”, e “subjetiva” e “relativa”, como sinônimos ainda nos dias de hoje.

“Há, perante os romanos, uma importante distinção entre impossibilitas, vista como *impedimentum naturale*, e *difficultas*. A segunda era vista como questão de conveniência, incapaz de afetar o conteúdo da promessa e, portanto, não suficiente para impedir o prosseguimento do conteúdo obrigacional.”. BIAZI, 2021, p. 17.

<sup>429</sup> Concluindo da mesma forma, BIAZI, 2021, p. 77 e ss.

necessária uma mudança legislativa trazendo, expressamente, hipóteses de impossibilidade relativa. Mudança legislativa ocorreu na Alemanha, com a reforma do BGB em 2002 e, por meio desta, deixou-se claro os limites não só da impossibilidade absoluta (efetiva impossibilidade), mas também trouxe dispositivos expressos para se tratar das impossibilidades prática ou pessoal. Desse modo, pode-se considerar que esses casos especiais de impossibilidade, para seu esclarecimento e aplicação, demandaram previsão específica na legislação.

Na Itália, como visto, os limites em torno da exoneração do devedor e dos esforços necessários para o adimplemento das obrigações abriram margem para uma leitura mais flexível do conceito de impossibilidade. Não obstante, entende-se que isso se deu como forma de sistematização das regras do ordenamento. Em outras palavras, poder-se-ia entender que a leitura mais adequada para aquele ordenamento, considerando as regras postas, seria a de se adotar uma impossibilidade relativa<sup>430</sup>. Ainda, na França, percebeu-se prevalência na doutrina em defender-se também um conceito mais restrito de força maior e de impossibilidade, tanto nos séculos anteriores como mais recentemente, mesmo após a reforma de 2016 do *Code Civil*. Assim, em quinto lugar, também noções de direito estrangeiro parecem apontar para uma prevalência do conceito restrito de impossibilidade.

Brevemente, em sexto lugar, entende-se também que algumas das próprias consequências da impossibilidade superveniente da prestação (notadamente, a extinção da obrigação) exigem que se adote um conceito restrito de impossibilidade, como será abordado no Capítulo 5 ao se falar dos efeitos e da aplicação da impossibilidade de prestar no ordenamento brasileiro.

Por fim, e em sétimo lugar, entende-se que o Direito Brasileiro possui outras soluções para os casos de perturbações da prestação, notadamente aqueles que envolvem prestações que se tornam desproporcionais, extremamente onerosas ou difíceis de serem executadas. Apesar de não ser o objetivo do trabalho, e nem poderia ser, devido ao recorte proposto e aos questionamentos que se busca responder, entende-se que a interpretação sistemática do CC/02 poderá trazer uma noção apropriada dos limites da prestação e do grau de vinculação do devedor e as soluções disponíveis na legislação. Breves considerações sobre o tema – a título de provocação e não, de forma alguma, de se trazer propostas ou respostas – serão feitas no item seguinte.

---

<sup>430</sup> Pelas regras do sistema jurídico brasileiro, não se vislumbra a necessidade de, como na Itália, adotar conceito mais flexível do que é impossível para garantir a exoneração do devedor.

### 3.3 OUTRAS SOLUÇÕES POSSÍVEIS PELO ORDENAMENTO BRASILEIRO

Defender um conceito mais restrito de impossibilidade não significa, no entanto, defender que o devedor estaria vinculado à prestação, e, portanto, deveria prestar, até a obrigação se tornar efetivamente impossível, sendo exigível que empregasse todos os esforços necessários para tanto. Defender um conceito restrito de impossibilidade, entende-se, nada mais é que delimitar o âmbito de aplicação de um dos institutos previstos no ordenamento brasileiro relativo à ideia geral de “perturbações na prestação”.

O CC/02, que é o diploma normativo que inegavelmente possui maior foco no trabalho, prevê outros regramentos que podem traçar os limites aos quais o devedor está adstrito a prestar. Não é o objetivo do estudo responder quais seriam esses limites, o que demandaria um (ou alguns) estudos específicos. Não obstante, trazem-se aqui algumas breves considerações sobre o tema, com a indicação de algumas figuras que poderiam ser analisadas para se ter tal resposta. Por fim, destaca-se que o objetivo dessa breve exposição é evidenciar possíveis novos caminhos e sistematizações e esclarecer que, para fora da impossibilidade, existem outras alternativas para solucionar ou endereçar questões que muitas vezes são tratadas por esse instituto.

Com isso, frisa-se ainda, entende-se em um primeiro momento que não haveria que se falar em lacuna no ordenamento (algumas questões aparentemente “sem solução” – ou seja, que demandem sacrifícios e esforços do devedor – podem o ser assim por um motivo), mas a necessária sistematização – para também se evitar falar em sobreposição de institutos e para que haja a delimitação dos âmbitos de aplicação de cada figura – não será feita aqui.

Feitos os devidos apontamentos, passa-se a abordar, de maneira bastante sucinta, os institutos de maneira mais específica, notando, desde já, que não se traz respostas prontas, mas meras provocações que demandam, e merecem, estudo mais aprofundado.

Em primeiro lugar, ao se falar de perturbações na prestação, não se pode deixar de se pensar no previsto nos arts. 317 e 478 e ss. do CC/02. O primeiro, localizado na seção relativa ao objeto do pagamento e sua prova, gera debates na doutrina acerca de seu âmbito de aplicação<sup>431</sup>. O segundo, de inspiração italiana, também é fruto de controvérsia acerca de seus requisitos e das prerrogativas do devedor que alega a onerosidade excessiva.

O art. 317 prevê que “[q]uando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz

---

<sup>431</sup> Como destacam MARTINS-COSTA e COSTA E SILVA, “[n]ão há unanimidade, em doutrina e jurisprudência, sobre o significado e o alcance da regra, cuja tramitação conturbada gerou, de início, muita perplexidade e incompreensão sobre os limites de seu campo aplicativo”. MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 204.

*corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação*”. A principal controvérsia, como já adiantando, é relativa ao escopo de aplicação de tal dispositivo: parte da doutrina entende que ele seria aplicável apenas a dívidas em dinheiro e faria referência à desvalorização monetária<sup>432</sup>, enquanto outros defendem sua aplicação a quaisquer prestações, não apenas a eventual variação no valor do dinheiro<sup>433</sup>. Assim, a depender da posição adotada, se restringem ou se ampliam os casos que podem ser direcionados a tal regra.

Já o art. 478 traz que “[n]os 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”. Assim, alguns requisitos deveriam ser preenchidos para a aplicação de tal regra<sup>434</sup>: (i) haver um contrato de execução continuada ou diferida (ou seja, há lapso temporal que dá margem a alterações supervenientes que podem causar a excessiva onerosidade), (ii) a prestação deve se tornar excessivamente onerosa (deverá haver então uma avaliação do que é a extrema onerosidade), (iii) causando extrema vantagem para uma das partes<sup>435</sup> (requisito não previsto no art. 1467 do *Codice Civile*<sup>436</sup> que, como comentado, serviu de inspiração para tal dispositivo<sup>437</sup>), e (iv) em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis (dessa forma, um acontecimento normal e previsível não poderia justificar a aplicação do art. 478). Preenchidos tais requisitos, pelo escrito no art. 478, poderia o devedor pedir a resolução do contrato. O art. 479, por sua vez, aduz que o credor pode obstar a resolução se se oferecer a

<sup>432</sup> MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 210 e ss.; MARINO, 2020a, p. 30 e ss.; FRANTZ, 2007, p. 140.

<sup>433</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 152 e ss.; LOTUFO, 2004, p. 228 e ss.; TEPEDINO, 2007, p. 617 e ss.; SCHREIBER, 2018, p. 248.

<sup>434</sup> Registra-se que no âmbito do CDC, como entende parte da doutrina, os requisitos são diferentes, não se exigindo, por exemplo, a imprevisibilidade. Por exemplo, BARLETTA, 2020, p. 117.

<sup>435</sup> Destaca AGUIAR JÚNIOR que “[o] requisito da extrema vantagem para a outra parte, constante do art. 478, se interpretado literalmente, limitaria em demasia o âmbito de abrangência da cláusula, pois a onerosidade é dificuldade que recai sobre o devedor, pouco importando a situação do credor. Sendo do agravado o ônus da prova da existência dos pressupostos para o reconhecimento da onerosidade excessiva, muitas vezes lhe será difícil, se não impossível, demonstrar a vantagem do outro figurante. Por isso, há de se ter, por presunção iuris tantum, que a vantagem da outra parte é presumida.” AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 911.

<sup>436</sup> “De fato, dispõe o artigo 1.467, primeira parte, do Código italiano atual (1942) que, nos contratos de execução continuada ou periódica, ou, ainda, de execução diferida, se a prestação de uma das partes tornar-se excessivamente onerosa pela ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá a parte que deve tais prestações pedir a resolução do contrato. Em sua segunda parte, esse artigo ressalva que a resolução não pode ser demandada se a onerosidade superveniente estiver relacionada ao risco normal do contrato. E a terceira parte desse dispositivo legal prevê que o contratante contra o qual é requerida a resolução pode evitá-la, propondo que se modifiquem equitativamente as condições do contrato.” VILLAÇA AZEVEDO, 2020, p. 54.

<sup>437</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2011, p. 864; MARINO, 2020a, p. 17; VILLAÇA AZEVEDO, 2020, p. 166.

modificar equitativamente as condições do contrato. Desse modo, pela regra da lei, não poderia o devedor pedir, desde já, a revisão do contrato, o que é criticado por parte da doutrina<sup>438</sup>.

Percebe-se pelo acima citado que os dispositivos não versam sobre hipóteses em que a prestação se tornou impossível, pois em ambos os casos é possível prestar (não por outro motivo que nos dois casos é possível a *revisão* do acordado para possibilitar a prestação). Por exemplo, nos casos em que a prestação se tornou extremamente difícil, o devedor poderia invocar o art. 478 para resolver o contrato e deixar de prestar (preenchidos os requisitos) não sendo obrigado a suportar os custos excessivos que a execução poderia lhe acarretar. O credor, tendo interesse, pode oferecer a revisão do pactuado, diminuindo a carga que seria imposta ao devedor.

É relevante destacar, para concluir o exposto acerca do art. 478, o escrito por MENEZES CORDEIRO e CANARIS. O primeiro, ao tratar do §275/2 do BGB (impossibilidade prática) escreve que:

Na falta de um preceito similar [ao §275/2], não vemos como transpor essa orientação para o Direito lusófono. A “inexigibilidade” prevista no atual § 275/II BGB teria, entre nós, de ser reconduzida ou ao art. 437 do Código de 1966 (alteração das circunstâncias) ou ao art. 478 do Código brasileiro de 2002 (onerosidade excessiva).

Já o segundo compara os arts. 478 a 480 do CC/02 aos §313 do BGB (que versa sobre a base do negócio)<sup>439</sup>. É interessante fazer comparação entre o §275/2 do BGB e o art. 478 do CC/02 em relação aos maiores esforços/custos do devedor e o interesse/a vantagem do credor. Ao passo que o §275/2 prevê uma grave desproporção entre esses (ou seja, o interesse do credor, se aumenta, não aumenta na mesma proporção que os esforços do devedor), o art. 478 prevê, concomitantemente, um aumento dos custos do devedor com o aumento do interesse (extrema vantagem) do credor (requisito esse que pode ser mitigado a depender da interpretação dada ao artigo, como destacado). Desse modo, se houvesse um aumento equivalente entre esforços/custos do devedor e interesse/vantagem do credor (cita-se a hipótese de aumento no

<sup>438</sup> “A leitura dos arts. 478 e 479 do Código Civil parece não dar margem à dúvida quanto ao titular do direito à revisão do contrato afetado pela excessiva onerosidade superveniente: o poder de realizar a oferta de modificação equitativa foi atribuído somente ao credor (art. 479), cabendo ao devedor excessivamente onerado apenas demandas a resolução da relação contratual (art. 478). (...) Atualmente, a maior parte dos autores agrupa-se em torno da possibilidade de o devedor da prestação excessivamente onerosa pleitear não somente a resolução da relação contratual, mas também a sua modificação.”. MARINO, 2020a, p. 21-22. Nesse sentido, cita o autor o Enunciado 176 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”. Além disso, é interessante pontuar que o CC/02, após o advento da Lei 13.874/2019 (Lei de Liberdade Econômica), prevê expressamente que a revisão contratual apenas ocorrerá de forma excepcional e limitada (art. 421-A, III).

<sup>439</sup> CANARIS, 2004, p. 116-117.



preço do bem), em teoria o §275/2 não poderia ser aplicado e, o art. 478, sim (se preenchidos os demais requisitos).

Em segundo lugar, para além dos casos acima, cita-se a frustração do fim do contrato, não prevista expressamente no CC/02, mas tendo a sua aplicação no Direito Brasileiro defendida por parte da doutrina por meio, principalmente, do art. 421<sup>440</sup>. Nos casos de frustração do fim, a prestação ainda seria possível, mas o contrato teria perdido sua razão de ser, não sendo mais possível alcançar seu escopo, seu resultado ou sua função concreta, em decorrência de alteração superveniente e inesperada das circunstâncias<sup>441</sup>. NANNI destaca que seria figura de incidência reduzida, que não se sobreporia nem se confundiria, por exemplo, com a impossibilidade, a onerosidade excessiva ou o erro<sup>442</sup>. Como se verá, há aqueles que aduzem que os casos de frustração do fim poderiam ser direcionados à impossibilidade da prestação, a depender do conceito de prestação adotado. Dessa forma, maiores considerações acerca de tais discussões, e da própria noção de frustração do fim do contrato, serão feitas no Capítulo 4.

Fora dos conceitos trazidos acima, que representariam institutos específicos das perturbações da prestação de forma geral, ou alteração das circunstâncias, com aplicação mais sistematizada no Direito, menciona-se também o possível uso de regras e princípios mais gerais para tais situações. Destaca-se desde já que não se defende o uso irrestrito de tais figuras – ou, mesmo, a sua direta aplicação – mas reconhece-se a necessidade, diz-se novamente – de sistematização em que serão traçados os limites (e inclusive a possibilidade) de tal construção. Entende-se que eventual sistematização deverá passar por tais conceitos e trabalhá-los de forma a ter um ordenamento uniforme e coerente no trato de tal tema.

Com isso, em terceiro lugar, se menciona o art. 396 do CC/02 que versa sobre a mora no Direito Brasileiro, em que é aduzido “[n]ão havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora”. Ou seja, quando não há incumprimento imputável ao devedor<sup>443</sup>, não se pode falar em mora. E, não estando o devedor em mora, não haveria que se falar, em

---

<sup>440</sup> “O presente trabalho serve para este fim, o de “concreção especificativa” do at. 421 do Código Civil, pois a frustração do fim do contrato é exatamente uma das hipóteses nas quais o contrato perde sua função social”. COGO, 2021, p. 259; Enunciado 166 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: “A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil”.

<sup>441</sup> COGO, 2021, p. 140.

<sup>442</sup> NANNI, 2020, p. 238.

<sup>443</sup> Via de regra, refere-se ao devedor que não agiu com culpa ou dolo, pois nas obrigações civis e empresariais a responsabilidade é normalmente subjetiva. “A adequada distinção analítica entre imputação e inculpação não obscurece a constatação, todavia, de, no Direito comum (Civil e Empresarial) a regra ser a mora culposa (isto é, informada pelo fator de imputação subjetivo). Só haverá mora não culposa quando a lei assim o indicar.”. MARTINS-COSTA, 2009, p. 374.

princípio, em inadimplemento<sup>444</sup>. Em outras palavras, o devedor só responde se estiver em mora e só estará em mora se houver fato ou omissão que lhe seja imputável (conforme o art. 396). Posto isso, chega-se ao questionamento: qual a diligência necessária que o devedor deve utilizar para adimplir sua obrigação? E quais os esforços o devedor deveria empreender para prestar?<sup>445</sup> Pois, superado tal limite de esforços, entende-se a priori que não se poderia falar em “*fato ou omissão imputável ao devedor*”. Chega-se ao questionamento feito no início deste item – que, com as devidas escusas, não será respondido – e rememora-se o que foi trazido quando se tratou do Direito Italiano, acerca dos esforços para o adimplemento das obrigações, do Direito Francês, quando se diferenciou a ausência de culpa da força maior, e do Direito Português e as considerações da doutrina acerca dos limites da prestação.

Para trabalhar a mora é então necessário retomar-se conceitos relativos a diligência, inadimplemento, culpa, dolo, limites da diligência do devedor, inexigibilidade de conduta diversa, dentre outros. Todas essas noções são essenciais para se determinar até quando deve o devedor prestar.

Continuando, em quarto lugar, deve-se considerar o possível e eventual uso da boa-fé<sup>446</sup> e do abuso de direito<sup>447</sup> para controlar e limitar os atos do credor de exigir prestação gravemente

---

<sup>444</sup> “A mora do devedor acarreta várias consequências jurídicas. A principal, porém, é sua responsabilização pelos danos causados ao credor.”. BARROS MONTEIRO, 1960, p. 288.

