

SiqueiraCastro*

Dever de renegociar

Biblioteca RJ, 10/09/2020

SUMÁRIO

Doutrinas

<p>Notas sobre o dever de renegociar nos contratos empresariais de colaboração Sofia Miranda Rabelo e Guilherme Vinseiro Martins https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/search/search?simpleQuery=NOTAS+SOBRE+O+DEVER+DE+RENEGOCIAR&searchField=query</p>	Doc1
<p>Impactos da covid-19 sobre os contratos empresariais Ana Frazão https://www.aasp.org.br/em-pauta/impactos-da-covid-sobre-os-contratos-empresariais/</p>	Doc2
<p>Dever de renegociar Anderson Schreiber http://genjuridico.com.br/2018/01/16/dever-de-renegociar/</p>	Doc3
<p>Equilíbrio contratual e dever de renegociar Anderson Schreiber http://genjuridico.com.br/2018/03/13/equilibrio-contratual-e-dever-de-renegociar/</p>	Doc4
<p>Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro Anderson Schreiber https://core.ac.uk/download/pdf/230231677.pdf</p>	Doc5
<p>O dever de renegociação por desequilíbrio contratual Rodrigo Sirangelo https://www.espacovital.com.br/noticia-37936-dever-renegociacao-por-desequilibrio-contratual</p>	Doc6
<p>O dever de renegociar como pré-requisito para o ajuizamento de ações de revisão e rescisão contratual em tempos de pandemia de coronavírus Gustavo Henrique e Jean Luíz http://www.casilloadvogados.com.br/blog/o-dever-de-renegociar-como-pre-requisito-para-o-ajuizamento-de-aco-es-de-revisao-e-rescisao-contratual-em-tempos-de-pandemia-de-coronavirus/</p>	Doc7
<p>O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro Thiago Rodvalho http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_1597_1638.pdf</p>	Doc8
<p>A obrigação de renegociar e as consequências de seu inadimplemento Fabio Queiroz e Daniel Andrade https://www.researchgate.net/publication/341385920_A_OBRIGACAO_DE_RENEGOCIAR_E_AS_CONSEQUENCIAS_DE_SEU_INADIMPLENTO_The_obligation_to_renegotiat_e_and_the_consequences_of_its_default_Revista_de_Direito_Civil</p>	Doc9

NOTAS SOBRE O DEVER DE RENEGOCIAR NOS CONTRATOS EMPRESARIAIS DE COLABORAÇÃO

NOTES ABOUT DUTY TO RENEGOTIATE IN BUSINESS COLLABORATION CONTRACTS

Sofia Miranda Rabelo

Mestre em Direito pela UFMG. Doutora em Direito Privado pela PUC Minas. Vice-Presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais. Membro da Academia Brasileira de Direito Civil – ABDC, da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO, do Instituto Brasileiro de Direito Civil – IBDCivil e da International Society of Family Law – ISFL. Professora universitária. Advogada.

Guilherme Vinseiro Martins

Mestre e Doutorando em Direito pela UFMG, na área de estudos “Empresa no Mercado”. Bacharel em Direito pela UFMG. Advogado e sócio do Escritório Tavernard Advogados. Professor universitário em cursos de Graduação e Pós-Graduação.

Resumo: Como os contratos empresariais de colaboração são de longo prazo e firmados entre partes empresárias que alocam os riscos identificados de forma estratégica, são pactos naturalmente incompletos, que podem levar a situações não previstas pelas partes no futuro. Assim, pretende-se examinar no que consiste o dever de renegociar nessa espécie de contratos. O método adotado foi examinar as características dos contratos de colaboração e do dever de renegociar a partir das percepções da doutrina a respeito, tanto quando há previsão expressa desse dever nas cláusulas contratuais, quanto quando o dever não está expresso e decorre do princípio da boa-fé objetiva. Por fim, serão apresentadas as conclusões dos autores e suas impressões sobre o futuro do tema.

Palavras-chave: Contratos empresariais. Contratos de colaboração. Contratos incompletos. Dever de cooperação. Dever de renegociação.

Abstract: Considering that collaboration contracts are long-term and that they are contracts between businessmen that allocate strategically the identified risks, these are naturally incomplete pacts, that may lead to situations not anticipated by the parties in the future. Thus, the authors intend to analyze what is the duty to renegotiate on such contracts. The method adopted was to examine the characteristics of collaboration contracts and the duty to renegotiate from the doctrine's perceptions, both when there is express provision for this duty in the contractual clauses, and when the duty is not expressed and follows from the principle of good-faith.. Finally, the authors' conclusion and its impressions about the future of the theme will be presented.

Keywords: Commercial contracts. Collaboration contracts. Incomplete contracts. Duty do cooperate. Duty to renegotiate.

Sumário: Introdução – **1** Contratos empresariais de colaboração e sua ínsita incompletude – **2** O dever de renegociar – Conclusão

Introdução

As características ínsitas aos contratos empresariais de colaboração muitas vezes os levam a ser contratos incompletos por natureza ou até mesmo por intenção das partes, o que traz consequências que podem afastar os contratantes do escopo primitivo de cooperação proposto pela natureza do pacto. É que, muito embora sejam contratos colaborativos, são firmados (i) por longo prazo; e (ii) entre partes empresárias, que alocam os riscos de forma livre.

Ocorre que, apesar de possuírem seus interesses próprios, as partes empresárias que firmam contratos colaborativos possuem finalidade comum, que leva à necessidade de cooperação. Com efeito, um dos mecanismos utilizados pela prática dos contratos internacionais e sugerido pela doutrina para solucionar os problemas oriundos da incompletude desse tipo contratual e da sua longa duração é a renegociação das condições contratuais, seja quando atingido determinado marco, seja quando alterado o equilíbrio entre as partes a ponto de levar à necessidade de reapreciação dos termos iniciais.

Faz-se necessário, então, examinar os contornos desse mecanismo de renegociação enquanto obrigação para as partes do contrato de colaboração. No que consiste o dever de renegociar? Trata-se de obrigação de obter um acordo, ou de apenas tentar obtê-lo? Quando não se renegocia, está-se diante de infração contratual? Essas e algumas outras perguntas serão objeto de reflexão no presente artigo, que pretende abordar o tema à luz da sua baliza: o dever de cooperação.

O método adotado foi examinar as características dos contratos empresariais de colaboração e do dever de renegociar, seja a partir de sua previsão expressa em cláusulas contratuais, seja enquanto corolário da cooperação que embasa o princípio da boa-fé objetiva.

1 Contratos empresariais de colaboração e sua ínsita incompletude

Os contratos empresariais,¹ assim entendidos como aqueles firmados entre partes empresárias,² há um bom tempo são objeto de análise pela doutrina pátria.

