

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**Programa de Pós-Graduação**

Thiago Porto Ribeiro

**A Inexecução Temporária de Obrigações Contratuais: o Tratamento no  
Direito Brasileiro e uma Perspectiva sob a Ótica do *Common Law*.**

Belo Horizonte

2023

Thiago Porto Ribeiro

**A Inexecução Temporária de Obrigações Contratuais: o Tratamento no Direito Brasileiro e uma Perspectiva sob a Ótica do *Common Law*.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Linha de Pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Área de Estudo: Empresa no Mercado.

Faculdade de Direito

Universidade Federal de Minas Gerais

Belo Horizonte

2023

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Junio Martins Lourenço - CRB/6-3167.

R484i Ribeiro, Thiago Porto  
A inexecução temporária de obrigações contratuais [manuscrito]:  
o tratamento no Direito brasileiro e uma perspectiva sob a ótica  
do common law / Thiago Porto Ribeiro.-- 2023.  
95 f.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Minas Gerais,  
Faculdade de Direito.  
Bibliografia: f. 88-95.

1. Direito civil - Teses. 2. Contratos - Brasil - Teses.  
3. Responsabilidade (Direito) - Teses. 4. Obrigações (Direito)-  
Teses. I. Milagres, Marcelo de Oliveira. II. Universidade Federal  
de Minas Gerais - Faculdade de Direito. III. Título.

CDU: 347.4



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO



## ATA DA DEFESA DA DISSERTAÇÃO DO ALUNO THIAGO PORTO RIBEIRO

Realizou-se, no dia 15 de maio de 2023, às 14:00 horas, teams, da Universidade Federal de Minas Gerais, a defesa de dissertação, intitulada *A Inexecução Temporária de Obrigações Contratuais: o Tratamento no Direito Brasileiro e uma Perspectiva sob a Ótica do Common Law.*, apresentada por THIAGO PORTO RIBEIRO, número de registro 2021653840, graduado no curso de DIREITO, como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em DIREITO, à seguinte Comissão Examinadora: Prof(a). Marcelo de Oliveira Milagres - Orientador (UFMG), Prof(a). Amanda Flavio de Oliveira (UFMG), Prof(a). Edgard Audomar Marx Neto (Universidade Federal de Minas Gerais).

A Comissão considerou a dissertação:

Aprovada com autorização para publicação, tendo obtido a nota 80,00.

Reprovada

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

Belo Horizonte, 15 de maio de 2023.

DocuSigned by:

*Marcelo de Oliveira Milagres*

97E5545910F740B...

Prof(a). Marcelo de Oliveira Milagres ( Doutor ) Nota 80,00.

DocuSigned by:

*Amanda Flavio de Oliveira*

F3C5F1A61D794E2...

Prof(a). Amanda Flavio de Oliveira ( Doutora ) Nota 80,00.

DocuSigned by:

*Edgard Audomar Marx Neto*

31CBB9E757344F6...

Prof(a). Edgard Audomar Marx Neto ( Doutor ) Nota 80,00.

## RESUMO

O presente trabalho buscou analisar o tratamento no direito brasileiro para situações de inexecução temporária de obrigações, bem como avaliar a perspectiva do *common law* sobre o tema. Como é sabido, o contrato formaliza em termos presentes situações que serão enfrentadas em um futuro incerto. Originalmente, figurava a ideia de responsabilidade absoluta das partes contratantes, inobstante eventual situação futura adversa não prevista no momento da celebração do pacto. No entanto, em busca da equidade, desenvolveu-se ao longo do tempo a ideia de retomada do estado de subsistência das coisas para manutenção do equilíbrio contratual. No Brasil, constata-se que não há um sistema organizado para tratar de situações de perturbação na prestação, subsistindo a possibilidade de resolução contratual em caso de onerosidade excessiva e revisão contratual para prestações pecuniárias em busca da recuperação do valor real da obrigação. Situações de impossibilidade temporária são tratadas de forma esparsa e em capítulos específicos, não havendo um escape ou regra geral que possibilite a suspensão da prestação e a consequente manutenção do contrato. Um olhar para a perspectiva do *common law*, em especial da frustração do fim do contrato, enriquece o debate e possibilita uma abordagem mais objetiva e que respeite a autonomia privada. A relevância do tema se justifica, então, pela constatação da ausência de regras organizadas em nosso ordenamento jurídico e a necessidade de uma proposição, seja ela contratual, legal ou hermenêutica para tratar de um assunto que representa um desconforto para contratantes que enfrentam situações de crise.

**Palavras-chave:** contratos; cláusula de *hardship*; alteração material adversa; caso fortuito; força maior; renegociação; resolução; reajuste; imprevisão; onerosidade excessiva; desequilíbrio; impossibilidade; impraticabilidade; frustração; frustração do fim do contrato; frustração temporária.

## **ABSTRACT**

The present work aimed to analyze the treatment in Brazilian law for situations of temporary non-performance of obligations, as well as to evaluate the perspective of common law on the subject. As is known, the contract formalizes in present terms situations that will be faced in an uncertain future. Originally, the idea of absolute liability of the contracting parties was present, notwithstanding any future adverse situation not foreseen at the time of the execution of the agreement. However, in search of equity, the idea of resumption of the state of subsistence of things for the maintenance of contractual balance developed over time. In Brazil, it is observed that there is no organized system to deal with disturbance situations in performance, and the rules which are provided only relates to the possibility of contractual resolution in cases of excessive burden and contractual revision for pecuniary obligations to seek recovery of the real value of the obligation. Situations of temporary impossibility are treated in a scattered way and in specific chapters. Moreover, there is no solution or general rule that allows the suspension of performance and the consequent maintenance of the contract. A look at the perspective of common law, notably concerning the doctrine of frustration, enriches the debate and allows for a more objective approach that respects private autonomy. The relevance of the subject is therefore justified by the observation of the absence of organized rules in our legal system and the need for a proposal, whether contractual, legal or hermeneutic, to deal with a subject that represents discomfort for contractors facing crisis situations.

**Keywords:** contracts; hardship; material adverse effect; act of God; force majeure; renegotiation; termination; readjustment; unforeseeability; excessive burden; imbalance; impossibility; impracticability; frustration; frustration of purpose; temporary frustration.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>8</b>
<b>2</b>	<b>CONTRATOS EM TEMPOS DE CRISE</b> .....	<b>13</b>
2.1	A PROFUNDIDADE E A DURAÇÃO DA CRISE.....	13
2.2	UM ORDENAMENTO EM CRISE .....	16
<b>3</b>	<b>AUTONOMIA DA VONTADE</b> .....	<b>20</b>
3.1	ODE À LIBERDADE .....	20
3.2	HARDSHIP .....	23
3.3	FORÇA MAIOR.....	27
3.4	ALTERAÇÃO MATERIAL ADVERSA.....	31
<b>4</b>	<b>IMPOSSIBILIDADE E ONEROSIDADE</b> .....	<b>35</b>
4.1	A IMPOSSIBILIDADE NO ORDENAMENTO BRASILEIRO.....	35
4.2	O ESTADO DE SUBSISTÊNCIA DAS COISAS .....	38
4.3	ONEROSIDADE E RESOLUÇÃO DO CONTRATO.....	42
4.4	ONEROSIDADE E REVISÃO DA PRESTAÇÃO.....	50
<b>5</b>	<b>FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO</b> .....	<b>53</b>
5.1	IMPOSSIBILIDADE, IMPRATICABILIDADE E FRUSTRAÇÃO .....	53
5.2	OS REQUISITOS DA FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO.....	60
5.3	A FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO E AS TEORIAS DO DIREITO CONTINENTAL .....	66
5.4	A FRUSTRAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO.....	68
5.5	FRUSTRAÇÃO TEMPORÁRIA E OUTROS PRECEDENTES RECENTES .....	70
<b>6</b>	<b>PROPOSTAS</b> .....	<b>77</b>
6.1	A SOLUÇÃO NEGOCIAL.....	77
6.2	A SOLUÇÃO LEGAL.....	79
6.3	A SOLUÇÃO HERMENÊUTICA.....	84
<b>7</b>	<b>CONCLUSÃO</b> .....	<b>89</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	<b>92</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Usualmente, aprendemos que o contrato é a formalização de um negócio jurídico acordado entre duas partes contratantes, o proponente e o oblato. No entanto, o contrato é muito mais do que uma mera convenção, sendo na verdade uma formalização de uma realidade presente, projetada no futuro. Como bem destaca Enzo Roppo, o contrato transcende a sua composição jurídica, denotando diversos aspectos da vida humana, notadamente a realidade econômica e social das partes inseridas no contexto daquele ajuste:

O Contrato é um conceito jurídico: uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa. Mas como acontece com todos os conceitos jurídicos, também o conceito de contrato não pode ser entendido a fundo, na sua essência íntima, se nos limitarmos a considerá-lo numa dimensão exclusivamente jurídica - como se tal constituísse uma realidade autônoma, dotada de autônoma existência nos textos legais e nos livros de direito. Bem pelo contrário, os conceitos jurídicos - e entre estes, em primeiro lugar, o de contrato refletem sempre uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental.<sup>1</sup>

Na mesma linha, Marcelo Milagres destaca que a visão de que o contrato é um negócio jurídico bilateral estático é constantemente “abalada pelas preocupações sociais, pela dinamicidade do mercado e pela mutabilidade do fenômeno econômico”.<sup>2</sup>

Ademais, não obstante o contrato compor uma realidade do momento presente de seu ajuste, as convenções são voltadas para o futuro, em especial àquelas cujas prestações

---

<sup>1</sup> ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. por Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 7

<sup>2</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Contratos Imobiliários – Impactos da Pandemia do Coronavírus*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 13.



sejam de cumprimento diferido ou parcelado. Assim, “ajusta-se hoje o que terá de ser amanhã”<sup>3</sup>.

Nesse sentido, o contrato está intimamente ligado às variações e às incertezas vividas pela sociedade e que eventualmente venham a atingir as partes contratantes ou o objeto da prestação contratual. Em virtude da defasagem temporal entre o momento de celebração do contrato e o momento da execução das prestações contratuais, é comum que o contrato enfrente crises, comumente refletidas na impossibilidade da performance da obrigação contratual, ou ainda na possibilidade de prestação do dever originalmente ajustado com extrema dificuldade.

Como nos ensina Catarina Monteiro Pires: “Na troca do presente pelo futuro em que se traduz o contrato, é frequente a ocorrência de eventos que perturbam as fundações em que assenta a arquitetura contratual. Ao celebrar negócios jurídicos, os contraentes não podem prever os eventos que se verificarão, o momento que ocorrerão, nem a magnitude das suas consequências”<sup>4</sup>.

Nos últimos anos, fomos agraciados por viver sob a chamada *pax americana*<sup>5</sup>, um período de relativa paz entre as nações, tal como fora durante a *pax romana* e a *pax britannica*, onde a nação dominante atua no papel de polícia do mundo e garante a estabilidade nas relações internacionais.

Além disso, em tal período, foi possível vivenciar um momento raro de estabilidade econômica, amparado pela institucionalização de boas práticas de mercado<sup>6</sup>. Para se ter uma ideia, ao final de 2019, a maior parte do mundo rico estava desfrutando de um *boom* de empregos, mesmo com os bancos centrais abaixo das metas de inflação. A taxa de desemprego nos Estados Unidos, de 3,5%, era a mais baixa desde 1969, e a inflação era de apenas 1,4%. As taxas de juros estavam tão baixas que os bancos centrais tinham pouco espaço para cortar os juros caso uma eventual recessão ocorresse.<sup>7</sup>

---

<sup>3</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 29.

<sup>4</sup> PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da Prestação*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 366

<sup>5</sup> KIHCHWEY, George W. *Pax Americana*. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*. Filadélfia: A.L. Hummel, 1917, p. 40.

<sup>6</sup> THE ECONOMIST. *The world economy's strange new rules*. Londres: The Economist, 10 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2019/10/10/the-world-economys-strange-new-rules>. Acesso em: 7 de dezembro de 2022.

<sup>7</sup> *Ibid*

Protegidos pela *pax americana* e por um crescimento econômico impulsionado por reformas liberais, palavras como guerra, pandemia e recessão nos remetiam apenas aos livros de história e representavam uma realidade distante. No entanto, o improvável ocorreu e dois eventos inesperados trouxeram instabilidade para o tecido econômico e social mundial.

Em março de 2020, o planeta Terra “encerrava suas atividades”<sup>8</sup>. Na luta para controlar a Covid-19, um país após o outro passou a exigir que seus cidadãos evitassem o contato social. Enquanto isso, as economias cambaleavam e os governos desesperados tentavam controlar empresas e consumidores distribuindo trilhões de dólares em ajuda e garantias de empréstimos. Assustados, os governos estavam correndo para impor controles que seriam inimagináveis apenas algumas semanas antes. Dezenas de países, incluindo muitos na África e na América Latina, proibiram viajantes de retornarem de lugares onde o vírus estava abundante. E o retrato em todo mundo era semelhante: em Nova Iorque a Times Square estava deserta, a cidade de Londres estava às escuras e na França, Itália e Espanha cafés, bares e restaurantes fecharam suas portas.<sup>9</sup>

Passados quase 2 anos, enquanto a humanidade parecia vencer a pior fase da Pandemia de Covid-19, outro evento marcante trouxe mais insegurança para nossa realidade. Em 24 de fevereiro de 2022, a Rússia iniciou uma operação militar na Ucrânia às 4.30am, horário de Quieve. Explosões distantes e alarme de carros disparados puderam ser ouvidos na capital ucraniana. O que havia sido anunciado por diversas oportunidades pelos Estados Unidos e por outros governos ocidentais acabou se materializando naquela madrugada: Putin estava atacando a Ucrânia. E o seu objetivo aparente era nada mais nada menos que a completa aniquilação de um país, de uma cultura e de seus cidadãos.<sup>10</sup>

Putin lançou o que certamente será a guerra mais intensa da Europa em uma geração – possivelmente a maior desde a Segunda Guerra Mundial. Essa guerra irá abalar seu regime, debilitará a economia da Rússia e criará fraturas na sociedade russa. Além

---

<sup>8</sup> THE ECONOMIST. *Closed by covid-19 - Paying to stop the pandemic*. Londres: The Economist, 19 de março de 2020. Disponível em: <http://www.economist.com/leaders/2020/03/19/paying-to-stop-the-pandemic>. Acesso em: 7 de dezembro de 2022.

<sup>9</sup> *Ibid*

<sup>10</sup> HARDING, Luke. *Invasion – The Inside Story of Russia’s Bloody War and Ukraine’s Fight for Survival*. Nova Iorque: Vintage Books, 2022, p. 11

disso, a guerra pôs fim às suposições existentes sobre a segurança europeia e enviou ondas de choque à economia global.<sup>11</sup>

A guerra estava de volta à nossa realidade, acompanhada de um receio de uma eventual terceira guerra mundial que certamente afetaria todas as nossas vidas. No segundo período entre guerras (1991-2019), perdemos de vista o papel da guerra na economia global. Como as guerras daquela época eram pequenas (como na Bósnia, Afeganistão, Iraque), esquecemos que a guerra é o impulsionador mais importante da história para a inflação, para a moratória de dívidas e até mesmo para a fome. Isso ocorre porque a guerra em larga escala é simultaneamente destrutiva da capacidade produtiva, perturbadora do comércio e desestabilizadora das políticas fiscais e monetárias.<sup>12</sup>

A pandemia do Covid-19 e a recente guerra Russo-Ucraniana passaram a constituir um verdadeiro teste para as relações comerciais e os institutos legais relacionados à impossibilidade e onerosidade de obrigações contratuais.

É exatamente nesses períodos de crise em que se busca no contrato “um instrumento de certeza e segurança jurídica para as partes”.<sup>13</sup> Infelizmente, a temporalidade do contrato nem sempre “se ajusta ao tempo da vida e a seus desafios”.<sup>14</sup>

Na ausência de socorro do contrato, as partes rumam para os nortes indicados no ordenamento jurídico. Nesse sentido, cada país adota regras próprias, construídas com base em seus costumes e eventos históricos. Os sistemas jurídicos oriundos da matriz francesa, como é o caso da maioria dos sistemas latino-americanos, têm como núcleo das soluções o conceito de *force majeure*. Os sistemas jurídicos descendentes da matriz germânica desenvolvem sua regra a partir da base do negócio jurídico e da doutrina da impossibilidade. Os sistemas integrantes do *common law*, por sua vez, encontram as

---

<sup>11</sup> THE ECONOMIST. *The return of large-scale war to Europe - Russia's invasion of Ukraine*. Londres: The Economist, 26 de fevereiro de 2022. Disponível em: <https://www.economist.com/briefing/2022/02/26/russias-invasion-of-ukraine>. Acesso em: 7 de dezembro de 2022.

<sup>12</sup> FERGUSON, Niall. *All Is Not Quiet on the Eastern Front*. Nova Iorque: Bloomberg, 1º de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2023-01-01/victory-over-russia-in-ukraine-may-bring-world-war-3-niall-ferguson>. Acesso em 1º de janeiro de 2023.

<sup>13</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Contratos Imobiliários – Impactos da Pandemia do Coronavírus*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 14.

<sup>14</sup> *Ibid*, p. 14.

soluções com base nas formulações das teorias da *frustration*, *implied terms* e *impracticability*.<sup>15</sup>

O ordenamento jurídico brasileiro, no entanto, não traz respostas certas nem segurança jurídica aos contratantes cuja convenção encontra-se em situação de crise. É verdade que as leis brasileiras têm diversas e específicas disposições para tratar da impossibilidade de execução de obrigações ou de uma execução, ainda que possível, deveras onerosa. No entanto, o sistema brasileiro não possui um ordenamento uniforme, mas sim regras dispersas com requisitos impeditivos e aplicações divergentes.<sup>16</sup>

O presente trabalho busca examinar este tema ao tratar em seu Capítulo 2 das situações de crise enfrentadas no contrato, considerando a extensão temporal e o impacto sofrido pelas partes contratantes. O Capítulo 3, por sua vez, irá tratar dos dispositivos negociais usualmente adotados pelas partes para tratar de eventos de perturbação contratual. Após essa análise, o Capítulo 4 irá trazer o tratamento no direito brasileiro para situações de impossibilidade na execução ou de prestação com extrema dificuldade. Considerando as dificuldades apresentadas no direito pátrio, o Capítulo 5 discorrerá sobre o tratamento para as situações acima mencionadas no *common law*, com especial destaque para o direito inglês. Por fim, o trabalho irá propor, no Capítulo 6, algumas soluções para os problemas enfrentados nas situações de inexecução temporária, considerando as vias negociais, legislativas e interpretativas, além das conclusões pertinentes no Capítulo 7.

Cabe ressaltar que o presente trabalho considera a autonomia da vontade e a liberdade de contratar como princípios fundamentais no campo do direito privado, sendo tais conceitos basilares para compreender e solucionar as dificuldades enfrentadas pelas partes nos eventos de impossibilidade temporária da prestação contratual.

---

<sup>15</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 41.

<sup>16</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Contratos Imobiliários – Impactos da Pandemia do Coronavírus*. Indaiatuba: Foco, 2020, p. 22.

## 2. CONTRATOS EM TEMPOS DE CRISE

### 2.1. A Profundidade e a Duração da Crise

O evento de perturbação na prestação nos faz deparar com três situações possíveis: (i) o que deveria ser feito dentro de certo tempo e não poderá mais ser feito nesse período, (ii) o que deveria ser feito e nunca mais poderá ser feito, e (iii) o que deveria ser feito e somente poderá ser feito com esforços extremos e uma excessiva onerosidade da atividade a desenvolver. Na primeira hipótese temos a figura da impossibilidade temporária. Já na segunda situação, trata-se da figura da impossibilidade definitiva. Por fim, o terceiro cenário traduz um evento de onerosidade excessiva.<sup>17</sup>

A impossibilidade de uma ação naturalmente chama a exoneração do devedor da respectiva prestação, desde que este não esteja em mora.<sup>18</sup> Daí, os três cenários mencionados acima trazem alguns desafios. O primeiro deles é compreender e separar a diferença entre a dificuldade de prestação, ou ainda a prestação com extrema dificuldade, e a própria impossibilidade de seu cumprimento.<sup>19</sup> Conforme ressaltado por Agostinho Alvim<sup>20</sup> e por Ruy Rosado de Aguiar<sup>21</sup>, uma simples dificuldade não pode ser transformada em um evento exoneratório do devedor.

Usualmente a dificuldade de cumprir uma obrigação não deve liberar o devedor de seu cumprimento. Ainda que seja com sacrifício e aumento de ônus, o devedor terá que cumprir sua obrigação e somente se exonerará se o cumprimento não for possível.<sup>22</sup> Assim, a dificuldade somente cruza a fronteira da impossibilidade em situações extremas, alcançando o território da impossibilidade econômica.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *op. cit.*, p. 48.

<sup>18</sup> COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006, p. 134.

<sup>19</sup> MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *op. cit.*, p. 9.

<sup>20</sup> ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das Obrigações e suas Consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 328.

<sup>21</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 99.

<sup>22</sup> *Ibid*, *loc.cit.*

<sup>23</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 149.

Pontes de Miranda<sup>24</sup> ressalta que não basta que a prestação tenha se tornado cara ou de mais difícil obtenção; é preciso que a dificuldade seja tamanha que – no trato ordinário da vida – se possa equiparar ao impossível. Nesse sentido, a simples dificuldade de prestar não pode ser confundida com a impossibilidade.

Catarina Monteiro Pires busca ilustrar essa distinção por meio de três situações (i) na primeira delas, o evento exige do devedor um sacrifício intolerável, (ii) no segundo cenário, o evento suscita esforços extremamente desproporcionais perante o interesse do credor e, por fim, (iii) um terceiro evento impõe ao devedor esforços significativamente maiores aos que foram originalmente imaginados.<sup>25</sup>

No caso (i) acima, trata-se de impossibilidade pessoal (prevista no art. 275/3 do Código Civil Alemão - BGB). Um exemplo clássico seria o caso da cantora que tem um recital agendado para determinada data, mas fica sabendo da notícia de falecimento de seu filho no mesmo dia.<sup>26</sup>

Já no caso (ii), trata-se de impossibilidade prática (prevista no art. 275/2 do BGB). Um exemplo tradicional seria o da entrega de um anel pelo devedor ao credor, com o evento infortúnio de o anel cair dentro de um lago. Nessa hipótese, seria possível drenar o lago e pesquisar na areia, mas a operação custaria milhões de reais. Outro exemplo recorrente seria de um transportador que prometeu levar a um determinado lugar um produto, mas a ponte que dava acesso ao local caiu e o local passou a ser alcançado apenas por outro caminho muito mais custoso.<sup>27</sup>

Se na hipótese do transportador acima mencionada houvesse um maior agravamento dos custos, mas sem ser de maneira desproporcional ao interesse do credor, estaria caracterizada a onerosidade excessiva, e não mais a impossibilidade prática. A impossibilidade prática, portanto, se diferencia da onerosidade excessiva por conter uma desproporção drástica da prestação. Tal desproporção seria tão exorbitante no caso da impossibilidade, que a exigência de seu cumprimento pode ser considerada como “sem sentido e abusiva”.<sup>28</sup>

---

<sup>24</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo II. Rio de Janeiro, Borsó, 1958, § 172,6.

<sup>25</sup> PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I: Perturbações na Execução*. Coimbra: Almedina, 2019, p.22.

<sup>26</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 184

<sup>27</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 185.

<sup>28</sup> PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I: Perturbações na Execução*. Coimbra: Almedina, 2019, p.24.

Outro importante desafio diz respeito à duração da perturbação na prestação, uma vez que tal questão pode determinar a liberação plena das obrigações do devedor ou a mera suspensão de suas atividades. Conforme ensinado por Judith Martins-Costa, a impossibilidade temporária apenas retarda o cumprimento da obrigação<sup>29</sup> e a impossibilidade definitiva, por sua vez, é liberatória, jamais poderá ser cumprida e chamará a resolução por impossibilidade.<sup>30</sup>

Assim, a impossibilidade será temporária e não definitiva quando for possível prever que a situação de impossibilidade irá durar por apenas certo período e, após o termo final do evento de impossibilidade, (i) a finalidade da prestação ainda pode ser atingida e (ii) a prestação ainda é útil ao credor. Portanto, a extinção da dívida não ocorreria e o devedor não incorreria em mora.<sup>31</sup>

Não obstante a literalidade do termo, o critério que distingue a perenidade da impossibilidade não é temporal, mas sim de finalidade da prestação e de utilidade do credor. Nesse sentido, os elementos de finalidade e utilidade complementam o conceito de prestação.<sup>32</sup>

Foi o acadêmico alemão Franz Wieacker que formulou um conceito dualista de prestação, que pode ser entendida como a ação de prestar (comportamento do devedor conforme ao dever) ou como a realização do interesse do credor à prestação (recaindo no resultado da prestação). A prestação é, então, a realização do interesse do credor por meio da ação de prestar, correspondendo, assim, a uma atividade do devedor em vista de uma finalidade ou resultado ligados à satisfação do interesse do credor.<sup>33</sup>

Portanto, a utilidade do credor não deve ser confundida com um arbítrio do credor, mas deve ser entendida como um critério de serventia verificado objetivamente no caso concreto, tendo em vista o negócio jurídico firmado entre as partes e levando em conta algumas circunstâncias objetivas, tais como a natureza do negócio jurídico, o seu conteúdo, sua finalidade e as características da operação econômica.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> FRITZ, Karina Nunes. *German Report: Entrevista Judith Martins-Costa*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/german-report/328102/entrevista--judith-martins-costa>. Acesso em: 14 de dezembro de 2022.