<sup>445</sup> MARTINS-COSTA, ao comentar o afastamento da imputabilidade, faz referência à impossibilidade: “Como imputar não é inculpar, mas é atribuir responsabilidade a alguém, há ocasiões que o Ordenamento afasta o nexo de imputação (e, portanto, a responsabilização) porque a prestação se tornou impossível ao devedor. É essa justamente a matéria tratada no art. 396, que não se confunde com as hipóteses versadas no art. 393 (caso fortuito ou força maior) embora ambas se ponham como espécies do gênero impossibilidade superveniente não-imputável ao devedor, com efeito liberatório. MARTINS-COSTA, 2009, p. 376. Destaca-se que a autora, nas páginas seguintes, defende a aplicação da impossibilidade também a casos de extrema dificuldade, o que vai contra o entendimento aqui adotado. Ainda, entende-se que a ideia de impossibilidade é una, mas seu tratamento pode variar a depender do dispositivo analisado. Em outras palavras, o que deve ser considerado impossível não muda de artigo para artigo. MARTINS-COSTA, contudo, não aprofundou nos motivos que fariam com que os arts. 393 e 396 tratassem de duas espécies diferentes do gênero impossibilidade. PONTES DE MIRANDA também faz referência à impossibilidade ao tratar da imputabilidade: “Quando é que a falta de cumprimento não é imputável ao devedor? A resposta é simples: a) se houve impossibilitação por força maior ou caso fortuito; b) se foi causada pelo próprio credor a impossibilitação; c) se foi terceiro que a causou, caso em que tem esse de indenizar.”. PONTES DE MIRANDA, XXV, 2012, §3.102.

<sup>446</sup> Por exemplo, ao se utilizar a função corretora da boa-fé, “Servindo a boa-fé, primariamente, para direcionar condutas no tráfico social, a sua mais prestante função será a corretora das condutas no momento do exercício de direitos, faculdades, pretensões, ações, exceções e ônus.”. MARTINS-COSTA, 2018, *ebook*. MENEZES CORDEIRO escreve também sobre o desequilíbrio no exercício jurídico no âmbito da boa-fé, aduzindo: “A ideia de desequilíbrio no exercício traduz um tipo extenso de atuações inadmissíveis de direitos. Abrigam-se, a ela, subtipos variados de conjunturas abusivas, próximas por, em todas, haver despropósito entre o exercício do direito e os efeitos dele derivados. Fale-se, por isso, em desequilíbrio. MENEZES CORDEIRO, 2017, p. 853. Tal entendimento se aproxima, inclusive, da ideia por trás do §275/2 do BGB (impossibilidade prática) que considera os esforços e sacrifícios do devedor perante o interesse do credor para determinar a ocorrência de impossibilidade prática.

<sup>447</sup> Tratando das diversas modalidades do abuso de direito, MENEZES CORDEIRO sustenta: “A desproporcionalidade entre a vantagem auferida pelo titular e o sacrifício imposto pelo exercício a outrem constitui, por fim, o mais

desequilibrada, ou cuja exigência violaria frontalmente a boa-fé esperada nas relações contratuais. Já se ressalta, o uso da boa-fé não pode ser panaceia para permitir a exoneração do devedor de suas obrigações voluntariamente assumidas (o princípio do *pacta sunt servanda* nunca poderá ser ignorado em qualquer das hipóteses aqui levantadas), mas deve sim ser considerado para a análise aqui exposta.

Finalmente, e em quinto lugar, lembra-se o citado quando se tratou do CPC/15. No próprio processo há limites à execução específica, deixando claro que em muitos casos em que aquela prestação que se tornou “absurda”, que dificilmente poderia ser cumprida (e raramente se esperaria tanto), não terá a sua execução determinada judicialmente.

Reconhece-se que, ao final deste item, pode-se pensar que várias das questões mais “espinhosas” da impossibilidade da prestação não foram solucionadas e foram descartadas para outros estudos. Entretanto, essa é uma consequência natural da adoção do conceito mais restrito de impossibilidade, cujas justificativas para tanto foram trazidas acima. Com a adoção do conceito mais restrito, entende-se que os problemas, normalmente dirigidos à impossibilidade, deveriam ser redirecionados e respondidos por outras figuras. A impossibilidade (ou a força maior) não trará a solução – e nem é equivalente – aos limites da prestação.

### 3.4 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

O tema da impossibilidade superveniente da prestação não é fácil. Mas, por vezes, alguns dos questionamentos concernentes aos seus limites, na verdade, referem-se a outras questões, ainda mais complexas. Para o primeiro questionamento, responde-se: defende-se aqui a adoção de um conceito restrito de impossibilidade, em que apenas o efetivamente impossível de ser prestado (não importando os esforços adotados) é considerado impossível. Assim, noções como da impossibilidade prática, pessoal, relativa e econômica não teriam guarida no ordenamento brasileiro (pelo menos não a título de impossibilidade).

Como visto, vê-se que tal resposta está longe de ser unânime no Direito Brasileiro, especialmente considerando que, muitas vezes, cada autor parece ter e defender seu próprio

---

promissor dos subtipos integrados no exercício em desequilíbrio. Integram-se, aqui, situações como o desencadear de poderes-sanção por faltas insignificantes, a atuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e o exercício jurídico-subjetivo sem consideração por situações especiais. MENEZES CORDEIRO, 2018, p. 384-385. Poderia o comportamento do credor que exige que o devedor execute prestação manifestamente desproporcional ou que viole direitos subjetivos do devedor ser considerado abusivo? BIAZI sustenta que a impossibilidade relativa no Direito Brasileiro poderia ser melhor trabalhada com recursos às ideias de abuso de direito e onerosidade excessiva. BIAZI, 2021, p. 78

conceito do que seria impossível. No entanto, pelas razões acima expostas, foi esse o conceito que foi considerado o mais adequado.

Mas, adotar tal conceito não significa defender que o devedor nunca estaria liberado, e não teria outras alternativas, devendo prestar sua obrigação até o limite do efetivamente impossível. Entende-se que o ordenamento brasileiro abre espaço para outros caminhos, contudo, para se ter respostas concretas sobre os limites da vinculação do devedor, é necessário um estudo específico sobre tal matéria (ou, pela sua complexidade, talvez mais de um). Brevíssimos comentários foram feitos, mais a título expositivo e, a um certo limite, de inquirição do que propriamente científico e com propostas de soluções. Nesse ponto, há com certeza mais dúvidas do que respostas, não sendo o objetivo do presente trabalho respondê-las.

Posto o conceito de impossibilidade adotado, passa-se a analisar o conceito de prestação. E, após, será possível enfim tratar da aplicação da impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro.

#### 4 O CONCEITO DE PRESTAÇÃO

Talvez ainda mais difícil do que definir o que deve ser considerado impossível no ordenamento jurídico brasileiro, é se entender qual o conceito de prestação a ser adotado quando se fala em “impossibilidade superveniente da prestação”<sup>448</sup>. Isso, pois a prestação pode ser interpretada como abrangendo não apenas a conduta do devedor, mas também o resultado (almejado pelo credor) da prestação<sup>449</sup>. Dessa forma, há um diálogo próximo com figuras como a frustração do fim do contrato, o interesse do credor, os riscos do contrato, a perda do substrato da prestação, a consecução do fim por outros meios e diversos outros conceitos que serão abordados abaixo.

O tema da prestação merece um estudo próprio por ser de grande complexidade e relevância para o direito das obrigações, contudo, se tentará traçar aqui algumas considerações para se apresentar qual deve ser o conceito de prestação a ser adotado na figura da impossibilidade superveniente de prestar, uma vez que se entende que o trabalho não estaria completo sem tal análise, pois “*a identificação com os casos de impossibilidade depende dos contornos do conceito de prestação*”<sup>450</sup>.

Em outras palavras, para se saber quais casos devem ser reconduzidos à impossibilidade superveniente da prestação, deve-se entender tanto qual o conceito de “impossibilidade”, visto no Capítulo 3, como qual o conceito de “prestação”. A depender do conceito adotado desta figura (abrangendo apenas a conduta do devedor ou também resultado e interesse do credor), um número maior ou menor de casos poderá ser considerado como impossível. Cita-se, por exemplo, caso muito discutido durante a pandemia de COVID-19. Um *buffet* de festa possuía um contrato de fornecimento de energia na modalidade *take-or-pay*. Devido às restrições impostas, não é mais possível a realização de festas e o *buffet* está fechado, não consumindo a energia contratada. A prestação contratada (fornecimento mínimo de energia “x”) perdeu a razão de ser, ou, melhor dizendo, não traz mais resultado útil ao credor, pelo menos

---

<sup>448</sup> “Esse conceito [de prestação], por sua vez, não é normativo, trazendo, igualmente, grandes desafios para o seu entendimento. A única unanimidade que pode ser reconhecida nesse campo é a da extrema complexidade desse estudo e a inexistência de consenso ou estabilidade sobre as opiniões a respeito.”. COGO, 2021, p. 132.

<sup>449</sup> “O conceito de prestação apresenta, segundo uma consolidada doutrina alemã, uma certa ambivalência. Ele deixa-se descrever tanto enquanto ordem de deveres de comportamento que impendem sobre o devedor como enquanto resultado a que aqueles deveres intendem. O primeiro aspecto aponta para um comportamento que é devido, para um dever jurídico que atinge pessoalmente o devedor; o segundo faz ressaltar o interesse que a prestação realiza ou, por outras palavras, aquilo que é atribuído ao credor.”. CARNEIRO DA FRADA, 1994, p. 86-87.

<sup>450</sup> COGO, 2021, p. 132. Também PIRES: “(...) a delimitação do conceito de prestação suscitou vários problemas, com consequências relevantes quanto ao apuramento do âmbito regulativo da impossibilidade”. PIRES, 2018, p. 329.

temporariamente. Ou seja, o fornecimento de energia continua sendo possível, mas a prestação não mais interessa objetivamente o credor. Seria isso uma hipótese de impossibilidade?

Ao longo de todo o trabalho, buscou-se trabalhar, sempre que possível, com exemplos para ilustrar as figuras, deixando-a menos abstratas. Isso se tornará ainda mais relevante aqui, sendo as principais construções do capítulo baseadas em exemplos de casos. Com isso, espera-se que o tema fique um pouco menos hermético e mais palatável.

Também se deve pontuar que se trabalhará neste capítulo com lições doutrinárias de vários países. Apesar de se buscar entender qual o conceito de prestação no Direito Brasileiro, pela matéria ainda ser pouco explorada pela doutrina pátria<sup>451</sup>, e pelo conceito de prestação ser uma construção doutrinária<sup>452</sup>, não encontrando necessariamente uma previsão legislativa, entende-se que as conclusões de direito estrangeiro podem apoiar nas reflexões trazidas aqui.

O tema será abordado abaixo da seguinte maneira. Em primeiro lugar, serão dados alguns exemplos de casos com classificação duvidosa (e controversa). Em seguida, se apresentará alguns conceitos de origem alemã relativos ao resultado da prestação para o credor (como frustração do fim e consecução do fim por meio diverso do contrato) e se buscará enquadrar os exemplos dados em cada um dos conceitos. Com isso, se construirá a base necessária para se aprofundar no tema e se verificar, em quarto lugar, quais dessas hipóteses costumam ser consideradas impossíveis pela doutrina. Mas, antes disso e em terceiro lugar, será necessário fazer uma nova delimitação conceitual, e a adoção de um posicionamento, quanto às divisões de prestação “em concreto” e “em abstrato”. Por fim, em quinto lugar, se apresentará a posição adotada sobre o que estaria abrangido no conceito de prestação.

Com esse detalhamento, necessário diante da ausência de maiores subdivisões no capítulo, passa-se a se tratar do tema.

#### 4.1 O CONCEITO DE PRESTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

“A” contratou “B” para a pintura do teto de uma igreja. No entanto, dias antes de o serviço se iniciar, uma explosão destrói tal igreja. Ou, “A” contratou “C” para a construção de uma porta para a mesma igreja, já tendo lhe passado, no ato de contratação, todas as medidas e especificações necessárias da porta. Poucos dias depois da contratação, no entanto, a igreja é

---

<sup>451</sup> MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 55-56.

<sup>452</sup> PIRES, 2018, p. 330.

destruída<sup>453</sup>. A solução para tais casos deve ser a mesma? E tal solução passa pela impossibilidade superveniente da prestação?

Ainda outros exemplos discutíveis: o navio, encalhado, que é liberado, ou se afunda, pela própria ação do mar horas depois de seu embarcador contratar serviço para desencalhá-lo<sup>454</sup>; o aluno que faz aulas de canto que, após uma grave doença, se torna surdo<sup>455</sup>; o paciente que se cura sozinho logo antes de realizar uma cirurgia, ou o paciente que falece antes da realização de tal cirurgia<sup>456</sup>; “D” que aluga a varanda de “E” por algumas horas em determinado dia para assistir o desfile do rei, mas o rei adoece e o desfile é cancelado<sup>457</sup>.

O que esses casos citados acima possuem em comum e no que eles divergem? Antes de se adentrar em tal análise, algumas precisões técnicas e conceituais devem ser feitas.

Inicialmente, é necessário se analisar o que se entende por consecução do fim por via diversa do cumprimento (*Zweckerreichung*), desaparecimento do fim (*Zweckfortfall* ou *Zweckverfehlung*) e frustração ou perturbação do fim (*Zweckvereitelung* e *Zweckstörung*). Mas por quê? Porque se definindo tais conceitos, e classificando os eventos citados dentro de cada “tipo”, será possível se verificar as diferenças e semelhanças entre eles e se verificar se alguma dessas figuras (ou todas) deve ser reconduzida à noção de impossibilidade da prestação.

Nos casos de consecução do fim por via diversa do cumprimento, o resultado da prestação é atingido sem atividade do devedor, perdendo a prestação o seu fim útil<sup>458</sup>. Ou seja, a finalidade ou o resultado esperado pelo credor com a obrigação é efetivamente alcançado, mas sem a ação do devedor. Dos exemplos citados acima, poderíamos enquadrá-los nesta classificação o navio que é liberado pela própria força do oceano, sendo desnecessária a atuação do reboque, e do paciente que se cura sozinho antes da realização de cirurgia.

Os casos de desaparecimento do fim e de frustração do fim se diferenciariam porque, no primeiro, haveria a perda do substrato da prestação: na frustração do fim o interesse do credor deixa de poder ser satisfeito, enquanto no desaparecimento do fim este se torna irrealizável<sup>459</sup>. Para diferenciá-los, PIRES cita alguns exemplos (inclusive alguns dos que foram trazidos acima). Seriam hipóteses de desaparecimento do fim, por exemplo, o paciente que falece antes da operação ou o navio que afunda antes de ser rebocado<sup>460</sup>. Cita-se ainda, por

<sup>453</sup> Exemplo comumente citado pela doutrina, por exemplo, LARENZ, 2002, p. 147-148.

<sup>454</sup> Por exemplo, LURDES PEREIRA, 2001, p. 19-20

<sup>455</sup> Por exemplo, COGO, 2021, p. 225.

<sup>456</sup> Citado, por exemplo, em MENEZES LEITÃO, 2018, p. 123.

<sup>457</sup> *Krell v. Henry*, de 1903, cita-se a análise de COGO sobre o caso: COGO, 2021, p. 148-150.

<sup>458</sup> PIRES, 2018, p. 331.

<sup>459</sup> PIRES, 2018, 331-332.

<sup>460</sup> PIRES, 2018, 333-334.

exemplo, a destruição de um hotel nas Ilhas Gili (Indonésia) por um terremoto dias antes dos hóspedes chegarem à ilha. Das hipóteses citadas acima, entende-se que seriam enquadradas aqui ainda os casos em que a igreja é destruída, não sendo mais possível a pintura de seu teto e do aluno de canto que se torna surdo. Nos dizeres de PIRES, “[a] prestação dirigida a um fim deixa de ser possível”<sup>461</sup>.

Já os casos de frustração ou perturbação do fim seriam, por exemplo, o fabricante de calçados que contrata anúncios publicitários e, depois, assume uma obrigação de venda exclusiva a um comprador ou do artista que construiu um portal para uma igreja que vem a ser destruída em um bombardeamento durante a guerra<sup>462</sup>. Ou, ainda, da pessoa que viaja ao norte da Itália para assistir a partidas de campeonato de vôlei italiano que são canceladas por surtos de COVID-19 nos times. O caso do desfile do rei também poderia ser classificado como sendo hipótese de frustração ou perturbação do fim do contrato: nesses, o interesse do credor da prestação é frustrado ou afetado<sup>463</sup>.

Para facilitar a visualização e esquematização do trazido acima (que de fato se mostra ainda um pouco obscuro), traz-se a figura abaixo:

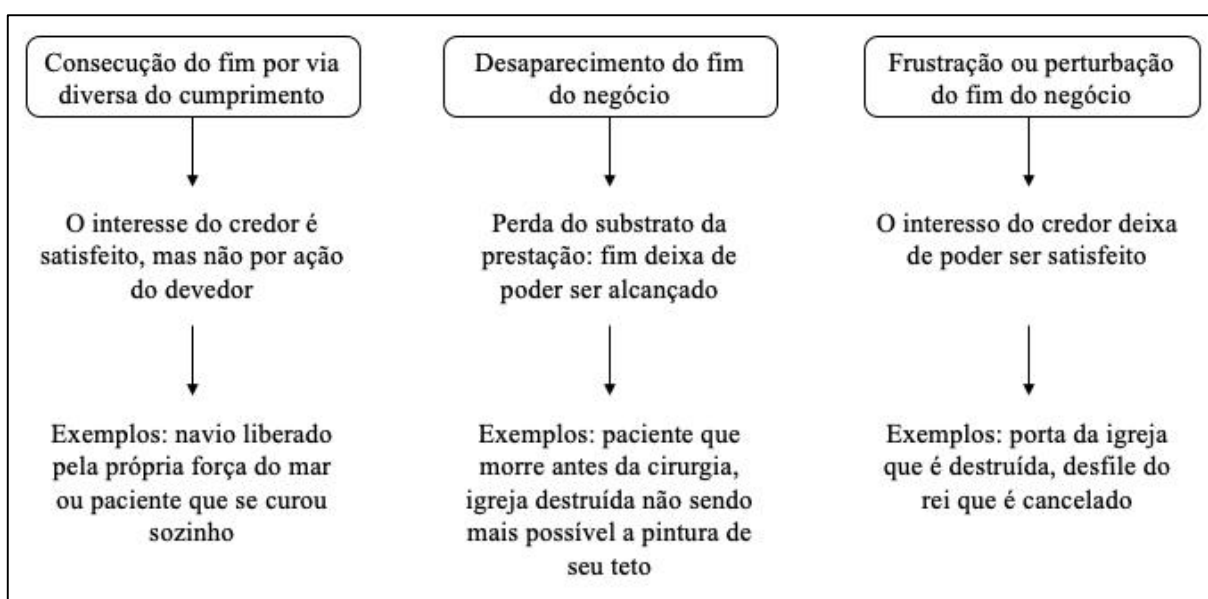


Figura 8: Desaparecimento e frustração do fim

Percebe-se que a nota comum de todos os casos é que o interesse do credor na prestação pactuada com o devedor foi afetado, seja porque ele já atingiu esse fim por outro modo, seja

<sup>461</sup> PIRES, 2018, p. 333.