¹ Também denominados contratos mercantis, por ser essa a nomenclatura do Título IV do Código Comercial de 1850, ou contratos comerciais. No presente trabalho, todas essas expressões se referirão a um mesmo instituto: contratos firmados entre partes empresárias. Do ponto de vista legislativo, destaca-se a recente Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019), que inseriu o art. 421-A no Código Civil de 2002 e fez menção expressa a “contratos civis e empresariais”, de modo a se concluir que existem duas naturezas jurídicas diversas.

² A doutrina já não era uniforme quanto à definição de contrato empresarial. Paula Forgioni, por exemplo, defende ser a necessário que “[...] o vínculo seja estabelecido exclusivamente entre empresas” (FORGIONI,

A maioria das abordagens, porém, refletia apenas os contratos típicos previstos no Código Comercial de 1850 e na legislação especial,³ concentrando o exame, assim, às características peculiares de cada espécie, sem se dedicar ao desenvolvimento de uma teoria geral dos contratos empresariais.⁴

A legislação, por sua vez, não consegue acompanhar a dinâmica da vida empresarial. De fato, mostra-se impossível a edição de lei específica que regule cada tipo de contrato oriundo das novas atividades, até porque certos contratos são híbridos e contemplam características de vários tipos de negócio. Ainda, tem-se que empreendimentos inovadores se submetem, primeiramente – e em sua maioria –, à aprovação do próprio mercado, para, caso resistam, enquadrarem-se ao direito.

Recentemente, contudo, a doutrina começou a lançar os olhos para as particularidades dos contratos empresariais e o desenvolvimento de teoria geral que, tomando por base a sua lógica e o seu funcionamento econômico, fixe as bases próprias para interpretação e integração desse gênero de negócio jurídico, que deve ser tratado à luz da sua função econômica e do contexto (mercado) em que estão inseridos, respeitando-se a distribuição de riscos convencionalizada entre os contratantes.⁵

Ainda é incipiente o tratamento das questões gerais, principalmente com relação aos contratos empresariais de natureza híbrida, que, numa linha de extremos, estão localizados entre os clássicos contratos de intercâmbio (em uma ponta) e os contratos de sociedade (na ponta oposta), ora apresentando características de um, ora de outro.⁶

As necessidades de adequação e sobrevivência do agente econômico no mercado fizeram com que se mostrassem insuficientes para os relacionamentos

Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 28). Em sentido diverso, Haroldo Verçosa entende que o contrato mercantil pode ser configurado desde que uma das partes seja empresária e a outra não seja consumidora (VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Contratos mercantis e a teoria geral dos contratos: o Código Civil de 2002 e a crise do contrato*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 24-25).

³ No Código Comercial de 1850, estavam tipificados os contratos de mandato mercantil, comissão mercantil, compra e venda mercantil, escambo ou troca mercantil, locação mercantil, mútuo mercantil, fiança mercantil, hipoteca e penhor mercantil e depósito mercantil (títulos VI a XIV). Na legislação especial, destacam-se a Lei de Representação Comercial (Lei nº 4.886/1965), a Lei de Concessão Comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores de via terrestre (Lei nº 6.729/1979), a Lei de Franquia empresarial (Lei nº 8.955/1994), entre outras.

⁴ Por todos, a análise dos clássicos de Fran Martins e Waldirio Bulgarelli demonstra a maior dedicação à parte especial dos contratos mercantis do que à parte geral. Cf. MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, e BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 1990.

⁵ Nesse sentido é o trabalho de Paula Forgioni em *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

⁶ É a classificação trazida pelos economistas para o fenômeno. Cf. WILLIAMSON, Oliver E. *The mechanisms of governance*. Oxford: Oxford University Press, 1996.

duradouros os negócios de mero intercâmbio e execução imediata, a partir do momento em que se verificou que a pactuação de sucessivos contratos dessa natureza de forma apartada não satisfaria os interesses das partes. Por outro lado, apesar da premência de se instituir relação de longo prazo entre as partes, essa relação duradoura não se amoldava à hierarquia e rigidez típica dos contratos de sociedade, o que retiraria dos contratantes a autonomia patrimonial para contratar com terceiros por sua conta e risco.⁷

Nesse contexto, surgiram os contratos de colaboração, em que as partes não têm interesses necessariamente contrapostos a ponto de o incremento da vantagem econômica de uma parte levar à diminuição do proveito da outra – como ocorre nos contratos de intercâmbio –, e tampouco comungam os elementos do contrato de sociedade previstos pelo art. 981 do CC/02, notadamente aqueles em que as partes optam pelo suporte do risco (álea) por todos ou alguns dos sócios. Representam relações de longo prazo e, conseqüentemente, de cooperação mútua entre as partes, em que os comportamentos oportunistas imediatos tendem a ceder lugar a ações estratégicas planejadas visando a benefícios futuros maiores.

Adota-se, como conceito para os referidos contratos, a dicção do art. 456 do Projeto de Lei do Senado nº 487/2013, que altera o Código Comercial de 1850, *in verbis*: “Nos contratos de colaboração empresarial, um empresário (colaborador) assume a obrigação de criar, consolidar ou ampliar o mercado para o produto fabricado ou comercializado ou para o serviço prestado pelo outro empresário (fornecedor)”. Exemplificativamente, os tipos contemplados pelo ordenamento pátrio são a distribuição, a representação comercial, a concessão e a franquia.⁸

Têm-se os contratos colaborativos em categoria híbrida também em virtude das suas peculiares características de interdependência econômica das partes oriunda de investimentos específicos,⁹ mas com manutenção da autonomia

⁷ Esse é o raciocínio exposto por Paula Forgioni, que completa: “[q]quanto mais próximo o contrato híbrido estiver daquele de intercâmbio, maior o grau de independência das partes e menor a colaboração entre elas. Ao nos deslocarmos paulatinamente na direção das sociedades, maior será o grau de estabilidade do vínculo e da colaboração” (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 174-175).

⁸ São alguns dos contratos de colaboração assim classificados pelo Projeto de Lei nº 487/2013, que altera o Código Comercial de 1850, em trâmite perante o Senado Federal. O Projeto, inclusive, traz definição para os contratos colaborativos em seu art. 456, *in verbis*: “Art. 456. Nos contratos de colaboração empresarial, um empresário (colaborador) assume a obrigação de criar, consolidar ou ampliar o mercado para o produto fabricado ou comercializado ou para o serviço prestado pelo outro empresário (fornecedor)” (BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 487/2013, que altera o Código Comercial*. Disponível em: <http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=141614&tp=1>. Acesso em: 27 fev. 2016).

