

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS SOBRE A DOCTRINA DA IMPOSSIBILIDADE SUPERVENIENTE DAS PRESTAÇÕES

Priscila Borges da Silveira¹

Maria Cláudia Cachapuz²

Resumo: O presente estudo propõe uma investigação, do tipo bibliográfica, sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações em matéria de direito obrigacional. Visa alcançar uma compreensão, mediante precisão técnica, desse instituto jurídico: o delineamento de seu conceito, de suas características, também uma delimitação negativa (o que não adentra ao conceito, caracterizando-se como perturbação, outra, da prestação), as suas classificações, bem como os seus efeitos jurídicos. E, por fim, tem por objetivo responder se o devedor desonera-se da obrigação de cumprimento da prestação; se há de, sobre essa, reparar dano; assim como, acerca dos negócios jurídicos bilaterais, em que situação fica a contraprestação – trata-se, aqui, em síntese, de uma análise sobre a distribuição de riscos decorrentes da impossibilidade.

Palavras-Chave: Extinção das Obrigações. Forma Não-Satisfativa de Extinção. Perturbação da Prestação. Impossibilidade Superveniente da Prestação. Prestação Impossível.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

¹ Mestre em Direito pela UFRGS. Advogada.

² Doutora em Direito pela UFRGS. Professora da Graduação da UFRGS e do Mestrado em Direito e Sociedade da Universidade La Salle. Magistrada do TJRS/Brasil.



Lembra-se, a presente investigação, sobre a temática da doutrina da impossibilidade superveniente das prestações, conteúdo pertencente ao ramo do Direito Obrigacional.³ Por meio de pesquisa de tipo bibliográfica – mediante exame da dogmática fundamentalmente desenvolvida pelas doutrinas do Direito alemão, português e brasileiro do Século XX –, analisa-se a definição da impossibilidade superveniente, diferenciando-a, inicialmente, da originária, uma vez que a primeira dá-se no plano da eficácia do negócio jurídico, enquanto a segunda não alcança o plano da validade; as características, a fim de diferenciá-la de formas, outras, de perturbações à prestação no momento de desenvolvimento do vínculo obrigacional: enquanto as primeiras, não raro, encaminham-se à modificação do vínculo, a impossibilidade figura como uma das formas não-satisfativas de extinção da obrigação. Diferencia-se, também, de outra forma de extinção: que é a do inadimplemento contratual.

Passo seguinte, a fim de alcançar a essência de uma prestação *verdadeiramente* impossível – a qual se diferencia às dificuldades de um efetivo cumprimento da prestação por obstáculos que se põem ao devedor após a conclusão e antes da execução do crédito (na maior parte das vezes, como uma dificuldade de natureza econômica) –, foram traçadas as classificações da impossibilidade, costurando uma linha entre o conteúdo daquelas que preenchem os pressupostos para a sua incidência. Para além das situações de classificação tradicionais (absoluta ou relativa, objetiva ou subjetiva, definitiva ou temporária, total ou parcial), acrescentou-se uma via contemporaneamente delineada: a que trata sobre a perspectiva de uma impossibilidade moral.

Por fim, dedica-se o estudo a uma análise sobre os seus

³ Iniciativa, desenvolvimento e diálogos sobre o presente estudo ocorreu no decorrer de estágio de docência, no semestre de 2018/2, na disciplina de Direito das Obrigações da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Estado do Rio Grande do Sul (UFRGS), sob titularidade de Maria Cláudia Cachapuz.

respectivos efeitos jurídicos no decorrer do vínculo obrigacional. Na medida em que situada no plano da eficácia do negócio jurídico, como uma das formas de extinção do vínculo, importa, aqui, uma necessária consideração sobre a atribuição de riscos às partes – ou seja, saber quem suporta o prejuízo decorrente da impossibilidade.

CONCEITO E CARACTERÍSTICAS PARA DELIMITAÇÃO DA ESFERA DE APLICABILIDADE

Na língua portuguesa, consoante o Dicionário Houaiss, *impossibilidade* significa a “qualidade ou caráter de *impossível*”; *impossível* é “que ou o que não pode ser, existir ou acontecer”.⁴ É, para o Dicionário Aurélio, o “que não tem possibilidade” ou que é “irrealizável”.⁵ De tais sentidos, não destoam, a expressão, no Direito das Obrigações. Impossível, nas palavras de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, é a prestação que, no curso do desenvolvimento da relação obrigacional, encontra um *obstáculo invencível*, o qual impede, o devedor, de cumpri-la.⁶ É, segundo Antunes Varela, a prestação que, inicialmente possível, torna-se de realização *inviável*.⁷ Não pode, simplesmente, o devedor *cumpri-la*, por circunstância não a ele imputável, consoante Karl Larenz.⁸

⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1. Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p. 1055.

⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Coord. e Ed. por Marina Baird Ferreira e Margarida dos Anjos. 5. Ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 1132.

⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 96.

⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 67; MENEZES CORDEIRO, Antônio. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 169.

⁸ LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de

Não há, de tal modo, como confundir ou aceitar seja tratada uma dificuldade (*difficultas praestandi*), ainda que excessiva, ou onerosidade, não obstante extraordinária – de ordem econômica ou pessoal – na realização da prestação pela doutrina da impossibilidade.⁹ Acrescenta, Westermann, que “as circunstâncias que dificultam a prestação do devedor possivelmente não pesam menos para o credor”.¹⁰ Logo, segundo o jurista, à perspectiva do Direito alemão, “ao contrário da aplicação do conceito de impossibilidade, que em suas consequências jurídicas é rígida, a figura da supressão da base negocial permite adaptar o contrato à situação alterada”.¹¹

Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 304. Também, nesse sentido, WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 62.

⁹ Nesse sentido, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12. Ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 1075; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 68; MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 348; WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 60-61. Registra-se que a base para uma consideração da impossibilidade econômica como fonte de extinção do vínculo obrigacional partiria de um exame jusfilosófico da ideia de impossibilidade associada ao princípio da boa-fé. Anota MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984, p. 11/1002, em referência ao trabalho realizado por Titze, que o estudo da impossibilidade foi desenvolvido por esse autor a partir da contraposição de dois entendimentos, um lógico, outro jurídico e filosófico. Assim: “Na lógica, é impossível o que não possa, por necessidade, acontecer; jusfilosoficamente, porém, o conceito é mais amplo: é impossível o que, segundo 242 do BGB, não possa, de modo *équo*, ser exigido ao devedor. Os limites entre a possibilidade e a impossibilidade jurídicas seriam, assim, fluídos, dependendo da boa fé.”

¹⁰ WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 60.

¹¹ WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 60. Para um estudo aprofundado a respeito do tema, indica-se a leitura, especialmente, de LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Rev. de Derecho Privado, 1956. Para um panorama, por sua vez, da referida evolução, a flexibilizar o dogma do *pacta sunt servanda* nos tempos de guerra

Entre a formação do vínculo e o seu satisfativo adimplemento, assim, podem ocorrer, no momento do desenvolvimento, perturbações à prestação.¹² Entre essas, encontra-se aquela que, pelos seus contornos, perfaz-se como uma impossibilidade; objeto deste estudo. Outras, a critério ilustrativo, encaminhar-se-ão a uma situação de revisão, para melhor adequar os efeitos jurídicos à situação concreta.¹³ Isto é: apenas uma efetiva impossibilidade da prestação há de ser reconhecida como uma forma de extinção do vínculo;¹⁴ situações, outras, que a agravem, mas não tenham a aptidão de impossibilitar o seu cumprimento, há de serem resolvidas pelo caminho de uma modificação do

e de inflação, o texto “Influência da inflação nos contratos”, a consubstanciar o Capítulo XII, às p. 142 a 157, de GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. E, também, sobre a revisão, FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Revisão de contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo*: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 379-380.