<sup>462</sup> PIRES, 2018, p. 334.

<sup>463</sup> PIRES, 2018, p. 334.



porque o fim se frustrou ou não pode mais ser alcançado. Então, se se considerar a prestação como o resultado útil da atividade ao credor, essas prestações teriam se tornado impossíveis, uma vez que, por uma razão ou outra, a prestação acordada não tem mais utilidade para o credor?

Antes de se buscar sistematizar uma resposta ao tema, uma nova precisão conceitual deve ser feita. Entende-se que, sempre que se for falar de prestação, deve-se considerar a ação de prestar em sentido concreto, não em abstrato. O que significaria isso? LURDES PEREIRA conceitua:

Com efeito, à acção de prestar podem corresponder duas acepções bem diversas: por um lado, pode-se pensar na acção de prestar como conduta ou comportamento concreto, i. e., como actividade humana indissociável de determinadas circunstâncias concretas que, não se confundindo embora com ela, a individualizam ou especificam; por outro lado, é possível conceber a acção de prestar como conduta ou comportamento em abstracto, i.e., como uma actividade humana em si mesma considerada, independente de certos condicionalismos concretos que lhe sejam exteriores<sup>464</sup>.

E exemplifica dando o exemplo de a demolição de um muro: a ação de demolir o muro pode ser vista tanto “em concreto” (a destruição daquele muro específico) ou “em abstrato” (o conjunto de atos humanos que a destruição de qualquer muro – não aquele específico – postula)<sup>465</sup>. Assim, se “A” contrata “B” para demolir um muro de sua propriedade e esse muro acaba sendo demolido sozinho, por forças da natureza, a ação de prestar em concreto não é mais possível, mas a em abstrato sim<sup>466</sup>.

Ora, parece evidente que, como se analisam situações e negócios em concreto, e se busca a aplicação prática dos institutos, deve-se considerar sempre a ação de prestar em concreto. Quando se celebra um contrato o devedor não se vincula a, e o credor não deseja, uma prestação abstrata. Se compromete e se almeja a realização concreta de determinada atividade que vai atingir determinado fim.

Parecendo defender a adoção do conceito de prestação em concreto para a análise da ocorrência de impossibilidade, cita-se CALVÃO DA SILVA<sup>467</sup>, ANTUNES VARELA<sup>468</sup>, LURDES

<sup>464</sup> LURDES PEREIRA, 2001, p. 16-17.

<sup>465</sup> LURDES PEREIRA, 2001, p. 17.

<sup>466</sup> LURDES PEREIRA, 2001, p. 17.

<sup>467</sup> “(...) se a casa a demolir se desmorona antes, a prestação do devedor é impossível, porque ele se vinculou a demolir aquela casa e não aos trabalhos abstractamente necessários à demolição.”. CALVÃO DA SILVA, 1995, p. 88.

<sup>468</sup> “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

PEREIRA<sup>469</sup> e PIRES<sup>470</sup>. Já aparentemente considerando a prestação em sentido abstrato, MENEZES LEITÃO<sup>471</sup> e BRANDÃO PROENÇA<sup>472</sup>. Ou seja, os primeiros autores parecem verificar se a prestação efetivamente pode ser prestada em concreto, se não puder, a prestação é considerada impossível. Já os autores que defendem a adoção da prestação em sentido abstrato defendem que não haveria que se falar em impossibilidade se o devedor, abstratamente, tiver a capacidade de cumprir.

Considerando a ação de prestar em concreto, entende-se, a princípio, que vários dos exemplos acima citados deveriam ser reconduzidos à noção de impossibilidade superveniente da prestação independentemente do conceito de prestação (resultado *versus* conduta do devedor) adotado: se a igreja foi bombardeada e destruída, é efetivamente impossível que seu teto seja pintado (como seria possível pintar algo que não existe mais, no caso, o teto?); se o navio não está mais encalhado, é impossível rebocá-lo; se o aluno tornou-se surdo é impossível que continue tendo aulas de canto (pelo menos, do ponto de vista das aulas tradicionais); se o paciente se cura sozinho, ou se morre antes da cirurgia, o médico não poderá operá-lo: é impossível curar alguém já curado ou alguém que já faleceu (no caso de a operação não ser uma autópsia).

Dessa forma, considerou-se necessário trazer tais considerações antes de se adentrar no posicionamento da doutrina quanto à recondução das hipóteses de consecução do fim por via diversa, desaparecimento do fim e frustração do fim à impossibilidade. Entende-se que a adoção

---

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.” ANTUNES VARELA, 1997, p. 76-77.

<sup>469</sup> “A “prestação” do art. 790, n. 1, deverá, assim, integrar todas as circunstâncias ou condutas indispensáveis ao cumprimento da obrigação. Ora, é, tanto quanto sabemos, pacífico que entre elas se contam também todas aquelas realidades, “exteriores” à conduta do devedor, que condicionam a realização do resultado da prestação – se, por exemplo, é destruído o automóvel que o mecânico se havia comprometido a reparar, o cumprimento deixa seguramente de ser viável (a execução do conjunto de actos que compõem o seu contributo para a obtenção do resultado, quando não “aplicados” naquele específico automóvel, não poderá certamente qualificar-se como cumprimento). Daí que se possa ter por assente que o preceito em causa faz referência a um conceito alargado de prestação. Sob esta perspectiva não existem quaisquer razões que aconselhem a uma redução do espaço próprio do “direito da impossibilidade.” LURDES PEREIRA, 2001, p. 85-86.

<sup>470</sup> (...) a obrigação nunca pode ser concebida descontextualizada do negócio e do objeto que a caracteriza”. PIRES, 2018, p. 335-336.

<sup>471</sup> “A nosso ver, estes casos não se reconduzirão a hipóteses de impossibilidade de prestação, uma vez que a acção abstrata de prestar se mantém como possível”. MENEZES LEITÃO, 2018, p. 124.

<sup>472</sup> “Se nesta dupla factualidade a realização da prestação continua a ser abstratamente possível (o empreiteiro “pode” pintar ou demolir a casa que o terremoto fez ruir; o médico não está impedido de operar o doente que ficou repentinamente curado ou morreu antes da intervenção cirúrgica; o restaurador “pode” restaurar a cómoda que o incêndio destruiu), ou seja, se o devedor pode não chegar a perder a sua *Leistungshandlung* ou “capacidade de prestar” (é paradigmático o caso do veículo cujo motor começa a trabalhar antes da chegada do reboque), também é certo que o cumprimento perdeu, como dizem MEDICUS/LORENZ, todo o seu sentido contratual, já que o credor viu frustrada a prestação (no sentido em que não a pode receber) ou conseguiu o seu resultado de forma acidental (por facto fortuito ou de terceiro).” BRANDÃO PROENÇA, 2019, p. 246-247.

do conceito de prestação em concreto, muitas vezes, seria prejudicial à análise da prestação como conduta ou resultado e, conseqüentemente, ao direcionamento das hipóteses citadas à impossibilidade.

Entretanto, mesmo se entendendo aqui que tal análise seria prejudicial, é importante destacar que parte significativa da doutrina reconhece que os casos de consecução do fim por via diversa e desaparecimento do fim seriam reconduzidos à impossibilidade superveniente da prestação ao se considerar a prestação como resultado.

PIRES escreve que os casos de consecução do fim por via diversa do cumprimento e de desaparecimento do fim são normalmente tratados como hipótese de impossibilidade superveniente tanto no Direito Alemão<sup>473</sup> como no Direito Português<sup>474</sup>. Tal ocorreria pela adoção de um conceito alargado da prestação, suscetível de integrar o resultado da mesma, que resultaria em uma ampliação do âmbito regulativo da impossibilidade<sup>475</sup>. MENEZES LEITÃO entende que tais casos não se reconduziriam a hipóteses de impossibilidade de prestação, pois, como visto acima, entende que a ação abstrata de prestar ainda seria possível. Contudo, como o credor não mais retiraria qualquer benefício da ação, tal exercício se mostraria disfuncional, então tais casos deveriam ser equiparados à impossibilidade para exoneração do devedor<sup>476</sup>.

OLIVEIRA interpreta o conceito de prestação como resultado, englobando não só os casos de consecução do fim por via diversa, como também os casos de frustração do fim do contrato<sup>477</sup>. MENEZES CORDEIRO similarmente indica que a cessação de um dever de prestar principal por esgotamento, supressão ou perturbação de seu escopo seria chamada de “impossibilidade imperfeita”<sup>478</sup>.

VAZ SERRA sustenta que “*o interesse do credor é elemento essencial da obrigação e, portanto, desaparecendo ele, a obrigação extingue-se*”<sup>479</sup> e aparenta equiparar os casos de frustração e consecução do fim por via diversa do cumprimento à impossibilidade<sup>480</sup>. BAPTISTA MACHADO, contrariamente a maior parte da doutrina portuguesa aqui citada – que considera o interesse do credor e, portanto, o resultado da prestação –, aduz que haveria sobreposição dos casos de impossibilidade da prestação como resultado com os casos de mora do credor.

---

<sup>473</sup> PIRES, 2018, p. 342.

<sup>474</sup> PIRES, 2018, p. 343.

<sup>475</sup> PIRES, 2018, p. 343.

<sup>476</sup> MENEZES LEITÃO, 2018, p. 124.

<sup>477</sup> OLIVEIRA, 2011, p. 511 e ss.

<sup>478</sup> MENEZES CORDEIRO, 2017a, p. 364.

<sup>479</sup> VAZ SERRA, 1955, p.137.

<sup>480</sup> VAZ SERRA, 1955, 134 e ss.

Portanto, os casos redirecionados aos art. 790 e seguintes do CCP se limitariam àqueles do ato de prestar como conduta do devedor<sup>481</sup>.

LURDES PEREIRA faz a ressalva, desde o início, de que não analisaria se o fim de emprego faria parte do conteúdo da prestação, devido à complexidade do tema que fugiria do escopo proposto<sup>482</sup>. Assim, a autora não toma parte, por exemplo, quanto aos casos de frustração do fim contratual. É dado na obra um enfoque maior na adoção dos conceitos de prestação como resultado *versus* prestação como ação de prestar e prestação em sentido concreto *versus* prestação em sentido abstrato. Sobre tais conceitos, LURDES PEREIRA escreve que a ação de prestar do credor corresponderia à prestação em sentido abstrato e a prestação enquanto resultado corresponderia à prestação em sentido concreto<sup>483</sup>. No primeiro não se teria em conta, por exemplo, questões externas à prestação enquanto no segundo sim. Dessa forma, o entendimento de LURDES PEREIRA, ao defender o conceito de prestação em sentido concreto, como visto acima, parece se aproximar de outros já expostos aqui, em que eventos como o desaparecimento do fim do negócio poderiam ser equiparados à impossibilidade.

Saindo do Direito Português, LARENZ versa sobre o desaparecimento do substrato da prestação (como nos exemplos dados pelo autor, a destruição de uma casa que seria reformada pelo fogo, ou da igreja cujas pinturas seriam restauradas, ou o falecimento do menino que deveria ser educado), afirmando que nesses casos o contrato perderia sua base objetiva<sup>484</sup>. LARENZ também trabalha com os casos de frustração do fim<sup>485</sup> e da consecução do fim por via diversa da prestação<sup>486</sup>, em que haveria o desaparecimento da base objetiva do negócio, e que muitas vezes levariam à impossibilidade de alcançar o fim, que seria, segundo o autor, muito difícil de distinguir dos casos de impossibilidade da prestação<sup>487</sup>. Nesse sentido, é importante pontuar que o autor escreve que a impossibilidade da prestação dependeria de ser possível ao devedor executar o ato da prestação em si. Dever-se-ia se prescindir, assim, do substrato da prestação que o devedor não teria que proporcionar<sup>488</sup>. Ou seja, LARENZ parece defender a noção da prestação em sentido abstrato, considerando que a prestação não seria impossível se o devedor, abstratamente, pudesse executá-la.

---

<sup>481</sup> BAPTISTA MACHADO, 1988, p. 81-82.

<sup>482</sup> LURDES PEREIRA, 2001, p. 35 e ss.

<sup>483</sup> LURDES PEREIRA, 2001, p. 309.

<sup>484</sup> LARENZ, 2002, p. 117.

<sup>485</sup> LARENZ, 2002, p. 142 e ss.

<sup>486</sup> LARENZ, 2002, p. 149 e ss.

<sup>487</sup> LARENZ, 2002, p. 157.

<sup>488</sup> LARENZ, 2002, p. 147.

Vê-se que o tema é controverso no direito estrangeiro<sup>489</sup>, havendo, principalmente, discussões acerca do sentido de prestação a se adotar (em sentido abstrato ou em sentido concreto) e o que estaria englobado em tal conceito (o resultado útil da prestação ou apenas a conduta do devedor). Percebe-se também que parece haver coincidência na adoção conjunta da prestação em sentido concreto e no resultado útil da prestação e na prestação em sentido abstrato e na prestação enquanto conduta do devedor. Como já pontuado, entende-se não ser possível ignorar a realidade concreta e se considerar a prestação apenas como uma viabilidade ou possibilidade da conduta do devedor, sem considerar os elementos factuais que são subjacentes a tal ação. Feitas essas considerações, passa-se a analisar o exposto pela doutrina brasileira.

No contexto brasileiro, MARTINS-COSTA e HAICAL admitem, considerando a ideia de prestação como resultado, a inserção da hipótese de desaparecimento do fim comum do negócio jurídico no âmbito da impossibilidade superveniente da prestação<sup>490</sup>. E, em outra obra, MARTINS-COSTA, em coautoria com COSTA E SILVA, além de considerarem que as hipóteses de consecução do fim por via diversa e desaparecimento do fim conduziriam à impossibilidade superveniente da prestação, escrevem que:

a solução mais rente ao sistema será a de considerar a hipótese de frustração do fim atrelada à Teoria da Impossibilidade, como uma de suas espécies, pois se o fim é – como aqui se sustenta – intrínseco, e não meramente extrínseco ao conceito de prestação, a sua frustração o atinge inelutavelmente<sup>491</sup>.

Nesse mesmo sentido, cita-se DEIAB que defende que a frustração do fim do contrato seria uma hipótese de impossibilidade relativa<sup>492</sup>.

Em sentido oposto, tem-se GOMES, NANNI e COGO. GOMES pontua que nos casos de frustração do fim a prestação continuaria possível – não sendo hipótese assim de impossibilidade – e que ela apenas deixaria de ser interessante por ter perdido sentido o seu cumprimento<sup>493</sup>. De maneira similar, NANNI frisa que na frustração do fim a prestação permaneceria possível e que a inutilidade da prestação levaria tão-somente à sua ineficácia<sup>494</sup>.

---

<sup>489</sup> Apesar de não trabalhado aqui, cita-se também a discussão sobre o tema no Direito Italiano, por exemplo, em FERRANTE, 2009.

<sup>490</sup> MARTINS-COSTA; HAICAL, 2019, §51.

<sup>491</sup> MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 181.

<sup>492</sup> DEIAB, 2014, p. 165.

<sup>493</sup> GOMES, 1980, p. 103.

<sup>494</sup> NANNI, 2020, p. 238-239.

Reconhece, no entanto, que os casos de consecução do fim por meio diverso do cumprimento seriam hipóteses de impossibilidade superveniente<sup>495</sup>.

COGO, por sua vez, analisa diversas das considerações levantadas aqui, como a ideia de prestação em sentido concreto, prestação como resultado e obras como as de LURDES PEREIRA, NANNI e PIRES, para chegar a um conceito de prestação, verificar quais casos seriam reconduzidos à impossibilidade superveniente da prestação e analisar as fronteiras desse instituto com a frustração do fim do contrato<sup>496</sup>. Assim, COGO sustenta que apenas os casos de consecução da finalidade por meio diverso do contrato ou de alteração no substrato da prestação (casos de desaparecimento do fim) seriam considerados como impossíveis<sup>497</sup>. Isso, segundo escreve, não seria contrário, e na verdade se alinharia, à ideia de prestação como resultado exposta por LURDES PEREIRA<sup>498</sup>. Apesar de serem externos à prestação<sup>499</sup>, algumas circunstâncias e resultados se alinhariam de forma tal ao ato de prestar que acabariam por definir a prestação (como no caso do navio que se desencilha sozinho por ação do mar)<sup>500</sup>. Continua, afirmando que a prestação tem um fim concreto que não pode ser desconsiderado como, no caso do exemplo, desencilhar aquele navio (se alinhando, com isso, à ideia de prestação como resultado) portanto, seria efetivamente uma hipótese de impossibilidade da prestação<sup>501</sup>. A prestação não poderia ser mais executada em sentido concreto.

