

FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO: ANÁLISE DE SEU PERFIL CONCEITUAL

FRUSTRATION OF CONTRACT: ANALYSIS OF ITS CONCEPTUAL PROFILE

Giovanni Ettore Nanni

Mestre e Doutor em Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Direito Civil nos cursos de Graduação e de Pós-Graduação *Stricto Sensu* na PUC-SP. Presidente do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr. Advogado em São Paulo.

Resumo: O artigo tem o objetivo de analisar a teoria da frustração do fim do contrato, expondo seus contornos essenciais. É exposta a sua origem histórica, ligada à *frustration of contract* do direito inglês, assim como são descritos os seus requisitos e o respectivo âmbito de incidência.

Palavras-chave: Contrato. Frustração do fim do contrato. Impossibilidade da prestação.

Abstract: This paper discusses the frustration of contract doctrine by analyzing its essential elements. It traces the historical development of the doctrine under English law and describes its requirements and scope of application.

Keywords: Contract. Frustration of contract. Impossibility of contractual obligations.

Sumário: **1** Noções introdutórias – **2** Origem – **3** Requisitos – **4** Âmbito de incidência

1 Noções introdutórias

A extinção do contrato pela frustração de seu fim é tema explorado em reduzida escala na doutrina pátria, notadamente em função da ausência de previsão legal. Nem por isso, todavia, é desprezada.¹

¹ Foram objeto de monografias, entre elas: COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012; ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Tecnos, 1968; MOSSET ITURRASPE, Jorge; FALCÓN, Enrique M.; PIEDECASAS, Miguel A. *La frustación del contrato y la pesificación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002; MORELLO, Augusto M. *Ineficacia y frustación del contrato*. Con colaboración de Pedro Rafael de la Colina. 2. ed. La Plata: Platense, 2006.

A frustração do fim do contrato, quando configurada, leva à sua extinção por ineficácia superveniente, a qual, contudo, não se confunde com as hipóteses de resolução previstas no Código Civil, a saber, o inadimplemento e a onerosidade excessiva.

Também é figura distinta da impossibilidade da prestação, assumindo significado diverso, com natureza jurídica e contornos próprios.

Consoante explica Rodrigo Barreto Cogo,² a frustração do fim do contrato representa situação de perda superveniente da causa concreta do negócio. Trata-se de hipótese na qual a prestação é plenamente possível, mas o contrato perdeu seu sentido, sua razão de ser, por não ser mais possível alcançar seu fim, seu escopo, sua função (concreta) em decorrência da alteração das circunstâncias.

Segundo Marcos Hoppenstedt Ruzzi,³ a frustração do fim do contrato sucede com a inviabilidade de ser alcançado o resultado prático da prestação, independentemente de mora, cumprimento imperfeito, desequilíbrio contratual, inadimplemento e ainda que seja possível a prestação, desde que haja uma alteração no suporte fático do contrato que gere uma desvinculação entre a prestação formal em si e o interesse prático e objetivo das partes contratantes.

Contudo, não é lícito ter a falsa impressão do instituto jurídico em tela a partir do mero significado do vocábulo *frustração*. Isso porque não é a singela decepção advinda da não obtenção do resultado almejado com determinado contrato que se autoriza a sua extinção pela frustração de seu fim.

O tema é técnico, que exige rigorosa obediência aos seus requisitos a fim de propiciar a configuração do instituto. Trata-se de figura excepcional, que demanda a cautela inerente a tal situação.

Em outras palavras, não se pode olvidar do risco de qualquer negócio, que lhe é intrínseco. A decepção é elemento imponderável, que integra a álea contratual.

A celebração de um contrato tem o propósito de satisfazer o interesse útil do credor, que será cumprido por outrem, o devedor. Mas a relação obrigacional daí decorrente não fica imune a vicissitudes, que podem ou não atingir o programa idealizado pelos contraentes.

Pactuar um contrato, com direitos e obrigações, apresenta sempre riscos, próprios do cenário negocial. E a sua consumação, não desejada, porém possível, como é natural, frustra o interessado.

² COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 168-169.

³ RUZZI, Marcos Hoppenstedt. Resolução pela frustração do fim do contrato. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). *Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 513.

Não é tal sentimento de decepção, de não realização de seus anseios conforme planejado, que o instituto jurídico em tela tutela. Da mesma forma como não alberga o arrependimento, a desistência. Como será exposto, a frustração do fim do contrato se enquadra em campo restrito, alheio ao subjetivismo, sem esquecer da álea própria de qualquer avença.

2 Origem

Embora incomum na tradição do sistema romano-germânico, é instituto que prende suas origens na figura da *frustration of contract*, oriunda do direito inglês: “Under the doctrine of frustration, a contract may be discharged by supervening events which make its performance impossible or illegal or frustrate its purpose”.⁴

É tema de larga amplitude, uma vez que congrega situações de *impossibility*, *impracticability*, *frustration of purpose*, *illegality*.⁵

De toda forma, ainda que a exposição do assunto não seja pertinente ao presente, vale destacar que os seus contornos e fundamentos são também objeto de reflexão e debate no direito inglês.⁶

E dada a sua relevância, assim como a sua influência no direito codificado, é matéria de estudos pela doutrina, mormente em direito comparado.⁷

Todavia, é por ação do direito alemão que obteve expansão no direito civil europeu continental. Ela é desenvolvida a partir da teoria da pressuposição de Bernhard Windscheid, remotamente também na cláusula *rebus sic stantibus*, posteriormente alicerçada na teoria da base subjetiva do negócio jurídico, em seguida formulada à luz da ideia da base objetiva do negócio jurídico.

⁴ TREITEL, Guenter. Contract: general rules. In: BIRKS, Peter. *English private law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. v. 2. p. 148.

⁵ TREITEL, Guenter. Contract: general rules. In: BIRKS, Peter. *English private law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. v. 2. p. 148-154; RAPSOMANIKIS, Michael. Frustration of contract in international trade law and comparative law. *Duquesne Law Review*, v. 18, 1980. p. 557.