¹² WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 58.

¹³ Narra, FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos*: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 138-139, sobre a revisão judicial dos contratos, fazendo incluir como causa de reexame da relação obrigacional a quebra da base objetiva do negócio jurídico nas palavras do referido jurista: “Pode-se ter, fundamentalmente, duas formas de afetação que atingem a base. Uma diz respeito à impraticabilidade do pactuado. Quer-se dizer, se o acontecimento superveniente tornar a obrigação impraticável, haverá quebra da base (aqui se trata de impossibilidade relativa, porque a impossibilidade absoluta não é cogitação deste trabalho). Esta impraticabilidade diz respeito ao desequilíbrio que economicamente se trará para uma das partes que ainda pode cumprir, mas, para tanto, demandará um esforço que poderá acarretar sérios danos ao patrimônio, tornando-se impossível, de boa-fé, exigir-se o cumprimento. (...) Outra forma que afeta a prestação, frustrando-a na sua finalidade, é a perda de utilidade para uma das partes que não terá mais razão para cumprir, eis que o fim que a moveu na contratação desapareceu. Aqui, a obrigação é totalmente possível, apenas que inócua. Pode ser que até mesmo inexistia onerosidade ou vantagem excessiva.”

¹⁴ DEL RÍO, José Manuel Lete. *Derecho de obligaciones*: la relación obligatoria en general. Vol. 1. 3. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 187.

vínculo.¹⁵ Para Menezes Cordeiro, “a razão de fundo é a seguinte: admitir-se a extinção da obrigação por simples agravamento da prestação equivaleria à instalação de certa incerteza nas relações obrigacionais”.¹⁶ Se o cumprimento da prestação sofrer um obstáculo de natureza econômica, compreende-se que esse não diz respeito a uma impossibilidade, mas, sim, a uma dificuldade,¹⁷ encaminhando a sua análise a doutrina outra, como, a critério ilustrativo, a da onerosidade excessiva da prestação. O obstáculo apto a tornar determinada prestação impossível pode ser de origem natural (caso fortuito ou força maior) ou humana (por conduta do credor, do devedor ou de terceiro), as duas a provocarem a impossibilidade física do objeto da prestação; ou, diferentemente, poderá ser de ordem jurídica a sua causa.¹⁸

Está-se, neste estudo, a tratar, especificamente, sobre a impossibilidade *superveniente* da prestação. O obstáculo que se põe entre a prestação e o seu adimplemento ocorre, pois, *após* a

¹⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 174-175.

¹⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 175.

¹⁷ Posiciona-se, nesse sentido, ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 69. Também, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 99; e WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 60-61.

¹⁸ Menciona, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 96, as duas primeiras (natural e jurídica); para além delas, ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 67, acrescenta a última (a humana). Também, COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 98-99. Consoante observa WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133, por vezes, “(...) más que imposibilidad jurídica, hay ilicitud, pues lo que quiere es introducir en el tráfico un objeto o una prestación no permitidos por el ordenamiento.”

constituição do vínculo obrigacional.¹⁹ Logo, no momento da formação da obrigação, era, a prestação, possível; portanto, válido o negócio jurídico.²⁰ Não se confunde com o obstáculo que se coloca no início – no momento da formação do vínculo.²¹ Esta segunda situação corresponde à impossibilidade *originária* do objeto da prestação, a qual encontra tratamento jurídico distinto ao da impossibilidade superveniente.²²

Para fins de delimitação negativa deste estudo, importa, sumariamente, acrescentar algumas considerações sobre a impossibilidade originária da prestação: esta diz respeito tão-só ao seu objeto mediato;²³ ele há de ser, para adquirir *validade*, desde

¹⁹ Tratada por MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 330; PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial: Tomo XXV. Direito das Obrigações: Extinção das Obrigações. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 287-292; WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 62.

²⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 169; WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133.

²¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 98; WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p.133. Adverte, MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 169, que “exceptuam-se, apenas, as hipóteses de a impossibilidade inicial ser meramente temporária ou subjetiva: a obrigação constituiu-se, para as hipóteses de desaparecer a impossibilidade ou vir, a prestação, a ser satisfeita por terceiro”.

²² Segundo ensina MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 330, “Ao longo da evolução subsequente, ambas as ‘impossibilidades’ foram mantidas em separado, até à aproximação, primeiro linguística e, depois, dogmática, levada a cabo pelo pandectismo. (...) O Código Civil acolheu essa tradição. Usa o termo impossibilidade para ambas as realidades, mas dá-lhes diversas posições sistemáticas.”

²³ Cumpre registrar que a impossibilidade originária, diferentemente do que se dá na impossibilidade superveniente (como se verá adiante), apenas há de atingir o objeto da prestação, consoante o teor do artigo 104 do Código Civil brasileiro, o qual determina, para que exista a validade do negócio jurídico, a sua *possibilidade*. Não há de

a *formação* do vínculo entre as partes, *possível*.²⁴ Se, nessas condições, impossível revelar-se o objeto, tornar-se-á, a prestação, *originariamente impossível*, a não poder ser realizável por qualquer sujeito, portanto não constituída, de forma a desencadear a *nulidade* do negócio jurídico.²⁵ Nessa medida, além de qualquer das partes poder exigir, da outra, a realização da prestação, não cabe, também, nesse plano, reparação de dano.²⁶

se dizer que poderá haver uma impossibilidade no que diz respeito ao sujeito da relação obrigacional – uma impossibilidade subjetiva – na originária; aqui, o que poderá tornar inválido o negócio jurídico é, sim, a *incapacidade* do devedor. Pode-se, nesse sentido, extrair do teor do artigo 104, inciso I, do Código Civil brasileiro de 2002: “A validade do negócio jurídico requer: I - agente *capaz*; (...)”. Doutrinariamente, a respeito: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 97; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 100-101, contextualizado à realidade do Código Civil brasileiro de 1916, o qual representava o teor do artigo 166, inciso II; e, LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 300-301.

²⁴ É, assim, o teor do artigo 104 do Código Civil brasileiro de 2002, segundo o qual “A validade do negócio jurídico requer: (...) II - objeto lícito, *possível*, determinado ou determinável; (...)”. Nesse sentido, porém direcionado à perspectiva do Direito alemão, LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 300-301; MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 169.

²⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 97; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 66; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 99-101; MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 169; PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial: Tomo XXV. Direito das Obrigações: Extinção das Obrigações. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 283; WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133; WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 65.

²⁶ WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 65.

Diferentemente do que se dá na originária, a impossibilidade superveniente poderá alcançar não apenas o objeto mediato da prestação, no caso das obrigações de dar e de restituir (com exceção das obrigações *genéricas*,²⁷ pois, de acordo com o brocardo *genus nunquam perit*, o gênero nunca perece;²⁸ e, via de regra, das *alternativas*, apenas tornando-se impossíveis, estas últimas, quando *todos* os objetos da prestação alternativa tornarem-se impossíveis),²⁹ mas, também, o sujeito devedor da prestação, no caso das obrigações de fazer. E, neste último, apenas tornará a prestação verdadeiramente impossível quando se tratar

²⁷ Advertem ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, na nota de rodapé da p. 67; PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial: Tomo XXV. Direito das Obrigações: Extinção das Obrigações. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 287; e, WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 37. Ensina, MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 339, que “a obrigação diz-se genérica quando postule uma prestação determinada apenas pelo gênero e por uma determinada medida (...). E, assim, perante uma obrigação genérica se, antes da concentração, operasse o desaparecimento das coisas com as quais o devedor se propunha a cumprir, a obrigação manter-se-ia: caberia, ao devedor, entregar outras e equivalentes coisas, do mesmo gênero”. Nesse sentido, também, LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 309, segundo o qual, “El deudor en la obligación genérica no queda liberado de su prestación por el hecho de haber perecido por caso fortuito aquellas cosas pertenecientes al género de las adeudadas que tenía en su almacén o aquellas que precisamente quería entregar. En tal supuesto ha de proporcionarse otras cosas del mismo género – la deuda genérica es, por ello, una obligación – y no puede a este respecto invocar su imposibilidad eventual (...).”