⁹ Sob a ótica econômica, a interdependência entre as partes diz-se decorrente de investimentos específicos (ou idiossincráticos) pois “[...] é uma consequência da especificidade dos ativos envolvidos em uma transação, na medida em que a interrupção de uma relação implica custos àqueles que investiram em tais ativos” (FARINA, Elizabeth Maria Mercier Querid; AZEVEDO, Paulo Furquim de; SAES, Maria Sylvia Macchione. *Competitividade, mercado, Estado e organizações*. São Paulo: Singular, 1997. p. 82).

patrimonial, jurídica, de gestão e administração dos contratantes, bem como das diferenças entre suas atividades e áleas assumidas no negócio.

Ademais, os contratos de colaboração são, em sua maioria, de longa duração, celebrados por prazo indeterminado. Com efeito, os contratantes, amparados na cooperação mútua, não estabelecem apenas regras de troca, mas aquelas que balizam a relação entre as partes. No instrumento contratual, assim, “[...] lançam-se as bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que a ordem específica de obrigações determinadas”.¹⁰

Por serem de trato sucessivo, os contratos de colaboração são, por essência, incompletos.¹¹ A bem da verdade, a incompletude é característica a que está sujeito qualquer contrato de longa duração, diante da impossibilidade de se preverem todas as situações futuras e alocar, desde o momento da formação do vínculo, todos os riscos a que as partes estariam sujeitas. E mesmo que fosse possível, haveria muitas contingências a prever e, na sequência, a descrever contratualmente, aumentando os respectivos custos.

Essa característica levou os economistas a se concentrarem, a partir da década de 70, em estudos a respeito da incompletude contratual, observando desde as suas causas até as soluções para alcançar maior eficiência. A teoria dos contratos incompletos parte das premissas já fixadas pela teoria da firma e dos custos de transação de Ronald Coase,¹² e já vinha encontrando suas bases nos trabalhos de Oliver Williamson, que analisou as ineficiências *ex post* criadas pela barganha entre as partes e os incentivos para realização *ex ante* de investimentos específicos no relacionamento a ser firmado.¹³

Mas é a Oliver Hart e seus coautores que se atribui a base do desenvolvimento da teoria dos contratos incompletos,¹⁴ consequência dos altos custos

¹⁰ FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.

¹¹ “Dada sua característica diferida no tempo, os contratos de colaboração costumam não prever disciplina de todos os problemas que poderão ser vivenciados pelas partes ao longo de sua execução. Isso porque no momento da celebração do pacto, é impossível antever todas as situações e deter todas as informações relativas não apenas à negociação, mas à contraparte e às conjecturas do mercado” (BEZERRA, Andréia Cristina; PARENTONI, Leonardo Netto. A reconsideração da personalidade jurídica nos contratos mercantis de colaboração. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, ano L, n. 158, p. 189-210, abr./jun. 2011. p. 197).

¹² Para Coase, mesmo na presença de mercados ativos e eficientes, os agentes econômicos organizam suas atividades sob forma de empresa para reduzir os custos de transação, que seriam aqueles incorridos nas transações ainda quando não representados por dispêndios financeiros, derivados do conjunto de medidas tomadas para realização de uma transação. Confira-se: COASE, Ronald H. *The nature of the firm*. *Economica*, New Series, v. 4, n. 16, p. 386-405, nov. 1937.

¹³ Cf. WILLIAMSON, Oliver E. The vertical integration of production: market failure considerations. *American Economic Review Papers and Proceedings*, n. 61, 1971. p. 112-123; WILLIAMSON, Oliver E. *Markets and hierarchies*. Nova York: The Free Press, 1975; WILLIAMSON, Oliver E. Transaction-Cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, n. 22, p. 233-271, 1979.

¹⁴ É o que conclui a revisão de bibliografia sobre a obra de Oliver Hart e Bengt Holmström, elaborada por ocasião de sua láurea com o Prêmio Nobel de Economia de 2016 (THE ROYAL SWEDISH ACADEMY OF SCIENCES. *Oliver Hart and Bengt Holmström: Contract Theory: Scientific Background on the Sveriges Riksbak Prize in Economic Sciences in Memory of Alfred Nobel 2016*. Estocolmo, 2016. p. 17).

de transação envolvidos na indicação de ações precisas que cada parte deveria tomar em toda eventualidade concebível.¹⁵

Ian Ayres e Robert Gertner observam que, para os primeiros teóricos da incompletude, as partes deixam lacunas porque os custos de previsão e redação de todos os termos contratuais superam os benefícios vislumbrados desde o início. Contudo, Ayres e Gartner articulam segunda causa para as omissões nos contratos, relativa à *assimetria de informações*: quando uma parte tem mais conhecimento do negócio do que a outra, pode decidir não divulgá-la (por vários motivos: falta de tempo, falta de condições para disponibilizá-la, ou mesmo porque não lhe traz benefícios) ou dispor de certas circunstâncias no contrato de forma deliberada, como evitar a imputação de penalidades em determinadas situações futuras das quais, sabidamente, seria causadora e que trariam prejuízos.¹⁶ A outra parte, por sua vez, pode aceitar correr o risco de entabular contrato incompleto por serem altos os custos de transação envolvidos na obtenção da informação na fase pré-contratual, deixando à execução a resolução de eventuais questões que surgirem.

Segundo aponta Paula Bandeira, ao examinar a incompletude contratual sob a ótica da análise econômica do direito, o contrato incompleto não regulamenta os efeitos que possíveis contingências, caso se implementem, poderiam gerar imediatamente no negócio, o que permite uma “abertura do regulamento contratual, que, mercê das mudanças do ambiente econômico, se submeteria à posterior definição de elementos faltantes”.¹⁷ Verificado o fato superveniente não previsto pelas partes, o objetivo de renegociar poderá surgir com firmeza, o que poderá levar ao oportunismo.

E como se coíbem os comportamentos oportunistas diante (e a partir) das incompletudes sinalizadas? A autora pontua que, entre as funções econômicas do direito contratual, está a de impedir o oportunismo das partes.¹⁸ Assim, da mesma forma que o nível das omissões dependerá dos riscos e custos envolvidos em tornar o contrato mais completo, também será influenciado pelas regras de interpretação e integração que serão a ele aplicadas.

Uma das formas de integrar os contratos incompletos é a adaptação do negócio pelas partes, por meio de cláusulas de renegociação e de *hardship*, diante

¹⁵ HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete contracts and renegotiation. *Working Paper Department of Economics*, Massachusetts Institute of Technology, n. 367, p. 1-44, jan. 1985. p. 1.