⁶ ATIYAH, Patrick Selim. *An introduction to the law of contract*. 4. ed. Oxford: Oxford University Press, 1989. p. 245-262; WEISKOPF, Nicholas. Frustration of contractual purpose – Doctrine or myth? *St. John's Law Review*, v. 70, 1996. p. 239-240; ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Tecnos, 1968. p. 59-62; CRISCUOLI, Giovanni. *Il contratto nel diritto inglese*. 2. ed. Padova: Cedam, 2001. p. 383-385.

⁷ GILSON, Bernard. *Inexécution et résolution en droit anglais*. Paris: LGDJ, 1969. p. 229-233; DAVID, René; PUGSLEY, David. *Les contrats en droit anglais*. 2. ed. Paris: LGDJ, 1985. p. 310-321; CRISCUOLI, Giovanni. *Il contratto nel diritto inglese*. 2. ed. Padova: Cedam, 2001. p. 369-393; ALPA, Guido; DELFINO, Rossella. *Il contratto nel common law inglese*. 2. ed. Padova: Cedam, 1997. p. 161-168; ALPA, Guido. *Contratto e common law*. Padova: Cedam, 1987. p. 99-104.

Como disserta Windscheid:⁸

La presupposizione è una condizione non svolta [unentwickelte] (una limitazione della volontà, che non si è svolta fino ad essere una condizione). Chi manifesta un volere sotto una presupposizione vuole, al pari di colui che emette una dichiarazione di volontà condizionata, che l'effetto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato dei rapporti; ma egli non giunge sino a far dipendere l'esistenza dell'effetto da questo stato dei rapporti. La conseguenza di ciò è, che l'effetto voluto sussiste e perdura, sebbene venga meno la presupposizione. Ma ciò non corrisponde al vero, proprio volere dell'autore della dichiarazione di volontà, e quindi la sussistenza dell'effetto giuridico, sebbene formalmente giustificata, non ha però sostanzialmente ragione, che la giustifichi. In conseguenza di ciò, colui, che è pregiudicato dalla dichiarazione di volontà, può tanto difendersi con l'eccezione contro le ragioni, che da essa si derivano, quanto anche istituire a sua volta contro colui, a vantaggio del quale l'effetto giuridico ha avuto luogo, un'azione diretta a farlo cessare.

A teoria da pressuposição de Windscheid tentou mostrar poder haver restrição da vontade negocial, de jeito que, tendo-se admitido que exista, apareça ou persista determinada circunstância, posto que não se haja considerado condição, a falha torna inadequadas à verdadeira vontade as consequências jurídicas.⁹

Ainda que tenha representado uma teoria inovadora, foi objeto de crítica acentuada da doutrina pandectista.¹⁰ A despeito de tal circunstância, é motivo de muito debate, sendo até hoje referida em diversas obras.¹¹

⁸ WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902. v. 1. p. 394-397 (parte 1).

⁹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 25. p. 221.

¹⁰ DERNBURG, Arrigo. *Pandette*. Tradução de Francesco Bernardino Cicala. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1906. v. 1. p. 348-349 (parte 1, parte geral). A respeito, vale consultar o alentado relato: FADDA, Carlo; BENZA, Paolo Emilio. Note dei traduttori al libro secondo. In: WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle pandette*. Tradução de Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa. Torino: Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1902. v. 1. p. 1035-1054 (parte 1).

¹¹ GIRINO, Franco. Presupposizione. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dir.). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1966. v. 13. p. 775-784; BESSONE, Mario. "Presupposizione" di eventi e circostanze dell'adempimento. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982. p. 281-297; COSTANZA, Maria. La teoria della presupposizione. In: VISINTINI, Giovanna (diretto da). *Trattato della responsabilità contrattuale*: volume primo: inadempimento e rimedi. Padova: Cedam, 2009. p. 571-581; CARRESI, Franco. Il contratto. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi (Dir.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. Milano: Giuffrè, 1987. v. 21. t. 1. p. 274-278; ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 964-967; GALLO, Paolo. *Trattato del contratto*: i remedi – la fiducia – l'apparenza. Torino: UTET Giuridica, 2010. v. 3. p. 2335-2344; GRISAFI, Raffaella. *Sopravvenienze, squilibri contrattuali e ruolo della presupposizione*. Milano: Giuffrè, 2016. p. 161-216.

Como averba Franco Girino:¹² “Sin dal suo primo apparire, l’elaborazione di Windscheid aprì una disputa che dura ormai da oltre cent’anni e che, anche oggi, pare lungi dall’essere sopita, quanto meno in dottrina”. E embora não tenha sido acolhida nos códigos civis alemão e italiano, foi amplamente reconhecida pela jurisprudência italiana.¹³

Depois, objetivando solucionar os problemas jurídicos advindos com a superveniência de circunstâncias diversas e adversas às da época da contratação, mormente após a Primeira Guerra Mundial, quando a Alemanha passou por momentos inflacionários inenarráveis, provocando total reviravolta no direito dos contratos, Paul Oertmann expôs a sua teoria da base subjetiva do negócio.¹⁴

Segundo detalha Oertmann:¹⁵

Por ello no sería demasiado atrevimiento considerar la presuposición tomada en ese *sentido*, como *base del negocio* y elemento esencial, por consiguiente, para la existencia del mismo, aunque no se hubiera estipulado *expresamente* – cosa que raramente sucede en tales casos – que había de producir esos efectos.

El incumplimiento o la desaparición de esta *base* dará, por lo general, al interesado en el negocio un derecho de resolución o de denuncia del mismo.

