

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PRIVADO E PROCESSO CIVIL

CAROLINNE GÓES MORAES

DISCIPLINA JURÍDICA DOS RISCOS CONTRATUAIS

Porto Alegre

2020

CAROLINNE GÓES MORAES

DISCIPLINA JURÍDICA DOS RISCOS CONTRATUAIS

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Gerson Luiz Carlos Branco.

Porto Alegre

2020

CAROLINNE GÓES MORAES

DISCIPLINA JURÍDICA DOS RISCOS CONTRATUAIS

Trabalho de Conclusão de Curso de graduação apresentado ao Departamento de Direito Privado e Processo Civil da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Gerson Luiz Carlos Branco.

Aprovado em 20 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Gerson Luiz Carlos Branco

Prof. Dr. Cesar Viterbo Matos Santolim

Prof. Me. Rodrigo Ustarroz Cantali

Porto Alegre

2020

Ao professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente aos meus pais e irmã por tudo o que fizeram, fazem e farão por mim.

Sou muito grata também ao meu orientador, professor Gerson Branco, que desde o nosso primeiro contato me desafiou com tema por mim nunca estudado a fundo e me incentivou a continuar na pesquisa, nunca medindo esforços para auxiliar e ensinar seriamente todos os seus orientandos, tornando-se meu modelo de jurista.

Agradeço também à Sophia Vial, professora que me inspirou a ser pesquisadora e trilhar o caminho da pesquisa desde o primeiro semestre da Faculdade.

Agradeço ao Dr. Ruy Rosado de Aguiar Neto, em que o convívio diário quando do estágio fortaleceu meu desejo por melhor compreender o direito a partir de simples questionamentos aos casos a nós apresentados – dedico ao seu pai a presente pesquisa (*in memoriam*).

Grata também por todos os colegas do Grupo 7 do Serviço de Assessoria Jurídica Universitária da UFRGS e da Defensoria Pública da União que abriram os meus olhos à realidade da advocacia, bem como fortaleceram meu desejo em seguir nessa carreira com intuito principalmente de auxiliar quem realmente precisa.

Também agradeço a todos os colegas da gestão de 2019 do Centro Acadêmico André da Rocha, em que na minha breve passagem como representante discente da Compesq me fizeram acreditar que a pesquisa séria e comprometida realmente existe.

Grata também à Cristina Palmeiro da Fontoura e ao Artur Carpes que nos últimos semestres me auxiliaram diariamente e me permitiram trilhar com serenidade esse final de Faculdade, além de terem me trazido a certeza de trilhar o caminho da advocacia, apesar de todos os empecilhos existentes.

Por fim, agradeço imensamente aos meus dois colegas de Faculdade que me incentivaram e me ajudaram a continuar com as cadeiras no final do curso, inclusive com essa pesquisa, quando nem ao menos eu conseguia: à Clara Koch e ao Diego Perez, meu imenso obrigada, sem vocês a entrega dessa trabalho não teria sido possível.

RESUMO

Debruça-se a presente investigação sobre a temática dos riscos exclusivamente aqueles pertencentes ao ramo do Direito Obrigacional, por meio da pesquisa do tipo bibliográfica, mediante exame da dogmática fundamentalmente desenvolvida pelas doutrinas dos direitos português e brasileiro do século XX. Diferencia-se os tipos de impossibilidade e de inexecução da obrigação a fim de distinguir seus efeitos visando a analisar como se dá a distribuição dos riscos advindos de fato estranho ao convencionado pelas partes que acarrete a impossibilidade de cumprir com aquilo que foi acertado no negócio jurídico a partir do estudo do Código Civil em vigor. Por fim, apresenta-se os critérios legais de distribuição dos riscos nos casos de incumprimento por impossibilidade de efetuar e de se exigir a prestação.

Palavras-chave: Riscos. Distribuição de Prejuízos. Obrigações. Impossibilidade Superveniente. Perturbação da Prestação.

ABSTRACT

The present investigation inquires about the theme of risks exclusively belonging to the branch of Obligatory Law, through bibliographic research, by examining dogmatics fundamentally developed by the Portuguese and Brazilian 20th century legal doctrines. The types of impossibility and non-execution of the obligation are differentiated in order to distinguish their effects and to analyze how the distribution of risks arising from a fact outsider to what is agreed by the parts leads to the impossibility of complying with what was agreed in the legal business from the study of the Civil Code in force. Finally, the legal criteria for the distribution of risks are presented in cases of non-compliance due to the impossibility of making and requiring the provision.

Keywords: Risks. Loss distribution. Obligations. Supervening Impossibility. Disruption of Performance.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 ELEMENTOS PARA DELIMITAÇÃO DA ESFERA DE APLICABILIDADE DO RISCO OBRIGACIONAL	12
1.1 AS ESPÉCIES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA.....	21
1.2 EFEITOS DO INCUMPRIMENTO PELA IMPOSSIBILIDADE DE EFETUAR A PRESTAÇÃO	30
1.3 EFEITOS DO INCUMPRIMENTO PELA INEXIGIBILIDADE DA PRESTAÇÃO	34
1.3.1 A cláusula <i>rebus sic stantibus</i>	35
1.3.2 Teoria da Base Objetiva do Negócio	37
1.3.3 Teoria da Imprevisão	38
1.3.4 Teoria da Onerosidade excessiva.....	39
2 CRITÉRIOS LEGAIS DE DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS	42
2.1 CRITÉRIOS LEGAIS DE DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS POR IMPOSSIBILIDADE DE EFETUAR A PRESTAÇÃO.....	48
2.1.1 Nos contratos unilaterais	52
2.1.2 Nos contratos bilaterais	55
2.2 MECANISMOS LEGAIS DE DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS POR INEXIGIBILIDADE DA PRESTAÇÃO.....	61
CONCLUSÃO	65
BIBLIOGRAFIA	67

INTRODUÇÃO

O vocábulo “risco” possui diversas conotações, o que o torna presente em múltiplas teorias com viés econômico ou até mesmo sociológico, tal como quando se aproxima da noção matemática de probabilidade¹, como antônimo de incerteza², ou mesmo na chamada teoria da socialização dos riscos³.

A respeito do seu conceito jurídico, há uma pluralidade de significados, prova disso é que o vocábulo “risco”, no singular, é encontrado trinta e sete vezes, e no plural, dezessete vezes no atual Código Civil⁴. Na direção de um estudo sistemático, adotando uma denominação didática, alude desde a matérias correspondentes ao direito das obrigações, até à matéria de responsabilidade civil.

Por esse motivo, é necessário, primeiramente, delimitar que na presente pesquisa o risco será relacionado ao direito obrigacional, aos negócios jurídicos designados pela doutrina como “paritários”, visto que se tratam de contratos entabulados entre partes que são “dotadas de poder contratual presumidamente igualitário”⁵, em que é “mais extenso o campo de exercício da autonomia privada”⁶.

Considerando o estudo do direito obrigacional, o adimplemento é o fim da obrigação contratual, portanto, o desenvolvimento da relação obrigacional tem como finalidade a satisfação dos interesses do credor⁷. Entretanto, ao longo do programa contratual, não raro surgem questões com o potencial de perturbar a funcionalidade pacífica e ordinária do contrato, o cumprimento da prestação por uma ou ambas as partes, obstaculizando seu fim, que é o adimplemento satisfativo. Esse obstáculo pode

¹ BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses**: a fascinante história do risco. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

² LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. London: Aldine Transation, 2008.

³ LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 43.

⁴ “O risco é um dos conceitos com maior número de aplicações na dogmática jurídica. O simples compulsar das disposições legais do CCiv a si respeitantes é elucidativo daquela diversidade, encontrando paralelo no obscurantismo da raiz etimológica da palavra. Não obstante, a consideração dos diversos significados assumidos pela expressão não deve olvidar que o seu âmago se reconduz, na presente análise, à dedução de uma regra de justiça comutativa contratualmente fundada, e não a um bosquejo puramente conceptual”. AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009, p. 20.

⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para sua aplicação. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 627-628.

⁶ Ibidem.

⁷ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

acarretar a inexecução da obrigação por um dos contraentes, o que nitidamente gerará prejuízos às partes, em razão do incumprimento da prestação.

A questão que se coloca, portanto, é quem irá suportar os prejuízos sucedidos por esse obstáculo, ou seja, por fato estranho ao convencionado pelas partes. Em outras palavras: em uma perspectiva jurídica, considerando prejuízo sofrido pela parte em decorrência do acaso como risco⁸, o estudo será dedicado a encontrar soluções quando da ocorrência de situações que não estavam sendo esperadas pelas partes quando da conclusão do negócio jurídico.

De início, é necessário delimitar que não se tem como finalidade do presente trabalho o estudo de quais tipos de perturbações podem ser consideradas como imprevisíveis de caso fortuito ou de força maior, e sim qual a consequência dessa perturbação ao vínculo obrigacional. Porém, vale ressaltar que ao estudo da teoria dos riscos, e também à presente pesquisa, é o fato imprevisível que gera a impossibilidade de cumprir com a prestação.

Portanto, para a ampla compreensão de que é pressuposto intrínseco à teoria dos riscos a existência de situação de impossibilidade superveniente e inimputável à parte que descumpriu com a obrigação, serão estudados os tipos de impossibilidade existentes, principalmente a divergência doutrinária sobre a paridade entre impossibilidade absoluta e relativa.

Logo depois, considerando que o incumprimento involuntário se dá quando a) a prestação não puder mais ser efetuada (impossibilidade); ou b) não puder mais ser exigida (por modificação superveniente); c) ou se possível e exigível, quando haja perda de interesse do credor⁹, serão analisados os efeitos decorrentes da impossibilidade dos dois primeiros tipos de incumprimento, deixando de lado o último deles.

Para além dos efeitos decorrentes desses tipos específicos de incumprimento da prestação, serão estudadas, ainda que brevemente, as teorias que surgiram para

⁸ Conforme Orlando Gomes, o vocábulo é empregado em duplo sentido: “no de *periculum*, que é a potencialidade de um dano, e no de risco *stricto sensu*, significando dano produzido. Mas se usa também, em sentido objetivo, para indicar o acontecimento de que resulta o prejuízo”. Ao fim refere o autor que é mais coerente empregar o “sentido objetivo, isto é, como qualificação de prejuízo sofrido pela parte em consequência do acaso” para a palavra “risco”. Adotar-se-á, portanto, no presente trabalho, o sentido objetivo do vocábulo. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 191, nota de rodapé 1, e 192.

⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 94.

embasar a extinção ou modificação da prestação por fato que ocasione o desequilíbrio da relação contratual, ao ponto de se tornar inexigível sua prestação, sob pena de infringir os princípios decorrentes da boa-fé.¹⁰

Por fim, serão apresentados os critérios legais de distribuição de riscos conforme o ordenamento em vigor, ainda que não sejam imperativos. Em um primeiro momento, será averiguado quais dos sujeitos da relação obrigacional o ordenamento jurídico pátrio atribui a perda patrimonial por conta da verificação de um evento gerador da impossibilidade. Na sequência, analisar-se-á o entendimento jurisprudencial em relação à distribuição dos prejuízos entre as partes, especialmente no que tange à sua restrição ou não aos mesmos parâmetros do regime legal¹¹.

O método utilizado baseia-se na análise das consequências jurídicas advindas de perturbação ao negócio jurídico firmado pelas partes a partir da pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, bem como, em alguma medida, da análise comparada da doutrina brasileira e portuguesa acerca do tema.

¹⁰ Menezes Cordeiro salienta que em uma eventualidade, havendo alterações das circunstâncias à celebração do contrato, não deve haver entre as partes exigências contrárias à boa-fé, permitindo que a parte afetada possa rescindir ou modificar o contrato. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p. 903-904.

¹¹ “as regras aplicáveis podem também assumir-se como vectores de oposição a paradigmas de distribuição de risco comumente enunciados”. AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009, p. 82.

1 ELEMENTOS PARA DELIMITAÇÃO DA ESFERA DE APLICABILIDADE DO RISCO OBRIGACIONAL

*Podeis crer-me, não é assim. Sou grato à minha sorte; mas não confio nunca os meus haveres a um só lugar e a um barco, simplesmente nem depende o que tenho dos azares do corrente ano, apenas. Não me deixam triste, por conseguinte, as minhas cargas.*¹²

O vocábulo “risco” comporta diversas conceituações dependendo da área do saber que ele é vinculado. Nesse capítulo será trabalhado, seu entendimento no viés jurídico, inclusive distinguindo, em uma visão sistemática do direito, entre as matérias de obrigações e de responsabilidade civil.

O conceito de risco varia de acordo com a área da ciência em que é trabalhado, além da aplicação concreta que se pretende conferir. Para Le Breton, “o conceito de risco é polissêmico: é filosófico, cultural, técnico, antropológico, sociológico, jurídico...”¹³, fragmentando-se em cada área do saber dedicada à sua perspectiva de compreensão.

No campo econômico, risco possui uma conotação negativa, sendo a justificativa pela exigência de compensação pelo risco. Tem, assim, uma noção de contingência, isto é, pode existir ou não. Inclusive, ao tratar sobre a “sociedade do risco”¹⁴, Judith Martins-Costa traz alguns exemplos sobre o vocábulo pelo sentido econômico “dirigir ocasionalmente o automóvel em bairros em que os índices de criminalidade são mais altos do que em outros; ou viajar em transporte coletivo quando há na região um aumento de doença contagiosa, como a dengue”¹⁵.

Pode se retirar disso que o risco tem sempre uma projeção ao futuro, distribuído em uma gama de possibilidades¹⁶. Para Florence Millet, “o risco é passível de

¹² Fala de Antônio a Salarino, Ato I, Cena I. In: SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Domínio Público. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000094.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2020.

¹³ De acordo com VOIDEY, Nadege. **Le risque em droit civil**. Aix-Marseilles: PUAM, 2005, p. 11.

¹⁴ Sobre a matéria cf. LOPEZ, Teresa Ancona et al. (coord.) **Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

¹⁵ “ou mesmo circular por uma cidade quando, em razão de fortes chuvas, há alagamento nas ruas”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 382.

¹⁶ “Muitas vezes, enfrentamos a possibilidade de fazer a opção errada e acabar nos arrependendo dela. O prêmio que pagamos à empresa seguradora é apenas um entre muitos custos certos com que arcamos para evitar a possibilidade de um prejuízo maior e incerto, e vamos bem longe para nos proteger das consequências de estar errados”. BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco**. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p. 213.

avaliação, de estimação: ele é, por essência, probabilisável e se verifica na esfera do possível (...) mais que um perigo, o risco designa as consequências de um evento provável”¹⁷.

Em uma acepção econômica, risco “é uma contingência de evento futuro, definida por uma distribuição de probabilidades de ocorrência cuja forma estatística depende do grau de ignorância (ou inversamente, do grau de informação) do seu observador”¹⁸, mesmo campo do conhecimento, distingue-se risco de incerteza, que é algo imensurável, não sendo possível formar um juízo derivado da experiência¹⁹.

Em uma perspectiva jurídica, a importância dada ao risco aflorou por volta da segunda metade do século XVII, a partir da expansão do comércio marítimo: “diariamente, navios chegados das colônias e de fornecedores em todo o mundo

¹⁷ MILLET, Florence. **La notion de risque et ses fonctions em droit privé**. Paris: Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2001, p. 02 *apud* PALHARES, Cinara. **Distribuição dos riscos nos contratos de crédito ao consumidor**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 27.

¹⁸ CASTRO, Paulo Rabello de. Risco: natureza, gerenciamento e imputação legal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, vol. 11, p. 262-275, abr./jun. 1995.

¹⁹ “a incerteza deve ser tomada em um sentido radicalmente distinto da noção usual de risco, do qual nunca foi devidamente separada. O termo ‘risco’, como normalmente usado na fala cotidiana e no discurso econômico, realmente abrange duas coisas que, ao menos funcionalmente, nas suas relações causais com os fenômenos de organização econômica, são categoricamente diferentes (...). O fato essencial está em que ‘risco’, em alguns casos, significa uma quantidade suscetível de mensuração, enquanto em outras vezes é algo que não possui esse caráter; e existem diferenças profundas e cruciais no desenrolar desse fenômeno, dependendo de qual dos dois está realmente presente e operante. Há ainda outras ambiguidades no termo ‘risco’ (...); mas esta é a mais importante. Parecerá que uma incerteza mensurável, ou ‘risco’ propriamente dito (...) é tão diferente de uma incerteza imensurável que este não poderia ser considerada uma incerteza consequentemente, nos devemos restringir ao termo ‘incerteza’ às causas do tipo não quantitativo. (...). A palavra ‘risco’ é normalmente usada informalmente para se referir a qualquer tipo de incerteza vista na perspectiva de uma contingência desfavorável, e o termo ‘incerteza’ similarmente com referência a um resultado favorável; falamos de ‘risco’ de uma perda, e ‘incerteza’ de um ganho. Mas se nosso raciocínio até agora é de todo correto, há uma ambiguidade fatal nesses termos, que deve ser extirpada, e o uso do termo ‘risco’ em conexão com as incertezas mensuráveis ou probabilidades de seguro dá alguma justificativa para especialização dos termos, tal como indicado. Nós também podemos empregar os termos probabilidade ‘objetiva’ e ‘subjéctiva’ para designar o risco e a incerteza, respectivamente, uma vez que estas expressões já são comumente utilizadas, como um significado semelhante ao proposto. A diferença prática entre as duas categorias, risco e incerteza, é a de que, no primeiro, a distribuição do resultado num determinado grupo de casos é conhecida (seja através de cálculo a priori ou a partir de estatísticas de experiências passadas), enquanto que para a incerteza isto não é verdadeiro, em geral pelo motivo de que é impossível formar um grupo de casos, porque a situação tratada é extremamente única. O melhor exemplo de incerteza é em conexão com o exercício de julgamento ou a formação desses pareceres quanto ao curso futuro dos acontecimentos, que as opiniões (e não bordsaber científico) realmente orientam mais de nossa conduta. Agora, se a distribuição dos diferentes resultados possíveis em um grupo de casos é conhecida, é possível se livrar de qualquer incerteza real pelo expediente de agrupamento ou de ‘consolidação’ de instâncias”. KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. New York: Dover, 2006, p. 19-20 *apud* PALHARES, Cinara. **Distribuição dos riscos nos contratos de crédito ao consumidor**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, 29-30.

descarregavam uma profusão de produtos que antes eram luxos raros ou desconhecidos – açúcar e especiarias, café e chá, algodão bruto e porcelana fina”²⁰. A partir disso, “a riqueza deixou de ser algo que tinha de ser herdada das gerações precedentes: agora ela podia ser adquirida, descoberta, acumulada, investida e protegida da perda”²¹ – essa possibilidade de proteção da riqueza é bem explorada na fala de Antônio a Salarino, no clássico “O Mercador de Veneza”, obra-prima shakespeariana, em uma época na qual o senso de oportunidade levou a uma aceleração considerável do comércio.

Pelo rápido crescimento do comércio ultramarino e pela necessidade de resguardo da “riqueza”, “era forte a demanda por informações atualizadas que permitissem estimar o tempo de navegação entre os destinos, os padrões climáticos e os riscos de se aventurar por mares desconhecidos”²². Peter L. Bernstein conta que de uma cafeteria fundada por Edward Lloyd em 1687 próximo ao Tâmis, onde era “o ponto de encontro favorito dos marujos dos navios atracados nas docas de Londres”²³, é que se propiciou o início dos trabalhos dos “underwriters”, ou seja, dos operadores de seguros individuais que assumiam o risco ao cobrir um possível prejuízo advindo do comércio marítimo em troca de um prêmio a partir de sua assinatura (*under*) nos termos de um contrato.