¹⁶ AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules. *The Yale Law Journal*, v. 99, Paper 1545, p. 87-130, 1989. p. 127.

¹⁷ BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a análise econômica do direito. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2015. p. 2705. Para um aprofundamento no tema, confira-se: BANDEIRA, Paula Greco. *Contrato incompleto*. Rio de Janeiro: Atlas, 2015.

¹⁸ BANDEIRA, Paula Greco. O contrato incompleto e a análise econômica do direito. *Revista Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, 2015. p. 2703.

da ocorrência de certas circunstâncias ou mesmo de eventos não contemplados no contrato. Mas quais são os limites para se exigir a renegociação? E quando não há cláusulas nesse sentido, especialmente nos contratos de colaboração? É o que se passa a descortinar nas linhas a seguir.

2 O dever de renegociar

Chama a atenção, quanto aos contratos de colaboração, a solução de dispor, no instrumento contratual, de cláusulas que obriguem as partes a negociar ou mesmo a adaptar o clausulado caso ocorram eventos que alterem o equilíbrio do negócio. Isso porque, de um lado, os contratos colaborativos têm como premissa a solidariedade e a cooperação entre as partes; contudo, não deixam de ser contratos empresariais, guiados por principiologia própria que pressupõe a diligência prévia à pactuação para identificação e definição dos riscos futuros.

Nem sempre, porém, essas cláusulas são pensadas pelas partes, o que leva ao questionamento sobre se, na ausência de previsão expressa, haveria um *dever de renegociar*. E mesmo na ocorrência desse tipo de cláusula, ainda surgem dúvidas sobre seu alcance. Para analisar ambas as situações, deve-se refletir, primeiramente, sobre as premissas dessa obrigação.

O dever de renegociação tem suas bases na cooperação, que, por sua vez, pode ser depreendida da cláusula geral da boa-fé objetiva. No âmbito do direito contratual, as cláusulas gerais surgiram com o solidarismo, para abrir o sistema jurídico para fatores metajurídicos e valores socialmente aceitos e permitir ao aplicador da norma enquadrar o fato e determinar suas consequências, mantendo-a atualizada ao seu contexto.¹⁹ Contudo, apesar de fluidas, as cláusulas gerais não são isentas de significado. Segundo aponta Christian Sahb Lopes, essa abertura “tem o condão de trazer, para avaliação da atuação das partes (se agiram ou não de forma cooperativa), padrões de conduta correta e leal que são socialmente esperados em cada situação que estiver sendo analisada”.²⁰

Como já identificado por João Baptista Villela desde a década de 1960 e sem nem mesmo tomar como base a boa-fé, a *nova teoria dos contratos* se erige a partir da *cooperação* entre as partes, que se desenvolve onde antes florescia de

¹⁹ MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. Também nesse sentido, cf. TIMM, Luciano Benetti. *Direito contratual brasileiro: críticas e alternativas ao solidarismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

²⁰ LOPES, Christian Sahb Batista. Um diálogo por uma nova teoria dos contratos. In: GOMES, Elena de Carvalho; MARX NETO, Edgard Audomar; FÉRES, Marcelo Andrade (Org.). *Estudos de direito privado: Liber amicorum para João Baptista Villela*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 148.

forma irrestrita a concorrência oriunda do individualismo oitocentista e da posição sempre antagonista entre credor e devedor.²¹ Assim, sendo a cooperação inerente aos contratos e, principalmente, aos contratos de colaboração, é necessário considerá-la da formação ao encerramento, inclusive durante a execução – fase em que se insere a renegociação.²²

Com efeito, Giuliana Bonanno Schunk destaca que o dever de renegociar, uma vez decorrente da boa-fé objetiva, está intimamente ligado aos aspectos de lealdade contratual, sendo um dever lateral de conduta; assim, ocorridas alterações nas circunstâncias ou mesmo em virtude da incompletude do contrato, o dever de cooperação impõe às partes que renegociem de boa-fé os termos que se tornaram prejudicados.²³

Do ponto de vista do desequilíbrio contratual, Anderson Schreiber sustenta que a renegociação se tornou frequente na prática negocial, de modo que, antes da propositura de eventual demanda judicial ou instauração de procedimento arbitral, o contratante prejudicado tente com o outro solução consensual a partir de cláusulas contratuais que prevejam a “renegociação de boa-fé” ou mesmo na ausência delas.²⁴

De fato, a utilidade social dos negócios legitimamente celebrados e a necessidade de evitar custos de transação que onerem as partes levou os operadores do direito à busca por remédios que privilegiem o reequilíbrio ou complementação do contrato e a conservação da relação contratual, “[...] rompendo o dogma da preferência pelas soluções que conduzem à extinção do vínculo entre as partes (anulação/resolução)”.²⁵

Contudo, os referidos remédios têm sido cada vez menos buscados pelas partes na heterocomposição judicial. Se antes a intervenção do Poder Judiciário já era reticente e criteriosa na revisão contratual, com alterações mais voltadas à modificação de índices de reajuste de preços ou à extensão de prazos de cumprimento,²⁶ atualmente, com a vigência da Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) e as alterações operadas no Código Civil a respeito da intervenção

²¹ VILLELA, João Baptista. Por uma nova teoria dos contratos. *Revista de Direito e Estudos Sociais*, Coimbra, ano XX, n. 2-4, p. 313-338, abr./dez. 1975. p. 336.

²² Um dos limites básicos do dever de renegociar é a sua inaplicabilidade em casos de desequilíbrio que ocorre já no nascedouro da relação contratual, o que pode ser solucionado com outros remédios, como a lesão, o dolo ou o estado de perigo, se aplicáveis.

²³ SCHUNK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 170.

²⁴ Para aprofundamento no tema, especificamente à luz do equilíbrio contratual, conferir SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2008.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, jan./jun. 2018. p. 13-14.

²⁶ SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, jan./jun. 2018. p. 16.

judicial mínima e da excepcionalidade da revisão contratual, imagina-se que a busca por soluções de renegociação extrajudicial será ainda mais intensa.²⁷

E, considerando, principalmente, o contexto ora analisado dos contratos empresariais, constata-se resistência muito maior à revisão judicial do contrato,²⁸ de modo que o estudo do dever de renegociar se faz ainda mais necessário.

Mas como fazer com que as partes contratantes cooperem entre si e renegociem? Traçadas as balizas do dever de renegociar em abstrato, passa-se a examiná-lo nas situações em que há previsão expressa nesse sentido e naquelas em que o contrato é omissivo.