<sup>30</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *op. cit.*, p. 160.

<sup>31</sup> FRITZ, Karina Nunes. *op. cit.*

<sup>32</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *op. cit.*, p. 58.

<sup>33</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 56.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 239.

Para evitar dúvidas, para avaliar a impossibilidade temporária, devem ser feitas 4 distinções<sup>35</sup> (i) se for possível prever que a situação de impossibilidade pode passar, ela apenas retarda o cumprimento da obrigação, o devedor não incorre em mora e não se extingue a dívida. Por outro lado: (ii) se a impossibilidade temporária for relacionada a um negócio jurídico com prazo determinado, cujo cumprimento não pode ser realizado em outra oportunidade, a impossibilidade temporária terá os efeitos da impossibilidade definitiva, mesmo que o evento causador seja temporário. Além disso (iii) se a impossibilidade for passageira, e mesmo não se tratando de um negócio jurídico com prazo determinado, ela pode ainda ensejar a resolução do contrato, a depender da utilidade da prestação para o credor, conforme disposto no art. 395, parágrafo único do Código Civil<sup>36</sup>. Por fim, (iv) a prestação é considerada extinta se em vista do tipo de obrigação ou da natureza do objeto a ser prestado, o devedor não pode ser considerado obrigado a executá-la. Tratar-se-ia, por exemplo do caso mencionado acima, em que uma cantora falta a um concerto em virtude da morte de seu filho na mesma data.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê outra consequência para a impossibilidade temporária, além da ausência de mora do devedor pelo não cumprimento no prazo acordado. Diversos dispositivos esparsos do Código Civil tratam da suspensão da exigibilidade da prestação enquanto perdurar a situação de impossibilidade temporária. Contudo, o Código Civil não dispõe de um capítulo expresso, nem de regras de aplicação geral para as situações de impossibilidade temporária. Não há, pois, uma sistematização.

## **2.2. Um Ordenamento em Crise**

Como mencionado acima, o Código Civil não possui um regramento uniforme sobre hipóteses de impossibilidade temporária. No entanto, uma leitura atenta do Código Civil irá mostrar o tratamento da impossibilidade temporária em casos esporádicos e em situações específicas, com as respectivas regras de eficácia.

Dentro da parte geral, pode-se encontrar no título referente a Inadimplemento das Obrigações duas hipóteses onde o devedor pode afastar os efeitos da mora e de sua responsabilidade em casos de impossibilidade superveniente e não imputável. A primeira

---

<sup>35</sup> *Ibid.*, p. 160.

<sup>36</sup> Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002



delas está presente no art. 393, referente aos casos de força maior ou caso fortuito e a segunda está presente na regra geral do art. 396, que prediz que o devedor não incorre em mora se não houver fato imputável a ele.

Além disso, é possível encontrar na seção referente à Exceção de Contrato não Cumprido, dentro do capítulo de Extinção do Contrato no título dos Contratos em Geral, algumas regras que possibilitam ao devedor opor algumas exceções sinalagmáticas.

No entanto, ao analisar algumas regras específicas, é possível encontrar algumas hipóteses que contemplem a situação de impossibilidade temporária e a previsão da suspensão da exigibilidade da prestação. A primeira delas encontra-se no capítulo de Empreitada, dentro do título das Várias Espécies de Contrato, cujo art. 625, I prevê que o empreiteiro poderá suspender a obra quando houver motivo de força maior.

O capítulo de Transporte também traz regras específicas sobre o tema. No art. 741, por exemplo, há uma regra que prevê que em caso de interrupção do transporte por motivo alheio à vontade do transportador, este permanece obrigado a concluir o transporte contratado em outro veículo da mesma categoria. O art. 753, dentro da seção de Transporte de Coisas, prevê que se o transporte não puder ser feito ou sofrer longa interrupção, o transportador deverá solicitar instruções ao remetente e zelar pela coisa transportada, respondendo por eventuais danos, exceto nos casos de força maior.

Para Judith Martins-Costa, o art. 567, dentro do capítulo da Locação de Coisas, traz por analogia um tratamento para a impossibilidade temporária, em que seria possível a redução proporcional do aluguel enquanto durar o evento temporário que impossibilitaria a plena fruição do imóvel.

E por falar em locação, o art. 24, § 2º da Lei de Locações dispõe que, nos imóveis utilizados como habitação coletiva multifamiliar, caso a construção seja considerada em condições precárias pelo Poder Público, os locatários ou sublocatários que deixarem o imóvel estarão desobrigados do aluguel durante a execução das obras necessárias à regularização do imóvel.

Ao contrário do sistema brasileiro, o ordenamento jurídico português traz uma regra geral expressa sobre a hipótese de impossibilidade temporária. O art. 792º do Código Civil de Portugal prediz que nos casos de impossibilidade temporária, o devedor não responde pela mora no cumprimento de sua obrigação. Ainda, o diploma traz como critérios de definição da impossibilidade temporária o interesse do credor na manutenção

da prestação e a possibilidade de se manter a finalidade da obrigação originalmente consentida.

Outro diploma que reconhece a situação de impossibilidade temporária e prevê um tratamento expresso é o Código Civil da Itália. Em seu art. 1256, o diploma prevê que se a impossibilidade for apenas temporária, o devedor não responde pelo atraso na prestação enquanto perdurar o evento originário de tal impossibilidade. Não obstante, a obrigação será considerada extinta se persistir a impossibilidade e, em razão da natureza da obrigação, o devedor não puder mais realizá-la ou o credor deixe de ter interesse na sua conclusão.

Diferentemente do direito continental, os sistemas jurídicos derivados do *common law* tratam as situações de impossibilidade temporária no âmbito da teoria da frustração do fim do contrato. Conforme conceituado por José Cretella Neto<sup>37</sup>:

Essa teoria que se desenvolveu na Inglaterra a partir do referido caso *Taylor v. Caldwell*, aplica-se não apenas quando o objeto do contrato tiver sido destruído, mas também quando a obrigação de uma das partes ficar impossível de cumprir, mediante a ocorrência de evento para o qual não contribuiu e sobre o qual não pode exercer qualquer influência, tendo-se tornado ilegal o contrato e, em alguns casos extremos, também àqueles cuja finalidade econômica tiver desaparecido. A *frustration of contract* encontra aplicação não apenas a casos de impossibilidade de cumprimento, mas, também, às vezes, quando ocorre alteração fundamental de circunstâncias que levam à “frustração do fim” do contrato.

A frustração do fim do contrato pode ser considerada como um gênero que engloba (i) a frustração do fim (*frustration of purpose*), (ii) a impossibilidade superveniente (*impossibility*), (iii) a ilegalidade superveniente da prestação, (iv) a destruição do objeto do contrato, (v) a onerosidade excessiva (*impracticability*) e (vi) a não ocorrência de um evento futuro fundamental para o contrato.<sup>38</sup>

A ausência de um regramento organizado e de regras gerais expressas traz aos aplicadores do direito grande insegurança jurídica nos casos em que a finalidade do

---

<sup>37</sup> CRETELLA NETO, José. *Contratos Internacionais: Cláusulas Típicas*. Campinas: Millennium, 2011. p.560.

<sup>38</sup> COGO, Rodrigo Barreto. *Frustração do fim do Contrato*. Rio de Janeiro: Almedina, 2021, p. 32.

contrato ainda é possível, mas a prestação foi temporariamente suspensa por um evento não imputável às partes. Uma avaliação do atual estado das coisas no ordenamento jurídico brasileiro e um olhar para fora podem trazer ao sistema jurídico brasileiro uma nova visão sobre a impossibilidade temporária, preservando a autonomia privada, respeitando a boa-fé objetiva e garantindo, sempre que possível, a manutenção do contrato em tempos de crise.

### 3. AUTONOMIA DA VONTADE

#### 3.1. Ode à Liberdade

Na ocorrência de um evento que suspenda as prestações contratuais, as partes contratantes devem recorrer primeiramente às disposições do respectivo contrato. É no ajuste acertado entre as partes que estarão as regras que ditarão a relação entre os contraentes, bem como as saídas para eventuais divergências e distúrbios contratuais.

O Código Civil de 2002 se manifestou desde sempre a favor da autonomia da vontade, conforme expressamente previsto em seu art. 421. Ocorre que tal dispositivo trazia uma condicional de que a liberdade de contratar estaria limitada à função social do contrato, o que abria margem para interpretações diversas, várias delas em prejuízo à autonomia da vontade.

Ao contrário da função social da propriedade rual, cujas regras do art. 186 da Constituição da República trazem expressamente os critérios aplicáveis a tal limitação, a expressão “função social do contrato” não especifica os deveres mínimos, perfazendo uma regra geral no Código Civil.<sup>39</sup>

Uma regra geral sem limitadores abre espaço para aplicações autoritárias e intervencionistas, tanto é que o único diploma que previa semelhante restrição à liberdade com um suposto viés social era o Código Civil da Itália fascista de 1942, que dispunha em seu art. 1.322 que as partes poderiam livremente estabelecer as regras de determinado contrato dentro dos limites impostos pela lei e por normas corporativistas. A partir de uma norma geral de interpretação aberta, é possível que o Judiciário ou outro órgão estatal restrinja a liberdade de contratar de acordo com seu juízo de ocasião.

A liberdade de contratar plena traz segurança jurídica e, por consequência, maior riqueza à comunidade, cumprindo o que deveria ser a verdadeira função social do contrato. Nas palavras de Roberto Campos, antigo ministro do Planejamento do Brasil, “o bem que o Estado pode fazer é limitado; o mal, infinito. O que ele pode nos dar é sempre menos do que nos pode tirar.”<sup>40</sup> No mesmo sentido, o autor liberal clássico Adam

---

<sup>39</sup> REALE, Miguel. *Visão geral do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 92, n. 808, fev. 2003, p. 17.

<sup>40</sup> CAMPOS, Roberto. Roberto Campos – Roda Viva (1991). YouTube, 22 de dezembro de 2014. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=IhtuR\\_0VvIo](https://www.youtube.com/watch?v=IhtuR_0VvIo). Acesso em: 6 de janeiro de 2023.

Smith festejou, em sua obra prima, a autonomia da vontade em detrimento ao coletivismo quando declarou que o que realmente gera a riqueza das nações é o fato de cada indivíduo procurar o seu desenvolvimento e crescimento econômico pessoal.”<sup>41</sup>

As consequências da intervenção do Estado na autonomia da vontade das partes não se restringem ao campo abstrato e teórico, mas afeta diretamente a vida das pessoas. As economias mais avançadas do planeta são aquelas que favorecem a livre troca de indivíduos e refutam a atuação estatal.<sup>42</sup> O instituto americano The Heritage Foundation, por exemplo, realiza anualmente o Índice de Liberdade Econômica. Segundo o instituto, por quase trinta anos, o Índice de Liberdade Econômica mediu o impacto da liberdade e dos mercados livres em todo o mundo e confirmou a incrível relação positiva entre liberdade econômica e progresso. No ano de 2022, as nações que lideravam o ranking eram: Cingapura, Suíça, Irlanda, Luxemburgo, Nova Zelândia, Formosa, Estônia, Países Baixos, Finlândia e Dinamarca.<sup>43</sup> Todas essas nações possuem elevados índices de desenvolvimento humano segundo a Organização das Nações Unidas.<sup>44</sup> Lamentavelmente, o Brasil se encontra na posição 133 do ranking, ao lado de Sri Lanka e Malauí.<sup>45</sup>

Essa situação é refletida no campo jurídico. Sistemas legais mais avançados privilegiam o ajuste entre particulares em detrimento à intervenção de juízes. O direito inglês, por exemplo, é tido como um dos sistemas jurídicos mais fortes e mais utilizados em transações econômicas internacionais.<sup>46</sup> Cabe ressaltar que o direito inglês é extremamente contrário à revisão contratual por um julgador após a quebra do equilíbrio da prestação.<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações. Volume I*. Introdução de Edwin Cannan. Apresentação de Winston Fritsh. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 438.

<sup>42</sup> FRIEDMAN, Milton e FRIEDMAN, Rose. *Livre para Escolher: Uma Reflexão sobre a Relação entre Liberdade e Economia*. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 29.

<sup>43</sup> THE HERITAGE FOUNDATION. *2022 Index of Economic Freedom*. Washington, DC: The Heritage Foundation. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/>. Acesso em: 7 de janeiro de 2023.

<sup>44</sup> PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Human Development Report 2021-22*. Nova Iorque: PNUD. Disponível em: <https://hdr.undp.org/content/human-development-report-2021-22>. Acesso em: 7 de janeiro de 2023.

<sup>45</sup> THE HERITAGE FOUNDATION. *op. cit.*

<sup>46</sup> HIS MAJESTY'S COURTS AND TRIBUNALS SERVICE. *The strength of English law and the UK jurisdiction*. Londres: HMCTS, 01 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/08/legaluk-strength-of-english-law-draft-4-FINAL.pdf>. Acesso em: 7 de janeiro de 2023.

<sup>47</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 44.

No caso brasileiro, a intervenção estatal nos contratos pôde ser sentida na pele. Em 2012, o governo federal de orientação intervencionista editou a Medida Provisória n. 579, que determinava a redução das tarifas e a renovação das concessões de geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Como resultado, a intervenção realizada pelo governo para reduzir a tarifa de energia elétrica por meio de controle de preços onerou a população consumidora e gerou um grave prejuízo de mais de R\$ 100 bilhões para o setor elétrico.<sup>48</sup> A intervenção demasiada do Estado na economia foi um dos motivos listados pela revista *The Economist* na famosa edição “*Has Brazil blown it?*”, ilustrada pela capa com o Cristo Redentor como um foguete descontrolado e caindo.<sup>49</sup>

Cabe ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça referendou a intervenção e imposição de revisão contratual sem a participação dos particulares. No Recurso Especial 8473/RJ, datado de 23 de outubro de 1991, em um julgamento a respeito de um contrato que não tinha cláusula de correção monetária, o STJ decidiu que a correção monetária poderia incidir mesmo nos contratos avençados sem a sua previsão. Com a retomada da inflação no período e seus efeitos no programa contratual, o tribunal apelou à cláusula *rebus sic standibus*.<sup>50</sup> Outro exemplo pôde ser encontrado no Recurso Especial 256456/SP, datado de 22 de março de 2001, sobre um contrato de compra e venda para o fornecimento futuro de laranjas. Quando houve baixa do preço da laranja na bolsa de Nova Iorque, os vendedores passaram a ter prejuízo. Sem poder contar ainda com o art. 478 do Código Civil de 2002, a decisão se baseou no princípio da boa-fé objetiva para possibilitar a revisão contratual e supostamente retomar o reequilíbrio entre as prestações do contrato.<sup>51</sup>

Não obstante o caráter intervencionista da corte superior, o Código Civil do Brasil deveria tratar toda revisão contratual como excepcional, já que a principal função do contrato é a estabilização no tempo dos direitos e deveres ajustados.<sup>52</sup> No entanto, parte

---

<sup>48</sup> GAZETA DO POVO. *Caos do setor elétrico já custou mais de R\$ 110 bilhões em quatro anos*. Curitiba: Gazeta do Povo, 19 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/energia-e-sustentabilidade/caos-do-setor-eletrico-ja-custou-mais-de-r-110-bilhoes-em-quatro-anos-en3kmuzuyr4jv2313kw255j6e/>. Acesso em: 7 de janeiro de 2023.

<sup>49</sup> THE ECONOMIST. *Has Brazil Blown It?* Londres: The Economist, 27 de setembro de 2013. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2013/09/27/has-brazil-blown-it>. Acesso em: 7 de janeiro de 2023.

<sup>50</sup> STJ. *REsp 8.473/RJ*. 4ª Turma. Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro. Julgado em 23 de outubro de 1991.

<sup>51</sup> STJ. *REsp 256.456/SP*. 4ª Turma. Rel. Min Ruy Rosado Aguiar. Julgado em 22 de março de 2001.

<sup>52</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 212.

da doutrina também busca um fundamento para ampliar as hipóteses de revisão contratual, valendo-se precipuamente do princípio da função social do contrato previsto no art. 421, como já explicado anteriormente.<sup>53</sup>

De forma acertada, o governo de viés liberal-conservador que assumiu o mandato em 2019 promulgou a chamada Lei de Liberdade Econômica<sup>54</sup>, com o intuito de empoderar o indivíduo e fortalecer sua proteção contra a intervenção estatal. Cabe lembrar que a intervenção estatal inclui também a intervenção do Poder Judiciário.<sup>55</sup>

A Lei de Liberdade Econômica inseriu o parágrafo único ao art. 421 buscando objetar a impetuosidade intervencionista. Nesse sentido, a inclusão determinou que nas relações contratuais privadas sempre prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual. Além disso, o adendo inserido no art. 421-A determinou que os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos, e, nesse sentido, a alocação de riscos definida pelos indivíduos deve ser respeitada e observada, sendo certo que a revisão contratual somente deve ocorrer de maneira excepcional e limitada.

Portanto, a Lei de Liberdade Econômica reafirmou a prevalência da liberdade e da autonomia privada na relação entre particulares, por meio da definição de parâmetros de interpretação dos negócios jurídicos e de limites à intervenção estatal aos termos originalmente contratados pelas partes.

### 3.2. Hardship

Como mencionado acima, o ajuste entre as partes deve ser o primeiro recurso para a busca do equilíbrio contratual em caso de eventos de perturbação do contrato. Nesse sentido, uma boa redação contratual irá trazer cláusulas de adaptação entre o contrato e a realidade alterada pela situação de crise.

---

<sup>53</sup> BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos, Lei da Liberdade Econômica e Coronavírus*. São Paulo: Consultor Jurídico, 30 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/direito-civil-atual-funcao-social-contratos-lei-liberdade-economica-coronavirus>. Acesso em: 8 de janeiro de 2023.

<sup>54</sup> Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.

<sup>55</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 227.

As cláusulas de adaptação mais comuns em contratos são as chamadas de revisão automática. Tratam-se de disposições que permitem a adaptação do contrato sem que as partes tenham que negociar novos ajustes, uma vez que a regra já foi pré-determinada no contrato. Os exemplos mais comuns são (i) cláusulas de correção monetária por meio de índice de atualização inflacionária, (ii) cláusulas que estabelecem o aumento progressivo do valor das prestações e (iii) cláusulas de escala móvel que estabelecem eventuais ajustes na contraprestação de acordo com as variações de preço de determinados bens e serviços.<sup>56</sup>

Outro tipo de regra de adaptação é a chamada cláusula de revisão negociada, cujo disposto geralmente prevê um dever contratual de renegociar o ajuste originalmente pactuado ou eventual encerramento contratual em caso de materialização de determinadas hipóteses. Esses tipos de cláusulas de adaptação negociada são comumente presentes em contratos de maior duração.<sup>57</sup>

As cláusulas de *hardship* representam o tipo mais usual de regra de revisão negociada, ou não- automática. Por meio dessa espécie de disposição, o contrato impõe às partes, diante de um acontecimento posterior à sua celebração, uma obrigação de renegociar as prestações que eventualmente foram afetadas pelo evento superveniente, buscando, assim, retomar o equilíbrio do contrato.<sup>58</sup>

*Hardship* é uma palavra da língua inglesa que pode ser traduzida como uma dificuldade que gera um estado de infortúnio às partes contratantes. As situações de *hardship* devem ser expressamente previstas em cláusulas contratuais como evento gerador do dever de renegociar o ajuste originalmente acordado, com o intuito de minimizar a situação que causou a disfunção do equilíbrio contratual.<sup>59</sup>

A cláusula de *hardship* possui algumas funções: (i) permitir a manutenção da prestação obrigacional e a preservação do contrato, (ii) impedir que eventual rigidez do contrato onere uma das partes no momento da performance da obrigação contratual; (iii) repartir entre as partes contratantes os custos derivados do evento superveniente; (iv) impedir a resolução do contrato por aplicação do art. 478 do Código Civil a um contrato

---

<sup>56</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 72.

<sup>57</sup> *Ibid*, p. 72.

<sup>58</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n. 25, p. 4-31, abril/2010, p. 2.

<sup>59</sup> *Ibid*, p. 72.



que ainda pode ser útil para as partes; e (v) encontrar um novo ajuste acomodado à vontade das partes.<sup>60</sup>

Usualmente, a cláusula de *hardship* elenca alguns eventos que, se materializados, fariam surgir uma obrigação das partes de renegociar o contrato, buscando trazer reequilíbrio ao contrato. Nesse sentido, a cláusula pode trazer eventos específicos, listando de forma taxativa quais eventos ensejariam o dever de renegociar, bem como prever eventos genéricos, com uma disposição que permita chamar as partes à negociação em caso de ocorrência de um evento extraordinário que altere o equilíbrio do sinalagma original.

Ocorrido o evento previsto na cláusula de *hardship*, podem ocorrer três situações: (i) as partes iniciam negociações e obtêm um acordo com relação ao sinalagma em desequilíbrio, retomando a harmonia contratual; (ii) as partes iniciam negociações, porém as tratativas são frustradas e um ajuste buscando o reequilíbrio contratual não é alçado, ou (iii) uma das partes se recusa expressamente a iniciar o processo de renegociação.

No caso (i) não há qualquer preocupação, uma vez que o objetivo da cláusula de *hardship* de trazer um reequilíbrio ao contrato foi atingido. No caso das hipóteses (ii) e (iii), contudo, considerando que as partes não obtiveram um acordo para preservar o equilíbrio contratual, é importante que as saídas contratuais e legais pertinentes sejam suscitadas.

No caso da hipótese (ii), considerando que as partes iniciaram o processo de negociação, pode-se dizer em um primeiro momento que o rito previsto na cláusula de *hardship* foi observado. Cabe lembrar que a cláusula de *hardship* convoca as partes para um momento de negociação, o que não significa que um consenso entre os contratantes será obtido. No entanto, é importante que, durante o processo de negociação, a parte negocie em observância ao princípio da boa-fé objetiva presente no art. 422 do Código Civil, realizando ofertas sérias, lastreadas na lealdade contratual, sem utilizar a circunstância trazida pelo evento extraordinário para realizar alguma conduta oportunista. Ademais, os padrões de interpretação previstos no Código Civil nos artigos 111, 112, 113 e 114 também devem ser utilizados para avaliar se a conduta prevista na cláusula de *hardship* foi devidamente observada pelas partes contratantes.

---

<sup>60</sup> *Ibid.* p. 72.

Já no caso da hipótese (iii), a recusa comprovada de uma parte em negociar deve ser tratada como um descumprimento do contrato, com a consequência de caracterizar a parte inadimplente em mora contratual. Essa recusa pode ser tanto expressa quanto uma derivação da hipótese (ii) acima em que a parte inicia tratativas, porém, sem observar o princípio da boa-fé objetiva, agindo com propostas irrazoáveis e condutas oportunistas.

Configurado o incumprimento, a parte inocente terá uma pretensão para buscar uma obrigação de fazer. Nessa ação, o julgador deverá avaliar se o contrato determina claramente as causas para a modificação do conteúdo, além dos critérios para orientar as partes e o julgador em caso de insucesso nas negociações. Além disso, o contrato poderá prever a atuação de terceiros, tais como expert, conciliador, mediador ou árbitro que poderão auxiliar as partes na busca do reequilíbrio contratual. Por fim, o julgador deverá avaliar o impacto no cronograma do contrato de tal inadimplemento, sob a ótica de utilidade das prestações para o credor.<sup>61</sup>

Caso o credor não tenha mais interesse na prestação, e o inadimplemento da parte que recusou abrir negociações seja configurado como definitivo, o credor poderá solicitar a resolução do contrato por incumprimento contratual, conforme previsto no artigo 475 do Código Civil, sem prejuízo de pleitear as perdas e danos incorridos por tal situação.

Em todo caso, a aplicação da cláusula de *hardship* requer uma boa redação contratual, uma vez que determinações genéricas podem trazer insegurança jurídica à relação e, até mesmo, inviabilizar a aplicação do dever de renegociar. Uma boa disposição da cláusula de *hardship* deve contemplar os seguintes elementos (i) os eventos que suscitarão a aplicação da cláusula; (ii) as partes responsáveis para realizar a renegociação; (iii) as modalidades de renegociação; (iv) eventual possibilidade de intervenção de terceiros nas renegociações do contrato e (v) as hipóteses de suspensão parcial ou total dos efeitos do contrato enquanto perdurar a renegociação.<sup>62</sup>

É importante mencionar, por fim, o julgamento mais notório sobre a aplicação da cláusula de *harship*: trata-se do caso *EDF v Shell* julgado pela Corte de Apelação de Paris.<sup>63</sup>: O caso diz respeito a um contrato de fornecimento, que sofreu um desequilíbrio

---

<sup>61</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 96.

<sup>62</sup> SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *A Cláusula de hardship nos contratos de comércio internacional*. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 65/2005, p. 243-275, nov.-dez / 2005, p. 17.

<sup>63</sup> COUR D'APPEL DE PARIS. *E.D.F. c. Sté Shell Française*. Paris 1ere Ch. Julgado em 28 de setembro de 1976.

em virtude da quintuplicação dos preços de petróleo. O contrato possuía algumas cláusulas de renegociação, contudo, não havia uma descrição sobre o procedimento que deveria ser adotado no caso de impasse nas tratativas de negociação entre as partes contratantes. A Corte de Apelação de Paris ordenou as partes a renegociar e a concluir acordo sobre o preço com o auxílio de um observador. Para a Corte de Apelação de Paris, as condições de ativação da cláusula de *hardship* foram materializadas, o que trouxe às partes a obrigação de negociar as alterações do contrato e alcançar um acordo sobre a contrapartida contratual.