²⁸ Todavia, adverte WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 63, que “O ajuste de uma obrigação genérica, na verdade, amplia o círculo de obrigações do devedor, porém não carrega nele o risco todo. Ele fica liberado se também o fornecimento de coisas do gênero se torna impossível.”

²⁹ Observam MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 339; e, PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial: Tomo XXV. Direito das Obrigações: Extinção das Obrigações. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 287.

de uma atividade a não poder ser realizada senão pelo próprio devedor; assim, na qualidade de uma obrigação personalíssima (*intuitu personae*).

Sob a referida perspectiva, na medida em que o ato tornasse válido em momento anterior – assim, no da constituição do vínculo – não há mais de se falar na nulidade do negócio jurídico como efeito da impossibilidade superveniente da prestação. Consoante Menezes Cordeiro, “adotar uma conduta impossível é visceralmente diferente de optar por uma possível que, por superveniências não imputáveis, venha a ser impossibilitada. O Direito veda a primeira hipótese, mas deve aceitar a segunda, regulando-a”.³⁰

CLASSIFICAÇÕES DAS IMPOSSIBILIDADES

A doutrina enuncia quatro classificações acerca da impossibilidade. A primeira tem como critério estabelecer se a prestação é impossível ou apenas uma dificuldade no exercício de seu cumprimento – assim, se é, respectivamente, *absoluta* ou *relativa*. A segunda tem como critério verificar em que se situa a impossibilidade, se no objeto ou no sujeito a prestá-la; e, por sua vez, se no sujeito a prestá-la, se este pode vir a ser substituído por outrem, de maneira a contornar a inicial impossibilidade manifestada – aqui, pois, se é, na ordem, *objetiva* ou *subjetiva*.

Na sequência, a terceira apresenta, como critério, uma investigação sobre se a impossibilidade objetiva ou subjetiva encontrada há de ser considerada definitiva ou temporária; e, por fim, se essa impossibilidade atinge, no caso concreto, a integralidade da prestação ou apenas uma parte de sua extensão. Adianta-se, por ora, que a doutrina da impossibilidade da prestação, objeto do presente estudo, na sua essência, alcança as seguintes classificações: há de ser *absoluta*, *objetiva*, *subjetiva* (esta

³⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 332.

apenas quando a obrigação caracterizar-se como *intuitu personae*), *definitiva*, *total* ou *parcial*.

A *impossibilidade absoluta* consiste naquela prestação que não pode ser realizada – trata-se, pois, de prestação *impossível*.³¹ Nas palavras de Wayar, “insalvable”.³² Não basta, aqui, que haja uma dificuldade no cumprimento da prestação: A impossibilidade há de ser material – física ou jurídica.³³ Não importa, nesse sentido, o contexto em que aquela se encontra inserida. Independentemente desse, e da vontade das partes, a prestação não há como ser realizada por qualquer pessoa; não há como, pois, ter substituído o objeto, nem o devedor que a deveria cumprir.³⁴ É possível concluir que a doutrina da impossibilidade das prestações, em essência, reveste-se sob o referido conteúdo. Apenas há de ser considerada verdadeiramente impossível a prestação quando esta se tornar absoluta.³⁵ Nas palavras de

³¹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 98; MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 344.

³² WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133.

³³ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 68; WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 62.

³⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 97 e 99; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 98; MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 344; MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 175; WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133.

³⁵ WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133. Crítica a referida expressão – qual seja, “impossibilidade absoluta” – BETTI, Emílio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Trad. José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 125, a qual cumpre registrar: “Aquí queremos destacar, una vez más, que esta terminología no es demasiado precisa. Calificar la imposibilidad como ‘absoluta’ es incluso una hipóbole absurda: el reino del Derecho es esencialmente el reino de lo relativo; la

Menezes Cordeiro, “à partida, apenas a impossibilidade absoluta não-imputável ao devedor seria liberatória”.³⁶

Relativa, por sua vez, é a prestação que – não sendo absolutamente impossível – ainda pode ser realizada se alterado o seu aspecto subjetivo.³⁷ Isto é, a prestação que, em seu objeto mediato, revela-se possível. O que a torna impossível é o devedor que, por alguma razão, não pode prestá-la.³⁸ Se se altera o polo passivo, ganhando, outro sujeito, a posição de devedor na relação obrigacional, a relatividade que provoca a impossibilidade da prestação esvazia-se: torna-se, o vínculo, exequível. Nesse passo, extrai-se, da referida classificação, que a relatividade não se trata, verdadeiramente, de uma *impossibilidade*, isso porque a prestação ainda pode ser realizada por outrem, o qual adentra na relação obrigacional no lugar do originário devedor. Cumpre registrar, aqui, que a mera dificuldade econômica na realização da prestação pelo devedor (a *difficultas praestandi*) não configura sequer hipótese de impossibilidade relativa.³⁹

Imprescindível, para a compreensão da classificação anterior, é o conhecimento da classificação entre a ideia de uma

imposibilidad debe entenderse como relativa en cuanto que siempre se hace referencia al tipo de relación obligatoria de que se trata y al típico compromiso de cooperación que reclama esa relación. Y para comprenderlo así basta tener presente que la prestación debida en los varios tipos de relación puede ser diversa y reclama un esfuerzo de cooperación distinto”.

³⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 344.

³⁷ WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133.

³⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 97; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 98; MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 176.

³⁹ Frisam, nesse sentido, AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 99; WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 62.

impossibilidade objetiva e de uma *impossibilidade subjetiva*. Trata-se do local da impossibilidade: se no objeto da prestação ou no devedor desta; ou, ainda, se em ambos.⁴⁰

Objetiva, primeiramente, tem-se como a impossibilidade que atinge o objeto mediato – leia-se, o conteúdo da prestação – de uma determinada relação jurídica obrigacional.⁴¹ Em que pese o devedor ainda possa cumpri-la e o credor ainda possa recebê-la, o objeto, em si, torna-se impossível de ser prestado – por questões naturais e físicas, como em caso de extravio ou perecimento; ou por questões normativas e institucionais.⁴² Na impossibilidade objetiva, a inviabilidade do cumprimento da prestação alcança a todos – não importa quem se posicione como devedor da obrigação.⁴³ Nas palavras de Betti, trata-se da “imposibilidad que ningún miembro de la comunidad habría podido obviar si se encontrara en la situación de hecho del deudor, en relación con aquel típico compromiso de cooperación”.⁴⁴ Por seu conteúdo, essa classificação remete às obrigações de dar e de restituir.⁴⁵

É lógico dizer, portanto, que as obrigações genéricas (definidas apenas pelo gênero e pela quantidade) não podem ser consideradas de impossível prestabilidade. Nesse sentido, *genus nunquam perit*.⁴⁶ Assim porque são de natureza fungível. Na medida em que impossível determinado objeto da prestação, o

⁴⁰ DEL RÍO, José Manuel Lete. *Derecho de obligaciones*: la relación obligatoria en general. Vol. 1. 3. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 187.

⁴¹ BETTI, Emílio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Trad. José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 124-125.

⁴² BETTI, Emílio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Trad. José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 49.

⁴³ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 67-68.

⁴⁴ BETTI, Emílio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Trad. José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 124-125.

⁴⁵ Acerca do referido conteúdo – especialmente no tocante à distribuição do risco da impossibilidade da prestação – dedica-se a parte segunda do presente estudo.

