

Rodrigo Barreto Cogo

A FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO

O impacto dos fatos supervenientes
sobre o programa contratual

RENOVAR
Rio de Janeiro
2012

abdr 
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITO
REPROGRAFICO
Respeite o direito autoral!

Paulo Benedito Lazzareschi

CAPÍTULO V

A FRUSTRAÇÃO DO FIM DO CONTRATO NO DIREITO BRASILEIRO

1. Considerações gerais. 2. Concretização da frustração do fim do contrato no Direito brasileiro: 2.1 A frustração do fim do contrato no Código Civil; 2.2 A frustração do fim do contrato no Código de Defesa do Consumidor. 3. Frustração do fim do contrato, interpretação e boa-fé objetiva. 4. Efeitos da frustração do fim do contrato. 5. Aspectos jurisprudenciais. 6. Conclusões

1. Considerações gerais

Até aqui procuramos trazer informações concernentes às bases históricas e teóricas da frustração do fim do contrato, percorrendo o direito estrangeiro e fornecendo as principais noções acerca do tema, em especial, no que consiste, quais os seus requisitos de aplicação, suas consequências e sua específica área de incidência a partir da distinção com outros institutos.

O desafio agora será a aplicação das bases da teoria da frustração do fim do contrato no direito brasileiro, que passaremos a estocar nos próximos itens

2. Concretização da frustração do fim do contrato no Direito brasileiro

A investigação da existência de amparo legal à frustração do fim do contrato no Direito brasileiro será feita no âmbito do Código Civil e do Código de Proteção e Defesa do Consumidor.

A indicação das disposições de lei que amparam uma determinada teoria jurídica confortam o aplicador do Direito, o que, em se tratando de tema que faz uso da noção de causa concreta, não seria de todo necessário, na medida em que “a causa, no nosso direito, não está na lei, mas está, porque é inevitável, no ordenamento como um todo”.⁵²¹

2.1 A frustração do fim do contrato no Código Civil

A possibilidade de aplicação da teoria da frustração do fim do contrato passa pelo reconhecimento da importância da finalidade do negócio jurídico.

Como já tivemos oportunidade de avaliar,⁵²² a finalidade identifica-se com o conceito de causa concreta. Seria ela o

521 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico. Existência...*, p. 160, nota 239. A afirmação, embora lançada na edição já atualizada pelo novo Código Civil, seria passível de controvérsia, uma vez que o art. 421 do Código Civil parece ter positivado a causa no Código Civil, embora não a trate textualmente como um dos requisitos do negócio jurídico, como o fazem o Direito italiano e o francês.

522 *Vide* Capítulo IV, item 5.1.2.

interesse, o resultado prático ou a função (concreta) que se extrai do negócio jurídico *in concreto*; relevante e conhecida por ambos os contratantes ou que, de acordo com a boa-fé, razoavelmente deveria ter sido conhecida, tendo em conta o tipo de negócio celebrado e as circunstâncias que pontuavam a sua celebração (critérios de normalidade e preço). O fim, frise-se, deve ser conhecido e levado em consideração por ambos os contratantes para que se possa aplicar a teoria da frustração do fim do contrato, pois, do contrário, não integraria o seu conteúdo. Para sabermos qual o fim do contrato devemos responder à seguinte pergunta: para que o contrato serve?

A finalidade não se identifica com o motivo, que é o porquê da contratação (causa impulsiva), não manifestado, individual, de foro íntimo do contratante. Os motivos traduzem aqueles interesses que não são apreciáveis, o que leva à tradicional afirmação da sua irrelevância.⁵²³ Quando queremos sa-

523 SILVA, Luis Renato Ferreira da. A noção de sinalagma nas relações contratuais e paracontratuais (uma análise à luz da teoria da causa). 2001. Tese (Doutorado) — Faculdade de Direito da USP. São Paulo. Carlos Alberto da MOTA PINTO, após reconhecer o fim contratual como fator de relevante importância na estrutura, conteúdo e vida de cada relação contratual concreta, ensina que ele não é “qualquer móbil ou objectivo individual que adquirirá relevância, mas apenas o fim prosseguido pelas partes, dotado das exigências de objectividade ou cognoscibilidade necessárias para, segundo o direito vigente, se projectar no ordenamento negocial. Mais concretamente, trata-se do fim susceptível de ser considerado, segundo a impressão do destinatário ou outro tipo de sentido negocial, nos casos excepcionais em que os critérios legais da hermenêutica para ele apontem (cf. art. 239º, n. 2), ou segundo critérios de integração fim que, acentue-se também, nos contratos sinalmáticos, se não identifica, apenas, com a necessidade de satisfazer, com o bem recebido, nem sequer com a mera consideração contabilística da prestação a receber e do sacrifício a suportar, mas supõe uma ligação de causalidade-finalidade entre a necessidade económica correspondente à prestação que se efectiva e a utilidade que se visa

ber qual o motivo do contrato indagamos: por que o contrato foi celebrado? Pode ocorrer, no entanto, de o motivo ser qualificado como determinante na celebração do negócio, situação em que este passa a ter relevância para o Direito, consoante se extrai dos arts. 140 e 166, III, do Código Civil.⁵²⁴

O fato é que tanto a finalidade *individual* quanto os motivos da contratação são irrelevantes. Entretanto, a finalidade *comum* (a qual preferimos chamar de finalidade que integra o conteúdo do contrato, pois nem sempre é manifestada de forma expressa) e os motivos determinantes são interesses igualmente apreciáveis. Isso leva-nos a crer que a consideração do fim e do motivo como interesses juridicamente apreciáveis atrela-se a um mesmo critério, qual seja, o do seu conhecimento por ambas as partes. Esse conhecimento, em se tratando de motivo, deve se revelar por meio da menção expressa de que ele é determinante. Já para a finalidade, o “conhecimento” pode ser extraído do próprio contrato (quando estiver expressamente mencionado) ou através da interpretação — integrativa — do negócio jurídico, tendo em conta a boa-fé e os usos e costumes (Código Civil, art. 113) atrelados aos critérios do tipo contratual escolhido, do preço de mercado e da normalidade.

Mas o fim, a função (concreta) ou a finalidade do negócio jurídico são fatores considerados relevantes pelo nosso ordenamento jurídico?

Não temos a menor dúvida, posto que em diversos artigos de lei há expressa referência à finalidade, a começar pela nos-

colher da prestação a receber” (*Cessão da posição contratual*. Coimbra: Almedina, 1982, p. 316).

524 **Art. 140.** O falso motivo só vicia a declaração de vontade quando expresso como razão determinante.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...) III — o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito.

sa Constituição Federal, que, em seu art. 3º, elenca os *objetivos* fundamentais de nosso país:

Art. 3º (...) I — construir uma sociedade livre, justa e solidária; II — garantir o desenvolvimento nacional; III — erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV — promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Trata-se, evidentemente, de finalidades a serem buscadas pelo Estado.

A ordem econômica e financeira, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, também é pautada pela finalidade constitucional de “assegurar a todos existência digna” (Constituição Federal, art. 170, *caput*).⁵²⁵

O próprio comando constitucional de que a propriedade deve atender à sua função social (Constituição Federal, art. 5º, XXIII), erigida igualmente como princípio geral da atividade econômica (Constituição Federal, art. 170, III), também denota o prestígio outorgado à finalidade.

No âmbito de nosso Código Civil não é diferente. Assim, por exemplo, para a criação de uma fundação é necessário especificar o *fim ao qual se destina*, limitando-se este aos *religiosos, morais, culturais ou de assistência* (Código Civil, art. 62 e parágrafo único).⁵²⁶ O fim da fundação também ba-

525 **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

526 **Art. 62.** Para criar uma fundação, o seu instituidor fará, por escritura pública ou testamento, dotação especial de bens livres, especificando o fim a que se destina, e declarando, se quiser, a maneira de administrá-la. Parágrafo único. A fundação somente poderá constituir-se para fins religiosos, morais, culturais ou de assistência.

liza a reforma do seu estatuto (Código Civil, art. 67, II). Além disso, a seara das fundações contém previsão expressa a respeito da frustração do fim da fundação, *verbis*:

Art. 69. Tornando-se ilícita, impossível ou inútil a finalidade a que visa a fundação, ou vencido o prazo de sua existência, o órgão do Ministério Público, ou qualquer interessado, lhe promoverá a extinção, incorporando-se o seu patrimônio, salvo disposição em contrário no ato constitutivo, ou no estatuto, em outra fundação, designada pelo juiz, que se proponha a fim igual ou semelhante.

Este artigo, assim como o já mencionado art. 206, II, *b*, da Lei das Sociedades Anônimas,⁵²⁷ comprova nosso pensamento de que o fim não integra o objeto do negócio jurídico, mas o seu conteúdo.⁵²⁸ A finalidade é o objetivo que se visa alcançar com a instituição da fundação, enquanto o objeto são as atividades necessárias para que se consiga atingi-lo.

A finalidade da FAPESP — Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo é o “amparo à pesquisa científica no Estado de São Paulo”. Esse fim é viabilizado por meio das seguintes atividades: a) custeio, total ou parcial, dos projetos de pesquisas, individuais ou institucionais, oficiais ou particulares, julgados aconselháveis por seus órgãos competentes; b) custeio parcial da instalação de novas unidades de pesquisa, oficiais ou particulares; c) fiscalização da aplicação dos auxílios que fornecer, podendo suspendê-los nos casos de inobservância dos projetos aprovados; d) manutenção de um cadastro das unidades de pesquisa existentes dentro do Estado e seu pessoal e instalações; e) manutenção de um cadastro das pesquisas sob seu amparo e das demais do Estado; f) promoção periódica de estudos sobre o estado geral da pesquisa em São

527 *Vide* Capítulo IV, item 5.1.3.1.

528 Ou, ainda, de que o fim não compõe o conceito de prestação.

Paulo e no Brasil, identificando os campos que devam receber prioridade de fomento; g) promoção do intercâmbio de pesquisadores nacionais e estrangeiros, através da concessão ou complementação de bolsas de estudos ou pesquisas, no País ou no exterior; h) promoção ou subvenção da publicação dos resultados das pesquisas.⁵²⁹ Essas atividades são, na verdade, o objeto da fundação.

O art. 69 do Código Civil traduz *fattispecie* específica de ilicitude, impossibilidade ou inutilidade da finalidade da fundação, o que é bem diverso da ilicitude, impossibilidade ou inutilidade das atividades que desempenha para atingir o seu fim.

Suponhamos que todas as fontes de receitas financeiras da FAPESP fossem extintas. Teríamos, nesse caso, a impossibilidade das atividades relativas ao custeio de projetos de pesquisa e de instalação de novas unidades de pesquisa. Contudo, a finalidade de amparo ainda poderia ser atingida por meio de outras atuações, tais como a promoção do intercâmbio entre alunos, a disponibilização da estrutura já existente à pesquisa dos alunos, etc.