2.1 Quando há cláusula expressa

Ao inserirem no contrato o dever de renegociar, as partes o elevam do patamar de dever anexo de conduta decorrente da boa-fé objetiva para o de obrigação contratual. Giovanni Ettore Nanni constata que a adequação consensual do contrato, quando fruto do emprego exitoso de cláusulas de renegociação, é sempre mais satisfatória e eficiente para os contratantes.²⁹

As cláusulas mais comuns que contemplam esse dever são as de renegociação e as de *hardship*, e, por mais que sejam mais frequentes nos contratos internacionais, servem de exemplo à redação de cláusulas semelhantes nos pactos regidos pelo direito brasileiro. Enquanto as primeiras apenas estabelecem o dever de rediscutir as condições do negócio se alcançado certo termo ou fato

²⁷ A Lei da Liberdade Econômica (Lei nº 13.874/2019) acrescentou ao art. 421 do Código Civil o parágrafo único, no seguinte sentido: “Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”. Ademais, acrescentou o art. 421-A sobre o tema, *in verbis*: “Art. 421-A. Os contratos civis e empresariais presumem-se paritários e simétricos até a presença de elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, ressalvados os regimes jurídicos previstos em leis especiais, garantido também que: I - as partes negociantes poderão estabelecer parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas negociais e de seus pressupostos de revisão ou de resolução; II - a alocação de riscos definida pelas partes deve ser respeitada e observada; e III - a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”. A doutrina, porém, alerta que o tema já era tratado pela jurisprudência e por doutrinadores há tempos, no sentido de definir os contornos da revisão e seus modelos de aplicação (RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier; PRADO, Augusto César Lukascheck. A liberdade contratual e a função social do contrato – alteração do art. 421-A do Código Civil: Art. 7º. In: MARQUES NETO, Floriano Peixoto; RODRIGUES JR., Otavio Luiz; LEONARDO, Rodrigo Xavier (Org.). Comentários à Lei da Liberdade Econômica: Lei 13.874/2019. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 234).

²⁸ O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, já firmou entendimento no sentido de que, nos contratos empresariais, o controle judicial deve ser mais restrito, em virtude da paridade dos agentes econômicos e do maior prestígio conferido à autonomia privada nesse ramo. Nesse sentido, confira-se: STJ, 3ª T., REsp nº 1.409.849/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, j. 26.4.2016.

²⁹ NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 116, 2012. p. 96.

específico, nas segundas o dever de renegociar surge da ocorrência de fatos que alterem fundamentalmente o equilíbrio do contrato.³⁰ Sem adentrar nas hipóteses que desencadeiam o acionamento dessas cláusulas, a fim de não fugir do escopo do presente trabalho, é importante verificar no que consiste o *dever de renegociar* nelas previsto.

Entende-se por *dever de renegociar* a obrigação das partes de levarem em consideração a proposta e eventual contraproposta da contraparte, em postura cooperativa, porém, não necessariamente deverão chegar a um acordo sobre as questões postas. Isso porque não se pode solapar a liberdade contratual e a autonomia privada a ponto de impedir que alguma das partes, caso discorde das condições de renegociação oferecidas, resolva o contrato ao invés de ultimar a renegociação.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico não obriga a parte à aceitação de novos termos, ainda que lhe sejam vantajosos; em sendo prevista a cláusula de renegociação, há, tão somente, o dever de negociar enquanto tentativa de alcançar um acordo sobre as novas condições.³¹

Ao analisar o dever de renegociação à luz da cláusula de *hardship*, Christoph Brunner discorre no mesmo caminho, de que não há dever de reconciliar ou de alcançar um resultado particular. Contudo, o autor aponta que não é permitido a uma parte recusar o plano de renegociação apresentado pela outra sem ter levado em consideração os argumentos de quem requereu. Ainda, sublinha que o requerimento de renegociação deve ser feito sem atraso indevido, em tempo razoável após a ocorrência (ou da ciência) da condição que dá direito às tratativas, além do que deve ser feito fundamentado, sob pena de não vincular a parte contrária no procedimento de renegociação.³²

Acredita-se ser difícil mensurar a que ponto a parte teria ou não considerado os argumentos de renegociação, especialmente considerando-se situações em que já tenha recebido a proposta e acessado seus termos. A bem da verdade, deve-se lembrar que também é direito da parte não os aceitar. O que se interpreta da abordagem do autor seriam casos extremos em que a parte nem mesmo tem

³⁰ Traz-se aqui a ideia geral da cláusula de *hardship*, reconhecendo-se que alguns de seus requisitos ou de suas consequências podem variar de acordo com o ordenamento jurídico em que são adotados, sendo que alguns nem mesmo contemplam a possibilidade de renegociação e já permitem às partes acionarem diretamente o Poder Judiciário. Para maiores detalhes, cf. BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contracts principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2009; e SCHWENZER, Ingeborg. *Force majeure and hardship in international sales contracts*. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 39, p. 709-725, 2008.

³¹ FORGIONI, Paula A. *Contratos empresariais: teoria geral e aplicação*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 270.

³² BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contracts principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2009. p. 483.

acesso à proposta ou recusa-se a renegociar antes mesmo do início da fase – o que, ainda assim, é questionável sob a ótica da autonomia privada.

No âmbito dos contratos de colaboração, em que a cooperação dá o tom da relação com mais ênfase em virtude da própria natureza do vínculo, a condução das renegociações pode até exigir das partes maior lealdade e transparência, porém, ainda assim não as coloca em obrigação de atingir um acordo. Como bem coloca Giuliana Bonnano Schunk, mesmo nesses contratos, “apenas o contratante poderá saber com certeza que determinada adaptação lhe é razoável e comercialmente interessante e, assim, ele deve ter a faculdade de recusar a adaptação”.³³

Esse é o ponto mais problemático. Isso porque, se a proposta de readaptação do contratado for interessante para o contratante, por óbvio que ele aceitará os novos termos. Contudo, e nos casos em que a proposta não lhe interessar? Imagine-se a situação em que o estado atual do contrato gera prejuízo para o proponente, e alta margem de lucro para o oblato; porém, a proposta de readaptação reduz o lucro auferido pelo oblato. Qual é o papel do direito nesse caso? Intervir em favor do proponente e obrigar a renegociação, ou deixar à liberdade das partes?

Entende-se que, pelo sistema jurídico atual, não é possível ao direito impor a renegociação nesse caso, notadamente diante da recente inclusão do parágrafo único ao art. 421 e do art. 421-A ao Código Civil que reportam à excepcionalidade da revisão judicial do contrato. Não se pode esquecer, também, de que os contratos de colaboração em pauta são firmados entre partes empresárias, que poderão buscar maximizar seus lucros e a eficiência do contrato para si próprias em primeiro plano, não podendo, pois, serem obrigadas a aceitar as condições ofertadas em sede de renegociação.