Naquela época, havia uma necessidade de os comerciantes se prevenirem contra a alta probabilidade de perdas de mercadorias por conta das longas viagens de transporte marítimo, surgindo daí o seguro marítimo.²⁴ Entretanto, o ramo de seguros apenas teve seu pleno desenvolvimento, em uma perspectiva comercial, no

²⁰ BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses**: a fascinante história do risco. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p. 91.

²¹ Ibidem.

²² Ibidem, p. 92.

²³ “O café de Lloyd’s serviu desde o início de sede para os seguradores marítimos, em parte devido às suas excelentes ligações mercantis e na navegação. A Lloyd’s List acabou sendo ampliada para fornecer notícias diárias sobre os preços das ações, os mercados estrangeiros e as marés altas na Ponte de Londres, além das notícias habituais das chegadas e partidas de navios e de notícias de acidentes e naufrágios. A publicação era tão conhecida que seus correspondentes enviavam suas mensagens pelo correio endereçadas simplesmente a ‘Lloyd’s’. O governo chegou a usar a Lloyd’s List para publicar as últimas notícias sobre batalhas marítimas”. Ibidem, p. 93-94.

²⁴ BIGOT, J. **Traité de droit des assurances** – Enterprises et organismes d’assurances. Paris: LGDJ, 2011, p. 04 *apud* PALHARES, Cinara. **Distribuição dos riscos nos contratos de crédito ao consumidor**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 36.

século XVIII, embora a matéria possa ser remetida inclusive ao Código de Hamurabi, por volta do século XVIII a.C..²⁵

Vale notar que o seguro marítimo daquela época não se confunde com o atual, em que as seguradoras se baseiam em cálculos atuariais para a distribuição dos riscos entre os segurados. Naquela época, frequentemente, os credores não reembolsavam qualquer quantia por algum negócio entabulado, por conta do cálculo probabilístico superestimado pelas “seguradoras”, resultando em taxas de juros exorbitantes pela assunção do risco.²⁶

No Brasil, o legislador brasileiro trabalhou como sinônimos os termos “contrato de empréstimo a risco” e “câmbio marítimo”, conforme arts. 633 e seguintes do Código Comercial de 1850, relacionados ao “preço dos riscos de mar”²⁷. Já Pontes de Miranda denominou como “contrato de mútuo a risco”, indo ao encontro da Lei para tratar desse tipo contratual à toda normatização baseada em viagens marítimas (empréstimo tomado pelo capitão do navio, dever de notificação da presa, desastre de mar ao navio ou outra ocorrência ligada ao risco etc.)²⁸.

A palavra “risco” tem uma pluralidade de significados a respeito do seu conceito jurídico: prova disso é que o vocábulo “risco”, no singular, é encontrado trinta e sete vezes, e no plural, dezessete vezes no atual Código Civil²⁹. Na direção de um estudo sistemático, adotando uma denominação didática, alude desde a matérias correspondentes ao direito das obrigações, até à matéria de responsabilidade civil, o que acarreta uma necessária delimitação.

²⁵ Conferir BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses**: a fascinante história do risco. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p. 95-99.

²⁶ BIGOT, J. **Traité de droit des assurances** – Entreprises et organismes d’assurances. Paris: LGDJ, 2011, p. 05 *apud* PALHARES, Cinara. **Distribuição dos riscos nos contratos de crédito ao consumidor**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014, p. 36.

²⁷ BRASIL. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM556compilado.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XLII. Capítulo II. § 4.606 e seguintes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²⁹ “O risco é um dos conceitos com maior número de aplicações na dogmática jurídica. O simples compulsar das disposições legais do CCiv a si respeitantes é elucidativo daquela diversidade, encontrando paralelo no obscurantismo da raiz etimológica da palavra. Não obstante, a consideração dos diversos significados assumidos pela expressão não deve olvidar que o seu âmago se reconduz, na presente análise, à dedução de uma regra de justiça comutativa contratualmente fundada, e não a um bosquejo puramente conceptual”. AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009, p. 20.

Ao falamos em responsabilidade civil, adentramos na esfera de reparação a um prejuízo causado de uma parte à outra³⁰, isto é, de reparação das perdas ocasionadas pela lesão de um bem jurídico³¹, diferentemente de quando tratamos de algum dos agentes suportar os prejuízos por um fato externo, não controlado pelas partes, ao longo do percurso contratual³².

Em outras palavras, o risco pelo viés contratual se dedica a responder qual parte arcará com o prejuízo nos diversos contratos quando a prestação não puder ser cumprida em razão de fato não imputável a quem se obrigou a satisfazê-la. Portanto, não há uma análise de culpa ou de dano.

Já o risco, no viés da responsabilidade civil está relacionado à obrigação de reparar o prejuízo sofrido por uma vítima por conta de uma atividade ou fato por uma circunstância objetiva que é o nexo de imputação dessa obrigação, independentemente da culpa. Por outras palavras: a ordem jurídica determina a quem compete a obrigação de reparar (imputa a obrigação), independentemente de culpa.³³ Por exemplo, os riscos da queda de objeto de um prédio são do seu proprietário ou possuidor, razão pela qual o possuidor da coisa responde pelos danos decorrentes da queda ou lançamento, independentemente de culpa, conforme determina o Art. 938 do Código Civil.

³⁰ Nesse sentido: “o jurista verifica que a tendência da doutrina é aliar a noção técnica da responsabilidade civil à obrigação de reparar o prejuízo sofrido por uma pessoa, independentemente de identificar a causalidade. Na ocorrência de um dano, seja material seja moral, a ordem jurídica procura determinar a quem compete a obrigação de reparar, e em torno desse dever enunciam-se os princípios que no seu conjunto formam a noção genérica da obrigação ressarcitória”. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizador: Gustavo Tepedino. 12. Ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018, e-book.

³¹ “Os problemas da responsabilidade são tão-somente os problemas de reparação de perdas. O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desequilíbrio é manifesto, se ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva”. LIMA, Alvinio. **Culpa e Risco**. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 115-116.

³² “A questão dos riscos consiste, em última análise, na indicação da *parte* que com o prejuízo arca nos *contratos unilaterais* e nos *contratos bilaterais* quando a prestação não pode ser cumprida em razão de fato não imputável a quem se obrigou a satisfazê-la”. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 192.

³³ “O fato de não cumprir o dever de prestação caracteriza, então, o inadimplemento do devedor. Distingue-se, portanto, das situações em que há violação de deveres jurídicos definidos em caráter geral pelo ordenamento jurídico, e que tenha como consequência a causação de danos, hipótese que comumente se refere à responsabilidade civil em sentido estrito, responsabilidade por danos ou, simplesmente, responsabilidade civil”. MIRAGEM, Bruno. **Obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 482.

É o que se pode observar nas lições de Agostinho Alvim, em sua obra “Da inexecução das obrigações e suas consequências”, que vincula o conceito de risco à responsabilidade civil a partir do estudo da responsabilidade sem culpa, em seu chamado “responsabilidade pelo risco”:

[...] quando se fala em risco, tem-se em atenção, principalmente, a responsabilidade que se entende com o desenvolvimento das indústrias e transportes modernos, porque foi o progresso nesses setores que principalmente denunciou a insuficiência da teoria da culpa. [...] Em presença da teoria do risco, porém, subsistiria a responsabilidade, a despeito da ausência de culpa, porque esta não é seu fundamento.³⁴

O risco vinculado à distribuição das obrigações no Direito Contratual se ocupa em responder quem irá suportar os prejuízos sucedidos por fato estranho ao convencionado pelas partes em alguns tipos contratuais³⁵. Veja que o estudo se ocupa não de uma conduta negativa que gera o dever de reparação, ou até mesmo da responsabilidade como elemento da obrigação denominada pela doutrina de “prestação secundária”³⁶, e sim daquela conduta que, mesmo presentes a vontade de criar obrigações e a de adimplir, resta impossibilitada de ser prestada³⁷.

Para melhor compreensão da diferença entre as disciplinas, bem como critério de delimitação temática, colaciona-se problemas práticos inspirados apresentados por Enzo Roppo:

1) A, titular de uma indústria de móveis, contrata com B, industrial químico, o fornecimento de uma quantidade de verniz para utilizar na própria empresa; mas a execução do fornecimento torna-se impossível porque um decreto, posterior à conclusão do contrato, veio proibir a produção e a venda daquele tipo de verniz, do qual se descobriu a toxicidade; 2) B não está em condições de fornecer à A a quantidade de verniz prometida, porque uma greve dos

³⁴ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 297-302.

³⁵ Orlando Gomes denominou como teoria dos riscos a busca por quem irá suportar os riscos: “a teoria dos riscos propõe-se a explicar e a justificar por que, em alguns casos, é o credor e em outros, o devedor”. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 192.

³⁶ “A prestação primária corresponde ao débito; e a prestação secundária, a qual se relaciona com perdas e danos, constitui a responsabilidade. É preciso, porém, ter presente que a responsabilidade é elemento da obrigação e coexiste com o débito”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 83.

³⁷ “É que na vontade de criar obrigações insere-se naturalmente a vontade de adimplir o prometido. Não fora assim, o negócio jurídico não teria as condições mínimas de seriedade que o direito exige. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 52.

químicos, decretada depois da conclusão do contrato, paralisa a sua empresa, bloqueando completamente a produção.³⁸

O presente trabalho não tem o intuito de trazer todas as soluções jurídicas para os problemas acima suscitados, mas em alguma medida perpassar pelas normativas a elas atinentes, não a partir de uma interpretação filosófica, moral³⁹ ou econômica do problema, e sim estritamente jurídica. Por outro lado, não se pode perder de vista que o contrato não é somente 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 (...) uma série de princípios e regras de direito”⁴⁰.

É necessário considerar a realidade econômico-social em que o contrato está inserido, porque seu conceito reflete “uma realidade exterior a si próprio, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumprem, de diversas maneiras, uma função instrumental”⁴¹. Para além disso, importante trazer as didáticas palavras da professora Judith Martins-Costa:

Os contratos são elos, são fibras que ligam o tecido de toda a economia global, em uma economia globalizada como nós vivemos. Portanto, embora nós (juristas, advogados, pareceristas) trabalhemos com o contrato que liga o João e a Maria, este contrato faz parte de uma rede, e o que acontece com ele acaba repercutindo em toda a rede, até a rede mundial.⁴²

Compreender a noção de risco e sua distribuição é um trabalho árduo, não somente ao ordenamento jurídico brasileiro, como também a outros países, visto que

³⁸ Acrescenta-se que “é evidente que em todos estes casos os acontecimentos supervenientes frustram, por várias razões, e de vários modos, o programa econômico de A, tornando o contrato, do seu ponto de vista, privado do sentido e das vantagens que lhe tinha atribuído no momento da sua conclusão”. ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 252-253.

³⁹ “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”. SILVEIRA, Priscila Borgas da; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Reflexões contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5 (2019), nº 4, p. 1436.

⁴⁰ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 07.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² MARTINS-COSTA, Judith. **Perturbação das prestações e seus institutos**. Palestra proferida remotamente. Porto Alegre: 03 jun. 2020. Em uma perspectiva sociológica, cf. CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 19. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

é “um dos problemas mais obscuros do Direito”⁴³. Entretanto, vale lembrar que o estudo da distribuição dos riscos nada tem a ver com um trabalho conceitual, e sim “à dedução de uma regra de justiça comutativa contratualmente fundada”⁴⁴.

Em nosso ordenamento, um dos primeiros autores a dar atenção ao risco e estudar a forma de sua distribuição foi Manoel Ignácio Carvalho de Mendonça que, em 1908, com a publicação de seu “Doutrina e Prática das Obrigações”, nos brindou com a definição de riscos:

No sentido objetivo, exprimindo o próprio danno da cousa, podem-se definir os riscos todos os accidentea fortuitos que atacam a coisa, objecto da prestação, em seu valor intrínseco e, em consequência dos quaes ella se deteriora ou perece. Implicam, portanto, a idéa de fortuito e se contrapõem á de culpa. Subjectivamente o risco é a situação em que fica quem com ele deve acarretar.⁴⁵

Por suas palavras, vê-se que o autor trabalha com a ideia de risco em seu viés subjetivo, como aquela situação que uma das partes arca quando do acontecimento de um acidente fortuito que ataca o objeto da prestação. No mesmo sentido, o autor português Nuno Aureliano, quando delineou o conceito de risco, denominado por ele como “risco-evento”, ao se basear nos estudos de Menezes Cordeiro, Guido Alpa, Voidey e Giandomenico, afirmou que

[...] o risco deve, em primeiro lugar, ser entendido como situação de facto juridicamente relevante, que, ao se identificar como o próprio evento de risco – do qual se encontra dependente a assunção de uma perda patrimonial – encontra na sua base múltiplos factores de concretização. Pressuposto este substrato, o risco deve ser equacionado enquanto sacrifício, dano potencial ou quantidade negativa patrimonial, que, em termos genéricos, se identifica com a eventualidade de uma situação jurídica desfavorável.⁴⁶

⁴³ GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. Vol. IV, Coimbra: Editora Coimbra, 1931, p. 538 *apud* AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009, p. 19.

⁴⁴ AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009, p. 20.

⁴⁵ No original: CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. **Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Credito**. Curityba: Typ. e Lith. a vapor. Imp. Paranaense, 1908, p. 558-559.

⁴⁶ AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23.

Então, ao denominar o risco como uma situação que acarreta um sacrifício patrimonial para um dos partícipes de um vínculo obrigacional, o autor português realizou uma análise sobre como se dará a distribuição desses prejuízos e a quais fenômenos pode ser atribuída essa perda patrimonial.

Ruy Rosado de Aguiar Júnior define que a teoria do risco não pode ser utilizada para embasar a alteração ou a resolução do contrato quando há um fato superveniente advindo da álea natural de um tipo contratual, bem como explica que essa teoria concede um suporte teórico para encontrar como se dará a repartição dos prejuízos de maneira mais equitativa entre as partes.⁴⁷

É interessante notar que logo depois dessa explicação, ao discorrer sobre a regulação do enriquecimento sem causa (art. 884), bem como sobre os princípios da função social do contrato (art. 421) e da boa-fé objetiva (arts. 422, 113, 187) no atual Código Civil, o autor examina que *sempre* “o intérprete poderá encontrar fundamento para a modificação ou a extinção do contrato em razão de fato superveniente” nessas cláusulas gerais. Subsidiariamente, em caso de não existir uma solução mesmo depois da aplicação dessas cláusulas, o intérprete poderá observar o regramento da onerosidade excessiva (art. 478), segundo o autor⁴⁸.

Isso posto, para finalmente delimitar, interessante trazer as palavras de Enzo Roppo, que bem delimita a problemática nos próximos pontos a ser tratada:

Uma ordem de problemas [...] coloca-se quando a racionalidade económica da operação, ou a funcionalidade do contrato, resultam perturbadas ou até prejudicadas para um dos contraentes, por circunstâncias não contemporâneas [...] à formação do contrato, mas surgidas posteriormente. Depois da conclusão do negócio, na fase em que se trata de lhe dar efectiva execução, podem, na verdade, verificar-se acontecimentos novos da mais variada natureza, que revolucionem o programa contratual de uma das

⁴⁷ “A teoria do risco serve para duas definições importantes: a) não permite a invocação do fato superveniente decorrente do risco natural do negócio, para a alteração ou a resolução do contrato; b) dá o suporte teórico para a solução fundada na repartição do risco entre os contratantes, quando a solução justa consistir na equitativa distribuição, entre os contratantes, dos ônus do fato novo, como ocorre nos contratos celebrados pela variação da taxa cambial, cuja abrupta elevação atinge ambos os contratantes nacionais”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 147.

⁴⁸ “Com essas cláusulas gerais, sempre poderá o intérprete encontrar fundamento para a modificação ou a extinção do contrato em razão de fato superveniente que desvirtue sua finalidade social, agrida as exigências da boa-fé e signifique o enriquecimento indevido para uma das partes, em detrimento da outra. O que não se ajustar a tais soluções será examinado à luz da regra específica da onerosidade excessiva (art. 478 do Código Civil). A ideia de ser essa norma usada apenas subsidiariamente decorre do seu enunciado por demais restritivo”. Ibidem, p. 148.

partes, impedindo-as de tirar da operação as vantagens esperadas ou, até transformando-a numa fonte de prejuízos.⁴⁹

Dito isso, no próximo tópico será realizada uma análise aprofundada sobre o conceito de impossibilidade, compreensão essa tido como chave para solucionar a problemática do modo de distribuição dos riscos e seus efeitos.

1.1 AS ESPÉCIES DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA

A teoria dos riscos se propõe a solucionar a problemática sobre quem irá suportar os prejuízos decorrentes de fato estranho ao convencionado pelas partes. Para tanto, realizar-se-á nesse ponto um estudo sobre o conceito de impossibilidade e suas espécies para bem entender seus efeitos visando a dirimir as controvérsias que cercam o tema em questão.

Ao tratarmos de “fato estranho ao convencionado pelas partes”, referimo-nos a um fato incidental, ocorrido ao longo do processo obrigacional⁵⁰, que acarreta a impossibilidade de cumprir com aquilo que foi acertado, configurando a chamada “impossibilidade superveniente”, verificada em momento posterior ao da celebração do negócio jurídico.

Isso considerado, é importante diferenciar a impossibilidade superveniente⁵¹ da originária⁵², já que a teoria dos riscos (e conseqüente estudo sobre a distribuição dos

⁴⁹ ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 252.

⁵⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006. Ainda, a “ideia do contrato como processo permite vislumbrar-se a trama contratual como uma série de atos das partes (negociações preliminares proposta, aceitação e etc). que se sucedem nem prazo de tempo (maior ou menor conforme se trate de um contrato de execução imediata ou diferida) objetivando um fim (o adimplemento das obrigações contratuais). Ação, tempo e fim são elementos que caracterizam um processo. No contrato tudo isso ocorre e, conseqüentemente, pode-se falar em processo contratual”. SILVA, Luís Renato Ferreira da. Prefácio. In: VINCENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 07.

⁵¹ Para uma melhor investigação sobre o tema da impossibilidade superveniente, conferir: SILVEIRA, Priscila Borgas da; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Reflexões contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5 (2019), nº 4, p. 1421-1455.

⁵² Por outro lado, tem-se a impossibilidade originária, que é aquela “presente ao tempo da constituição da obrigação, é causa de nulidade do negócio”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 97. É “o obstáculo que se coloca no início – no momento da formação do vínculo. Esta segunda situação corresponde à impossibilidade originária do objeto da prestação, a qual encontra tratamento jurídico distinto ao da impossibilidade superveniente”. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Tratado de Direito Civil**. Tomo IX: Direito das

prejuízos por fato que modifique o contratado entre as partes) pressupõe que a prestação seja tomada pela impossibilidade superveniente de cumprimento⁵³, quer isso dizer, uma situação inesperada, que foge daquilo que é previsível ao contrato.

A doutrina não é pacífica quanto a esse ponto, eis que existe o entendimento que o próprio contrato, no lugar de ser a veste jurídico-formal de operações econômicas⁵⁴, seja ele um *ato de previsão*, ou seja, uma forma de os contraentes “preverem”, “se apropriarem do futuro”⁵⁵ e todo o seu conjunto de incertezas⁵⁶. Segundo Luís Renato da Silva, “o contrato é um pacto que objetiva, em maior ou menor grau, resguardar as partes dos riscos futuros que possam ter de suportar”⁵⁷.