O fim está presente em todo o Código Civil e sua importância é bastante nítida.

A qualificação de uma benfeitoria como necessária, útil ou voluptuária é feita levando-se em conta a finalidade para a qual se destina (Código Civil, art. 96).⁵³⁰

529 **Art. 1º** e seus incisos do Estatuto da FAPESP, aprovados pelo Decreto estadual n. 40.312, de 23 de maio de 1962. Disponível em: [http://www.fapesp.br/materia.php?data\[id_materia\]=92](http://www.fapesp.br/materia.php?data[id_materia]=92). Acesso em: 23 abr. 2005. A redação da Lei Orgânica da FAPESP (Lei estadual n. 5.918, de 18 de outubro de 1960) deixa mais clara — em relação ao estatuto — a distinção entre finalidade e objeto quando elenca separadamente a finalidade da fundação no art. 2º e o seu objeto no art. 3º. Disponível em: [http://www.fapesp.br/materia.php?data\[id_materia\]=30](http://www.fapesp.br/materia.php?data[id_materia]=30). Acesso em: 24 abr. 2005.

530 **Art. 96.** As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias. § 1º São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não au-

Na conversão do negócio jurídico, o fim que as partes visavam é determinante para que a mesma se opere (Código Civil, art. 170).⁵³¹

O fim econômico ou social limita o exercício dos direitos, balizando os limites entre o que seria exercício regular de um direito e abuso de direito (Código Civil, art. 187).⁵³²

A finalidade da sociedade mercantil também é fator relevante para a avaliação da caracterização do abuso da personalidade jurídica, ensejador da sua descaracterização, nos moldes do art. 50 do Código Civil.⁵³³

Em matéria de cláusula penal, a finalidade, juntamente com a natureza do negócio, atua como um elemento a ser considerado pelo magistrado para a sua redução equitativa.⁵³⁴

A venda sujeita a prova presume-se feita sob a condição suspensiva de que a coisa tenha as qualidades asseguradas pelo

mentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor. § 2º São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem. § 3º São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que se deteriore.

531 **Art. 170.** Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade.

532 **Art. 187.** Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

533 **Art. 50.** Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

534 **Art. 413.** A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.

vendedor e seja idônea para o fim ao qual se destina (Código Civil, art. 510).

Na locação, a impossibilidade de a coisa ser empregada ao fim ao qual se destinava é o critério decisivo para a resolução do contrato e não a simples redução do valor do aluguel, em casos de deterioração do bem sem culpa do locatário (Código Civil, art. 567).⁵³⁵

No campo do pagamento indevido, não se admite a restituição quando este for feito para atingir uma finalidade ilícita, imoral ou proibida por lei (Código Civil, art. 883).⁵³⁶

A sociedade simples pode ser dissolvida judicialmente quando exaurido o fim social ou verificada a sua inexistência (Código Civil, art. 1.034).⁵³⁷

A finalidade também baliza o exercício do direito de propriedade ao prever, no § 1º do art. 1.228 do Código Civil, que “o direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas”. Além disso, não é tolerado pelo Direito “os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem” (§ 2º do art. 1.228).

Um dos requisitos da escritura de instituição do condomínio

535 **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.

536 **Art. 883.** Não terá direito à repetição aquele que deu alguma coisa para obter fim ilícito, imoral, ou proibido por lei.

537 **Art. 1.034.** A sociedade pode ser dissolvida judicialmente, a requerimento de qualquer dos sócios, quando: I — anulada a sua constituição; II — exaurido o fim social, ou verificada a sua inexistência.

nio edilício é a finalidade à qual se destinam (Código Civil, art. 1.332).⁵³⁸

O fim para o qual foi instituída também é elemento que norteia o exercício das servidões (Código Civil, art. 1.385).⁵³⁹

A escolha de um fim determinado pode justificar a nomeação de herdeiro ou legatário (Código Civil, art. 1.897).⁵⁴⁰

Saindo do Direito Civil e migrando para o Direito Administrativo, temos a finalidade pública (objetivo de satisfazer e proteger o interesse público) como um dos princípios básicos da Administração Pública e como um dos requisitos dos atos administrativos.⁵⁴¹

Esses artigos revelam aplicações pontuais da finalidade, comprovando que ela permeia os diversos ramos do Direito.

No âmbito do Direito Civil, a norma mais importante que prova o destaque que a finalidade dos negócios jurídicos adquiriu após a edição do novo Código Civil é a do art. 421, que assim estabelece: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.”

O legislador optou por erigir a *função* — ou seja, aquilo

538 Art. 1.332. Institui-se o condomínio edilício por ato entre vivos ou testamento, registrado no Cartório de Registro de Imóveis, devendo constar daquele ato, além do disposto em lei especial: I — a discriminação e individualização das unidades de propriedade exclusiva, estreimadas uma das outras e das partes comuns; II — a determinação da fração ideal atribuída a cada unidade, relativamente ao terreno e partes comuns; III — o fim a que as unidades se destinam.

539 Art. 1.385. Restringir-se-á o exercício da servidão às necessidades do prédio dominante, evitando-se, quanto possível, agravar o encargo ao prédio serviente. § 1º Constituída para certo fim, a servidão não se pode ampliar a outro.

540 Art. 1.897. A nomeação de herdeiro, ou legatário, pode fazer-se pura e simplesmente, sob condição, para certo fim ou modo, ou por certo motivo.

541 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 89-90 e 147-148.

para o qual se presta, o papel que desempenha, tendo em vista a obtenção de uma certa finalidade utilidade — [social] do contrato como um dos fatores para balizar as contratações.⁵⁴²

542 Cabe aqui registrar que a redação do art. 421 é um tanto quanto autoritária e ditatorial ao estabelecer que a *liberdade de contratar* será exercida *em razão* da função social do contrato, o que significa, tomada a expressão em sua literalidade, esfacelar aquele núcleo da autonomia privada que não pode ser tocado sob pena de se violar um princípio ainda maior, qual seja, o da liberdade dos indivíduos de celebrarem negócios jurídicos de acordo com as suas necessidades, o que, por sua vez, funda-se em um outro princípio fundamental que é o da dignidade da pessoa. Isso por dois motivos: a) a liberdade de contratar refere-se à possibilidade de celebrar ou não os contratos, ao exercício livre da autonomia privada quanto à opção de satisfazer determinado interesse por meio da realização de negócios jurídicos; b) a expressão “em razão” é bastante forte e traduz uma ideia de que a função social deve fundamentar o direito de contratar. A ideia mais apropriada parece ser a de que o art. 421 deve ser interpretado no sentido de que deve haver uma limitação à liberdade contratual, ou seja, a possibilidade de controle das cláusulas contratuais dispostas no negócio, e não uma restrição à liberdade de contratar. PONTES DE MIRANDA referia-se à liberdade de contratar como “liberdade de conclusão do contrato” e liberdade contratual como “liberdade de determinação do conteúdo negocial”, trazendo um exemplo que é bastante elucidativo: “Há, é verdade, limitação da liberdade de conclusão, sempre que se exige, para que se façam certos contratos, o registro prévio da propriedade. Se apenas se veda que o objeto tenha certo tamanho, há limitação à liberdade de determinação do conteúdo e não da liberdade de conclusão” (*Tratado de direito privado*, t. XXXVIII, p. 45). É nesse sentido que acreditamos que a ideia de socialidade empregada por MIGUEL REALE no novo Código Civil deva ser aplicada nos casos concretos. Essas mesmas críticas foram realizadas pelo professor ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO por ocasião das aulas de mestrado, quando foi tratado o tema da função social, sendo que no projeto de Lei n. 6.960/2002, de autoria do deputado federal Ricardo Fiúza, há a proposta de modificação da redação do art. 421, que passaria a ser a seguinte: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Outro aspecto que merece ser retomado nesse momento é o de que o fim contratual

É claro que a exigência de um comportamento conforme a função social do contrato é uma ideia incompleta, aberta e de grande vagueza semântica, já que se trata de uma cláusula geral cujo regramento será preenchido no caso concreto, exigindo que o “juiz concorra ativamente para a formulação da norma”.⁵⁴³ De qualquer modo, o importante a ser registrado é que a função adquiriu um *status* até então não ostentado, constituindo importante novo princípio positivado do direito contratual brasileiro.⁵⁴⁴

A função adquire *status* de limitadora do exercício do ato de formatar o conteúdo do contrato, o que não significa que esteja restrita ao momento da sua formação, mas, necessariamente, deve atuar durante todo o *iter* contratual, o que permite inferir que o negócio deve permanecer dotado de função até o seu exaurimento. Esse parece ser, também, o pensamento de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, quando defende que “a grande vantagem da explicitação legal da função social do contrato como limite à atividade privada não está tanto, a nosso ver, no momento inicial do contrato (a isso

não se confunde ou substitue com a função econômico-social dos contratos. Enquanto o fim contratual é a sua função concreta (vide item 5.1.2), ligado as especificidades do contrato individualizadamente, a função econômico-social relaciona-se ao tipo contratual, geral e abstrato. Embora fim e função sejam termos muito próximos, sob esta perspectiva pode-se, inclusive, distingui-los, com a observação de que a função é o meio para atingir uma certa finalidade. Por intermédio da função (abstrata) de um tipo contratual podem ser satisfeitos necessidades econômicas que permite aos contratantes alcançar um determinado objetivo (fim). Essa distinção, no entanto, não prejudica a tese de que a frustração do fim do contrato é uma das formas pelas quais o contrato deixa de atender à sua função social, como adiante será visto.

543 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: RT, 1999, p. 326.

544 A função social é um dos casos em que uma cláusula geral também contém um princípio. A respeito, *vide* MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 315-324.

responde a teoria das nulidades), e sim, no momento posterior, relativo ao desenvolvimento da atividade privada. Podemos dizer, em linguagem econômica, que a teoria das nulidades controla bem a liberdade de iniciativa, enquanto a função social o faz, quanto ao desenvolvimento dessa iniciativa.”⁵⁴⁵

Isso justifica-se pelo fato de que uma das principais utilidades do fim é funcionar como “fator de manutenção da eficácia”,⁵⁴⁶ o que ampara e justifica a frustração do fim do contrato.

A previsão do art. 421 do Código Civil, assim como todas as demais que ressaltam a importância da finalidade, demonstra que nossa ordem jurídica não se compatibiliza com o exercício irresponsável dos direitos subjetivos, o que já foi tradicionalmente aceito no passado.

“Hoje em dia, contudo, entende-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função, ao mesmo tempo que se alarga a esfera dos direitos que não são conferidos no interesse próprio, mas no interesse de outrem ou no interesse social (*direito-função*)”.⁵⁴⁷

Trata-se do movimento de funcionalização dos direitos subjetivos⁵⁴⁸ a respeito do qual alude ALMEIDA COSTA, de

545 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Natureza jurídica do contrato de consórcio. Classificação dos atos jurídicos quanto ao número de partes e quanto aos efeitos. Os contratos relacionais. A boa-fé nos contratos relacionais. Contratos de duração. Alteração das circunstâncias e onerosidade excessiva. Sinalagma e resolução contratual. Resolução parcial do contrato. Função social do contrato. Paracer não publicado*, p. 43.