### 3.3. Força Maior

Outro tipo de previsão contratual que cuida de hipóteses de inexecução (seja ela temporária ou definitiva) de obrigações são as cláusulas de “caso fortuito” e / ou “força maior”. Os eventos de caso fortuito e força maior representam situações de impossibilidade superveniente da prestação contratual e não são imputáveis às partes. Tal previsão está presente no art. 393 do Código Civil, com a ressalva de que uma parte pode expressamente se responsabilizar pelo evento de caso fortuito e força maior.

O Código Civil do Brasil também define no parágrafo único do artigo 393 o conceito de caso fortuito e força maior, como sendo um fato necessário cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Nesse sentido, o evento de caso fortuito ou de força maior compreende tanto os acontecimentos da natureza, tais como tempestades, enchentes, pandemias etc., quanto as ações humanas, como guerras, saques e imposições da administração pública.<sup>64</sup>

Há uma certa discussão doutrinária sobre a diferença entre os conceitos de caso fortuito e força maior. Alguns doutrinadores definem a força maior como a situação decorrente de um evento natural e o caso fortuito como derivado da ação do homem.<sup>65</sup> Por outro lado, existem doutrinadores que invertem esses conceitos, conceituando o caso fortuito como evento derivado da força da natureza e a força maior como o dano originado

---

<sup>64</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 116.

<sup>65</sup> RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil, volume III*. São Paulo: Bookseller, 2005, pág. 99.

de um fato do homem.<sup>66</sup> Contudo, essa divergência não merece prosperar, uma vez que a própria lei não diferencia um conceito do outro. Na visão de Pontes de Miranda<sup>67</sup>, a diferença entre força maior e caso fortuito somente seria importante caso as normas que tratam de tais situações trouxessem consequências distintas a tais conceitos.

O que de fato importa é que o caso fortuito e a força maior possuem dois elementos: o fato necessário e seus efeitos inevitáveis. O fato necessário pode ser entendido como aquele que foge à esfera de controle do devedor. Caso o devedor possua meios de evitar a ocorrência do fato, o elemento do fato necessário não é materializado. Além disso, caso as consequências do fato sejam evitáveis pelo devedor, o caso fortuito ou a força maior não serão configurados e a eventual inexecução da prestação poderá ser considerada como incumprimento contratual.

É importante mencionar, ainda, que a cláusula de caso fortuito e força maior não deve servir de escape para descumprimento da prestação pelo devedor. Nesse sentido, na interpretação da inevitabilidade dos efeitos do evento de caso fortuito ou força maior, deverão ser considerados dois elementos: (i) o poder do devedor de evitar danos e (ii) o risco da atividade do devedor. Em ambos os casos, o intérprete deverá se valer de padrões de razoabilidade para avaliar se o devedor tinha condições razoáveis de evitar as consequências do evento e se os efeitos do evento derivam de um risco assumido pelo devedor em decorrência de determinada atividade econômica por ele exercida. Caso qualquer dos elementos anteriores tenha uma resposta positiva, o efeito exoneratório da situação de caso fortuito e força maior não deverá ser aplicado, e eventual inexecução temporária da prestação por parte do devedor irá cruzar a fronteira do inadimplemento contratual, com todas as suas consequências legais e contratuais pertinentes.

Cabe ressaltar que a legislação civil prevê expressamente que o devedor será responsável pelos eventos de caso fortuito ou força maior pelos quais expressamente se responsabilizar. Semelhante cláusula é válida, no entanto, ela deve ser interpretada de forma restrita, devendo considerar que o devedor apenas será responsável pelos eventos de força maior que estiverem descritos no contrato.<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume II*. São Paulo: Forense, 1989, pág 244.

<sup>67</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Tomo XXIII. Rio de Janeiro, Borsó, 1958, § 2792.

<sup>68</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 122.

Algumas partes contratantes optam por uma redação genérica nas cláusulas de caso fortuito e força maior, apenas fazendo referência ao disposto no respectivo artigo do Código Civil do Brasil. No entanto, uma boa redação contratual poderá evitar consequências nefastas para os contraentes e possibilitar, inclusive, a preservação do contrato em um momento de crise.

É importante ressaltar, em primeiro lugar, que a cláusula de caso fortuito e força maior difere da cláusula de *hardship* analisada anteriormente. Enquanto aquela possui efeito exoneratório, liberando o devedor do ônus da sua prestação, a cláusula de *hardship* possui um efeito de continuidade, buscando o reequilíbrio contratual por meio de um dever de renegociação entre as partes contratantes.

A redação da cláusula de força maior e caso fortuito deve ir além da regra da lei civil, por meio de regras que mantenham uma boa dinâmica contratual no momento de perturbação da prestação. Nesse sentido, é importante que a cláusula preveja expressamente quais eventos permitirão que o devedor seja exonerado de sua obrigação contratual. Como não é possível prever exatamente quais eventos específicos poderão constituir caso fortuito ou força maior, é recomendado que o conceito contratual pertinente traga alguns qualificadores, tais como: (i) que o evento esteja além do controle da parte que o invocar; (ii) que o evento não seja o resultado de quaisquer atos, omissões ou atrasos de tal parte (ou de uma terceira pessoa sobre a qual tal parte tenha controle, inclusive eventuais subcontratados); (iii) que o evento seja a causa que impeça à parte afetada de cumprir suas obrigações previstas e assumidas no contrato; (iv) que o evento não seja ato ou condição, cujos riscos ou consequências tenham sido assumidos no contrato pela parte que o invocar; e (v) que o evento não possa ser sanado, evitado, compensado ou negociado ou de qualquer forma superado pelo pronto exercício dos deveres e da diligência da parte responsável por tal evento (ou ainda de qualquer terceira pessoa sobre a qual tal parte tenha controle, inclusive eventuais subcontratados).

Outro ponto importante dentro do aspecto conceitual da cláusula contratual é definir quais eventos não deverão ser considerados como sendo de caso fortuito ou força maior. Obviamente esta disposição deverá carregar situações específicas de cada contrato, contudo, algumas exceções gerais são sempre recomendáveis: (i) greves e/ou interrupções trabalhistas ou medidas com efeito semelhante, de empregados e contratados do devedor ou subcontratadas, desde que não sejam resultado de greve ou interrupção de trabalho geral de natureza nacional, regional ou setorial; (ii) problemas ou dificuldades de ordem

financeira; (iii) desgaste, quebra ou falha de equipamentos utilizados para a execução do contrato; (iv) inadimplementos, erros, falhas ou atraso do devedor e de seus subcontratados na execução do contrato; (v) condições climáticas que, considerando a história climática local, sejam esperadas; (vi) condições sísmicas ou outras condições ambientais que sejam previsíveis; (vii) insolvência, liquidação, falência, reorganização, encerramento, término ou evento semelhante; (viii) aumento no preço de combustível, suprimentos, serviços, matérias primas ou qualquer equipamento; (ix) não obtenção pelo devedor de quaisquer licenças de sua responsabilidade; (x) greve ou paralização de qualquer autoridade pública; (xi) perturbação pública, boicotes, sabotagem ou bloqueios; (xii) variações cambiais; e (xiii) mudança de legislação.

No que concerne à Pandemia de Covid-19 e à Guerra Russo-Ucraniana, é importante que as partes contratantes prevejam de antemão os efeitos de tais eventos na vida contratual, no sentido de evitar comportamentos oportunistas e exoneratórios dos devedores que não observem a boa-fé objetiva. Assim, sob a ótica do credor, é recomendável que o contrato preveja, com relação à Pandemia de Covid-19 e à Guerra Russo-Ucraniana, que o devedor garanta ao credor que: (i) está ciente da Pandemia de Covid-19 (ou da Guerra Russo-Ucraniana, conforme o caso) e seus potenciais previsíveis impactos no contrato, incluindo, mas não se limitando à mobilização, aquisição de matérias-primas e/ou consumíveis, administração, supervisão, seguros, transporte, mão de obra e quaisquer outras etapas do fornecimento e prestação dos serviços; (ii) a Pandemia de Covid-19 (ou a Guerra Russo-Ucraniana, conforme o caso) não poderá ser suscitada como evento de caso fortuito e força maior; (iii) tomou as medidas necessárias a fim de assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas em razão do contrato; (iv) está ciente de que poderão ocorrer novas ondas de aumento do número de infectados pela Pandemia de Covid-19 e (v) o preço contratual reflete as novas diretrizes nacionais ou globais referente aos desdobramentos da Pandemia de Covid-19 (ou da Guerra Russo-Ucraniana, conforme o caso), incluindo eventuais custos vinculados a equipamentos e ações de proteção à saúde e segurança.

Além disso, a cláusula contratual deverá prever algumas regras sobre o procedimento a ser adotado pelas partes no momento em que o evento fortuito for configurado. A primeira conduta a ser observada deverá ser a previsão de regra de comunicação entre as partes. Nesse sentido, o contrato deverá prever um prazo máximo para que o devedor comunique ao credor sobre a ocorrência do evento de caso fortuito ou

força maior, bem como às companhias seguradoras em caso de sinistro. O comunicado deverá conter o detalhamento das informações necessárias à caracterização do caso fortuito ou força maior, tais como tipo de evento, horário de sua ocorrência, sua exata localização, efeitos e consequências sobre as atividades do devedor, bem como previsão de prazo de normalização, providências preventivas e corretivas tomadas e eventual proposta para o cumprimento das obrigações afetadas. O ônus da prova sempre recairá sobre a parte que alegar a ocorrência de caso fortuito ou força maior. A cláusula também deverá prever que caso a parte afetada pela ocorrência de força maior ou caso fortuito não comunique a outra parte dentro do prazo estipulado pelo contrato, a parte afetada não poderá se escusar de suas obrigações e responsabilidades.

A segunda conduta a ser observada no contrato é a obrigação de mitigar danos: o contrato deverá possuir uma regra que determina que o devedor deverá tomar todas as medidas comercialmente razoáveis para reduzir os danos causados pelo evento fortuito.

A terceira conduta a ser disposta no contrato diz respeito à repartição dos custos derivados da ocorrência de um evento fortuito. Usualmente, os custos incorridos na reparação, substituição ou adequação da prestação afetada pelo evento de caso fortuito ou força maior deverão ser suportados por quem for obrigado a executar a prestação na data em que ocorrer o referido evento.

Por fim, o contrato deverá prever as regras de suspensão da obrigação afetada pelo evento fortuito. Desse modo, o contrato permanecerá em vigor, mas a obrigação afetada ficará suspensa enquanto durar o evento, e as partes deverão cumprir normalmente as outras obrigações previstas no contrato. O contrato deverá prever também um prazo máximo de manutenção contratual durante a situação de caso fortuito e força maior. Se o evento perdurar por período superior ao determinado pelas partes, é comum que a cláusula preveja a resolução do contrato, sem qualquer ônus ou penalidade para as partes. No entanto, com o intuito de preservação contratual, é importante que o contrato preveja uma ressalva onde a resolução poderá ser evitada, a depender do critério de utilidade da prestação afetada para o credor.

### **3.4. Alteração Material Adversa**

Em contratos diferidos de longa duração e em operações de compra e venda de participações societárias é comum a existência de um período entre a assinatura do

contrato e a conclusão de cada uma das prestações. No caso específico de contratos de compra e venda de ações ou quotas, tais eventos são conhecidos como “assinatura” e “fechamento”, mas comumente tratados pelas palavras inglesas *signing* e *closing* (ou *completion* no direito inglês).

Entre o período da assinatura e do fechamento, há um vínculo jurídico entre as partes, com alguns deveres presentes, como por exemplo, a obrigação de sigilo, a obrigação de assunção de compromissos e a realização de determinadas atividades preparatórias para o fechamento. No entanto, a compra e venda só completamente consumada, com o pagamento do preço e a transferência das ações ou quotas, na data de fechamento da operação.

Nesse interim, é possível que algumas premissas e condições que as partes se apoiaram para celebrar o contrato sejam alteradas de forma substancial em decorrência de um evento superveniente, o que poderia impactar diretamente na vontade das partes de dar prosseguimento à operação.

Nessas hipóteses, as partes contratantes podem se valer das chamadas cláusulas de MAC (em inglês *Material Adverse Change*, ie Alteração Material Adversa), também conhecidas como MAE (em inglês *Material Adverse Effect*, ie Efeito Material Adverso). O objetivo desse tipo de cláusula é distribuir a ambas as partes os riscos relativos a eventos fora do controle destas e que estejam vinculados à mudança na estrutura do negócio originalmente baseada pelas partes contratantes para se firmar o contrato.

A Cláusula MAC é geralmente dividida em duas partes: a definição e as exceções. A definição descreve, de forma genérica, o que constitui uma alteração material adversa e as exceções designam eventos que não devem ser considerados como tal.<sup>69</sup>

Um exemplo de definição da cláusula de MAC poderia conceituá-la como qualquer evento, ocorrência, fato, circunstância, alteração, mudança ou impacto relevante sobre a situação financeira, reputacional ou operacional de determinada sociedade (ou suas subsidiárias) que, individualmente ou de forma conjunta com outros: (i) cause uma alteração adversa relevante nos negócios, operações, ativos, passivos ou contingências, relacionamentos com funcionários, clientes ou autoridades governamentais, resultados de operações ou condição (financeira, reputacional ou operacional) da sociedade (ou de suas

---

<sup>69</sup> THREET, Hunter C. *The Definition of Material Adverse Change: Balancing Risk In Merger Agreements Under Delaware Law*. Knoxville: The Tennessee Journal of Business Law, 2017.



subsidiárias); (ii) individualmente, ou em conjunto com outros eventos, gere ou seja razoavelmente esperado que gere uma perda, passivo ou contingência para a sociedade (ou para suas subsidiárias), cujo valor seja equivalente ou superior a determinada quantia; (iii) que impeça ou prejudique, de forma relevante, a capacidade da sociedade, de suas subsidiárias ou dos acionistas de realizarem ou cumprirem com suas respectivas obrigações, ou de conduzir as atividades e negócios da sociedade da forma como atualmente conduzidos; ou (iv) resulte na inclusão da sociedade, de suas subsidiárias, de membro de sua administração ou de qualquer dos acionistas em um procedimento oficial de investigação por infração às leis de combate à corrupção.

As exceções irão variar de acordo com cada transação e a materialidade da alteração deverá ser analisada em cada caso concreto. Geralmente, os riscos afastados pelas partes compreendem (i) riscos sistemáticos, (ii) riscos indicadores e (iii) riscos contratuais. Os riscos sistemáticos incluem mudanças macroeconômicas, mudanças na indústria e alterações na lei.<sup>70</sup> Um exemplo seria a cláusula MAC nos contratos de venda de petróleo, onde a variação do preço de hidrocarbonetos é excluída da definição de evento adverso. Os riscos contratuais, por sua vez, incluem os eventos resultantes do anúncio da transação, como, por exemplo, a perda de consumidores ou de empregados que prefiram atuar com a sociedade da forma como ela existia antes da transação. Por fim, o risco indicador representa uma evidência de alteração material no negócio da sociedade adquirida. Um exemplo desse tipo de risco seria a falha da sociedade investida de atingir determinadas projeções de performance financeira.<sup>71</sup>

Ocorrido o evento material adverso, a consequência mais comum é a extinção do contrato por denúncia motivada. No entanto, em alguns contratos, poderá haver também um espaço para a renegociação do preço ou de outras condições materiais.

É importante mencionar que a cláusula MAC possui natureza própria e não deve ser tratada nem como uma condição suspensiva<sup>72</sup> nem como uma condição resolutiva<sup>73</sup>.

---

<sup>70</sup> MILLER, Robert T. *The Economics of Deal Risk: Allocating Risk Through MAC Clauses in Business Combination Agreements*. Williamsburg: William and Mary Law Review, 2007, p. 2074.

<sup>71</sup> MILLER, Robert T. *Canceling the Deal: Two Models of Material Adverse Change Clauses in Business Combination Agreements*. Nova Iorque: Cardozo Law Review, Vol. 31, No. 1, 2009, p. 107.

<sup>72</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 135.

<sup>73</sup> *Ibid*, p. 136.

O objetivo da cláusula é permitir que os contratantes se retirem do contrato caso uma situação de deterioração substancial se apresente.

Não há na cláusula MAC um diferimento da exigibilidade dos efeitos do contrato em virtude de um fato futuro e incerto, como ocorre nas condições suspensivas. Ademais, não obstante a cláusula MAC aparente possuir os mesmos efeitos de uma condição resolutiva, por permitir a extinção do negócio jurídico quando da concretização do evento futuro incerto, tais conceitos não devem ser confundidos. Após a assinatura e antes do fechamento de determinada operação, há apenas uma vinculação jurídica básica, conforme mencionado acima. Nesse sentido, as partes se obrigam apenas a um conjunto de deveres acessórios, mas ainda não há o completo fechamento da transação, com o pagamento do preço e a transferência das quotas ou ações. Assim, na ocorrência de um evento adverso, haverá apenas a extinção de tal vínculo jurídico básico, e não do vínculo jurídico completo, uma vez que tal ligação sequer se materializou.

No que concerne aos efeitos da Pandemia de Covid-19 e da Guerra Russo-Ucraniana, eventual aplicação da cláusula MAC deverá observar a redação de cada contrato e as consequências e impactos que tais eventos teriam à transação no caso concreto. A título de exemplo, o contrato de aquisição da E\*Trade pelo Morgan Stanley afastou expressamente a pandemia do coronavírus de Wuhan, bem como guerras, como hipótese de aplicação da cláusula MAC.<sup>74</sup> Nesse sentido, a cláusula inseriu um excludente de sua aplicação para as situações de “guerra e escalada ou deterioração de atos de guerra”<sup>75</sup>, bem como “pandemia ou surto de doença (incluindo do vírus do Covid-19)”<sup>76</sup>.

Não obstante a primazia da autonomia da vontade para resolução de crises contratuais, em algumas situações, o contrato não prevê saídas para que as partes resolvam as perturbações geradas por situações de impossibilidade temporária. Dessa forma, os contratantes não possuem outra alternativa senão recorrer aos remédios previstos na legislação vigente para tratar a inexecução de obrigações por motivos alheios à vontade das partes.

---

<sup>74</sup> *Ibid*, p. 133.

<sup>75</sup> “war or any escalation or worsening of acts of war”

<sup>76</sup> “pandemic or disease outbreak (including the COVID-19 virus)”

## 4. IMPOSSIBILIDADE E ONEROSIDADE

### 4.1. A Impossibilidade no Ordenamento Brasileiro

Conforme mencionado acima, na eventualidade de uma perturbação na prestação contratual, a primeira regra a ser observada deve ser buscada no contrato firmado entre as partes. Contudo, alguns eventos acabam suscitando situações não previstas no ajuste pactuado, seja por lacuna contratual seja por gerar uma hipótese de impossibilidade no cumprimento pelo devedor, ou até mesmo por caracterizar uma grande dificuldade em tal cumprimento. Cabe às partes, então, recorrer à lei civil vigente, que no Brasil trata essas questões por meio dos institutos da impossibilidade superveniente, da revisão contratual por onerosidade excessiva e da resolução contratual por onerosidade excessiva.

Primeiramente, cabe ressaltar que o objetivo deste trabalho é analisar o tratamento da legislação para os casos de inexecução temporária das obrigações em contratos empresariais, firmado entre sociedades mercantis. Não serão analisados aqui os eventuais impactos decorrentes de contratos administrativos ou de contratos consumeristas. Nesse sentido, não será aprofundada neste estudo a chamada Teoria da Base Objetiva prevista no art. 6, V do Código de Defesa do Consumidor<sup>77</sup>. Tal dispositivo traz como um direito básico do consumidor a sua prerrogativa para pleitear a modificação de uma cláusula de seu contrato em caso de uma prestação desproporcional, ou ainda, no caso de um fato posterior que torne uma prestação excessivamente onerosa.

Notem que a provisão acima não traz qualquer requisito prévio, tal como a necessidade do fato ou a não imputabilidade do consumidor, o que naturalmente chama um revisionismo inflacionário no que concerne aos contratos consumeristas. A hipótese revisional no direito consumidor, pelo contrário, traz apenas a regra de que deve haver a alteração das circunstâncias sobre as quais o contrato se baseou. Felizmente, essa teoria não foi acolhida para as relações empresariais, o que fatalmente traria um excesso de revisionismo também para os contratos mercantis, e deverá subsistir apenas para as relações consumeristas, amparadas por uma suposta necessidade de proteção especial para o consumidor.

---

<sup>77</sup> Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

No que concerne à impossibilidade propriamente dita, cabe mencionar novamente que o ordenamento jurídico brasileiro não possui um regramento organizado sobre o tema, valendo-se apenas de regras esparsas espalhadas no Código Civil e em legislações específicas.

O objetivo deste trabalho será tratar da impossibilidade temporária e suas consequências, cuja classificação conceitual foi amplamente analisada no Capítulo 1 acima. Apenas para rememoração, a impossibilidade definitiva é liberatória do credor e chama a extinção do contrato, ao passo que a impossibilidade temporária tem como efeitos a da ausência de mora por parte do devedor e a suspensão da exigibilidade da prestação enquanto durar a situação de impossibilidade temporária.

Não obstante a avaliação acima, é importante analisar outros tipos de situações de impossibilidade e suas respectivas previsões na legislação civil. Uma distinção relevante diz respeito à impossibilidade originária e à impossibilidade superveniente. A impossibilidade originária está ligada a um evento contemporâneo à formação contratual enquanto a impossibilidade superveniente está relacionada a um evento posterior à assinatura do contrato. Para Pontes de Miranda, a impossibilidade originária torna o negócio nulo e libera o devedor de sua obrigação, desde que ele não esteja em mora, atuando no plano de validade do negócio jurídico. Já a impossibilidade superveniente diz respeito ao plano da eficácia do negócio jurídico, podendo ser imputável ou não ao devedor.<sup>78</sup> A impossibilidade superveniente possui tratamento especial no Código Civil nos capítulos das Obrigações de Dar, das Obrigações de Fazer, das Obrigações de Não Fazer e das Obrigações Alternativas.

Com relação às Obrigações de Dar, os artigos 234 e 235 dispõem que se determinada coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição do bem, a obrigação será extinta para ambas as partes. Além disso, se a perda resultar de culpa do devedor, este será responsável a indenizar o credor por perdas e danos. Por outro lado, caso determinada coisa encontre-se deteriorada, sem culpa do devedor, o credor poderá optar pelo encerramento do contrato ou por aceitar a coisa, com uma dedução proporcional do valor em referência ao dano sofrido pelo objeto.

---

<sup>78</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Tomo IV*. Rio de Janeiro, Borsói, 1958, § 397,6.

No mesmo capítulo, os artigos 238, 239 e 240 preveem que nos casos de restituição de coisa certa em que não houver culpa do devedor e a coisa se perder antes da tradição, o credor sofrerá a perda e a obrigação será extinta. Obviamente, se a coisa se perder por culpa do devedor, este deverá restituir o credor pelas perdas e danos incorridos. Ademais, em caso de deterioração da coisa sem culpa do devedor, o credor deverá recebê-la sem direito à indenização. Contudo, se houver culpa do devedor, o credor deverá ser compensado por perdas e danos sofridos.

Para obrigações envolvendo dar coisas incertas, os artigos 245 e 246 estabelecem que as regras acima deverão ser aplicadas. No entanto, caso a perda ou deterioração da coisa se dê antes da escolha da coisa pelo devedor, este não se eximirá de responsabilidade e deverá responder ao credor pelos danos suportados.

O capítulo referente a Obrigações de Fazer segue linha semelhante com a previsão do art. 248 de que se a prestação do fato se tornar impossível por fato superveniente sem culpa do devedor, a obrigação será extinta. Por outro lado, se houver culpa do devedor, ele será responsável por reparar o credor por perdas e danos incorridos. As Obrigações de Não Fazer também serão extintas por impossibilidade superveniente pela previsão do art. 250, caso não haja culpa do devedor.

Por fim, os artigos 254, 255 e 256 tratam de situações de impossibilidade superveniente e seus impactos em obrigações alternativas. Dessa forma, caso o devedor não possa cumprir nenhuma das prestações alternativas por sua culpa, o devedor deverá pagar ao credor o valor da prestação que se impossibilitou por último, sem prejuízo das perdas e danos incorridos pelo credor. Caso a escolha da alternativa seja do credor, e uma das prestações tornar-se impossível por culpa do devedor, o credor poderá pleitear a prestação ainda possível ou o valor da prestação impossível, acrescido de perdas e danos. Se todas as prestações se tornarem impossíveis, o credor poderá pleitear, à sua descrição, o valor de qualquer uma delas, sem prejuízo de compensação por perdas e danos. Por outro lado, se todas as prestações se tornarem impossíveis sem culpa do devedor, a obrigação será considerada extinta.

Além das regras acima, o Código Civil possui outras normas esparsas tratando de impossibilidade superveniente. A primeira delas está no art. 279, que dispõe que nos casos de impossibilidade da prestação por culpa de um dos devedores solidários, todos os devedores serão responsáveis por pagar ao credor o equivalente da prestação impossível. Contudo, apenas o devedor culpado será responsável pelas perdas e danos. Outra previsão

está no art. 399 que dispõe que o devedor em mora responderia pela impossibilidade da prestação, exceto se provar que não houve culpa ou que o dano ocorreria mesmo com a execução da prestação. Sobre os contratos de consignação, o art. 535 prevê que o consignatário não se eximirá de pagar o preço dos produtos consignados caso a restituição da seja integralmente impossível, mesmo que sem sua culpa. Já nos contratos de prestação de serviços, o art. 607 prediz que o contrato deve ser considerado encerrado pela impossibilidade da continuação do contrato, motivada por força maior.