Como explica Pontes de Miranda,¹⁶ em vez da manifestação de vontade que estaria no negócio jurídico sem ser elemento do seu todo, tal como seria a da pressuposição, Paul Oertmann pretendeu dar o conceito de *base* ou *fundamento* do negócio, como representação mental de um dos figurantes do negócio jurídico no momento da conclusão, conhecida e não repelida pelo outro figurante, ou a representação comum deles no tocante à existência ou aparição de certas circunstâncias em que se baseie a vontade negocial.

Entre outras considerações, a doutrina de Oertmann foi reputada muito ampla,¹⁷ sendo que posteriormente a teoria de Eugen Locher representou um

¹² GIRINO, Franco. Presupposizione. In: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Dir.). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: UTET, 1966. v. 13. p. 776.

¹³ GALLO, Paolo. *Trattato del contratto: i remedi – la fiducia – l’apparenza*. Torino: UTET Giuridica, 2010. v. 3. p. 1179.

¹⁴ SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 134-135. Ver também: HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil*. Tradução de Gonzalo Hernández. Barcelona: Ariel, 1987. p. 89.

¹⁵ OERTMANN, Paul. *Introducción al derecho civil*. Tradução de Luis Sancho Seral. Barcelona: Editorial Labor, 1933. p. 305.

¹⁶ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 25. p. 222.

¹⁷ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002. p. 17; ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. *Derecho de*

avanço na direção da teoria objetiva da base do negócio jurídico, ainda que não tenha prevalecido.¹⁸

Vale mencionar ainda que Heinrich Lehmann¹⁹ buscou uma fórmula geral que combinou os fatores subjetivos e objetivos, levando em consideração a boa-fé e o fim do contrato.

No entanto, foi fundamentalmente a proposição de Karl Larenz que mais aceitação obteve na consolidação da teoria da base do negócio jurídico.²⁰

Ele considera que a expressão “base do negócio” pode ser entendida em duplo sentido. Em primeiro lugar, como a base “subjetiva” da determinação da vontade de uma ou ambas as partes, como uma representação mental existente ao se concluir o negócio, que influenciou grandemente na formação dos motivos. Em segundo lugar, como a base “objetiva” do contrato (enquanto complexo de sentido inteligível), ou seja, como o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõem devidamente o contrato – saibam-nas ou não os contratantes – já que, caso não fosse assim, não se lograria o fim do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria sentido, fim ou objeto.²¹

A relevância jurídica da base subjetiva do negócio se funda, segundo Larenz,²² em todos os casos, na ocorrência de um erro recíproco pelas partes no que concerne aos motivos.

À luz da base objetiva do negócio, um contrato não pode subsistir como regulação dotada de sentido quando a relação de equivalência entre prestação e contraprestação que o pressupõe é destruída em tal medida que não possa mais racionalmente falar-se de uma *contraprestação*; ou quando a finalidade objetiva do contrato, expressa em seu conteúdo, tenha resultado inalcançável, mesmo que a prestação do devedor seja possível.²³

obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Tradução de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954. t. 2. v. 1. p. 212.

¹⁸ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002. p. 213.

¹⁹ ENNECCERUS, Ludwig; LEHMANN, Heinrich. Derecho de obligaciones. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Tratado de derecho civil*. Tradução de Blas Pérez Gonzáles e José Alguer. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1954. t. 2. v. 1. p. 213.

²⁰ Consultar: ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Tecnos, 1968. p. 69-94.

²¹ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002. p. 34.

²² LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002. p. 88.

²³ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002. p. 159.

Em suma, a teoria objetiva da base do negócio jurídico não se resume, como costumeiramente se associa, à onerosidade excessiva, eis que igualmente admite a frustração do fim do contrato.

As duas espécies – onerosidade excessiva e frustração do fim do contrato –, quando devidamente configuradas, levam ao desaparecimento da base do negócio jurídico, dando azo à sua extinção.

Tal posição ganhou projeção, ainda que tenha sido objeto de críticas,²⁴ sendo que Menezes Cordeiro²⁵ a identifica como abandonada em sua terra de origem, consubstanciando uma fórmula vazia, que, todavia, se mantém em Portugal por uma inércia acrítica. O tema continuou a ser objeto de problematização, mediante proposições de autores subsequentes.²⁶

De toda forma, a realidade é que a matéria da base do negócio restou consolidada na Alemanha, não só na doutrina, como também na jurisprudência, a tal ponto de ter sido incluída no seu Código Civil (BGB), cuja reforma, aprovada em outubro de 2001, entrando em vigor no dia 1^o.1.2002, deu ensejo à “Lei para a Modernização do Direito das Obrigações”.

Os principais pontos da profunda reformulação residiram, como aponta Menezes Cordeiro,²⁷ no regime da prescrição, no direito da perturbação das obrigações, no direito da compra e venda, no contrato de empreitada e no contrato de mútuo.

Além disso, detalha Canaris,²⁸ todos os estatutos referentes à proteção do consumidor e à dos contratos de adesão ou contratos *standard*, que até então não faziam parte do Código Civil, foram nele integrados no contexto da reforma. Entretanto, tratou-se simplesmente de uma alteração no posicionamento sistemático destes estatutos, já que não houve mudanças substanciais no conteúdo.

²⁴ CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997, p. 1048-1050.

²⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português – Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. t. 4. p. 283.

²⁶ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 105-118; FLUME, Werner. *El negocio jurídico: parte general del derecho civil*. Tradução de José María Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. t. 2. p. 582-598; CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985. p. 321-326; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil português – Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2010. v. 2. t. 4. p. 281-289. Ver também: GOMES, Orlando. Introdução ao problema da revisão dos contratos. In: GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 101-107.

²⁷ CORDEIRO, António Menezes. A reforma civil alemã de 2001/2002. In: CORDEIRO, António Menezes. *Da modernização do direito civil: aspectos gerais*. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1. p. 70.

²⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. O novo direito das obrigações na Alemanha. *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Rio de Janeiro, v. 28, p. 3-29, 2005. p. 3.