546 SILVA, Luis Renato Ferreira da. *A noção de sinalagma...*, p. 98 e 136.

547 ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações...*, p. 62.

548 EROS ROBERTO GRAU já alertava para a compatibilidade entre

forma que “atualmente admite-se que os poderes do titular de um direito subjetivo estão condicionados pela respectiva função e a categoria do direito subjetivo, posto que histórica e contingente como todas as categorias jurídicas, não vem mais revestida pelo ‘mito jusnaturalista’ que recobria a codificação oitocentista, na qual fora elevada ao *status* de realidade ontológica, esfera jurídica de soberania do indivíduo.”⁵⁴⁹

A positivação do abuso de direito no Código Civil (art. 187) é também uma prova de que não mais se tolera o “uso antifuncional do direito”,⁵⁵⁰ uma vez que deverão ser observados os limites impostos pelo fim econômico e social no exercício dos direitos subjetivos, sob pena de caracterizar a prática de ato ilícito.⁵⁵¹

Nessa mesma linha de raciocínio, foi aprovado em dezembro de 2004, por ocasião da realização da III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, o enun-

direito subjetivo e função na sua obra *Ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 255.

549 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 351-352.

550 ALMEIDA COSTA, Mario Julio de. *Direito das obrigações...*, p. 65.

551 Cabe lembrar que no art. 3º do Código de Processo Civil de 1939. (Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro. Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo), já se podia visualizar o movimento da funcionalização dos direitos subjetivos com a vedação ao exercício do direito de ação com fins emulativos, hoje positivada sob a denominação de litigância de má-fé. As lições de JORGE AMERICANO retratam bem esse pensamento: “Entretanto, acontece muitas vezes que o protesto é exercido com o fim de causar escândalo público, e prejuízo à parte contrária, sem proveito lícito, mas com segunda intenção por parte daquele que o faz” (*Comentários ao Código de Processo Civil*. Arts. 1º a 290. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1958, v. 1, p. 25).

ciado de número 169, proposto pela professora VERA MARIA JACOB FRADERA, segundo o qual “o princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo”, ou seja, mesmo quando incorrendo em prejuízos, o exercício do direito subjetivo do credor ao ressarcimento dos seus danos deve ser feito de modo responsável e, na medida do possível, visando evitar que as perdas aumentem.

No âmbito internacional também podemos observar o destaque que é emprestado à finalidade, mormente com relação à interpretação. O *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*⁵⁵² dispõe que:

Art. 4.3

(Circunstâncias relevantes)

Ao aplicar os arts. 4.1⁵⁵³ e 4.2,⁵⁵⁴ deve-se levar em consi-

552 A versão empregada do texto é a publicada em 2004, dez anos após a edição da primeira, muito embora os comentários aos artigos que não sofreram modificações foram buscados na versão de 1994 disponível no site www.unidroit.org. No comentário ao art. 6.2.2, que trata da *hardship*, o único comentário que sofreu alteração foi o de número 2, no seu *caput*, no qual foi excluída a afirmação de que para caracterizar a *hardship* de prestações apreciáveis monetariamente, a alteração deveria ser igual ou superior a 50% do custo original da prestação. A respeito *vide* os comentários de MICHAEL JOACHIM BONELL no artigo UNIDROIT Principles 2004 — The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law, disponível em: <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/2004-1-bonell.pdf>. Acesso em: 11 maio 2005.

553 Art. 4.1 (*Intenção das partes*) (1) Um contrato deve ser interpretado de acordo com a intenção comum das partes. (2) Se tal intenção não puder ser estabelecida, o contrato deve ser interpretado de acordo com o sentido que pessoas razoáveis, do mesmo tipo que as partes, teriam atribuído nas mesmas circunstâncias.

ARTICLE 4.1 (*Intention of the parties*) (1) A contract shall be interpreted according to the common intention of the parties. (2) If

deração todas as circunstâncias, inclusive

- (a) negociações preliminares entre as partes;
- (b) usos que as partes estabeleceram entre si;
- (c) a conduta das partes posterior à conclusão do contrato;
- (d) a natureza e o fim do contrato;
- (e) o sentido usualmente atribuído aos termos e expressões no respectivo ramo do comércio;
- (f) usos.⁵⁵⁵

Ao suprir um termo omissis, os princípios do UNIDROIT também orientam que, na determinação do termo apropriado,

such an intention cannot be established, the contract shall be interpreted according to the meaning that reasonable persons of the same kind as the parties would give to it in the same circumstances].

554 Art. 4.2 (*Interpretação de declarações e outros comportamentos*) (1) As declarações e outros comportamentos de uma parte devem ser interpretados de acordo com a intenção desta, se a outra parte conhecia ou não podia desconhecer tal intenção. (2) Se o parágrafo precedente não for aplicável, tais declarações e outros comportamentos devem ser interpretados de acordo com o sentido que uma pessoa razoável, do mesmo tipo que a outra parte, teria atribuído nas mesmas circunstâncias.

[ARTICLE 4.2 (*Interpretation of statements and other conduct*) (1) *The statements and other conduct of a party shall be interpreted according to that party's intention if the other party knew or could not have been unaware of that intention. (2) If the preceding paragraph is not applicable, such statements and other conduct shall be interpreted according to the meaning that a reasonable person of the same kind as the other party would give to it in the same circumstances.*]

555 ARTICLE 4.3 (*Relevant circumstances*) *In applying Articles 4.1 and 4.2, regard shall be had to all the circumstances, including (a) preliminary negotiations between the parties; (b) practices which the parties have established between themselves; (c) the conduct of the parties subsequent to the conclusion of the contract; (d) the nature and purpose of the contract; (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the trade concerned; (f) usages.*

deve-se considerar a natureza e o fim do contrato,⁵⁵⁶ assim como estabelece que as obrigações implícitas do negócio devem ser extraídas, tendo em mira a natureza e o fim do contrato.⁵⁵⁷ Coerentemente, a frustração do fim do contrato é uma das figuras que os princípios do UNIDROIT consagram dentro da previsão do *hardship*, estabelecido no art. 6.2.1⁵⁵⁸ e

556 Artigo 4.8 (Suprindo um termo omissis) (1) Quando no contrato as partes não acordarem a respeito de um termo que é importante para a determinação dos seus direitos e obrigações, um termo que seja apropriado às circunstâncias deve ser empregado. (2) Ao determinar qual seja o termo apropriado devem ser levados em consideração, entre outros fatores (a) a intenção das partes, (b) a natureza e objetivo do contrato, (c) boa-fé e lealdade, (d) razoabilidade.

[ARTICLE 4.8 (*Supplying an omitted term*) (1) *Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the circumstances shall be supplied. (2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to (a) the intention of the parties; (b) the nature and purpose of the contract; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness.*]

557 Artigo 5.1.2 (Obrigações implícitas) Obrigações implícitas decorrem (a) da natureza e fim do contrato; (b) das práticas estabelecidas pelas partes e usos; (c) da boa-fé e lealdade; (d) da razoabilidade [ARTICLE 5.1.2 (*Implied obligations*) *Implied obligations stem from (a) the nature and purpose of the contract; (b) practices established between the parties and usages; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness.*]

558 Artigo 6.2.1 (Obrigatoriedade dos contratos) Quando o cumprimento do contrato torna-se mais oneroso para uma das partes, ela é obrigada, não obstante, a cumpri-lo de acordo com as disposições sobre *hardship*.

[Article 6.2.1 (*Contract to be observed*) *Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship.* Optamos por não traduzir a palavra *hardship* pela correspondente expressão latina "excessiva onerosidade" porque ela [*hardship*] também abrange a frustração do fim do contrato, que não se confunde com a excessiva onerosidade.

6.2.2,⁵⁵⁹ consoante observa-se dos comentários a esses artigos:

(...)

B. Redução no valor da prestação recebida por uma parte. A segunda manifestação da *hardship* é caracterizada pela substancial redução no valor da prestação recebida por uma parte, incluindo casos nos quais a prestação não tem mais qualquer valor para o credor. A prestação pode ser caracterizada por uma obrigação monetária ou não-monetária. A redução substancial no valor ou a perda total de qualquer valor da prestação pode ocorrer devido a mudanças drásticas nas condições de mercado (por exemplo, o efeito de um dramático aumento da inflação sobre um preço contratualmente acordado) ou à frustração do fim para o qual a prestação foi requerida (por exemplo, o efeito

de uma proibição para a construção em um pedaço de terra adquirida com fins de edificação ou o efeito de um embargo às exportações de mercadorias para posterior exportação).

Naturalmente, a redução no valor da prestação deve ser capaz de mensuração objetiva: uma mera mudança na opinião pessoal do credor com relação ao valor da prestação não tem relevância. A frustração do fim da prestação somente pode ser tomada em consideração quando o fim em questão era conhecido ou deveria ter sido conhecido por ambas as partes.⁵⁶⁰

Com redação muito parecida, os Princípios do Direito Contratual Europeu apresentam um artigo sobre a interpretação, vertido nos seguintes termos:

Artigo 5: 102: Circunstâncias Relevantes

560 *b. Decrease in value of the performance received by one party. The second manifestation of hardship is characterised by a substantial decrease in the value of the performance received by one party, including cases where the performance no longer has any value at all for the receiving party. The performance may be that either of a monetary or of a non-monetary obligation. The substantial decrease in the value or the total loss of any value of the performance may be due either to drastic changes in market conditions (e.g. the effect of a dramatic increase in inflation on a contractually agreed price) or the frustration of the purpose for which the performance was required (e.g. the effect of a prohibition to build on a plot of land acquired for building purposes or the effect of an export embargo on goods acquired with a view to their subsequent export). Naturally the decrease in value of the performance must be capable of objective measurement: a mere change in the personal opinion of the receiving party as to the value of the performance is of no relevance. As to the frustration of the purpose of the performance, this can only be taken into account when the purpose in question was known or at least ought to have been known to both parties.*

⁵⁵⁹ Art. 6.2.2 (Definição de *hardship*) Há *hardship* quando a ocorrência de eventos altera fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo da prestação de uma das partes tenha aumentado ou porque o valor da prestação que a parte recebe tenha diminuído, e (a) os eventos ocorram ou tornem-se conhecidos para a parte prejudicada depois da conclusão do contrato; (b) os eventos não podem razoavelmente ter sido levados em consideração pela parte prejudicada ao tempo da conclusão do contrato; (c) os eventos estejam fora do controle da parte prejudicada; e (d) o risco dos eventos não foi assumido pela parte prejudicada.