Como pôde ser observado acima, a impossibilidade superveniente pode ou não ser imputável ao devedor. Na maioria dos casos, a impossibilidade não imputável ao devedor extingue a obrigação, ao passo que a impossibilidade imputável gera obrigação de indenizar por perdas e danos.

#### **4.2. O Estado de Subsistência das Coisas**

Como já analisado, há algumas situações em que se configura a impossibilidade de prestar determinada obrigação enquanto em outras a prestação ainda pode ser realizada, mas com uma excessiva dificuldade para prestar.

A ideia de adaptação contratual por onerosidade excessiva foi uma novidade trazida pelo Código Civil de 2002. Até então, às partes contratantes somente restava recorrer a princípios gerais, sendo um deles o do Estado de Subsistência das Coisas, mais conhecido pela alcunha latina *Rebus Sic Stantibus*.

*Rebus Sic Stantibus* é uma expressão derivada da Suma Completa do Direito dos Romanos (*Corpus Juris Civilis*) que na verdade é um resumo da frase *Contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro, rebus sic stantibus intelliguntur*, traduzida como “Os contratos que têm trato sucessivo ou a termo ficam subordinados, a todo tempo, ao mesmo estado de subsistência das coisas”.<sup>79</sup> Nesse sentido, as partes que celebram um contrato, podem revisitá-lo ou resolvê-lo caso haja uma mudança substancial do estado existente no momento de celebração do pacto.

---

<sup>79</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

Alguns casos notórios ilustram essa aplicação antes do advento do Código Civil de 2002. Em 1917, já na vigência do Código Civil de 1916<sup>80</sup>, houve uma decisão que invocou a cláusula *rebus sic standibus*. No caso em questão houve uma alta extraordinária de preços de venda de algodão em um contrato com prestações sucessivas. O juiz considerou que tal alta ultrapassou consideravelmente o risco assumido pelas partes no início do contrato e, portanto, deveria liberar o devedor que não se encontrava em mora<sup>81</sup>. No entanto, não obstante o juiz considerar a tese da onerosidade excessiva como liberatória para o devedor, neste caso específico, o juiz considerou que o réu não agiu com a diligência devida e as razões trazidas pela defesa para equiparar os efeitos da excessiva alta de preços com a força maior não prosperaram:

Considerando que, como se vê no exposto, a alta dos preços das mercadorias ou em caso nenhum constitui força maior para isentar o devedor da prestação, ou, contrariamente, dá motivo para tanto quando é excessiva e surpreende o devedor, que somente dispendendo uma diligência superior à média, pode cumprir a prestação encarecida – conceito este que não repugna como os princípios aceitos no nosso direito e de acordo com os quais o tipo de diligência no desempenho de qualquer ato deve ser o de um homem de bem governado – um *diligens pater familias* – costuma empregar no trato ordinário de seus negócios. Considerando que os preços são juridicamente excessivos quando superam a álea comercial que se deve determinar tendo-se em atenção as oscilações por um número suficiente de anos verificadas nas estações.<sup>82</sup>

Outra decisão notória envolve o chamado Caso do Morro do Castelo. Após a destruição do Morro do Castelo, localizado no município do Rio de Janeiro, pelo prefeito Carlos Sampaio no ano de 1922, houve um aumento elevado dos preços de imóveis na cidade. Neste caso específico, um comprador de um imóvel, cujo negócio foi celebrado antes do desabamento, pleiteou uma liberação do seu vínculo contratual. O juiz considerou que o evento do Morro Castelo representou um evento extraordinário e

---

<sup>80</sup> Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.

<sup>81</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 187.

<sup>82</sup> *Ibid*, p. 188.

imprevisível, que alterou profundamente as condições objetivas que as partes se basearam para celebrar o contrato (*voluntas contrahendum*).

Apesar de a resolução do contrato por fato oneroso superveniente ainda não ter sido contemplada na legislação civil vigente, esta solução foi tomada por meio de princípios gerais de direito, em especial o princípio de equidade. O juiz avaliou que as partes que assumem obrigações contratuais de trato sucessivo naturalmente se sujeitam a alteração de preços, para mais ou para menos, no entanto, na eventualidade de uma mudança extrema, o equilíbrio contratual originalmente levado em consideração pelas partes é atingido, sendo dever do juiz proceder à resolução do pacto.<sup>83</sup>

Em seguida, dois casos contemporâneos à Revolução de 1930 podem ser mencionados. O primeiro deles trata de um caso de aluguel impossibilitado pela Revolução. Nesta situação, o locatário de um imóvel no Rio de Janeiro ficou impossibilitado de pagar seu aluguel, uma vez que morava em Curitiba e as comunicações no Brasil foram interrompidas em decorrência da Revolução. Neste caso, Nelson Hungria decidiu que a impossibilidade não se configura apenas quando não é possível cumprir a prestação, mas também quando há uma forte dificuldade de realizá-la, considerando como padrão um esforço ordinário de execução. Por outro lado, quando o evento superveniente vai além do risco normal de um o negócio, mas não gera ao devedor esforços desproporcionais, considerando o interesse do credor, não se configura a impossibilidade. Essa questão acaba por trazer insegurança para relações contratuais, uma vez que traz aos intérpretes um exercício de avaliação dos diferentes graus de dificuldade enfrentados pelo devedor na execução de sua prestação.<sup>84</sup>

Outro exemplo do período revolucionário é um caso de exportação de ferragens. O vendedor pleiteou a liberação do seu dever de entregar ferragens, alegando que tal prestação se tornou impossível uma vez que determinados eventos relacionados à Revolução de 1930 impediram o embarque das peças vendidas em um navio destinado para a Europa. No caso em tela, o vendedor não conseguiu comprovar que os eventos revolucionários foram responsáveis pela não execução de sua prestação. No entanto, o caso se mostrou relevante pois permitiu a aceitação de forma unânime da cláusula *rebus sic standibus* no direito brasileiro. A incorporação da cláusula *rebus sic standibus* no

---

<sup>83</sup> *Ibid*, p. 189.

<sup>84</sup> *Ibid*, p. 190.



nosso ordenamento foi construída da seguinte forma por Pontes de Miranda: (i) nem todo contrato de trato sucessivo estará sujeito aos efeitos liberatórios ou revisionais, sendo necessário que se verifique se o devedor agiu com as cautelas ordinárias relacionadas ao contrato em questão; (ii) embora não prevista de forma expressa na legislação, a cláusula *rebus sic standibus* não é incompatível com o direito brasileiro; (iii) os efeitos da cláusula *rebus sic standibus* devem ser analisados caso a caso e não de forma geral, uma vez que os requisitos de extraordinariedade e imprevisibilidade serão sempre analisados de acordo com os efeitos específicos de cada contrato; (iv) os efeitos da cláusula *rebus sic standibus* não devem ser confundidos com a pressuposição *rebus sic standibus*; (v) os motivos particulares de cada indivíduo não devem ser observados para a configuração da cláusula *rebus sic standibus*, uma vez que as condições individuais não teriam relevância jurídica; e (vi) sempre deverá haver uma relação causal entre o evento superveniente, extraordinário e imprevisível e os efeitos produzidos pelo evento no contrato em questão.<sup>85</sup>

Nos anos 1940, a obra mais relevante acerca do tema foi publicada na doutrina brasileira por Arnaldo Medeiros da Fonseca, intitulada *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. No entanto, após a obra, os institutos da impossibilidade e da alteração da base do negócio acabaram se confundindo. Para Medeiros da Fonseca, a impossibilidade “não nos leva a negar que, excepcionalmente, possa a superveniência de acontecimentos imprevisíveis, acarretando impossibilidade subjetiva ou onerosidade excessiva, ser também atendida, de modo a liberar-se o devedor do vínculo obrigatório, ou atenuarem-lhe as consequências”.<sup>86</sup> De todo modo, a cláusula *rebus sic standibus* mostrou uma evolução na jurisprudência e na doutrina. Inicialmente, a pretensão das partes afetadas era pela revisão das obrigações em busca do reequilíbrio contratual. Somente se não alcançada a adaptação do contrato dever-se-ia proceder à extinção do contrato. Em seguida, a sanha resolutória passou a ganhar força por parte dos intérpretes e das partes contratantes.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> *Ibid*, p. 194-195.

<sup>86</sup> MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958, p. 117.

<sup>87</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 199.

Por fim, um caso relevante dos anos 1960 trouxe novos aspectos para o processo de evolução da cláusula *rebus sic standibus*, com o estabelecimento de critérios gerais para a sua aplicação. Trata-se do caso do Jornal Folha da Manhã, em que o jornal havia interrompido a entrega de seus exemplares, o que acabou levando seus assinantes a pleitearem em juízo pelo restabelecimento das entregas ou, alternativamente, por uma compensação pelo inadimplemento do jornal. O jornal, por sua vez, manifestou que as condições econômicas no país foram severamente alteradas, o que incluiu também a alteração da capital do país para Brasília. O STF decidiu que a presença da cláusula *rebus sic standibus* em cada contrato é uma questão de interpretação, e inovou ao estabelecer os critérios gerais para sua aplicação (i) obrigações sucessivas: a cláusula *rebus sic standibus* pode ser aplicada para contratos de trato sucessivo; (ii) desequilíbrio econômico: a parte afetada deve comprovar a existência de um desequilíbrio econômico no caso concreto; e (iii) imprevisibilidade: o evento causador do desequilíbrio deve ser imprevisível.<sup>88</sup>

Alguns dos requisitos acima foram incluídos nas regras adotadas pelo Código Civil de 2002. Não obstante, o legislador em 2002 não se preocupou em trazer um regramento organizado para tratar da onerosidade excessiva, como poderá ser observado adiante.

#### **4.3. Onerosidade e Resolução do Contrato**

Como já mencionado, o Código Civil falhou na organização de regras para revisão de contratos no caso de eventos de inexecução temporária e não traz uma norma geral de adaptação do contrato ou de manutenção de equilíbrio contratual. Dessa forma, o Código Civil não traz nenhuma saída de caráter geral, para situações em que os particulares se deparam com perturbações que fogem do curso ordinário dos negócios. O que o diploma traz são apenas alguns institutos específicos. Assim, cada uma das soluções que o Código Civil propõe traz suas respectivas regras de aplicação e requisitos.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> *Ibid*, p. 200.

<sup>89</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado – Critérios para sua Aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 661.

Por esse motivo, na ocorrência de eventos que causem a inexecução temporária de obrigações, as decisões judiciais acabam por tomar caminhos divergentes. No que concerne à Pandemia de Covid-19, por exemplo, diversas partes em contratos de locação foram à justiça para buscar a readequação do contrato em virtude do fechamento compulsório determinado por várias prefeituras e estados. Algumas decisões judiciais acabaram por negar os pedidos de reajuste ou de suspensão do pagamento dos aluguéis<sup>90</sup>, ao passo que outras decisões suspenderam todas as obrigações do contrato<sup>91</sup>, ou ainda, reajustaram o valor do aluguel de acordo com um percentual de redução determinado pelo próprio juiz.<sup>92</sup>

Não obstante as dificuldades acima, o Código Civil possui algumas regras para resolução de problemas decorrentes de onerosidade excessiva superveniente dentro do capítulo de Extinção do Contrato.

Segundo Catarina Monteiro Pires, “a onerosidade excessiva superveniente depende dos requisitos do caráter extraordinário e imprevisível da situação, ficando em aberto o problema de saber qual o regime aplicável à correção de desequilíbrios negociais gerados por circunstâncias supervenientes, sempre que as mesmas não revistam a referida marca da imprevisibilidade”.<sup>93</sup>

A teoria da onerosidade excessiva superveniente está prevista no Código Civil Italiano, em seu artigo 1.467 e serviu de inspiração para o direito brasileiro. Tal dispositivo prevê a possibilidade de resolução de um contrato, a pedido do devedor na eventualidade de uma situação de onerosidade excessiva superveniente, devendo ser cumpridos os seguintes requisitos: (i) deve haver um contrato de execução contínua, periódica ou diferida; (ii) uma das prestações é afetada pelo evento de onerosidade excessiva superveniente; e (iii) o evento de onerosidade excessiva superveniente deriva de uma situação extraordinária. Uma vez observados tais requisitos, o contrato poderá ser resolvido.

---

<sup>90</sup> TJBA. *Processo n. 8034826-91.2020.8.05.0001. 2ª Vara Cível e Comercial de Salvador. Juíza Luciana de Carvalho Correia de Mello*. Julgado em 13 de abril de 2020.

<sup>91</sup> TJSP. *Processo n. 1028943-06.2020.8.26.0100. 43ª Vara Cível. Juiz Rodolfo César Milano*. Julgado em 06 de abril de 2020.

<sup>92</sup> TJSC. *Processo n. 5010372-55.2020.8.24.0008. 4ª Vara Cível de Blumenau. Juíza Vivian Carla Josefovicz*. Julgado em 17 de abril de 2020.

<sup>93</sup> PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da Prestação*. Coimbra: Almedina, 2020, p. 390.

A versão brasileira da regra acima está prevista no art. 478 do Código Civil. Nosso ordenamento também traz alguns requisitos para que seja possível a resolução por onerosidade excessiva: (i) a sua ocorrência somente pode ocorrer em contratos de execução continuada ou diferida, (ii) deve haver um contexto de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, (iii) a prestação se tornou excessivamente onerosa para uma das partes, e (iv) ao mesmo tempo, há uma extrema vantagem para a outra parte.

É possível notar duas diferenças entre a lei italiana e a lei brasileira: (i) a mais marcante é a inclusão do requisito de configuração da extrema vantagem para a outra parte, que existe apenas na lei brasileira e (ii) outra distinção é a lei italiana destacar que não deve ser incluída como elemento de onerosidade excessiva eventual prejuízo considerado como parte da álea normal do contrato. Dessa forma, uma situação de onerosidade somente é considerada como excessiva se ela ultrapassar a álea normal de um contrato. Caso a situação de onerosidade esteja dentro da álea normal de um contrato, ela será considerada como um fato dentro da esfera de risco assumida pelo devedor consensualmente no contrato firmado.<sup>94</sup>

Cabe então analisar detidamente os quatro requisitos constantes na hipótese de resolução por onerosidade excessiva prevista no direito brasileiro:

(i) Contratos de execução continuada ou diferida: essa modalidade de resolução somente é aplicada nos contratos cuja execução seja distribuída ao longo do tempo. Pode-se entender o contrato de execução continuada como sendo aquele duradouro em que haja a permanência contínua da mesma situação (como é o caso dos contratos de locação) ou uma execução periódica de seu objeto (como é o caso de um contrato de fornecimento em determinadas datas).<sup>95</sup> Por outro lado, o contrato de execução diferida é aquele em que a prestação das partes não ocorre em um único momento, mas em prazos futuros, e seu adimplemento somente se dará após a consecução do seu objeto. Um exemplo seria uma compra e venda celebrada com previsão de pagamento do preço a termo futuro.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil, volume VI, tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 904.

<sup>95</sup> *Ibid*, p. 885.

<sup>96</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 210.

A relevância de considerar apenas tais espécies de contratos como aptas a serem resolvidas em caso de eventos imprevisíveis e extraordinários se dá pelo fato de serem relações que vão se estender no tempo, estando sujeitas ao infortúnio e a uma alteração da base negocial em um tempo futuro. Isso porque os contratos de execução imediata são satisfeitos já no presente, e não se submeterão a eventuais alterações nas condições originalmente conjecturadas pelas partes contratantes.

(ii) Evento extraordinário e imprevisível: Outro requisito para aplicação da supracitada modalidade de resolução é a ocorrência de um evento superveniente que seja extraordinário e imprevisível para as partes contratantes. Pode-se definir o fato extraordinário como sendo aquele que “escapa ao curso normal dos acontecimentos, divergindo do que se afigura comum na vida ordinária”.<sup>97</sup> Nesse sentido, a extraordinariedade se distingue da imprevisibilidade por possuir um caráter mais objetivo e de mais fácil caracterização. Como destaca Anderson Schreiber, se considera extraordinário aquele fato que escapa objetivamente à sucessão habitual dos acontecimentos, ao passo que o fato imprevisível pode ser reconhecido como aquele que as partes não puderam subjetivamente antever.<sup>98</sup>

Em decorrência da diferenciação conceitual, poder-se-ia questionar se seria necessário que determinado evento fosse concomitantemente imprevisível e extraordinário para acionar a possibilidade de resolução contratual. No entanto, essa distinção meramente teórica não deve servir de obstáculo para a preservação do equilíbrio contratual. Na opinião de Ruy Rosado de Aguiar é possível identificar a diferença entre um evento extraordinário e um evento imprevisível. A título de exemplo, Aguiar nos traz a queda de uma barragem, que será sempre um evento extraordinário, contudo, tal fato pode ser previsível ao se considerar as circunstâncias do acontecimento infortúnio, tais como sinais, relatórios e alarmes. No entanto, na prática, os dois conceitos acabam atuando como se tivessem o mesmo significado. Da mesma forma que os conceitos de caso fortuito e força maior possuem distinções teóricas, mas na prática são usados de forma indistinta, os conceitos de extraordinário e imprevisível assumem nesse contexto o mesmo papel.<sup>99</sup>

---

<sup>97</sup> *Ibid*, p. 216.

<sup>98</sup> *Ibid*, p. 217.

<sup>99</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil, volume VI, tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 900.

No que concerne à Pandemia de Covid-19, podemos certamente considerar que sua ocorrência é um fato imprevisível e extraordinário, já que no padrão de uma pessoa razoável, do setor econômico objeto de determinado contrato, jamais poderia prever no momento do ajuste que eventual surto do coronavírus de Wuhan iria ocorrer com uma dispersão de repercussão mundial. Com relação à Guerra Russo-Ucraniana, é discutível considerar tal conflito como um evento imprevisível e extraordinário, visto que ela se alastra no leste europeu desde à invasão da Crimeia e a ocupação parcial dos *oblasts* de Donetsk e Lugansk em 2014 e, desde o final de 2021, diversos comunicados do governo americano e da comunidade europeia indicavam uma iminente invasão militar russa em larga escala em seu país vizinho.

(iii) A prestação se torna excessivamente onerosa: Em seguida, cabe analisar o quanto uma prestação se tornou onerosa à determinada parte de modo a reclamar a resolução do negócio jurídico. Como destacado por Schreiber, não há na legislação brasileira um parâmetro para se afirmar se determinada prestação se tornou excessivamente onerosa para um contratante. Além disso, a jurisprudência nesse sentido se apresenta inteiramente disforme.<sup>100</sup>

A doutrina também encontra dificuldades para nos apoiar neste contratempo. Contudo, pode-se destacar que a excessiva onerosidade não deve se confundir com o caso fortuito e a força maior, uma vez que estes correspondem à impossibilidade de se realizar uma prestação contratual, ao passo que a onerosidade excessiva representa uma dificuldade em se concretizar tal contrapartida negocial. No entanto, tal distinção não é clara, principalmente ao analisar as diferenças entre uma impossibilidade física e outros tipos de impossibilidade ligados a questões práticas e econômicas.<sup>101</sup>

Assim sendo, a doutrina costuma se dividir em quatro entendimentos distintos sobre a excessiva onerosidade, a saber: (a) onerosidade excessiva como agravamento notável no custo da própria prestação, entre o momento de conclusão do contrato e o momento do cumprimento, (b) onerosidade excessiva como uma diferença extrema não relacionada ao custo da prestação, mas ao valor do objeto da prestação entre o momento de sua perfeição e o de sua execução, (c) onerosidade excessiva como perda ou destruição

---

<sup>100</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 223.

<sup>101</sup> *Ibid*, p. 223.

da relação de equivalência entre as prestações do contrato e (iv) onerosidade excessiva como impossibilidade de realização do fim contratual ou da finalidade legitimamente esperada da relação obrigacional.<sup>102</sup>

(iv) Extrema vantagem: Por fim, o ordenamento jurídico brasileiro inovou ao trazer a extrema vantagem como uma contrapartida ao requisito de onerosidade excessiva para resolução contratual. Como já mencionado, tal requisito não é previsto no Código Civil Italiano, que serviu de inspiração para nosso Código Civil. Essa posição da legislação brasileira acabou trazendo um novo elemento de evidência para a restauração do equilíbrio contratual, dificultando em diversas oportunidades a sua aplicação.

Na visão de Schreiber, a necessidade de prescrever a extrema vantagem estaria relacionada com o princípio geral da vedação ao enriquecimento sem causa presente no art. 884 do nosso Código Civil. Nesse sentido, a jurisprudência brasileira, ao tutelar os casos de onerosidade excessiva, sempre reforça o requisito da extrema vantagem.<sup>103</sup>

Arnoldo de Medeiros da Fonseca, em sua obra clássica *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*, destacava como um requisito da teoria da imprevisão o enriquecimento inesperado e injusto do credor em decorrência da superveniência imprevista. Assim, na visão de Fonseca, se o evento superveniente acarretar apenas para o devedor uma onerosidade maior, sem melhorar a situação do credor, não haveria inequidade nenhuma em exigir do devedor o cumprimento de sua obrigação. Por outro lado, caso tal fato representasse para o credor uma fonte de enriquecimento inesperado, seria legítimo resolver a relação obrigacional, uma vez que a manutenção de tal negócio jurídico representaria uma grande injustiça, ao permitir a uma das partes uma vantagem às custas da ruína e do sacrifício da outra parte.<sup>104</sup>

Segundo Fonseca, a aplicação da teoria da imprevisão no direito brasileiro para a resolução de contratos exigiria três condições: (i) acontecimentos imprevistos e imprevisíveis que alterem radicalmente a situação existente na época de celebração do contrato; (ii) a ocorrência de uma onerosidade excessiva a uma das partes que não

---

<sup>102</sup> *Ibid*, p. 227.

<sup>103</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 229.

<sup>104</sup> *Ibid*, p. 228.

compense as vantagens obtidas ao longo do contrato; e (iii) um lucro inesperado e injusto do credor que supere 20% do valor da prestação.<sup>105</sup>

Na opinião de Judith Martins-Costa, a análise acima e a inclusão do critério de extrema vantagem no art. 487 representou uma interpretação equivocada da obra de Fonseca. O requisito da extrema vantagem parece ter origem em uma interpretação do art. 1º do decreto 19.573 de 1931 que previa o direito de resolução de um contrato de locação na eventualidade de um funcionário público ser obrigado a mudar de cidade e ter seu salário reduzido em mais de um quarto, ou ainda ser dispensado do cargo que exercia.<sup>106</sup>

Tal tratamento pode ser verificado em casos recentes analisados pelos nossos tribunais superiores, onde o requisito da extrema vantagem sempre foi considerado e tal condição não vem sendo questionada como desarrazoada. Em uma decisão de 2008, por exemplo, o ministro João Otávio de Noronha determinou que o requisito da extrema vantagem deve se relacionar ao enriquecimento sem causa, instituto positivado no supracitado art. 884 do Código Civil.<sup>107</sup>

Inobstante o exposto acima, e com o devido respeito, entendo que a inclusão da extrema vantagem como requisito para resolução do contrato por onerosidade excessiva representa um equívoco do nosso legislador e tal exigência deveria ser retirada do artigo 478 do Código Civil Brasileiro.

A IV Jornada de Direito Civil, organizada em 2006 pelo Centro de Estudos Jurídicos do Conselho da Justiça Federal sugeriu em seu Enunciado n. 365 que o requisito da extrema vantagem fosse simplesmente desconsiderado pelos julgadores e intérpretes, a saber:

“Enunciado n. 365. A extrema vantagem do art. 478 deve ser interpretada como um elemento acidental da alteração de circunstâncias que comporta a incidência da resolução ou revisão do negócio por onerosidade excessiva, independentemente de sua demonstração plena.”<sup>108</sup>

---

<sup>105</sup> MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958, p. 346.

<sup>106</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 217.

<sup>107</sup> STJ. *REsp n° 1.034.702-ES. Rel Min. João Otávio de Noronha. T4 – Quarta Turma*. Julgamento em 15 de abril de 2008.

<sup>108</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado n. 365*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/483>, acessado em 03 de fevereiro de 2023.



Ainda assim, tal recomendação é perigosa, uma vez que não cabe aos julgadores ou intérpretes do direito simplesmente desconsiderarem a aplicação de texto expresso previsto em nosso ordenamento, ainda que sua exclusão seja desejada ou razoável.

A doutrina brasileira<sup>109</sup>, por sua vez, tenta superar esse obstáculo ao considerar a extrema vantagem como um elemento de verificação automática<sup>110</sup> em caso de constatação de onerosidade excessiva.<sup>111</sup> Contudo, como já apresentado anteriormente essa configuração espontânea nem sempre se dará na realidade, o que tornaria ineficaz o argumento de verificação automática.

Além disso, existem contratos em que ambas as partes sofrem um prejuízo com o evento superveniente e essa situação pôde ser considerada como rotineira no decorrer dos surtos da Pandemia de Covid-19. No caso de contratos de shopping centers, por exemplo, com os fechamentos<sup>112</sup> de comércio determinados pelas autoridades públicas, tanto os lojistas quanto os administradores dos centros sofreram desvantagens com a queda nas vendas e no faturamento, o que afetou o contrato de locação de forma negativa para as duas partes.

Para evitar a resolução do contrato, o credor pode oferecer uma proposta de revisão equitativa das obrigações afetadas pelo evento de desequilíbrio, conforme prevê o art. 479 do Código Civil. Cabe ressaltar que na elaboração e divulgação da proposta, o credor deverá observar o princípio da boa-fé objetiva previsto no já mencionado art. 422 do mesmo diploma.

Alguns doutrinadores entendem que a combinação dos dois dispositivos mencionados no parágrafo anterior representaria um dever legal de renegociar pelas partes contratantes.<sup>113</sup> No entanto, a boa-fé objetiva deve ser entendida como instrumento para pauta de conduta do credor, para este aja de forma leal e sem condutas oportunistas,

---

<sup>109</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 231.