No que concerne ao tema em comento, foi codificada mediante previsão da perturbação da base do negócio:

§313 (Perturbação da base do negócio)

(1) Quando, depois da conclusão contratual, as circunstâncias que constituíram a base do contrato se tenham consideravelmente alterado e quando as partes, se tiverem previsto esta alteração, não o tivessem concluído ou o tivessem feito com outro conteúdo, pode ser exigida a adaptação do contrato, desde que, sob consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, e em especial a repartição contratual ou legal do risco, não possa ser exigível a manutenção inalterada do contrato.

(2) Também se verifica alteração das circunstâncias quando representações essenciais que tenham sido base do contrato, se revelarem falsas.

(3) Quando uma modificação do contrato não seja possível ou surja inexigível para uma das partes, pode a parte prejudicada resolver o contrato. Nas obrigações duradouras, em vez do direito de resolução tem lugar o direito de denúncia.²⁹

De acordo com a própria justificação do Governo, retomada pela doutrina subsequente, o novo §313 do BGB visou consignar na lei os princípios já consagrados pela jurisprudência, não, propriamente, alterá-los.³⁰

Embora a redação legal seja demasiadamente genérica, remanesce o debate sobre se a frustração do fim do contrato se encontra abarcada no dispositivo codificado, além da figura da alteração das circunstâncias.

A tendência é que se considere como uma das hipóteses de perturbação da base do negócio. Com amparo na posição de Emmerich, Menezes Cordeiro³¹ enumera algumas situações em que o instituto alcançaria aplicabilidade, entre elas o erro sobre a base do negócio, as modificações subsequentes das circunstâncias, a frustração do escopo etc., o que, por conseguinte, abraçaria a frustração do fim do contrato.

²⁹ Tradução em: CORDEIRO, António Menezes. A reforma civil alemã de 2001/2002. *In*: CORDEIRO, António Menezes. *Da modernização do direito civil: aspectos gerais*. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1. p. 114-115.

³⁰ CORDEIRO, António Menezes. A reforma civil alemã de 2001/2002. *In*: CORDEIRO, António Menezes. *Da modernização do direito civil: aspectos gerais*. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1. p. 115.

³¹ CORDEIRO, António Menezes. A reforma civil alemã de 2001/2002. *In*: CORDEIRO, António Menezes. *Da modernização do direito civil: aspectos gerais*. Coimbra: Almedina, 2004. v. 1. p. 116.

Na mesma direção, Mathias Reimann³² enfatiza que a doutrina da *frustration* obteve guarida legal com a reforma alemã de 2002, ressaltando, entretanto, que as cortes locais têm sido relutantes em aplicar a teoria em prestígio da segurança jurídica e da estabilidade.

3 Requisitos

A respeito dos requisitos para a configuração da frustração do fim do contrato, é importante ressaltar que não há uniformidade quanto à sua caracterização.

Vicente Espert Sanz³³ estima que são necessários três pressupostos: (i) que o contrato seja bilateral; (ii) que o contrato tenha um fim; (iii) que se frustre tal fim.³⁴

Em análise que se reputa mais consentânea ao direito pátrio, Rodrigo Barreto Cogo³⁵ indica: (a) que o contrato seja bilateral ou unilateral, de cunho patrimonial, comutativo ou aleatório, de execução diferida ou continuada; (b) que a finalidade do contrato integre o seu conteúdo; (c) que o contrato perca o seu sentido, a sua razão de ser pela impossibilidade de se atingir o seu fim; (d) que ocorra evento posterior à contratação que não estava dentro da âlea do contrato e era alheio à atuação culposa das partes; (e) que inexista mora do contratante frustrado.

Passa-se, em seguida, a perfunctório relato de citados requisitos, sem o propósito de os examinar em detalhes.

A primeira exigência é que se trate de contrato bilateral, no qual se estabelecem obrigações recíprocas.³⁶

Anote-se que no mecanismo dos contratos bilaterais, a obrigação de um dos contraentes é a razão de ser da obrigação do outro.³⁷ Só assim pode uma prestação resultar possível, mas inútil, frente a outra, possível e útil, por sua vez.³⁸

³² REIMANN, Mathias. The good, the bad, and the ugly: the reform of the german law of obligations. *Tulane Law Review*, v. 83, n. 4, p. 877-917, 2009. p. 891-892.

³³ ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Tecnos, 1968. p. 169.

³⁴ Na mesma rota: MORELLO, Augusto M. *Ineficacia y frustración del contrato*. Con colaboración de Pedro Rafael de la Colina. 2. ed. La Plata: Platense, 2006. p. 106.

³⁵ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 196-197.

³⁶ Registre-se que, em situações excepcionais, Rodrigo Barreto Cogo admite o emprego da frustração do fim do contrato aos contratos unilaterais (COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 198-199).

³⁷ GOMES, Orlando. *Contratos*. 23. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 72-73.

³⁸ ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Tecnos, 1968. p. 170.

Isto é, aqui surgirá a discussão a respeito de a parte não prejudicada pela frustração poder exigir a prestação a que, em tese, ainda faz jus, mas que, em decorrência de fato superveniente, é objeto de um contrato cujo sentido se perdeu.³⁹

Tendo em vista a interdependência existente entre as prestações no contrato bilateral, resta afastada tal teoria em contratos gratuitos, que geram proveito a apenas uma das partes. Em outras palavras, a onerosidade é da sua essência, em que se vislumbram sacrifícios e benefícios recíprocos.

Considera-se aplicável, em regra, aos contratos comutativos, sendo admissível, excepcionalmente, aos aleatórios.⁴⁰

Além disso, o tema em análise tem como pressuposto a ocorrência de vicissitude superveniente à celebração do pacto, que, ante o decurso do tempo, sofreu intercorrência que tornou sem sentido o seu cumprimento.

Sendo assim, é natural que apenas recaia em contratos cuja execução perdue no tempo, não encontrando abrigo naqueles de execução instantânea.