Mas, continua COGO, não seria todo resultado que se vincularia de forma tão próxima da prestação, se tornando um verdadeiro elemento constitutivo dessa<sup>502</sup>. Não obstante, apesar de não integrar de modo indissociável a prestação, o resultado pode integrar o conteúdo do negócio jurídico, que autorizaria a aplicação da frustração do fim do negócio<sup>503</sup>. Nos casos de frustração, a prestação não se tornaria impossível, apenas perderia seu sentido<sup>504</sup>. Via de regra, conforme aduz COGO, o fim seria externo à prestação, configurando apenas um fator de eficácia do negócio jurídico<sup>505</sup>.

Desse modo, percebe-se que COGO adota a noção de prestação em sentido concreto e como resultado, mas nem por isso considera que o fim integra o conteúdo de toda prestação.

---

<sup>495</sup> NANNI, 2020, p. 232-233.

<sup>496</sup> COGO, 2021, p. 131 e ss.; 224 e ss.

<sup>497</sup> COGO, 2021, p. 133.

<sup>498</sup> COGO, 2021, p. 133.

<sup>499</sup> Ressalta-se, entende-se que seria externo à prestação apenas se se considerar a prestação em sentido abstrato.

<sup>500</sup> COGO, 2021, p. 133.

<sup>501</sup> COGO, 2021, p. 135.

<sup>502</sup> COGO, 2021, p. 136.

<sup>503</sup> COGO, 2021, p. 137.

<sup>504</sup> COGO, 2021, p. 230-231.

<sup>505</sup> COGO, 2021, p. 229.

De toda forma, o fim não perderia a sua relevância nos negócios jurídicos, pois seria um elemento de eficácia dos negócios, mas não seria elemento constitutivo da prestação.

Reconhece-se que as considerações trazidas podem ter, na verdade, trazido mais dúvidas do que respostas. É um tema complexo que divide a doutrina, mas se tentará fazer um breve resumo abaixo do exposto (talvez pecando pela repetição), das conclusões que se pode chegar e se apresentará o posicionamento adotado.

Tem-se basicamente o seguinte cenário. A prestação pode ser vista em sentido abstrato ou em sentido concreto. No primeiro caso não são consideradas as situações externas à prestação, apenas a capacidade do devedor de prestar determinada conduta abstratamente (destruir *um* muro ou desencalhar *um* navio). Já no segundo caso, se considera e se analisa as circunstâncias concretas que circundam a prestação (como a existência *daquele* muro ou o fato de *aquele* navio estar efetivamente encalhado). Como já pontuado algumas vezes, defende-se a adoção da prestação em sentido concreto, pois o negócio – e a prestação – são voltados a uma situação concreta, não fazendo sentido se analisar abstratamente a questão. Ademais, a prestação pode ser entendida enquanto resultado (aquele que é almejado pelo credor) ou enquanto mera ação do devedor (a conduta que deve ser tomada para prestar). Conforme também já visto, é comum se ver a coincidência entre prestação em sentido abstrato com a prestação enquanto ação do devedor e prestação em sentido concreto com a prestação enquanto resultado. Aqui, faz-se breve parêntesis.

Quando se diz “prestação enquanto resultado” não necessariamente se refere ao fim de emprego almejado pelo credor. Na verdade, normalmente não é isso que se quer dizer. A ideia do “resultado” trabalhado por boa parte da doutrina, como visto acima, parece se relacionar mais com a questão da prestação em concreto do que com a verdadeira consecução do interesse do credor. Como se adota e se defende aqui a noção de prestação em sentido concreto, adota-se também a ideia de prestação enquanto resultado no sentido esclarecido neste parágrafo.

Fecha-se o parêntesis para continuar trabalhando a noção de prestação, agora em relação mais especificamente ao interesse do credor. Por ter íntima relação com esse interesse (o devedor presta algo porque foi contratado pelo credor para tanto), a prestação acaba se comunicando com diversas outras figuras. Citou-se aqui principalmente três: a consecução do fim por via diversa do contratado, o desaparecimento do fim e a frustração/perturbação do fim do negócio. Essas, por atingirem a prestação e por toda a construção doutrinária subjacente, tiveram que ser brevemente analisadas.

A consecução do fim por via diversa e o desaparecimento do fim se confundem com a impossibilidade. Em tais casos, via de regra, não é mais possível prestar (não se pode

desencalhar um navio que já não está mais encalhado ou fazer uma operação para curar alguém que já faleceu). Como defendido pela doutrina, o resultado da prestação estaria intimamente ligado à prestação em si, motivo pelo qual o resultado comporia o conteúdo da prestação e, conseqüentemente, poder-se-ia dizer que haveria impossibilidade. Contudo, entende-se que a explicação para se direcionar tais casos à impossibilidade é mais direta, tomando como premissa a noção de prestação em sentido concreto: a prestação, via de regra, simplesmente se tornou impossível, pois, no mundo fático, não pode mais ser prestada. Tal conclusão prescinde de se verificar a eventual íntima relação entre o resultado e a prestação. A conclusão não deixa de ser a mesma, apenas os caminhos tomados para se chegar nela podem diferir levemente.

Falta, então, a análise quanto aos casos de frustração ou perturbação do fim. Esses diferem, e são mais difíceis de serem reconduzidos à impossibilidade superveniente da prestação, pois não há efetivamente uma impossibilidade: eles podem ser prestados, apenas o interesse do credor não poderia ser satisfeito. Então é preciso saber: o interesse do credor integraria o conteúdo da prestação para se poder afirmar que essa se tornou impossível?

Novamente aqui, antes de se buscar responder tal questionamento, algumas ponderações devem ser feitas, dessa vez, a respeito do risco de emprego ou de utilização da obrigação e da relevância do interesse do credor devem ser feitos.

Usualmente, como se sabe, o risco de emprego da obrigação é do credor, enquanto o risco da prestação é do devedor<sup>506</sup>. Isso significa que enquanto o devedor corre os riscos de majoração dos custos ou agravamento da prestação, o risco que o credor suporta traduz-se em a prestação não servir ao fim a que se destinava<sup>507</sup>. Essa alocação de riscos pode ser mitigada em determinadas hipóteses, como na revisão do contrato em caso de onerosidade excessiva (art. 478 do CC/02 e seguintes) e na aplicação das regras da frustração do fim do contrato (quando o fim era comum às partes, compunha a base objetiva do negócio, dentre outros requisitos).

Ainda, mesmo sendo a utilidade da prestação um risco usualmente alocado ao credor, a relevância de seu interesse não pode ser menosprezada. O interesse do credor, como já destacado neste trabalho, não só é um dos principais pilares do negócio, como, ao fim e ao cabo, é um dos motivos que levou à conclusão do negócio e que direciona a conduta do devedor. Não por outro motivo, é capaz de converter as impossibilidades temporária e parcial em, respectivamente, definitiva e total.

---

<sup>506</sup> “As duas grandes regras sobre a distribuição do risco contratual dizem-nos que o devedor corre o “risco de prestação” e o credor corre o “risco de utilização”. BAPTISTA MACHADO, 1988, p. 18.

<sup>507</sup> BAPTISTA MACHADO, 1988, p. 18



No entanto, não se entende que tal interesse do credor teria o condão de levar à noção de prestação a utilidade ou o fim de emprego da obrigação – mesmo que conhecido e comum às partes. O conteúdo da prestação, em sentido concreto, permanece o mesmo (a conduta concreta do devedor buscando a satisfação do interesse do credor) e eventual frustração do fim não leva à impossibilidade, pois a prestação não deixou de poder ser executada: apenas não possui mais a mesma relevância ou utilidade para o credor. Isso é diferente de a prestação ter se tornado impossível<sup>508</sup>.

Entende-se que abarcar os casos de frustração na impossibilidade superveniente da prestação tiraria a autonomia e as especificidades do instituto. Novamente aqui, não é porque a resposta não é dada pela teoria da impossibilidade que a questão fica sem resposta. Defende-se que a impossibilidade abrange os casos de desaparecimento do fim do negócio e consecução do fim por via diversa, pois nesses efetivamente não se pode mais prestar. Para essas situações, as questões de distribuição de risco entre as partes, as consequências de sua ocorrência, eventuais custos já incorridos e a necessidade de reembolsos devem ser devidamente analisadas caso a caso.

Por fim, e a título conclusivo, é importante que seja analisada também, no caso concreto, qual foi a prestação pactuada. Isso é dizer, deve-se ter noção do que foi acordado entre as partes para que não se chegue a um momento em que o credor venha a exigir que o credor preste *aliud*, prestação completamente diversa, porque aquela efetivamente pactuada se impossibilitou. É de se ter em conta não apenas o objeto acordado, mas a distribuição de riscos contratuais e as expectativas de cada parte por meio de uma interpretação do negócio firmado.

---

<sup>508</sup> Cita-se alguns casos em que entendeu-se que a frustração do fim não levaria à impossibilidade superveniente da prestação: (i) TJSP; Apelação Cível 1001039-93.2017.8.26.0333; Relator (a): Osvaldo de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Público; Foro de Macatuba - Vara Única; Data do Julgamento: 17/12/2019; Data de Registro: 17/12/2019 (no caso, o autor utilizava o transporte de van para se locomover para a faculdade e alegou que teria ocorrido uma impossibilidade superveniente da prestação do uso do transporte, pois teve que parar de frequentar as aulas – conseqüentemente, parou de utilizar o transporte contratado – por tratamento médico, contudo, foi entendido na decisão que o autor teria se comprometido a custear o valor do transporte independentemente de utilizá-lo); (ii) TJSP; Apelação Cível 0061241-41.2011.8.26.0114; Relator (a): Edgard Rosa; Órgão Julgador: 27ª Câmara Extraordinária de Direito Privado; Foro de Campinas - 3ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 07/08/2017; Data de Registro: 14/11/2017 (a frustração do escopo almejado pelas partes, utilização de serviço de telemarketing para atender todas as franqueadas do China in Box, por circunstância que não lhes pode ser imputada diretamente, qual seja, o interesse e o comportamento de terceiros – franqueados que não aderiram ao serviço e consumidores que continuaram a ligar no telefone das lojas –, não poderia ser equiparada à impossibilidade superveniente de cumprimento da prestação, decisão analisada por COGO, 2021, p. 296-297).

## 4.2 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

A noção de prestação, e o que ela abrange, talvez sejam ainda mais difíceis do que a definição do que seria impossível. Com mais dúvidas e incertezas do que efetivamente respostas, buscou-se dar conclusões também acerca do que seria a “prestação”, e o que ela englobaria, quando se fala em impossibilidade superveniente da prestação.

Como exposto, entende que se deve sempre considerar a prestação em sentido concreto, não abstrato. Ou seja, a possibilidade de se prestar considerando as circunstâncias factuais existentes e não apenas a possibilidade de o credor de maneira abstrata (é possível ao devedor derrubar aquele muro específico *versus* é possível ao devedor derrubar *um* muro). Ao lado da prestação em sentido concreto e em sentido abstrato, existe também a noção de prestação como resultado e prestação como conduta do devedor, sendo aquela normalmente ligada à prestação em sentido concreto e, essa, à prestação em sentido abstrato.

Ao se considerar a prestação em sentido concreto, os casos de consecução do fim por via diversa e de desaparecimento do fim acabam sendo, quase que automaticamente, direcionados à impossibilidade superveniente da prestação: eles, na realidade e no caso concreto, não podem ser prestados (considera-se a realidade e não apenas a possibilidade que o credor teria, abstratamente, de prestar). Questão diversa, e mais complexa, é quanto aos casos de frustração ou perturbação do fim.

Estes, apesar de serem relevantes e merecerem resposta do ordenamento, não deveriam ser reconduzidos à impossibilidade: entende-se que a utilidade ou o fim de emprego não integraria o conceito de prestação, sendo externo a essa figura, e, ainda, nesses casos não haveria que se falar em uma impossibilidade de prestar, pois a prestação pode ser executada, apenas perdeu a sua utilidade ao credor.

Delineadas as noções de impossibilidade e prestação, passa-se a se tratar da aplicação da impossibilidade superveniente da prestação no Direito Brasileiro.

## 5 A APLICAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DA PRESTAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

Nesse capítulo, se responderá então à segunda pergunta que se propôs responder neste trabalho: qual a aplicação da impossibilidade superveniente da prestação no Direito Brasileiro? Isso é, como a impossibilidade se manifesta na prática e quais são os seus efeitos nas obrigações e na relação entre as partes. Para isso, como adiantado na Introdução, se trabalhará com as classificações da impossibilidade. Nesse sentido, cita-se o escrito por GUEDES e BICHARA que ilustra a relação entre as modalidades da impossibilidade e seus efeitos:

O tema [impossibilidade] é tão rico, que se desdobra numa série de classificações, porque o acontecimento inevitável pode impactar a vida dos contratos de diversas formas, gerando variados efeitos que podem culminar na própria extinção do dever de prestar. A importância dessas classificações, portanto, não se revela apenas no plano teórico ou acadêmico, mas também no prático, e os efeitos que advêm de cada uma dela são distintos<sup>509</sup>.

Com as devidas escusas, já se pontua que as considerações feitas abaixo podem parecer um pouco repetitivas, principalmente se comparadas com o escrito sobre o Direito Português, em que se trouxe um foco maior nos vários tipos de impossibilidade. Metodologicamente, considerou-se mais adequado tratar das temáticas, ainda que similares, de forma separada. O importante aqui é se verificar em que medida as lições do direito comparado são aplicáveis no Direito Brasileiro, tendo em conta tanto a legislação pátria, como a doutrina e a jurisprudência brasileiras. As lições de direito estrangeiro serão mencionadas mais a título comparativo do que propriamente para embasar qualquer conclusão aqui exposta.

Ainda sobre as classificações da impossibilidade, se perceberá que o CC/02 adota alguns padrões de impossibilidade em seus dispositivos (impossibilidades definitiva, total e objetiva), similarmente ao que foi visto como padrão no Direito Português. Se trabalhará com cada uma juntamente com seu contraponto (respectivamente, impossibilidades temporária, parcial e subjetiva).

Além de trabalhar com essas modalidades, se falará também das impossibilidades imputáveis ou não-imputáveis às partes (e qual a consequência de cada uma), assim como sobre como se dá a extinção da prestação, um dos efeitos mais comuns da impossibilidade superveniente da prestação. Feitos os esclarecimentos, inicia-se a exposição.

---

<sup>509</sup> GUEDES; BICHARA, 2021, p. 627.

## 5.1 IMPOSSIBILIDADES DEFINITIVA E TEMPORÁRIA

Inicialmente, será abordada a impossibilidade definitiva e o seu contraponto, a impossibilidade temporária. Como o próprio nome indica, e como também já foi explorado quando se tratou do Direito Português, a impossibilidade superveniente definitiva da prestação ocorre, em geral, quando não é mais possível prestar, nem agora, nem no futuro. Já a impossibilidade temporária se verifica quando o impedimento à prestação é meramente temporário e será possível ao devedor executar a sua obrigação após certo tempo.

Cabe aqui rememorar o que foi trazido acerca da legislação brasileira em termos de impossibilidade (principalmente o CC/02) para se verificar se haveria previsão específica acerca de tal tema – ou, mais especificamente, se haveria a classificação das impossibilidades em definitiva e temporária e as consequências de cada uma – e, se não, o que traz a doutrina sobre tais tipos de impossibilidade no ordenamento jurídico brasileiro e, também, o como e o porquê de adotarmos tal divisão.

Já respondendo a primeira provocação: o CC/02 não traz uma divisão da impossibilidade entre definitiva e temporária. Nas modalidades das obrigações, como visto, há apenas referência à perda do objeto (nas obrigações de dar e restituir, arts. 234, 238 e 239), com a consequente resolução da obrigação, e à resolução das obrigações de fazer e não fazer devido à impossibilidade da prestação (arts. 248 e 250). O art. 393, que versa sobre a força maior, apenas trata da exoneração do devedor, nada dizendo a respeito do destino da obrigação (por exemplo, se haverá sua resolução ou suspensão enquanto durar o evento de força maior). Percebe-se assim que, quando falamos das regras gerais sobre a impossibilidade superveniente da prestação, o foco parece ser sempre na impossibilidade definitiva, uma vez que há a previsão expressa de extinção da obrigação.

Contudo, interessa pontuar o previsto no art. 625, I, do CC/02 que, como citado no Capítulo II, prevê a possibilidade de suspensão da obra por empreiteiro por motivo de força maior. Ou seja, ainda que indiretamente, a legislação parece reconhecer que a força maior pode causar um impedimento meramente temporário e que, enquanto esse vigorar, haverá a suspensão da prestação.

Não obstante a ausência de regramento exposto, é de amplo conhecimento que, na prática, podem ocorrer diversas situações em que há um obstáculo apenas temporário à prestação. Cita-se o exemplo de embargos econômicos a um país, a doença do devedor em obrigação de fazer infungível, restrições de circulação impostas devido a uma pandemia (como

ocorreu com a pandemia da COVID-19). Em todos esses casos, verifica-se, pelo menos a princípio, uma impossibilidade temporária à prestação: os embargos econômicos podem ser levantados, o devedor pode-se curar e a pandemia pode-se encerrar (ou ao menos as restrições vigentes).