Talvez esse entendimento seja mais bem aplicado aos contratos de seguro, em que o objeto do contrato é justamente o risco. O seguro é uma tentativa de apropriação

Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 330. Ademais, “impossibilidade originária da prestação: esta diz respeito tão-só ao seu objeto mediato; ele há de ser, para adquirir validade, desde a formação do vínculo entre as partes, possível. 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. Nessa medida, além de qualquer das partes poder exigir, da outra, a realização da prestação, não cabe, também, nesse plano, reparação de dano”. SILVEIRA, Priscila Borgas da; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Reflexões contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5 (2019), nº 4, p. 1428-1429.

⁵³ Especificamente, a impossibilidade superveniente é aquela examinada na “teoria do risco”, “onde se responde à questão sobre quem arcará com o prejuízo decorrente do incumprimento inimputável ao devedor”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 102.

⁵⁴ “As situações, as relações, os interesses que constituem a substância real de qualquer contrato podem ser resumidos na ideia de *operação económica*. De facto, falar de contrato significa sempre remeter – explícita ou implicitamente, directa ou mediatamente – para a ideia de operação económica”. Logo depois de conceituar que o contrato é a formalização jurídica das operações econômicas, adiciona: “Mas se isto é verdade – e se, conseqüentemente, se pode e se deve falar do contrato-conceito jurídico, como de algo diverso e distinto do contrato-operação económica, e não identificável pura e simplesmente com este último – é, contudo, igualmente verdade que aquela formalização jurídica nunca é construída (com os seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação económica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstracta, e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se quer dar às operações económicas, dos interesses que no âmbito das operações económicas se querem tutelar e prosseguir. (Neste sentido, como já se referiu, o contrato-conceito jurídico resulta instrumental do contrato-operação económica). ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009, p. 8-9.

⁵⁵ HAURIOU, Maurice. **Principes de Droit Public**. Paris: L. Tenin, 1916, p. 206 *apud* Judith, p. 647-648.

⁵⁶ Interessante trazer aqui a seguinte reflexão: “O reconhecimento da administração do risco como uma habilidade prática repousa sobre um clichê simples, mas de profundas conseqüências: quando nosso mundo foi criado, ninguém se lembrou de incluir a certeza. *Nunca temos certeza; somos sempre ignorantes em certo grau*. Grande parte da informação de que dispomos é incorreta ou incompleta”. BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses: a fascinante história do risco**. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018, p. 213.

⁵⁷ SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 145.

dos acontecimentos futuros e de resguardo em relação a eventuais danos à pessoa ou ao seu patrimônio. Ao seguro, árduo é encaixar a situação de impossibilidade superveniente, visto que, inexistindo risco, o contrato será nulo por falta de objeto.

Segundo Menezes Cordeiro, o conceito de impossibilidade adveio de uma tentativa de redução da dogmática da alteração das circunstâncias. Doutrinariamente, a reforma do Código Civil Alemão consagrou a ideia de um direito da perturbação das prestações⁵⁸ e com isso foram sistematizadas todas as figuras que vêm a alterar o curso de uma prestação desde o seu nascimento até a extinção pelo seu fim natural – o adimplemento satisfatório⁵⁹ – tais como a impossibilidade, a resolução, a culpa *in contrahendo*, a base do negócio ou alteração das circunstâncias, a violação positiva do contrato e o contrato com proteção de terceiros.⁶⁰

O § 275/1 do BGB consagrou que a impossibilidade superveniente tem eficácia extintiva da obrigação, já o § 306 da mesma normativa alemã traz que a impossibilidade originária gera a nulidade do contrato. No ponto, acrescenta Menezes Cordeiro que o estudo da impossibilidade foi desenvolvido a partir da contraposição de dois entendimentos, um lógico e o outro jurídico e filosófico:

[...] na lógica, é impossível o que não possa, por necessidade, acontecer; jusfilosoficamente, porém, o conceito é mais amplo: é impossível o que, segundo o § 242 BGB, não possa, de modo equo, ser exigido ao devedor. Os limites entre a possibilidade e a impossibilidade jurídicas seriam, assim, fluídos, dependendo da boa fé [...]. Na constância de um contrato, a sobreveniência de alterações que agravassem a posição do devedor e a cuja superação ele não estivesse adstrito, poderia, passado certo limite, dar lugar a uma impossibilidade jurídica: seguir-se-lhe-ia a aplicação do regime cominado para a impossibilidade superveniente não imputável ao devedor, o que é dizer a liberação deste.

Disso, pode-se tirar que em um primeiro momento o entendimento a respeito de impossibilidade era alargado; entretanto, após sofrer diversas críticas, estreitos se

⁵⁸ 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 *apud* SILVEIRA, Priscila Borges da; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Reflexões contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, nº 04, 2019, p. 1421-1455.

⁵⁹ “o adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 17.

⁶⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p. 1000-1004; SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 95-115; AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009, p. 69-78.

tornaram seu conceito jurídico e sua aplicação, maneira como é acatado até hoje, segundo o autor, excluindo do conceito a impossibilidade alargada, econômica, jurídica. Menezes Cordeiro compreende que a qualidade de “impossível” somente pode ser dado à situação suscetível de realização, na atuação em si, e não nas condições que cercam tal atividade, no domínio da viabilidade fática, sob pena de dar uma margem infinita às situações a serem consideradas como impossíveis, ao ponto de o direito não ser capaz de regulá-las:

A doutrina e a jurisprudência do alargamento da impossibilidade caíram, pois, numa inversão enorme: tomaram o efeito pela causa e pretenderam buscar, naquele, uma justificação que só esta poderia dar e que não deu, por ninguém lhe pedir. Ao chamarem a atenção para a necessidade de amaciar o conceito de impossibilidade, elas tocaram, porém, numa tecla de relevo. O tipo de juízo de valor a incidir sobre as propostas de actuação, para indagar da sua possibilidade, não é lógico, no sentido de obedecer às chamadas ciências exactas; deve ser um juízo de base social. É impossível o que, dentro de uma sociedade, de acordo com critérios de razoabilidade, seja considerado como tal. De outra forma, dadas as possibilidades teóricas sempre existentes, assistir-se-ia a um recuar permanente das fronteiras do impossível, bem para além daquilo que o Direito possa e queira regular.⁶¹

Outro autor português que vai ao encontro dessa percepção, de entender estrito o conceito de impossibilidade como viável, é Antunes Varela, que considera “impossível” somente quando a prestação, que inicialmente possível, torna-se de realização inviável⁶².

Sendo assim, para essa área doutrinária, mister não tratar uma dificuldade, ainda que excessiva, onerosa, de ordem econômica ou pessoal, no cumprimento da prestação como se impossível fosse⁶³. Para ela, importante a melhor compreensão sobre essa distinção, visto que para cada tipo de perturbação à prestação, aplicar-se-

⁶¹ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p. 1006-1007.

⁶² ANTUNES VARELA, João de Matos. **Das obrigações em geral**. Vol. II. 7. Ed. Coimbra: Almedina, 2017, p. 67 *apud* SILVEIRA, Priscila Borges da; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Reflexões contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, nº 04, 2019, p. 1423.

⁶³ Em sentido contrário, Agostinho Alvim: “Outra questão importante, nesta matéria, reside em saber se a escusa supõe impossibilidade absoluta de cumprir a obrigação, ou se basta uma dificuldade fora do comum. Geralmente se diz, e com razão, que a dificuldade de cumprir a obrigação, não exonera o devedor. Ainda que seja com sacrifício e aumento de ônus, terá ele que cumpri-la, e só se exonerará se lhe não fôr isto possível. Todavia, há certas dificuldades que quase podem ser consideradas como impossibilidade, tal o aumento de ônus que o cumprimento da obrigação acarretaria ao devedor. E neste caso elas não podem deixar de constituir escusa legítima”. Porém, salienta que “é necessário muito cuidado para não transformar simples dificuldade em caso fortuito”. ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 313-314.

á diversa solução: apenas uma efetiva impossibilidade de prestação há se ser reconhecida como uma forma de extinção do vínculo obrigacional, a outras formas o caminho a ser percorrido é da modificação, reestruturação desse vínculo.

Para melhor elucidar: esse entendimento doutrinário conclui que assimilar a impossibilidade como se pudesse relativizar seu conceito é criar um “Frankenstein”, ou seja, a medida em que vão surgindo situações que supostamente possam ser entendidas como impossíveis, mais o conceito vai se alargando e conseqüentemente seus efeitos, até inexistirem os “membros” considerados como impossíveis, de outros tipos de “membros”. Isso significa dizer: ou o cumprimento da prestação é impossível, ou há dificuldade para ser cumprida, ou onera excessivamente uma das partes quando do seu cumprimento, ou qualquer outro tipo de situação que não aquela que tenha aptidão de impossibilitar o cumprimento da prestação.⁶⁴

Antes de passar à doutrina pátria, há de ser trazido entendimento doutrinário brasileiro que vai ao encontro do de direito português que foi assim sustentado:

A impossibilidade absoluta consiste naquela prestação que não pode ser realizada – trata-se, pois, de prestação impossível. [...] Não basta, aqui, que haja uma dificuldade no cumprimento da prestação: A impossibilidade há de ser material – física ou jurídica. 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. 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.⁶⁵

Veja que nesse entendimento a impossibilidade absoluta é totalmente diversa da relativa, porque uma dificuldade no cumprimento da prestação, até mesmo aquela dificuldade que não advém da parte que não conseguiu cumprir com a prestação por situação alheia a sua vontade, não é considerada como impossibilidade, não é

⁶⁴ “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, 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. SILVEIRA, Priscila Borges da; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Reflexões contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, nº 04, 2019, p. 1426.

⁶⁵ SILVEIRA, Priscila Borgas da; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Reflexões contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, nº 4, 2019, p. 1431.

“verdadeiramente impossível” a prestação, em outras palavras, a consequência jurídica da impossibilidade relativa é diversa da impossibilidade absoluta.⁶⁶ O que não há de se concordar, pois a impossibilidade, independentemente de se enquadrar como absoluta ou como relativa, possui a mesma essencial, qual seja, de que há um obstáculo que impede o cumprimento da obrigação.

Concorda Ruy Rosado de Aguiar Júnior, pois alude que “há impossibilidade quando existe obstáculo invencível ao cumprimento da obrigação, seja de ordem natural ou jurídica”⁶⁷. Salaria o autor que a normativa pátria não faz uma diferenciação de causa e efeito a respeito de impossibilidade absoluta e relativa – além disso traz diversos casos que são considerados como de cumprimento impossível, talvez considerado como entendimento “alargado” do conceito.

Segundo Ruy Rosado, a distinção entre impossibilidade relativa e absoluta se mostrava importante por conta do efeito causado pela impossibilidade relativa originária da prestação, qual seja, de invalidez do contrato, à luz do artigo 1.091 do Código Civil de 1916.⁶⁸ É de se trazer que o Código Civil atual regula a impossibilidade absoluta superveniente, prevista no artigo 234, a respeito da perda da coisa, sem

⁶⁶ “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, 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. SILVEIRA, Priscila Borgas da; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Reflexões contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, nº 4, 2019, p. 1426.

⁶⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 96.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 99. Art. 1.091, CC/1916. A impossibilidade da prestação não invalida o contrato, sendo relativa, ou cessando antes de realizada a condição. BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

culpa⁶⁹; no artigo 248, sobre a impossibilidade da prestação do fato, também sem culpa⁷⁰; e no artigo 250, relativamente à impossibilidade de abstenção, sem culpa⁷¹.

Clóvis do Couto e Silva exemplifica a conclusão de equiparação da impossibilidade relativa à absoluta:

Ainda que se trate de insolvência, desde que esta não ocorreu por circunstância imputável ao devedor (culpa), não está ele em mora e, portanto, não responde. Essa afirmação outra coisa não significa senão a equiparação da impossibilidade relativa superveniente à absoluta. É que o art. 963 (396) cobre toda a área da mora, todas as hipóteses de retardamento da prestação. Por esse motivo, deve-se admitir que desse princípio decorra a equiparação da insolvência (impossibilidade relativa) posterior à absoluta.⁷²

Outra classificação trazida por Ruy Rosado é da impossibilidade definitiva e temporária: entende-se que a impossibilidade definitiva é aquela que impossibilite o cumprimento da prestação para sempre ou que necessite de um esforço extraordinário para ser cumprida. O exemplo clássico é da aliança que cai em um lago – não é viável drenar toda água para cumprir a obrigação de fazer de retirar a joia.⁷³

⁶⁹ Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

⁷⁰ Art. 248. Se a prestação do fato tornar-se impossível sem culpa do devedor, resolver-se-á a obrigação; se por culpa dele, responderá por perdas e danos. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

⁷¹ Art. 250. Extingue-se a obrigação de não fazer, desde que, sem culpa do devedor, se lhe torne impossível abster-se do ato, que se obrigou a não praticar. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

⁷² COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 100.

⁷³ Para melhor ilustrar, e também chamar a atenção para a linha tênue quando a dificuldade deva assumir o aspecto de impossibilidade, Agostinho Alvim: “Suponha-se que alguém, obrigado a despachar grande quantidade de mercadorias, vê-se diante de uma greve de ferroviários. Se lhe fôr possível enviar as mercadorias por estrada de rodagem, a isto está obrigado, ainda que o ônus seja maior, ou muito maior. Todavia, se não houver serviço regular por estrada de rodagem, não está êle obrigado a adquirir caminhões, ou a fretá-los de particulares, a qualquer preço. Não resta dúvida que, em casos assim, poder-se-ia dizer que não se caracterizou a impossibilidade de cumprimento, tomada a palavra ao pé da letra. Mas a diligência a que está obrigado o devedor, se, por um lado, impõe-lhe a obrigação de suportar maior ônus do que o esperado, não lhe impõe, todavia, a obrigação de arruinar-se. Acêrca disso, vêm muito a propósito as palavras de GRISOSTOMI: “Alei obriga a um certo grau de previdência, de diligência; além desse grau, não há mais responsabilidade; está-se no campo do caso fortuito”. Em tal caso, o devedor não incorre em mora. Mas a exoneração só se dá quando a dificuldade assuma o aspecto de impossibilidade, como no caso que figuramos, ou outros semelhantes, que exigiriam do devedor uma previdência fora do comum, ou sacrifícios insuportáveis”. ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 314.

Veja-se que o autor inclusive defende que “a simples dificuldade não exonera, mas a desproporcionalidade do custo para o cumprimento da prestação é equiparável à impossibilidade”⁷⁴. E traz como exemplo o caso da frustração dos efeitos da prestação: quando a prestação ainda é possível de se cumprir, mas ou o credor não pode mais recebê-la (paciente que falece antes de realizar procedimento contratado) ou o seu interesse foi satisfeito de outro modo (recuperação do paciente que acarreta a desnecessidade de se submeter à cirurgia).⁷⁵

Referente à impossibilidade temporária, pode ela ser de efeito instantâneo ou permanente. Ilustra a situação o caso do professor que é contratado para proferir palestra em um dia determinado; por motivos alheios, acaba por não poder palestrar no dia determinado, somente no dia seguinte àquele – impossibilidade temporária com efeito instantâneo – ou não poderá palestrar definitivamente – impossibilidade temporária permanente. Se a palestra não pode ser proferida em outro momento (quando é considerada como um negócio fixo), ela se equipara à impossibilidade definitiva.

Aqui há importância sobre a imputabilidade por conta de seus efeitos: se foi por culpa do ministrante o incumprimento da obrigação de proferir a palestra, faz nascer ao credor o direito formativo de resolver o contrato. Se, por outro lado, inimputável ao professor o incumprimento, a obrigação se extingue *ipso jure*, como se verá adiante.

No caso da palestra puder ser proferida em outro momento (negócio que admite cumprimento posterior), a troca do dia para ministrar a exposição não se considera como incumprimento definitivo, só assim se caracterizando no caso de o credor perder o interesse para ocorrer a palestra. Neste caso, Ruy Rosado defende que independentemente de culpa do palestrante, o credor pode pedir a resolução, inclusive com direito a indenização, na hipótese daquele não demonstrar que sua

⁷⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 100. No mesmo sentido, ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 313.

⁷⁵ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 100.

ausência se deu por caso fortuito⁷⁶ (por motivos de saúde, falecimento de parente próximo etc), daí se encaixar na circunstância de impedimento imputável.⁷⁷

Para além disso, é pressuposto do incumprimento da prestação que ele seja imputável à parte que foi atingida pela impossibilidade. Isso significa dizer que no caso do incumprimento ser imputável a uma das partes, sobre distribuição de riscos não se falará, e sim sobre inadimplemento contratual⁷⁸.

Visto que a impossibilidade pode ser originária ou superveniente, absoluta ou relativa, temporária ou definitiva, especificou-se que para tratar a problemática sobre distribuição dos riscos, a impossibilidade deve ser superveniente, vez que a impossibilidade originária é causa de nulidade do negócio. Ademais, constou-se que o ordenamento jurídico brasileiro não acatou a importância dada pelo direito português à diferenciação entre impossibilidade absoluta e relativa. No próximo ponto serão mais bem trabalhadas as consequências que incumprimento por impossibilidade de efetuar a prestação pode trazer à relação obrigacional, bem como o conceito da imputabilidade ou não a uma das partes do contrato e seus efeitos.

⁷⁶ O presente trabalho não se ocupa em pormenorizar reflexões a respeito do caso fortuito ou de força maior, seja no seu viés jurídico, seja filosófico. No entanto, vale a pena conferir a seguinte passagem sobre a matéria: “A distinção que modernamente a doutrina vem estabelecendo, aquela que tem efeitos práticos e que já vai se introduzindo em algumas leis, é a que vê no caso fortuito um impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com a sua empresa enquanto que a força maior é um acontecimento externo. Tal distinção permite estabelecer uma diversidade de tratamento para o devedor, consoante o fundamento da sua responsabilidade. Se esta fundar-se na culpa, bastará o caso fortuito para exonerá-lo. Com maioria de razão o absolverá a força maior. Se a sua responsabilidade fundar-se no risco, então o simples caso fortuito não o exonera. Será mister haja força maior, ou como alguns dizem, caso fortuito externo. Nesta última hipótese, os fatos que exoneram vêm a ser: culpa da vítima, ordens de autoridade (fait du prince), fenômenos naturais (raio, terremoto), ou qualquer outras impossibilidades de cumprir a obrigação, por não ser possível evitar o fato derivado de força externa invencível: guerra, revolução, etc. Mesmo nestes casos, é preciso indagar se o fato não é devido a qualquer culpa do autor do dano, ainda que indireta ou remota, como no caso de morte pelo raio. A força maior, portanto, é o fato externo que não se liga à pessoa ou à empresa por nenhum laço de conexão. Enquanto que o caso fortuito, propriamente, traduz a hipótese em que existe aquele nexo de causalidade”. ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p.315-316. Além dele, conferir: MIRAGEM, Bruno. **Obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 527-536; MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**.1. Parte. 33. Ed. rev; e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2007, v. 4, p. 317-318; AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 556; LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Obrigações em Geral. Volume II. 6. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995, p. 372-379; VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 10. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010, p. 333-334.

⁷⁷ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 101.

⁷⁸ A inexecução culposa pressupõe “inadimplemento, ilicitude, culpa, dano e nexo de causalidade entre o fato e o prejuízo”. GOMES, Orlando. **Contratos**. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 209.

1.2 EFEITOS DO INCUMPRIMENTO PELA IMPOSSIBILIDADE DE EFETUAR A PRESTAÇÃO

Ao longo do programa contratual, podem vir a surgir problemas que perturbem a funcionalidade do contrato, o cumprimento da prestação por uma ou ambas as partes, obstaculizando seu fim, que é o adimplemento satisfativo. Considerando que a teoria dos riscos se ocupa de responder à questão sobre quem arcará com o prejuízo decorrente do incumprimento inimputável ao devedor, delimita-se o estudo aos casos que preencham esses requisitos.