Por isso é que se requer contrato de execução diferida ou continuada, isto é, contrato de duração. Caso seja celebrado e satisfeito em um só instante, não subsiste aplicável tal teoria.

Alude-se também à necessidade de o contrato ter um fim, que integre o seu conteúdo, o que encerra maior complexidade teórica.

O tema central a respeito do assunto é relacionado à vasta discussão acerca de causa e motivo, notadamente a noção de causa que permeia a doutrina sobre a teoria do negócio jurídico.⁴¹

³⁹ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 198.

⁴⁰ ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Tecnos, 1968. p. 173-174; COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 200-201.

⁴¹ Sobre o tema: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: [s.n.], 1986. p. 121-129; BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998. v. 3. p. 419-433 (itens 197 a 204); SILVA, Luis Renato Ferreira da. *Reciprocidade e contrato: a teoria da causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 63-118; AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 4. ed. 5. tir. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 152-161; BARCELLONA, Mario. *Della causa: il contratto e la circolazione della ricchezza*. Padova: Cedam, 2015; ROLLI, Rita. *Causa in astratto e causa in concreto*. Padova: Cedam, 2008; ANTUNES, Ana Filipa Morais. *A causa do negócio jurídico no direito civil*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016; CARIOTA-FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Ristampa. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011. p. 592-627; FERRI, Giovanni B. *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*. Milano: Giuffrè, 1966; SCOGNAMIGLIO, Renato. *Contributo alla teoria del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 2008. p. 234-258; BETTI, Emilio. *Teoria generale del negozio giuridico*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 169-207; GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*. In: CICU, Antonio; MESSINEO, Francesco; MENGONI, Luigi; SCHLESINGER, Piero (Dir.). *Trattato di diritto civile e commerciale*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2002. p. 99-119; ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2011. p. 341-360; GALLO, Paolo. *Trattato del contratto: il contenuto – gli effetti*. Torino: UTET Giuridica, 2010. v. 2. p. 987-1041; CORDEIRO,

No que tange ao fim do contrato como elemento próprio para aferição da frustração de seu propósito, Vicente Espert Sanz⁴² afirma:

Por ello ha llegado el momento de afirmar que el fin del contrato a efectos de la teoría de la frustración de su fin es “el propósito práctico y básico a que la parte acreedora de la prestación, más específica, menos fungible, va a aplicar dicha prestación, cuando el propósito es conocido y aceptado por la otra parte, o, al menos, no rechazado”.

Rodrigo Cogo⁴³ aduz que a associação do tema à teoria da causa é inevitável, sendo que o fim do negócio jurídico é, pois, a causa concreta, com esteio na posição de Antonio Junqueira de Azevedo.⁴⁴

Ainda que a análise da causa não consubstancie escopo do presente, é inoldívável o leque de sentidos que recebe. Antonio Junqueira de Azevedo⁴⁵ resume em causa-fato jurídico (*causa efficiens*); causa-motivo (*causa impulsiva*), se o motivo é psicológico; causa-justa-causa, se o motivo é objetivo; causa da juridicidade (*civilis* ou *naturalis*); causa da atribuição patrimonial (ou da atribuição de direitos); e causa do negócio (*causa finalis* com três concepções diferentes).

Entre as diversas acepções atribuídas à causa, entende-se que ela deve ser aqui empregada como a *razão concreta do contrato*.⁴⁶

Pesquisar a efetiva função prática do contrato quer dizer, precisamente, procurar descobrir o interesse concretamente perseguido.⁴⁷ Permite-se, assim,

Antônio Menezes. *Tratado de direito civil português* – Parte geral. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2000. v. 1. t. 1. p. 479-482; COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira. Causa objectiva e motivos individuais no negócio jurídico. In: COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira et al. *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 da reforma de 1977: a parte geral do código e a teoria geral do direito civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. v. 2. p. 423-457; CASTRO Y BRAVO, Federico de. *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas, 1985. p. 163-253; LOS MOZOS, Jose Luis de. Causa e tipo en la teoría general del negocio jurídico. In: LOS MOZOS, Jose Luis de. *El negocio jurídico: estudios de derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1987. p. 433-459; LOS MOZOS, Jose Luis de. La causa del negocio jurídico: notas para una reconstrucción dogmática de su concepto. In: LOS MOZOS, Jose Luis de. *El negocio jurídico: estudios de derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1987. p. 155-298; LOS MOZOS, Jose Luis de. La renovación dogmática del concepto de “causa” del negocio em Emilio Betti y su recepción en la doctrina española. In: LOS MOZOS, Jose Luis de. *El negocio jurídico: estudios de derecho civil*. Madrid: Montecorvo, 1987. p. 517-553; CASTRO, Torquato. *Da causa no contrato*. Tese de Concurso. Recife: Jornal do Commercio, 1947; CAMPOS FILHO, Paulo Barbosa de. *O problema da causa no Código Civil brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, [s.d.].

⁴² ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Tecnos, 1968. p. 187.

⁴³ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 204.

⁴⁴ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: [s.n.], 1986. p. 129.

⁴⁵ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: [s.n.], 1986. p. 128.

⁴⁶ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998. v. 3. p. 425.

⁴⁷ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998. v. 3. p. 425.

qualificar o contrato: “È inoltre alla causa concreta che occorre fare riferimento per qualificare il contratto. Il confronto con i modelli e i criteri di classificazione contrattuale richiede infatti che si accerti preliminarmente quale interesse il contratto è concretamente volto a realizzare”.⁴⁸

Tal feição admite, inclusive, a identificação da frustração do fim do negócio jurídico. Consoante Antonio Junqueira de Azevedo,⁴⁹ por fim do negócio jurídico deve-se entender a sua causa concreta. A frustração é também entendida como função concreta do negócio jurídico. A expressão “fim do negócio jurídico” designa justamente a causa (função) concreta que objetivamente resulta do negócio jurídico, individualmente considerado.⁵⁰

Nessa linha de raciocínio, é a razão concreta do contrato que permite aferir o seu fim, a qual, todavia, assume fisionomia objetiva. Diz Pontes de Miranda⁵¹ que o instituto se materializa quando não se pode obter a finalidade objetiva do negócio jurídico, ainda que possível a prestação, entendendo-se que a finalidade de um dos figurantes que o outro admitiu é objetiva (= subjetiva comum).