A doutrina brasileira também entende por adotar tal divisão, traçando características e efeitos bem parecidos com o que se viu no Direito Português. Nesse sentido, cita-se, por exemplo, CESA, MARTINS-COSTA e AGUIAR JÚNIOR que reconhecem expressamente a existência das duas modalidades, temporária e definitiva. Segundo CESA, a impossibilidade temporária paralisaria a exigibilidade da prestação e manteria o vínculo até que a causa da impossibilidade cesse ou até que se extingam os interesses do credor na prestação<sup>510</sup>. Similarmente, MARTINS-COSTA escreve que as obrigações nos casos de impossibilidade temporária ficam em “estado latente”, recobrando o seu vigor tão logo o evento tenha cessado<sup>511</sup>. Nos casos em que a impossibilidade temporária conduza à inutilidade da prestação para o credor, haverá o efeito de transformação da impossibilidade, que apesar de temporária, tem efeitos definitivos na prestação<sup>512</sup>. Esse, destaca-se, também é o entendimento de PONTES DE MIRANDA<sup>513</sup> e de GOMES<sup>514</sup>.

AGUIAR JÚNIOR, cabe pontuar, faz uma divisão dentre as impossibilidades temporárias, aquelas de efeito instantâneo (a prestação não pode ser executada no prazo acordado, mas poderá ser prestada no dia seguinte ou em qualquer outro dia) ou permanente (o médico contratado adoece sem prognóstico de recuperação, ou seja, há incerteza quanto à recuperação)<sup>515</sup>. Esses casos de incerteza serão mais bem trabalhados abaixo.

Posto que se pode adotar a divisão entre “temporária” e “definitiva” para classificar a impossibilidade superveniente da prestação<sup>516</sup>, deve-se fazer algumas considerações acerca do interesse do credor na prestação (que é de grande tônica no tema, como já pôde ser visto acima),

---

<sup>510</sup> CESA, 2007, p. 39.

<sup>511</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 304.

<sup>512</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 388.

<sup>513</sup> PONTES DE MIRANDA, 2012, XXIII, §2.795.

<sup>514</sup> GOMES, 1981, p. 176.

<sup>515</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 100.

<sup>516</sup> Apesar de tal divisão não constar expressamente no CC/02, como visto, é vastamente adotada pela doutrina, tem menções (ainda que indiretas) na parte especial do CC/02 e sabe-se que tais tipos de eventos podem, e acontecem, na prática. Como na modalidade das obrigações as menções feitas à resolução da obrigação nos levam à impossibilidade definitiva, entende-se que a impossibilidade temporária poderia ser aplicada por meio do art. 393 (que não traz diretamente as consequências da força maior fora a exoneração). Não há mora (art. 396, CC/02) e a contraprestação também fica suspensa (art. 476, CC/02).

da vinculação do devedor à prestação e das incertezas que podem existir quando não se sabe ao certo quando (e se) a prestação será novamente possível.

É inegável a relevância do interesse do credor para a prestação<sup>517</sup> e não são necessárias maiores considerações do que as já trazidas acima para indicar que se o credor perder objetivamente o interesse na prestação devido a um impedimento temporário da prestação, pode esse ser considerado definitivo para todos os efeitos. Não faz sentido manter o credor vinculado a uma prestação que não pode mais satisfazer os seus interesses<sup>518</sup>.

Maiores questionamentos e dúvidas podem surgir quando se trata da obrigação de vinculação do devedor à prestação e, também, acerca dos cenários em que há incerteza de ambas as partes sobre quando, ou se, o devedor poderá executar a prestação.

Para ilustrar o primeiro caso, pense-se na hipótese de um escritor, contratado por uma editora para escrever um livro, sofrer um acidente e ficar em coma por um ano. A editora ainda pode ter interesse na produção da obra (talvez até mais interesse que antes, se se considerar a história do autor de ter acordado após um ano de coma). Contudo, o autor, apesar de manter todas as suas condições físicas, mentais e psíquicas após acordar do coma (e um período de recuperação), pode não desejar mais escrever o livro contratado ou mesmo desejar deixar de ser escritor. O autor estaria obrigado a escrever o livro?

Já para o segundo caso, pode-se considerar exemplo semelhante, em que o escritor está em coma, mas não se sabe quando, ou se, ele irá acordar. Ainda, o romance é uma ficção e não se pode dizer que a editora, de grande porte, perderia o interesse ao deixá-lo de publicar no prazo originariamente acordado (o romance é “atemporal” e poderia ser publicado, por exemplo, até dez anos depois sem prejuízos). A editora é obrigada a aguardar o escritor acordar do coma, pelo período que seja, pois não perdeu o interesse na publicação do livro?

Em relação ao primeiro exemplo, traz-se inicialmente que, via de regra, conforme escreve PONTES DE MIRANDA, “*se o interesse do credor continua, o devedor está obrigado a prestar, salvo se foi estabelecido, explícita ou implicitamente, que o devedor não poderia*

---

<sup>517</sup> “Acompanhando a doutrina dominante, nós entendemos que o critério para a distinção [entre mora e inadimplemento absoluto] reside, efetivamente, na possibilidade ou impossibilidade, mas essa possibilidade ou impossibilidade, com maior precisão, não há de se referir ao devedor e sim, ao credor: possibilidade ou não de receber a prestação, o que é diferente”. ALVIM, 1980, p. 41; “O interesse do credor – assente na necessidade ou situação de carência de que ele é portador e na aptidão da prestação para satisfazer tal necessidade – é que define a função da obrigação. NANNI, 2021, p. 31.

<sup>518</sup> Relembra-se o exemplo citado quando se tratava do Direito Português: a costureira, contratada para fazer o vestido de uma noiva, adoece antes da conclusão do trabalho e a expectativa é que se recupere duas semanas após a realização da festa de casamento.

*prestar depois de cessar o obstáculo*<sup>519</sup>. Contudo, é importante se verificar caso a caso se a vinculação do devedor à prestação não poderia ser gravemente contrária ao que as partes pactuaram quando celebraram o contrato. Não se pode relegar o interesse do devedor nesses casos e, se a espera pela superação da impossibilidade se mostrar irrazoável, poderá ele próprio requerer a conversão da impossibilidade temporária em definitiva<sup>520</sup>. É interessante citar novamente o previsto no art. 1256 do *Codice Civile* de que a obrigação se extinguirá se a impossibilidade perdurar até que, em relação ao título da obrigação ou a natureza do objeto, o devedor já não possa ser considerado obrigado a prestar ou o credor já não tenha mais interesse em obter a prestação. Ou seja, tem-se no contexto italiano a preocupação não apenas com o interesse do credor, mas também com a vinculação do devedor à prestação.

Já em relação ao segundo caso, se considera, similarmente, que poderia afrontar o inicialmente previsto e esperado pelas partes, inclusive ferindo princípios como a previsibilidade e a segurança jurídica, manter os contratantes vinculados diante de cenário de grande incerteza quando à possibilidade de se executar a prestação pactuada. Nesse sentido, tanto PIRES<sup>521</sup> no Direito Português, como GUEDES e BICHARA<sup>522</sup>, PONTES DE MIRANDA<sup>523</sup> e BIAZI<sup>524</sup> no Direito Brasileiro<sup>525</sup>.

<sup>519</sup> PONTES DE MIRANDA, 2010, XXIII, §2.795.

<sup>520</sup> GUEDES; BICHARA, 2021, p. 647.

<sup>521</sup> PIRES, 2019, p. 225 e ss.

<sup>522</sup> “Assim, ainda que o obstáculo seja essencialmente temporário, por vezes não será possível determinar quando ocorrerá a sua remoção e, conseqüentemente, o momento em que se poderá cumprir a prestação pactuada. A fundada incerteza acerca do momento de superação do impedimento ao dever de prestar pode tornar inexigível a manutenção da relação obrigacional, isto é, poderá, também nessa hipótese, o impedimento temporário produzir efeitos como se definitivo fosse.”. GUEDES; BICHARA, 2021, p. 641.

<sup>523</sup> “Ainda assim, o interesse pode subsistir, porém não ilimitadamente no tempo. O conserto do automóvel pode ser feito após aquele em que se esperava, talvez, até, mês ou meses após, mas o credor é que conhece a necessidade e ter o carro em funcionamento desde logo. Trata-se de lapso temporal de adimplemento útil, ou prazo do interesse na prestação, que se não confunde com o prazo do negócio jurídico (e.g., “até o dia 7”, “até o Natal”). Se a impossibilidade apanha o dia em que se havia de prestar, ou até quando se havia de prestar, mais o prazo do interesse na prestação, tem-se por definitiva a impossibilidade.”. PONTES DE MIRANDA, 2012, XXIII, p. 189.

<sup>524</sup> “Ora, o interesse útil do credor no cumprimento da obrigação poderá até subsistir, mas não dura eternamente – e nem lhe é imposto esta consequência. Se a impossibilidade é temporária mas apanha tempo suficiente para que o credor perca o interesse útil na prestação, a impossibilidade temporária converte-se em definitiva, impondo a resolução da relação jurídica obrigacional.”. BIAZI, 2021, p. 85.

<sup>525</sup> Citam-se alguns casos em que a incerteza quanto ao tempo em que a prestação poderia ser prestada levou à decisão de que a impossibilidade seria considerada definitiva: (i) TJSP; Apelação Cível 1002063-35.2016.8.26.0417; Relator (a): Viviani Nicolau; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro de Paraguaçu Paulista - 3ª Vara; Data do Julgamento: 04/08/2020; Data de Registro: 05/08/2020 (foi realizada permuta de lote com unidades de futuro empreendimento imobiliário que seria construído em tal lote, contudo, diante de incerteza quanto ao tempo necessário para a superação dos entraves burocráticos para o desenvolvimento do empreendimento imobiliário, o contrato de permuta foi resolvido); (ii) TJSP; Apelação Cível 0035366-49.2012.8.26.0562; Relator (a): Castro Figliolia; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Privado; Foro de Santos - 4ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 11/05/2016; Data de Registro: 12/05/2016 (os bens a serem transportados em contrato de transporte marítimo internacional foram apreendidos no porto pela Receita Federal haveria mais de um ano, sem expectativa de quando seriam liberados); (iii) TJSP; Apelação Com Revisão 9075316-

Concluindo o acima exposto, é sabido que, na prática, ocorrem situações em que pode haver impossibilidade temporária ou definitiva de prestar. No caso da definitiva, há a extinção da obrigação (maiores detalhes sobre tal tema serão traçados no item 5 deste capítulo). Já no caso da temporária, há a mera suspensão da exigibilidade da obrigação. Ainda, importante analisar no caso concreto o interesse do credor, a vinculação do devedor e possíveis incertezas concernentes à prestação para se verificar quando uma impossibilidade temporária pode ser considerada definitiva.

## 5.2 IMPOSSIBILIDADES TOTAL E PARCIAL

Similarmente ao caso das impossibilidades definitiva e temporária, temos também a impossibilidade total e a que se opõe a ela, a impossibilidade parcial. Essa, como o próprio nome denota (e como também abordado no Direito Português), atinge apenas parte da prestação enquanto a outra afeta a prestação como um todo. Também de maneira similar às modalidades vistas logo acima, os casos de impossibilidade total e parcial a princípio parecem não ser expressamente previstos no CC/02 (pelo menos da forma mais tradicional, como se abordará logo abaixo), sendo as regras concernentes à impossibilidade normalmente relacionadas ao “padrão” da impossibilidade total.

Aqui, cabe desde já fazer ressalva sobre os arts. 235 e 236 do CC/02, que versam sobre a deterioração da coisa nas obrigações de dar coisa certa. É previsto no primeiro que *“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”* e, no segundo, *“sendo culpado o devedor, poderá o credor exigir o equivalente, ou aceitar a coisa no estado em que se acha, com direito a reclamar, em um ou em outro caso, indenização das perdas e danos”*. A redação do artigo, ao fazer referência à deterioração de *uma* coisa e à aceitação pelo credor da coisa *no estado em que se acha*, parece mais indicar casos em que um bem sofre uma deterioração (por exemplo, um tapete é manchado ou o veículo é arranhado), do que hipóteses em que parte dos bens que seriam entregues se perde.

---

32.2001.8.26.0000; Relator (a): Waldemar Nogueira Filho; Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Sebastião - 1.VARA CIVEL; Data do Julgamento: N/A; Data de Registro: 28/04/2006 (impossibilidade superveniente temporária de desenvolvimento do empreendimento por restrições legais que se converteu em definitiva, pois, passados 21 anos, ainda haveria discussão com Ministério Públicos e entes federais sobre o empreendimento).



Esse segundo exemplo (perda de parte das coisas) se aproxima mais da ideia tradicional de impossibilidade parcial. Não obstante, como visto no Direito Português, há parcela da doutrina que reconhece que os casos em que o bem se torna defeituoso (há uma perda qualitativa ao invés de uma perda quantitativa) também seriam casos de impossibilidade parcial<sup>526</sup>. Ainda, no Direito Italiano, como acima abordado, tem-se que o *Codice Civile* prevê em seu art. 1258 que a impossibilidade parcial se aplica igualmente à deterioração (perda da qualidade) da coisa. Também se frisa que há aqueles na doutrina brasileira, como CESA, que reconhecem que os arts. 235 e 236 abrangeriam ambos os casos de impossibilidade (quantitativa e qualitativa)<sup>527</sup>. Se for adotada essa interpretação, haveria regra expressa sobre os dois modelos de impossibilidade parcial (quantitativa e qualitativa) no CC/02.

Escreve MARINO que se pode “*considerar assentada a presença da impossibilidade superveniente parcial em nosso sistema jurídico*”<sup>528</sup>. De toda forma, reconhece que não haveria no Direito Brasileiro regra geral sobre a impossibilidade parcial, dispondo os arts. 235, 236 e 240 apenas sobre a impossibilidade parcial no âmbito restrito das obrigações de dar e de restituir coisa certa<sup>529</sup>. Como já notado, entende-se que a redação dos dispositivos citados se aproxima da ideia de uma deterioração qualitativa da coisa, não quantitativa. De toda forma, pode ser possível interpretá-los como abrangendo também a perda de parte das coisas que deveriam ser entregues pelo devedor.

Além disso, diversos outros autores também reconhecem e aplicam a divisão “total” e “parcial” aos casos de impossibilidade no ordenamento brasileiro (como comentado no item anterior, é certo que tais tipos de caso se verificam na prática, entendendo-se ou que há regra específica sobre o tema no CC/02). AGUIAR JÚNIOR defende a aplicação do art. 235 para os casos de impossibilidade parcial, aplicável ao caso análogo da deterioração<sup>530</sup>. MARTINS-COSTA pontua que para tais casos, a natureza da prestação (se divisível ou indivisível) será determinante, além de ressaltar possível problemática quanto à contraprestação, que deverá ser reduzida proporcionalmente se não houver uma contraprestação específica para cada “parte”<sup>531</sup>.

---

<sup>526</sup> Nesse sentido, cita-se também MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 159.

<sup>527</sup> “É claro que as regras sobre a deterioração [arts. 235 e 236] são aplicáveis aos casos nos quais há um perecimento quantitativo do objeto. Seriam também para a impossibilidade “qualitativa”? Entende-se, genericamente, que sim. Contudo, a impossibilidade parcial qualitativa limita-se pelas regras dos vícios, nos casos de contratos regidos pelo Código Civil.”. CESA, 2007, p. 39.

<sup>528</sup> MARINO, 2020, p. 328.

<sup>529</sup> MARINO, 2020, p. 328.

<sup>530</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 101.

<sup>531</sup> MARTINS-COSTA, 2009, p. 305.

Ademais, como no caso da impossibilidade temporária, deve ser observado o interesse do credor no cumprimento de apenas parte da prestação<sup>532</sup>.

Feitas as considerações acima, em resumo parece se ter o seguinte cenário: a princípio, não parece haver regra geral acerca da impossibilidade parcial no CC/02, contudo, a depender da interpretação dada, pode-se entender que haveria regra sobre a impossibilidade parcial (qualitativa e quantitativa) nas obrigações de dar e restituir coisa certa<sup>533</sup>. A impossibilidade parcial pode passar a ser considerada uma impossibilidade total caso o credor perca justificadamente o interesse na prestação meramente parcial<sup>534</sup>. A análise acaba sendo, também nesses casos, casuística.

Nos casos de impossibilidade parcial, havendo interesse do credor, o devedor se exonera prestando apenas a parte da obrigação que ainda é possível (se a impossibilidade não for imputável a ele). Já no caso da total, a prestação é extinta como um todo, como se abordará em mais detalhes abaixo.

Por fim, conclui-se que muitas das considerações acerca do Direito Português também podem ser aplicadas aqui, nas devidas proporções.

### 5.3 IMPOSSIBILIDADES OBJETIVA E SUBJETIVA

Cabe, por fim, fazer algumas considerações sobre as impossibilidades objetiva e subjetiva que, como a classificação indica, dizem respeito, respectivamente, aos impedimentos que atingem o objeto da prestação ou a pessoa do devedor. Novamente aqui se remete às considerações já feitas acima sobre o Direito Português e se examinará em que medida a impossibilidade subjetiva é admitida no Direito Brasileiro. O CC/02, também aqui, não traz regras gerais sobre tais casos, sendo necessário analisar as normas existentes sobre impossibilidade já aqui citadas para se verificar se ambos os casos são reconhecidos pelo ordenamento brasileiro e liberam o devedor na hipótese de sua ocorrência.

---

<sup>532</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 101; MARINO, 2020, p. 336; MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 159; BIAZI, 2021, p. 88.