[Article 6.2.2 (Definition of *hardship*) There is *hardship* where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantaged party].

Ao interpretar o contrato devem ser levadas em consideração, em particular:

- (a) as circunstâncias nas quais foi concluído, inclusive as negociações preliminares;
- (b) a conduta das partes, mesmo posterior à conclusão do contrato;
- (c) a natureza e o *fim do contrato*;
- (d) a interpretação que as partes já tenham conferido a cláusulas similares e os usos que estabeleceram entre eles;
- (e) o sentido comumente empregado aos termos e expressões no ramo de atividade correspondente e a interpretação que cláusulas similares já tenham recebido;
- (f) os usos; e
- (g) boa-fé e lealdade.⁵⁶¹

Os Princípios do Direito Contratual Europeu também denotam que o contrato não se limita ao seu conteúdo expresso, mas pode conter *implied terms* derivados da intenção das partes, da natureza e do fim do contrato e da boa-fé e lealdade.⁵⁶²

Todos esses indícios denotam a valorização do fim do contrato.

561 **Article 5:102: Relevant Circumstances.** *In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to: (a) the circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations; (b) the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract; (c) the nature and purpose of the contract; (d) the interpretation which has already been given to similar clauses by the parties and the practices they have established between themselves; (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the branch of activity concerned and the interpretation similar clauses may already have received; (f) usages; and (g) good faith and fair dealing.*

562 **Article 6:102: Implied Terms** *In addition to the express terms, a contract may contain implied terms which stem from (a) the intention of the parties, (b) the nature and purpose of the contract, and (c) good faith and fair dealing.*

Longe de querer exaurir o estudo de tema tão complexo quanto o da função social — até mesmo por extrapolar os modestos objetivos deste trabalho —, acreditamos que todas as potencialidades do art. 421 do Código Civil não conseguem ser aproveitadas com uma ideia “negativo-proibitiva” de função social, ou seja, uma concepção que somente a enxerga como limitadora do conteúdo de cláusulas contratuais e como restritiva daquilo que não pode ser disposto. A função social deve representar também uma ideia de ação positiva, de postura proativa, de construção, de criação de comportamentos positivos, o que parece ser a ideia de JUDITH MARTINS-COSTA quando sustenta que a função social possui um “valor *operativo*, regulador da disciplina contratual que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a *concreção especificativa* da norma, ao invés de já estar pré-constituída, pré-posta pelo legislador, há de ser construída pelo julgador, a cada novo julgamento, cabendo relevantíssimo papel aos casos precedentes, que auxiliam a fixação da hipótese e a doutrina no apontar de exemplos.”⁵⁶³

O presente trabalho serve para este fim, o de “*concreção especificativa*” do art. 421 do Código Civil, pois a frustração do fim do contrato é exatamente uma das hipóteses nas quais o contrato perde a sua função social.⁵⁶⁴ Nesse caso, a função

563 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 354. Parece compartilhar esse pensamento EROS ROBERTO GRAU (*Ordem...*, p. 255).

564 Em trabalho onde analisa o tema tão espinhoso da causa contratual, LUCIANO DE CAMARGO PENTEADO anota a relação fim — função social do contrato: “A causa final tem um duplo aspecto. Na *ordem da intenção*, isto é, no agente que quer o resultado de um ato, *ela é a primeira*. O conceito específico dessa noção é o que se denomina *causa impulsiva*. Ela tem precedência do ponto de vista psicológico porque apresenta-se como a razão de apetecibilidade do objeto queri-

social atua com o seu valor positivo, operativo, confortando situações que se revelam extremamente injustas.

O contrato que se torna estéril, sem sentido ou inútil, por não se poder mais atingir a sua finalidade, revela-se um negócio que não atende à função social, visto que não permite mais que ele funcione como um instrumento de troca que proporcione a satisfação dos interesses dos contratantes, não sendo lícito exigir o seu cumprimento.

Essa afirmação revela outra convicção: a de que a função social do contrato concretiza-se por meio de duas facetas, uma relativa aos interesses da sociedade com relação ao contrato e outra referente aos interesses de pessoas determinadas, em especial os contratantes ou terceiros perfeitamente identificáveis. Isso quer dizer que a concretização da função social do contrato pode ser feita tanto em razão de um negócio jurídico que afete a coletividade (o que é mais comum em se tratando de contratos que acarretem prejuízos aos consumidores ou ao meio ambiente) ou, ainda, com relação a um contrato que está prejudicando um dos contratantes, entendida a função social como “função econômico-social concreta e objetiva do negócio”⁵⁶⁵ (ou *inter partes*).

do. Na ordem real, o efeito completo de um ato só é alcançado ao término do mesmo. *A causa final é, por outro lado, a última na ordem de execução. O conceito específico dessa noção de causa é o de fim do negócio jurídico.* Muitos autores constroem o tipo contratual ao redor dessa noção, dizendo que o fim de um ato, quando reconhecido e tutelado pelo direito adquire uma função social querida pela lei. Essa noção é a de causa como função econômico-social do negócio jurídico” (*Doação com encargo e causa contratual*. Campinas: Millenium Editora, 2004, p. 316).

565 A expressão é de JUDITH MARTINS-COSTA (*A boa-fé...*, p. 446). Esse pensamento não é compartilhado por CALIXTO SALOMÃO FILHO, o qual defende que “a *fattispecie* de aplicação do princípio da função social do contrato deve ser considerada caracterizada sempre que o contrato puder afetar de alguma forma interesses institu-

As figuras da lesão, da excessiva onerosidade e a vedação

cionais externos a ele. Não se caracteriza, portanto, a *fattispecie* nas relações contratuais internas (*i.e.*, entre as partes do contrato). E por duas razões. Em primeiro lugar, pela própria ligação histórica e de essência da expressão aos interesses institucionais, que, como visto, não se confundem com os individuais. Em segundo porque uma aplicação da expressão às partes contratantes levaria a tentativas assistemáticas e difusas de reequilíbrio contratual. A tarefa de reequilíbrio contratual já está bem atribuída a princípios como a boa-fé objetiva (art. 422 do novo CC) e cláusula *rebus sic stantibus*. (...) Admitir um reequilíbrio difuso, além de provavelmente não garantir qualquer redistribuição de riqueza efetiva — exatamente por ser assistemático — criaria situações de insegurança jurídica, extremamente danosa para os contratos” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Função social do contrato: primeiras anotações. Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 823, maio 2004, p. 84). O Capítulo III, item 10, procurou apontar as deficiências e a evolução da cláusula *rebus sic stantibus*, assim como todo o presente trabalho dedica-se a preencher uma lacuna legal e doutrinária do tema relativo à alteração das circunstâncias que a cláusula *rebus sic stantibus*, por si só, não tem condições de resolver. De mais a mais, do ponto de vista do caso concreto, a aplicação da função social para resolver uma hipótese em que há a frustração do fim do contrato, por exemplo, pode representar uma efetiva redistribuição de riqueza entre as partes, assistemática, é verdade, mas que prima pela justiça e que não conduz à insegurança jurídica à vista de requisitos claros para a sua aplicação. Em sentido semelhante ao defendido na presente dissertação parece ser a posição de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, o qual defende que “este princípio [função social] difere do da ordem pública, tanto quanto a sociedade difere do Estado; trata-se de preceito destinado a integrar os contratos numa ordem social e harmônica, visando impedir tanto aqueles que prejudiquem a coletividade (por exemplo, contratos contra o consumidor) quanto os que prejudiquem ilicitamente pessoas determinadas (sobre esse ponto, estender-nos-emos adiante, porque é o caso das vendas das distribuidoras “atravessadoras”, objeto da consulta)” (Princípios do novo direito contratual e desregulamentação do mercado — Direito de exclusividade nas relações contratuais de fornecimento — Função social do contrato e responsabilidade aquiliana do terceiro que contribui para inadimplemento contratual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 750, abr. 1998, p. 116).

às cláusulas abusivas no âmbito do Código de Defesa do Consumidor são concretizações típicas (legais) do princípio da função social do contrato na versão *inter partes*.⁵⁶⁶ Cabe aos operadores do Direito identificar outras formas de preenchimento do conteúdo da função social, a fim de aproveitá-la em todo o seu potencial.

Além disso, estamos convencidos de que a causa entendida como finalidade própria e concreta de cada negócio jurídico, subjetivo-objetiva, é o meio mais adequado para uma correta análise do contrato que leva em conta os reais interesses em jogo dos contratantes, não se limitando à frieza e abstração da função econômico-social ou à incerteza e ficção de uma vontade hipotética. O fim do contrato é o

“factor determinante do conteúdo interno da relação contratual; constitui a «missão» concreta, comum a todos os elementos singulares integrados no todo unitário (créditos, débitos, direitos potestativos, sujeições, deveres laterais, etc.) (...) é este escopo ou fim contratual que conforma o conteúdo da relação contratual emergente do negócio. Não se trata do interesse correspondente à estrutura negocial típica utilizada (no caso dos negócios nominados), considerados em abstracto. Não poderia nunca tra-

566 ARNOLDO WALD (A função social do contrato no novo Código Civil. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 815, set. 2003, p. 29-31) defende, inclusive, que a concretização da função social do contrato já está feita em grande parte pelo legislador por meio desses institutos que amenizam a dureza da visão liberal do contrato, tais como a lesão, o estado de perigo e a excessiva onerosidade, sobrando pouco terreno para, com base na função social, encontrar outras formas de expressão do princípio com a atividade criadora do magistrado, ideia com a qual não concordamos, pois o sentido de se ter inserido uma cláusula geral como a do art. 421 do Código Civil é justamente o de permitir ao Judiciário a mobilidade no seu preenchimento conforme os fatos da vida social demandarem.

tar-se dum interesse tipicizado abstracto, correspondente à função econômico-social do negócio (a *causa negotii*), sabido, como é ser o tipo negocial uma expressão esquemática de caracteres normais e constantes duma categoria de actos humanos que, exprimindo a normalidade, tem na sua concreta utilização uma ampla elasticidade e serem possíveis actividades negociais desprovidas de tipicidade legal, apenas socialmente típicas ou desprovidas até de qualquer tipicidade (legal ou social).⁵⁶⁷

Mesmo que o prestígio à função do negócio jurídico não estivesse positivado no art. 421 do Código Civil, não haveria óbice à aplicação da frustração do fim do contrato ante a presença imanente da causa no ordenamento jurídico.