<sup>110</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil, volume VI, tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 911.

<sup>111</sup> RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 147.

<sup>112</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Impossibilidade de Prestar e Excessiva Onerosidade Superveniente na Relação entre Shopping Center e seus Lojistas*. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Luiz Fernando (Orgs.) *Impactos Jurídicos e Econômicos da Covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 75-111.

<sup>113</sup> SCHREIBER, Anderson. *Op.Cit.* p. 375.

e nunca deve ser entendida como fomentadora de um dever legal de renegociar que não está expresso em nenhuma norma do Código Civil.<sup>114</sup>

Por fim, o Código Civil traz em seu art. 480 uma regra específica para contratos unilaterais, quais sejam aqueles contratos em que as obrigações cabem a apenas uma das partes, tais como o contrato de mútuo, o contrato de comodato, o mandato, a fiança etc. Tal regra também foi adaptada do Código Civil Italiano, desta vez de seu artigo 1.468, e prevê que o devedor pode solicitar que a prestação seja modificada, seja ela reduzida ou alterada, no intuito de evitar a ocorrência de onerosidade excessiva. Contudo, a regra acima apenas é aplicável para contratos unilaterais, o que restringe sua aplicação para contratos sinalagmáticos.

Nos contratos bilaterais, então, a única saída seria a resolução do pacto, desde que observados os critérios da excessiva onerosidade sofrida pelo devedor, da imprevisibilidade do fato, além do difícil requisito de comprovação da extrema vantagem ao credor.

#### **4.4. Onerosidade e Revisão da Prestação**

Uma provável alternativa às dificuldades impostas pelos artigos 478, 479 e 480 estaria disposta no art. 317 no capítulo de Pagamento do título de Adimplemento e Extinção das Obrigações do Código Civil. A norma dispõe que o juiz tem o poder de corrigir determinada prestação, quando provocado por uma das partes, na eventualidade de tal prestação encontrar-se manifestamente desproporcional ao pacto original, em virtude de um fato imprevisível. Portanto, não estamos tratando aqui de resolução contratual, mas de revisão de prestação buscando o seu reequilíbrio.

Pelo exposto acima, podemos concluir que a norma de revisão do art. 317 trata de um desequilíbrio de determinada prestação tendo como base dois momentos distintos: o momento da celebração da prestação, em que havia um equilíbrio, e o momento de execução da prestação, em que supostamente se configura um desequilíbrio. Tal ausência de equilíbrio poderá ser revisada pelo juiz desde que se cumpram três critérios: (i) deve decorrer de um evento imprevisível; (ii) o evento imprevisível deve causar um claro

---

<sup>114</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 220.

desequilíbrio entre o valor da prestação originalmente pactuado e o valor objeto da execução e (iii) o juiz deve ser provocado pela parte afetada.

Ocorre que, de acordo com a localização do art. 317 dentro do Código Civil, ele deve restringir-se apenas às obrigações pecuniárias. Originalmente, a regra prevista no Anteprojeto do Código Civil destinava a aplicação da norma revisional apenas no intuito de viabilizar a aplicação de correção monetária para as prestações em desequilíbrio.<sup>115</sup> Contudo, há quem ainda defenda uma aplicação mais ampla da regra de revisão do art. 317, sem limitar-se a questões de pagamento.

Para Ruy Rosado de Aguiar, por exemplo, a norma revisional do art. 317 poderia se aplicar para quaisquer obrigações que sejam diferidas no tempo ou de trato sucessivo, bastando, para tanto, a existência de um evento imprevisível e não imputável à parte afetada, que altere as circunstâncias de modo a causar um desequilíbrio em tal obrigação.<sup>116</sup>

No entanto, a interpretação ampla desse instituto não deve prosperar, uma vez que a localização do dispositivo no Código Civil deixa claro que é uma regra para tratar de obrigações pecuniárias e a sua redação deixa claro que seu objeto é o “o valor real da prestação”.

Além disso, como mencionado acima, a história e motivação de criação da regra revisional do art. 317 deixa claro que seu tratamento deve ser limitado a questões pecuniárias. Segundo as anotações de Miguel Reale à época da redação do Anteprojeto, a norma revisional preveria que “quando pela desvalorização da moeda, ocorrer desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento da execução, poderá o juiz corrigi-lo a pedido da parte, de modo a preservar, quanto possível, a equivalência das prestações”.<sup>117</sup> Nota-se que há uma clara referência à desvalorização da moeda, o que corrobora a ideia de que a norma teve como princípio a busca pelo reajuste monetário da obrigação pecuniária afetada pela inflação.

---

<sup>115</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Vol V. Tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 229.

<sup>116</sup> AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991, p. 152.

<sup>117</sup> REALE, Miguel. *Código Civil: Anteprojetos com m/ revisões, correções, substitutivos e acréscimos*. Canela: Biblioteca do Instituto de Estudos Culturalistas.

O texto final do artigo de lei foi proposto pelo relator Josaphat Marinho, que em suas anotações justificou a redação a qual conhecemos como uma saída para evitar o desequilíbrio entre as prestações e possibilitar o reajuste do valor real da prestação.<sup>118</sup>

Portanto, considerando a localização da norma no Código Civil, a interpretação literal de seu texto e todo contexto histórico por trás de sua criação, a regra revisional do art. 317 somente deve ser aplicada a obrigações pecuniárias.

Constatada a ausência de um tratamento geral para as obrigações contratuais, incluindo as não pecuniárias, em situações de perturbações não definitivas, abre-se uma oportunidade de um olhar para fora, no intuito de observar o tratamento de inexecuções temporárias em outras jurisdições, em especial àquelas distintas do direito continental europeu, do qual o direito civil brasileiro se inspirou.

---

<sup>118</sup> MARINHO, Josaphat. *Parecer Final n. 479. In: Projeto de Lei da Câmara n. 118– Redação Final. Brasília, 1977, p. 424.*

## 5. FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO

### 5.1. Impossibilidade, Impraticabilidade e Frustração

A rigidez e segurança do *pacta sunt servanda* possuía um paralelo no direito inglês no princípio da santidade dos contratos, onde figurava a responsabilidade absoluta do devedor. Tal precedente foi determinado no caso *Paradine v Jane*<sup>119</sup>, em que *Jane* havia cedido um imóvel para *Paradine*, que se viu impedido de ocupar o imóvel uma vez que ele havia sido invadido por tropas leais ao rei no âmbito da guerra civil inglesa. Em decorrência da invasão, *Paradine* solicitou ao tribunal a liberação do pagamento, no entanto, foi determinado que o locatário estava vinculado ao pagamento ajustado e que a exceção trazida à corte não o exonerava do respectivo pagamento:

“Quando uma parte por seu próprio contrato cria um dever ou encargo em si mesmo, tal parte está vinculada em perfazer tal dever ou encargo, sendo que, na eventualidade de qualquer acidente por necessidade inevitável, tal fato deveria ter previsão pertinente no contrato por semelhante parte.”<sup>120</sup>

Em 1863, foi julgado pela Divisão da Bancada da Rainha da Alta Corte de Justiça da Inglaterra e do País de Gales, o célebre caso *Taylor v Caldwell*<sup>121</sup>, o primeiro a discorrer sobre a impossibilidade de execução de obrigações contratuais na ocorrência de um evento de desequilíbrio econômico.

O caso tratava da locação do Surrey Gardens & Music Hall de propriedade de Caldwell & Bishop a Taylor & Lewis, por uma quantia de cem libras esterlinas por dia, para que estes últimos realizassem uma série de espetáculos. Ocorre que o prédio locado sofreu um incêndio antes da data pretendida para a locação, sem culpa de qualquer uma das partes contratantes. Em virtude do incêndio, o prédio sucumbiu às chamas, tornando impossível a realização dos espetáculos pretendidos.

No julgado proferido pelo Justice Blackburn, a existência do *music hall* especificado no contrato era condição para o seu cumprimento, e sua destruição atingiu o próprio cerne da relação contratual, tornando impraticável seu cumprimento. Assim

---

<sup>119</sup> *Paradine v. Jane*, [1647] EWHC KB J5, 82 ER 897

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> *Taylor v Caldwell* [1863] EWHC J1 (QB)

sendo, a existência de uma condição, seja ela implícita ou explícita, afastava a possibilidade de imputar responsabilidade contratual pelo não cumprimento.

Uma vez que a destruição do *music hall* existente em Surrey Gardens não pôde ser imputada a qualquer uma das partes, concluiu-se que ambas deveriam ser exoneradas de suas obrigações contratuais, não cabendo a nenhuma delas o pedido de perdas e danos.

Essa decisão foi tida como a origem da doutrina da frustração, que passou a tratar dos casos de liberação do devedor de suas obrigações contratuais na eventualidade de um acontecimento que torne a prestação impossível, ilegal ou inalcançável.<sup>122</sup>

No século seguinte, a teoria da frustração teve a sua aplicação reforçada com os chamados *Coronation Cases*. Tais casos constituíram-se em diversos processos judiciais decorrentes do cancelamento da coroação do Rei Eduardo VII e da Rainha Alexandra do Reino Unido, originalmente programada para 26 de junho de 1902.

Às vésperas da coroação, o Rei Eduardo VII adoeceu em decorrência de uma apendicite, sendo a coroação adiada para o dia 09 de agosto do mesmo ano. A postergação da cerimônia impactou em uma série de contratos que haviam sido celebrados para a supracitada festividade.

Enquanto *Taylor v Caldwell* foi um caso focado na espécie da impossibilidade, os *Coronation Cases* apresentaram a frustração em sentido estrito, também denominada frustração de propósito ou frustração do fim do contrato. O mais célebre dos *Coronation Cases* foi *Krell v Henry*<sup>123</sup>, cujo objeto foi um contrato de locação celebrado entre o locatário Sr. Henry com o locador Sr. Krell. Devido ao supracitado evento, o locatário se recusou a pagar o valor da locação, razão pela qual o caso foi levado ao Judiciário. As decisões de primeira e segunda instância decidiram por liberar o locatário, uma vez que (i) o contrato possuía como condição implícita o acompanhamento do cortejo real, (ii) o cumprimento do contrato não foi possível, (iii) o adiamento do cortejo real não havia sido contemplado pelas partes no momento da celebração do contrato e (iv) o adiamento do cortejo real impossibilitou o cumprimento do contrato de acordo com seu propósito inicialmente pactuado.<sup>124</sup>

---

<sup>122</sup> TREITEL, Sir Guenter Heinz. *The Law of Contract*. Londres: Steven & Sons, 1983, p. 649.

<sup>123</sup> *Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740.

<sup>124</sup> *Ibid.*

Outro caso relevante relacionado ao adiamento da coroação do Rei Eduardo VII foi *Herne Bay Steamboat Co v Hutton*<sup>125</sup> que trata da locação de um barco para acompanhamento da revista naval relacionada ao cortejo real. Neste caso o locatário solicitou a restituição de parte de um valor pago como adiantamento, no entanto, seu pedido foi indeferido em segunda instância. Nesse caso, a Corte de Apelação entendeu que o fundamento do contrato era a locação de uma embarcação denominada Cynthia para observar a revista naval, realizar um passeio pelo rio Tâmis e em seguida transportar alguns passageiros para a Ilha de Wight, na costa sul da Inglaterra. Assim, não obstante a ausência da revista naval, os demais objetivos do contrato foram alcançados. Além disso, ao contrário de uma locação de imóvel com o único intuito de assistir à coroação do Rei Eduardo VII, a locação de um barco para passeio no Tâmis era algo ordinário na região e não foi relacionada diretamente com o objetivo de simplesmente acompanhar a revista naval.

Examinados os casos acima, é importante examinar mais profundamente o conceito da frustração em sentido estrito, que será tratada neste trabalho como frustração do fim do contrato. Segundo Rodrigo Cogo, “a frustração do fim do contrato é a teoria destinada a resolver os casos nos quais a prestação ainda é plenamente possível, mas o contrato perdeu seu sentido e/ou sua razão de ser, por não ser mais possível alcançar seu fim, seu escopo, seu resultado, sua função concreta, em decorrência da alteração superveniente e inesperada das circunstâncias”.<sup>126</sup>

Nota-se que a impossibilidade não está no ato de execução de prestação pelo devedor, mas sim na inviabilidade de se obter a finalidade do pacto ajustado pelas partes contratantes. Nesse sentido, o jurista espanhol Vicente Espert Sanz destaca que a frustração do fim do contrato é uma espécie de perturbação da base de negócio em seu sentido objetivo.<sup>127</sup>

Segundo Cogo, o fim do contrato deve ser entendido como o efeito prático que o contrato gera para as partes.<sup>128</sup> Na maior parte dos *Coronation Cases*, por exemplo, estamos tratando de contratos de locação, cujo efeito prático é a realização de um

---

<sup>125</sup> *Herne Bay Steamboat Co v Hutton* [1903] 2 KB 683

<sup>126</sup> COGO, Rodrigo Barreto. *Frustração do fim do Contrato*. Rio de Janeiro: Almedina, 2021, p. 140.

<sup>127</sup> ESPERT SANZ, Vicente. *La Frustración del Fin del Contrato*. Madri: Tecnos, 1968, p. 185.

<sup>128</sup> COGO, Rodrigo Barreto. *Op. Cit.*, p. 140.

pagamento (obrigação de dar) em troca da autorização para utilização temporária de um bem imóvel (obrigação de fazer) com a finalidade de acompanhar o cortejo real, sendo este último o efeito esperado em virtude da celebração de cada um dos contratos de locação.<sup>129</sup>

Vale lembrar que os casos de frustração do fim do contrato não são tratados expressamente na legislação brasileira. O art. 248 do Código Civil por exemplo, não poderia ser utilizado, uma vez que ele libera o devedor adimplente de uma obrigação de fazer se tal obrigação tornar-se impossível de se cumprir. Como visto acima, na frustração do fim do contrato, a obrigação ainda é possível de ser realizada, mas a finalidade do contrato não pode mais ser alcançada pelas partes, ainda que temporariamente.

Ademais, o art. 393 que trata de caso fortuito e força maior também não encontra aqui um escopo pertinente, haja vista que a parte devedora não busca se liberar da respectiva obrigação em decorrência da existência de um evento cujos efeitos não poderia evitar, mas sim em virtude da inviabilidade de se produzir o fim contratual originalmente pactuado pelas partes.

No entanto, a frustração do fim do contrato foi objeto de análise pela doutrina brasileira. Pontes de Miranda chegou a tratar da frustração do fim do contrato como uma hipótese de impossibilidade (ao fazer menção à deterioração da coisa em contrato de locação), mas também fez relações com a teoria da base do negócio jurídico.<sup>130</sup> Para Pontes de Miranda, a base do negócio jurídico representava o estado geral de coisas e a sua manutenção era determinante para que o contrato fosse preservado. Assim, na eventualidade de frustração do fim do contrato, a base do negócio jurídico deixaria de existir, mesmo que a prestação ainda possa ser realizada.<sup>131</sup>

Não obstante os dois caminhos anunciados por Pontes de Miranda, é compreensível que a categorização no direito nacional não representa uma tarefa automática, uma vez que adotamos a dinâmica continental para tratamento de eventos supervenientes que perturbem a relação contratual.

---

<sup>129</sup> BURROWS, Andrew. *A Casebook on Contract*. Oxônia: Hart Publishing, 2011, p. 687-690.

<sup>130</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 176.

<sup>131</sup> PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Tomo XXV*. Rio de Janeiro, Borsói, 1958, § 3073,1.



No entanto, um norte para auxiliar a tropicalização do conceito de frustração do fim do contrato pode ser a compreensão da finalidade contratual como um fim intrínseco, ou, ainda, pelo contrário, como um fim extrínseco da prestação.

Para Cogo, por exemplo, o fim é um elemento extrínseco à prestação e deve ser interpretado como um elemento de eficácia de um negócio jurídico. Assim, a frustração do fim do contrato deve ser entendida como um instituto autônomo, e não como uma espécie de impossibilidade, visto que as regras de tratamento de impossibilidade não trazem as soluções adequadas pelos casos enfrentados pela frustração do fim do contrato.<sup>132</sup>

Já para Judith Martins-Costa, a frustração do fim do contrato deve ser entendida como uma espécie da teoria da impossibilidade, sendo o fim do contrato algo intrínseco à prestação contratual. Nos *Coronation Cases*, por exemplo, Judith Martins-Costa entende que as locações objeto dos contratos estavam vinculadas às finalidades especiais dos contratantes de observar o cortejo real e, justamente por tal motivo, foi possível falar em liberação do devedor de seu encargo contratual.<sup>133</sup>

Assim, a frustração do fim do contrato poderia ser tratada como uma espécie da doutrina da impossibilidade, e possibilitar a desoneração do devedor por impossibilidade de execução da prestação. Para tanto, os seguintes requisitos devem ser observados: (i) a existência de um fim comum às partes contratantes; (ii) o fim contratual deve ser expresso ou dedutível de forma clara do contrato e de suas circunstâncias; (iii) o fim do contrato não pode ser confundido com as motivações das partes contratantes, (iv) a frustração do fim não pode ser imputável ao devedor; (v) a presença de um contrato válido com obrigações a serem executadas pelas partes, e (iv) eventual situação de mora não ter sido a causa da frustração do fim.<sup>134</sup>

Ainda assim, apesar da ausência de convergência conceitual, a relevância da frustração do fim do contrato é a liberação do devedor devido à impossibilidade de se alcançar a finalidade contratual originalmente pactuada pelas partes, seja ela parte da prestação ou parte da eficácia do respectivo negócio jurídico celebrado.

---

<sup>132</sup> Ver *supra*, 4.1, p. 58.

<sup>133</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 181.

<sup>134</sup> *Ibid*, p. 182

Por fim, analisadas a impossibilidade e a frustração em sentido estrito, cabe analisar outra figura da *common law* que enfrenta as perturbações no cumprimento das obrigações contratuais, trata-se da teoria da impraticabilidade (*impracticability*).

A impraticabilidade surgiu nos Estados Unidos com o caso *Mineral Park Land Co. v Howard*.<sup>135</sup> Neste caso, as partes celebraram um contrato em que os réus receberam o direito de extrair cascalho e terra da propriedade do autor para um projeto de construção. Os réus concordaram em retirar todo o cascalho necessário para o trabalho da propriedade do autor e pagar ao autor por cada jarda cúbica retirada. No entanto, os réus só retiraram uma parte do cascalho da propriedade do autor e deixaram de lhe pagar pelo restante. O autor processou os réus buscando a recuperação do saldo devido pelo cascalho retirado e uma quantia pela falha dos réus em retirar a quantidade total da propriedade do autor. O tribunal decidiu a favor do autor, mas deduziu a quantia de danos a ser concedida. Portanto, o juiz decidiu que as partes estavam contratando o direito de retirar terra e cascalho para serem usados na construção da ponte. Quando estipularam que toda a terra e cascalho necessários para esse fim deveriam ser retirados da propriedade do autor, eles contemplaram e assumiram que a propriedade continha a quantidade necessária disponível para uso. Os réus não se comprometeram a retirar o que não estava lá. E, ao determinar-se que a terra e o cascalho estavam “disponíveis”, deve-se considerar as condições de maneira prática e razoável. Embora houvesse cascalho na propriedade, ele estava situado de tal forma que os réus não poderiam retirá-lo por meios ordinários, incorrendo em custos proibitivos. O tribunal, assim, concluiu que:

“Uma coisa é impossível em contemplação legal quando não é praticável; e uma coisa é impraticável quando só pode ser feita a um custo excessivo e irrazoável”<sup>136</sup>

Como observado acima, a impraticabilidade é semelhante em alguns aspectos à doutrina da impossibilidade, pois é desencadeada pela ocorrência de uma condição que impede uma das partes de cumprir o contrato e tem como consequência a liberação do devedor que não se encontra em mora. No entanto, a principal diferença entre as duas doutrinas é que, enquanto a impossibilidade libera o devedor quando a prestação não pode

---

<sup>135</sup> *Mineral Park Land Co. v. Howard* - 172 Cal. 289, 156 P. 458 (1916)

<sup>136</sup> *Ibid.*

ser realizada fisicamente, a doutrina da impraticabilidade é aplicável quando a ainda assim é fisicamente possível, mas seria extremamente oneroso para a parte obrigada a executar tal obrigação. Assim, podemos considerar que a impossibilidade é uma condição com um caráter mais objetivo, ao passo que a impraticabilidade é uma condição subjetiva, cujo grau de onerosidade deve ser determinado no caso concreto por um tribunal.

Normalmente, o teste que os tribunais americanos usam para configurar a impraticabilidade foi determinado no precedente *Transatlantic Financing Corp. v. United States*<sup>137</sup>. Nesse caso, o autor contratou com o réu para entregar uma carga de trigo do Texas ao Irã por meio do Canal de Suez. Quando o Canal de Suez foi fechado, o autor alegou que o contrato se tornou impossível de ser cumprido da maneira usual. O autor, então, argumentou que, ao entregar a carga contornando o Cabo da Boa Esperança, em vez da rota usual via Suez, possibilitou ao réu um benefício pelo qual deveria ter sido pago. O tribunal decidiu que o autor tinha direito apenas ao preço contratual pelo transporte da carga, porque o fechamento do canal não tornou o cumprimento do contrato legalmente impossível. Em vez disso, o autor tentou obter seu lucro no contrato e depois forçar o réu a absorver o custo da viagem adicional. Quando a impraticabilidade sem culpa ocorre, a lei deve buscar uma solução equitativa. Para tanto, o tribunal deve analisar três requisitos: (i) um evento inesperado deve ter ocorrido; (ii) o risco da ocorrência do evento inesperado não deve ter sido alocado a uma das partes, seja por acordo seja por costume; e (iii) a ocorrência do evento inesperado deve ter tornado a prestação comercialmente impraticável. Assim, a menos que o tribunal considere que esses três requisitos foram satisfeitos, não seria configurada a impraticabilidade e, por consequência, a liberação do devedor.

A impraticabilidade possui uma previsão escrita no direito americano, com presença expressa no *Uniform Commercial Code*. A Seção 2-615 trata da impraticabilidade no contexto de vendas de bens e introduz algumas restrições adicionais às partes. Nesse sentido, uma parte cuja capacidade de cumprir suas obrigações tenha sido apenas parcialmente afetada deve alocar a produção e entrega entre seus clientes de maneira justa e razoável, oferecendo a cada um deles a prestação de forma parcial, devendo notificar todos os compradores de que haverá atraso, entrega parcial ou ausência

---

<sup>137</sup> *Transatlantic Fin. Corp. v. United States* - 124 U.S. App. D.C. 183, 363 F.2d 312 (1966)

de entrega. De acordo com a nota 4 da UCC 2-615, o aumento de custo por si só não libera o devedor da prestação, a menos que o aumento de custo seja devido a algum evento imprevisível que altere a natureza do contrato. Além disso, uma mera alteração nas condições do mercado resultando em uma alta ou queda nos preços não é suficiente para alegar impraticabilidade, uma vez que, em tese, as partes assumiram esse risco quando celebraram o contrato. No entanto, alguns eventos como guerra ou embargos fundamentariam um pedido de exoneração por impraticabilidade.

Por fim, segundo Cogo, o instituto comparável à impraticabilidade no direito continental seria a excessiva onerosidade, no entanto, a impraticabilidade é distinta, uma vez que requer uma transformação expressiva no objeto contratual que o tornaria completamente diferente do que fora inicialmente contratado, perfazendo uma grande mudança na natureza do acordo.<sup>138</sup>

## 5.2. Os Requisitos da Frustração do Fim do Contrato

Em se tratando da teoria da frustração do fim do contrato, alguns requisitos devem ser observados para que ela seja aplicada, a saber: (i) o contrato deve ser preferencialmente bilateral; (ii) o contrato deve ser preferencialmente comutativo; (iii) o contrato deve ser de execução diferida ou continuada; (iv) a finalidade deve integrar o conteúdo do contrato; (v) perda da razão de ser do contrato pela frustração do seu fim; (vi) deve haver um evento posterior que não estava previsto na esfera de risco do contrato; (vii) não poderá haver mora do contratante frustrado.<sup>139</sup> A seguir, os requisitos serão analisados com maior profundidade.

(i) Contratos Bilaterais: já é sabido que o contrato unilateral é aquele que só gera obrigação para uma das partes, como por exemplo a doação, o mútuo, o mandato, o depósito e o comodato. Por sua vez, o contrato bilateral estipula obrigações para ambos os contratantes, como é o caso da compra e venda e da locação. Os contratos bilaterais são os mais propícios para que se configure a frustração do fim do contrato, uma vez que ele estabelece obrigações recíprocas e cria as figuras do credor e do devedor. Os contratos unilaterais, por outro lado, muitas vezes já possuem mecanismos de saída para eventuais

---

<sup>138</sup> COGO, Rodrigo Barreto. *Frustração do fim do Contrato*. Rio de Janeiro: Almedina, 2021, p. 50.

<sup>139</sup> *Ibid*, p. 162.

situações de frustração, como é o caso do art. 682, I do Código Civil que permite a renúncia do mandatário sem a necessidade de interpelação judicial. Portanto, a aplicação da teoria da frustração do fim do contrato em acordos unilaterais ocorreria apenas excepcionalmente, sendo mais comum sua aplicação no campo dos acordos bilaterais.

(ii) Contratos Comutativos: os contratos comutativos são aqueles em que “a relação entre vantagem e sacrifício é subjetivamente equivalente, havendo clareza quanto às prestações”<sup>140</sup> e os contratos aleatórios são aqueles em que não se pode afirmar que “a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício”.<sup>141</sup> Dessa forma, a teoria da frustração do fim do contrato possui mais espaço quando estamos tratando de contratos comutativos, que permitem que as partes conheçam desde o momento de celebração a extensão dos direitos e deveres contratuais, ao passo que os contratos aleatórios não possuem semelhante clareza e a possibilidade de aplicação da supracitada teoria seria mais uma vez excepcional.