⁴⁶ DEL RÍO, José Manuel Lete. *Derecho de obligaciones*: la relación obligatoria en general. Vol. 1. 3. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 187.

devedor há de substituí-lo por outro objeto de mesmo gênero e de mesma quantidade para cumpri-la, plenamente, ao credor. Da mesma forma, as obrigações alternativas não podem ser consideradas de impossível prestabilidade. Há, ao devedor, a possibilidade de prestar mais de um objeto mediato: na ausência de um, terá, ele, de realizar o cumprimento da prestação por outro. Aqui, a obrigação alternativa somente tornar-se-á impossível se a totalidade dos objetos da prestação nessa medida transformarem-se, impossibilitando a concretização de qualquer deles pelo devedor.

Por sua vez, subjetiva diz respeito à impossibilidade que atinge o sujeito passivo da relação jurídica obrigacional – o devedor.⁴⁷ Ocorre quando o devedor torna-se supervenientemente impossibilitado de cumprir a prestação, ainda que possível encontre-se o respectivo objeto mediato do vínculo. Importam, aqui, nessa medida, as obrigações de fazer.⁴⁸ Via de regra, a impossibilidade de o devedor originário da relação jurídica obrigacional cumprir a prestação avençada configura uma impossibilidade relativa da prestação – não há, pois, uma verdadeira impossibilidade, mas, sim, uma impossibilidade de o devedor originário prestá-la.⁴⁹ Isso porque é possível, sem prejuízo ao credor, que aquele torne-se substituído por terceiro, de modo que a referida circunstância desenhe uma dificuldade, a qual não alcança a doutrina ora objeto deste estudo.

Apenas existirá a impossibilidade subjetiva, a adentrar na classificação das impossibilidades absolutas, se a obrigação

⁴⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 68. Exemplifica, nesse sentido, o jurista português: “(...) pintor que se obrigou a fazer o retrato do filho do credor e entretanto cegou; o operário que perdeu os braços no acidente etc.”. Também, BETTI, Emílio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Trad. José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969, p. 124.

⁴⁸ DEL RÍO, José Manuel Lete. *Derecho de obligaciones: la relación obligatória en general*. Vol. 1. 3. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 187.

⁴⁹ WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133.

caracterizar-se na qualidade de *intuitu personae*. Pressupõe-se, aqui, um vínculo de confiança do credor em relação a um devedor específico, seja por estipulação das partes ou por disposição da lei; somente esse pode cumprir a prestação. O vínculo constituiu-se tão-somente em razão de a obrigação de fazer ser exercida pelo devedor originário: é, assim, essa, de caráter infungível.⁵⁰ Conforme Almeida Costa, “à impossibilidade objetiva se equipara a mera impossibilidade subjetiva, caso o devedor não possa fazer-se substituir por terceiro no cumprimento da obrigação”.⁵¹ Nesse caso, importará na extinção da obrigação, se sem culpa do devedor a causa da impossibilidade.⁵² E, complementar a referida ideia, sintetiza Antunes Varela: “se, pelo contrário, a prestação for fungível, só a impossibilidade objetiva constitui causa extintiva do vínculo”.⁵³

Uma terceira classificação aborda o tempo da impossibilidade, podendo se traduzir como definitiva ou temporária. Apenas a primeira diz respeito, efetivamente, à doutrina da impossibilidade das prestações. Se temporária, a impossibilidade superveniente de determinada prestação – ainda que no curso do desenvolvimento do vínculo – é possível se pressupor que ainda há como cumprir a obrigação, podendo apenas se pressupor a oportunidade de um congelamento provisório da prestação. Como ensina Menezes Cordeiro, “a impossibilidade temporária nada tem, naturalmente, a ver com a subsistência da obrigação: apenas releva para efeitos de mora”. Algo muito próximo dos efeitos normativamente previstos pelos arts. 476 e 477 do CC brasileiro.⁵⁴ Em verdade, a impossibilidade superveniente transitória

⁵⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 72.

⁵¹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das obrigações*. 12. Ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 1076.

⁵² ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 72.

⁵³ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 72.

⁵⁴ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume.

da prestação não tem o condão de extinguir o vínculo, mas de tão-somente alterá-lo de modo a adequar o seu conteúdo para alcançar, na medida do possível, a satisfação aos interesses do credor.⁵⁵ É que, aqui, em que pese não satisfeita, permanece existindo o interesse do credor em sua realização.

Se definitiva a impossibilidade da prestação, então se está a tratar, especificamente, de situação que adentra ao regime jurídico de impossibilidade superveniente das prestações.⁵⁶ Definitiva, nessa medida, é a impossibilidade da prestação que não mais converter-se-á em possível, inclusive para os fins normativos do art. 475, primeira parte, por inutilidade a prestação ao credor.⁵⁷

A PERSPECTIVA DE UMA IMPOSSIBILIDADE MORAL

A base de uma impossibilidade moral corresponde a um aparente conflito de tutela de bens jurídicos determinada pelo próprio ordenamento jurídico. Ou seja, busca-se responder à indagação de como se faz possível cumprir determinada obrigação, imposta pela própria lei ou por contrato, quando se apresenta como requisito desse cumprimento a violação dos deveres morais ou de deveres jurídicos.⁵⁸

A hipótese foi discutida na jurisprudência portuguesa por efeito do julgamento do caso *Arsenal do Alfeite v. União Eléctrica Portuguesa*. O acórdão data de 1944, mas se impõe em

Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 176.

⁵⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 177.

⁵⁶ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 176.

⁵⁷ WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 511.

⁵⁸ Ou, no dizer de MENEZES CORDEIRO, António. *Estudos de Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 109, “(...) como poderia ser juridicamente possível, para a lei, o sacrificar interesses superiores que ela mesma empenha-se em tutelar a todo custo?”.

importância ante a contemporaneidade do tema proposto e do enfoque trabalhado atualmente pela doutrina.⁵⁹

No caso levado a julgamento pelo Tribunal Arbitral português, em 30 de maio de 1944, tratava-se de um contrato de fornecimento de energia elétrica estabelecido entre uma sociedade fabril do Estado, o Arsenal do Alfeite, e a União Elétrica Portuguesa, concessionária de produção e distribuição de energia elétrica da cidade em que se localizava a sociedade comercial. Nesse contrato, comprometia-se, a concessionária, a fornecer energia elétrica regularmente. Para o caso de ocorrer uma interrupção do serviço, havia no contrato a cláusula penal específica, determinando que a concessionária deveria pagar, para cada hora de interrupção não motivada por um caso fortuito ou força maior, um valor previamente estabelecido pelos contratantes. O próprio contrato estabelecia as hipóteses de infortúnio que liberariam a concessionária de energia do pagamento da cláusula penal. Em determinado momento do fornecimento de energia, todavia, uma das caldeiras de processamento do carvão – utilizada para a produção de energia – sofreu avarias decorrentes da utilização de carvão português no lugar de carvão importado. A troca de matéria-prima, que gerou o problema técnico, deveu-se a dificuldades econômicas de importação do produto, em face dos problemas oriundos da Segunda Guerra Mundial. Com uma caldeira apenas em trabalho regular de produção, viu-se a concessionária obrigada a reduzir a potência fornecida à sua clientela industrial, de forma a proporcionar um verdadeiro rateio, entre os consumidores, da energia disponível. A diminuição na produção e no fornecimento de energia afetou de forma direta a produção do Arsenal do Alfeite, o qual cobrou em juízo a indenização pelos prejuízos suportados.