A ideia de que a frustração do fim do contrato encontra guarida no art. 421 do Código Civil foi por nós sustentada na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Conselho da Justiça Federal, em dezembro de 2004, sendo proposto à Comissão de Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil o seguinte enunciado, selecionado para a participação no evento:⁵⁶⁸

567 MOTA PINTO, Carlos Alberto da. *Cessão...*, p. 314-316.

568 A justificativa apresentada à Comissão foi assim exposta: “**Justificativa:** Os contratos que se prolongam no tempo estão sujeitos à alteração das circunstâncias, surgindo o problema de saber quem arca com os prejuízos dela decorrentes. Os trabalhos que recebem mais atenção na área da alteração das circunstâncias dedicam-se ao estudo da impossibilidade e da excessiva onerosidade que, sem dúvida, representam a grande maioria dos casos. Todavia, resta uma parcela de fatos que, cientificamente, não se enquadram nessas hipóteses — impossibilidade e excessiva onerosidade — e que são, igualmente, juridicamente relevantes, a ponto de merecer a tutela do ordenamento jurídico. Esse é o caso da frustração do fim do contrato, situação em que as prestações são plenamente exequíveis e não houve alteração no seu valor, mas simplesmente o contrato perdeu a razão de ser. Trata-se de um dos aspectos — ao lado da destruição da relação de equivalência — em que se configura a

Enunciado: A frustração do fim do contrato, hipótese em que as prestações são plenamente exequíveis pelas partes

perda da base em sentido objetivo, exposta por KARL LARENZ (*Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*). Imaginemos o famoso exemplo do locador que aluga um imóvel com a finalidade exclusiva de poder assistir ao desfile da coroação do rei, cujo cortejo passará na rua para a qual o imóvel tem vista privilegiada. O rei adoece e o desfile não será realizado. Tem-se um caso em que: a) as prestações são perfeitamente exequíveis (o locador pode alugar e o locatário pode pagar); b) o preço ajustado não se alterou. Mesmo assim, o contrato não tem mais utilidade, razão de ser. Não se trata de um caso de impossibilidade nem mesmo de excessiva onerosidade, ou, ainda, de perda do objeto. Tem-se, em verdade, a frustração do fim do contrato. Conforme ensina RUY ROSADO, “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: ‘deixa de subsistir a base do negócio jurídico...: (b) se 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 outro admitiu, é objetiva (= subjetiva comum)” (AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção...*, p. 151). Tendo em vista que os casos de frustração do fim do contrato não se enquadram nas regras da impossibilidade ou de excessiva onerosidade, mas, mesmo assim, merecem tutela por representarem situação extremamente injusta gerada pela alteração das circunstâncias, a doutrina não pode deixar tais hipóteses sem amparo. Ademais, a regra do art. 421 do CC revela que o legislador considera importante a função (e, portanto, igualmente, a finalidade — causa concreta) do contrato, a ponto de dedicar-lhe regra específica. Tendo a finalidade do contrato um papel destacado pelo legislador, a sua frustração também deve ser tutelada. Essa tutela pode ser feita pela aplicação das normas dos arts. 113 e 422 do CC, as quais determinam a observação da regra da boa-fé objetiva na interpretação dos negócios e nos comportamentos dos contratantes, de modo que não se mostra uma conduta honesta, proba e leal a exigência do cumprimento de um contrato cuja finalidade se perdeu, não havendo mais razão de ser o seu adimplemento. O recurso à boa-fé objetiva é suficiente para permitir a aplicação da teoria da frustração do fim do contrato e dar solução a tais casos, tal qual ocorreu e ocorre na jurisprudência alemã, que se vale dos §§ 157 e 242 do BGB”.

e que não configura *fattispecie* de excessiva onerosidade, mas caso no qual o contrato perdeu a razão de ser, tem guarida no Direito brasileiro pela aplicação dos arts. 113, 421 e 422 do CC.

Após a explanação à plenária das razões que justificavam a aprovação do referido enunciado, a Comissão o aprovou por unanimidade, apenas sugerindo alterações no texto e a supressão da menção aos artigos alusivos à boa-fé, cabendo a redação final do enunciado, por ocasião do encerramento do primeiro dia de trabalho da Comissão, conjuntamente aos Professores ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, CLÁUDIA LIMA MARQUES, CLÁUDIO FORTUNATO MICHELON JUNIOR E LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA, os quais gentilmente permitiram a participação do autor do enunciado na elaboração da versão definitiva.

Após certa divergência manifestada pelo professor LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA, a respeito da redação final do enunciado,⁵⁶⁹ especificamente na distinção da frustração do fim do contrato com relação à impossibilidade e à excessiva onerosidade, optou-se pelo emprego da seguinte versão final, que hoje é o Enunciado n. 166:

Enunciado 166. 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.

569 A divergência restringia-se basicamente a redigir o enunciado de forma que ficasse claro que a frustração do fim do contrato é uma *fattispecie* diversa da impossibilidade e da excessiva onerosidade, com o que o professor LUIS RENATO FERREIRA DA SILVA não estava de acordo.

A supressão da referência à boa-fé foi acordada pela Comissão em razão de ela [boa-fé objetiva] não *fundar* a frustração do fim do contrato, o que não era nossa ideia, conforme pode-se observar da justificativa apresentada. A remissão aos arts. 113 e 422 do Código Civil fora feita com o objetivo de retratar que o recurso à boa-fé objetiva pode ser necessário para a aplicação da frustração do fim do contrato, especialmente em dois momentos: a) quando a finalidade não estiver expressa no contrato, o que requer uma interpretação integrativa do contrato com base na boa-fé objetiva e b) quando for necessário integrar o contrato com o regramento das consequências acarretadas pela frustração do seu fim. Assim, o recurso à boa-fé objetiva serviria para o momento da interpretação e integração do negócio jurídico. De qualquer modo, a supressão dessa remissão não prejudica o significado do enunciado porque a boa-fé objetiva deverá ser aplicada em qualquer situação que demande interpretação.

Muito embora os enunciados não tenham caráter vinculativo, servem como um guia à interpretação do novo Código Civil, posto que discutidos de modo bastante aberto e sério por diversos operadores do Direito, entre eles civilistas que norteiam os rumos do Direito Privado moderno.

Dessa forma, acreditamos que o reconhecimento da frustração do fim do contrato no âmbito do Código Civil brasileiro está perfeitamente concretizado na dicção do art. 421.

O campo de aplicação da frustração do fim do contrato é muito vasto na atualidade das contratações, pautadas por relações jurídicas contratuais que se prolongam no tempo e, muitas vezes, não têm sequer o seu conteúdo perfeitamente determinado (tal qual ocorre nos contratos *per relationem*).⁵⁷⁰ O

570 Negócios *per relationem* são aqueles nos quais “uma parte do seu conteúdo ou já consta de outros atos ou negócios, havendo no negócio *per relationem* somente uma remissão que a integra ao seu conteúdo

fim do contrato é a luz que ilumina o caminho a ser percorrido pelos contratantes, mostra a via a ser seguida e permite que se confira a interpretação jurídica mais correta ao negócio.

As contratações de grandes empresas, não raro levadas a cabo com um feixe de contratos interligados, em uma verdadeira engenharia contratual, somente são “amarrados” e dotados de sentido quando são observados pelo prisma da finalidade à qual se destinam.

Um caso concreto bastante interessante foi analisado por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO. Tratava-se de uma consulta feita pela empresa “A” a respeito da validade e eficácia de uma cláusula contratual denominada “contribuição de contingência” (verbas que as receitas não cobrissem) que ela deveria pagar às contratantes “B”, “C” e “D” por força dos contratos de consórcio entre elas celebrados, os quais tinham por objeto o financiamento, a construção e a operação de três usinas termoeletricas. Essa contribuição de contingência consistia no seguinte: “se a receita mensal auferida pelo consórcio com a venda da energia produzida pelas usinas não fosse suficiente para cobrir determinados custos, ‘A’ efetuará o pagamento do valor necessário para compensar esses custos (cf. cláusula 5.04 do *participation agreement* celebrado entre ‘A’ e ‘B’; cláusula 3.02 do *consortium internal directives* celebrado entre ‘A’ e ‘C’; e cláusula 5.03 do *participation agreement* celebrado entre ‘A’ e ‘D’). Esses custos eram tributos e

sem repeti-la, ou será ainda determinada por outros atos ou negócios a serem realizados. Há, pois, dois tipos de negócio *per relationem*: a) negócios formalmente *per relationem*, isto é, cujo conteúdo já está todo determinado e no qual apenas não se repete, por economia, o que consta alhures; e b) negócios substancialmente *per relationem*, isto é, em que parte do conteúdo, no momento de sua perfeição, é deixada ‘em branco’, a fim de ser fixada no futuro. Neste último caso, parte do conteúdo é, pois, determinável, mas não ainda, determinada” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico*. Existência..., p. 137).

outras obrigações para com o Governo; custos variáveis de operação e manutenção; e 'alocação de capacidade', ou seja, amortização dos custos incorridos pela parceira com a construção, operação, manutenção e administração das usinas, bem como remuneração do capital investido, à taxa de 12% ao ano."⁵⁷¹

A questão central da consulta envolvia a alteração das circunstâncias, pois os contratos de consórcio foram celebrados em meio a um ambiente no qual o Operador Nacional do Sistema Elétrico apontava *deficits* nos subsistemas sul, sudeste/centro-oeste e nordeste, o que trazia a perspectiva de tarifas altamente atrativas. Não obstante essa perspectiva econômico-financeira favorável, a celebração dos contratos de consórcio também colaborava com os objetivos do governo de evitar uma crise de abastecimento de energia.

Ocorre que, em 2001, por conta da crise energética do país, houve uma transformação estrutural no setor elétrico brasileiro com a criação da Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica, que passou a "intervir diretamente em todas as questões relevantes do setor, tanto no que diz respeito à oferta e à demanda de energia elétrica quanto no tocante à gestão de contratos e ao processo de formação de preços; editaram-se medidas provisórias, decretos e resoluções".⁵⁷² Essa alteração de circunstâncias fez com que a "contribuição de contingência" deixasse de ser uma verba contingencial para ser uma contribuição definitiva, paga periodicamente pela empresa "A".

Após concluir que os contratos de consórcio, até mesmo pela expressão utilizada para qualificar a contribuição ("con-

571 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, p. 4-5. Os nomes reais das empresas foram omitidos.