Neste ponto, serão trabalhados os efeitos que decorrem quando a prestação se torna impossível de ser cumprida por conta do objeto da obrigação perecer ou se deteriorar sem culpa do contratante (perda do objeto). No próximo ponto, será trabalhado o incumprimento pela modificação superveniente das circunstâncias que levam ao desequilíbrio contratual, torando impraticável a prestação.

O incumprimento inimputável ao devedor pode decorrer de a) impossibilidade; b) modificação superveniente das circunstâncias; c) perda de utilidade ao credor.⁷⁹ No caso de inexecução da prestação por um desses fatos, imprescindível que se trate de descumprimento sem culpa da parte que não efetuou a prestação, sob pena de não incidência dos efeitos extintivo e liberatório da obrigação.

Bem entendido que o estudo dos riscos é destinado a solucionar a problemática de atribuição dos riscos a uma das partes pela impossibilidade superveniente de cumprimento da prestação, é importante neste momento entender os efeitos do incumprimento, a divergência doutrinária sobre o tema, bem como outras teorias que tratam também sobre situações que impossibilitam o cumprimento para uma das partes.

O adimplemento é o fim da obrigação, portanto, o desenvolvimento da relação obrigacional tem como finalidade a satisfação dos interesses do credor, o que atrai e polariza o vínculo obrigacional.⁸⁰ Portanto, atingida a finalidade para a qual a obrigação

⁷⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 94.

⁸⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

foi criada, extingue-se o dever jurídico de prestação⁸¹. Segundo Ruy Rosado, quando a obrigação deixa de ser cumprida no modo e no tempo devidos, há o incumprimento⁸². Agostinho Alvim denomina o fenômeno como inexecução⁸³, o que também é seguido por Orlando Gomes⁸⁴. Embora as nomenclaturas sejam diversas, os efeitos decorrentes desse fenômeno igualmente comportam divergências.

No desenvolvimento da obrigação, por motivo estranho à vontade das partes, pode ocorrer obstáculo que impossibilite uma delas a cumprir com a obrigação. Em relação à causa, a ausência de cumprimento da prestação por um dos contraentes pode se dar por sua culpa (imputável à parte que assim procedeu), ou sem sua culpa, advindo de caso fortuito ou de força maior (inimputável), conforme o artigo 234 do Código Civil⁸⁵.

Dito isso, segundo Ruy Rosado, o efeito da impossibilidade superveniente de cumprimento inimputável à parte que não efetuou a prestação é a extinção *ipso jure* da obrigação⁸⁶, ficando sem eficácia a relação obrigacional válida (caduca, portanto,

⁸¹ Porém, outros deveres, não: “Extinto o contrato, guardam ainda os contraentes o dever de não o inviabilizar, em vista dos fins que haviam sido perseguidos pelo negócio. Com base na boa-fé, remanescem deveres jurídicos de proteção, embora extintos os de prestação. Assim, exemplificativamente, os deveres de confidencialidade ou de abstenção de condutas que possam pôr em risco o objeto a que estava direcionado o contrato. Porém, pois, restarem as partes vinculadas ao dever a não provocar danos mútuos, nas pessoas e nos patrimônios uma da outra, danos esses que teriam a sua origem em ato ou fato concernente ao contrato, podendo por eles ser civilmente responsáveis”. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 473. Somente a título de reflexão: se houver o incumprimento da prestação por caso fortuito, extingue-se a obrigação por força de lei, sem falar em dever de indenizar; contudo, se for violado culposamente o dever jurídico de proteção da extinção, pode surgir o dever de indenizar?

⁸² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 93.

⁸³ ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965, p. 19.

⁸⁴ GOMES, Orlando. **Contratos**. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 211.

⁸⁵ Art. 234. Se, no caso do artigo antecedente, a coisa se perder, sem culpa do devedor, antes da tradição, ou pendente a condição suspensiva, fica resolvida a obrigação para ambas as partes; se a perda resultar de culpa do devedor, responderá este pelo equivalente e mais perdas e danos.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

⁸⁶ É também o entendimento de Couto e Silva, que ao tratar do artigo 865 do Código Civil de 1916, art. 234 do atual, refere que “a resolução aqui não se opera pela eventual exercício do direito formativo que porventura coubesse a um ou ao outro partícipe do vínculo, pois ela ocorre *ex vi legis*. Não se cuida de exercer direito formativo, de cujo exercício resultasse o desfazimento do negócio jurídico. Daí resulta, que o direito de receber o que se deu para a compra de determinado objeto, que se incendiou e se destruiu em virtude de fato inimputável ao devedor, decorre de imediata incidência do art. 865 (234), sem estar vinculado assim a qualquer ato resolutório. (...) Nessas condições, o credor não tem direito de resolver aquilo que já não existe, mas, apenas, pretensão para receber o que já tiver prestado”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 121.

o direito à execução do contrato). Por outro lado, segundo o autor, no caso de incumprimento imputável, a impossibilidade superveniente dá causa à extinção pelo exercício do direito formativo de resolução.⁸⁷

Entretanto, não há de se falar que em todos os casos de incumprimento imputável a consequência direta é a resolução: há hipóteses de impossibilidade que também permitem a resolução, seja ou não imputável à parte que não cumpriu com a prestação (como impossibilidade parcial ou temporária, cumprimento imperfeito). Trata-se aqui de “exceção ao princípio de que o incumprimento, para gerar a resolução, deva ser culposo, pois essa regra autoriza resolução sem culpa, que será sem perdas e danos”⁸⁸. A regra por ele mencionada é o artigo 235 do Código Civil⁸⁹: “Deteriorada a coisa, não sendo o devedor culpado, *poderá o credor resolver a obrigação*, ou aceitar a coisa, abatido de seu preço o valor que perdeu”⁹⁰. Ainda, segundo o autor:

O fundamento está na falta de interesse jurídico e social na conservação de contrato que apresenta qualidades negativas, em prejuízo das partes, especialmente do credor, com indefinição decorrente da recusa de prestação insuficiente ou da prolongada demora na prestação retardada. Não sendo caso de extinção automática, deve-se encontrar no ordenamento jurídico solução compatível, invocando normas criadas para situações análogas.⁹¹

Conclui Ruy Rosado que o ordenamento jurídico admite tanto a inexecução voluntária quanto a involuntária como requisito para resolução como efeito do descumprimento da prestação. A resolução culposa, com direito à indenização, e a resolução sem culpa, sem o direito compensatório.⁹²

⁸⁷ No presente trabalho, ficaremos estritamente vinculados ao incumprimento inimputável, em que o direito formativo de resolver não tem espaço. Para uma melhor análise sobre a inexecução imputável, conferir: AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 103-113. ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

⁸⁸ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 103-113.

⁸⁹ “Aí, realmente, a resolução não se opera *ex vi legis* (‘poderá o credor resolver a obrigação’), constituindo-se em resultado de exercício de direito formativo extintivo de resolver”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 121.

⁹⁰ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 115.

⁹¹ *Ibidem*, p. 115-116.

⁹² “é que se deve ajustar a teoria que vê a resolução como uma sanção com os dispositivos do Código Civil que expressamente admitem a resolução, apesar da ausência de culpa do devedor (...), a evidenciar que o próprio sistema codificado convive com as duas soluções: resolução com culpa,

Em outro viés, Orlando Gomes entende que, quando há inexecução involuntária, advinda da impossibilidade superveniente de ser cumprida a obrigação, resolve-se o contrato em virtude da causa de inexecução. Ainda, segundo o autor, para que a parte inadimplente seja liberada do vínculo obrigacional, a impossibilidade deve ser superveniente (provir de caso fortuito ou de força maior); objetiva, total e definitiva: existentes os pressupostos, a resolução irá se operar de pleno direito.⁹³

Ainda, possui o seguinte entendimento: aos contratos bilaterais, pela resolução do contrato, extingue-se a obrigação àquele que se viu impossibilitado de cumprir a prestação, mas a contraprestação devida pela outra parte pode ser satisfeita. Entretanto, a parte não é obrigada a cumpri-la, visto que é regra dominante que a exoneração de uma parte se estenda à outra: “extingue-se a pretensão de quem deixou de cumprir, mas fica impossibilitado de exigir a contraprestação, já que a obrigação perde sua causa, rompendo-se, em verdade, o vínculo de conexão entre as obrigações”⁹⁴:

[...] a impossibilidade superveniente da prestação acarreta a resolução do contrato, eximindo o devedor de cumpri-la. Mas a prestação contraposta pode ser satisfeita. A questão consiste em saber se deve ser cumprida ou se, ao contrário, o dever de prestar se extingue em consequência da quebra do sinalagma, do desaparecimento de sua causa. O devedor é liberado da obrigação de satisfazer a contraprestação. É, portanto, o devedor que suporta o risco, que sofre o prejuízo ao perder o direito de exigir da outra parte que cumpra a obrigação.⁹⁵

Ainda, no caso de já ter sido cumprida a obrigação por um dos contraentes, o autor refere que a outra parte deve restituir a prestação, sob pena de enriquecimento sem causa. Veja-se que Orlando Gomes não trata como extinção *ipso jure*, porque defende que com a resolução da obrigação, retornam as partes ao *status quo ante*: faz uma diferenciação entre a extinção de uma parte e impossibilidade de outra, além de sustentar que “resolvido, pois, o contrato, as partes voltam à situação anterior a sua celebração”⁹⁶.

como regra geral, dando direito à indenização; resolução sem culpa, mas então sem indenização”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 116.

⁹³ GOMES, Orlando. **Contratos**. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 211-213.

⁹⁴ Ibidem, p. 213.

⁹⁵ Ibidem, p. 195.

⁹⁶ GOMES, Orlando. **Contratos**. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 195.

1.3 EFEITOS DO INCUMPRIMENTO PELA INEXIGIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

Compreendidos os efeitos decorrentes da inexecução involuntária da prestação por uma das partes por conta de obstáculo intransponível, mister agora enfrentar os dilemas vinculados aos efeitos advindos do incumprimento involuntário por conta de perturbação que, embora não torne absolutamente impossível o cumprimento da prestação, acarrete uma excessiva onerosidade a uma das partes, ao ponto de se tornar inexigível sua prestação, sob pena de infringir os princípios decorrentes da boa-fé⁹⁷, e ir de encontro à necessidade de pautar a relação obrigacional com cooperação entre as partes visando a atingir a finalidade do contrato.

Tal contexto pode ser analisado a partir de duas circunstâncias principais, que acarretam distintas consequências à solução: a primeira delas importa na imposição, a uma das partes, de um esforço maior do que o previsto quando da pactuação da obrigação; a segunda observa-se quando frustrada a finalidade do contrato pela perda de utilidade para um dos contratantes. Infere-se que na primeira hipótese, o contrato não perde sua finalidade, mas adquire um caráter de onerosidade excessiva e desproporcional para uma das partes. Logo, uma vez preservada sua finalidade, ainda que exigível (justamente porque conserva sua finalidade), torna-se impraticável. Já na segunda hipótese, o contrato tem sua finalidade absolutamente frustrada, tornando-se, em razão disso, inexigível.

É essencial destacar nesse ponto que a finalidade do contrato conserva em si a essência própria do pactuado: o contrato possui sempre um intuito, o qual deve seguir, ao passo que o objetivo de solucionar ou de contornar eventuais obstáculos que possam vir a surgir é, propriamente, o de alcançar a finalidade do contrato – a razão máxima pela qual foi convencionado.

⁹⁷ Menezes Cordeiro salienta que em uma eventualidade, havendo alterações das circunstâncias à celebração do contrato, não deve haver entre as partes exigências contrárias à boa-fé, permitindo que a parte afetada possa rescindir ou modificar o contrato. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p. 903-904. E não somente a boa-fé, como também “as condições das partes, a finalidade do contrato e as circunstâncias objetivas que cercam o negócio jurídico”. SILVA, Luís Renato da. Revisão de contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. **Revista Eletrônica Ad Judicia**, Porto Alegre, Ano I, nº 10, out./nov./dez., 2013, p. 13.

A partir disso, várias teorias surgiram para embasar a extinção ou a modificação do conteúdo dos negócios jurídicos, a fim de controlar a utilidade e justiça dos contratos⁹⁸ quando da ocorrência desse tipo de perturbação.

Essas teorias procuraram apurar qual é o fundamento e em que condições a modificação superveniente das circunstâncias autorizaria uma das partes promover a dissolução ou postular a revisão do contrato.

1.3.1 A cláusula *rebus sic stantibus*

Os contratos são celebrados para serem cumpridos nos termos em que foram contratados, sendo lei entre as partes.⁹⁹ No entanto, circunstâncias alheias às vontades das partes podem inviabilizar o adimplemento do contrato tal como pactuado, e frustrar sua finalidade própria¹⁰⁰.

Por conta das alterações de circunstâncias que impossibilitam o cumprimento do contrato tal como firmado, surge a partir do fim do século XIV a delimitação¹⁰¹ do

⁹⁸ “A própria aplicação da boa-fé objetiva, a resolução do contrato por alteração superveniente das circunstâncias, reconhecimento da lesão, entre outros modelos jurídicos voltados para o controle do conteúdo do contrato e, portanto, em certa medida, de controle da utilidade e justiça dos contratos”. BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O regime obrigacional unificado do Código Civil Brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 872, p. 11-42, jun. 2008.

⁹⁹ “os contratos são obrigatórios para as partes, porque estas, por intermédio desses instrumentos, realizam suas cláusulas, regulando seus próprios interesses. O contrato representa, para as partes, verdadeira lei, só para elas, ou como diziam os romanos, a *lex privata*”. AZEVEDO, Alvaro Villaça. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos. **Revista dos Tribunais**, ano 85, v. 733, p. 109-119, nov. 1996, p. 110. “Dá-se o nome de autonomia privada, ou de autonomia de vontade, como é notoriamente sabido, ao poder concedido aos indivíduos de auto-regular os seus interesses, suscitando efeitos reconhecidos e tutelados pela ordem jurídica. Essa autonomia privada da vontade, presente nas várias áreas do direito privado, se particulariza, no direito contratual, na chamada liberdade de contratar, que se exterioriza, sob dupla vertente, na liberdade na celebração dos contratos (*Abschlussfreiheit*) e na liberdade na modelação do conteúdo desses contratos (*Gestaltungsfreiheit*). Dito poder, no duplo campo da celebração e da estipulação, permite, assim, que as partes contratantes disciplinem os seus interesses como melhor lhes convier, fazendo da convenção uma verdadeira norma jurídica, que entre eles opera como lei. Daí dizer-se que o contrato é lei entre as partes”. LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 31, jan./mar. 2016, 2006, p. 13.

¹⁰⁰ “A frustração da finalidade própria do contrato, por fatos externos e não incluídos no risco daquele tipo de negócio, destrói a razão de ser da permanência das obrigações”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 151.

¹⁰¹ A professora Judith elucida que o princípio geral que traz a possibilidade de modificação do pactuado quando há mudança do estado de fato remonta dos escritos de Cícero e de Sêneca, e que no final do século XIV somente houve a delimitação do campo de aplicação da cláusula, e não o seu surgimento. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, volume V, tomo I: do

campo de aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, sendo uma oposição à cláusula *pacta sunt servanda*, por sua concepção delimitar que o contrato somente permanecerá íntegro “quando não modificada, em sua fase de execução, a situação de recíproco sacrifício e benefício levada em consideração pelas partes no momento de sua conclusão”¹⁰².

Sendo assim, na hipótese de alteração do estado de fato contemporâneo à formação do vínculo obrigacional, a parte que, por conta dessa alteração, tivesse seus encargos excessivamente majorados, poderia ser desvinculada de sua obrigação. Por sua extrema generalidade e imprecisão, a cláusula sofreu diversas críticas, acabando por ser praticamente esquecida posteriormente ao movimento revolucionário do século XVIII¹⁰³, principalmente em atenção à teoria da pressuposição de Windscheid, renascendo após a primeira e a segunda Guerras Mundiais sob diferentes fundamentos teóricos e novas formulações¹⁰⁴.

Como uma forma de minimizar os efeitos resultantes das guerras, houve o desenvolvimento de teorias visando a fundamentar as exceções ao princípio da obrigatoriedade das conversões, sob diferentes fundamentos e novas reformulações, tendo como base a cláusula *rebus sic stantibus*, na tentativa de justificar de forma mais técnica o fenômeno.¹⁰⁵ Três delas se destacaram e receberam, paulatinamente,

direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 235-236.

¹⁰² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 235.

¹⁰³ “Com as codificações desencadeadas pelo Código Civil Napoleônico, a doutrina da cláusula inicia o período de declínio. À ideologia da liberdade-igualdade-fraternidade repugnava medidas inseguras. A vontade livre de contratantes iguais, que negociavam fraternamente, deveria ser preservada. Não se permitiam cláusulas implícitas que fossem pressupostas. Afinal, sendo possível estatuir-se tudo, clara e livremente, a falta de aclaração de uma forma extintiva do contrato só poderia ser entendida como renúncia a ela. O silêncio importava em não querer e a vontade era soberana. A vontade contratada era a lei das partes”. SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 100.

¹⁰⁴ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2. Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 143-144; SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 98-100.

¹⁰⁵ “Conquanto todas essas respostas tenham, por detrás de si, as formulações do jus commune acerca da cláusula *rebus sic stantibus*, nem sempre a formulação é idêntica, nem sempre é similar à extensão dos poderes conferidos ao juiz para interferir no contrato, corrigindo o desequilíbrio e nem sempre são similares às condições exigidas para permitir a intervenção heterônoma na economia contratual”. MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos no Código Civil brasileiro. Roma e América: diritto romano comune. **Rivista di Diritto Dell’integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, nº 16, 2003, p. 144; SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 101.

consagração no entendimento jurisprudencial e na legislação brasileira: a) Teoria da Imprevisão; b) Teoria da Base Objetiva do Negócio; e a que a nós é mais cara c) Teoria da Onerosidade Excessiva.¹⁰⁶

1.3.2 Teoria da Base Objetiva do Negócio

Essa teoria, também conhecida como Teoria da Base Negocial, foi desenvolvida pela doutrina alemã dos finais do século XIX até meados do século XX.¹⁰⁷ Segundo Larenz, a base objetiva do negócio é

[...] o conjunto de circunstâncias e o estado geral das coisas, cuja existência ou subsistência é objetivamente necessária para que o contrato, segundo o significado das intenções de ambos os contratantes, possa subsistir como regulação dotada de sentido.¹⁰⁸⁻¹⁰⁹

¹⁰⁶ “Em linhas gerais, pode-se afirmar que, do ponto de vista da sincronia comparatista, três são as respostas encontradas para fazer frente ao problema do desequilíbrio contratual: a resposta francesa (Teoria da Imprevisão); a resposta germânica (Teoria da Base Objetiva do Negócio) e a resposta italiana (Teoria da Excessiva Onerosidade)”. MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos no Código Civil brasileiro. Roma e América: diritto romano comune. **Rivista di Diritto Dell’integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, nº 16, 2003, p. 144. Da mesma autora, **Comentários ao novo Código Civil**, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 237.

¹⁰⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 239.

¹⁰⁸ LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. **Revista de Derecho Privado**, Editorial, Madri, 1956, p.224 *apud* AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 145.