(iii) Contratos de Execução Diferida ou Continuada: para que a teoria da frustração do fim do contrato se opere, é peremptório que o contrato não seja de execução imediata, mas que esteja sujeito às alterações circunstanciais eventualmente trazidas pelo lapso temporal entre sua assinatura e sua execução.

(iv) Finalidade como Parte Integrante do Conteúdo do Contrato: Em uma concepção aristotélica, podemos interpretar a finalidade do contrato como o fim para o qual o acordo foi celebrado, considerando a utilidade de tal negócio para as partes contratantes.<sup>142</sup> Ela não se confunde com o objeto do contrato, que pode ser definido como o “conjunto de atos que as partes se comprometeram a praticar singularmente considerados, (...) ou, por outras palavras, as prestações das partes”.<sup>143</sup>

A finalidade também não pode ser confundida com a causa do contrato nem com seus motivos. Enzo Roppo, em sua clássica obra *O Contrato*, traz uma importante conceituação da causa e dos motivos para contratar. Segundo Roppo, a causa do contrato é uma operação jurídica e econômica fundamentada por cada contrato de acordo com o

---

<sup>140</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 74.

<sup>141</sup> *Ibid*, p. 74.

<sup>142</sup> GIOVANNI, Reale; Aristóteles. *Metafísica: Ensaio introdutório*. Volume I. São Paulo: Loyola, 2014, p. 53.

<sup>143</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 56.

conjunto de resultados e os efeitos essenciais que derivam de tal contrato.<sup>144</sup> A causa assume papel de extrema relevância nas relações contratuais, principalmente ao intérprete futuro, aliado das motivações iniciais de sua criação. Nesse sentido, Roppo destaca que a causa busca “explicar a razão e o sentido das transferências de riqueza, que constituem a substância de qualquer operação contratual”.<sup>145</sup> Em um contrato de doação por exemplo, a causa do contrato seria a transferência de riqueza para o donatário de acordo com o espírito de liberalidade do doador. Já em um contrato oneroso, a causa do contrato seria troca entre as prestações contratuais a que as partes se obrigaram de forma recíproca.

Por outro lado, Roppo define o motivo como sendo um elemento distinto da causa. Segundo ele, os motivos são nada mais que interesses e necessidades particulares que pressupõem a produção dos efeitos do contrato, ou seja, antecedem a realização da causa.<sup>146</sup> Os motivos, portanto, possuem um caráter estritamente subjetivo, ligado aos desejos de um indivíduo. Na maioria dos casos, tais motivos não são revelados ao mundo e permanecem restritos ao foro do contratante, não sendo conhecidos pela contraparte. No entanto, os motivos são de extrema importância para a formação contratual, uma vez que consistem na razão pela qual a parte procedeu ao vínculo contratual.

Talvez a distinção mais desafiadora seria entre a finalidade do contrato e suas motivações. Cabe ressaltar, no entanto, que o fim do contrato deve ser um elemento objetivo ou objetivado, e deve se distinguir dos aspectos subjetivos das partes contratantes, geralmente traduzidos como os motivos de se contratar.<sup>147</sup>

Portanto, o motivo de se contratar pode ser interpretado como “o porquê” de as partes celebrarem o ajuste, ao passo que a finalidade de se contratar estaria relacionada a “para quê” o contrato se presta, ou seja, o resultado almejado.<sup>148</sup>

No caso *Krell v Henry*<sup>149</sup>, o mais célebre dos *Coronation Cases*, podemos dissecar os elementos acima da seguinte forma:

- a. Objeto: transferência da posse de um imóvel e pagamento da quantia acordada;

---

<sup>144</sup> ROPPO, Enzo. O contrato. Trad. por Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 197

<sup>145</sup> *Ibid*, p. 196

<sup>146</sup> *Ibid*, p. 199

<sup>147</sup> COGO, Rodrigo Barreto. *Frustração do fim do Contrato*. Rio de Janeiro: Almedina, 2021, p. 166.

<sup>148</sup> COGO, Rodrigo Barreto. *Frustração do fim do Contrato*. Rio de Janeiro: Almedina, 2021, p. 174.

<sup>149</sup> *Krell v. Henry*, [1903] 2 K.B. 740.

- b. Causa: obtenção da posse de um imóvel pelo locatário e de quantia financeira pelo locador;
- c. Motivo: obtenção da posse de imóvel para atividade de lazer; e
- d. Finalidade: obtenção da posse de imóvel para assistir ao cortejo real.

A finalidade não foi mencionada de forma expressa no contrato, contudo, pelas circunstâncias do contrato, como prazo de locação, local do imóvel e data da locação, pode ser determinado que o acompanhamento do cortejo real era parte integrante do contrato, como um fator que determinou de forma objetiva a contratação, não representando meramente um motivo íntimo do locatário.

No caso *Herne Bay Steamboat Co v Hutton*<sup>150</sup>, no entanto, como a locação do barco previa outras atividades além do acompanhamento da revista naval, e tal tipo de locação era comum em outros períodos do ano, não necessariamente relacionados com a coroação do Rei Eduardo VII, não foi possível configurar a finalidade de se assistir ao evento real como parte integrante do contrato celebrado entre as partes.

Portanto, a finalidade como parte integrante do contrato deve ser entendida como:

“o interesse, o resultado prático ou a função (concreta) que se extrai do negócio jurídico, relevante e conhecida por ambos os contratantes, ou que, de acordo com um juízo de boa-fé, articulado com o uso dos critérios da normalidade, preço e tipo contratual, razoavelmente se possa dizer que deveria ter sido considerada relevante ou conhecida por ambos, tendo em conta o tipo de negócio celebrado e as circunstâncias presentes na sua celebração”.<sup>151</sup>

(v) Perda da Razão de Ser do Contrato pela Frustração do seu Fim: a frustração do fim do contrato representa a perda da razão de ser do acordo originalmente pactuado. Isso se dá pela impossibilidade de se alcançar a finalidade contratual, quando um evento superveniente à celebração do contrato impede que a finalidade do acordo seja atingida, muito embora a execução da prestação ainda seja fisicamente possível pelas partes. Assim o contrato se torna inútil e sem interesse para as partes. Nos *Coronation Cases*, por exemplo, embora a locação do imóvel ainda fosse possível nas redondezas de *The Mall*, a finalidade do contrato se exaure com o cancelamento da coroação do Rei Eduardo VII.

---

<sup>150</sup> *Herne Bay Steamboat Co v Hutton* [1903] 2 KB 683.

<sup>151</sup> COGO, Rodrigo Barreto. *Op. Cit.*, p. 183.

Ainda, no contexto da Pandemia de Covid-19, a locação de uma unidade dentro de um shopping center é possível, contudo, não haveria utilidade para o locatário em virtude da proibição de circulação de pessoas por autoridades governamentais.<sup>152</sup>

(vi) Evento Posterior não Previsto na Esfera de Risco do Contrato: o evento que acarretará a frustração do fim do contrato deverá conter as seguintes características: (a) deve ser superveniente à celebração do contrato; (b) não pode fazer parte do risco do contrato assumido por uma das partes; (c) deve ser alheio à vontade dos contratantes; (d) não pode decorrer da mora de um dos contratantes; e (e) deve ser inesperado.<sup>153</sup> A característica mais importante e mais complexa de averiguação é a verificação da álea do negócio e da potencial assunção de risco pelo devedor. Caso o evento seja considerado dentro da esfera de risco da parte contratante, não há que se falar em frustração do fim do contrato, mas em uma mera configuração da dinâmica contratual já acordada entre as partes. Para tanto, é importante que uma redação contratual mais completa e robusta contenha as previsões de encargos que as partes assumirão no respectivo pacto. Em caso de ausência de previsão expressa, o risco do contrato deverá ser interpretado com base na boa-fé objetiva e nos padrões costumeiramente assumidos para o contrato em cada caso concreto, levando-se em consideração os costumes do ramo daquele negócio e os riscos da atividade objeto da contratação, que em tese deverão ser assumidos pela parte que conduz tal empreendimento.

(vii) Inexistência de Mora do Contratante Frustrado: como mencionado anteriormente, caso o evento que tenha dado causa à situação de frustração do fim do contrato seja originado da mora da parte contratante, a teoria não poderá ser aplicada. Na mesma linha, se o contratante que teve a finalidade de seu contrato frustrada estiver em mora na época da ocorrência do evento de frustração, tal parte não poderá se valer da teoria da frustração, a não ser que comprove sua ausência de culpa ou que a frustração do fim contratual ocorreria independentemente de sua mora.<sup>154</sup>

Configurada a frustração do fim do contrato, o caminho natural é a resolução do acordo ou a liberação de determinada obrigação frustrada. A revisão do contrato por um terceiro estranho à relação entre credor e devedor é incomum. Como visto acima, as

---

<sup>152</sup> *Ibid*, p. 184.

<sup>153</sup> *Ibid*, p. 198.

<sup>154</sup> *Ibid*, p. 203.



nações que adotam o *common law* como sistema jurídico possuem um elevado grau de resistência a intervenções de agentes estatais (no caso o judiciário) em uma relação entre particulares. Além disso, do ponto de vista lógico, a revisão de um contrato cuja finalidade se frustrou não faz muito sentido, especialmente considerando a falta de utilidade de tal pacto para os contratantes cujo interesse foi esvaziado.<sup>155</sup>

Para Cogo, nos casos específicos de inexecução temporária da prestação, a teoria da frustração do fim do contrato poderia representar uma válvula de escape para preservação do contrato durante uma perturbação transitória. Nos casos envolvendo a Pandemia de Covid-19, por exemplo, as partes podem ter interesse na manutenção do vínculo contratual até que as restrições de circulação sejam encerradas pelas autoridades governamentais. Assim, o contrato poderia permanecer em estado de espera durante o período de *lockdown* da Pandemia de Covid-19 e poderia retomar sua normalidade tão logo as normas restritivas sejam revogadas.<sup>156</sup> Cabe ressaltar que é importante que ainda subsista o interesse do credor e que a finalidade do contrato possa ser alcançada.

Em termos práticos, as partes contratantes poderiam aproveitar o cumprimento do contrato até a data do evento de perturbação e suspender a sua execução durante o período de crise. Nesse ínterim, é importante que as partes acordem na repartição dos custos incorridos durante o período de suspensão do contrato.<sup>157</sup> No caso da locação de um espaço em um shopping center, por exemplo, o empreendimento teria despesas de manutenção do espaço e o locatário teria que arcar com custos de iluminação, mão de obra e tributos. Um bom ajuste sobre a divisão dos gastos é relevante para a manutenção do contrato, pois a consequência natural para a frustração do fim contratual é a resolução da relação entre as partes.

Portanto, na opinião de Cogo, a frustração do fim do contrato poderia se apresentar como uma saída para situações de inexecução temporária da prestação contratual, convidando as partes para uma renegociação do pacto, permitindo a suspensão da execução das obrigações até o encerramento do momento de perturbação, e acima de tudo, possibilitando a preservação do acordo celebrado entre os particulares.

---

<sup>155</sup> *Ibid*, p. 219.

<sup>156</sup> *Ibid*, p. 219.

<sup>157</sup> *Ibid*, p. 220.

### 5.3. A Frustração do Fim do Contrato e as Teorias do Direito Continental

A teoria da frustração do fim do contrato é a resposta primordial das jurisdições de *common law* para tratar de perturbações na execução das prestações contratuais. Contudo, conforme pode ser percebido no capítulo anterior, a frustração do fim do contrato possui diversas peculiaridades que a distingue dos seus pares criados pelas jurisdições da Europa Continental.

A primeira distinção a ser feita é entre a frustração do fim do contrato e o instituto do caso fortuito e força maior. Como analisado no capítulo 2 acima, o caso fortuito e força maior estão previstos no art. 393 do Código Civil e tem eficácia de liberar o devedor na ocorrência de um evento necessário, inevitável e inimputável às partes contratantes. A frustração do fim do contrato, no entanto, pode ser um dos efeitos gerados pela situação de caso fortuito e força maior. Assim, os dois institutos encontram-se em planos distintos: o caso fortuito e força maior no plano da causa, em virtude do evento inevitável, e a frustração do fim do contrato no plano do efeito, em decorrência da impossibilidade de se realizar a finalidade contratual pela ocorrência do evento de caso fortuito e força maior.<sup>158</sup>

A título de exemplo, a Guerra Russo-Ucraniana acarretou, em meados de 2014, o abandono da Donbass Arena pela equipe do Shakhtar Donetsk, que se realocou na capital Quieve e na cidade de Carcóvia. Devido à mudança repentina de sede, diversos contratos com fornecedores da Arena tiveram a sua finalidade frustrada com o encerramento das partidas de futebol, o que incluía três restaurantes, um bar, um café temático, inúmeras lanchonetes, lojas de varejo, um centro de fitness, camarotes corporativos e salas de primeiros socorros.<sup>159</sup> Nesse caso, a Guerra Russo-Ucraniana representou o evento de caso fortuito e força maior, acarretando a inviabilidade de atender aos torcedores pela ausência de jogos, o que frustrou diversos contratos celebrados entre o Shakhtar Donetsk e seus fornecedores.

Outro instituto que merece ser diferenciado é o da impossibilidade da prestação. Conforme exposto no Capítulo 4.1, parte da doutrina considera a frustração do fim do

---

<sup>158</sup> *Ibid*, p. 223.

<sup>159</sup> ANADOLU AGENCY. *Ukrainian football giants: Five years in exile*. Ancara: Anadolu Agency, 27 de março de 2019. Disponível em: <https://www.aa.com.tr/en/sports/ukrainian-football-giants-five-years-in-exile/1431088>. Acesso em: 7 de fevereiro de 2023.

contrato como espécie do instituto da impossibilidade. No entanto, como já esclarecido, na frustração do fim do contrato, as partes contratantes estão diante de uma prestação contratual que ainda pode ser executada. Ocorre que, o que impossibilita a consecução do contrato não é a impossibilidade física de performance obrigacional, mas a falta de utilidade ou de interesse do credor, tendo em vista que a finalidade para a qual aquela prestação foi construída deixou de existir devido a ocorrência de um evento futuro que fugiu à previsão das partes no momento de celebração do contrato.

Se considerarmos o conceito dualista de prestação de Franz Wieacker descrito no Capítulo 1.2 acima, podemos observar que a impossibilidade está presente na posição do devedor, relacionada à ação de prestar, e a frustração do fim do contrato está relacionada ao lado do credor, vinculado ao interesse e ao resultado da prestação.

Assim sendo, a ocorrência da impossibilidade, acabará por afastar a aplicação da frustração do fim do contrato, uma vez que aquela antecederia temporalmente a esta. Assim, configurada impossível a ação do devedor, este se liberaria encerrando a relação contratual antes mesmo que a utilidade da prestação e o interesse pelo credor passassem a ser apreciados.

Para auxiliar a diferenciação vamos tomar como um primeiro exemplo um contrato para pintura da prefeitura de Carcóvia que foi severamente bombardeada no contexto da Guerra Russo-Ucraniana em 2021 e como um segundo exemplo os *Coronation Cases* acima mencionados. No primeiro caso estamos tratando de uma situação de impossibilidade, uma vez que a prestação tornou-se inviável em decorrência da destruição da prefeitura de Carcóvia. Já no segundo caso, os imóveis ainda poderiam ser alugados, no entanto, a finalidade para a qual a locação se daria foi frustrada em virtude do cancelamento do cortejo real.

Por fim, cabe distinguir a frustração do fim do contrato da teoria da onerosidade excessiva. Como já adiantado neste trabalho, no Capítulo 3.3, a teoria da onerosidade excessiva é aplicada no caso de contratos de execução continuada ou diferida, em que houve um desequilíbrio no contrato, que tornou uma das prestações excessivamente onerosa para uma das partes em virtude de um evento extraordinário e imprevisível. Nesse caso, a parte afetada poderá solicitar a resolução do contrato, desde que não tenha dado causa ao evento de desequilíbrio, ou não tenha assumido seu risco no contrato. No Brasil, vale lembrar ainda que, em virtude da redação do art. 478, deverá ser comprovada também a extrema vantagem gerada à outra parte contratante.

Nos casos de onerosidade excessiva, a finalidade do contrato ainda pode ser atingida pelas partes contratantes, mesmo com um custo excessivo. Contudo, nos casos de frustração do fim do contrato, esta finalidade sequer pode ser alcançada.

Além disso, a onerosidade excessiva demanda a ocorrência de um evento imprevisível e superveniente, ao passo que a frustração do fim do contrato requer que o evento superveniente seja inesperado, com base no que se podia prever daquele contrato no caso concreto. Assim, a teoria da onerosidade excessiva traz um caráter subjetivo de imprevisibilidade, ao passo que a teoria da frustração do fim do contrato se baseia em critérios mais objetivos, vinculados ao próprio contrato, aos costumes e circunstâncias a ele relacionados.<sup>160</sup>

Para Cogo, a teoria da onerosidade excessiva se funda na vontade das partes, uma vez que as partes, na época da contratação, não tinham condições de prever a alteração das circunstâncias tomadas como fundamento para celebração do ajuste. Já a frustração do fim do contrato não tem seu fundamento na vontade das partes, mas na preservação das circunstâncias necessárias para que o contrato mantenha sua razão de ser.<sup>161</sup>

#### **5.4. A Frustração no Direito Brasileiro**

Como já observado, a Frustração do Fim do Contrato é um instituto de origem no *common law*, sem previsão expressa nas jurisdições da Europa Continental, muito menos no Brasil. A análise desse instituto teve como único objetivo possibilitar a comparação com o tratamento dado por jurisdições estrangeiras a situações de inexecução temporária de obrigações, haja vista que o ordenamento jurídico brasileiro não contempla nenhuma previsão nesse sentido para situações de impossibilidade temporária. No entanto, alguns doutrinadores entendem que a frustração do fim do contrato possuiria uma aplicação no direito brasileiro, contando inclusive com um amparo legal.

Na III Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em dezembro de 2004 foi promulgado o Enunciado 166 com a seguinte proposição:

“Enunciado n. 166. A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade,

---

<sup>160</sup> COGO, Rodrigo Barreto. *Frustração do fim do Contrato*. Rio de Janeiro: Almedina, 2021, p. 246.

<sup>161</sup> *Ibid*, p. 246.

tem guardada no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil.”<sup>162</sup>

Cabe lembrar que tal enunciado não possui caráter normativo tampouco vinculativo, mas pode ter utilidade na interpretação do Código Civil por aplicadores do Direito.

No mesmo sentido, Cogo entende que o reconhecimento da frustração do fim do contrato no Direito Brasileiro está amparado pela redação do art. 421 do Código Civil, que trata da função social do contrato. Para essa interpretação, deve-se valer da função social como uma ideia de comportamentos positivos, e não meramente de limitador da autonomia da vontade. Assim, a norma possuiria uma espécie de “concreção especificativa” que permitiria a construção do direito pelo julgador a cada caso concreto, tomando como base os precedentes e a inovação da doutrina.<sup>163</sup>

Para Cogo, a frustração do fim do contrato seria exatamente um dos casos em que o contrato perderia sua função social, sendo o instituto da frustração parte da “concreção especificativa” que poderia auxiliar os operadores do direito.<sup>164</sup>

Ademais, um contrato que perde seu sentido e sua finalidade não poderia atender sua função social, uma vez que o acordo se tornaria vazio e não poderia mais proporcionar às partes contratantes a realização do negócio jurídico originalmente pactuado.<sup>165</sup>

Além disso, a boa-fé objetiva prevista nos artigos 113 e 422 também poderia amparar a aplicação da teoria da frustração do fim do contrato, em especial em duas oportunidades. A primeira delas seria para demonstrar a finalidade comum que é parte integrante dos termos do contrato, que poderia demandar uma interpretação com caráter integrativo do acordo por meio da boa-fé objetiva nas situações em que a finalidade do contrato não está expressa no documento. A outra seria quando fosse requisitada a aplicação da boa-fé objetiva para integrar o contrato com as consequências decorrentes da frustração do seu fim. Dessa forma, a boa-fé objetiva teria um papel de interpretar e integrar o negócio jurídico quando necessário.<sup>166</sup>

---

<sup>162</sup> CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado n. 166*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/292>, acessado em 03 de março de 2023.

<sup>163</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado – Critérios para sua Aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 354.

<sup>164</sup> COGO, Rodrigo Barreto. *Frustração do fim do Contrato*. Rio de Janeiro: Almedina, 2021, p. 259.

<sup>165</sup> *Ibid*, p. 260.

<sup>166</sup> *Ibid*, p. 265.

Cabe lembrar que o art. 421 sofreu recente alteração no âmbito da Lei de Liberdade Econômica. No entanto, para Cogo, a alteração não mudou o panorama para a teoria da frustração do fim do contrato, uma vez que a nova lei apenas trouxe ao diploma legal regras que a boa doutrina e a jurisprudência já aplicavam na interpretação de contratos entre particulares.<sup>167</sup>

### 5.5. Frustração Temporária e Outros Precedentes Recentes

Naturalmente os eventos recentes que geraram perturbações e crises nos contratos comerciais tiveram forte repercussão nos precedentes nas cortes inglesas e americanas. A invasão em larga escala no âmbito da Guerra Russo-Ucrânia, apesar de contemporânea, já gerou impactos em diversos ramos econômicos. Dentre os campos que certamente gerarão debates e litígios, podemos citar: (i) perturbação no cumprimento de obrigações após retirada voluntária de companhias da Rússia; (ii) perturbação no cumprimento de obrigações após as sanções impostas pelos governos ocidentais; e (iii) perturbação no cumprimento de obrigações em virtude de atos de guerra entre a Rússia e a Ucrânia. No entanto, os precedentes jurisprudenciais ainda levarão tempo para se consolidarem nas cortes.

No caso da saída voluntária de companhias da Rússia, essa decisão acabou levando as companhias a suspender ou encerrar determinados contratos com clientes ou fornecedores, o que poderá trazer várias disputas judiciais. Já no caso de sanções, poderá haver questões referentes a impossibilidade de entrega de bens previstos em contratos, devido a sanções da União Europeia ou dos Estados Unidos que proibiram o acesso de navios que haviam atracado em portos russos aos portos europeus e americanos. Por fim, com relação à guerra *per se*, restariam os casos em que as companhias não conseguiriam cumprir suas obrigações contratuais como resultado direto das hostilidades entre os dois combatentes. Como exemplo, alguns fornecedores poderiam não ser capazes de entregar bens previstos em contratos devido ao bloqueio russo no Mar Negro. Ou, outro exemplo, um provedor de serviços de TI sediado na Ucrânia poderia não ser capaz de cumprir suas obrigações contratuais porque sua principal instalação foi destruída durante a guerra.

---

<sup>167</sup> *Ibid*, p. 265.

Como acontece com as sanções, nesses casos que envolvem atos de guerra, a questão-chave será se as hostilidades impediram diretamente o cumprimento contratual ou simplesmente se tornaram o cumprimento mais oneroso ou custoso.

A Pandemia de Covid-19, no entanto, já trouxe três precedentes relevantes que serão compartilhados a seguir, dois deles referentes à indústria de aviação civil e outro relacionado à locação de imóveis. Este último trouxe à tona uma discussão no direito inglês sobre o cerne deste trabalho: a frustração em caráter temporário.

O primeiro caso diz respeito a uma companhia aérea de capital brasileiro e foi julgado nas cortes da Inglaterra e País de Gales. Em *Salam Air SAOC v Latam Airlines Groups SA*<sup>168</sup> o autor pleiteou uma decisão liminar para impedir que o réu fizesse exigências em relação aos contratos de *leasing* de três aeronaves. Isso ocorreu porque o contrato teria sido frustrado devido a regulamentações emitidas pela Autoridade Pública da Aviação Civil de Omã no âmbito da Pandemia de Covid-19, o que levou a uma diminuição substancial na demanda por voos. O tribunal decidiu que, embora isso tenha tornado a indústria de aviação civil "desafiadora", não foi uma base suficiente para a frustração, pois não impediu que nenhuma das partes cumprisse sua obrigação contratual.

O segundo caso foi *Wilmington Trust SP Services (Dublin) Ltd v. Spicejet Ltd*<sup>169</sup> e traz um entendimento similar ao caso da Latam. As partes celebraram três contratos de *leasing* para fornecimento de aeronaves. A locação era conhecida como uma locação "seca", na qual o réu assumiu todo o risco comercial de operar a aeronave por 10 anos. O réu deixou de fazer os pagamentos devidos sob os contratos de *leasing* porque o uso de uma das aeronaves foi significativamente reduzido pela Pandemia de Covid-19, e as outras duas aeronaves foram impedidas de voar pelo governo indiano. O tribunal decidiu que o contrato de locação não havia sido frustrado, uma vez que o réu havia concordado em assumir todos os riscos de operação e manutenção das aeronaves durante aquele período de 10 anos, e isso foi agravado pelo fato de o contrato de *leasing* não conter qualquer disposição que sugerisse que o pagamento do aluguel poderia ser suspenso por qualquer motivo, incluindo razões que eventualmente frustrassem a finalidade do contrato.

---

<sup>168</sup> *Salam Air SAOC v Latam Airlines Groups SA* [2020] EWHC 2414

<sup>169</sup> *Wilmington Trust SP Services (Dublin) Ltd v. Spicejet Ltd* [2021] EWHC 1117

Pelos exemplos acima, pode-se notar que o parâmetro exigido para provar a frustração do fim do contrato é bastante elevado e representa um desafio legal das partes contratantes de difícil comprovação. Ademais, nota-se claramente que a ocorrência ou não da frustração do fim do contrato é uma questão de interpretação baseada nos fatos de cada caso concreto.