A solução reproduzida no acórdão buscou fundamento

⁵⁹ O exemplo jurisprudencial é exaustivamente explorado por MENEZES CORDEIRO, António. *Estudos de Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 100 a 114.

no princípio do tratamento igualitário ao cumprimento das obrigações. De fato, no exemplo observado, difícil fazia-se o reconhecimento dos pressupostos de aplicação da doutrina da impossibilidade das prestações, uma vez que a concessionária não se via impedida de fornecer ao Arsenal toda a energia a que se obrigara.⁶⁰ A decisão proferida partiu, então, da percepção de que o cumprimento das obrigações contraídas pela concessionária de energia elétrica junto ao Arsenal do Alfeite impunha um sacrifício em relação a outros usuários do serviço.⁶¹ Na decisão, há o argumento de que não se poderia decidir de forma injusta, devendo ser possibilitado à concessionária violar certos deveres jurídicos para dar tratamento preferencial a outros deveres de mesma hierarquia jurídica. Com base em um evidente sentimento valorativo, buscou, a decisão, fundamento num princípio jurídico que obrigasse ao tratamento igualitário das pessoas, designadamente no que toca ao cumprimento das obrigações. E isso porque reconhecida uma impossibilidade parcial de cumprimento por parte da concessionária, em razão das circunstâncias fortuitas. Com base em vetores como o de boa-fé objetiva aplicado a uma necessidade de manutenção de um equilíbrio no sistema econômico da época, compreendeu-se não ser possível à concessionária, licitamente, cumprir por inteiro suas obrigações com relação ao Arsenal. Seria fator de discriminação relativamente aos demais consumidores de energia elétrica, a ponto de tornar o cumprimento da obrigação prevista em contrato moralmente impossível.

Analisados, enfim, os pressupostos de configuração da impossibilidade de cumprimento das obrigações, resta conduzir o estudo ao exame dos riscos decorrentes da extinção das obrigações pelo reconhecimento da existência desta impossibilidade.

⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, António. *Estudos de Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p.104.

⁶¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Estudos de Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 109.

A EXTINÇÃO DO VÍNCULO E A DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS ENTRE CREDOR E DEVEDOR

Pertence, esta análise, no tocante à dogmática da doutrina da impossibilidade superveniente das prestações, no plano da *eficácia* do negócio jurídico.⁶² O efeito primordial da impossibilidade superveniente das prestações é o da extinção do vínculo obrigacional com a liberação ou a exoneração do devedor, sem ter, este, de arcar com eventuais indenizações por perdas e danos.⁶³ O que faz a lei, nesse sentido, é, independentemente de

⁶² BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 9. Ed. Rev. e Atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1957, p. 120; MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 170; WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133.

⁶³ Enfatiza PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial: Tomo XXV. Direito das Obrigações: Extinção das Obrigações. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 287. Consoante AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 99, “A impossibilidade superveniente inimputável libera o devedor e o desonera de reparar os prejuízos, pois inexistente mora de sua parte (art. 396 do Código Civil), razão pela qual não cabe ao credor o direito de invocar o art. 475 do Código Civil para resolver a relação e pleitear a indenização. Há extinção *ipso jure*.” Em termos semelhantes, também, mas no contexto do Direito português, ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12. Ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 1077; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 66 e, novamente, na p. 81; BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 9. Ed. Rev. e Atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1957, p. 120; DEL RÍO, José Manuel Lete. *Derecho de obligaciones: la relación obligatoria en general*. Vol. 1. 3. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 187; MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 170; MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 330. E, no Direito alemão, LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 304-305; WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133; WESTERMANN, Harm Peter.

sentença constitutiva, tornar sem eficácia uma obrigação válida.⁶⁴

De maneira categórica, dispôs Menezes Cordeiro: “para que a impossibilidade superveniente da prestação acarrete, efetivamente, a extinção da obrigação, requer-se que se trate de impossibilidade efetiva, absoluta e definitiva”,⁶⁵ nos moldes das classificações anteriormente delineadas. De maneira semelhante, a complementar, Wayar: “para que una obligación se extinga por imposibilidad de cumplimiento, ésta debe ser absoluta, definitiva, sobreviniente e inimputable”.⁶⁶

Desencadeiam-se, tais efeitos, quando a impossibilidade surgir de fato do credor ou de terceiro, por força natural (caso fortuito ou força maior) ou por força jurídica.⁶⁷ Estas adentram a duas possibilidades: a primeira, em que a impossibilidade manifesta-se fática ou fisicamente, consoante as leis da natureza; e, a segunda, em que a possibilidade, em que pese fática ou fisicamente possível, torna-se impossível pelo estado dos conhecimentos científicos ou técnicos.⁶⁸ Nesse segundo caso, no mais

Código Civil Alemão. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 62.

⁶⁴ De tal modo ensina AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Aide, 2004, p. 102. Importa anotar que a referida premissa corresponde ao teor do artigo 396 do Código Civil brasileiro de 2002, o qual estabelece que “Não havendo fato ou omissão imputável ao devedor, não incorre este em mora.”

⁶⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 174.

⁶⁶ WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 511.

⁶⁷ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 81; DEL RÍO, José Manuel Lete. *Derecho de obligaciones: la relación obligatória en general*. Vol. 1. 3. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 187; WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133; também, em parte, analisado por PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial: Tomo XXV. Direito das Obrigações: Extinção das Obrigações. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 287-288, especificamente no que diz respeito à impossibilidade da prestação por culpa do credor.

⁶⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro:

das vezes, manifesta-se, essa, pela impossibilidade jurídica: não há de ser realizada a prestação do vínculo por razões legais.⁶⁹

É claro que o panorama anteriormente delineado apenas configurar-se-á na hipótese em que o devedor, em relação à impossibilidade, não seja o responsável (leia-se, não seja a ele imputável a culpa) pelo seu desencadeamento.⁷⁰ Princípio supremo da imputação – ao menos para os pressupostos da impossibilidade normatizados no CC brasileiro –, consoante ensina Westermann, é o da culpabilidade.⁷¹ É, segundo esse, que terá, o devedor, de, com a extinção do vínculo pela impossibilidade, dever indenizar, ou não, a outra parte.⁷² Dessa forma, compreende-se

Editora FGV, 2006, p. 100; MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 333-334. Acrescenta, MENEZES CORDEIRO, António, agora na obra *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 175, a seguinte observação: “A impossibilidade da prestação, nomeadamente quando seja física, não deve ser apreciada em termos estritamente matemáticos, mas antes em termos sociais. Uma prestação é efetivamente impossível quando, como tal, seja considerada pelo sentir geral da sociedade; isso não obstante a existência de alguma possibilidade, em termos estritamente técnicos ou científicos”.

⁶⁹ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 100; MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 334.

⁷⁰ BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 9. Ed. Rev. e Atual. por Achilles Beviláqua e Isaías Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1957, p. 120; DEL RÍO, José Manuel Lete. *Derecho de obligaciones: la relación obligatoria en general*. Vol. 1. 3. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995, p. 187; WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 62.

⁷¹ WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 70. Segundo WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 511, “Esta conducta (objetivamente considerada) debe ser completamente extraña a la voluntad del agente; de lo contrario, si se observa que procedió con culpa o faltando a la buena fe, caerá sobre él todo el peso del ordenamiento jurídico, sancionándolo con el deber de resarcir al perjudicado.”

⁷² “Na medida em que a antijuridicidade depende da existência de uma infração obrigacional relaciona-se com o requisito da culpa como segue: em princípio, o devedor só responde quando a infração da obrigação lhe serve de recriminação pessoal, porque a cometeu intencionalmente ou porque, por um direcionamento errado e imputável de sua conduta, não a impediu.” (WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*.

que é quando a superveniente impossibilidade do objeto mediato da prestação dá-se por fato imputável ao credor ou por caso fortuito ou de força maior.⁷³ As legislações não optam por tratar, especificamente, sobre cada uma dessas causas, mas, sim, escolhem abrangê-las sob o manto de um enfoque apenas: ser, ou não ser, a impossibilidade, imputável ao devedor.⁷⁴ E, em não sendo, adentram ao presente regime jurídico.