<sup>533</sup> As regras relativas às obrigações divisíveis e indivisíveis também podem ser relevantes para a construção da impossibilidade parcial (arts. 257 a 263, CC/02), assim como o art. 476, CC/02 (exceção do contrato não cumprido): não pode o devedor exigir a contraprestação como um todo se a sua prestação foi apenas parcialmente executada.

<sup>534</sup> Relembra-se o exemplo citado quando se falou do Direito Português sobre a entrega de apenas parte dos livros que fazem parte de uma coleção, ou a entrega de uma enciclopédia incompleta. No contexto brasileiro, cita-se também o disposto no art. 313 do CC/02: O credor não é obrigado a receber prestação diversa da que lhe é devida, ainda que mais valiosa.

Ainda a título introdutório, relembra-se o já aduzido algumas vezes neste trabalho: a impossibilidade subjetiva não se confunde com a relativa e a objetiva não se confunde com a absoluta<sup>535</sup>. Fazendo essa mesma ressalva acerca da confusão usualmente feita, confirmam-se DIAS<sup>536</sup> e MARTINS-COSTA, em coautoria com COSTA E SILVA<sup>537</sup>.

Mas, antes de se analisar propriamente os dispositivos do CC/02, citam-se algumas considerações da doutrina sobre tal tema. PONTES DE MIRANDA, por exemplo, como até já citado no Capítulo 3, não reconhece o efeito exoneratório da impossibilidade subjetiva<sup>538</sup>, o que é objeto de crítica por COUTO E SILVA<sup>539</sup>. CESA, similarmente a esse, também entende que a impossibilidade subjetiva libera o devedor<sup>540</sup>. BIAZI, por sua vez, defende que o devedor só é liberado pela impossibilidade subjetiva nos casos de obrigação de fazer infungível, as obrigações de fazer fungíveis ou qualquer outra modalidade de obrigação, não o liberariam<sup>541</sup>.

DIAS, por sua vez, tece mais considerações sobre o tema (que, como se vê, é complexo e divide a doutrina), que serão abordadas aqui, em conjunto com a análise sobre as impossibilidades objetiva e subjetiva em cada modalidade de obrigação.

Em primeiro lugar, em relação às obrigações de dar. Por sua vez, estas se dividem em obrigação de dar coisa certa e coisa incerta. Em relação à obrigação de dar coisa incerta, sabe-se que a perda do objeto não exonera o devedor de sua obrigação, mesmo se esse não tiver qualquer culpa na perda do bem (art. 246). Os casos de obrigação de dar coisa genérica não se enquadram na categoria de impossibilidade (como o bem ainda existe, é possível que o devedor o entregue: o gênero não perece, concretizando o brocardo *genus nunquam perit*). Já em relação à perda da coisa certa, prevê o CC/02 que é resolvida a obrigação se o devedor não agiu com

<sup>535</sup> Como já exposto, a classificação “subjetiva” e “objetiva” faz referência à impossibilidade atingir o devedor ou a prestação, enquanto “relativa” e “absoluta” dizem respeito ao impedimento: uma dificuldade, mesmo que muito grande versus a efetiva impossibilidade de cumprir.

<sup>536</sup> “(...) há duas imprecisões importantes. De um lado, é comum a identificação das impossibilidades objetiva e subjetiva com absoluta e relativa. Essa mistura é equívoca, pois cada uma dessas classificações refere-se a modalidades distintas de impossibilidade.”. DIAS, 2021, p. 176.

<sup>537</sup> “Comumente esse critério [objetiva e subjetiva] vem confundido na doutrina com o que se examinará a seguir, qual seja, o da impossibilidade absoluta e relativa, sendo frequente a confusão entre impossibilidade absoluta/objetiva e relativa/subjetiva.”. MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2020, p. 163.

<sup>538</sup> Dentre outras passagens, o autor cita que “a impossibilidade que aqui nos interessa é somente a impossibilidade objetiva (total ou parcial)” e “impossibilidade objetiva superveniente é impossibilidade de prestar”. PONTES DE MIRANDA, 2012, XXIII, §2.795.1.

<sup>539</sup> COUTO E SILVA, 2006, p. 99 e ss.

<sup>540</sup> CESA, 2007, p. 38.

<sup>541</sup> BIAZI, 2021, p. 76-77. No mesmo sentido, NANNI: “Na obrigação de fazer personalíssima, a impossibilidade subjetiva, como a doença incurável de um artista, impede a execução forçada sendo a obrigação extinta, a não ser que tenha o devedor agido com culpa, o que se vislumbra bastante difícil no exemplo dado. Contudo, ainda na impossibilidade subjetiva, tendo o obrigado atuado culposamente, se a prestação de fato puder ser realizada por terceiro, é cabível o cumprimento coercitivo à custa do devedor”. NANNI, 2018, p. 400.

culpa (art. 234). Por outro lado, em caso de culpa do devedor, responde ele pelo equivalente mais perdas e danos, conforme previsto no mesmo artigo.

Se a coisa se perdeu, a prestação é impossível não apenas para o devedor, mas para todos, correto? Não necessariamente. Se se considera a hipótese de furto ou roubo do bem, pode-se considerar que há uma perda do objeto, mas a obrigação não se tornou impossível para todos (quem o furtou ou roubou ainda poderia prestar). Nessa mesma linha, DIAS escreve que “*em caso de obrigação de dar coisa certa, na qual o bem foi roubado ou alienado a terceiro, a impossibilidade não é objetiva, mas sim subjetiva*”<sup>542 543</sup>.

E se o objeto foi alienado para terceiro, como traz DIAS? Aqui, similarmente, se o terceiro comprador não quiser alienar o bem (coisa certa) ao devedor, não poderá este prestar. No entanto, esse terceiro poderia efetivamente cumprir a obrigação, motivo pelo qual não se pode falar em impossibilidade objetiva, que ninguém poderia cumprir.

Entende-se assim que se deve considerar ambos os casos acima retratariam hipóteses de impossibilidade superveniente subjetiva (há pessoas que podem prestar). Essas ainda poderiam ser absolutas ou relativas (sendo que as relativas não são verdadeiras hipóteses de impossibilidade, mas são mencionadas aqui a título exemplificativo). Se a coisa foi furtada sem vestígios ou pistas, o devedor pode empreender seus melhores esforços e nunca a encontrar. Também pode ocorrer de o devedor não tomar o devido cuidado com o bem (causando a impossibilidade) ou não buscar quaisquer meios para solucionar o furto ou roubo (como abrir um boletim de ocorrência na delegacia em havendo uma possibilidade real de o bem ser encontrado). Esse último caso poderia se enquadrar na “impossibilidade” relativa, pois com maiores esforços a dificuldade (não impossibilidade, pois a impossibilidade é apenas a absoluta) poderia ser superada.

Já nos casos de venda de um mesmo bem para duas pessoas, dificilmente terá agido o devedor sem dolo ou culpa, uma vez que, ao menos, negligentemente alienou o mesmo bem para duas pessoas. O caso concreto deve ser sempre analisado, mas entende-se que,

---

<sup>542</sup> DIAS, 2021, p. 179.

<sup>543</sup> Abordado o tema, cita-se os julgados (i) TJSP; Apelação Cível 1002830-68.2019.8.26.0126; Relator (a): Francisco Loureiro; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Privado; Foro de Caraguatatuba - 2ª Vara Cível; Data do Julgamento: 15/09/2020; Data de Registro: 15/09/2020; (ii) TJSP; Apelação Cível 1004157-48.2018.8.26.0590; Relator (a): Marcos Ramos; Órgão Julgador: 30ª Câmara de Direito Privado; Foro de São Vicente - 6ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/08/2020; Data de Registro: 11/08/2020. No primeiro, foi reconhecido que haveria impossibilidade superveniente de adjudicação do imóvel por herdeira do promissário comprador, pois este foi dado em dação de pagamento, por herdeiros do promitente vendedor, a terceiro de boa-fé e, no segundo, foi considerado que haveria impossibilidade superveniente de devolução do veículo financiado, uma vez que referido veículo foi alienado a terceiro por meio de leilão promovido pelo banco financiador.

normalmente, haverá que se falar casos em que a impossibilidade é imputável ao próprio devedor, o que se verá em seguida.

Entende-se então que pode haver casos de impossibilidade subjetiva nas modalidades das obrigações de dar que efetivamente exoneram o devedor (claro, nas hipóteses em que a impossibilidade não é imputável a ele)<sup>544</sup>.

Abordados os casos de obrigação de dar, sabe-se que, com certeza, os casos mais pensados quando se fala em impossibilidade subjetiva são aqueles que dizem respeito às obrigações de fazer. E, aqui, será feita nova divisão para se analisar as hipóteses de obrigações de fazer fungíveis ou infungíveis. O caso das infungíveis parece abrir menos margem para discussão. Se há uma impossibilidade de o devedor prestar, e apenas ele poderia fazê-lo, a obrigação pode ser considerada como impossibilidade subjetiva ou, mesmo, objetiva, pois ninguém poderia prestá-la, apenas o devedor, mas que também foi impossibilitado de cumprir. Se o devedor não pode prestar, e nenhum terceiro pode cumprir tal obrigação, dificilmente poderá se afastar a existência de impossibilidade aqui.

As hipóteses de obrigação de fazer fungível, ou seja, que terceiro poderia executar a prestação contratada no lugar do devedor, comportam maiores discussões. Poderia o credor exigir que o devedor contrate terceiro para o substituir? Teria o devedor a obrigação de fazê-lo? Entende-se que não. O art. 248 traz a resolução da obrigação em caso de impossibilidade nas obrigações de fazer e o art. 249 prevê que “*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*”. O credor poderia contratar terceiro, às custas do devedor, nas hipóteses de recusa ou mora do devedor em prestar – situações então que o incumprimento é imputável ao devedor. No caso de impossibilidade não-imputável ao devedor, que atinja apenas ele próprio (considere-se a hipótese de um pintor contratado para pintar um quarto, mas sofre um acidente e deve ficar de cama por alguns meses), o devedor não teria a obrigação de se fazer substituir: não houve recusa ou mora deste. Assim, a impossibilidade subjetiva exonera o devedor.

Contrariamente à conclusão acima, DIAS entende que a formulação legal “*se a prestação do fato tornar-se impossível*” (art. 248) se referiria tão-somente aos casos de impossibilidade objetiva (impossibilidade do fato em si)<sup>545</sup>. Ainda, em relação ao art. 249, sustenta que referido dispositivo se aplicaria apenas aos casos de impossibilidade subjetiva imputável ao devedor. Para os casos de impossibilidade subjetiva não-imputável haveria uma lacuna no ordenamento

---

<sup>544</sup> Também reconhecendo que podem existir tais hipóteses, DIAS, 2021, p. 183.

<sup>545</sup> DIAS, 2021, p. 184.

e a melhor saída seria a aplicação, por analogia (conforme prescreve o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), do art. 249 (o credor pode mandar a prestação ser executada por terceiro às custas do devedor)<sup>546</sup>.

Entretanto, não se pode concordar com tal análise. Em primeiro lugar, não se vê razões para se interpretar o art. 248 como sendo aplicável apenas aos casos de impossibilidade objetiva. Não é porque a linguagem é impessoal, e faz referência à prestação de um “fato”, que ela diria respeito apenas aos casos de impossibilidade objetiva. O “fato” pode, muito bem, ser a prestação de um serviço pelo devedor que se tornou impossível por determinado evento que atinja somente ele (impossibilidade subjetiva). Em segundo lugar, o art. 249 prevê que o credor pode exigir que o devedor custeie a prestação de serviço, mas apenas se o devedor recusar a prestação ou estiver em mora. *A contrario sensu*, se não houver recusa ou mora do devedor (impossibilidade subjetiva não imputável), não pode o credor exigir que o devedor arque com os custos de terceiro que venha a lhe substituir. Dessa forma, a impossibilidade subjetiva o exonera. Por fim, e em terceiro lugar, se houvesse que se falar em lacuna (o que se entende que não há) e aplicação analógica de alguma norma, entende-se que deveria ser do previsto no art. 248 e não no art. 249. O último é aplicado apenas a casos em que o incumprimento é imputável ao devedor, não podendo haver analogia para casos em que não há sua culpa.

Nas obrigações de não fazer (art. 250), por fim, também não parece haver maiores questionamentos. Nessa modalidade de obrigação, o devedor se abstém de, pessoalmente, praticar um ato. O dito nos casos das obrigações de fazer infungíveis (que a impossibilidade pode ser considerada até mesmo objetiva, tendo em conta que apenas o devedor poderia prestar) também pode ser aplicado aqui. Como a pessoa do devedor é relevante nessas hipóteses (ele se absteve de praticar um ato), a superveniente impossibilidade pode ser considerada objetiva (nem ele, nem ninguém, pode deixar de praticar o ato). De toda forma, a classificação entre subjetiva e objetiva nas obrigações de fazer e de não fazer não parece trazer maiores consequências práticas, visto que se defende aqui que ambas as modalidades exoneram o devedor.

Em resumo, entende-se que a impossibilidade subjetiva é exoneratória no Direito Brasileiro, podendo ser identificada e aplicada nas várias modalidades das obrigações previstas no CC/02.

---

<sup>546</sup> DIAS, 2021, p. 185.

#### 5.4 IMPOSSIBILIDADES IMPUTÁVEL E NÃO-IMPUTÁVEL

Apesar de não ser uma classificação que é normalmente vista na doutrina junto às demais acima trabalhadas (mas que, não obstante, é analisada e de extrema relevância), é importante também se trazer breves considerações sobre as consequências das impossibilidades imputável e não-imputável tanto ao devedor, como ao credor (apesar de ser mais comum haver casos de impossibilidade imputável ao devedor, há também hipóteses em que é o credor quem impossibilita o cumprimento da prestação contratada).

Quando se pensa nos casos de impossibilidade imputável ao devedor, pode-se trazer, por exemplo, a destruição da coisa que seria entregue ao credor, de forma dolosa ou culposa, pelo devedor; uma joia que foi vendida por “A” à “B”, mas, antes da entrega, foi roubada porque “A” não a protegeu adequadamente; “C” vendeu o mesmo quadro para “D” e “E” e, após entregá-lo à “D”, não pode entregá-lo à “E”; “F” vende um cavalo à “G”, mas não o alimenta adequadamente e o cavalo vem a falecer antes da tradição. São diversos os exemplos.

Já nos casos da impossibilidade imputável ao credor, cita-se a contratação do devedor para a realização da pintura de um quarto da casa do credor, mas, no dia acordado, o credor (injustificadamente) impede a entrada do devedor em sua casa; a aquisição de um produto pelo credor que demandaria que este tivesse determinada licença, mas esse, culposamente, deixa de obtê-la e não pode receber a mercadoria; ou, quando da vistoria do bem adquirido (após a aquisição, mas antes da tradição), o credor acaba por destruir a coisa.

Na maior parte do presente trabalho, acaba-se por se fazer referência aos casos de impossibilidade superveniente não-imputável a qualquer das partes<sup>547</sup>: quando se trata da exoneração do devedor, suspensão ou extinção da obrigação, força maior ou caso fortuito, ou mesmo dos limites a que o devedor está adstrito, está se pensando nas hipóteses de impossibilidade não-imputável. Essas podem ocorrer por diversos motivos, sejam eventos da natureza, supervenientes proibições legais ou atos de terceiros.

Dessa forma, entende-se que a maior parte das considerações acerca dos casos em que a impossibilidade não é imputável às partes já foi feita ao longo do trabalho. Ainda, mais algumas serão feitas no tópico seguinte quando se abordar a extinção da prestação em

---

<sup>547</sup> “(...) é certo que o devedor somente responde pela impossibilidade quando houver culpa, sendo melhor aqui falar-se em nexo de imputação (que poderá ser culposa ou objetiva, por exemplo)”. STEINER, 2012, p. 712; “Assim, se não houver fato imputável – isto é, atribuível – ao devedor (ou ao credor, na *mora creditoris*), não se poderá falar, em bom rigor técnico, em inadimplemento”. MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2012, p. 155.

decorrência da impossibilidade. Dessa forma, se abordará brevemente aqui a questão da impossibilidade imputável.

Como pode-se ver nas regras relativas à impossibilidade nas modalidades de obrigação, a consequência primordial dos casos de impossibilidade imputável ao devedor é o surgimento do dever de indenizar (arts. 234, 236, 248, 251, CC/02). Nesse sentido, AGUIAR JÚNIOR escreve sobre as opções disponíveis ao credor em caso de impossibilidade imputável ao devedor:

Quando a impossibilidade resulta de ato imputável ao devedor, não há a extinção *ex vi legis* da relação obrigacional, porquanto o credor pode manter o contrato, promover a execução pelo equivalente (a em espécie se impossibilitando) e, com base no art. 389 do Código Civil, pedir perdas e danos. A essa solução é que se acrescenta, ainda, a opção pela extinção do contrato, com o exercício do direito formativo de resolução igualmente cumulado com o pedido de perdas e danos (art. 475)<sup>548</sup>.

CESA escreve que a impossibilidade imputável ao devedor altera o conteúdo do vínculo, “[o] devedor, que antes devia a prestação que se impossibilitou, agora deve a indenização substitutiva, mas o vínculo não se extingue”<sup>549</sup>. MARTINS-COSTA e COSTA E SILVA também aduzem que, quando a impossibilidade é imputável ao obrigado, ela gera efeitos idênticos aos do inadimplemento, notadamente, o nascimento do dever de indenizar<sup>550</sup>. Nesse mesmo sentido, SILVEIRA e CACHAPUZ<sup>551</sup>, PONTES DE MIRANDA<sup>552</sup> e STEINER<sup>553</sup>.