A impossibilidade de alcançar o fim só afeta a subsistência do contrato se relacionada não à finalidade de apenas uma parte, mas à finalidade comum e, neste sentido, finalidade objetiva do contrato. E a finalidade primeira e imediata de cada parte de um contrato é obter a contraprestação.⁵²

Para diagnosticar tal propósito, úteis as assertivas de Rodrigo Cogo:⁵³

para efeitos da frustração do fim do contrato, deve-se entender por finalidade que integra o conteúdo do contrato o interesse, o resultado prático ou a função (concreta) que se extrai do negócio jurídico, relevante e conhecida por ambos os contratantes, ou que, de acordo com um juízo de boa-fé, articulado com o uso dos critérios da normalidade, preço e tipo contratual, razoavelmente se possa dizer que deveria ter

⁴⁸ BIANCA, C. Massimo. *Diritto civile: il contratto*. Milano: Giuffrè, 1998. v. 3. p. 426.

⁴⁹ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Remissão interessada de dívida. Erro sobre o motivo determinante. Análise do negócio jurídico por suas bases subjetiva e objetiva. Frustração do fim do negócio jurídico e consequente enriquecimento sem causa. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 56.

⁵⁰ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Remissão interessada de dívida. Erro sobre o motivo determinante. Análise do negócio jurídico por suas bases subjetiva e objetiva. Frustração do fim do negócio jurídico e consequente enriquecimento sem causa. In: AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 56.

⁵¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 25. p. 257.

⁵² LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002. p. 155.

⁵³ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 223-224.

sido considerada relevante ou conhecida por ambos, tendo em conta o tipo de negócio celebrado e as circunstâncias que pontuavam a sua celebração.

Uma vez presente o fim do contrato, deve suceder, por fato superveniente, a frustração de tal propósito, inibindo que se alcance o escopo almejado.

A doutrina costuma indicar duas situações em que ocorre a frustração do fim do contrato: frustração por impossibilidade de alcançar o fim do contrato e frustração porque o fim é obtido por meios ou caminhos diferentes daquele estipulado no contrato.⁵⁴

Conforme detalhado a seguir, entende-se que apenas a primeira situação é apta a gerar o instituto no sistema jurídico pátrio, visto que a segunda, em regra, se enquadra na hipótese de impossibilidade da prestação.

A frustração se caracteriza quando o contrato se torna inútil, carecendo de sentido para o credor, mesmo que jurídica ou fisicamente possa ser cumprido. Em última instância, a frustração se encerra na perda do interesse essencial ou básico aceitado e objetivado ao se pactuar o contrato.⁵⁵

É intuitivo, advirta-se, de maneira especial em contratos empresariais, que para a configuração da inutilidade do contrato, o que enseja a sua ineficácia, afastando, portanto, a sua força obrigatória, há de ser vicissitude fatal, não obstáculo nem dificuldade acentuada.

Ela não pode servir como válvula de escape que franqueie dissolver a relação contratual sob subterfúgio de não ser mais possível obter a expectativa emanada do pacto. Não é mecanismo que imuniza o contraente munido do espírito de não adimplir, embora não esteja em mora.

Não se trata da frustração das expectativas, da decepção, que é subjetiva. Cuida-se de vertente objetiva, em que o propósito do contrato não é mais realizável. Há um óbice, intransponível, a ser medido consoante a boa-fé objetiva.

Para arrematar, ainda que a doutrina⁵⁶ defenda a identificação da frustração do fim do contrato quando o seu fim é obtido por meio distinto daquele convencionado, ela não deve ser assim aplicada.

Tal se deve pois, no direito brasileiro, em regra, tal ocasião é abarcada pela impossibilidade da prestação.

⁵⁴ ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Tecnos, 1968. p. 202-203.

⁵⁵ MORELLO, Augusto M. *Ineficacia y frustración del contrato*. Con colaboración de Pedro Rafael de la Colina. 2. ed. La Plata: Platense, 2006. p. 107.

⁵⁶ ESPERT SANZ, Vicente. *La frustración del fin del contrato*. Madrid: Tecnos, 1968. p. 207-210.

Rodrigo Cogo⁵⁷ indica alguns exemplos que se enquadrariam na matéria: (i) imagine-se o contrato celebrado para a demolição do complexo do Carandiru, em São Paulo. Suponha-se que, uma semana antes da data marcada para a destruição, ocorresse um terremoto em São Paulo e que os prédios a serem demolidos sucumbissem com esse evento, esfacelando-se. É um exemplo pelo qual foi atingida a finalidade do contrato por meio diverso do contratado, sem que qualquer das partes tivesse influência sobre ela; (ii) suponha-se o caso de um tratamento para engravidar, programado para ser feito em diversas sessões durante alguns meses. Realizadas as consultas e elaborado o programa pelo médico, descobre-se, antes de se iniciar o tratamento, que a paciente engravidou; (iii) o famoso caso do rebocador que iria desencalhar o navio encalhado, mas que, antes de iniciar a operação, vê-se surpreendido com o desencalhe natural pela força da maré; (iv) o médico contratado para operar um paciente que obtém a cura antes da cirurgia.

Destarte, referido autor⁵⁸ sustenta, com razão, que tais situações se aproximam das hipóteses de impossibilidade superveniente inimputável da prestação, regradas nos arts. 234 e 238 (obrigações de dar), 248 (obrigação de fazer) e 250 (obrigação de não fazer) do Código Civil, pelo que, na maioria das vezes, sucede justamente a impossibilidade da própria prestação, de forma que não é mais possível a realização do ato de prestar.