572 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, p. 5.

tingência"), não continham nenhuma cláusula que indicasse a assunção dos riscos extraordinários tal como o da alteração estrutural do setor de energia elétrica, ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO termina por entender que, não obstante estar caracterizada uma situação de excessiva onerosidade, o fim que não pode mais ser atingido faz com que o contrato perca a sua função social, retratando um caso de ineficácia do negócio jurídico.⁵⁷³

573 A conclusão está assim exposta: "53. Além de toda a argumentação já dada, não resta dúvida que, tomada em si, a 'contribuição de contingência' se 'desnaturou'; converteu-se em 'contribuição permanente'. A excessiva onerosidade da 'contribuição de contingência' ressalta. (...) 55. O fim que não mais pode ser atingido faz com que o contrato perca sua função social, devendo torná-lo juridicamente ineficaz. Entre os casos de frustração do fim do contrato, que agora encontram legalmente um 'lugar cômodo' sob a exigência da função social, estão os 'coronation cases' de Windscheid, quando, na Inglaterra, cidadãos que alugaram sacadas e terraços, para assistir a passagem do cortejo de Eduardo VII, se viram frustrados com o cancelamento do percurso das carruagens (mas as janelas e sacadas permaneceram à disposição); ou também o caso de Larenz, do artesão, que, na Alemanha, insistia em fazer a porta de igreja, já demolida por bombardeio aliado, porque o contrato havia sido assinado; e, assim, inúmeras outras situações em que, **sem haver impossibilidade da prestação**, o verdadeiro fim do contrato, conhecido das duas partes, já não pode ser atingido. Em todas essas hipóteses, o contrato, tornado inútil, deve ser resolvido por falta de função social. A impossibilidade de obtenção do fim último visado pelo contrato constitui, a nosso ver, juntamente com a ofensa a interesses coletivos (meio ambiente, concorrência, etc.) e a lesão à dignidade da pessoa humana, os três casos em que a função social do contrato deve levar à ineficácia superveniente. 56. A perda de função social também pode ocorrer, como é natural, com cláusula do contrato. Ora, no caso concreto, a referida 'contribuição', passando de 'contingente' a permanente, não mais corresponde à vontade das partes nem atinge o fim para o qual surgiu, que era o de responder a uma eventualidade. Assim sendo, pensamos que a consulente deve, após seguir o 'caminho das pedras' da negociação e se não houver acordo, **pleitear a revisão ou a resolução da cláusula de 'contribuição de contingência'**. Deve também, o quanto

Uma outra decorrência necessária do reconhecimento da frustração do fim do contrato é a de que, conforme dispõe o art. 187 do Código Civil brasileiro,⁵⁷⁴ a parte que exigir o cumprimento de um contrato cuja finalidade tenha se impossibilitado estará excedendo manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social. Verifica-se nesse artigo mais uma prova da funcionalização dos direitos subjetivos e mais um exemplo de concretização da figura do abuso de direito. Portanto, caracteriza abuso de direito a exigência do cumprimento de um contrato em que houve a frustração de seu fim.

2.2 A frustração do fim do contrato no Código de Defesa do Consumidor

Uma parte significativa das relações jurídicas contratuais da atualidade está submetida às normas do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC — Lei n. 8.078/90), o que nos força a investigar se dentro desse microsistema também está abrigada a frustração do fim do contrato.

Acreditamos que a resposta seja positiva, não só porque o recurso à causa concreta pode — e deve — ser empregado no âmbito das relações jurídicas de consumo, mas também porque os dispositivos da Lei n. 8.078/90 apontam nesse sentido.

antes, notificar suas parceiras da atual situação de ineficácia possível da citada cláusula e, para evitar maiores prejuízos, requerer, na arbitragem, a suspensão dos pagamentos mensais (não obtida, poderá pedir, na demanda de resolução, a devolução das 'contribuições' a partir da citação — e, talvez, a partir da notificação)" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Natureza jurídica do contrato de consórcio...*, p. 42-44).

574 Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

A valorização da causa concreta nos contratos celebrados por consumidores deve ser ainda mais intensa e cuidadosa na medida em que os contratos a eles submetidos, geralmente de adesão, não trazem nada da realidade da contratação, dos interesses, expectativas e fim visados, tornando a tarefa de interpretação do julgador mais difícil. Não raro os fornecedores valem-se de argumentos na oferta dos produtos e serviços que determinam o ato de contratação dos consumidores os quais, em virtude da padronização dos contratos, não são transpostos no seu texto, o que pode criar um sério óbice à verificação da integração da finalidade ao conteúdo do contrato. Por isso, os consumidores devem se precaver, guardando os anúncios das ofertas⁵⁷⁵ e demais elementos de prova para amparar seus argumentos.

Além disso, tendo em vista que o ponto de partida para a alocação dos riscos é sempre o que está disposto no contrato, uma eventual cláusula, inserida em contrato de adesão, que impute a assunção integral dos riscos da frustração do fim do contrato ao consumidor deve ser vista com cautela, ponderando-se a configuração de uma possível abusividade nessa disposição.⁵⁷⁶

575 Que integra o contrato nos termos do art. 31 da Lei n. 8.078/90 (Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores).

576 A ideia do Direito Privado como limite ao poder foi exposta por Ricardo Luis LORENZETTI, que retrata a dura, mas real, ilusão de existência de igualdade das partes e autonomia da vontade diante de grandes corporações empresariais: "É evidente que gigantescos grupos privados exercem um poder de fato não menos ameaçador que o Estado, convertendo em pura ilusão a teórica igualdade das partes e a autonomia da vontade. Por outro lado, instituições públicas se acham longe

perfeitos e, não fosse a alteração das circunstâncias, serviriam para o propósito ao qual se propunham.⁵⁸¹

Há, portanto, uma diferença temporal: se o vício existia ao tempo da conclusão do contrato, estaremos diante de um caso de vício do produto ou do serviço (CDC, arts. 18 e 20);⁵⁸² se o vício não existia desde a origem, mas o produto ou o serviço não se adequar mais ao fim a que se destinava por conta da alteração das circunstâncias, poderemos estar diante de uma situação de frustração do fim do contrato.

Outro traço distintivo fundamental entre esses institutos é que a frustração do fim do contrato não requer ou decorre de um vício que acomete o objeto da prestação (que continua apto aos fins a que se destina), mas de circunstâncias que o torna sem sentido, inócuo ou inútil.

Mesmo que não existissem as normas da Lei n. 8.078/90 que dão amparo legal à frustração do fim do contrato, esta não deixaria de ter aplicação às relações de consumo diante da dicção do art. 7º,⁵⁸³ que determina que os direitos previstos

581 *Vide* a respeito MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos...*, p. 587; GOMES, Orlando. *Contratos*, p. 94.

582 **Art. 18.** Os fornecedores de produtos de consumo duráveis ou não duráveis respondem solidariamente pelos vícios de qualidade ou quantidade que os tornem impróprios ou inadequados ao consumo a que se destinam ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade, com as indicações constantes do recipiente, da embalagem, rotulagem ou mensagem publicitária, respeitadas as variações decorrentes de sua natureza, podendo o consumidor exigir a substituição das partes viciadas. (...) § 6º São impróprios ao uso e consumo: (...) III — os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Art. 20. O fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária (...).

583 **Art. 7º** Os direitos previstos neste Código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil

no CDC não excluem outros decorrentes da legislação interna ordinária, como é o caso do Código Civil brasileiro.

Assim, tanto o Código Civil brasileiro quanto o CDC possuem previsões normativas suficientes para a aplicação da frustração do fim do contrato.

3. Frustração do fim do contrato, interpretação e boa-fé objetiva

No Capítulo IV já expusemos quais os requisitos para a aplicação da teoria da frustração do fim do contrato, sendo dois deles: a integração da finalidade no conteúdo do contrato e a ocorrência de evento posterior à contratação que não estava dentro da álea do contrato e alheio à atuação culposa das partes. Isso significa que o julgador deve aferir se o interesse, o resultado prático ou a função (concreta) que se extrai do negócio jurídico⁵⁸⁴ foram relevantes e conhecidos por ambos os contratantes ou se deveriam sê-lo. Essa aferição pode demandar o recurso a um juízo de boa-fé (objetiva), articulado com o uso dos critérios da normalidade, preço, tipo contratual e demais circunstâncias que pontuaram a contratação. Da mesma forma, avaliar se determinada ocorrência, que importa a impossibilidade de atingir o fim do contrato, estava dentro da sua álea, em especial inserida na esfera do risco de alguns dos contratantes, também pode requerer uma avaliação conforme a boa-fé objetiva.

Para avaliação da presença desses dois requisitos — finalidade que integra o conteúdo e risco (e sua alocação) do con-

seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

584 Em resumo, para que ele serve.

trato — é de fundamental importância a interpretação do negócio jurídico.

Com relação à integração da finalidade no conteúdo do contrato, duas situações podem ocorrer: a finalidade do contrato estar posta de maneira expressa e clara no negócio jurídico ou não. Na primeira hipótese a interpretação limitar-se-á a reconhecer o fim do contrato; na segunda, o intérprete deverá sanar as deficiências das declarações negociais (lacunas, ambiguidades e obscuridades), para, somente após, revelar se a finalidade integrou o conteúdo do contrato.

Já no que se refere ao risco da ocorrência de um evento superveniente e sua distribuição dentro do contrato, pode acontecer de existir previsão específica no contrato, ou que ele seja silente quanto a isso.

Tomando por analogia o defendido por BETTI,⁵⁸⁵ podemos dizer que, na identificação da finalidade e dos riscos do contrato, a partir do conteúdo expresso ou declarado do negócio jurídico, haveria uma atividade de interpretação com função meramente cognitiva e, constatadas as dificuldades na definição desses elementos (finalidade e risco do contrato), se passaria para uma interpretação com função integrativa (lacunas), corretiva (ambiguidades) e esclarecedora (obscuridades).⁵⁸⁶

Especialmente nessa função integrativa, corretiva e esclarecedora, que a boa-fé objetiva atua como um instrumento útil para avaliar se, de acordo com um padrão de conduta leal e honesto, poderia ser dito que determinada finalidade integrou o conteúdo do contrato, ou seja, se foi conhecida e rele-

585 *Teoria generale del negozio giuridico*, p. 88, 109, 342 e ss.

586 Didática a distinção proposta por FRANCISCO DE CRESCENZO MARINO (*Interpretação...*, p. 104-126) a partir dessas funções da interpretação de BETTI, levando em conta o momento em que são empregadas: momento hermenêutico cognitivo e momento hermenêutico complementar (esta inaugurada se forem constatadas deficiências do conteúdo expresso ou declarado do negócio jurídico).

vante — ou deveria ter sido — por ambas as partes. O mesmo papel aplica-se à análise dos riscos do contrato e à forma de sua distribuição.

Trata-se da regra prevista no art. 113 do Código Civil, segundo a qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

O primeiro passo, portanto, está em identificar se a finalidade integrou o conteúdo do contrato. Atento ao que está consubstanciado na declaração negocial (Código Civil, art. 112), o intérprete, também ponderando as circunstâncias que envolveram a contratação, deverá extrair qual a finalidade do contrato e se ela integrou o seu conteúdo. Em caso positivo, deverá ser analisado se o risco da frustração dessa finalidade é suportado por algum dos contratantes, retirando a solução para o caso concreto. Nesses dois momentos pode ser necessário recorrer à boa-fé objetiva.

Não é de hoje que a doutrina destaca o papel da boa-fé objetiva na interpretação dos negócios jurídicos.