Por fim, um interessante precedente trazido pela Pandemia de Covid-19 foi o caso *Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-UK Ltd*<sup>170</sup> que discutiu a questão da “frustração temporária do fim do contrato”.

Nesse último caso, os autores (locadores dos imóveis) reivindicaram alugueis não pagos pelos réus (locatários) que estavam vencidos referentes a três contratos de locação de imóveis comerciais: (i) Cine-UK (em Bristol), um contrato de locação por 35 anos a partir de 1º de maio de 1999, com uma cláusula de rescisão que permitiria a rescisão após 25 anos; (ii) Mecca Bingo (em Dagenham), um contrato de locação por 15 anos a partir de 18 de setembro de 2017; e SportsDirect (em Blackpool), um contrato de locação por 15 anos a partir de 5 de outubro de 2007.

Todos os contratos acima eram locações protegidas pela Parte II da Lei de Proprietário e Inquilino de 1954 (*Landlord and Tenant Act*), o que significava que havia um direito a renovações contínuas (a preços de mercado) com compensação legal se uma renovação não ocorresse em determinadas circunstâncias.

Cada contrato de locação também continha disposições definindo o uso específico das instalações, como um cinema multiplex, casa de bingo e loja de artigos esportivos, respectivamente. Cada um continha uma cláusula qualificada que vedava a cessão ou sublocação.

Os aluguéis em questão cobriam períodos a partir de 25 de março de 2020, durante os quais a Pandemia de Covid-19 e as consequentes regulamentações governamentais determinaram que todas as instalações precisaram ser fechadas ao público por períodos significativos. Era teoricamente possível abrir as instalações durante alguns períodos, mas era comercialmente inviável fazê-lo à luz das restrições, exceto pela loja Blackpool SportsDirect, que foi aberta por períodos limitados.

---

<sup>170</sup> Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-UK Ltd [2021] EWHC 1013



Os locatários argumentaram que tinham uma perspectiva real de defender as reivindicações de pagamento de aluguel que havia uma razão convincente para que julgamento fosse em seu favor, a saber:

- (i) As cláusulas de cessação do aluguel nos contratos de locação devem ser interpretadas de forma a indicar que os aluguéis deixaram de ser pagáveis, pelo menos enquanto as instalações estivessem fechadas ou tivessem que fechar devido às restrições, ou alternativamente, deveria haver termos implícitos nesse sentido;
- (ii) Os locadores não podiam processar os locatários por (ou deveriam dar crédito por) todas as quantias recuperáveis do seguro que os locadores haviam contratado para cobrir o evento de uma pandemia e que cobria os aluguéis, ou quaisquer quantias que não eram recuperáveis devido à falha dos locadores em segurar os aluguéis nas circunstâncias pertinentes;
- (iii) Os inquilinos foram liberados de suas obrigações de pagamento de aluguel devido a uma frustração suspensiva (*suspensory frustration*), ou seja, uma frustração de curto prazo após a qual os contratos de locação continuariam como antes, ou alternativamente devido à ilegalidade superveniente e/ou falha temporária de contraprestação; e
- (iv) Uma aplicação da orientação governamental pertinente do Reino Unido que exigia que proprietários e inquilinos se consultassem sobre a suspensão de aluguel e medidas semelhantes, bem como a necessidade de uma consideração completa de todas as questões à luz das circunstâncias (alegadamente) sem precedentes da pandemia e das regulamentações relativas à Pandemia de Covid-19.

O Tribunal Superior (*High Court*) por meio do Master Dagnall rejeitou todos os argumentos dos inquilinos e concedeu um julgamento sumário em favor dos proprietários. O Master observou que, em uma reclamação semelhante relacionada a outro contrato de locação que inicialmente constava no processo em tela, mas que desde então foi objeto de um acordo, o inquilino havia levantado um argumento de que o contrato de locação havia sido completamente frustrado devido à Pandemia de Covid-19 e às regulamentações relacionadas à Pandemia de Covid-19. Nenhum dos réus restantes tentou avançar com esse argumento, em vez disso, argumentaram que houve uma “frustração temporária” resultando no não pagamento do aluguel por períodos

específicos. Os proprietários alegaram, em resposta, que: (a) não houve frustração alguma; e (b) não existe tal coisa como "frustração temporária" na lei.

O Master fez uma referência ao caso *National Carriers v Panalpina*, em que a Casa dos Lordes (*House of Lords*) decidiu que um contrato de locação comercial de 15 anos não havia sido frustrado, quando, após 10 anos de contrato, o fechamento de uma estrada impediu o uso do imóvel por cerca de 18 a 20 meses. Nesse caso, Lord Simon descreveu a doutrina e o efeito da frustração da seguinte forma:

“A frustração de um contrato ocorre quando sobrevém um evento (sem culpa de ambas as partes e para o qual o contrato não faz nenhuma disposição suficiente) que muda significativamente a natureza (não apenas o custo ou a onerosidade) dos direitos e/ou obrigações contratuais pendentes em relação ao que as partes poderiam razoavelmente ter contemplado no momento de sua execução, de tal forma que seria injusto mantê-los vinculados ao sentido literal de suas estipulações nas novas circunstâncias; nesse caso, a lei declara ambas as partes liberadas do cumprimento adicional.”<sup>171</sup>

O Master também se referiu ao caso *Canary Wharf v European Medicines Agency*<sup>172</sup>, em que o Tribunal Superior (*High Court*) concluiu que um contrato de locação de imóvel no Canary Wharf pela European Medicines Agency não havia sido frustrado pelo Brexit. Nesse caso, Marcus Smith J observou que somente se o evento superveniente tornar o cumprimento do contrato “radicalmente diferente” daquele contemplado no momento do contrato, é que o contrato seria frustrado.

Isso seguiu a abordagem em *The Sea Angel*<sup>173</sup>, em que a Corte de Apelação (*Court of Appeal*) decidiu que o que era necessário era uma abordagem multifatorial, com os diversos elementos a serem considerados, incluindo os termos do contrato, seu contexto, o conhecimento e as expectativas das partes no momento do contrato, a natureza do evento superveniente, e “os cálculos razoáveis e objetivamente verificáveis das partes em relação às possibilidades de cumprimento futuro nas novas circunstâncias”<sup>174</sup>. Em última análise, o Master observou que a doutrina é uma questão de justiça, e as consequências da decisão do tribunal devem ser medidas em relação às exigências da justiça.

O Master achou útil declarar brevemente suas razões para afirmar que nenhum dos contratos de locação havia sido frustrado completamente, a saber:

---

<sup>171</sup> *National Carriers v Panalpina* [1981] AC 675.

<sup>172</sup> *Canary Wharf v European Medicines Agency* [2019] L&TR 14

<sup>173</sup> *The Sea Angel* [2007] EWCA Civ 547

<sup>174</sup> *Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-UK Ltd* [2021] EWHC 1013

- (i) Em princípio, a doutrina da frustração se aplica a contratos de locação comercial, e o fechamento forçado do imóvel decorrente de questões fora do controle das partes é um evento superveniente que poderia dar origem à frustração, especialmente onde, como aqui, as cláusulas só permitem usos que se tornaram impossíveis.
- (ii) No entanto, é apenas em casos raros que um evento superveniente terá essa consequência. A questão é se a situação se tornou tão “radicalmente diferente” que está tão fora do que era a contemplação razoável das partes a ponto de o contrato continuar vigente tornar-se algo “injusto”.
- (iii) Relevantes para a análise em questão foram: o prazo original de cada contrato de locação, o provável período de interrupção e o provável prazo restante do contrato de locação tão logo a interrupção tenha terminado. Isso deve ser considerado tanto quantitativa quanto qualitativamente para determinar se há tal “diferença radical” e se a nova situação justifica uma saída das alocações de risco acordadas (que, no contexto de uma locação, seria a de que o locatário concordou em pagar o aluguel, exceto em determinadas circunstâncias pré-definidas).
- (iv) O Master aceitou que a Pandemia de Covid-19 e as regulamentações referentes à Pandemia de Covid-19 seriam, ou pelo menos poderiam ser, consideradas um evento superveniente. Embora pudessem ter sido previstos, eles foram, pelo menos nos termos modernos, adequadamente denominados de “sem precedentes”.
- (v) No entanto, o período de fechamento razoavelmente esperado nunca foi superior a 18 meses, considerando as durações totais dos contratos de locação (como mencionado acima) e as possíveis renovações sob a supracitada lei de 1954. Assim, os contratos permaneceriam com períodos significativos de vigência, comparado com apenas um período limitado de fechamento forçado.
- (vi) No geral, o Master não viu este caso como sendo suficientemente diferente de *Panalpina*, onde a questão foi decidida sumariamente contra o locatário. Ele não viu nenhuma perspectiva real de que haveria uma “diferença radical” que tornaria “injusto” qualquer um dos contratos de

locação continuar, levando em consideração seus termos e suas alocações de risco.

- (vii) O Master observou, então, que não estava considerando um caso em que o prazo contratual do contrato de locação terminou durante o lockdown. Isso poderia ser argumentado como sendo uma situação diferente, mas não era o que estava diante dele.

Quanto ao argumento de que houve uma “frustração temporária”, o Master decidiu que isso também não tinha uma perspectiva real de sucesso por duas razões combinadas:

- (i) Não existe tal coisa como “frustração temporária” em direito. A frustração tem o efeito de descarregar o contrato e terminá-lo. Essa é uma das razões pelas quais uma “diferença radical” deve existir. A frustração não suspende o contrato, mas o termina e, portanto, não o revive posteriormente.
- (ii) A doutrina da frustração depende de uma “diferença radical” ter ocorrido, o que torna injusto o contrato continuar. É difícil ver como, onde tal “diferença radical” não existir, pode haver alguma frustração. Se houvesse tal frustração temporária, então *Panalpina* teria sido um caso clássico disso e teria sido decidido de forma diferente.

A decisão de *Canary Wharf v European Medicines Agency*, portanto, joga por terra a ideia de se valer da frustração do fim do contrato como uma válvula de escape para situações de inexecução temporária das obrigações contratuais. Nesse sentido, a sugestão de Cogo citada no Capítulo 4.2 acima cai por terra e a frustração do fim do contrato passa a ter como consequência apenas a resolução do acordo originalmente firmado pelas partes.

Não obstante a recente decisão acima mencionada, a frustração do fim do contrato demonstrou uma importância relevante como elemento primordial do contrato, em especial no espectro do credor e da configuração de seu interesse e utilidade na prestação perturbada. Esse caráter não poderá ser desprezado, ainda que seja como elemento interpretativo e integrativo dos contratos.

## 6. PROPOSTAS

### 6.1. A Solução Negocial

Considerada a supremacia da autonomia da vontade para reger a relação entre particulares, a principal solução para resolver os problemas relacionados à inexecução temporária de obrigações contratuais deverá estar prevista no texto da minuta contratual celebrada entre as partes. Essa regra foi confirmada com as recentes alterações promovidas nos artigos 421 e 421-A pela Lei de Liberdade Econômica, que predizem que a vontade das partes deverá prevalecer sobre a interferência no acordo de um terceiro estranho à relação contratual.

Nesse sentido, uma cláusula robusta de *hardship* irá trazer o rito a ser seguido pelas partes para renegociação em caso de um evento superveniente que impossibilite o curso normal das prestações contratuais. Conforme discutido no Capítulo 2.2 deste trabalho, para que a cláusula de *hardship* seja bem elaborada, é necessário que as partes contratantes incluam na minuta contratual os seguintes elementos: (i) os tipos de eventos que permitiriam a sua aplicação; (ii) as partes responsáveis pela renegociação do contrato; (iii) as formas pelas quais a renegociação seria realizada; (iv) a possibilidade de envolvimento de terceiros nas negociações; e (v) as situações em que os efeitos do contrato seriam suspensos, total ou parcialmente, enquanto a renegociação estiver em andamento. Como um incentivo para que as negociações sejam conduzidas e o rito contratual seja devidamente cumprido, as partes poderão prever também a aplicação de penalidades caso uma das partes, de forma injustificada, abandone as regras revisionais expressamente previstas no contrato.

Outra cláusula que merece maior atenção é a cláusula de caso fortuito e força maior. Nesse caso, a redação contratual deve fugir à redação genérica trazida pelo art. 393 do Código Civil e deverá conter previsões que irão além da exoneração do devedor adimplente. Assim, a cláusula de caso fortuito e força maior deverá idealmente prever o conceito que abarcará tais eventos, uma definição das situações que estariam contempladas e que estariam excluídas da definição de caso fortuito e força maior, regras de comunicação entre as partes após a ocorrência do evento, disposições sobre repartição de custos entre as partes, condições sobre a suspensão de obrigações enquanto perdurar o

evento, bem como o estabelecimento de um prazo máximo para a manutenção do contrato.

No que concerne a situações de inexecução temporária, recentemente exemplificadas pelos eventos decorrentes da Pandemia de Covid-19 e da Guerra Russo-Ucraniana, recomenda-se, sob a ótica do credor, que a cláusula de caso fortuito e força maior contenha declarações do devedor no sentido que: (i) reconhece plenamente a existência da Pandemia de Covid-19 (ou da Guerra Russo-Ucraniana, dependendo do caso) e seus possíveis efeitos previsíveis no contrato, abrangendo aspectos como mobilização, aquisição de insumos e/ou matérias-primas, gestão, supervisão, seguro, transporte, mão de obra e demais etapas do fornecimento e prestação de serviços; (ii) entende que a Pandemia de Covid-19 (ou a Guerra Russo-Ucraniana, se for o caso) não constitui evento de força maior ou caso fortuito; (iii) adotou todas as medidas necessárias para cumprir fielmente as obrigações decorrentes do contrato; (iv) está ciente de que novas ondas de aumento do número de infectados pela Pandemia do Covid-19 podem ocorrer; e (v) o preço acordado no contrato contempla as novas diretrizes nacionais ou internacionais relacionadas aos desdobramentos da Pandemia de Covid-19 (ou da Guerra Russo-Ucraniana, se aplicável), incluindo quaisquer custos adicionais relacionados a equipamentos e medidas de proteção à saúde e segurança.

Outro exemplo apresentado pelo presente trabalho é a cláusula de alteração material adversa, que possui um importante papel para acomodar as novas situações enfrentadas pelo contrato entre o momento de sua assinatura e o momento de fechamento, isto é, de consumação de suas obrigações. Uma boa redação para esse tipo de previsão deverá citar detalhadamente as situações em que determinados eventos causem uma alteração adversa relevante nos negócios objeto do contrato em questão, bem como as consequências que as partes deverão tomar na eventualidade de ocorrência de tais situações.

Além disso, as partes podem incluir cláusulas processuais no contrato, como estipular que, durante um período de tempo após a adaptação do contrato, ele permanecerá inalterado ou que certas reivindicações baseadas no não cumprimento de obrigações não poderão ser acionadas judicialmente – regra conhecida como *pactum de non petendo*. Também é possível estabelecer que a admissibilidade de reivindicações contratuais dependeria do insucesso de negociações prévias, ou que, em caso de não cumprimento, apenas determinados bens poderiam eventualmente ser atingidos ou penhorados,

seguindo uma determinada ordem. Essas cláusulas também podem proporcionar certa estabilidade ao contrato e às suas possíveis consequências em caso de não cumprimento.<sup>175</sup>

Portanto, uma boa redação contratual, com previsões extensivas e regras claras, irá trazer segurança jurídica para as partes com a antecipação de condutas a serem tomadas no caso de um eventual fato superveniente que impossibilite a execução de obrigações de forma não definitiva.

Contudo, não obstante o esforço das partes, é humanamente impossível realizar exercícios de futurologia e prever com exatidão toda e qualquer situação que de certo modo poderá perturbar a execução das prestações originalmente pactuadas. Assim, diversos fatos ainda não previstos na minuta contratual poderão testar a relação entre contratantes, e trazer dúvidas sobre a manutenção do contrato em um momento de crise, ainda que temporária. Desse modo, uma solução para o tema prevista expressamente na lei ou aplicada de forma homogênea pelo judiciário ainda se faz útil para os aplicadores do direito e também deve ser buscada pelo nosso ordenamento jurídico.

## **6.2. A Solução Legislativa**

No Capítulo 3 deste trabalho foi possível verificar alguns desafios vivenciados pelos aplicadores do direito para tratar de situações de inexecução temporária de obrigações. Em primeiro lugar, depara-se com uma dispersão normativa de regras que poderiam tratar do tema, sem a presença de um conjunto organizado de normas para governar o assunto. Em se tratando de obrigações pecuniárias, o art. 317 possibilita a revisão de prestação desproporcional pelo juiz, no entanto, aplica-se somente a obrigações de caráter pecuniário. O Código Civil traz também situações de tratamento de impossibilidade temporária, mas restrita a contratos específicos, como é o caso do transporte e da empreitada. Às partes contratantes e aos julgadores restariam apenas os artigos 478, 479 e 480 que tratam da onerosidade excessiva, porém, novas dificuldades passam a ser enfrentadas.

---

<sup>175</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 300.

A norma geral para tratar de perturbações supervenientes na prestação é o art. 478 que traduz o instituto da onerosidade excessiva italiano para o direito brasileiro. Não obstante, não basta à parte afetada pela desproporção contratual provar a ocorrência de um evento posterior, imprevisível e extraordinário e sua consequente onerosidade causada na relação entre as partes, o ordenamento jurídico brasileiro demanda a comprovação da existência de uma extrema vantagem obtida pela contraparte. Esse último requisito se mostra de difícil constatação, especialmente em um mercado cada vez mais dinâmico e com negócios jurídicos cada vez mais inovadores.

As mudanças circunstanciais decorrentes da Pandemia de Covid-19 e da Guerra Russo-Ucraniana têm o potencial de causar perturbações adicionais que podem afetar não somente a posição da parte devedora, mas também a situação do credor em um acordo bilateral, ou mesmo a posição de ambas as partes, levando a efeitos que ultrapassam o simples desequilíbrio econômico. De fato, como exemplo, em um contrato de locação em um shopping center, tanto o proprietário do empreendimento quanto o lojista podem sofrer prejuízos significativos devido à queda nas vendas, resultando em uma perda para ambas as partes na relação contratual.<sup>176</sup> O requisito da extrema vantagem, então, além de demonstrar-se como um dificultador para a aplicação da teoria da onerosidade excessiva, revela-se como um pressuposto descolado da realidade em que poderia ser aplicado.

Outro revés enfrentado pelos aplicadores do direito no art. 478 é esbarrar na resolução contratual como a única saída legal para o evento de excessiva onerosidade. Nesse caso, contratos que se sujeitam a um evento de perturbação temporário não possuem uma solução também de caráter temporário, sujeitando-se apenas à gravosa resolução do contrato como medida definitiva de resposta do legislador à situação de crise contratual.

Os dispositivos ancilares dos artigos 479 e 480, por sua vez, também trazem suas limitações. No caso do art. 479, abre-se a possibilidade de manutenção do contrato mediante uma contraproposta equitativa do credor para adaptar o contrato às novas circunstâncias. Nesse caso, desloca-se a iniciativa da preservação contratual para a parte

---

<sup>176</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *Impossibilidade de Prestar e Excessiva Onerosidade Superveniente na Relação entre Shopping Center e seus Lojistas*. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Luiz Fernando (Orgs.) *Impactos Jurídicos e Econômicos da Covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, pp. 75-111.



credora, contudo, cria-se um requisito prévio de pedido resolutorio para que se possa proceder com uma proposta de adaptação. Além disso, o pressuposto de equidade da oferta de reequilíbrio traz uma linguagem imprecisa e abstrata, o que naturalmente acarreta um resultado prático ineficaz. Já no caso do art. 480, há a possibilidade de um pleito revisional pelo devedor, mas que se restringe aos contratos unilaterais e demanda que o pedido de adaptação seja levado ao juízo.

Após a verificação das imperfeições acima, faz-se necessária uma mudança na redação dos dispositivos legais para possibilitar saídas para a manutenção contratual e soluções para as situações em que a inexecução da prestação é apenas temporária, e não permanente.

Uma primeira saída seria a alteração no disposto do art. 317, hoje restrito a obrigações pecuniárias e cujo objetivo é a retomada do valor real da prestação originalmente pactuado pelas partes contratantes. Nesse sentido, uma sugestão de nova redação para a norma do art. 317 poderia trazer a seguinte regra:

**“Novo Art. 317.** Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta em uma prestação devida, considerando o momento de sua celebração e o momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-la, a pedido da parte afetada, desde que esta encontre-se adimplente, de modo que assegure, quanto possível, o reequilíbrio contratual.”

A sugestão acima traz alguns requisitos, a saber: (i) a configuração de um motivo imprevisível e superveniente, cuja existência não se poderia prever no momento da celebração do contrato; (ii) a conseqüente desproporção prestacional causada por tal motivo, em comparação com a prestação originalmente pactuada pelas partes; (iii) a necessidade de um pleito pela parte afetada; e (iv) a obrigatoriedade de a parte afetada estar adimplente com suas obrigações contratuais. Configurados os requisitos acima, o juiz poderia corrigir a prestação desproporcional e retomar, em tese, o reequilíbrio do contrato.

No entanto, a redação do novo art. 317 apresentaria alguns reveses. Em primeiro lugar, o dispositivo continuaria inserido dentro do capítulo de Pagamento do Código Civil, o que, aliado à sua motivação histórica de correção monetária para recuperação do valor da prestação afetado pela inflação, sempre poderia trazer a discussão de que se trata de uma norma de caráter pecuniário apenas. Além disso, a revisão contratual estaria sujeita à decisão de um juiz, parte estranha à relação entre particulares. Essa interferência de um terceiro de cunho estatal poderia ofender o Parágrafo Único do art. 421 que

determina a excepcionalidade da revisão contratual e a intervenção mínima nas relações contratuais privadas. Além disso, do ponto de vista prático e considerando a morosidade do judiciário brasileiro, o pleito revisional poderia delongar-se no tempo e uma eventual decisão certamente seria tardia, o que poderia afetar diretamente o interesse das partes na manutenção do contrato.

Na opinião de Judith Martins-Costa, ao considerar os três dispositivos legais que podem ser usados para revisar um contrato a fim de adaptá-lo às circunstâncias imprevistas que levam a uma excessiva onerosidade por motivos não atribuíveis aos envolvidos (quais sejam, aqueles previstos nos artigos 317, 479 e 480), a regra do art. 480 seria a mais adequada para sustentar um procedimento de correção teleológica bem fundamentado. Isso ocorreria porque (i) a regra do art. 480 não se limita a obrigações monetárias e não se restringe ao valor real da prestação, ao contrário da regra do art. 317; e (ii) a regra do art. 480 não depende de uma solicitação de resolução contratual para que seja contraposto um pedido de modificação, como previsto na regra do art. 479.<sup>177</sup>

Entretanto, na atual redação do art. 480, a possibilidade de revisão contratual estaria restrita a acordos unilaterais, ou seja, apenas seria aplicada nos contratos em que as obrigações caberiam a apenas uma das partes, como é o caso do comodato, da doação, do mandato e da fiança.

Para que a sugestão de Martins-Costa aplique-se também aos contratos bilaterais, seria necessária uma alteração na redação da norma do art. 480, cujo texto poderia ser revisitado da seguinte forma:

“**Novo Art. 480.** A parte afetada poderá pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

A sugestão da nova redação do art. 480 traz como requisitos (i) a ocorrência de um evento que torne a prestação onerosamente excessiva para uma das partes e (ii) a necessidade de um pleito judicial para que a prestação seja reduzida ou alterada. Por analogia, os requisitos do art. 478 também seriam aplicáveis para configuração do evento de onerosidade excessiva. Nesse sentido, constatada a dificuldade trazida pelo pressuposto da extrema vantagem, o artigo 478 também mereceria uma nova redação:

---

<sup>177</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 241.

**“Novo Art. 478.** Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”

Assim, aos dois requisitos acima mencionados do art. 480 somar-se-iam (i) a necessidade de o contrato ser de execução diferida ou continuada e (ii) a ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Com a nova redação mais abrangente, a regra do art. 480 poderia se transformar em uma cláusula geral de adaptação às circunstâncias supervenientes e poderia solucionar diversos problemas no Código Civil. Vale lembrar, outrossim, que cláusula não se limitaria apenas à redução da prestação, mas também permitiria a modificação da forma de execução, evitando assim uma solução radical.

De qualquer modo, o novo art. 480 sofreria do mesmo mal intervencionista do novo art. 317. A revisão e o destino contratual seriam decididos por um juiz, o que vai contra o princípio de intervenção mínima do Estado nas relações privadas. Além disso, a demora do sistema judiciário pode prolongar o processo de revisão e uma decisão tardia pode prejudicar o interesse das partes envolvidas no contrato.

Deve-se buscar então uma saída para o problema da perturbação nas obrigações sem prescindir da regra de intervenção mínima do estado pautada no Parágrafo Único do art. 421 do Código Civil. Para os casos de impossibilidade definitiva, a saída do art. 478 com a nova redação sugerida representaria a possibilidade de resolução do contrato, sem a necessidade da comprovação do obscuro requisito da extrema vantagem, e sem a possibilidade de um agente estatal intervir nas regras originalmente pactuadas pelos particulares.

No que concerne aos casos de impossibilidade temporária seria necessária a criação de uma nova regra, que ao mesmo tempo possibilite a conservação do contrato e evite a interferência de um terceiro na relação entre particulares, conforme sugestão abaixo:

**“Novo Art. 478-A.** Nos casos de impossibilidade temporária, as obrigações do contrato serão suspensas e o devedor não responde pela mora no cumprimento enquanto durar o evento de impossibilidade. A impossibilidade só se considera temporária enquanto se mantiver o interesse do credor, observada a finalidade do contrato.”