Tal assertiva afasta a disciplina da frustração do fim do contrato, que, como visto, admite a sua satisfação, tornada, porém, inútil, atingindo o contrato, não só a prestação.

Agregue-se que a frustração do fim do contrato prende-se a evento superveniente, que inviabiliza o seu cumprimento. É indispensável, destarte, que se afigure episódio posterior à celebração da avença.

Não basta, ademais, que se apresente apenas um evento superveniente, eis que não pode ser considerado inserido na álea do contrato nem pode defluir de ação culposa das partes.

Quanto a tal requisito, portanto, em resumo, requer-se evento superveniente, fora do risco assumido pelas partes no contrato e que seja estranho à ação culposa dos contraentes.

A superveniência do fato concreto que dá azo à frustração do fim do contrato é pressuposto essencial da matéria.

⁵⁷ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 234-235.

⁵⁸ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 235-236. Admite-a, no entanto, excepcionalmente (p. 238-242).

Se não sobreveio após a celebração do contrato, não se preenche a premissa básica do instituto. Caso seja antecedente, é pertinente averiguar a eventual configuração de alguma outra figura jurídica, conforme os seus respectivos requisitos, mas não desta.

Além disso, o evento não pode integrar a álea do contrato avençado.

O risco contratual é matéria de constante atenção da doutrina,⁵⁹ sendo objeto de muito debate nas situações de onerosidade excessiva, além do seu emprego no tema em análise, cujos contornos serão aqui discorridos perfunctoriamente.

É sabido, mormente nas contratações empresariais, que se convive com a atribuição de riscos, em que os protagonistas tomam decisões cientes da álea a elas inerentes, as quais são pactuadas, restando obrigatórias, à luz do *pacta sunt servanda*.

Tanto é assim que nos dias de hoje raramente um contrato empresarial é firmado sem a realização de auditorias – legal, contábil, financeira etc. – com o propósito de radiografar o negócio alvo, conhecendo as suas vicissitudes para aquilatar os riscos a serem assumidos.

O contato prévio com dados e informações a respeito do objeto da avença tornaram-se corriqueiros. As partes, em ambiente de boa-fé, trocam informações, disponibilizam acessos a dados sensíveis a fim de propiciar que os riscos sejam conhecidos, tornem-se previsíveis, autorizem calcular e/ou projetar margens de ganho, expectativas de retorno de investimento, materialização de contingências, tudo conforme o caso concreto.

Uma vez realizado o negócio jurídico, o retorno esperado com aquele pacto integra o seu risco. Ganhar muito, pouco, não lucrar, perder são alternativas próprias do mercado empresarial, fazendo parte de sua álea. Evidente que a expectativa é sempre o proveito, mas ele pode faltar, sem que isso represente violação legal.

Os contratos mercantis, como os demais, são atos de autonomia privada que envolvem a assunção de um risco por ambos os contraentes: ao contratar, as partes trocam um presente conhecido por um futuro desconhecido, instituindo

⁵⁹ Entre inúmeros artigos e livros, vale consultar: ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo. *Rischio contrattuale e autonomia privata*. Napoli: Jovene, 1982; GABRIELLI, Enrico. *Il rischio contrattuale*. In: GABRIELLI, Enrico. *Alea e rischio nel contratto: studi*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997. p. 115-164; PENNAZIO, Rossana. *Rischio e sopravvenienze*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013; DELFINI, Francesco. *Autonomia privata e rischio contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1999; MARTIN, Anne-Cécile. *L'imputation des risques entre contractants*. Paris: LGDJ, 2009; PARAISO, Fall. *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*. Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2011; ZANETTI, Cristiano de Sousa. O risco contratual. In: LOPEZ, Teresa Ancona; LEMOS, Patrícia Faga Iglecias; RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz (Coord.). *Sociedade de risco e direito privado: desafios normativos, consumeristas e ambientais*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 455-468; FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 146-149.

entre ambas um quadro de regulação jurídica destinado a vigorar independentemente das vicissitudes do percurso, pelo que, em regra, a alteração da envolvente negocial ou econômica não é causa de modificação das obrigações assumidas.⁶⁰

Se conhecia o risco, se tinha a oportunidade de saber a respeito ou se foram oferecidas as condições para dele tomar ciência, e, mesmo assim, celebrou o contrato, é porque a parte deliberou nesta direção consoante os seus interesses, no contexto de sua autonomia privada.

Logo, não se pode admitir a frustração do fim do contrato quando o acontecimento que deu ensejo ao instituto fosse previsível, já que em tal caso as partes poderiam ter tomado as medidas necessárias, cuja falta deve ser considerada como risco assumido pela parte afetada.⁶¹ Ou, como disserta Pontes de Miranda:⁶² “Se algum elemento pertence à base do negócio jurídico mas são de prever-se circunstâncias que a eliminam, ou podem eliminar, os figurantes assumiram o risco”.

Acrescente-se que o evento superveniente deve originar de fato externo, alheio à conduta das partes.

Caso seja de alguma maneira ocasionado pelo contratante, seja dolosa ou culposamente, inclusive em função de sua mora, inexistente a possibilidade de caracterização de frustração de fim do contrato.

Por fim, é necessário que o contratante protagonista do pleito de reconhecimento de frustração do fim do contrato, cuja ineficácia deverá ser declarada por pronunciamento jurisdicional – judicial ou arbitral – não esteja em mora.

Isso porque, caso incida em *mora debendi* ou *mora accipiendi*, é evidente que a finalidade que se frustrou deve ser atribuída à sua própria conduta, pelo que deve suportá-la.⁶³

4 Âmbito de incidência

A frustração do fim do contrato como *fattispecie* que autoriza a sua extinção tem âmbito de incidência restrito.

Notadamente no direito inglês, de cujas raízes o tema advém, há divergência acerca da aplicação do instituto,⁶⁴ havendo quem defenda que recaia de forma mais ampla, abrangendo figuras como a impossibilidade da prestação, os vícios

⁶⁰ ANTUNES, José A. Engrácia. *Direito dos contratos comerciais*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 308.