Ingeborg Schwenzer, ao examinar a cláusula de *hardship* no âmbito dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, salienta que a renegociação, tal como a negociação, deve ser baseada na vontade e na confiança das partes. Para a autora, negociações pautadas na cooperação não surgem por meio de coerção às partes, e obrigá-las mesmo a tentar renegociar em casos de *hardship* não seria adequado, por existirem vários fatores envolvidos que podem levar à negativa da parte de se predispor à renegociação.³⁴

De fato, a coerção às partes sobre o resultado do acordo é desconforme com a liberdade de contratar e a autonomia privada, como já visto. Mas a inserção de cláusula expressa prevendo a necessidade de renegociação quando atingidas certas circunstâncias fáticas gera obrigação de, ao menos, *tentar* renegociar, o

³³ SCHUNK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 176.

³⁴ SCHWENZER, Ingeborg. Force majeure and hardship in international sales contracts. *Victoria University of Wellington Law Review*, v. 39, p. 709-725, 2008.

que exige a observância dos padrões de conduta impostos pela boa-fé objetiva, conforme lição de Anderson Schreiber:

Ninguém é obrigado a aceitar propostas de renegociação, mas a boa-fé objetiva impõe que tal proposta seja respondida, em tempo razoável, para que aquele que pleiteia o reequilíbrio possa, eventualmente, recorrer à jurisdição arbitral ou estatal, a fim de corrigir a excessiva onerosidade que o atinge. Tampouco se admite que um dos contratantes guarde para si, tal qual “carta na manga”, eventual desequilíbrio do contrato, esperando para invocá-lo tardiamente, em sede de defesa em ação judicial proposta diante do seu inadimplemento. Impõem-se a pronta comunicação e a interação com a contraparte.³⁵

Nesse ponto, se as partes não alcançam um acordo sobre a renegociação, não há infração contratual e não se geram danos *ipso iure*. No entanto, se a parte negociar de má-fé (como exemplo, entrar ou continuar em negociações quando não tiver intenção de chegar a um consenso), ou romper as negociações de má-fé, ela pode ser responsabilizada pelos danos causados à outra parte.³⁶ Essas situações, porém, assim como os danos eventualmente causados, devem ser comprovadas para gerar a responsabilização.

A ausência de sanção à negativa pura de renegociar segundo a estipulação contratual, porém, não significa ausência de consequências. Segundo Christoph Brunner, o *duty to renegotiate* (dever de renegociar) é pré-condição para a parte acionar o Judiciário ou a Arbitragem,³⁷ o que pode ser entendido, em nosso sistema, como interesse de agir enquanto condição da ação.

De todas as considerações sobre a previsão expressa do dever de renegociar, tem-se que a adaptação diante de certos eventos é importante, mas a previsibilidade também é essencial, especialmente nos contratos de colaboração, em virtude de sua longa duração e incompletude. Mas essas características devem ser reconhecidas de modo estratégico e as partes devem pactuar mecanismos de governança que lhes dê conforto de promover ajustes ao longo do relacionamento, de modo seguro e bem determinado.³⁸

³⁵ SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, jan./jun. 2018. p. 37.

³⁶ SCHUNK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 174. No mesmo sentido: BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contracts principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2009. p. 483.

³⁷ BRUNNER, Christoph. *Force majeure and hardship under general contracts principles: exemption for non-performance in international arbitration*. Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 2009. p. 483.

³⁸ FRAZÃO, Ana. Os contratos híbridos. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE DIREITO COMERCIAL, 7^o. *Anais eletrônicos...* São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 18 maio 2017. Disponível em: <http://www.congressodireitocomercial.org.br/site/anais-eletronicos>. Acesso em: 7 ago. 2017.

2.2 Quando não há cláusula expressa

Outros contornos tem a análise do dever de renegociação quando as partes não o estipulam expressamente no clausulado. É que, a se analisar o ordenamento jurídico brasileiro, a princípio, não se pode exigir da contraparte que inicie um procedimento de renegociação sem que esta obrigação tenha sido pactuada, sob pena de afronta à autonomia privada e ao princípio constitucional da legalidade.

Ao examinar essa situação, Anderson Schreiber destaca que não há nenhuma “garantia” de que o contratante favorecido responda à tentativa de renegociação efetuada por quem sofreu o desequilíbrio, bem como se verifica no direito brasileiro um verdadeiro “vácuo normativo”, nas palavras do autor, “em relação àquela que seria a solução mais ágil, eficiente e segura para o desequilíbrio do contrato”.³⁹ A conclusão de ausência de tratamento normativo se aplica tanto às hipóteses de desequilíbrio contratual quanto àquelas de incompletude, de modo a despertar a busca por soluções a partir de uma visão sistêmica do ordenamento jurídico.

O autor ainda descreve o que intitula de “desestimulante cenário”, em que até mesmo os poucos doutrinadores que defendem existir alguma abertura no direito brasileiro para um dever de renegociar não o admitem em contratos iníquos, nem qualificam o comportamento do contratante que se recusa à revisão como abuso.⁴⁰

Exigir das partes a renegociação do contrato, sem cláusula específica para tanto, quando ocorrerem situações aleatórias não é questão pacífica, nem mesmo entre a doutrina estrangeira. O inglês Ewan McEndrick questiona ser difícil aceitar que a confiança baseada na noção de boa-fé serve a dar suporte à existência de um *dever de barganhar*.⁴¹ De fato, é preciso evitar a banalização da boa-fé como remédio para todos os males, sob o pretexto de se buscar justiça contratual e igualdade substancial nas relações entre partes empresárias.⁴²

³⁹ SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, jan./jun. 2018. p. 17.

⁴⁰ SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, jan./jun. 2018. p. 34.

⁴¹ No original, o raciocínio do autor: “It is difficult to accept the reliance which is here placed upon notions of ‘good faith’ to support the existence of such a bargaining duty. The fundamental difficulty which is produced lies in seeing how a party can be in bad faith on the ground that she has refused to give up the rights which she enjoys under the contract. Of course, where the disadvantage which has been produced by the unforeseen event is extreme, then the contract may be held to be frustrated and, in such case, the court will be called upon to identify the rights of the parties under the discharge of the contract. But the situation is altogether different where the contract remains on foot, but one party is alleged to be in bad faith because she has refused to give up her contractual right to demand that the contract be performed according to its original terms” (MCKENDRICK, Ewan. The regulation of long-term contracts in English Law. In: BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel (Org.). *Good faith and fault in contract law*. Oxford: Clarendon Press, 2001. p. 315). A favor da obrigatoriedade das cláusulas de renegociação, cf. SPEIDEL, Richard E. Court-imposed price adjustments under long-term contracts. *Northwestern University Law Review*, 1981, 369. p. 404.