Como a culpa não mais se traduziria, pelo CC brasileiro, como pressuposto relevante para a mora⁷⁵, a impossibilidade decorrente de uma transformação da simples mora em resolução, por força do art. 475 do CC, poderia se traduzir numa situação contemporânea em que, excepcionalmente, a solução resolutória não mais seria alcançada mediante a aferição de culpabilidade. Não, ao menos, em razão de sua causa justificadora inicial.

O tratamento jurídico da impossibilidade por equiparação corresponderá, pois, – quando imputável ao devedor – aos

Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 71). Também, WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990, p. 133.

⁷³ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 67.

⁷⁴ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12. Ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 1074. Observa, a respeito, ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 67, ser esse o posicionamento dos Códigos português, italiano, alemão, suíço e grego. Somamos, aqui, também, por critério didático, o brasileiro. Nesse sentido, PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial: Tomo XXV. Direito das Obrigações: Extinção das Obrigações. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 287-288: “Certamente, para a consequência da liberação, o que importa é apurar-se se houve, ou não, culpa do devedor. (...) Ou se considera a espécie como incluída, sem outras consequências, na figura da impossibilidade superveniente sem culpa do devedor, e o credor somente teria de responder pelo fato ilícito, ou pelo ato-fato ilícito, ou pelo ato ilícito, conforme as circunstâncias (em princípio, pelo ato ilícito); ou se lhe acentua o traço de ligação ao credor, entendendo-se que o devedor se libera, porém não, quanto à contraprestação, o credor.”

⁷⁵ Assim, como já trabalhado anteriormente, em CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A obrigação pelo discurso jurídico. A argumentação em temas de Direito Privado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2018.

efeitos do inadimplemento da relação jurídica obrigacional.⁷⁶ É possível verificar-se uma distinção nítida entre os dois institutos: enquanto a resolução preocupa-se com o retorno dos sujeitos obrigados ao momento em que constituída fez-se a relação jurídica, mesma determinação de retorno ao *status quo ante* não existe na solução imposta pelo reconhecimento de uma impossibilidade.⁷⁷ Importa, neste último, objeto deste estudo, adianta-se brevemente, marcar um fim ao vínculo obrigacional sem retorno ao momento originário da obrigação, mas se observando, conforme o caso, os riscos próprios determinados por lei às pessoas que pactuaram a prestação. A não-participação do devedor para dar causa à impossibilidade é pressuposto suplementar à verificação do impedimento no cumprimento da obrigação, relevante para a verificação dos riscos quando da extinção do vínculo obrigacional. De ressaltar, contudo, que, não sendo caso de aplicação da teoria da impossibilidade, não haveria que se falar em atribuição dos riscos.⁷⁸

A primeira distinção necessária corresponde ao contrato ser, para a análise dos riscos, unilateral ou bilateral.⁷⁹ Isto é: a

⁷⁶ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por incumprimento*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 59. Nessa esteira, pertinente reflexão de MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 170-171: “Juridicamente, pensamos, no entanto, que a impossibilidade da prestação deve ser cuidadosamente cindida do incumprimento. (...) Para que a impossibilidade da prestação provoque uma efetiva extinção da obrigação, é necessário que a mesma revista dum certo número de requisitos, para além da superveniência. Como primeiro requisito, está muito difundida a ideia de que, para a efetiva extinção da obrigação por impossibilidade superveniente da prestação, é necessário que a mesma não seja imputável ao devedor, isto é, que não tenha sido o obrigado a gerar propositadamente uma situação tal que tenha inviabilizado a conduta devida.”

⁷⁷ ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por incumprimento*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 59.

⁷⁸ Ressalta COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 122: “(...) se não se tratar de impossibilidade (impossibilidade objetiva posterior), o princípio é o da responsabilidade ainda sem culpa, porque se deixa de adimplir, sem alegar impossibilidade.”

⁷⁹ Indica, assim, COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 109.

diferença reside em que, no primeiro, torna-se envolvida apenas uma prestação; e, no segundo, ao menos duas prestações. O credor perde o seu direito de exigir a prestação, bem como qualquer indenização em relação aos prejuízos que a impossibilidade cause a ele – é sobre o polo ativo que recai o risco da impossibilidade nos contratos unilaterais.⁸⁰ Consoante Menezes Cordeiro, “o credor corre o risco de ver, a qualquer tempo, impossibilitarse, total ou parcialmente, o comportamento humano que constitui o objeto do seu direito”.⁸¹

Assim verifica-se porque a perda da prestação restringe-se à única prestação existente no vínculo obrigacional, uma vez unilateralizado; ou seja, perde, o credor, que seria o beneficiário da única prestação existente. Exemplificativamente, é o que ocorre em um contrato de doação: manifestamente estabelecido por liberalidade do doador em favor de um credor específico, se houver, em seu desenvolvimento, o desaparecimento do bem, sem culpa do devedor, quem perde é o credor. Isso porque, não obstante fique o devedor sem a propriedade do bem destruído, quem sofre a perda de uma prestação, efetivamente, é o credor, pois a seu favor é que é instituída a única prestação existente no vínculo obrigacional.⁸² Inversamente, é o que ocorre quando as obrigações caracterizam-se como genéricas. Imputa-se, a

⁸⁰ ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 81; COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 109; LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 309; MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 178.

⁸¹ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 178.

⁸² Por óbvio, o exemplo tratado é o de uma obrigação marcada por impossibilidade superveniente, pois, se inicial – ou originária – a impossibilidade, não se exime da prestação o devedor, ainda que o faça pela via indenizatória. Aqui, repete-se o brocardo romano de que “a coisa perece para o dono”. Em outras palavras: *res domino suo perit*. (MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 352).

concentração do risco da concretização da prestação, ao devedor.⁸³ Logo, nas palavras de Westermann, nesse caso, “o credor pode seguir reclamando o fornecimento de uma coisa de ‘qualidade e espécie médias’”.⁸⁴ Adverte, o jurista alemão, todavia, que fica, o devedor, liberado, “se também o fornecimento de coisas do gênero se torna impossível”.⁸⁵

Se, de outro lado, se estiver diante de um negócio jurídico bilateral, isto é, de uma obrigação com prestações recíprocas, altera-se, em relação ao unilateral, a distribuição do risco. Para Couto e Silva, o risco correrá por conta do devedor da prestação.⁸⁶ Para Menezes Cordeiro, todavia, em uma perspectiva mais abrangente, afirma que correrá, o risco, de maneira repartida, para os dois contratantes.⁸⁷ E, observa-se tal situação, tendo em vista que, existindo prestação e contraprestação, os sujeitos da relação obrigacional assumem, um frente ao outro, papéis de crédito e de débito conforme encara-se a obrigação proposta. Assim, o devedor torna-se liberado de ter de realizar a prestação, mas também se torna, o credor, desonerado de ter de realizar a contraprestação (se não houver sido, ele, a própria causa).⁸⁸

⁸³ LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958, p. 309; WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 37-38.

⁸⁴ WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 38.

⁸⁵ WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 63.

⁸⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 110.

⁸⁷ MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 179.

⁸⁸ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12. Ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 1077; ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 81, no corpo do texto e em nota de rodapé, bem como na p. 84; LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho

Invocará, ele, nesse sentido, a exceção de contrato não cumprido.⁸⁹

A ATRIBUIÇÃO DE RISCOS CONFORME O TIPO DE OBRIGAÇÃO PRESSUPOSTA

A fim de que se possa analisar a distribuição dos riscos nas diversas espécies de obrigações, torna-se imprescindível um começo de estudo pelo artigo 234 do Código Civil brasileiro, em que determinada a hipótese de extinção do vínculo obrigacional por impossibilidade superveniente, sem (primeira parte) ou com (segunda parte) culpa do devedor.⁹⁰ Prescinde-se, para o efeito liberatório, de qualquer ato resolutório prévio, operando-se de *pleno jure* a dissolução do que se fez pactuado.