⁶¹ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002. p. 158.

⁶² MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. v. 25. p. 258.

⁶³ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Tradução de Carlos Fernández Rodríguez. Granada: Comares, 2002. p. 158-159.

⁶⁴ WEISKOPF, Nicholas. Frustration of contractual purpose – Doctrine or myth? *St. John's Law Review*, v. 70, 1996. p. 241.

de vontade, a ilegalidade da prestação, a onerosidade excessiva e a própria frustração do contrato, entre outras.⁶⁵

Para exemplificar, Guido Alpa e Rossella Delfino⁶⁶ citam:

In particolare, secondo Treitel, si ha *frustration* del contratto in tre casi: 1) quando l'esecuzione di una delle prestazioni è diventata impossibile, 2) quando è diventata illecita, 3) quando impossibile è diventata la realizzazione dello scopo del contratto. La sopravvenuta impossibilità della prestazione di una parte libera anche l'altro contraente (*discharge*) dall'obbligo di eseguire la prestazione dovuta.

No sistema pátrio, no entanto, o mesmo não sucede. Isso porque o Código Civil disciplina os institutos de impossibilidade da prestação, defeitos do negócio jurídico, revisão e resolução por onerosidade excessiva etc.

Como explica Rodrigo Barreto Cogo,⁶⁷ a tradução e a identificação do termo *frustration* com a frustração pode ser uma das explicações para a – errônea – inserção, na frustração do fim do contrato, de situações que com ela não se identificam (*v.g.*, impossibilidade, excessiva onerosidade, erro).

Resta, portanto, campo residual à frustração do fim do contrato que não se confunde nem se sobrepõe aos demais citados.

Destarte, é justo afirmar que a sua esfera de abrangência é limitada.⁶⁸ A frustração do fim do contrato não é ampla, sob pena de se confundir com outras teorias já consagradas e com espaço próprio de atuação, tais como a teoria da imprevisão, também chamada de excessiva onerosidade, a teoria do erro, os vícios redibitórios, a impossibilidade e o enriquecimento sem causa.⁶⁹

No mesmo sentido, a posição de Marcos Hoppenstedt Ruzzi,⁷⁰ segundo o qual a frustração do fim do contrato não se confunde com as hipóteses de impossibilidade da prestação em si, nem com o inadimplemento, nem com a onerosidade excessiva, mas situa-se em uma lacuna que tais institutos não alcançam. No inadimplemento tem-se por base a pessoa do credor, já que tem na utilidade da prestação descumprida o seu critério básico. Na impossibilidade, o critério se

⁶⁵ RAPSOMANIKIS, Michael. Frustration of contract in international trade law and comparative law. *Duquesne Law Review*, v. 18, 1980. p. 557.

⁶⁶ ALPA, Guido; DELFINO, Rossella. *Il contratto nel common law inglese*. 2. ed. Padova: Cedam, 1997. p. 161-162.

⁶⁷ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 174-175.

⁶⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico e declaração negocial: noções gerais e formação da declaração negocial*. São Paulo: [s.n.], 1986. p. 224-225; SILVA, Luís Renato Ferreira da. *Revisão dos contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 138-139.

⁶⁹ COGO, Rodrigo Barreto. *A frustração do fim do contrato: o impacto dos fatos supervenientes sobre o programa contratual*. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 174.

⁷⁰ RUZZI, Marcos Hoppenstedt. Resolução pela frustração do fim do contrato. *In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio (Coord.). Direito contratual: temas atuais*. São Paulo: Método, 2007. p. 512.

desloca para a prestação em si, que já não é mais executável. Na onerosidade excessiva tem-se por critério o equilíbrio contratual, que se transforma, com as alterações do suporte fático do contrato, ao ponto de transformar o contrato inicial em uma relação completamente diversa.

Foi igualmente o entendimento aprovado por intermédio do Enunciado nº 166, na III Jornada de Direito Civil, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “Arts. 421 e 422 ou 113: A frustração do fim do contrato, como hipótese que não se confunde com a impossibilidade da prestação ou com a excessiva onerosidade, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação do art. 421 do Código Civil”.

A visão de Orlando Gomes⁷¹ não discrepa: “A frustração do fim do contrato não deve ser incluída entre os casos de impossibilidade superveniente. A prestação continua possível, deixando apenas de ser interessante, por ter perdido o sentido seu cumprimento, ou recebimento”.

Nessa sorte de análise, conclui-se que frustração do fim do contrato e impossibilidade da prestação são institutos longínquos, que não admitem convergência, não se subsumem ao mesmo fato.

Com efeito, considerando que na frustração do fim do contrato o seu cumprimento ainda é plenamente possível, contudo não há mais utilidade, inexistente mais razão de ser, levando à sua ineficácia, é indiscutível que o mesmo suporte fático não pode dar ensejo à configuração da impossibilidade da prestação. Isso porque são incompatíveis, extremam-se.

Na frustração do fim do contrato o seu cumprimento é inteiramente plausível, porém seu desígnio restou fracassado. De outra banda, na impossibilidade da prestação se constata característica indeclinável, qual seja, a absoluta impossibilidade de cumprimento da prestação.

Logo, o mesmo fato não pode lastrear concomitantemente hipótese de impossibilidade e outra de possibilidade, porém frustrada.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NANNI, Giovanni Ettore. Frustração do fim do contrato: análise de seu perfil conceitual. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 23, p. 39-56, jan./mar. 2020. DOI:10.33242/rbdc.2020.01.002.

Recebido em: 19.07.2019

1º parecer em: 23.07.2019

2º parecer em: 25.07.2019

⁷¹ GOMES, Orlando. Introdução ao problema da revisão dos contratos. In: GOMES, Orlando. *Transformações gerais do direito das obrigações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 103.