A inovação acima tem inspiração no art. 792 do Código Civil Português e possibilita a suspensão das obrigações do contrato durante o evento de impossibilidade temporária, exonerando o devedor do cumprimento de suas prestações nesse período. A duração do evento de impossibilidade e a sua própria configuração estarão dependentes do interesse do credor na manutenção da prestação, devendo ser utilizado para pautar esse interesse a finalidade do contrato, que lastrearia o fundamento contratual estabelecido pelas partes no momento de celebração do ajuste.

A alteração legislativa, no entanto, esbarra em aspectos práticos e a difícil tramitação de projetos de lei no congresso nacional dificultaria que as soluções acima sejam adotadas em um curto período de tempo. Nesse sentido, enquanto eventual alteração da legislação civil não seja aprovada no sentido de possibilitar um tratamento específico para as hipóteses de inexecução temporária de obrigações outras saídas devem ser buscadas no campo da interpretação de normas já existentes em nosso ordenamento.

### **6.3. A Solução Hermenêutica**

Apesar da inexistência de uma regra geral para tratar de situações de inexecução temporária de obrigações contratuais, alguns doutrinadores entendem que nossa legislação civil já possui normas que podem ser utilizadas como um escape para tratar de perturbações não definitivas de obrigações.

Na opinião de Luis Renato Ferreira da Silva, uma leitura inversa do art. 166, III traria de forma oculta uma regra que possibilitaria o reequilíbrio contratual. O artigo 166, III, estipula que um negócio jurídico é considerado inválido se o seu motivo determinante compartilhado por ambas as partes for ilícito. Nesse caso, o contrato não é inválido por causa do objeto, mas sim porque a sua razão verdadeira (ou causa), que é compartilhada pelos contratantes, é ilícita. Portanto, se o motivo determinante compartilhado for ilícito, o contrato será nulo, mas se for lícito, ele pode ser considerado, pelo menos, um fator de eficácia entre as partes.<sup>178</sup>

---

<sup>178</sup> FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *A Revisão dos Contratos no Código Civil: Reflexões para uma Sistematização das suas Causas à Luz da Intenção Comum dos Contratantes*. In: NANNI, Giovanni Ettore; LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs). *Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 382.

Considerando que a eficácia contratual visa gerar obrigações que levem à satisfação das partes no cumprimento do contrato, a ausência ou diminuição dessa eficácia pode resultar na revisão do contrato para sua reconstrução. Se o motivo determinante comum, que forma a base contratual, desaparecer, permitir-se-ia a revisão do contrato além das hipóteses previstas nos artigos 317, 479 e 480 do Código Civil. Nesse caso, estaríamos tratando da base negocial subjetiva do contrato, baseada nas declarações das partes por meio de uma interpretação hermenêutica adequada do caso concreto.<sup>179</sup>

Judith Martins-Costa, por sua vez, faz um exercício de analogia para aplicar como regra geral, alguns dispositivos específicos que tratam de situações de impossibilidade temporária. Da regra disposta no art. 396 poder-se-ia depreender que o eventual incumprimento por parte do devedor nos casos de impossibilidade não definitiva não irá se configurar em mora. Ademais, das regras presentes nos artigos 625, I (referente a contratos de empreitada), 741 e 753 (referentes a contratos de transporte) pode-se concluir pela suspensão da prestação impactada pelo evento de impossibilidade temporária.<sup>180</sup>

Não obstante as soluções acima, Judith Martins-Costa propõe que alguns critérios hermenêuticos sejam considerados para que os contratos sejam adaptados a uma nova realidade afetada por um evento superveniente e não conjecturado pelas partes no início da vigência contratual, a saber<sup>181</sup>:

- (i) A norma estabelecida é que os contratos são firmados com a finalidade de serem cumpridos em um momento posterior, o que significa que nem todos os eventos futuros, mesmo que sejam excepcionais e imprevisíveis, geram consequências que permitam a resolução ou revisão dos contratos com duração determinada;
- (ii) Em cada situação, é preciso avaliar a seriedade do evento em relação às obrigações recíprocas estabelecidas pelo contrato, analisando seus impactos no caso específico, uma vez que a excepcionalidade e imprevisibilidade de um evento sempre devem ser consideradas em relação aos seus efeitos no contrato em questão;

---

<sup>179</sup> *Ibid*, p. 384.

<sup>180</sup> MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020, p. 240.

<sup>181</sup> *Ibid*, p. 242.

- (iii) Ao considerar um pedido de revisão ou rescisão contratual baseado na alegação de mudança superveniente das circunstâncias, é responsabilidade do juiz ou árbitro avaliar se a parte que apresentou o pedido agiu com a devida cautela ao assinar o contrato, como uma pessoa ativa e razoável agiria, levando em conta o setor econômico em que a atividade prevista pelo contrato está inserida, o que significa que os riscos normais inerentes ao contrato foram assumidos;
- (iv) Ao buscar adaptar o contrato às novas circunstâncias, não são levados em consideração motivos pessoais das partes envolvidas, mas sim a finalidade do contrato e os motivos comuns que foram expressos no contrato ou que podem ser inferidos por meio da interpretação do contrato; e
- (v) Para que se configure uma situação de excessiva onerosidade superveniente, é necessário que haja uma relação de causalidade comprovada entre o evento alegado como imprevisível e extraordinário e a dificuldade excessiva em cumprir as obrigações contratuais.

Conforme analisado no Capítulo 4 deste trabalho, o *common law* também não possui ferramentas próprias para tratar das situações de impossibilidade temporária. Além disso, como visto no precedente *Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-UK Ltd*, a tentativa de construção da doutrina da Frustração Temporária no âmbito da Pandemia de Covid-19 foi rechaçada pela *High Court*. No entanto, a frustração do fim do contrato pode nos trazer um postulado: o de que a finalidade do contrato, como seu elemento essencial, representa uma tradução objetiva do resultado almejado pelas partes. Essa acepção pouco recepcionada nas jurisdições continentais, poderá ser a chave para promover um tratamento digno às situações de inexecução temporária das obrigações contratuais.

Inspirado na tradição inglesa, o presente trabalho irá apresentar uma solução hermenêutica a ser utilizada pelos aplicadores do direito aqui denominado “Teste da Frustração do Fim do Contrato”. O teste valer-se-á das regras dispostas nos artigos 395, 396, parágrafo único e 478 do Código Civil, e utilizará o fim do contrato como parâmetro de interpretação, a saber:

- (i) Elemento Contratual: Em um primeiro momento deve-se verificar a existência de um contrato de execução continuada ou diferida (elemento trazido do art. 478);

- (ii) Elemento Fundamental: Em seguida, caso o Elemento Contratual se configure, deve-se confirmar se a prestação de uma das partes tornou-se excessivamente onerosa (elemento trazido do art. 478);
- (iii) Elemento Causal: Após, caso o Elemento Fundamental se configure, deve-se averiguar se a onerosidade excessiva decorreu de um evento superveniente, extraordinário e imprevisível (elemento trazido do art. 478);
- (iv) Elemento Culposo: Posteriormente, caso o Elemento Causal se configure, deve-se analisar se o devedor não deu causa ao evento superveniente (elemento trazido do art. 396);
- (v) Elemento Temporal: Logo após, caso o Elemento Culposo não se configure (com a confirmação de que o devedor não deu causa ao evento superveniente que afetou a prestação), deverá ser observado o critério de utilidade do credor para a continuação da prestação (elemento trazido do art. 395, Parágrafo Único); e
- (vi) Elemento Final: Caso o Elemento Temporal não seja configurado, isto é, caso o credor não tenha mais interesse na prestação pelo devedor, estaríamos tratando de um caso de impossibilidade definitiva e, portanto, sujeito à resolução contratual (elemento trazido do art. 478). No entanto, caso o credor ainda possua interesse na prestação, estaríamos diante de um caso de impossibilidade temporária, cujo remédio seria a suspensão da prestação, sem que o devedor incorra em mora (elemento trazido do art. 396 e, por analogia, dos artigos 625,I, 741 e 753) enquanto perdurar o evento que impossibilite a prestação. O período de duração da impossibilidade dependerá diretamente do interesse do credor: enquanto houver utilidade da prestação para o credor, a impossibilidade ainda não será definitiva. E qual deve ser o parâmetro para mensurar a utilidade e o interesse do credor? O parâmetro será o Elemento Final que, inspirado no *common law*, é representado pela finalidade do contrato.

Como demonstrado no teste acima, é a utilidade e interesse do credor que determinarão se, perante um evento de impossibilidade, o contrato será encerrado ou será mantido em espera até a cessação do evento que afete a prestação. Manter a decisão sobre a vida ou morte do contrato no papel do credor e de suas motivações traz grande

subjetividade à questão, o que, em um momento de litígio dará a apenas uma das partes o poder de decisão sobre tal fato.

É importante, então, trazer um parâmetro objetivo para que a utilidade e o interesse do credor não representem uma ação autoritária de uma das partes contratantes, mas sim a tradução do resultado do negócio originalmente pactuado pelas partes. Considerando que a finalidade do contrato representa um lastro objetivo que expressa de forma clara os desdobramentos que as partes celebraram antes do início da vigência contratual, ela deve ser utilizada como padrão de definição de utilidade e interesse do credor.

Assim, de forma imparcial, é possível construir no “Teste da Frustração do Fim do Contrato” um mecanismo de escape para as situações de impossibilidade temporária, baseado em dispositivos já existentes em nosso ordenamento jurídico, e que observa o princípio da boa-fé objetiva, bem como possibilita a preservação do acordo, sempre respaldada na finalidade do contrato originalmente pactuada pelas partes contratantes.



## 7. CONCLUSÃO

Por meio do presente trabalho foi possível acompanhar a dificuldade enfrentada por operadores do direito para tratar as questões envolvendo a inexecução temporária das obrigações de modo a garantir a conservação do contrato afetado pelo evento de perturbação sem prescindir da preservação do interesse do credor e sem criar encargos excessivos para o devedor.

Primeiramente, foi feita uma análise dos dispositivos oriundos da autonomia da vontade que poderiam enfrentar o tema, abordando com maior profundidade a cláusula de *hardship*, a cláusula de força maior e a cláusula de alteração material adversa. Tais dispositivos representam uma antecipação das partes contratantes a possíveis eventos infortúnios supervenientes e contém um rito pré-acordado que deverá ser adotado no intuito de preservar o pacto ajustado e adaptá-lo às novas condições enfrentadas. No entanto, dado o número inflacionário de contratos que as sociedades mercantis e os particulares são levados a lidar diariamente, tais dispositivos nem sempre são trazidos nas minutas dos acordos celebrados. Além disso, em muitos casos, mesmo com a previsão de tais regras nos documentos contratuais, as partes muitas vezes se valem de provisões genéricas ou demasiadamente abertas, o que acaba trazendo incerteza na aplicação de tais cláusulas em eventual perturbação sofrida no âmbito do contrato.

Para tratar tais situações em que a previsão contratual não consegue superar as situações de perturbação sofridas pelas partes contratantes, a legislação civil prevê alguns tratamentos para guiar os contratos em tempos de crise. Essas regras representam uma relativização da responsabilidade absoluta firmada na letra forte do contrato e abre espaço para uma adaptação do ajuste buscando a manutenção do estado de subsistência das coisas, qual seja o estado fático em que as partes contratantes se basearam para celebrar o acordo no momento original.

No entanto o trabalho mostra a dificuldade dos institutos previstos na legislação civil brasileira para tratar de eventos em que a inexecução se mostra apenas temporária. A regra clássica de tratamento de perturbações na prestação traz como solução a resolução do contrato, acompanhada de requisitos de difícil comprovação, notadamente o de obtenção de extrema vantagem pela contraparte. Outros mecanismos de adaptação do contrato, sem a agressiva consequência resolutória, encontram previsão apenas em casos específicos referentes a contratos unilaterais e prestações com caráter pecuniário.

Conclui-se, de antemão, que o ordenamento jurídico brasileiro não possui um mecanismo de saída que possa conciliar contratos de longo prazo com as circunstâncias em que se encontram. Isso porque, na relação essencial entre tempo e contrato, podem surgir eventos que afetam a base em que o contrato foi construído. No entanto, seja pelo interesse das partes contratantes seja pelo curto prazo de duração do evento superveniente, a perturbação da prestação não necessariamente irá justificar o encerramento permanente do contrato.

Dado o cenário da legislação civil brasileira, o trabalho convida o leitor para um olhar para fora, para outro sistema jurídico baseado em soluções consuetudinárias. Assim, foram analisados os institutos previstos no *common law* para tratamento das perturbações contratuais e, em especial, das inexecuções temporárias de suas prestações. Nesse escopo, foi analisada a teoria da frustração e suas espécies, incluindo a impossibilidade, a impraticabilidade e frustração do fim do contrato.

No que concerne à frustração do fim do contrato, foram analisados seus requisitos e seus efeitos foram comparados com as doutrinas usualmente adotadas pelo direito continental. Além disso, foram analisados alguns precedentes recentes, incluindo uma contemporânea discussão sobre a possibilidade de adoção da frustração temporária, o que foi expressamente rechaçado pelos tribunais ingleses.

Acompanhado da análise acima, o presente trabalho apresentou respostas propositivas a serem enfrentadas pelos aplicadores do direito em situações envolvendo a inexecução temporária de obrigações de um contrato, especialmente em um contexto de crise em que a sociedade ainda colhe os efeitos da Pandemia de Covid-19 e da Guerra Russo-Ucraniana.

Nesse sentido, foram apresentadas propostas a serem adotadas pelas partes contratantes no âmbito de sua autonomia da vontade, pelos legisladores e pelos intérpretes das normas jurídicas que tratam das perturbações das obrigações contratuais em tempos de crise.

Ademais, foi demonstrada a relevância de estabelecer um critério objetivo que evite que a vontade do credor se torne uma ação arbitrária e determinante para a manutenção da vida do contrato, em detrimento do acordo inicialmente acordado entre as partes.

Nesse sentido, o presente trabalho apresentou uma proposta interpretativa denominada “Teste da Frustração do Fim do Contrato” para situações de impossibilidade

temporária. Esse mecanismo se baseia em dispositivos já existentes em nosso sistema legal e leva em consideração o princípio da boa-fé objetiva, além de permitir a preservação do acordo, sempre respaldado pelo propósito originalmente acordado pelas partes envolvidas no contrato.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao novo Código Civil, volume VI, tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos Contratos por Incumprimento do Devedor: Resolução*. Rio de Janeiro: Aide, 1991.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das Obrigações e suas Consequências*. São Paulo: Saraiva, 1980.

ANADOLU AGENCY. *Ukrainian football giants: Five years in exile*. Ancara: Anadolu Agency, 27 de março de 2019. Disponível em: <https://www.aa.com.tr/en/sports/ukrainian-football-giants-five-years-in-exile/1431088>. Acesso em: 7 de fevereiro de 2023.

Bank of New York Mellon (International) Ltd v. Cine-UK Ltd [2021] EWHC 1013

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Função Social dos Contratos, Lei da Liberdade Econômica e Coronavírus*. São Paulo: Consultor Jurídico, 30 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/direito-civil-atual-funcao-social-contratos-lei-liberdade-economica-coronavirus>. Acesso em: 8 de janeiro de 2023.

BURROWS, Andrew. *A Casebook on Contract*. Oxônia: Hart Publishing, 2011.

CAMPOS, Roberto. *Roberto Campos – Roda Viva (1991)*. YouTube, 22 de dezembro de 2014. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=IhtuR\\_0VvIo](https://www.youtube.com/watch?v=IhtuR_0VvIo). Acesso em: 14 de janeiro de 2022.

Canary Wharf v European Medicines Agency [2019] L&TR 14

CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Luiz Fernando (Orgs.). *Impactos Jurídicos e Econômicos da Covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

COGO, Rodrigo Barreto. *Frustração do fim do Contrato*. Rio de Janeiro: Almedina, 2021.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado n. 166*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/292>, acessado em 03 de março de 2023.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado n. 365*. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/483>, acessado em 03 de fevereiro de 2023.

COUR D'APPEL DE PARIS. *E.D.F. c. Sté Shell Française*. Paris 1ere Ch. Julgado em 28 de setembro de 1976.

COUTO E SILVA, Clovis V. do. *A Obrigação como Processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

CRETELLA NETO, José. *Contratos Internacionais: Cláusulas Típicas*. Campinas: Millennium, 2011.

ESPERT SANZ, Vicente. *La Frustración del Fin del Contrato*. Madri: Tecnos, 1968.

FERGUSON, Niall. *All Is Not Quiet on the Eastern Front*. Nova Iorque: Bloomberg, 1º de janeiro de 2023. Disponível em: <https://www.bloomberg.com/opinion/articles/2023-01-01/victory-over-russia-in-ukraine-may-bring-world-war-3-niall-ferguson>. Acesso em 1º de janeiro de 2023.

FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. *A Revisão dos Contratos no Código Civil: Reflexões para uma Sistematização das suas Causas à Luz da Intenção Comum dos Contratantes*. In: NANNI, Giovanni Ettore; LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues (Orgs). *Temas Relevantes de Direito Civil Contemporâneo*. São Paulo: Atlas, 2012

FRIEDMAN, Milton e FRIEDMAN, Rose. *Livre para Escolher: Uma Reflexão sobre a Relação entre Liberdade e Economia*. Rio de Janeiro: Record, 2015.

GAZETA DO POVO. *Caos do setor elétrico já custou mais de R\$ 110 bilhões em quatro anos*. Curitiba: Gazeta do Povo, 19 de agosto de 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/energia-e-sustentabilidade/caos-do-setor-eletrico-ja-custou-mais-de-r-110-bilhoes-em-quatro-anos-en3kmuzuyr4jv2313kw255j6e/>. Acesso em: 7 de janeiro de 2023.

GIOVANNI, Reale; Aristóteles. *Metafísica: Ensaio introdutório*. Volume I. São Paulo: Loyola, 2014.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

HARDING, Luke. *Invasion – The Inside Story of Russia’s Bloody War and Ukraine’s Fight for Survival*. Nova Iorque: Vintage Books, 2022.

Herne Bay Steamboat Co v Hutton [1903] 2 KB 683.

HIS MAJESTY'S COURTS AND TRIBUNALS SERVICE. *The strength of English law and the UK jurisdiction*. Londres: HMCTS, 01 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/08/legaluk-strength-of-english-law-draft-4-FINAL.pdf>. Acesso em: 7 de janeiro de 2023.

KIHCHWEY, George W. *Pax Americana. Annals of the American Academy of Political and Social Science*. Filadélfia: A.L. Hummel, 1917.

Krell v. Henry, [1903] 2 K.B. 740.

MARINHO, Josaphat. *Parecer Final n. 479. In: Projeto de Lei da Câmara n. 118–Redação Final. Brasília, 1977*.

MARKHAM, Keith. *Covid-19, Force Majeure and Frustration of Contracts: The Essential Guide*. Somerset: Law Brief Publishing, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado – Critérios para sua Aplicação*. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINS-COSTA, Judith. *A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração*. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, ano 7, n. 25, p. 4-31, abril/2010

MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil. Vol V. Tomo I*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith e COSTA E SILVA, Paula. *Crise e Perturbações no Cumprimento da Prestação*. São Paulo: Quartier Latin, 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. *Impossibilidade de Prestar e Excessiva Onerosidade Superveniente na Relação entre Shopping Center e seus Lojistas*. In: CARVALHOSA, Modesto; KUYVEN, Luiz Fernando (Orgs.) *Impactos Jurídicos e Econômicos da Covid-19*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MCELROY, Roy Granville. *Impossibility of Performance: a Treatise on the Law of Supervening Impossibility of Performance of Contract, Failure of Consideration and Frustration*. Cantabrigia: Cambridge University Press, 1941.

MCKENDRICK, Ewan. *Force Majeure and Frustration of Contract*. Londres: Lloyds of London Press Ltd, 1995.

MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. *Caso Fortuito e Teoria da Imprevisão*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1958.

MILAGRES, Marcelo de Oliveira. *Contratos Imobiliários – Impactos da Pandemia do Coronavírus*. Indaiatuba: Foco, 2020.

MILLER, Robert T. *Canceling the Deal: Two Models of Material Adverse Change Clauses in Business Combination Agreements*. Nova Iorque: Cardozo Law Review, Vol. 31, No. 1, 2009.

MILLER, Robert T. Miller. *The Economics of Deal Risk: Allocating Risk Through MAC Clauses in Business Combination Agreements*. Williamsburg: William and Mary Law Review, 2007.

Mineral Park Land Co. v. Howard - 172 Cal. 289, 156 P. 458 (1916)

National Carriers v Panalpina [1981] AC 675

Paradine v. Jane, [1647] EWHC KB J5, 82 ER 897.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil, volume II*. São Paulo: Forense, 1989.

PIRES, Catarina Monteiro. *Contratos I: Perturbações na Execução*. Coimbra: Almedina, 2019.

PIRES, Catarina Monteiro. *Impossibilidade da Prestação*. Coimbra: Almedina, 2020.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Tomo II*. Rio de Janeiro, Borsóí, 1958.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Tomo IV*. Rio de Janeiro, Borsóí, 1958, § 397,6.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Tomo XXIII*. Rio de Janeiro, Borsóí, 1958.



PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado. Tomo XXV*. Rio de Janeiro, Borsói, 1958.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *Human Development Report 2021-22*. Nova Iorque: PNUD. Disponível em: <https://hdr.undp.org/content/human-development-report-2021-22>. Acesso em: 7 de janeiro de 2023.

REALE, Miguel. *Código Civil: Anteprojetos com m/ revisões, correções, substitutivos e acréscimos*. Canela: Biblioteca do Instituto de Estudos Culturalistas.

REALE, Miguel. *Visão geral do novo código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 92, n. 808, fev. 2003.

RÊGO MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do; ROSENVALD, Nelson; DENSA, Roberta (Orgs.). *Coronavírus e Responsabilidade Civil: Impactos Contratuais e Extracontratuais*. Indaiatuba: Editora Foco, 2020.

RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luis. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 35.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Trad. por Ana Coimbra; M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

RUGGIERO, Roberto. *Instituições de Direito Civil, volume III*. São Paulo: Bookseller: 2005.

Salam Air SAOC v Latam Airlines Groups SA [2020] EWHC 2414

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. *A Frustração do Contrato por Onerosidade Excessiva: Teoria da Imprevisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2020.

SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações. Volume I*. Introdução de Edwin Cannan. Apresentação de Winston Fritsh. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *A Cláusula de hardship nos contratos de comércio internacional*. In: *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 65/2005, p. 243-275, nov.-dez / 2005

STJ. *REsp 8.473/RJ*. 4ª Turma. Rel. Min. Athos Gusmão Carneiro. Julgado em 23 de outubro de 1991.

STJ. *REsp 256.456/SP*. 4ª Turma. Rel. Min Ruy Rosado Aguiar. Julgado em 22 de março de 2001.

STJ. *REsp nº 1.034.702-ES*. Rel Min. João Otávio de Noronha. T4 – QUARTA TURMA. Julgamento em 15 de abril de 2008.

Taylor v Caldwell [1863] EWHC J1 (QB)

THE ECONOMIST. *Closed by covid-19 - Paying to stop the pandemic*. Londres: The Economist, 19 de março de 2020. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2020/03/19/paying-to-stop-the-pandemic>. Acesso em: 7 de dezembro de 2022.

THE ECONOMIST. *Has Brazil Blown It?* Londres: The Economist, 27 de setembro de 2013. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2013/09/27/has-brazil-blown-it>. Acesso em: 7 de janeiro de 2023.

THE ECONOMIST. *The return of large-scale war to Europe - Russia's invasion of Ukraine*. Londres: The Economist, 26 de fevereiro de 2022. Disponível em:

<https://www.economist.com/briefing/2022/02/26/russias-invasion-of-ukraine>. Acesso em: 7 de dezembro de 2022.

THE ECONOMIST. *The world economy's strange new rules*. Londres: The Economist, 10 de outubro de 2019. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2019/10/10/the-world-economys-strange-new-rules>. Acesso em: 7 de dezembro de 2022.

THE HERITAGE FOUNDATION. *2022 Index of Economic Freedom*. Washington, DC: The Heritage Foundation. Disponível em: <https://www.heritage.org/index/>. Acesso em: 7 de janeiro de 2023.

The Sea Angel [2007] EWCA Civ 547

THREET, Hunter C. *The Definition of Material Adverse Change: Balancing Risk In Merger Agreements Under Delaware Law*. Knoxville: The Tennessee Journal of Business Law, 2017.

TJBA. *Processo n. 8034826-91.2020.8.05.0001. 2ª Vara Cível e Comercial de Salvador. Juíza Luciana de Carvalho Correia de Mello*. Julgado em 13.04.2020.

TJSC. *Processo n. 5010372-55.2020.8.24.0008. 4ª Vara Cível de Blumenau. Juíza Vivian Carla Josefovicz*. Julgado em 17 de abril de 2020.

TJSP. *Processo n. 1028943-06.2020.8.26.0100. 43ª Vara Cível. Juiz Rodolfo César Milano*. Julgado em 06 de abril de 2020.

Transatlantic Fin. Corp. v. United States - 124 U.S. App. D.C. 183, 363 F.2d 312 (1966)

TREITEL, Sir Guenter Heinz. *The Law of Contract*. Londres: Steven & Sons, 1983.

Wilmington Trust SP Services (Dublin) Ltd v. Spicejet Ltd [2021] EWHC 1117