Tem-se então, resumidamente, que a impossibilidade superveniente não-imputável a qualquer das partes gera a exoneração e a extinção ou suspensão da prestação (a depender de ser uma impossibilidade definitiva ou temporária). Nos casos de impossibilidade imputável, seja ao devedor ou ao credor, não há a exoneração e os seus efeitos e consequências são os mesmos do inadimplemento. Se tratará mais especificamente sobre a extinção da prestação, e sobre as controvérsias existentes acerca da extinção da prestação quando ainda subsiste um dever de indenizar, logo a seguir.

<sup>548</sup> AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 103.

<sup>549</sup> CESA, 2007, p. 37.

<sup>550</sup> MARTINS-COSTA; COSTA E SILVA, 2012, p. 155.

<sup>551</sup> “O tratamento jurídico da impossibilidade por equiparação corresponderá, pois, – quando imputável ao devedor – aos efeitos do inadimplemento da relação jurídica obrigacional.”. SILVEIRA; CACHAPUZ, 2019, p. 1442-1443.

<sup>552</sup> PONTES DE MIRANDA, 2012, XXV, §3.103.

<sup>553</sup> “Não há razão para deixar de considerar as consequências da impossibilidade superveniente imputável ao devedor como análogas às do inadimplemento absoluto, uma vez que, tornada impossível a prestação com culpa do devedor, necessariamente haverá descumprimento obrigacional, a teor do art. 389 do Código Civil.”. STEINER, 2009, p. 112.



## 5.5 EXTINÇÃO DA PRESTAÇÃO

Um dos efeitos mais comuns da impossibilidade superveniente é a extinção da prestação. Há algumas exceções, pois a impossibilidade pode causar apenas a suspensão da exigibilidade da prestação por determinado lapso temporal (impossibilidade temporária) ou afetar apenas parte da prestação (impossibilidade parcial), hipótese essa que a prestação será extinta apenas parcialmente, devendo ser cumprida a parte que ainda é possível da obrigação. Postas essas considerações, alguns questionamentos devem ser feitos. Haveria a extinção da prestação, da obrigação como um todo ou do contrato (e qual seria a diferença entre eles)? A extinção acontece *ipso iure* ou demanda algum pronunciamento judicial? Há também a extinção da prestação quando a impossibilidade é imputável a alguma das partes?

Para tais respostas, serão feitas breves considerações de alguns temas que, apesar de não diretamente parte do escopo do presente trabalho, são correlatos.

Iniciando com o primeiro questionamento, para respondê-lo deve-se primeiro traçar superficialmente as diferenças entre a prestação, a obrigação e o contrato. Os contratos, usualmente, contêm diversas obrigações de ambas as partes. Não é porque uma obrigação do contrato se tornou impossível que esse, necessariamente, deverá ser encerrado. O contrato pode prever uma série de obrigações independentes, podendo as demais serem prestadas se apenas uma se tornar impossível. Por exemplo, a contratação de um empreiteiro para a construção de uma casa e uma piscina. Não é porque descobriu-se ser impossível a construção da piscina que a casa não será construída e o negócio deverá ser encerrado.

Assim, é importante verificar a relevância da obrigação para o contrato. Se for a obrigação principal (apesar de existirem outras), pode não existir mais razões para o contrato subsistir. O caso a caso, também aqui, deverá ser analisado. Destaca-se ainda que, sendo um contrato sinalagmático, é necessário verificar qual seria a contraprestação pela prestação impossível, pois essa não será devida.

Já em relação aos conceitos de prestação e obrigação, a diferença pode ser mais sutil. Se utilizou de ambos os termos de forma intercambiável durante o trabalho, mas reconhece-se que há diferenças (mas que, no contexto em que foram utilizados, não houve maiores prejuízos em tratá-los como sinônimos). A obrigação compreende, além da prestação (que representaria

os deveres primários<sup>554</sup>), os deveres secundários<sup>555</sup> e acessórios<sup>556</sup>. O conceito de prestação, por sua vez, foi abordado no Capítulo 4 acima.

Entende-se que, mesmo com a impossibilidade da prestação, o devedor ainda deve observar os deveres secundários e acessórios<sup>557</sup>, notadamente aquelas relativas à boa-fé, como os deveres de informação e proteção da contraparte. Como um exemplo claro, cita-se a obrigação do devedor de informar o credor acerca da ocorrência da impossibilidade, sob pena inclusive de ter que arcar com os gastos adicionais que o credor pode vir a ter feito diante da demora do devedor em notificá-lo.

Dessa forma, entende-se de maneira geral que a impossibilidade extingue a prestação, ainda havendo deveres acessórios que precisam ser observados e, a depender da prestação que se impossibilitou, o contrato pode também vir a ser encerrado.

Passa-se assim, em segundo lugar, para a resposta da questão seguinte: se a extinção da obrigação aconteceria *ipso iure* ou demandaria um pronunciamento judicial. Entende-se, como também o fazem AGUIAR JÚNIOR<sup>558</sup> e MARTINS COSTA<sup>559</sup>, que a extinção ocorre *ipso iure*. Chega-se a essa conclusão ao se analisar as normas do CC/02 relativas à impossibilidade

---

<sup>554</sup> “a) os deveres principais ou primários da prestação: que são os elementos determinantes da obrigação, caracterizando a sua individualidade. Constituem o núcleo central do objeto da prestação, em que se satisfazem diretamente os interesses das partes. É o caso, “*verbi gratia*”, na compra e venda, da entrega da coisa vendida pelo vendedor e o pagamento do preço pelo comprador;”. NANNI, 2021, p. 24; MARTINS-COSTA, 2018, *ebook*.

<sup>555</sup> “b) os deveres secundários ou acidentais de prestação: correspondem a outras prestações, funcionalizadas em relação à prestação principal, que visam complementá-la. Permitem modalidades: deveres secundários meramente acessórios da prestação principal, destinados a preparar o cumprimento ou a assegurar a perfeita execução da prestação, como é o caso, na compra e venda, do dever de conservar a coisa vendida até a entrega ou o dever de embalá-la e transportá-la, e os deveres secundários substitutivos ou complementares da prestação principal, ou deveres secundários com prestação autônoma (prestações sucedâneas do dever principal de prestação), como o dever de indenizar as perdas e danos em decorrência do inadimplemento culposo do devedor, do direito a uma prestação por força da extinção do contrato em virtude de denúncia da outra parte, ou deveres de prestações coexistentes com a prestação principal, sem a substituírem, como o direito a indenização em caso de mora ou cumprimento defeituoso da prestação principal”. NANNI, 2021, p. 24. Também: COUTO E SILVA, 2006, p. 91 e ss e da entrega da coisa vendida pelo vendedor e o pagamento do preço pelo comprador;”. NANNI, 2021, p. 24; MARTINS-COSTA, 2018, *ebook*.

<sup>556</sup> “c) os deveres acessórios ou laterais de conduta: que não integram direta nem secundariamente a prestação principal, mas são, todavia, essenciais ao correto processamento da relação obrigacional, ou seja, à exata satisfação dos interesses globais envolvidos na relação obrigacional complexa. Eles criam as condições para consecução do objeto da prestação, sem estorvo, do fim visado. A matriz dos deveres acessórios de conduta é o princípio da boa-fé, os quais encontram categorização variável na doutrina. Os mais frequentes aludidos são os deveres de cooperação, de auxílio, de proteção, de informação, de esclarecimento, de cuidado, de lealdade, de sigilo etc.”. NANNI, 2021, p. 24-25; da entrega da coisa vendida pelo vendedor e o pagamento do preço pelo comprador;”. NANNI, 2021, p. 24; MARTINS-COSTA, 2018, *ebook*.

<sup>557</sup> COUTO E SILVA, 2006, p. 92 e ss.

<sup>558</sup> “O direito formativo de resolver não surge em caso de incumprimento imputável, pois aqui a lei incide diretamente sobre o fato, resolvendo a obrigação. A obrigação se extingue *ipso jure*, independentemente de sentença constitutiva, ficando sem eficácia a relação obrigacional válida.”. AGUIAR JÚNIOR, 2003, p. 102.

<sup>559</sup> “(...) teremos, então, a impossibilidade não-imputável, que libera o devedor e o desonera do pagamento de perdas e danos, afastando a possibilidade de o credor invocar o direito à resolução, pois há extinção *ipso iure* na forma dos arts. 234, 1ª parte; 235, 1ª parte; 238, 1ª parte; e 240, 1ª parte.”. MARTINS-COSTA, 2009, p. 381.

superveniente que preveem que a obrigação se resolve em caso de impossibilidade (arts. 234, 238, 248 e 250). No caso desses dispositivos, não se fala de uma opção do credor resolver a obrigação (como no caso do art. 235) ou um pronunciamento judicial nesse sentido. Seu efeito é automático.

A extinção *ipso iure*, ademais, corrobora o já trazido acerca da adoção de um conceito absoluto de impossibilidade. Se ainda se pode discutir se a prestação poderá ser cumprida pelo devedor, ainda que mediante inauditos esforços, não é caso de impossibilidade e não pode se falar em extinção *ipso iure* da prestação. Nesses casos, seria necessário que um terceiro, juiz ou árbitro, determinasse se a extrema dificuldade seria equiparável ou não à impossibilidade. Tal lógica é similar à mencionada no Capítulo 1, relativamente aos efeitos dos §275/1, 275/2 e 275/3 do BGB. No caso da impossibilidade “real” ou “tradicional”, do §275/1, há a extinção *ipso iure* da obrigação. Já os casos de impossibilidade prática (§275/2) e pessoal (§275/3) representam um meio de defesa do devedor caso o credor requeira a sua execução.

Por fim, e em terceiro lugar, questiona-se se haveria também a extinção da obrigação mesmo nos casos em que a impossibilidade é imputável a alguma das partes. Isso, pois, como subsistirá um dever de indenizar, tal dever representaria uma modificação da obrigação original (que subsiste) ou uma nova obrigação autônoma? Sabe-se que o tema é controverso, e complexo, motivo pelo qual não se pretende fazer análise exaustiva sobre o assunto aqui. Há autores, como, por exemplo COUTO E SILVA<sup>560</sup>, NANNI<sup>561</sup>, BIAZI<sup>562</sup> e OLIVEIRA<sup>563</sup> (esse último no contexto português) que defendem ser a mesma obrigação, mas que sofreu uma modificação. Já GOMES DA SILVA<sup>564</sup> (também no contexto português) e TERRA em coautoria com GUEDES<sup>565</sup> entendem que haveria novo dever que conservaria algumas das características da obrigação original (como os acessórios e garantias).

O que se pontua é que o CC/02, no tema da impossibilidade, apenas menciona a extinção da obrigação nos casos de impossibilidade não-imputável, o que pode corroborar a primeira corrente citada. Não obstante, independentemente do caminho adotado, fato é que, em caso de

---

<sup>560</sup> COUTO E SILVA, 2006, p. 82 e ss.

<sup>561</sup> NANNI, 2021, p. 24.

<sup>562</sup> BIAZI, 2021, p. 111.

<sup>563</sup> Escreve OLIVEIRA: A relação obrigacional em sentido estrito extingue-se, porque se extingue o dever primário de prestação; a relação obrigacional em sentido amplo (relação obrigacional complexa) não se extingue, mas modifica-se – e modifica-se porque se substitui o dever primário de prestação por um dever secundário de indenização. OLIVEIRA, 2011. p. 560.

<sup>564</sup> GOMES DA SILVA, 1944, p. 352.

<sup>565</sup> “Há, a um só tempo, a extinção das obrigações prestacionais e o nascimento de outras obrigações – de restituir e de ressarcir –, sem prejuízo da incidência de deveres de conduta impostos pela boa-fé objetiva, imperativos durante todo o desenvolvimento da relação contratual.”. TERRA; GUEDES, 2020, p. 397.

impossibilidade imputável a uma das partes, essa responde pelos prejuízos arcados pela outra parte como se tivesse inadimplido o contrato, como visto acima.

Pelo exposto, vê-se que a matéria da extinção da prestação, diretamente relacionada à impossibilidade superveniente de se prestar, dialoga com vários outros pontos debatidos do direito das obrigações. Buscou-se aqui trazer alguns dos posicionamentos existentes na doutrina, ainda que sem maiores aprofundamentos, traçando quais seriam as consequências práticas caso verificada uma impossibilidade superveniente de prestar.

## 5.6 CONCLUSÃO DO CAPÍTULO

Como visto, a impossibilidade pode se manifestar de diversas formas e, assim, causar diversos impactos no programa contratual pactuado. A prestação pode ser extinta – total ou parcialmente –, suspensa, modificada (ou substituída)<sup>566</sup>, podendo haver um dever de indenizar tanto por parte do devedor como do credor. Por trazer essas diversas consequências, a matéria da impossibilidade dialoga de forma próxima com diversas outras do direito obrigacional e contratual. Sendo assim, quando cabível, se fez referências a tais temas correlatos.

É essencial que sempre se analise, como sempre ocorre no Direito, o caso concreto, a relação entre as partes e o contrato pactuado, o impacto dos eventos externos nas prestações para, apenas então, se saber qual regime de impossibilidade será adotado para se determinar as consequências dessa perturbação.

A resposta à segunda pergunta – qual a aplicação da impossibilidade superveniente da prestação no Direito Brasileiro – é: depende (como muito se diz no Direito). Depende das características de tal impossibilidade, levando-se em consideração todos os aspectos trazidos acima e o exposto nesse capítulo. É um tema com muitas nuances, mas, considerando a sua relevância prática, não pode deixar de ser estudado.

---

<sup>566</sup> A depender do entendimento adotado acerca do surgimento de nova obrigação em caso de inadimplemento.

## CONCLUSÃO

A primeira conclusão que se pode ter é que o tema que se propôs estudar no presente trabalho não é fácil e, muito menos, pacífico.

Não se tem a intenção de se apresentar aqui as principais conclusões de cada um dos capítulos ou mesmo apresentar um resumo do trabalho feito. As conclusões e os principais achados de cada capítulo foram devidamente abordados ao final de cada um. Apenas se repisará aqui as respostas aos principais questionamentos que foram propostos na pesquisa.

O conceito de impossibilidade que se defende é aquele mais restrito e rígido, ou seja, apenas o que é efetivamente impossível de ser cumprido, seja física ou juridicamente, deve ser reconduzido à figura da impossibilidade. Em outras palavras, reconhece-se como verdadeiramente impossível apenas a impossibilidade absoluta. Variações como a impossibilidade prática, relativa, pessoal ou econômica não devem ser acolhidas no ordenamento brasileiro (ao menos a título de impossibilidade).

Já quanto à prestação, entende-se como exposto que se deve considerar o conceito de prestação em concreto e, conseqüentemente, de prestação como resultado. Isso significa dizer que hipóteses de consecução do fim por via diversa e de desaparecimento do fim do contrato são reconduzidas à impossibilidade superveniente de prestação. Não poderia ser de outro modo, pois há uma real impossibilidade de se prestar. Já os casos de frustração ou perturbação do fim, apesar de relevantes e merecedores de resposta e tratamento do Direito Brasileiro, não deveriam ser reconduzidos à impossibilidade. É possível prestar, sendo afetado apenas o interesse do credor na prestação.

Para falar sobre os efeitos da impossibilidade, em primeiro lugar é necessário que se saiba de que modalidade de impossibilidade se está tratando. Defende-se que tanto a impossibilidade subjetiva como a objetiva liberam o devedor (independentemente do caráter fungível ou infungível nas obrigações de fazer). Ainda, a impossibilidade pode levar à suspensão da exigibilidade da prestação (se temporária) ou à sua extinção (se definitiva), podendo a impossibilidade ser convertida de temporária à definitiva em determinadas hipóteses. Passando para a próxima classificação, a impossibilidade pode afetar a prestação de forma total ou parcial, podendo acarretar assim a sua extinção também total ou parcial (e, em determinados casos, também pode haver a conversão da impossibilidade parcial em impossibilidade total).

Por fim, a impossibilidade em determinados casos extingue a obrigação (ou, melhor dizendo, a prestação principal) *ipso iure*, podendo subsistir deveres acessórios ou secundários, e, se imputável a uma das partes, acarreta os mesmos efeitos do inadimplemento contratual.

Objetivou-se fazer uma sistematização do tratamento da impossibilidade superveniente no Direito Brasileiro, traçando os conceitos e efeitos básicos do instituto, principalmente diante do tratamento fragmentário dado à matéria no CC/02. Pela complexidade, contudo, o tema não se esgota e ainda merece ser objeto de posteriores reflexões e aprofundamentos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR DIAS, José de. Da responsabilidade civil, v. II. 10 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor. 2 Ed. Rio de Janeiro: Aide Editora, 2003.

\_\_\_\_\_. Comentários ao Novo Código Civil: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 6 Ed. Coimbra: Almedina, 1994.

ALVIM, Agostinho Neves de Arruda. Da inexecução das obrigações e suas consequências. 5 Ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

AKSOY, Hüseyin Can. Impossibility in modern private law: a comparative study of German, Swiss and Turkish Laws and unification instruments of private law. London: Springer, 2014.

ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, vol. II. 7 Ed. Coimbra: Almedina, 1997.

AZEVEDO, Marcos de Almeida Villaça. Onerosidade excessiva e desequilíbrio contratual supervenientes. São Paulo: Almedina, 2020.  
*Citado como:* VILLAÇA AZEVEDO, 2020.

ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. O Direito dos contratos privados face à presente crise pandêmica. Alguns problemas, em especial, a impossibilidade económica temporária. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. LXI, n. 1, p. 681-715, 2020.

BABUSIAUX, Ulrike. L'influence des instruments internationaux d'uniformisation du droit sur le nouveau droit allemand général des troubles de l'exécution du contrat. In: WITZ, Claude; RANIERI, Filippo. La réforme du droit des obligations allemand. Paris: Société de législation comparée, p. 167-201, 2004.

BARLETTA, Fabiana Rodrigues. A revisão contratual no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor e a pandemia do coronavírus (COVID-19). Revista de Direito do Consumidor, v. 129, mai/jun 2020, p. 111-129.

BARROS MONTEIRO, Washington de. Curso de direito civil: direito das obrigações. v. 1. 4 Ed. São Paulo: Saraiva, 1960.

BAPTISTA MACHADO, João. Risco contratual e mora do credor (risco da perda do valor-utilidade ou do rendimento da prestação e desperdício da capacidade de prestar vinculada). Coimbra: Universidade de Coimbra, 1988.

BAUDRY-LACANTINERIE, G.; BARDE, L. *Traité théorique et pratique de Droit Civil – des obligations*, tome III. 3 Ed. Paris: Larose & Forcel, 1908.

BERNARDINI, Piero. Hardship e force majeure. In.: BONELL, Michael J.; BONELLI, Franco (coord.). *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*. Milano: Giuffrè, 1997, p. 194-214.

BESSONE, Darcy. *Do Contrato: teoria geral*. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BETTI, Emilio. *Teoria generale delle obbligazioni*, v. I. Milano: Giuffrè, 1953.

BEUDANT, Charles. *Cours de droit civil français*, tomo VIII. 2 ed. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1936.

BIANCA, Massimo. *Diritto civile*, v. IV. Milano: Giuffrè, 1993.

BIAZI, João Pedro de Oliveira de. *A impossibilidade superveniente da prestação não imputável ao devedor*. Rio de Janeiro: GZ, 2021.

BONELL, Michael Joachim. Article 7. In.: BONELL, Michael; BIANCA, Cesare Massimo (coord.). *Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna sales convention*. Milano: Giuffrè, 1987, p. 65-94.

BORGES, Nelson. *A teoria da imprevisão no Direito Civil e no Processo Civil*. Malheiros: São Paulo, 2002.

BRANDÃO PROENÇA, José Carlos. *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações*. 3 Ed. Porto: Universidade Católica, 2019.

BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2008.

BUTLER, Allison E. Chapter 8: Damages, defenses and other contractual issues. *A Practical Guide to the CISG: negotiations through litigation*. New York: Aspen Publishers, 2007, p. 1-38.

CALVÃO DA SILVA, João. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*. 2 Ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_. *Não cumprimento das obrigações*. In.: *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 483-494, 2007.



CANARIS, Claus-Wilhelm. La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni: contenuti fondamentali e profili sistematici del Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts. I quaderni della Rivista di Diritto Civile, 3. Padova: CEDAM, 2003.

\_\_\_\_\_. O novo direito das obrigações na Alemanha. Revista da EMERJ, v. 7, n. 27, p. 108-124, 2004.

CAON, Yuri Pimenta. Teoria da frustração do fim do contrato e sua aplicação aos contratos empresariais, 2017. Monografia apresentada em pós-graduação em Direito Empresarial. 102f. São Paulo: Escola Superior de Advocacia OAB/SP, 2017.

CARNAÚBA, Daniel; DIAS, Daniel; REINIG, Guilherme Henrique Lima. O coronavírus e a impossibilidade de cumprimento das obrigações nas relações de consumo. In.: RÊGO MONTEIRO FILGO, Carlos Edison do; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (coord.). Coronavírus e responsabilidade civil: impactos contratuais e extracontratuais. Indaiatuba: Foco, 2020.

*Citado como:* CARNAÚBA, 2020.

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A. Contrato e deveres de proteção. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1994.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. Doutrina e prática das obrigações. Tomo II. 3 Ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, 1938.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de responsabilidade civil. 13 Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CLEMENT, François. Présentation des article 1351 à 1351-1 de la nouvelle section 5 “l'impossibilité d'exécuter”. Institut d'études judiciaires de la Sorbonne - Université Paris 1. Disponível em: <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap4/sect5-impossibilite-executer/>.

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

\_\_\_\_\_. Frustração do fim do contrato. São Paulo: Almedina, 2021.

COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CUNHA, Raphael Augusto. O inadimplemento na nova teoria contratual: o inadimplemento antecipado do contrato. Dissertação: Mestrado em Direito. 295f. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

D'AMICO, Giovanni. La responsabilità contrattuale: attualità del pensiero di Giuseppe Osti. *Rivista di Diritto Civile*, v. LXV, n. 1, p. 1-24, 2019.

DEIAB, Felipe Rocha. O alargamento do conceito de impossibilidade no direito das obrigações: a inexigibilidade e a frustração do fim do contrato. *Revista Quaestio Juris*, v. 5, p. 137-177, 2014.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations em général*, v. II, tomo VI. Paris: Librairie Arthur Rousseau, 1931.

DIAS, Daniel. Impossibilidade objetiva e subjetiva da prestação: controvérsia e imprecisões. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 29, out-dez/2021, p. 173-205.

DOWNE, Alexis. The reform of French Contrat Law: a critical overview. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, vol. 61, n. 1, jan/abr 2016, p. 43-68, 2016.

ENNECCERUS, Ludwig, LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil. Segundo Tomo: Derecho de Obligaciones, I*. Trad.: GONZÁLEZ, Blas Pérez; ALGUER, José. Barcelona: Bosch, 1933.

FERRANTE, Edoardo. Causa concreta ed impossibilità della prestazione nei contratti di scambio. *Contratto e impresa: dialoghi con la giurisprudenza civile e commerciale*. v. XXV, n. 1, jan/fev, 2009, p. 151-170.

FRANTZ, Laura Coradini. *Revisão dos contratos: elementos para sua construção dogmática*. São Paulo: Saraiva, 2007.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das obrigações*. 7 Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

GARRO, Alejandro M. CISG Advisory Council Opinion No. 7: Exemption of Liability for Damages Under Article 79 of the CISG. Disponível em: <https://www.cisgac.com/cisgac-opinion-no7/>. Acesso em 2 abr. 2022.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 6 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

\_\_\_\_\_. *Obrigações*. 17 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

GOMES DA SILVA, Manuel. *O dever de prestar e o dever de indenizar*, v. I. Lisboa, 1944.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; BICHARA, Maria Carolina. Impossibilidade temporária da prestação: entre atrasos e incertezas quanto ao cumprimento da prestação pactuada. In:

BARBOSA, Henrique; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. (coord.). A evolução do direito empresarial e obrigacional: os 18 anos do Código Civil. v. 2. São Paulo: QuartierLatin, 2021, p. 627-652.

HEDEMANN, J. W. Tratado de Derecho Civil. Vol. III – Obligaciones. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. Trad.: BRIZ, Jaime Santos, 1958.

HONNOLD, John O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. 3 Ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. The CISG: a new textbook for students and practitioners. München: Sellier – European law publishers, 2007.

LAITHIER, Yves-Marie. The Enforcement of Contractual Obligations: A French Perspective. In.: CARTWRIGHT, John, VOGENAUER, Stefan; WHITTAKER, Simon (coord.). Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala'). Portland: Hart, 2009, p. 123-140.

LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. Granada: Comares. Trad.: RODRIGUEZ, Carlos Fernandez, 2002.

\_\_\_\_\_. Derecho de Obligaciones, tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado. Trad.: BRIZ, Jaime Santos, 1958.

LEROY, Guilherme Costa. Cumprimento de sentença. In.: THEODORO JÚNIOR, Humberto (coord.). Processo civil brasileiro: novos rumos a partir do CPC/2015. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 273-283.

LOTUFO, Renan. Código Civil comentado, v. II. São Paulo: Saraiva, 2004.

MARINO, Francisco Paulo de Crescenzo. Resolução parcial do contrato por inadimplemento: fundamento dogmático, requisitos e limites. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 313-338.

\_\_\_\_\_. Revisão contratual: onerosidade excessiva e modificação contratual equitativa. São Paulo: Almedina, 2020.  
*Citado como:* MARINO, 2020a.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 5 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

\_\_\_\_\_; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo

Civil comentado. 3 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARKESINIS, Sir Basil; UNBERATH, Hannes; JOHNSTON, Angus. The German Law of Contract: a comparative treatise. 2 Ed. Portland: Hart, 2006.

*Citado como:* MARKESINIS, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4 Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Lucas Gaspar de Oliveira. Contornos do inadimplemento absoluto, da mora e do adimplemento substancial. Dissertação: Mestrado em Direito. 143 f. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação. 2 Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_ ; HAICAL, Gustavo. Alteração da relação obrigacional estabelecida em acordos societários por impossibilidade superveniente não imputável às partes contratantes em virtude do desaparecimento de sua finalidade (parecer). Revista de Direito Civil Contemporâneo. Vol. 18/2019, p. 371-404, 2019.

\_\_\_\_\_. Comentários ao Novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações. 2 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_ ; COSTA E SILVA, Paula. Crise e perturbações no cumprimento da prestação – estudos de direito comparado luso-brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean. Leçons de droit civil, vol. I, tomo II. 5 Ed. Paris: Montchrestien, 1955.

MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. Caso fortuito e teoria da imprevisão. 3 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales, vol. I. Trad.: SARRIÓN, Ángel Martínez. Barcelona: Bosch, 1995.

MENEZES CORDEIRO, António. Da boa fé no Direito Civil. Coimbra: Almedina, 2017.

\_\_\_\_\_. Da modernização do Direito Civil, vol. I: aspectos gerais. Coimbra: Almeida, 2004.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Civil, vol. IX. 3 Ed. Coimbra: Almeida, 2017.

*Citado como:* MENEZES CORDEIRO, 2017a.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Civil, vol. V. 3 Ed. Coimbra: Almeida, 2018.

MENEZES LEITÃO, Luís Manuel Teles de. Direito das Obrigações, vol. II. 12 Ed. Coimbra: Almeida, 2018.

NANNI, Giovanni Ettore. Direito das obrigações. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2018.

\_\_\_\_\_. Frustração do fim do contrato. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 217-240.

\_\_\_\_\_. Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

NORDMEIER, Carl Friedrich. O novo direito das obrigações no Código Civil Alemão – a reforma de 2002. In: MARQUES, Claudia Lima (coord.). A nova crise do contrato: estudos sobre a nova teoria contratual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. Estudos sobre o não cumprimento das obrigações. 2 Ed. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. Princípios de direito dos contratos. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2011.

\_\_\_\_\_. The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer. Electronic Journal of Comparative Law. vol. 11.4, dez/2007.

OSTI, Giuseppe. Impossibilità sopravveniente. In.: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (coord.). Novissimo Digesto Italiano, v. VIII. Torino: Unione tipografica torinese, p. 287–300, 1965.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Código Napoleão – influência nos sistemas jurídicos ocidentais. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, v. 32, p. 1-14, 1989.

PEREIRA, Maria de Lurdes. Conceito de prestação e destino da contraprestação. Coimbra: Almedina, 2001.

*Citado como:* LURDES PEREIRA, 2001.

PESSOA JORGE, Fernando Sandy. Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil. 3 reimp. Coimbra: Almedina, 1999.

\_\_\_\_\_. Lições de direito das obrigações, vol. I. Lisboa: Associação Acadêmica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1975.

PIRES, Catarina Monteiro. Contratos: perturbações na execução. Coimbra: Almedina, 2020.

\_\_\_\_\_. Impossibilidade da prestação. Coimbra: Almedina, 2018.

\_\_\_\_\_. Limites dos esforços e dispêndios exigíveis ao devedor para cumprir. Revista da Ordem dos Advogados, ano 76, p. 105-136, 2016.

\_\_\_\_\_. Perturbações na prestação contratual em tempos virulentos – enquadramento geral. In.: Entre a impossibilidade da prestação e a alteração das circunstâncias em contexto da pandemia de Covid-19. Direcção-Regional Norte da ASJP, 2020.

*Citado como:* PIRES, 2020a.

\_\_\_\_\_. Quatro proposições em torno da vinculação debitória, revisitando o Código Civil de 1966, no seu cinquentenário: impossibilidade, abuso do direito, alteração das circunstâncias, e diligência exigível. MENEZES CORDEIRO, António (coord.). Código Civil: livro do cinquentenário, vol. I. Homenagem ao Prof. Doutor Fernando Pessoa Jorge. Coimbra: Almedina, 2019.

PIRES DE LIMA, Fernando Andrade; ANTUNES VARELA, João de Matos. Código Civil anotado, vol. II. 2 Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1981.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo XXII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

*Citado como:* PONTES DE MIRANDA, XXII, 2012.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Privado. Tomo XXIII. Rio de Janeiro: Borsóí, 1958.

*Citado como:* PONTES DE MIRANDA, XXIII, 1958.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Privado. Tomo XXIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

*Citado como:* PONTES DE MIRANDA, XXIII, 2012.

\_\_\_\_\_. Tratado de Direito Privado. Tomo XXV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

*Citado como:* PONTES DE MIRANDA, XXV, 2012.

PRADO, Maurício Almeida. Interpretação e aplicação da regra de exoneração da Convenção de Viena (1980). In.: FINKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan Barros; CASADO FILHO, Napoleão. (coord.). Arbitragem Internacional: UNIDROIT, CISG e Direito Brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 321-339.

RADOUANT, Jean. Du cas fortuit et de la force majeure. Paris: Rousseau et Cie, 1920.

RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. Traité de Droit Civil – d'après le traité de Planiol, tomo II. Paris: LGDJ, 1957.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz. Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ROPPO, Enzo. O Contrato. Coimbra: Almedina. Trad.: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, 2009.

SANTOS JÚNIOR, Eduardo. Da 'impossibilidade pessoal' de cumprir. Breve confronto do novo direito alemão com o direito português. In.: MENEZES CORDEIRO, António (coord.). Centenário do nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha: estudos em homenagem. Coimbra: Almedina, p. 313-325, 2012.

SCHLECHTRIEN, Peter. The German Act to Modernize the Law of Obligations in the Context of Common Principles and Structures of the Law of Obligations in Europe. Oxford University Comparative Law Forum, 2003. Disponível em: <https://ouclf.law.ox.ac.uk/the-german-act-to-modernize-the-law-of-obligations-in-the-context-of-common-principles-and-structures-of-the-law-of-obligations-in-europe/>.

\_\_\_\_\_. BUTLER, Petra (coord.). UN Law on International Sales: The UN Convention on the International Sale of Goods. Berlin: Springer, 2009.

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

SCHWENZER, Ingeborg. Article 79. In.: SCHLECHTRIEN, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. (coord.). Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG). 3 Ed. Oxford: Oxford University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts. Victoria University of Wellington Law Review. v. 39, n. 4, p. 709-726, 2008.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. Curso de Direito Civil, vol. II. 4 Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1966.

SILVEIRA, Priscila Borges da; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Reflexões contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações. Revista Jurídica Luso-Brasileira, ano 5, n. 4, 2019, p. 1421-1455.

SLATER, Scott D. Overcome by Hardship: The Inapplicability of the UNIDROIT Principles' Hardship Provisions to CISG. Florida Journal of International Law. v. 12, Summer 1998, p. 231-262, 1998.

STEINER, Renata Carlos. Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação: da violação positiva do contrato. Dissertação: Mestrado em Direito. 251f. Curitiba: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, 2009.

\_\_\_\_\_. 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 (coord.). Diálogos sobre Direito Civil, v. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 701-724.

TALLON, Denis. Article 79. In.: BONELL, Michael; BIANCA, Cesare Massimo (coord.). Commentary on the international sales law: the 1980 Vienna sales convention. Milano: Giuffré, 1987, p. 572-595.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves; CHÉNEDÉ, François. Droit civil: les obligations. 12 ed. Paris: Dalloz, 2019.  
*Citado como:* TERRÉ, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil interpretado: conforme a Constituição da República. v. 1. 2 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.  
*Citado como:* TEPEDINO, 2007.

TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Efeito indenizatório da resolução por inadimplemento. In.: TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz (coord.). Inexecução das obrigações: pressupostos, evolução e remédios, v. I. Rio de Janeiro: Processo, 2020, p. 391-415.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. Revista de Processo, v. 105, p. 9-33, 2002.

\_\_\_\_\_. Direito do consumidor. 9 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

VAZ SERRA, Adriano Paes da Silva. Impossibilidade superveniente, desaparecimento do interesse do credor, casos de não-cumprimento da obrigação. Lisboa, 1955.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Código Civil interpretado. 4 Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

VOGENAUER, Stefan. The Avant-projet de réforme: An Overview. In.: CARTWRIGHT, John, VOGENAUER, Stefan; WHITTAKER, Simon (coord.). Reforming the French Law of Obligations: Comparative Reflections on the Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription ('the Avant-projet Catala'). Portland: Hart, 2009, p. 3-28.

WESTERMANN, Harm Peter. Código civil alemão: direito das obrigações, parte geral. Trad.:



LAUX, Armindo Edgar. Porto Alegre: Fabris, 1983.

WONG, Weng Ian. Confronto entre a alteração superveniente das circunstâncias e o regime da impossibilidade: o tratamento da impossibilidade prática e da impossibilidade moral no direito civil português. Dissertação. 132f. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016.

ZIMMERMANN, Reinhard. The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Cape Town: Juta & Co, 1990.

\_\_\_\_\_. The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives. New York: Oxford, 2005.