¹⁰⁹ Considera-se salutar trazer a brilhante reflexão do professor Ruy Rosado de Aguiar Júnior que alude com clareza a desnecessidade de recorrer ao significado inicial da intenção das partes para assegurar a finalidade do contrato: “O próprio contrato, pela natureza das prestações pactuadas e das demais cláusulas, pelas condições das partes e outras que envolvem o negócio, fornece elementos objetivamente seguros para a formulação de um juízo sobre a força da modificação superveniente em relação a ele, quanto à equivalente e ao seu escopo natural. Para isso, não há necessidade de recorrer à vontade presumida das partes, perquirindo sobre as cláusulas que teriam redigido se conhecessem a atual realidade, seja para modificar as recíprocas obrigações, seja para estipular cláusula resolutória; porquanto, assim como a lesão enorme atua sobre o contrato independentemente da vontade do lesado e até contra ela, como é do nosso Direito, assim também a apreciação dos efeitos modificadores sobre o contrato há de se fazer tendo em vista os elementos objetivos que dele se possam extrair. A regra sobre o comportamento dos contratantes deve ter em vista a realidade atual do contrato, para que se estabeleça no presente o seu atuar, atendendo às exigências de lealdade a que ambos estão sujeitos, conforme o princípio da boa-fé e as normas comuns do comércio jurídico. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2. Ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p.150-151.

No caso de eventos supervenientes à formação do contrato acarretarem no desaparecimento desse conjunto de circunstâncias, impondo a uma das partes um esforço maior do que o previsto quando do momento da pactuação da obrigação, ou quando frustrada a finalidade do contrato pela perda de utilidade para um dos contratantes, abre-se a possibilidade de resolver ou revisar o contrato. Em outras palavras: quebra-se a base objetiva do negócio quando há destruição da relação de equivalência das prestações ou frustração da finalidade do contrato.¹¹⁰

1.3.3 Teoria da Imprevisão

A teoria da imprevisão se apresenta como a resposta francesa ao desequilíbrio dos contratos. Pressupõe que o conteúdo do contrato poderia ser revisto “em razão de circunstâncias *excepcionais e imprevisíveis*, que caracterizam uma ‘álea extraordinária’ para um dos contratantes”¹¹¹.

Segundo Judith-Martins Costa, o atual Código Civil não acolheu tal teoria¹¹², embora tenha sido aplicada por força da jurisprudência em contratos administrativos¹¹³:

¹¹⁰ “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 (...) 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. (...) Tem-se que a adoção da teoria da base permitiria que, mesmo sendo previsível o fato, a sua superveniência aliada à quase impraticabilidade da prestação, permitiria a revisão contratual, para adequar ao pactuado. 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 inexista onerosidade ou vantagem excessiva”. SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 138-139.

¹¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 237.

¹¹² Ibidem, p. 237-238. Em sentido contrário, defende Álvaro Villaça Azevedo que “o novo Código Civil, em seu artigo 478, acolhe a teoria da imprevisão”. In: **Contratos**: disposições gerais, princípios e extinção. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de; et al (Coord.). **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas – homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 62.

¹¹³ “Nossa jurisprudência, de forma dominante, tem reconhecido a aplicabilidade da teoria da imprevisão, nos moldes acima, para abrandar, em casos excepcionais, o absolutismo do princípio da força obrigatória dos contratos, consubstanciado na clássica regra do *pacta sunt servanda* (...). Mas, esse posicionamento dos tribunais brasileiros destaca sempre o caráter excepcional da teoria da imprevisão que somente pode afastar o princípio da força obrigatória dos contratos em situações de extrema gravidade, que possam colocar o devedor em situação ruinosa que não previu, nem podia prever ao tempo da pactuação do negócio jurídico. (...) Mas é preciso ter bem seguro que a teoria da

[...] muito embora respeitadíssimas opiniões em contrário, entendo que o novo Código Civil Brasileiro não acolhe a Teoria da Imprevisão. [...] ao menos no artigo 317, que trata da excessiva onerosidade da prestação atual comparativamente ao momento de sua pactuação – porque não se refere à excepcionalidade da álea. Como observei, constituem condições de incidência da Teoria da Imprevisão (ao menos na sua formação original), a imprevisibilidade e a excepcionalidade do evento causador do desequilíbrio, bem como a extraordinariedade da álea causada a um dos contratantes. Essas condições de incidência tornam o seu âmbito bastante restrito, pois supõem, sempre, situações contingentes e absolutamente extraordinárias e imprevisíveis em sua contingência. Esse não é o caso da regra do art. 317, que exige a imprevisibilidade do evento e a ‘desproporção manifesta’, mas não a excepcionalidade do evento nem a sua ‘extraordinariedade’, apenas ‘desproporcionalidade’ (ainda que ‘manifesta’) entre o pactuado como prestação e o seu efetivo valor, na época do pagamento. O art. 478 – é bem verdade – exige a ‘extraordinariedade’ do acontecimento, mas para o efeito da resolução contratual (que é o remédio mais drástico), e não o da revisão.¹¹⁴

Isso concordado, passar-se-á a estudar a teoria abraçada pelo atual Código Civil e de principal importância à presente pesquisa, considerada variante da Teoria da Imprevisão.

1.3.4 Teoria da Onerosidade excessiva

A teoria da onerosidade excessiva é considerada a versão moderna da teoria da imprevisão, sendo o modelo adotado pelo Código Civil Italiano, e transladado ao Brasileiro.¹¹⁵ A Itália é o berço da teoria, primeiramente aplicada pela doutrina italiana e posteriormente incorporada ao Código Civil de 1942¹¹⁶ no que se refere à resolução

imprevisão não aboliu o princípio da força obrigatória do contrato, nem tornou passível de alteração o negócio jurídico, simplesmente porque a conjuntura econômica tornou mais ou menos onerosa sua execução dentro da álea natural do mundo dos negócios. Isto quer dizer que só a superveniência de eventos imprevisíveis e excessivamente onerosos permite a revisão, sendo certo, portanto, que "rever o contrato não é substituir arbitrariamente a vontade das partes pela vontade judicial." THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 16.

¹¹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos no Código Civil brasileiro. Roma e América: diritto romano comune. **Rivista di Diritto Dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, nº 16, 2003, p. 144-146.

¹¹⁵ SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 102; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 245.

¹¹⁶ “Os requisitos para aplicação da teoria se encontram expostos no artigo 1.467 do Código Civil italiano, que são: a) tratar-se de um contrato de execução continuada; b) existir uma onerosidade excessiva para uma das partes; c) ocorrer um evento extraordinário e imprevisível; d) colocar-se o dano fora da álea normal do contrato. “Como consequência, tem-se a resolução do contrato com a possibilidade de sua revisão caso a outra parte ofereça o restabelecimento equânime da prestação”.

contratual, embora na normativa brasileira a utilização não se restrinja à resolução (art. 478, CC), como também aos casos de revisão judicial (art. 317, CC).

No Brasil, somente com a promulgação do Código Civil de 2002, positivou-se pela primeira vez a possibilidade de resolução e revisão dos contratos por fatos supervenientes.¹¹⁷

A distribuição dos riscos por inexigibilidade da prestação foi recepcionada pelo ordenamento jurídico a partir do sistema da onerosidade excessiva, que é previsto no Código Civil atual e concebido como forma de resolução do contrato¹¹⁸ sem autorizar, a princípio, a sua revisão.

Entretanto, o artigo 317 do Código Civil, que trata especificamente de revisão judicial, inserido no Capítulo “Do pagamento”, bem como nas duas exceções contempladas nos dispositivos legais inseridos no Capítulo II – Da extinção do Contrato, Seção IV – Resolução por Onerosidade Excesso, todos do Código Civil, autoriza a revisão por esse sistema, se houver a presença dos seguintes requisitos: a) no caso de contrato sinalagmático de execução continuada, periódica ou diferida, mediante expressa anuência do credor¹¹⁹; b) no caso de contrato unilateral, que gera obrigações somente para uma das partes, quando o credor está sujeito às modificações (redução ou alteração) que lhe forem judicialmente impostas, como forma de evitar o agravamento da prestação¹²⁰.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 108.

¹¹⁷ Embora já houvesse normativas que autorizassem a modificação dos contratos por motivos imprevisíveis antes da vigência do Código, tal como o artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, que prevê a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais ou revisão do contrato em virtude de fatos supervenientes que tornem as prestações excessivamente onerosas como um direito básico do consumidor: “São direitos básicos do consumidor: (...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

¹¹⁸ Artigo 478, CC: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

¹¹⁹ Artigo 479, CC: A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

¹²⁰ Artigo, 480, CC: Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a

É importante, contudo, analisar tais artigos porque sua simples leitura indica imprecisões, lacunas e expressões genéricas que demandam um exercício de interpretação. Sendo assim, serão estudados os requisitos para que haja os possíveis efeitos decorrentes da aplicação da teoria da onerosidade excessiva. Os critérios de aplicação da teoria da onerosidade excessiva serão mais bem trabalhados no ponto 2.2 deste trabalho.

2 CRITÉRIOS LEGAIS DE DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS

Em uma perspectiva histórica, pela ausência de respostas da legislação fechada que se pretendia pelo legislador do Código Civil de 1916, visualizou-se uma necessidade de uma codificação aberta, com cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados. No atual Código Civil, ao abandonar a mentalidade oitocentista, o legislador se baseou em um novo paradigma cultural, com um predomínio da socialidade à frequente referência a princípios que levam em conta a ética da situação¹²¹, em que a igualdade se concretiza em uma relação de proporcionalidade.¹²²

Em verdade, o espaço jurídico brasileiro, antes da entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor¹²³, não gerou previsões normativas destinadas a contemplar modificações de regulação contratual com intuito de enfrentar eventualidades. Tanto é que durante muito tempo na jurisprudência anterior ao código atual “privilegiava a vontade das partes sobre (i) a economia contratual e (ii) o que se está chamando de intenção comum”¹²⁴.

Não é por menos que os mecanismos legais de distribuição dos riscos foram trazidos quando das alterações entre a lei civil em vigor e aquela apegada a pressupostos formais e individualistas¹²⁵. O princípio do equilíbrio contratual, embora

¹²¹ “além de fixar as linhas ordenadoras do sistema, firma os princípios ético-jurídicos essenciais, ela se torna instrumento indispensável e sobremaneira fecundo na tela da hermenêutica e da aplicação do direito. Essa função positiva ainda mais se confirma quando a orientação legislativa obedece a imperativos de socialidade e concreção, tal como se dá no anteprojeto”. REALE, Miguel. **Exposição de motivos**. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983, p. 118 *apud* BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **O regime obrigacional unificado do Código Civil Brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual** – a compra e venda como modelo jurídico multifuncional. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 872, jan. 2008, p. 11-42.

¹²² MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

¹²³ O artigo 6º, inciso V, do Código de Defesa do Consumidor, prevê a possibilidade de modificação das cláusulas contratuais ou revisão do contrato em virtude de fatos supervenientes que tornem as prestações excessivamente onerosas como um direito básico do consumidor: “São direitos básicos do consumidor: (...) V – a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas”. BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

¹²⁴ SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 22.

¹²⁵ “O Código Civil de 1916 ressentia-se da falta de regra sobre os efeitos das circunstâncias supervenientes, capazes de abalar o equilíbrio contratual (...). O novo Código Civil veio agora autorizar não apenas a extinção do contrato, como também a sua modificação, em razão dos fatos surgidos depois da celebração do contrato”. AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A extinção dos

inexpresso com caráter geral no Código Civil¹²⁶, impactou fortemente no modo como se lidará com as perturbações das prestações por circunstâncias supervenientes ao momento da delimitação do conteúdo do negócio.

Do momento em que se tem em conta que a obrigação deve ser pensada como um processo dinâmico, sujeito a alterações das circunstâncias no decorrer de sua execução, o princípio do equilíbrio contratual atinge, portanto, toda extensão do processo obrigacional, especialmente quando há perturbações em sua finalidade prática. Embora a ordem jurídica estabeleça “*standards* mínimos de comportamento aos seus agentes”¹²⁷, tal princípio, dentre outros, subordinam a matéria porque encaixam a um sem número de casos que precisam de uma solução quando se torna impossível o cumprimento da prestação por uma ou ambas as partes¹²⁸. E é dessa forma que o legislador do Código Civil moderno uniformizou seu regramento, centralizando as regras gerais que orientam o ordenamento jurídico¹²⁹.

Com entendimento diverso, Menezes Cordeiro critica a ideia de equilíbrio contratual, entendendo como inadequada, porque acredita que é somente quando da delimitação do conteúdo do negócio jurídico que há um equilíbrio, não sendo durável, apenas momentâneo, e que essa “justiça contratual” é imposta pelo Direito, e não pelo contrato. Além disso, sustenta ser uma utopia achar que há sentidos profundos na direção de um equilíbrio quando da contratação, que tal assertiva tem uma potencialidade educativa, e não científica:

Cada parte prossegue objetivos próprios e desconhece os da contraparte; cada parte sabe, o mais das vezes, que a sua mais-valia é a perda da contraparte. As declarações contratuais são formuladas nessa base e representam um equilíbrio momentâneo que todos sabem não ser durável e que, por isso mesmo, é atraente. Uma ‘justiça contratual imanente’, a existir, devida do exterior e é imposta pelo Direito: não é, pois contratual nem, muito

contratos. In: FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 512.

¹²⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 648.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ “não é possível submeter todos os casos a um só princípio, apesar dos esforços para deduzi-lo. Desta impossibilidade não resulta, entretanto, proliferação de regras, a ponto de particularizarem nos tipos contratuais ou nas espécies obrigacionais. À matéria pode-se dar unidade lógica, embora subordinando-a a princípios diferentes, aplicáveis, no entanto, a grande número de casos. Qualquer dos princípios sugeridos admite tantas exceções, que, em verdade, perde o cunho de generalidade. Preferível, assim, adotar a solução preconizada pelos pluralistas, seguindo a orientação prática do legislador consistente na diversificação de regras”. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 193

¹²⁹ REALE, Miguel. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 69.

menos, imanente. As afirmações tendentes a descobrir sentidos mais profundos na contratação em si, e, em especial, aquelas que nela pretendem descobrir um equilíbrio especial, reportando a valores transcendentais e tudo isto ancorado no contrato, como instituto dimanado da autonomia privada, relevam de um jusromantismo ou de uma utopia social. Elas podem ter um certo interesse cultural, no sentido de uma potencialidade educativa. Mas são inaptas para assentar de construções científicas.¹³⁰

São duas as fontes que estabelecem como se dará a distribuição dos prejuízos entre as partes: ou a fonte legal ou por força da autonomia privada.¹³¹ Há quem defenda que, quando da materialização dos riscos supervenientes à celebração do contrato, as partes devam respeitar necessariamente aquilo que foi entabulado – como se o contrato fosse independente de sua função ou da sua gênese.

Dentre eles, ao exaltar o princípio do *pacta sunt servanda* e defender o caráter excepcional de intervenção ao avençado entre as partes, Cristiano Zanetti apresenta uma solução para sabermos quais fatos poderiam permitir essa interferência pelo ordenamento jurídico: “conferir maior importância à definição dos riscos próprios ao contrato celebrado”¹³². Acrescenta o autor que “a materialização dos riscos contratuais não dá margem para que o Poder Judiciário intervenha naquilo que foi convencionalmente definido pelas partes”¹³³.

A partir disso, o autor elencou critérios interpretativos visando a materializar a extensão do risco: a) *natureza do contrato*, porque “quanto maior for o risco próprio ao tipo contratual, menor será a chance de se pôr em discussão os termos do pactuado por conta de eventos alegadamente extraordinários e imprevisíveis”; b) *conjuntura do mercado*, pois “os contratos celebrados em ambientes caracterizados pelo risco muito dificilmente poderão ser discutidos judicialmente por conta de excessiva onerosidade superveniente”; c) *qualificação das partes*, tendo em vista que “a presença de especialistas em ambos os lados permite, inclusive, internalizar riscos mais expressivos e, como consequência, diminuir a margem para ocorrência de fatos que possam ser qualificados como extraordinários e imprevisíveis”; d) *extensão*

¹³⁰ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p. 1074-1075

¹³¹ MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado**: critérios para sua aplicação. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 651.

¹³² ZANETTI, Cristiano de Sousa. **O Risco Contratual**. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al. (coord.) **Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 458-459.

¹³³ *Ibidem*.

temporal, já que “maior a duração, maior o risco e menor a chance de que os fatos supervenientes possam ser qualificados como extraordinários e imprevisíveis; e) *especificidade dos fatos supervenientes*, dado que “maior a especificidade, maior a chance de se tratar de um evento extraordinário e imprevisível, a ponto de permitir a intervenção judicial no domínio do pactuado”.¹³⁴

Concluiu o autor que o pactuado seja posto em discussão somente quando da presença de fatos extraordinários e imprevisíveis. Com intuito de apontar quais fatos merecem essa qualificação, elencou cinco fatores acima descritos e posteriormente mencionou que “para bem apreciar os litígios contratuais, é imprescindível estremar os riscos que são conformes à fisiologia do negócio daqueles efetivamente patológicos”. Por fim, indicou que a intervenção judicial “não serve para (...) que se contrate no lugar das partes, a fim de partilhar, posteriormente, as consequências da verificação do risco do negócio”¹³⁵.

Além dele, logo após explicar a “técnica de eliminação progressiva” como algo que *deve* ser feito para o exame do negócio sob o ângulo negativo¹³⁶, Antônio Junqueira de Azevedo traz o “princípio fundamental que domina toda a matéria de inexistência, invalidade e eficácia”¹³⁷, qual seja, o princípio da conservação. A ideia central de Azevedo é a conservação do “máximo possível do negócio jurídico realizado pelo agente”, e se o negócio jurídico é uma declaração de vontade, segundo ele, quer-se a conservação da manifestação de vontade realizado pelo agente – se se tratamos de um negócio jurídico bilateral (contrato), então das manifestações de vontade pelos agentes. Quer assim dizer que quando da criação de normas pelo legislador e da aplicação dessas normas pelo intérprete, a manifestação de vontade não deve ser mitigada, à luz do princípio fundamental da conservação, pela “própria razão de ser do negócio jurídico”.¹³⁸

¹³⁴ ZANETTI, Cristiano de Sousa. **O Risco Contratual**. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al. (coord.) Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 458-466.

¹³⁵ Ibidem, p. 467.

¹³⁶ “O exame do negócio, sob o ângulo negativo, deve ser feito através do que batizamos com o nome de *técnica de eliminação progressiva*”. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia**. 4. Ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 63.

¹³⁷ Ibidem, p. 66.

¹³⁸ Ibidem.

Para embasar essa conclusão, traz a seguinte explicação da razão de ser do negócio jurídico: se o sistema jurídico permitiu que pela autonomia da vontade as declarações dos agentes produzissem efeitos, isso “representa algo de juridicamente útil”, já que “cada negócio concreto é que adquire existência a categoria negócio jurídico”. Caso não houvesse esse reconhecimento pelo ordenamento jurídico, os negócios permaneceriam “sendo sempre algo abstrato e irrealizado”, portanto, é o princípio da conservação que traz o reconhecimento da utilidade jurídica dos negócios.¹³⁹

Em nota de rodapé, entretanto, Azevedo enfatiza que, embora tenha dito “conservar tudo o que é possível” no negócio jurídico, há limites para mantê-los que advêm do próprio ordenamento jurídico que “expressamente, nega à vontade a possibilidade de criar regras jurídicas concretas”¹⁴⁰. Grosso modo, talvez até mesmo de modo simplista, Azevedo dá importância máxima à conservação da manifestação de vontade pelas partes, exceto quando o próprio ordenamento jurídico a limita.¹⁴¹

Nesse mesmo sentido, Menezes Cordeiro defende que quando haja uma alteração das circunstâncias, não se cria um “espaço vazio” para que as partes possam preencher, em um exercício de liberdade; há, isso sim, um choque entre aquilo que foi regulado entre as partes, do exercício da autonomia privada, e as regras objetivas atinentes a essas situações, alheia às partes.¹⁴²

Referente às regras objetivas atinentes a essas situações, não é de hoje a tentativa de formular um princípio único que solucionasse todas os problemas dos riscos, a partir de uma regra geral, tal como “o devedor não responde pelos prejuízos

¹³⁹ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. Ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 63.