A hipótese é evidente. Perdeu-se o objeto imediato da prestação, materializando-se uma impossibilidade efetiva, absoluta, definitiva, de sorte que não há como substituir a obrigação. Prejudicada encontra-se a continuidade do vínculo obrigacional,

Privado, 1958, p. 306; MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986, p. 177; MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 351. Consoante PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial: Tomo XXV. Direito das Obrigações: Extinção das Obrigações. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 287-288, “O devedor também se libera – *a fortiori* – se culpado da impossibilidade foi o credor. Mas, em tal circunstância, o credor tem de contraprestar.” E, por fim, WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armindo Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983, p. 78.

⁸⁹ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12. Ed. Coimbra: Almedina, 2018, p. 1078.

⁹⁰ Artigo 234 do Código Civil brasileiro de 2002: “Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente de condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.” No tocante ao “artigo antecedente”, mencionado pelo teor do referido artigo (234), cumpre reproduzi-lo: “Artigo 233 do Código Civil brasileiro de 2002: A obrigação de dar coisa certa abrange os acessórios dela embora não mencionados, salvo se o contrário resultar do título ou das circunstâncias do caso.”

porque o negócio jurídico ficou sem objeto, atingindo de forma direta a prestação mediata (o bem propriamente dito) e, de forma indireta, a prestação imediata (a prestação). De notar-se que, havendo culpa do devedor, não resta impedido o estudo da responsabilidade por perdas e danos por parte do devedor. Efeito, no entanto, sempre suplementar à impossibilidade, e não dela inerente.

A hipótese abrangida no artigo mencionado refere-se às obrigações em que é devida coisa certa - ou seja, um bem determinado por um processo de individualização, e não apenas considerado por gênero ou por quantidade. Caso seja incerta a coisa, não há que e falar em impossibilidade efetiva – considerada a efetividade um dos elementos necessários à identificação da impossibilidade –, na medida em que ainda existente o universo de onde se fará extraído o objeto da prestação. Por isso, inclusive, a determinação evidente do artigo 246 do Código Civil brasileiro de 2002,⁹¹ ressalvada na doutrina nacional pela expressão de que “o gênero não perece”.

Distinto, contudo, é o caso de se estipular uma obrigação com o universo de extração do objeto da prestação previamente determinado – hipótese de um gênero limitado. Assim, por exemplo, quando se pretende contrair a obrigação de dar a alguém cinquenta galinhas a serem escolhidas entre as duzentas que estiverem em determinado galinheiro. Só existirá a impossibilidade superveniente, a motivar o efeito liberatório do devedor, conforme o citado artigo 234 do Código Civil brasileiro, na medida em que todo o gênero – ou seja, as duzentas galinhas do galinheiro previamente estipulado – perecer.

Não muito distante fica a distribuição dos riscos da obrigação quando a prestação resume-se à restituição de determinado bem. Nessa hipótese, em regra, visa-se à devolução da

⁹¹ Teor do artigo 246 do Código Civil brasileiro de 2002: “Antes da escolha, não poderá o devedor alegar perda ou deterioração da coisa, ainda que por força maior ou caso fortuito.”

posse sobre uma coisa ao seu possuidor originário. A norma aplicável, todavia, é a do artigo 238 do Código Civil brasileiro, prevendo exceção à disposição geral de que o risco corre para o devedor.⁹² Não havendo culpa deste para o perecimento ou destruição do bem, a perda é sofrida pelo credor, ressalvados os direitos deste até o dia da perda.

Destaca-se, ainda, no âmbito das obrigações de dar e de restituir, a possibilidade de que haja tão-só uma deterioração do bem, com perda parcial do objeto a ser prestado. Nas obrigações de dar, o artigo 235 do Código Civil brasileiro impõe uma alternativa ao credor, sendo-lhe possibilitado resolver a obrigação ou aceitar a coisa devida com abatimento no preço.⁹³ Verifica-se a opção, porque se trata de oferecer ao credor a hipótese de analisar se existe interesse na prestação, porque parcial a entrega da coisa, definitiva torna-se a impossibilidade, autorizando, *ipso jure*, a resolução do que fora pactuado.

Diversamente das obrigações de dar e de restituir, que têm como objeto a prestação a entrega de uma coisa, as obrigações de fazer e as de não fazer têm por núcleo a prestação de um fato. Visa-se, em última análise, à prestação de uma atividade. Exemplo contemporâneo é a promessa de compra e venda, em que há comprometimento pela manifestação de vontade na conclusão de um negócio jurídico. As partes obrigam-se a transmitir uma declaração de vontade – portanto, a prestar declaração –, no sentido de que seja concluído o contrato definitivo de compra e venda.

No âmbito das obrigações de prestar um fato, nada impede que surja, por consequência, uma impossibilidade superveniente de cumprimento da prestação pactuada. Nesses casos,

⁹² Artigo 238 do Código Civil brasileiro de 2002: “Se a obrigação for de restituir coisa certa, e esta, sem culpa do devedor, se perder antes da tradição, sofrerá o credor a perda, e a obrigação se resolverá, ressalvados os seus direitos até o dia da perda.”

⁹³ Artigo 235 do Código Civil brasileiro de 2002: “Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, poderá o credor resolver a obrigação, ou aceitar a coisa, abatido do seu preço o valor que perdeu.”

contudo, importante é que se saiba distinguir os efeitos liberatórios às partes envolvidas conforme trate-se de uma obrigação de fazer de caráter personalíssimo, ou não. É o que se analisou quando verificada a necessidade de que se tenha uma impossibilidade absoluta, ou seja, quando não pode a prestação ser efetivada nem pelo devedor, nem por terceiros.⁹⁴ Frente a tal determinação, observada também na normatividade quando a obrigação de fazer tem caráter personalíssimo, em ocorrendo impossibilidade superveniente, é evidente que se impõe o efeito extintivo do negócio jurídico. Volta-se a citar a doutrina portuguesa quando esta ressalva que, na presença de obrigações infungíveis, a eventual impossibilidade relativa verificada em relação à pessoa do devedor é, desde logo, absoluta.⁹⁵ Na mesma linha, se a impossibilidade for inicial e tratar-se de obrigação personalíssima, não se pode falar de mera inaptidão, devendo considerar-se verificável a impossibilidade.⁹⁶

Análise mais detida nas obrigações de fazer, que, de regra, seguem mesmo tratamento das obrigações de prestar determinada coisa, diz respeito ao exame do requisito da relatividade da impossibilidade. A dúvida é no sentido de que, sendo possível a realização da prestação por outrem, mas não o sendo pelo devedor, se estaria este liberado de cumprimento pessoal. A leitura do artigo 249 do Código Civil brasileiro não induz a uma resposta afirmativa.⁹⁷ É que, no caso, não se verifica, totalmente, a impossibilidade superveniente, porque ainda possível de ser realizada a prestação por alguém. Há uma carência do pressuposto de que deve ser absoluta a impossibilidade, existindo quem

⁹⁴ Na análise da matéria, conferir MENEZES CORDEIRO, António. *Estudos de Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 103.

⁹⁵ MENEZES CORDEIRO, António. *Estudos de Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991, p. 103.

⁹⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 121.

⁹⁷ Artigo 249 do Código Civil brasileiro de 2002: “Se o fato puder ser executado por terceiro, será livre ao credor mandá-lo executar à custa do devedor, havendo recusa ou mora deste, sem prejuízo da indenização cabível.”

ainda possa cumprir a obrigação. Diferente, contudo, será a solução ainda que fungível a prestação do fato, quando presentes todos os requisitos para a configuração de uma impossibilidade superveniente. Nessa hipótese, impõe-se o efeito liberatório, ressaltando-se perdas e danos quando houver a culpa do devedor.