CLÓVIS DO COUTO E SILVA apontava que “o princípio da boa fé contribui para determinar ‘o que’ e o ‘como’ da prestação e, ao relacionar ambos os figurantes do vínculo, fixa, também, os limites da proteção”.⁵⁸⁷ E especificamente quanto à atuação da boa-fé objetiva na interpretação sustentava que poderia funcionar como criadora de outros deveres que não emergiam diretamente da declaração,⁵⁸⁸ deveres esses ditos “secundários, anexos ou instrumentais”,⁵⁸⁹ que seriam ordenados em graus de intensidade diversos, dependendo da categoria dos atos jurídicos à qual se ligassem.⁵⁹⁰

587 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação...*, p. 27.

588 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação...*, p. 29 e 33.

589 COUTO E SILVA, Clóvis Veríssimo do. *A obrigação...*, p. 35.

590 Uma observação importante, ante a diferença de terminologia empregada por COUTO E SILVA, é a de que o seu conceito de interpre-

O auxílio da boa-fé objetiva na interpretação do contrato é incluído por ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO na tríplice função dita “pretoriana” dessa cláusula geral: a) *adjuvandi*, para “ajudar na interpretação do contrato”; b) *supplendi*, para “suprir algumas falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído”, no que se inserem dois aspectos, quais sejam, a criação dos deveres anexos e as cláusulas faltantes representativas de uma lacuna contratual; e c) *corrigendi*, para “corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo”, notadamente no que se refere à vedação às cláusulas abusivas.⁵⁹¹ A primeira função está prevista no art. 422 do Código Civil brasileiro,⁵⁹² enquanto as duas últimas não estão contempladas, sendo, assim, qualificadas como deficiências do novo diploma legal.⁵⁹³

JUDITH MARTINS-COSTA, por sua vez, elenca três funções ao princípio da boa-fé: (a) “cânone hermenêutico-integrativo”, (b) “criadora de deveres jurídicos” e (c) “limite ao exercício de direitos subjetivos”.⁵⁹⁴

Como cânone hermenêutico-integrativo a boa-fé objetiva serve para especificar o sentido e o conteúdo do contrato, o

tação integradora refere-se àquela que é feita com base na vontade, “que se adstringe, tão-somente, à explicitação volitiva das partes no momento da constituição do ato, não abrangendo, por consequência, as mesmas situações atingidas pelo princípio da boa fé” (*A obrigação...*, p. 33). Essa peculiaridade do entendimento de COUTO E SILVA foi bem captada por FRANCISCO DE CRESCENZO MARINO (*Interpretação...*, p. 227).

591 Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, RT, v. 775, p. 11-17, maio 2000, p. 14.

592 Devendo ela ser observada em todos os momentos da relação contratual: antes, durante e, até mesmo, depois.

593 *Insuficiências...*, p. 14.

594 *A boa-fé...*, p. 427-472.

que é realizado tendo em conta a premissa de que “os elementos de regulação e os conteúdos normativos constituídos pelos contratos — os quais infletem e são infletidos pela relação contratual — são perceptíveis não apenas a partir do esclarecimento das declarações dos contratantes, mas, fundamentalmente, da *interpretação da regulação objetiva criada com o contrato*, o que significa, em última análise, que as situações não pensadas nem manifestadas pelas partes no momento da conclusão, não estando reguladas integralmente pelas declarações consideradas em particular, só podem ser inferidas do módulo contratual considerado como regulação vigente quando do sentido total da regulação.”⁵⁹⁵ Este sentido total da regulação é obtido a partir da análise do negócio em concreto e de todas as circunstâncias que fazem dele um negócio específico e particular,⁵⁹⁶ tendo sempre em mira “o mandamento imposto ao juiz de *não permitir que o contrato, como regulação objetiva, dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que, razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar*”.⁵⁹⁷ Trata-se, portanto, de *especificar* o conteúdo contratual tanto a partir do tipo de negócio em si quanto por aquilo que deve ser inferido das circunstâncias do negócio e de sua finalidade.

A função de criação de deveres jurídicos presta-se a *integrar* o conteúdo contratual por meio da criação de deveres (ditos laterais, anexos ou instrumentais) que otimizam a relação contratual independentemente da vontade, tais como: (a) deveres de cuidado; previdência e de segurança; (b) deveres de aviso e esclarecimento; (c) deveres de informação; (d) deveres de prestar contas; (e) deveres de colaboração e cooperação; (f) deveres de proteção e cuidado com a pessoa e o patri-

595 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 431.

596 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 431-432.

597 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 432 (grifos nossos).

mônio da contraparte; (g) deveres de omissão e de segredo.⁵⁹⁸ Esses deveres são comportamentos que devem ser observados, “tendo em vista o fim do contrato, em razão da relação de objetiva confiança que o contrato fundamenta, comportamentos estes, porém, variáveis segundo as circunstâncias concretas da situação”.⁵⁹⁹

Quanto à terceira função, de limite ao exercício de direitos subjetivos, a boa-fé objetiva é uma norma que “não admite condutas que contrariem o mandamento de agir com lealdade e correção, pois só assim se estará a atingir a função social que lhe é cometida”,⁶⁰⁰ o que justifica institutos como o do adimplemento substancial, *tu quoque, venire contra factum proprium, supressio e surrectio*.

Apesar da disparidade de terminologia da doutrina a respeito das funções da boa-fé objetiva, fica fácil perceber que ela pode ser bastante útil para a aplicação da frustração do fim do contrato, sobretudo no momento hermenêutico complementar com a realização da interpretação integrativa do negócio e da integração negocial.

Muitas vezes a finalidade do contrato — e sua integração ao conteúdo — não restará clara no bojo das cláusulas contratuais. Nesse momento, a boa-fé em sua função *adjuvandi* (JUNQUEIRA) ou como cânone hermenêutico-integrativo (JUDITH) atua para revelá-la e determinar o conteúdo do contrato. Os riscos do contrato e sua distribuição também podem não estar previstos ou serem vagos e imprecisos.

Poder-se-ia dizer, como FLUME,⁶⁰¹ que é óbvio que o recurso à boa-fé deve ser feito, mas isto não demonstra como resolver esse problema. De fato, o jurista alemão tem razão

nesse aspecto, e o que tem de ser feito é tornar mais concreto o juízo da boa-fé objetiva, o que fazemos com os critérios do tipo contratual escolhido, normalidade, preço e circunstâncias que envolveram a contratação.

Tanto para o primeiro momento de reconhecer a finalidade concreta quanto para o segundo, de determinar as regras da distribuição dos riscos do contrato, o juízo de boa-fé objetiva, balizado por esses critérios, fica menos abstrato e mais capaz de fornecer uma resposta mais segura à alteração das circunstâncias ocorrida.

Verificada a finalidade do contrato e que ela integrou o seu conteúdo, se as partes nada dispuseram sobre como resolver a situação de impossibilidade de sua consecução, deverá ser feita a *integração* do contrato, com a criação de uma disposição que supra essa lacuna. Atua, pois, a função *supplendi* da boa-fé objetiva, a qual deve sempre ter por norte a premissa de que a solução a ser encontrada deve respeitar a confiança recíproca despertada pelo negócio, de forma que não seja permitido que o contrato atinja finalidade oposta ou divergente daquela para o qual foi celebrado, preservando, assim, as legítimas expectativas dos contratantes.⁶⁰² Esse é o referencial, o guia mais importante que não pode ser desprezado pelo magistrado.

Um exemplo pode deixar essas ideias um pouco mais claras.

Trata-se de ação ajuizada pelo conhecido Sport Club Corinthians Paulista em face de Davos Indústria Têxtil Ltda., a qual visava a condenação desta ao pagamento de *royalties*, que

602 “Por esta [boa-fé objetiva] deve ser compreendido, neste específico campo funcional, o mandamento imposto ao juiz de não permitir que o contrato, como regulação dotada de um específico sentido, atinja finalidade oposta ou contrária àquela que razoavelmente, à vista de seu escopo econômico-social, seria lícito esperar” (MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 432).

598 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 439.

599 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 449.

600 MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé...*, p. 457.

601 *El negocio...*, p. 589.

foram estipulados em contrato de licença de uso e marca, símbolos e direitos autorais, com cláusula de exclusividade. Na contestação a indústria têxtil sustentou que não devia nada para o autor porque a base do negócio havia sido destruída por conta da negligência deste no combate à pirataria, que provocava uma concorrência desleal e altamente frustrante, o que acabou por inviabilizar o negócio. A sentença foi procedente e a indústria têxtil apresentou recurso de apelação. Transparece da ementa do acórdão que foi suscitada pela defesa a frustração da finalidade do contrato ante o alto nível de pirataria.⁶⁰³

Após analisar o contrato e suas cláusulas, foi prolatado acórdão assim ementado:

“Contrato de licença para exploração de marca e símbolos de agremiação esportiva — Pretendida exclusão de responsabilidade pelo não cumprimento, por destruição da base do negócio — A ‘pirataria’ que tanto prejudica o comércio e a economia organizada, não é causa justa de exoneração do dever de pagar *royalties* combinados para a exploração de marca, por constituir fato notório e próprio do risco do investimento; essa notoriedade autoriza que o Juiz empregue regras de experiência [artigo 335, do CPC] para rejeitar a tese de frustração da finalidade do contrato, pela concorrência desleal do comércio ilegítimo, referendando a sentença que condenou a fabricante de roupas ao pagamento das comissões devidas ao Sport Club Corinthians Paulista — Não provimento.”

As prestações dos contratantes eram, basicamente, por parte do clube de futebol, a permissão ao uso da marca com

603 TJSP, 3ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 139.073-4/6-00, Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani, julgado em 13 de maio de 2003.

exclusividade pelo prazo de 21 (vinte e um) meses, e, por parte da indústria têxtil, o pagamento dos *royalties* mediante percentual sobre a produção ou em valor mínimo de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), caso não alcançado o teto de vendas projetado. A finalidade concreta do contrato, *in casu*, comercializar com exclusividade artigos de vestuário com a marca do clube de futebol, decorria dos próprios termos do negócio, o que permitiria a ambas as partes auferir o lucro esperado.

O grande problema residiu no comércio clandestino ou informal (“pirataria”), evento alheio e inimputável às partes, que acabou por inviabilizar o negócio.

Não se tratava de impossibilidade porque as prestações em si eram perfeitamente exequíveis. Também não era um caso de excessiva onerosidade, pois não houve alteração no valor das prestações. O que havia era que a exclusividade imaginada pela indústria têxtil não era assim tão exclusiva ante a ação dos “piratas”. O contrato, ao que parece, nada regulava a respeito, impondo ao magistrado a construção da regra para preencher a lacuna.

As perguntas a serem respondidas são: a “pirataria” estava dentro da álea do contrato? Em caso negativo, quem suporta o risco da “pirataria”?

O Tribunal entendeu que a resposta à primeira pergunta era afirmativa, ou seja, que o risco da “pirataria” estava dentro da álea do contrato, haja vista a notoriedade do fato que não poderia ter deixado de ser levado em consideração no momento da contratação.