¹⁴⁰ Nota de rodapé 91. AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio Jurídico**: existência, validade e eficácia. 4. Ed. atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei nº 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Editora Saraiva, 2002, p. 67.

¹⁴¹ Uma ótima crítica a respeito vem Clóvis de Couto e Silva: “O pensamento, porém, daqueles que vêem no contrato uma vontade abstrata, que defendam a posição de que, uma vez perfeitos, estão livres de toda e qualquer modificação, ainda que ditada por novos fatos sociais, outra coisa não consiste senão em considerar o contrato algo meramente formal, verdadeiro mecanismo à margem da vida, maior produtor de conflitos de interesses do que soluções para os mesmos”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 106.

¹⁴² “Na alteração das circunstâncias, não existe mero espaço vazio que se possa, com certa liberdade, preencher; há um espaço contratualmente regulado que, ao arrepio do combinado, contra a regra pacta sunt servanda, entrechocando-se com a autonomia privada e contrariando a vontade de uma das partes, vai, do exterior, ser modificado, em obediência a regras objectivas, alheias às partes”. MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p. 1079-1080.

resultantes de caso fortuito”; “é o credor quem suporta as consequências danosas pelo incumprimento”; “nem credor nem devedor suportam, retornando as partes ao status quo ante”. É para isso que se propõe a teoria dos riscos, para trazer um “princípio geral a que se subordinem regras aplicáveis à questão em todos os aspectos particulares sob que se apresenta”¹⁴³.

Segundo Menezes Cordeiro, um dos primeiros a aplicar a ideia de risco de maneira sistematizada foi Veränd Kegel, ao tratar como eficaz as alterações de circunstâncias que em alguma medida ocasionasse um “perigo comunitário, de massas, natural ou causado pelo Estado, que, transcendendo o âmbito das partes, emergisse como fruto de um risco globalmente suportado”¹⁴⁴, devendo os danos serem repartidos pelas partes, “segundo juízos de oportunidade e equidade, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto”.¹⁴⁵

Menezes Cordeiro critica esse tipo de solução, porque tal solução “conduz a uma intervenção do Estado ou da comunidade organizada, com uma repartição de danos por todos – incluindo, pois, pessoas estranhas ao contrato – e não, apenas, pelas partes numa situação jurídica”¹⁴⁶. Além de Kegel, o autor apresentou outros estudiosos cada qual com seu entendimento a respeito da teoria do risco, o que vale a pena aqui também trazer.

Fikentscher entende que os contratos implicam todos o seu risco: enquanto as alterações se incluírem nesse âmbito de risco, o contrato vale; se caírem fora dele, põe-se o problema da sua manutenção. (...) Flume, que desenvolve, também, uma tese própria a qual acaba, aliás, por contestar a autonomia da alteração das circunstâncias, admite como subjacente um problema de repartição de risco; mas este não decide. (...). Coroado todo um período de profícuas investigações sectoriais, surge um extenso livro de Koller que visa estabelecer, em sistema, a imputação do risco nas perturbações de contratos com prestações recíprocas; a alteração das circunstâncias é, pois, repetidamente considerada por esse prisma, restando apenas saber se há novos critérios materiais de decisão ou tão só outra remodelação linguística.¹⁴⁷

¹⁴³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 191.

¹⁴⁴ MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Editora Almedina, 2013, p.1053-1054.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem, p.1054. E acrescenta: “No que toca ao critério de decisão, Kegel acaba por remeter para a equidade e o caso concreto; apenas se pode relevar a ideia básica de repartição igualitária – meio por meio – do prejuízo, a partir da qual todas as alterações são possíveis”. Ibidem, p. 1057.

¹⁴⁷ Ibidem, p.1057-1058.

Dito isso, passaremos à análise dos dispositivos codificados que comportam a forma como as partes suportarão os riscos, a partir, primeiramente, da distinção entre contratos unilaterais e bilaterais¹⁴⁸. Dar-se-á maior atenção aos contratos civis e comerciais que aos contratos de consumo, principalmente porque a realidade negocial entre eles é diversa: a ideia de justiça contratual, nas relações de consumo, atem-se a normas protetivas que não são reproduzidas integralmente às relações contratuais entre “iguais”.¹⁴⁹

2.1 CRITÉRIOS LEGAIS DE DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS POR IMPOSSIBILIDADE DE EFETUAR A PRESTAÇÃO

Quando ocorre alteração das circunstâncias, perturbando o cumprimento da prestação pelas partes, na hipótese de impossibilidade de efetuar-la, a normativa civil oferece a solução para a repartição de riscos, tanto nos contratos unilaterais como bilaterais. Serão trabalhados de maneira geral os contratos a partir do regramento do Código Civil em vigor, bem como analisados alguns precedentes.

Carvalho de Mendonça explicou a diferença de tratativa no direito romano: nas obrigações unilaterais, quem possuía a propriedade da coisa é que suportava seus riscos; aos direitos reais, subentendido era a *res perit domino*. Já nos contratos bilaterais, a perda era risco do credor.¹⁵⁰

Para os romanos, segundo o autor, havia uma exceção referente ao contrato de compra e venda: perecida ou deteriorada a coisa por caso fortuito, antes da ocorrência da tradição, o comprador deveria pagar o preço, quer recebendo de forma deteriorada, quer não recebendo. Em outras palavras: “o vendedor era devedor da coisa e como tal não sofria as consequências do fortuito”¹⁵¹. Por outro lado, revela que os intérpretes romanos fundaram regra geral que ia de encontro à tratativa dada ao

¹⁴⁸ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 109.

¹⁴⁹ SILVA, Luís Renato Ferreira da. Revisão de contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. **Revista Eletrônica Ad Judicia**, Porto Alegre, ano I, vol. I, out./nov./dez. 2013, p. 04.

¹⁵⁰ CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. **Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito**. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor. Imp. Paranaense, 1908, p. 559.

¹⁵¹ Ibidem.

contrato de compra e venda, qual seja, *casum sentit dominus, resperil domino*, “atribuia ao dono da coisa dada em penhor o perecimento fortuito delia”¹⁵².

Refere o autor que modernamente, a partir do Código Civil Francês, houve uma dificuldade quase insuperável para estabelecer regras fixas sobre os riscos, independentemente do tipo contratual que se colocaria em análise. E trouxe a seguinte indagação: no caso fortuito, ao libertar uma das partes pela impossibilidade de cumprir com a prestação, libertar-se-á, também, a outra parte, dissolvendo assim o contrato? É dizer, quando houver prestações recíprocas (contratos sinalagmáticos), uma prestação se extingue por conta da extinção da outra? Carvalho de Mendonça responde que, em caso positivo, os riscos ficariam em cargo do devedor; em caso negativo, a cargo do credor.¹⁵³

Como no Brasil à época da publicação da obra de Carvalho de Mendonça (1908) não havia uma codificação civil (ainda estava em discussão no Senado a normativa promulgada somente em 1916), o autor afirma que o regramento advindo do Código Civil alemão não era pelos juristas nacionais repellido, qual seja: a) suporta o risco o contratante que poderia gozar das eventualidades do lucro; b) nos casos duvidosos, suporta a perda aquele em cujo proveito se concluiu o contrato; c) nos casos não previstos, livre são as partes de pactuarem o encargo dos riscos.¹⁵⁴

Acompanhando essa perspectiva histórica, um dos principais autores que tratam sobre a teoria dos riscos é Orlando Gomes, que traz em seu livro sobre a matéria obrigacional a trajetória doutrinária que perseguiu a solução às consequências do incumprimento involuntário. Uma das primeiras regras adotadas foi a de que o risco deve ser suportado pelo dono da coisa que constitui objeto da prestação, solução essa dada pelos romanistas. A isso quer dizer: a coisa perece para o dono, *res perit domino*.¹⁵⁵

O próprio autor critica a solução trazida pelos romancistas, de uma regra baseada no suporte dos riscos somente pelo dono da coisa, pela sua insuficiência, sendo ela “veemente combatida e, afinal, abandonada pela doutrina, em virtude de severas críticas dos mais autorizados tratadistas”¹⁵⁶. É de se notar a sua deficiência,

¹⁵² CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. **Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito**. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor. Imp. Paranaense, 1908, p. 559.

¹⁵³ Ibidem, p. 560.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 561.

¹⁵⁵ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 193.

¹⁵⁶ Ibidem.

visto que há negócios jurídicos que quiçá tem como pretensão algo que seja propriedade do credor, tal como as obrigações de fazer.

Outros juristas se empenharam para encontrar um princípio geral, em sua maioria pela defesa da regra *res perit creditori*: entre eles, Wachter defendeu que “uma vez que a impossibilidade da prestação libera o devedor, o prejuízo há de ser suportado, em qualquer hipótese, pelo credor”¹⁵⁷. Portanto, em caso de impossibilidade de cumprimento pelo devedor, esse se exonera, e a contraprestação do credor segue ainda devida. É de se concordar com a crítica feita por Orlando Gomes: “esta solução é praticamente inconveniente e, sob o ponto de vista teórico, inconsistente pela fragilidade de fundamentos. Não basta dizer *casus a nullo praestantur* para inferir que a outra parte continua obrigada”¹⁵⁸.

Outro autor foi Fuchs e sua teoria da ficção do cumprimento. Segundo ele, “o risco deve ser suportado pelo devedor da contraprestação, por se presumir que a prestação não cumprida em razão do acaso é como se o fosse”¹⁵⁹. Noutras palavras, em caso de ser impossibilitado o cumprimento da prestação por uma das partes, a outra deve considerar que cumprida foi pela ausência de imputabilidade, e realizar a contraprestação. Em verdade, o risco pressupõe a inexecução, sendo inadmissível considerar uma execução ficta da obrigação.¹⁶⁰

É também trazido o entendimento de Coviello, quem argumenta que “o credor deve suportar o risco, porque a prestação por ele devida não é mais sua, a partir do momento da perfeição do contrato”¹⁶¹. Entende que logo quando firmado o contrato, a prestação deixa de integrar o patrimônio do credor, de modo a passar ao patrimônio da outra parte, e que “em consequência, a recusa de satisfazê-la constituiria violação do direito da outra parte”.¹⁶²

Após trazer os autores que defendem, em sua maioria, a regra *res perit creditori* como princípio único para a solução das hipóteses de impossibilidade superveniente, Orlando Gomes faz uma excelente reflexão sobre a impraticabilidade de um princípio único, visto que não possui condão de abraçar todos os obstáculos teóricos e práticas que a matéria apresenta. Para tanto, baseia-se em mais uma tentativa de formular um

¹⁵⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 193.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Ibidem, p. 194.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

princípio único feita pelo Prof. J. Ayres que propõe o seguinte: em “havendo risco, e inexistindo culpa ou dolo, cada direito se perde, na proporção do dano, para seu respectivo titular”¹⁶³. Veja que o professor afirma inexistir perigo em relação a coisa objeto da prestação, e sim a prestação em si, daí advém a reflexão de Gomes:

Res deve ser traduzida como “prestação” nas regras que a ela aludem. Mesmo assim, as regras *res perit creditori* e *perit debitori* não encerram toda a verdade. (...). Não é o perecimento da coisa que interessa verificar, mas, sim a perda do direito. Assim sendo, a solução teria sido achada na regra de que cada direito se perde para seu respectivo titular. Em que pese a engenhosidade da construção, assenta em premissa falsa. **Não é exato que o risco seja do direito. Há risco quando a prestação deixa de ser cumprida, porque seu objeto se tornou impossível por fato não imputável ao devedor.** Ora, a prestação tem por objeto, se positiva, coisas ou fatos. Necessariamente, a palavra *res*, nas regras pertinentes aos riscos, não pode ter a significação estrita de “coisa”, o que restringiria sua aplicação às obrigações de dar. Mas nem por isso se pode traduzi-la como “prestação”. **Risco é prejuízo que sofre alguém em consequência da impossibilidade superveniente da obrigação de entregar uma coisa, ou praticar um ato, que constitua objeto da prestação.** Nas obrigações de dar, a prestação não pode ser cumprida, porque a coisa pereceu. Atingida, pois, pelo evento danoso – risco, em sentido objetivo – é a coisa, não o direito. Objetivamente, por conseguinte, não se pode falar em “risco de direito”. Nem subjetivamente, porque se o fato danoso atinge um direito que é objeto de determinada prestação, esse direito, se coisa não é, a ela se equipara. O prejuízo também decorre neste caso de fato que atinge o objeto da prestação, tornando-o impossível, e, por via de consequência, impossibilitando o cumprimento da obrigação. **O que é preciso, por conseguinte, não é perder de vista o conceito de risco.** Demais disso, ao se afirmar que o direito se perde para seu respectivo titular, cai-se na mesma insuficiência apontada na doutrina clássica de que a coisa perece para o dono. Falta, com efeito, fundamentação válida sólida. Por que o direito se perde para o respectivo titular? Nem é exato que isso aconteça sempre. Se, num contrato bilateral, o risco é suportado pelo credor, o devedor não perde o seu direito de exigir a contraprestação.¹⁶⁴

É importante essa reflexão para continuarmos no estudo do modo de distribuição de riscos nos contratos: não se pode perder de vista o conceito de risco, porque é ele que encaminha a solução aos problemas que decorrem da perturbação da prestação, especificamente aos obstáculos que impossibilitam seu cumprimento.

Para bem verificar quem deve suportar os riscos, mister distinguir os contratos unilaterais dos bilaterais: “o negócio jurídico unilateral é o que decorre fundamentalmente da declaração da vontade de uma só pessoa, e bilateral o que se

¹⁶³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 194.

¹⁶⁴ Grifos nossos. In: GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 194-195.

constitui mediante concurso de vontades”¹⁶⁵, e nesse último “não basta que as duas manifestações de vontade coincidam. É preciso que se acordem”¹⁶⁶. Mesmo bem classificados os tipos contratuais, deve se levar em consideração que as disposições legais sobre a distribuição dos riscos não são imperativas, podendo as partes adotar outra regramento.¹⁶⁷

2.1.1 Nos contratos unilaterais

No caso de impossibilidade superveniente, em se tratando de contratos unilaterais, ocorre a extinção *ipso jure*, quer dizer, o contrato antes válido, torna-se extinto¹⁶⁸, não podendo o credor reclamar sua pretensão (*res perit creditor*)¹⁶⁹. “Uma vez que a prestação não pode ser satisfeita, a parte que deveria recebê-la se vê privada do proveito que esperava do contrato”¹⁷⁰. Veja a seguir alguns exemplos de distribuição de riscos nos contratos unilaterais.¹⁷¹

No comodato, pelo perecimento do objeto do contrato, o comodante quem sofre o prejuízo. Entretanto, o comodatário quem arcará com os prejuízos, ainda que a perda tenha decorrido do fortuito e da força maior, se, correndo risco o objeto do

¹⁶⁵ GOMES, Orlando. **Contratos**. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 84

¹⁶⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

¹⁶⁷ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 281.

¹⁶⁸ “A extinção *ipso jure* é a automática extinção dos efeitos do contrato, por força de lei, no momento em que ocorre o fato nela previsto. A extinção se dá independentemente de manifestação da vontade, como acontece na impossibilidade absoluta e total da prestação por fato inimputável ao devedor”. AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003, p. 73.

¹⁶⁹ “retornando à impossibilidade superveniente nos atos unilaterais, pode-se desde já esclarecer que sofre o credor, porque o devedor não perde nenhuma pretensão contra o credor, já que não a possui. Assim, indiscutivelmente, perde o credor, do ponto de vista de direito material, da repercussão do perecimento do bem, objeto da prestação, sobre a relação jurídica”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 113.

¹⁷⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 213.

¹⁷¹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 197.

comodato, antepuser a salvação dos seus, abandonando o do comodante¹⁷², considerando ser o comodato celebrado no exclusivo benefício do comodatário.¹⁷³

A título de exemplo, Rui Stoco: "Ocorrendo o desaparecimento do objeto do comodato por roubo para o qual o comodatário não concorreu culposamente, não está o mesmo obrigado a indenizar o valor respectivo, pois para este tipo de contrato vigora a regra 'res perit creditor'"¹⁷⁴.

No mandato, em que uma das partes se obriga a praticar, por conta de outra, um ou mais atos jurídicos, o prejuízo é atribuído ao mandante em caso da prestação ser impossível de cumprimento pelo mandatário sem sua culpa. Porém, no caso de

¹⁷² Art. 583, CC: Se, correndo risco o objeto do comodato juntamente com outros do comodatário, antepuser este a salvação dos seus abandonando o do comodante, responderá pelo dano ocorrido, ainda que se possa atribuir a caso fortuito, ou força maior. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

¹⁷³ APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO ORDINÁRIA DE OBRIGAÇÃO DE FAZER- CONTRATO DE COMODATO - CASO FORTUITO - PERECIMENTO DOS BENS SEM CULPA DO COMODATÁRIO-AUSÊNCIA DE RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL - SENTENÇA MANTIDA. Na exegese do art. 473, do CC, "a resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.". Tendo ocorrido o perecimento dos bens dados em comodato, sem qualquer culpa do Comodatário, porquanto decorrente de enchente, não há que se falar em responsabilização civil, mormente quando este não estiver em mora, diante da ausência de interpelação por parte da Comodante. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo nº 1.0421.07.002796-4/003**. 18.ª Câmara Cível. Relator: Roberto Soares de Vasconcellos Paes, julgado em 08 nov. 2016.

Apelação cível. Ação de reparação por danos materiais. Comodato. Veículo furtado em estacionamento antes do termo final da avença. Ausência de previsão contratual envolvendo responsabilização da comodatária em caso de perda ou destruição da coisa. Caso fortuito caracterizado. Inexistente a comprovação de culpa da comodatária, e a coisa perece em prejuízo do dono, que, in casu, também não adotou as medidas necessárias para a preservação do bem - emprestado por estreito lapso de tempo. Sentença de improcedência que trouxe boa análise dos fatos e das provas constantes dos autos. Recurso improvido. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 9243757-29.2008.8.26.0000**. 12ª Câmara Extraordinária de Direito Privado. Relator: Tércio Pires, julgado em 17 out. 2014.

Ação indenizatória. Furto de automóvel em posse de terceiro. Autor que transfere a posse do carro e aquiesce com o uso e comercialização pelo detentor. Hipótese que não se enquadra no descumprimento específico do dever de guarda. Relação jurídica de comodato que não ostenta obrigação peculiar ao contrato de depósito. Obrigação do comodatário que se restringe a restituição da coisa que lhe foi emprestada na proporção do dano com o qual tenha concorrido culposamente. Culpa não demonstrada. Sentença de improcedência. Recurso improvido. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 9204267-05.2005.8.26.0000**. Relator: Ruy Coppola, julgado em 08 set. 2011. Comodato. Ação de indenização. Perda da coisa objeto do contrato por roubo. Culpa não Imputada ao comodatário. conseqüência. Honorários advocatícios. Ocorrendo o desaparecimento do objeto do comodato por roubo para o qual o comodatário não concorreu culposamente, não está o mesmo obrigado a indenizar o valor respectivo, pois para este tipo de contrato vigora a regra "res perit creditor". Não contendo a sentença preceito condenatória, aplica-se o disposto no art. 20, § 4.º, do CPC, fixando-se a verba honorária "consoante apreciação equitativa do Juiz". Recursos improvidos, por maioria. PARANÁ. Tribunal de Alçada. **Apelação 1.836/89**. 2.ª Câmara. Relator: Emilio Prohmann, julgado em 11 out. 1989.