⁴² Conforme ensina Fernando Noronha, a justiça contratual é “[...] a relação de equivalência que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu”

Contudo, não se nega que o princípio da boa-fé objetiva irradia deveres anexos de lealdade, transparência e cooperação que sempre podem ser invocados pelas partes desde a formação à execução contratual. Assim, uma vez iniciadas tratativas de renegociação no decorrer do cumprimento do contrato, é dever das partes cooperar e ser transparentes nos trâmites negociais, sob pena de agir em desconformidade com o princípio da boa-fé objetiva.

Nesse sentido, Anderson Schreiber defende veementemente a necessidade de se reconhecer um dever de renegociação de contratos desequilibrados no direito brasileiro, como expressão constitucional do valor da solidariedade social e das normas infraconstitucionais decorrentes, como a cláusula geral de boa-fé objetiva.

Em sua visão, considerando os deveres anexos gerados pela cláusula geral da boa-fé objetiva e imposição de padrão de conduta a ambos os contratantes de cooperação recíproca para alcançar o resultado prático justificador do contrato celebrado, o dever de renegociar é dela decorrente – mesmo que inexistente cláusula expressa –, e não há necessidade de norma específica no direito brasileiro estabelecendo o dever de renegociar:

Nesse sentido, não se pode deixar de notar que tanto o dever de avisar prontamente a contraparte acerca do desequilíbrio contratual identificado, quanto o dever de ingressar em renegociação com vistas a obter o reequilíbrio do contrato constituem deveres de conduta que, conquanto instrumentalizados à recuperação do equilíbrio contratual, derivam, a rigor, da necessidade de que as partes cooperem entre si para a concretização do escopo contratual. Assim, é de se concluir que o reconhecimento do dever de renegociar, entre nós, encontra fundamento normativo na cláusula geral de boa-fé objetiva, mais especificamente no art. 422 do Código Civil.⁴³

Em síntese, o dever de renegociação, ao não se confundir com o dever de *revisar* extrajudicialmente o contrato, desdobra-se em duas etapas: (i) o dever de comunicar prontamente à outra parte sobre o desequilíbrio ou incompletude identificados; e (ii) o dever de suscitar uma renegociação que possibilite o reequilíbrio do contrato ou de responder à proposta de forma séria.⁴⁴

(NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 214).

⁴³ SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, jan./jun. 2018. p. 34-35.

⁴⁴ SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, jan./jun. 2018. p. 38. O autor exemplifica melhor alguns comportamentos esperados das partes nessas duas etapas: “[...] (a) pronta e detalhada comunicação à contraparte sobre o

Giuliana Bonanno Shunck vai além e discorre que o dever de renegociar, enquanto decorrente do dever anexo de conduta de cooperação, caso não seja observado, pode levar a consequências comuns ao descumprimento de obrigações pactuadas expressamente no contrato. A ideia da autora é que o descumprimento do dever de renegociar possa ensejar (i) a resolução do contrato pelo inadimplemento do dever anexo de conduta; (ii) a possibilidade de oposição de exceção do contrato não cumprido e (iii) perdas e danos.⁴⁵

Por não restar expresso no instrumento contratual e decorrer dos deveres anexos à boa-fé, não se pode tratar o descumprimento ao dever de renegociar como inadimplemento absoluto ou mora. Afinal, não se trata de impossibilidade/inutilidade de cumprimento da prestação, tampouco de ausência de cumprimento no tempo, forma e modo contratados. Está-se diante de hipótese que, segundo parcela significativa da doutrina, seria enquadrada como na chamada “violação positiva do contrato”, que alarga o conceito de inadimplemento para enquadrar as hipóteses em que se está diante de cumprimento defeituoso ou de descumprimento dos deveres anexos à boa-fé, por se tratar de obrigações decorrentes da cláusula geral, e não da vontade das partes.⁴⁶

No contexto dos contratos de colaboração, considerando o fim para o qual são entabulados refletido no próprio nome do gênero, é razoável se exigir das partes transparência e cooperação desde a fase pré-contratual, o que juridicamente se pode depreender do princípio da boa-fé objetiva. Porém, ao se ingressar na fase de execução do contrato, depara-se, necessariamente, com a aplicação da violação positiva do contrato para enquadrar o descumprimento ao dever de renegociar não previsto expressamente no clausulado.

desequilíbrio contratual, indicando fundamentadamente a presença dos seus pressupostos; (b) resposta da contraparte em tempo razoável a essa comunicação, informando pronta e fundamentadamente se não considerar presentes aqueles pressupostos; (c) qualquer proposta, bem como contraproposta de revisão extrajudicial do contrato, deve ser apresentada de modo detalhado e justificado, evitando-se a lógica do “pegar ou largar”; (d) no curso da renegociação cada parte deve fornecer à outra todas as informações úteis para avaliar a oportunidade e o conteúdo de uma eventual revisão extrajudicial do contrato; (e) as partes devem igualmente manter reserva sobre dados e informações obtidos no curso da renegociação, evitando sua divulgação a terceiros; (f) nenhuma das partes deve se recusar injustificadamente a manter renegociações ou interrompê-las de modo abrupto e imotivado; e (g) o insucesso da renegociação não deve ser considerado por qualquer das partes como razão para se recusar a analisar propostas de solução consensual no âmbito de eventual processo judicial ou arbitral subsequente” (SCHREIBER, Anderson. Construindo um dever de renegociar no direito brasileiro. *Revista Interdisciplinar de Direito*, v. 16, n. 1, jan./jun. 2018. p. 41-42).

⁴⁵ SCHUNK, Giuliana Bonanno. *Contratos de longo prazo e dever de cooperação*. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 178.

⁴⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 266. Em sentido contrário à aplicação da teoria da violação positiva do contrato como uma terceira espécie de inadimplemento, conferir: ANDRADE, Daniel de Pádua; PEREIRA, Fábio Queiroz. Revisitando o papel da violação positiva do contrato na teoria do inadimplemento. *Scientia Iuris*, Londrina, v. 22, n. 1, p. 258-282, mar. 2018.

Conclusão

Para os contratos de colaboração, por se tratar de contratos de longo prazo naturalmente incompletos, recomenda-se que as partes empresárias que os firmam – sempre em busca de reduzir os custos de transação – entabulem, na formação do contrato, cláusulas de renegociação ou de *hardship*, determinando de forma clara as circunstâncias que ensejam o dever de renegociar e como se dará o procedimento.