De acrescentar ainda as chamadas obrigações de não fazer, em que se visa a uma não-atividade de alguém. O que se pretende é provocar a inércia a respeito a prestação de um fato específico. Para tanto, a disciplina do artigo 250 do Código Civil brasileiro.⁹⁸ Nessa matéria específica, questão relevante diz respeito ao fato de saber quando faz-se existente a impossibilidade, pressupondo-se a manifestação de uma abstenção na prática de um fato. Por óbvio, não é suficiente que o devedor dê causa à imprestabilidade, como determina o artigo mencionado, mas, sim, que não se possa abster da prática de um ato contrário ao que fora pactuado. A hipótese, adequada ao estudo das obrigações de não fazer, refere-se à necessidade de o devedor descumprir a obrigação firmada para atender a uma imposição do Direito Público.⁹⁹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cumprido, por fim, deslocar a visão de uma análise específica da doutrina da impossibilidade superveniente das prestações para uma perspectiva mais ampla da obrigação, a fim de, em seguida, poder enxergá-la no interior do Direito Obrigacional como instituto jurídico não apenas logicamente estruturado, mas, também, de conteúdo que detém imprescindível

⁹⁸ Artigo 250 do Código Civil brasileiro de 2002: “Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar.”

⁹⁹ No caso, por exemplo, de ocorrer a desapropriação do bem pelo Poder Público. Mas há, ainda, a possibilidade de uma destruição culposa do bem e suas implicações legais. Conferir em COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 128.

repercussão prática. Para a perspectiva da obrigação como processo, ou de um processo obrigacional, o vínculo jurídico formado entre o credor e o devedor desenvolve-se em direção ao adimplemento – isto é, em direção ao cumprimento das prestações pactuadas pelas partes envolvidas no momento em que este foi constituído, em atenção à boa-fé objetiva que incide na relação de modo global. E esse adimplemento pleno significa, em essência, a satisfação dos interesses do credor.

Logo, se o fim da obrigação é a razão de ser do próprio vínculo, pode-se, por meio de um raciocínio inverso, visualizar que, no momento de seu desenvolvimento, se este não se dá de forma linear, mas encontra perturbações ao cumprimento da prestação, contrariamente aos interesses do credor, permite-se seja o seu conteúdo alterado para melhor adaptá-lo à situação concreta e, na medida do possível, aproximá-lo àqueles interesses da parte ativa da obrigação. Tais alterações não tem a aptidão de descaracterizar o vínculo originário, nem substituí-lo por outro – não há, em regra, uma extinção, se existente a oportunidade de preservá-lo com qualidade à satisfação das partes. As perturbações das prestações, meio caminho entre o adimplemento pleno e o inadimplemento da obrigação proporcionaram a construção doutrinária de diversas teorias de revisão contratual, as quais não interessam, especificamente, à delimitação específica deste estudo. Se todas elas não forem hábeis a fornecer, ao credor, a satisfação de seus interesses com o vínculo, não tendo mais, este, razão para mantê-lo, encaminha-se, propriamente, a análise ao inadimplemento da relação jurídica obrigacional.

É, nesse caminho, que se impõe uma análise à impossibilidade superveniente da prestação como uma das formas de extinção não-satisfativa do vínculo obrigacional. Se, por razões que não são imputáveis ao devedor, a prestação da obrigação torna-se, no momento do seu desenvolvimento, impossível, seja porque houve uma própria perda ou deterioração do objeto da prestação ou de quem iria realizá-la por meio de uma atividade

personalíssima, então incide a teoria ora em estudo, a qual desencadeia na extinção da obrigação de maneira diversa à resolução, porque não há retorno ao *status quo ante*, nem enseja, à outra parte, o direito de ser indenizada pelos danos ocasionados pela impossibilidade. O efeito liberatório ao devedor ocorre porque a impossibilidade deu-se por circunstância alheia ao seu comportamento e à sua vontade – é não-satisfativa ao credor porque, pela impossibilidade, definitivamente o seu objetivo com o vínculo não há de ser alcançado.

Não há de se dizer, pela doutrina da impossibilidade superveniente das prestações, que poderia, a ele, adentrar à forma diversa no Direito Obrigacional: qualquer outro efeito jurídico não lhe seria adequado. Se a impossibilidade atinge o núcleo do vínculo, não há como, de qualquer maneira, modificá-lo; se inimputável, a culpa, ao devedor, nem mesmo a modificação do vínculo para a de uma prestação indenizatória tornar-se-ia ilógico; equivocado. De outro ponto de vista, aplicar a presente doutrina, com o peso da rigidez de seus efeitos jurídicos, a perturbações, outras, da prestação, que não se confundem com a impossibilidade tornar-se-ia, também, inadequado, pois distante a qualquer satisfação das partes com o vínculo, sobremodo o credor: é por tal razão que, seguidamente, a doutrina rechaça tal tentativa de discussão.

Assim, para que haja a impossibilidade à prestação, decorrendo daí o exame dos riscos assumidos pelos sujeitos de direito é fundamental que o obstáculo existente ao adimplemento seja *efetivo, absoluto, definitivo*. Na hipótese de falhar algum dos referidos elementos, poder-se-á verificar até mesmo a eventualidade de uma solução indenizatória, mas não será caso de impossibilidade para os efeitos da lei.



REFERÊNCIAS

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Resolução de acordo com o novo Código Civil. Rio de Janeiro: Aide, 2004.
- ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. *Direito das Obrigações*. 12. Ed. Coimbra: Almedina, 2018.
- ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- ASSIS, Araken de. *Resolução do contrato por incumprimento*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *A obrigação pelo discurso jurídico. A argumentação em temas de Direito Privado*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2018.
- COUTO E SILVA, Clóvis V. do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.
- BETTI, Emílio. *Teoría general de las obligaciones*. Tomo I. Trad. José Luis de los Mozos. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1969.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Direito das Obrigações*. 9. Ed. Rev. e Atual. por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo, 1957.
- DEL RÍO, José Manuel Lete. *Derecho de obligaciones: la relación obligatória en general*. Vol. 1. 3. Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 1995.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. Coord. e Ed. por Marina Baird Ferreira e Margarida dos Anjos. 5. Ed. Curitiba: Positivo, 2010.
- FERREIRA DA SILVA, Luís Renato. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FERREIRA DA SILVA, Luis Renato. Revisão de contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. In:

- LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues. *Temas relevantes do Direito Civil Contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012.
- GILSON, Bernard. *Inexécution et Résolution em Droit Anglais*. Paris, 1969.
- GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*. Elaborado pelo Instituto Antônio Houaiss de Lexicografia e Banco de Dados da Língua Portuguesa S/C Ltda. 1. Ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- LARENZ, Karl. *Derecho de Obligaciones*. Tomo I. Versión española y notas de Jaime Santos Briz. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1958.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1984.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Direito das Obrigações*. Segundo volume. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Estudos de Direito Civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1991.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Tratado de Direito Civil*. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017.
- OLIVEIRA, Ubirajara Mach de. Quebra positiva do contrato. *Revista da Ajuris*, n. 72, março de 1998.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco C. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial: Tomo XXV. Direito das Obrigações: Extinção das Obrigações. Atual. por Nelson Nery Jr. e Rosa Maria de Andrade Nery. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- WAYAR, Ernesto C. *Derecho civil: obligaciones*. Vol. 1.

Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1990.

WESTERMANN, Harm Peter. *Código Civil Alemão*. Direito das Obrigações: Parte geral. Trad. por Armino Edgar Laux. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1983.