¹⁷⁴ STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 591.

mandato oneroso, em que o mandante é obrigado a pagar remuneração ajustada, quem arca com o prejuízo é o mandatário, já que não poderá exigir a contraprestação.¹⁷⁵

No contrato de depósito, suporta o risco o depositante. Pelo caso fortuito, o depositário não responde, conquanto demonstre que a coisa depositada pereceu ou se deteriorou sem culpa sua.¹⁷⁶ Em caso de perda da coisa pelo depositário por força maior, e tiver recebido outra em seu lugar, não pode incorporar ao seu patrimônio o que recebeu em substituição¹⁷⁷⁻¹⁷⁸.

Por fim, o contrato de mútuo é a única exceção à regra *res perit creditori* dos contratos unilaterais, porque aqui os riscos são atribuídos ao devedor. Ensina Orlando Gomes:

Porque é *empréstimo de consumo*, transfere o domínio de coisa emprestada ao mutuário, evidentemente após sua *tradição*. Por isso, todos os *riscos* correm por conta deste, que é, na relação obrigacional, o *devedor*. Nestas condições, aplica-se a regra *res perit debitori*, de sorte que, se a coisa emprestada perecer fortuitamente, o mutuário é obrigado a prestar outra. A

¹⁷⁵ “Na obrigação resultante de contrato de mandato, o mandatário responde ao mandante pelos danos, mesmo quando provenientes de caso fortuito, se desatendendo à proibição expressa, se fez substituir por terceiro na execução do contrato. Exonera-se apenas se provar que o dano teria ocorrido mesmo se não tivesse havido violação à proibição expressa (art. 667, § 1º)”. MIRAGEM, Bruno. **Obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018, p. 535

¹⁷⁶ REPRESENTAÇÃO COMERCIAL. CONTRATO DE DEPÓSITO. MOSTRUÁRIO DE SEMIJÓIAS. ROUBO. FORÇA MAIOR OU CASO FORTUITO. ART. 642 DO CÓDIGO CIVIL. Nos termos do art. 642 do Código Civil de 2002, não responde o depositário pelo extravio do bem depositado se demonstrada a ocorrência de caso fortuito ou força maior, o que se verifica nas circunstâncias. PROVIMENTO DO RECURSO. RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70033965492**. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Paulo Sérgio Scarparo, julgado em 21 jan. 2010.

¹⁷⁷ Inteligência do artigo 636, do Código Civil. Conforme Orlando Gomes, “Se o depositário perder a coisa por força maior, e tiver recebido outra em seu lugar, não tem o direito de locupletar-se com a perda, incorporando ao seu patrimônio o que houver recebido em substituição, como, v.g., a indenização de seguro, mas ao contrário, é obrigado a entregá-la ao depositante e a ceder-lhe as ações, que no caso tiver contra o terceiro, que se obrigará a substituir a coisa por equivalente”. GOMES, Orlando. **Contratos**. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 419.

¹⁷⁸ Em sentido diverso: “Como se percebe, ainda, a avença possui elementos de depósito, cujo tratamento legal está estampado nos artigos 627 e seguintes do Código Civil. Especificamente, o artigo 642 estabelece que “o depositário não responde pelos casos de força maior; mas, para que lhe valha a escusa, terá de prová-los”. Não está comprovado que a coisa (no caso, o volume de comprovantes e valores) pereceu em razão do incêndio. Todavia, a parte ré não impugna a inicial neste particular, de forma que o simplesmente alegado assume status de fato incontroverso. Aliás, a contestação passa ao largo do caso concreto, limitando-se a ré a discorrer sobre princípios e regras que pouca pertinência têm ao caso. Conclui-se, então, que houve força maior, sem culpa da autora, e que por decorrência dela pereceram os valores e documentos de que era depositária. E demonstrado o descumprimento fortuito, tenho que extinguiu-se a obrigação de restituir a importância depositada, pois a coisa perece para o dono (*res perit domino*). RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70071022792**. 19.ª Câmara Cível. Relatora: Mylene Maria Michel, julgado em 03 mar. 2017.

rigor, porém, não há cogitar da *atribuição de risco*, porque o *mútuo é empréstimo de coisa fungível*. Ora, o *gênero não perece*. Consequentemente, aplica-se regra atinente às *obrigações genéricas*, que as exclui dos princípios concernentes aos riscos. Necessário não é, desse modo, prescrever que os riscos correm por conta do mutuário desde a tradição.¹⁷⁹

Passaremos agora ao estudo da forma de distribuição dos riscos nos contratos bilaterais.

2.1.2 Nos contratos bilaterais

Por seu sinalagma, há uma maior dificuldade para solução da problemática sobre a atribuição dos riscos por impossibilidade superveniente. Segundo Couto e Silva, “o risco corre por conta do devedor da prestação. No que toca, porém, à transferência de propriedade de coisas móveis, o risco só se transfere do vendedor ao adquirente com a tradição”¹⁸⁰.

O contrato bilateral paradigmático de distribuição dos riscos é o de compra e venda. Na legislação brasileira¹⁸¹, o contrato de compra e venda tem eficácia meramente obrigacional, ou seja, não transfere a propriedade da coisa vendida, porém obriga o vendedor a transferi-la. Orlando Gomes apresenta um quadro de distribuição dos riscos nessa hipótese:

Em nosso direito, somente correm por conta do comprador os *riscos* em três hipóteses: 1º, quando a coisa já estiver à sua disposição; 2º, se estiver em mora de receber; 3º, se for expedida para lugar diverso por sua ordem, uma vez entregue ao transportador.

Antes que se realize a transferência, o vendedor tem como posição ser devedor da prestação de realizar a transferência, isto é, devedor da “prestação de entrega da coisa com o ânimo de transmitir o seu domínio”¹⁸². Considerando a regra *res perit*

¹⁷⁹ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 197.

¹⁸⁰ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 110.

¹⁸¹ “Em outros sistemas jurídicos, atribui-se à *compra e venda eficácia real*. Pelo simples consentimento das partes opera-se, de imediato, a transferência da propriedade. Assim, o comprador torna-se proprietário da coisa antes mesmo da tradição. Nessas legislações, os riscos são atribuídos ao *comprador*, na qualidade de *credor-proprietário*. Não se aplica, por conseguinte, a regra *res perit debitori*, de modo que, nesses sistemas, se a coisa perecer em poder do vendedor, assiste-lhe o direito de exigir o preço, visto que é o comprador, credor da prestação de entrega, quem suporta o risco”. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 198.

¹⁸² *Ibidem*.

debitori é o vendedor que suporta o risco, não podendo exigir a contraprestação do comprador, ou seja, de receber o preço pela venda da coisa.

Entretanto, se antes da tradição se tornar impossível o cumprimento por parte do comprador, ou seja, realizar o pagamento, é a ele atribuído o risco, visto que não poderá exigir do vendedor a transferência de domínio da coisa objeto do negócio jurídico.¹⁸³ Toma-se como exemplo o caso de proibição, a partir de um decreto municipal, de aquisição de álcool em gel por empresas, negócio esse que antes da pandemia pelo novo Coronavírus era possível; sobrevindo a proibição antes da tradição, é o comprador quem suporta o prejuízo de não poder exigir a contraprestação por impossibilidade de cumprir com a prestação.¹⁸⁴

Observa-se a regra estatuída no artigo 492, *caput* e parágrafos do Código Civil:

Art. 492. Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador.

§ 1º Todavia, os casos fortuitos, ocorrentes no ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando, e que já tiverem sido postas à disposição do comprador, correrão por conta deste.

§ 2º Correrão também por conta do comprador os riscos das referidas coisas, se estiver em mora de as receber, quando postas à sua disposição no tempo, lugar e pelo modo ajustados.

Veja que o art. 492 traz a “regra de coincidência”, mas traz a exceção em seu § 1º de que o prejuízo vai ser atribuído ao comprador se ocorrer um caso fortuito no desenvolvimento no “ato de contar, marcar ou assinalar coisas, que comumente se recebem, contando, pesando, medindo ou assinalando” quando já tiver em seu domínio o objeto da prestação.¹⁸⁵

¹⁸³ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 198.

¹⁸⁴ Esse exemplo dá azo à discussão de diversas outras problemas práticos, tal como quem suporta os danos decorrentes da ausência de álcool em gel na empresa pela impossibilidade de receber o produto? Poderia ser ajuizada ação indenizatória em face do governo que decretou tal proibição? É razoável o ajuizamento de ação trabalhista por parte de um dos funcionários da empresa que foi designado como de comparecimento presencial obrigatório, ainda que a empresa ofereça a outros cargos no regime de home office, pela ausência de produto indispensável à proteção adequada do trabalhador? Poderia ser aplicada uma espécie de amparo à empresa, afastando a atribuição dos prejuízos pela sua importância à economia nacional?

¹⁸⁵ “é certo, também, que as mercadorias que se recebem pesando, examinando, *a contento*, dependem, para a eficácia do negócio jurídico de que promanará a obrigação, do resultado desse mesmo exame, de que se poderia deduzir que, enquanto se realiza o ato, mesmo depois de postas as aludidas mercadorias à disposição do credor (depositadas sobre o seu poder fático ou cedidas a pretensão à entrega), nem assim é ele ainda proprietário”. COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 110-111.

A outra exceção é do § 2º, no caso do comprador estar em mora, também a ele se desloca o risco. Disso, é ponto crucial a partir disso que nem sempre quando houver a impossibilidade de cumprimento do contrato por conta de caso fortuito irá ocorrer a extinção *ipso juri* da prestação, podendo o vendedor exigir o preço, observando, para tanto, a adimplência do comprador.¹⁸⁶

Ainda, também é interessante trazer o previsto no artigo 476, CC, regra essa que “caracteriza o sinalagma funcional, isto é, a vinculação correspectiva das prestações”¹⁸⁷. Aduz que dessa regra pode se retirar o princípio geral que “via de regra, não sofre o risco aquele que adimpliu, pois que então se transfere o *periculum rei* ao alter”¹⁸⁸. Modernamente, trata-se da chamada teoria da exceção do contrato não cumprido, que a partir dos ideais de equidade¹⁸⁹, tem como premissa que nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da obrigação pelo outro:

As obrigações correspectivas dos contratos bilaterais aparecem de forma cristalina no art. 476: Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro' (antigo, art. 1.092). Trata-se do tradicional princípio da *exceptio non adimpleti contractus*, que não é de origem romana, mas posterior. (...) nos contratos bilaterais, cada parte tem direito de exigir que a outra cumpra sua parcela na avença. É característica ínsita ao sinalagma presente nesse negócio. Permite a lei que o contratante suste sua parte no cumprimento até que o outro contratante perfaça a sua. É uma exceção tratada dentro do princípio romano de que a *exceptio* é uma forma de defesa. O contratante opõe essa exceção como forma de se defender contra o outro contratante inadimplente. É exceção de mérito. Com essa oposição, o contratante logra apor um obstáculo legal à exigência de seu cumprimento, pelo não-cumprimento da outra parte. Pressupõe-se, por outro lado, que o contratante em falta esteja a exigir indevidamente o cumprimento do contrato. Esse é justamente o âmago da questão, a ser examinado pelo juiz em cada caso concreto. Se o contratante está em dia com o cumprimento de suas obrigações, pode validamente exigir que o outro cumpra a avença no que lhe couber.¹⁹⁰

Por fim, Orlando Gomes sintetiza o regramento supletivo¹⁹¹ sobre a matéria:

¹⁸⁶ COUTO E SILVA, Clóvis V. do. **A obrigação como processo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006, p. 111.

¹⁸⁷ *Ibidem*.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ “o cumprimento da prestação de uma das partes, sem o correspectivo cumprimento da prestação cabente à outra, instalaria um desequilíbrio no contrato, que se chocaria com a ideia de justiça”. RODRIGUES, Silvío. **Direito Civil**. Vol. III. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 1980, p. 80.

¹⁹⁰ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. 4. Ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. II, p. 410.

¹⁹¹ “As regras (...) enunciadas aplicam-se *supletivamente*. Não é defeso convencionar diferentemente. Permite-se que as partes regulem a prestação dos riscos pela maneira mais conveniente a seu interesse. Necessário, apenas, que o façam mediante *cláusula expressa* no contrato. Nada impede

A regra geral é expressa concisamente na fórmula *res perit debitori*, isto é, a coisa perece para o devedor. Aplicada à *compra e venda*, os riscos correm por conta do vendedor quanto à coisa e por conta do comprador quanto ao preço. Contudo, a questão não se resolve em termos tão simples. Nos sistemas jurídicos que atribuem *efeito real* a esse contrato, admitindo que a propriedade da coisa certa se transfere *solo consensu*, isto é, independentemente da tradição, a regra *res perit debitori* é substituída pela regra *res perit domino*, pela qual deve suportar o risco não o vendedor, mas o *comprador*. Nas legislações que atribuem *efeitos puramente obrigacionais* prescreve-se que o vendedor é quem deve suportar as consequências da força maior até o momento da tradição. A coisa perece, do mesmo modo, para o dono mas no caso o dono é o vendedor, porque o domínio só se transfere para o comprador com a *tradição*. [...] Desse modo, se perecer em consequência de *caso fortuito*, antes de realizada a tradição, o vendedor perde o direito de exigir o pagamento do preço. Se já o recebeu terá de restituí-lo. Mas se perecer depois que houve sido posta à disposição do comprador, ou no caso de estar este em mora de a receber, os riscos devem ser por ele suportados. Do mesmo modo, quando o comprador ordena a expedição da coisa para lugar diverso, desde o momento da entrega ao transportador. A entrega equivale à tradição

Em pesquisa à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, utilizando os termos “impossibilidade e risco e contrato”, foram encontrados 310 julgados no dia 04/11/2020. Dentre eles, somente um se refere à teoria dos riscos explicitamente, para o caso de incumprimento por impossibilidade, ou seja, por perda do objeto, trabalhando com o modo de distribuição dos riscos a partir dos ensinamentos de Orlando Gomes (utilizando, inclusive, as passagens das obras aqui também utilizadas). Trata-se do Recurso Especial nº 1.658.568 – RJ, tendo como relatoria a Ministra Nancy Andrighi, julgado em 16 de outubro de 2018¹⁹².

A decisão se trata de ação coletiva de consumo interposta pela Comissão de Defesa do Consumidor da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro em face de diversas concessionárias. A problemática em questão é sobre se é devida ou não a cobrança de parcelas vincendas na hipótese de perda do bem objeto de arrendamento mercantil (*leasing*) sem culpa do arrendatário e garantido por contrato de seguro.

Dentre as diversas questões trazidas no REsp, ao presente trabalho importam somente duas delas: a) a perda sem culpa e involuntária da coisa arrendada ocorre

que, num contrato unilateral, estipulem que o risco ficará a cargo do devedor e, num contrato bilateral, a cargo do credor. O devedor pode responsabilizar-se pelos prejuízos resultantes do caso fortuito. Admissível, também, a cláusula discriminatória dos riscos pelos quais responde”. GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 196.

¹⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.658.568/RJ**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 16 out. 2018.

em prejuízo do arrendante ou do arrendatário? b) na perda do bem objeto de contrato de arrendamento mercantil (*leasing* financeiro) garantido por seguro e sem culpa do consumidor existe direito à cobrança das parcelas vincendas do contrato? (que se referem ao ponto “i” e “j” do acórdão).

Após discorrer sobre a natureza sinalagmática, por tempo determinado e de trato sucessivo do contrato de arrendamento, expôs sobre a resolução nesses tipos contratuais: “A resolução é a espécie de extinção do contrato que decorre do inadimplemento da prestação devida por uma das partes em favor da outra parte, que pode ser culposo ou involuntário”¹⁹³.

Ao tratar do caso como de inexecução involuntária, ou seja, a causa do incumprimento não foi atribuída a nenhuma das partes, “pois o inadimplemento decorre de caso fortuito ou força maior, a solução deve ser buscada na ‘teoria dos riscos’, que visa identificar quem deve arcar com os prejuízos decorrentes da inexecução fortuita”¹⁹⁴.

Como visto acima, e também salientado pela julgadora, nos contratos sinalagmáticos, é aplicável a regra *res perit debitori*, por conta da perda do direito de exigir a contraprestação; portanto, em caso de incumprimento involuntário, quem sofre o prejuízo “é a parte para quem a prestação se torna impossível de ser cumprida e que deve arcar com os prejuízos”¹⁹⁵, que, *in casu*, é o arrendador:

[...] a prestação que fica impossibilitada de ser cumprida com a perda do bem por força maior ou caso fortuito é aquela que cabe ao arrendador – de pôr o bem à disposição do uso e gozo do arrendatário –, pois a prestação correlata de pagamento das parcelas devidas pelo arrendatário permanece possível de ser exercitada. Dessa forma, por aplicação da teoria dos riscos, o contrato se resolveria e quem teria de arcar com os prejuízos da perda do bem por caso fortuito ou força maior teria de ser o arrendador, devedor da prestação que deixa de poder ser adimplida por força maior ou caso fortuito.¹⁹⁶

Na hipótese em exame do recurso, o objeto do contrato de arrendamento mercantil era submetido à garantia por meio de contrato de seguro e, conseqüentemente, no caso do risco se concretizar, como o bem segurado não pertence ao arrendatário, a indenização é revertida em favor do arrendador. Portanto,

¹⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.658.568/RJ**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Julgado em: 16 out. 2018, p. 35.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 36.

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ *Ibidem*.

na hipótese da perda ou deterioração do bem, por estar coberto pela garantia do contrato do seguro, tal como no caso analisado, não é atribuído o prejuízo ao arrendador.

Sendo assim, é essa a peculiaridade do caso, visto que, embora a regra geral estipule a atribuição do risco ao arrendador, por ter seu prejuízo ressarcido pela seguradora, quem sofre o prejuízo é o arrendatário porque: “nem o bem – que se perdeu – nem a indenização securitária são repassadas ao arrendatário, sendo essa a parte contratual que é privada, a despeito de ausência de culpa, da prestação a que tem direito”¹⁹⁷.

Por fim, na perda do bem objeto de contrato de arrendamento mercantil (leasing financeiro) garantido por seguro e sem culpa do consumidor não existe direito à cobrança das parcelas vincendas do contrato, sob pena de enriquecimento sem causa, conforme passagem do julgado:

[...] é condição para que o arrendador receba a integridade do lucro que visa obter com a operação de financiamento/arrendamento que cumpra com o dever de colocar o bem à disposição do arrendatário para seu uso e gozo, sem o que não estará legitimado a cobrar pelas parcelas atinentes ao período em que o arrendatário não esteve de posse do bem arrendado, sob pena de configurar-se o enriquecimento sem causa, previsto no art. 884 do CC/02. É o arrendatário portanto, quem sofre efetivo prejuízo, pois, com a indenização do sinistro beneficiando unicamente o arrendador, deixa de poder, sem culpa de sua parte – e estando adimplente com as obrigações contratuais que lhe cabem –, contar com o bem arrendado pronto para seu uso e gozo.

Outro contrato a ser analisado é o de locação. Aplica-se, da mesma forma, a regra *res perit debitori*: “se a coisa locada perece sem culpa do locatário, o prejuízo é do locador, que assim, impossibilitado de continuar a cumprir a obrigação de proporcionar seu uso, perde o direito de exigir a contraprestação”¹⁹⁸.

Esse regramento comporta exceções, porque em caso de deterioração do objeto da prestação sem culpa do locatário, pode esse pedir redução proporcional do aluguel; entretanto, no caso de perecimento do objeto, tornando a coisa imprestável à sua finalidade, quem suporta o prejuízo é o locador.¹⁹⁹

¹⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.658.568/RJ**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Julgado em: 16 out. 2018, p. 42.

¹⁹⁸ GOMES, Orlando. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 198.