Observemos aqui que o Tribunal lançou mão — embora não mencione — de um juízo de boa-fé objetiva, tendo em conta o critério da normalidade da contratação no ramo específico de peças de vestuário com marca de clubes de futebol (é notória e arraigada no costume do comércio a “pirataria” de camisas, bonés e demais artigos com a marca do time). O

raciocínio foi o de que, a partir de um comportamento honesto e leal, razoavelmente não se poderia dizer que era uma expectativa legítima da apelante que não houvesse “pirataria” ou que ela fosse diminuir. Agreguemos a isso o fato de que a pirataria não era um fato inesperado.

Após trazer uma série de informações estatísticas e jornalísticas a respeito da “pirataria”, demonstrando a notoriedade do fato, o Tribunal afirmou que “dentro desse contexto e com a pujante realidade social a revelar a ousadia dessa impunidade, não há como negar que o comércio clandestino não se desencoraja diante de tímidas repressões e, por isso, apresenta tendência de alto crescimento. Não seria, pois, a concorrência das roupas fabricadas sem permissão da diretoria corinthiana e que os camelôs oferecem em barraquinhas de rua (quicá em lojas, presume-se), causa jurídica [ignorância] a ser eleita como foco de destruição da base do negócio comercial de repercussões financeiras interessantes. Note-se que o contrato de licença exclui da autora a possibilidade de comercializar a marca com outra sociedade produtora de roupas, bonés, etc., um comprometimento da receita que cumpre considerar e avaliar no momento de interpretar a responsabilidade contratual da apelante. Quanto maior é o ônus do conhecimento, aduziu EMILIO BETTI, “menos plausível é a ignorância, e menor é, portanto, na contraparte, o ônus de notar o erro por ela determinado e a correlativa obrigação de esclarecimento imposta pela boa-fé” (*Teoria geral do negócio jurídico*. Tradução de Fernando de Miranda, Coimbra, 1969, t. II, p. 420). E prossegue nos seguintes termos:

“A preocupação com a ‘pirataria’ integra o bloco das condições adversas da contratação, mas, ainda assim, não foi considerada como fator de desistência. Resulta que a apelante assumiu o risco da disputa de mercado informal como ponto histórico do investimento, tanto que não se

cogitou de implicar o patrimônio do Corinthians ou a integralidade do contrato aos efeitos predatórios da concorrência impura dos ambulantes. Constou, apenas, que teria o Corinthians obrigação de participar a licenciada do conhecimento da reprodução não autorizada, um regramento supérfluo, porque a notoriedade da ‘pirataria’ dispensaria a inclusão dessa cláusula específica.”

A notoriedade da “pirataria” não poderia, nesses termos, ser risco atribuível ao licenciador, uma vez que existente, conhecida e levada em conta por ambas as partes.

Um outro exemplo refere-se a um contrato de doação feita à Mitra Diocesana de Assis “com encargo de erigir uma igreja no local, dividir o terreno em quarteirão e ruas, construir arrendamentos e aforamentos”,⁶⁰⁴ gravada com cláusula de inalienabilidade. A doação foi feita tendo em vista o desenvolvimento de um centro urbano na cidade, o que acabou não se concretizando, razão pela qual a donatária ajuizou ação para se ver livre do encargo e poder empregar o bem em outra finalidade de cunho social.

Após ser julgada improcedente a ação em primeiro grau, o Tribunal reformou a decisão em razão da alteração das circunstâncias: o encargo havia perdido a razão de ser na medida em que ninguém usaria as construções e obras a serem realizadas por causa do superveniente não desenvolvimento do centro urbano da cidade. Entendeu-se que a finalidade da doação com encargo seria proporcionar às pessoas o uso dessas obras e que, ante a impossibilidade de se atingir esse fim, o Tribunal permitiu que fosse revisado o encargo, de sorte a autorizar a venda do bem imóvel para aplicação do dinheiro em atos com finalidades sociais no município. Nesse caso, a partir da análise do encargo

604 O exemplo foi extraído de PENTEADO, Luciano de Camargo. *Doação...*, p. 185-187.

extraiu-se a finalidade concreta da doação e, a partir daí, buscou-se integrar o contrato com a solução mais adequada devido a impossibilidade de atingir o fim contratual.

O interessante nessa decisão é que a frustração do fim do contrato não levou à resolução do negócio, mas à sua revisão, especificamente no que diz respeito ao encargo, de modo a estabelecer um novo, que permitisse atingir não mais a finalidade tal qual prevista anteriormente, mas outra consentânea com ela, preservando-se o objetivo social na aplicação dos recursos decorrentes da venda do imóvel. Isso comprova o que sustentamos no Capítulo IV, no sentido de que a regra para os casos de frustração do fim do contrato é a resolução ou a resilição, mas, havendo a possibilidade de revisão do negócio, não se impõe qualquer óbice à sua realização.

Podemos perceber que a frustração do fim, a interpretação e a boa-fé objetiva andam de mãos dadas na busca por uma solução mais adequada que leve em consideração os reais interesses em jogo postos no contrato.

4. Efeitos da frustração do fim do contrato

Já tivemos a oportunidade de estudar que a consequência natural da impossibilidade de alcançar o fim do contrato é a sua ineficácia, com o decreto de resolução (se o cumprimento ainda não foi iniciado) ou de resilição (se o cumprimento já foi iniciado) do negócio, devendo as despesas incorridas para a preparação da execução do contrato serem reembolsadas.⁶⁰⁵

Aqui cabe simplesmente reiterar essas consequências para afirmar que elas têm respaldo em nossa legislação, na medida em que o fim do contrato é fator de eficácia e o enriquecimento injustificado não é tolerado.

605 Vide Capítulo IV, item 5.2.

No caso de o contrato apresentar uma lacuna com relação à frustração do seu fim, o intérprete deverá empregar o juízo de boa-fé objetiva para formular a regra que regerá a situação, balizado pelos critérios do tipo contratual, da normalidade, do preço de mercado e das circunstâncias que rodeavam a contratação.

Essa regra a ser formulada deverá responder à seguinte pergunta: quem suporta o risco da frustração do fim?

Em princípio, a finalidade que integra o conteúdo do contrato, por ser relevante e ter sido levada em conta por ambos os contratantes, implica considerar que o risco de sua não consecução deva ser suportado por ambas as partes. Esse risco seria, por assim dizer, comum ao credor e ao devedor. Observe-se que não há deturpação das regras de que o risco da prestação corre por conta do devedor e o risco de utilização por conta do credor.

A particularidade de que a frustração do fim do contrato representa uma *fattispecie* em que as partes podem perfeitamente executar suas prestações, ao mesmo tempo em que isso não tenha mais qualquer sentido, exige que a solução a ser dada também seja própria e particular.

Seria correto que o vendedor do coletor solar suportasse todo o prejuízo por conta da superveniente impossibilidade de incidência de raios solares no telhado do comprador? De outro modo, seria certo o comprador ser compelido a adquirir o coletor solar que não terá a incidência da luz do sol? Seria adequado o locador arcar sozinho com todas as despesas feitas no imóvel, tendo como objetivo a locação celebrada para assistir ao desfile da coroação? Ou, ainda, seria justo o locatário pagar o valor da locação mesmo que não fosse mais se realizar o aludido desfile?

Da mesma maneira que não é correto impor ao credor que aceite uma prestação cuja finalidade não tenha mais qualquer utilidade (pois isso representaria exceder os limites do fim

econômico ou social do contrato), não é certo que o devedor tenha que suportar todas as despesas incorridas com a contratação, pois ele está apto a prestar e o credor apto a receber a prestação e contraprestar. Por isso que as regras da impossibilidade não são aptas a outorgar a melhor saída, pois acabariam por gerar o mesmo tratamento para uma situação absolutamente distinta, na qual as prestações são possíveis. Trata-se de um problema autônomo que deve ser resolvido com regras próprias.

A regra de que o risco da frustração do fim do contrato é comum a ambos os contratantes pode ser objetada pelo juízo de boa-fé objetiva, a ser feito no caso concreto, principalmente se alguns dos critérios balizadores assim apontarem.

Pode ocorrer, por exemplo, que o valor pago pela locação de um imóvel comercial seja inferior ao preço de mercado, justamente porque o locatário tinha assumido o risco de que a área viesse a ser considerada residencial e, conseqüentemente, impossibilitado o exercício de atividades comerciais na região.

Lembremos o exemplo da companhia aérea BRA, cujas tarifas mais baratas representam a assunção pelo contratante do risco da não realização do voo no dia e horário marcados.⁶⁰⁶

Somente a avaliação do caso concreto poderá oferecer a solução adequada com relação à distribuição dos riscos.

De qualquer maneira, não reputamos correto que aquele que exerce a gestão do negócio de outrem sem a autorização deste seja reembolsado nas despesas necessárias ou úteis que tenha incorrido (Código Civil brasileiro, art. 869),⁶⁰⁷ e o deve-

⁶⁰⁶ Vide Capítulo IV, item 5.1.2.

⁶⁰⁷ Art. 869. Se o negócio for utilmente administrado, cumprirá ao dono as obrigações contraídas em seu nome, reembolsando ao gestor as despesas necessárias ou úteis que houver feito, com os juros legais, desde o desembolso, respondendo ainda pelos prejuízos que este houver sofrido por causa da gestão.

dor, que está apto a prestar, mas que não tem mais que fazê-lo porque a finalidade restou frustrada, tenha que suportar as despesas incorridas para o cumprimento do contrato. De certo modo, o credor estaria auferindo uma vantagem (não ter que pagar pela prestação) em detrimento de um empobrecimento do devedor que realizou despesas confiando na execução do negócio. Dessa forma, a regra do art. 885 do Código Civil brasileiro⁶⁰⁸ pode justificar o ressarcimento das despesas ou, quiçá, a repartição dos prejuízos do devedor com o credor.

É possível que seja necessário um “encontro de contas” do credor e do devedor, na medida em que ambos podem ter realizado despesas em vista do cumprimento do contrato. Como já dito, somente no caso concreto, diante das especificidades que ele apresentar, é que poderão ser individualizadas as conseqüências da frustração do fim do contrato. A nós cabe simplesmente dar esses contornos gerais que apontam para a ineficácia do negócio, cuidando para que seja coibido o enriquecimento de uma das partes sobre a outra.

5. Aspectos jurisprudenciais

Apesar de termos pesquisado julgados que tratassem do tema objeto do presente trabalho, não tivemos êxito em encontrar alguma decisão que enfrentasse especificamente a frustração do fim do contrato. A expressão, por si só, não é comum em sede jurisprudencial, o que reputamos natural ante a falta de exploração do tema na doutrina nacional.

Os casos em que a matéria foi abordada, mesmo que de forma indireta, já foram retratados no decorrer da dissertação.

⁶⁰⁸ Art. 885. A restituição é devida não só quando não tenha havido causa que justifique o enriquecimento, mas também se esta deixou de existir.