¹⁹⁹ Art. 567. Se, durante a locação, se deteriorar a coisa alugada, sem culpa do locatário, a este caberá pedir redução proporcional do aluguel, ou resolver o contrato, caso já não sirva a coisa para o fim a que se destinava. BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

O Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento a respeito. Conforme julgado do Recurso Especial nº 1.707.405, de relatoria do Ministro Moura Ribeiro, trata-se de ação que envolve imóvel objeto de locação destruído por conta de incêndio, tendo como controvérsia se os aluguéis são devidos até a data do incêndio ou até o dia da efetiva entrega das chaves, ou seja, se os prejuízos correm por conta do locatário mesmo depois da perda do objeto do contrato.²⁰⁰

Veja que há a seguinte discussão: se tornado o objeto do contrato imprestável, desde já o suporte do prejuízo é do locador, ou somente esse acatará com o prejuízo após a entrega das chaves do imóvel, correndo o prejuízo parcialmente pelo locatário? Há o entendimento pelo STJ que, mesmo destruída a coisa objeto do contrato de locação, os efeitos da extinção do contrato, ou seja, da exoneração da cobrança dos aluguéis, somente se darão a partir da “comunicação inequívoca do locador quanto à impossibilidade de usufruir do imóvel e o desinteresse na continuidade do contrato”²⁰¹.

Portanto, conforme nossa Corte de precedentes, ainda que a coisa objeto do contrato de locação não mais exista, o locatário somente deixará de suportar os prejuízos quando o locador tomar conhecimento que o seu bem (i)móvel foi destruído. Conforme autor indicado pelo relator do julgado: “a resolução do contrato não se opera de pleno direito, ao arbítrio do locatário, o que representaria perigoso precedente, a apontar para um indesejável retorno ao sistema da autotutela dos direitos”²⁰². O que não há de se concordar.

Entendido os critérios legais de distribuição de risco nos contratos unilaterais e bilaterais por incumprimento da prestação por conta da perda do objeto do contrato, agora serão trabalhados os critérios legais de atribuição de riscos pela inexigibilidade da prestação, especificamente a partir dos requisitos da teoria da onerosidade excessiva.

2.2 MECANISMOS LEGAIS DE DISTRIBUIÇÃO DOS RISCOS POR INEXIGIBILIDADE DA PRESTAÇÃO

²⁰⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.707.405**. Terceira Turma. Relator: Ministro Moura Ribeiro. Julgado em: 07 mai. 2019.

²⁰¹ Ibidem, p. 05.

²⁰² SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao novo Código Civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 377.

Como visto anteriormente, há critérios legais de distribuição dos riscos por inexigibilidade da prestação por conta de alteração supervenientes das circunstâncias. Será analisado neste ponto a forma de distribuição de riscos neste tipo de incumprimento não voluntário, que é exclusivamente trabalhado a partir da teoria da onerosidade excessiva. A onerosidade excessiva pode ser o fundamento para ação iniciada pelo devedor que queira extinguir o contrato (resolução) ou simplesmente modificá-lo (ação de revisão).

Os artigos 478 e seguintes do Código Civil estabeleceram regras gerais sobre resolução por onerosidade excessiva, previstos no Título V – Dos contratos em Geral, Capítulo II – Da extinção do contrato, Seção IV – Resolução por Onerosidade Excessiva. Pode se retirar disso que o legislador teve a intenção de regular a extinção do contrato, ao optar pela resolução do contrato como regra geral.

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação (art. 478, CC). A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato (art. 479).

Se o risco não é conteúdo natural do contrato, se a modificação superveniente que atinge o conteúdo do contrato não advém de impossibilidade que determine a extinção do negócio jurídico *ipso jure* (como nos casos tratados no capítulo anterior), tais obstáculos dão abertura para um pedido judicial de revisão do negócio jurídico, se ainda é possível manter o vínculo mesmo com a perturbação na prestação (artigos 317 e 479 do Código Civil); ou ação de resolução, à luz dos artigos 317 e 478 ambos do Código Civil. Sendo assim, os requisitos de fato que devem estar presentes para incidência desses dispositivos são²⁰³:

(a) que haja a presença de um contrato de duração, com execução periódica ou continuada, em que as prestações se repetem ou se dividem no prazo avençado, ou de um contrato de execução diferida, em que simplesmente a prestação de uma das partes é protraída no tempo; ou seja, que se trate de um contrato em que haja uma certa *distantia temporis* entre o momento de celebração e o momento de execução;

²⁰³ LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 31, jan./mar. 2016, 2006, p. 16-17.

(b) que a prestação de uma das partes se torne excessivamente onerosa, supondo-se que esse índice quantitativo, que o código não define, seja de tal magnitude que autorizaria a resolução do vínculo, nos contratos bilaterais ou sinalagmáticos, ou a alteração *ad aequitatem*, nos contratos unilaterais, como se fosse uma forma de impossibilidade relativa ou de extrema dificuldade (*difficultas praestationis*) que sobrevém na execução da prestação;

(c) que essa onerosidade provoque uma "extrema vantagem" para a parte credora com a jactura ou o sacrifício da parte devedora da prestação;

(d) que não basta para determinar a incidência dos dispositivos que a prestação se tenha agravado exageradamente, mas que a tenha onerado excessivamente em decorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, ou seja, fora de uma evolução regular dos acontecimentos e além da álea normal do contrato;

(e) que a causa do evento extraordinário e imprevisível seja estranha às partes, não podendo ser imputada ao contratante que, concorrendo para que se agrave excessivamente a prestação, invoca-o para resolver o contrato;

(f) que o remédio resolutório, com o poder de a contraparte evitar a resolução mediante a modificação, só se aplica aos contratos sinalagmáticos, com obrigações para as duas partes, em estado de dependência recíproca, visto que nos contratos unilaterais, que geram obrigações apenas *ex uno latere*, a lei só admite a redução da prestação, ou a modificação no modo de executá-la, como forma de evitar a onerosidade excessiva e reconduzir o contrato a uma situação de equilíbrio.

Já o artigo 478 do Código Civil trata da possibilidade de alteração do conteúdo contratual por fatores posteriores a sua conclusão, exigindo os seguintes requisitos para sua incidência: a) se trate de contratos de execução continuada ou diferida; b) a prestação de uma das partes torne-se excessivamente onerosa; c) acarretando extrema vantagem para a outra parte; d) em decorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis.

Presentes esses elementos, a parte prejudicada possui a pretensão resolutiva do contrato, deixando a opção de afastar a resolução por onerosidade excessiva, e no seu lugar ofertar a revisão em condições equitativas, à luz do artigo 479 do Código Civil.

Veja que o exemplo mais recente que dá azo para aplicação da tese da onerosidade excessiva é a pandemia, caracterizada como alteração desmedida e inesperada: o isolamento social e as severas restrições de circulação impossibilitam

empresas de usar e fruir dos seus estabelecimentos; manter ou aumentar seu faturamento, etc.

Um problema prático são as lojas estabelecidas em *shoppings centers* em Porto Alegre que, diante dos decretos municipais que vedam seu funcionamento, acabam por onerar excessivamente as lojas que são obrigadas a pagar o mesmo valor locatício, mesmo sem o retorno financeiro esperado pela venda de seus produtos, tornando desproporcional a prestação entre as partes, e trazendo vantagem excessiva aos *shoppings*.

Isso significa que os termos que foram pactuados na conclusão do contrato não existem mais, sendo primordial a busca do equilíbrio contratual diante desse novo contexto, utilizando das ferramentas dispostas no Código Civil²⁰⁴, sob pena de infringir os princípios decorrentes da boa-fé, inclusive o da cooperação das partes a fim de atingir a finalidade do contrato.

²⁰⁴ Veja as seguintes decisões: Agravo de Instrumento. Locação de imóvel comercial. Pedido de tutela cautelar antecedente. Decisão que indeferiu pedido de suspensão de pagamento de locativos comerciais por prazo indefinido, como postulado, até a modificação do quadro atual de pandemia pelo coronavírus. Cabimento parcial do inconformismo. Art. 300 do CPC. Possibilidade apenas na redução de 50% do valor do aluguel, por 60 dias, com base no último aluguel pago ao locador. Decisão reformada. Recurso parcialmente provido. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 2074399-68.2020.8.26.0000**. 32ª Câmara de Direito Privado. Relator: Francisco Occhiuto Júnior, julgado em 05 mai. 2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Tutela de urgência. Locação não residencial. Salão de festas. Pretensão do agravante de que seja suspensa a exigibilidade dos aluguéis ou reduzido o valor locatício para 80% do aluguel em vigor, e de que ele seja liberado do pagamento de encargos moratórios referentes a aluguel já vencido pago a menor. Probabilidade do direito alegado verificada apenas com relação à possibilidade de redução temporária do valor locatício. Situação de pandemia de Covid-19 que, ao menos nesta sede de cognição sumária, permite a aplicação da teoria da imprevisão. Redução dos aluguéis em 30%, pelo prazo de 90 dias. Recurso parcialmente provido. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 2086170-43.2020.8.26.0000**. 36ª Câmara de Direito Privado. Relator: Milton Carvalho, julgado em 15 mai. 2020.

CONCLUSÃO

O problema que norteou a pesquisa foi de trazer o modo como o risco é distribuído entre as partes em uma relação obrigacional que se torna impossível o cumprimento de sua prestação, isto é, identificar quem arca com os prejuízos no caso de uma obrigação perder seu objeto ou se tornar inexigível, ambas por fatos supervenientes à conclusão do negócio jurídico.

Assim, elucidado os diversos tipos de impossibilidade que a doutrina estabeleceu, o principal deles à disciplina jurídica dos riscos contratuais é da impossibilidade superveniente, considerando que o incumprimento por fato inimputável somente se dá ao longo do processo obrigacional. Diante disso, em busca de resolver o problema prático, foram especificados os requisitos e seus efeitos do incumprimento por impossibilidade de realizar a prestação por perda do objeto, bem como por se tornar inexigível, sob pena de infringir os princípios decorrentes da boa-fé, bem como ir de encontro à necessidade de pautar a relação obrigacional com cooperação entre as partes visando a atingir a finalidade do contrato.

É de notório conhecimento que o legislador não pode prever todas as circunstâncias possíveis. Não há razão para se crer, portanto, que os particulares por meio do exercício de sua autonomia privada o possam fazer: a realidade da vida desmente tal ilusão. O desejo humano de buscar controlar todos os eventos externos através da criação de normas jurídicas exaustivas esbarra na relação entre o conhecimento humano e as circunstâncias exteriores: enquanto essas são imprevisíveis, o primeiro é limitado.

Foi o reconhecimento dessa diversidade de situações trazidas pelo mundo de convivência humana que levou o legislador atual a abandonar a concepção oitocentista, fechada, e buscar regular as situações entre privados mediante cláusulas gerais. Ora, não sendo possível prever-se todas as circunstâncias possíveis, é prudente a atitude do legislador de estabelecer critérios gerais que apontem em direção à situação concreta vivenciada, buscando atingir uma proporcional distribuição dos riscos.

Os riscos, que jamais poderão ser extintos *ex vis legis*, constituindo antes uma realidade da vida em sociedade, podem apenas ser distribuídos adequadamente entre os indivíduos. Como visto, não há unanimidade quanto ao que seja essa distribuição adequada. Buscou-se apresentar diferentes posicionamentos, bem como princípios

originados de distintas famílias jurídicas, para que se possa compreender a amplitude do debate.

A divisão entre contratos unilaterais e bilaterais demonstrou as distintas situações nas quais o risco se faz presente em relações negociais, cada uma delas exigindo uma forma de tutela específica. Além dela, deve o intérprete ter presente a noção de finalidade do negócio jurídico, uma vez que aqui se trabalha justamente com impossibilidade de consecução do seu fim.

O princípio consistente no “rebus sic stantibus”, ao contrastar com o clássico “pacta sunt servanda” já é demonstrativo de uma reação social e doutrinária à constatação de que os particulares, pelo simples exercício da autonomia privada, não podem prever todas as situações que afetam o equilíbrio contratual. Entretanto, na análise efetuada, constatou-se que a solução adotada pelo Código Civil Brasileiro, consistente na onerosidade excessiva, possui mais familiaridade com a teoria da imprevisão.

Utilizando-se conceitos como “excessiva”, o legislador afastou-se da já mencionada perspectiva oitocentista de buscar taxativamente regular as distintas situações da vida. Ao invés de se estabelecer um parâmetro abstrato, uma regra geral, a legislação civil passa a permitir uma abertura para o caso concreto, à situação da vida, refletindo uma verdadeira adesão a uma ética da situação. Abertura essa que, entretanto, exige também um maior esforço do intérprete e do doutrinador para precisar o conteúdo jurídico abstrato e realizar a finalidade de garantir uma justa distribuição de riscos.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Extinção dos contratos por incumprimento do devedor**. Resolução. 2 ed. Revista e atualizada. Rio de Janeiro: AIDE Editora, 2003.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Editora Jurídica e Universitária, 1965.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 556; LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Obrigações em Geral. Volume II. 6. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

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

AURELIANO, Nuno. **O risco nos contratos de alienação**: contributo para o estudo do Direito privado português. Coimbra: Almedina, 2009.

ASSIS, Araken de. **Resolução do contrato por inadimplemento**. 4. Ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria da imprevisão e revisão judicial dos contratos. **Revista dos Tribunais**, ano 85, v. 733, p. 109-119, nov. 1996.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de; et al (Coord.). **Princípios do novo Código Civil brasileiro e outros temas – homenagem a Tullio Ascarelli**. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BERNSTEIN, Peter L. **Desafio aos Deuses**: a fascinante história do risco. Trad. Ivo Korytowski. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

BIGOT, J. **Traité de droit des assurances** – Enterprises et organismes d'assurances. Paris: LGDJ, 2011.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos. O regime obrigacional unificado do Código Civil Brasileiro e seus efeitos sobre a liberdade contratual. A compra e venda como modelo jurídico multifuncional. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 872, p. 11-42, jun. 2008.

BRASIL. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850**. Código Comercial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM556compilado.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm. Acesso em: 13 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.658.568/RJ**. Terceira Turma. Relatora: Ministra Nancy Andrigui. Julgado em: 16 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.707.405**. Terceira Turma. Relator: Ministro Maura Ribeiro. Julgado em: 07 mai. 2019.

CARVALHO DE MENDONÇA, Manoel Ignacio. **Doutrina e Prática das Obrigações ou Tratado Geral dos Direitos de Crédito**. Curitiba: Typ. e Lith. a vapor. Imp. Paranaense, 1908.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. Trad. Roneide Venancio Majer. 19. Ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2018.

CASTRO, Paulo Rabello de. Risco: natureza, gerenciamento e imputação legal. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, vol. 11, p. 262-275, abr./jun. 1995.

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

GOMES, Orlando. **Contratos**. Revista, atualizada e aumentada de acordo com o Código Civil de 2002. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

_____. **Obrigações**. 18. Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português**. Vol. IV, Coimbra: Editora Coimbra, 1931.

FERNANDES, Wanderley (Coord.). **Contratos Empresariais: fundamentos e princípios dos contratos empresariais**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HAURIUO, Maurice. **Principes de Droit Public**. Paris: L. Tenin, 1916.

KNIGHT, Frank H. **Risk, uncertainty and profit**. New York: Dover, 2006.

LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos. **Revista de Derecho Privado**, Editorial, Madri, 1956.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A onerosidade excessiva no Código Civil. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 31, jan./mar. 2016, 2006.

LIMA, Alvino. **Culpa e Risco**. 2. ed. rev. e atual. pelo Prof. Ovídio Rocha Barros Sandoval. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. **Responsabilidade civil nas relações de consumo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. Obrigações em Geral. Volume II. 6. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1995.

LOPEZ, Teresa Ancona et al. (coord.) **Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. London: Aldine Transation, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no Direito Privado: critérios para sua aplicação**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. A revisão dos contratos no Código Civil brasileiro. Roma e América: diritto romano comune. **Rivista di Diritto Dell'integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina**, Roma, nº 16, 2003

_____. **Comentários ao novo Código Civil**, volume V, tomo I: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Perturbação das prestações e seus institutos**. Palestra proferida remotamente. Porto Alegre: 03 jun. 2020.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. **Da boa-fé no Direito Civil**. Coimbra: Editora Almedina, 2013.

_____. **Tratado de Direito Civil**. Tomo IX: Direito das Obrigações. 3. Ed. Coimbra: Editora Almedina, 2017.

MILLET, Florence. **La notion de risque et ses fonctions em droit privé**. Paris: Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand, 2001.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. **Processo nº 1.0421.07.002796-4/003**. 18.^a Câmara Cível. Relator: Roberto Soares de Vasconcellos Paes, julgado em 08 nov. 2016.

MIRAGEM, Bruno. **Obrigações**. 2. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XLII. Capítulo II. § 4.606 e seguintes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. **Tratado de Direito Privado**. Parte Especial. Tomo XXXVIII. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. 1. Parte. 33. Ed. rev; e atual. por Carlos Alberto Dabus Maluf. v. 4. São Paulo: Saraiva, 2007.

PALHARES, Cinara. **Distribuição dos riscos nos contratos de crédito ao consumidor**. 2014. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

PARANÁ. Tribunal de Alçada. **Apelação 1.836/89**. 2.^a Câmara. Relator: Emilio Prohmann, julgado em 11 out. 1989.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade Civil**. Atualizador: Gustavo Tepedino. 12. Ed. revista, atualizada e ampliada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2018.

REALE, Miguel. **Exposição de motivos**. Diário do Congresso Nacional (Seção I) Suplemento, 14.09.1983.

_____. **História do Novo Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70033965492**. Décima Sexta Câmara Cível. Relator: Paulo Sérgio Scarparo, julgado em 21 jan. 2010.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 70071022792**. 19.^a Câmara Cível. Relatora: Mylene Maria Michel, julgado em 03 mar. 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol. III. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

ROPPO, Enzo. **O Contrato**. Trad. Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 2009.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 9243757-29.2008.8.26.0000**. 12.^a Câmara Extraordinária de Direito Privado. Relator: Tércio Pires, julgado em 17 out. 2014.

_____. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 9204267-05.2005.8.26.0000**. Relator: Ruy Coppola, julgado em 08 set. 2011.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 2074399-68.2020.8.26.0000**. 32.^a Câmara de Direito Privado. Relator: Francisco Occhiuto Júnior, julgado em 05 mai. 2020.

_____. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 2086170-43.2020.8.26.0000**. 36.^a Câmara de Direito Privado. Relator: Milton Carvalho, julgado em 15 mai. 2020.

SHAKESPEARE, William. **O mercador de Veneza**. Domínio Público. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cv000094.pdf>. Acesso em: 04 nov. 2020.

SILVA, Luís Renato Ferreira da. **Revisão dos Contratos**: do Código Civil ao Código do Consumidor. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

_____. Revisão de contratos no Código Civil: reflexões para uma sistematização das suas causas à luz da intenção comum dos contratantes. **Revista Eletrônica Ad Judicia**, Porto Alegre, Ano I, nº 10, out./nov./dez., 2013.

_____. Prefácio. In: VINCENZI, Marcelo. **Interpretação do contrato**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Priscila Borgas da; CACHAPUZ, Maria Cláudia. Reflexões contemporâneas sobre a doutrina da impossibilidade superveniente das prestações. Lisboa: **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, nº 4, ano 5, 2019.

SOUZA, Sylvio Capanema de. **Comentários ao novo Código Civil**. Vol. III. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STOCCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 8. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**. Teoria Geral das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos. 10. Ed. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2010.

VOIDEY, Nadege. **Le risque em droit civil**. Aix-Marseilles: PUAM, 2005.

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

ZANETTI, Cristiano de Sousa. **O Risco Contratual**. In: LOPEZ, Teresa Ancona et al. (coord.) Sociedade de Risco e Direito Privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais. São Paulo: Editora Atlas, 2013.