É medida que estimula a cooperação ínsita não apenas desse tipo contratual, mas de todo o sistema vigente. Especialmente entre partes empresárias, que atuam sempre buscando a máxima eficiência do negócio firmado, é essencial possuir mecanismos que incentivem a colaboração ao invés de prestigiar o oportunismo. Por mais que não haja obrigação de se alcançar um acordo após iniciado o procedimento de renegociação, a mera existência da cláusula já coloca as partes em situação que abrirá oportunidade ao diálogo, além de ser condição para acesso às vias de heterocomposição posteriormente, caso seja aposta no contrato.

De mais a mais, conclui-se que dispor expressamente sobre o dever de renegociar é melhor do que não dispor. Por mais que sejam robustos os fundamentos para sustentar o dever de renegociação no ordenamento jurídico brasileiro, não se pode contar apenas com o princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos para resolver os problemas ocasionados pela longa duração e pela incompletude dos contratos de colaboração ou fatores extraordinários que eventualmente alterem fundamentalmente o equilíbrio contratual – notadamente diante da ausência de consenso na doutrina sobre a violação positiva do contrato como terceira espécie de inadimplemento.

O dever de cooperar, por mais que seja ínsito aos contratos colaborativos, não é panaceia para todos os males, e não se pode olvidar que o recorte da presente análise são os contratos empresariais, em que o comportamento estratégico é característico do negócio e não pode ser demonizado por fazer parte das regras do jogo. Assim, por mais que a conduta das partes deva ser pautada na boa-fé objetiva, tanto melhor que estejam previstos expressamente o dever de renegociação, as hipóteses que autorizam a sua invocação e o procedimento a ser adotado.

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

RABELO, Sofia Miranda; MARTINS, Guilherme Vinseiro. Notas sobre o dever de renegociar nos contratos empresariais de colaboração. *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, Belo Horizonte, v. 24, p. 43-58, abr./jun. 2020. DOI: 10.33242/rbdc.2020.02.003.

Recebido em: 26.07.2019

1º parecer em: 06.08.2019

2º parecer em: 13.03.2020

Impactos da covid-19 sobre os contratos empresariais

24 Abr, 2020 16:52

Compartilhar



Por [Ana Frazão](#)[1]

Parece haver poucas dúvidas de que a pandemia da [Covid-19](#) é um fato imprevisível, seja em relação à sua existência, seja em relação às suas consequências.

É no contexto dessas preocupações que o presente artigo buscará mapear os reais impactos da pandemia sobre os contratos, mostrando as alternativas que o sistema jurídico brasileiro detém para lidar com o problema, assim como as modificações pontuais que pretendem ser implementadas pelo Projeto de Lei nº 1.179/2020.[2]

Inicia-se o exame do tema com a lembrança de que a principal função econômica do contrato – especialmente dos contratos de troca ou intercâmbio – é garantir segurança e previsibilidade às partes. É por essa razão que as possibilidades de revisão e resolução são vistas como excepcionais.

Mesmo nos contratos híbridos ou relacionais, embora a lógica de segurança e previsibilidade seja substituída pela lógica da flexibilidade e da adaptabilidade implementada por meio de contratos intencionalmente incompletos, espera-se que os mecanismos de governança previstos pelas partes possam assegurar a adaptação do contrato a novos fatos, o que pode ocorrer por meio de diversas alternativas, que vão desde o dever de renegociar até mesmo à participação de um terceiro, como um expert, um mediador ou um árbitro.

Como o dever de cooperação nos contratos híbridos ou relacionais faz parte do próprio objeto contratual, todos os esforços devem ser feitos para a manutenção do vínculo, ainda que com as devidas modificações. Conseqüentemente, embora não se observe incondicionalmente o princípio do *pacta sunt servanda*, há que se conter o oportunismo excessivo e se assegurar a continuidade do pacto, ainda que por meio da sua revisão ou adaptação.

Dessa maneira, a resolução ou o descumprimento também devem ser vistos como soluções excepcionais em relação aos contratos híbridos, motivo pelo qual, diante de uma pandemia que possa alterar substancialmente as expectativas das partes em relação ao contrato, não há dúvidas de que a melhor alternativa seria a revisão consensual do contrato. Mesmo nos contratos de troca ou intercâmbio, a solução consensual também seria a melhor opção.

Entretanto, não sendo possível o consenso, o ordenamento jurídico disponibiliza alguns mecanismos diretos distintos para enfrentar a pandemia, tais como os previstos nos arts. 317, 393 e 478 do Código Civil.

Os arts. 317 e 478 tratam de eventos imprevisíveis que ocasionam o desbalanceamento dos contratos. A diferença é que a desproporção, no caso do primeiro, é vista sob a ótica do devedor, enquanto que, sob a ótica do segundo, envolve um juízo relacional entre credor e devedor, na medida em que o evento deve trazer onerosidade excessiva para uma das partes em detrimento da extrema vantagem da outra. É por essa razão, inclusive, que se entende que o art. 478 não acolheu propriamente a teoria da imprevisão, já que é necessário igualmente o evidente desbalanceamento do contrato.

Vale ainda lembrar o art. 393 do Código Civil, que trata do caso fortuito ou da força maior, marcados pela irresistibilidade, bem como os arts. 113, § 1, inciso V, e 421-A, inciso II, que abrem a possibilidade para discussões relacionadas à base do negócio jurídico e à preservação da alocação originária de risco definida pelas partes.

O ordenamento jurídico brasileiro ainda conta com inúmeras soluções que decorrem de cláusulas gerais, como a boa-fé objetiva e a vedação ao abuso de direito, que permitem a contenção de comportamentos excessivamente oportunistas, bem como dão margem à incorporação de discussões relevantes, como a exceção da ruína, a frustração do fim do contrato, dentre outras.

Logo, é fato que o ordenamento jurídico brasileiro conta com uma gama de soluções para resolver as distintas consequências da pandemia sobre os contratos, ainda que possa haver dúvidas e mesmo divergências em relação a várias das alternativas mencionadas, que nem sempre estão unidas por um fio condutor comum.

Entretanto, se há um ponto sobre o qual existe considerável convergência, senão unanimidade, é o fato de que todas essas soluções precisam considerar as peculiaridades do caso concreto. Isso afasta preliminarmente a ideia de que a pandemia possa ser um fato que desequilibra todos os contratos na mesma extensão e, exatamente por isso, justificaria de forma apriorística o descumprimento, a resolução ou a revisão.

Daí os cuidados que se deve ter com soluções amplas e generalizantes. Mesmo a breve experiência que já estamos tendo com a pandemia mostra que os seus impactos realmente divergem conforme o tipo e as circunstâncias dos contratos, assim como variáveis externas – como os casos em relação aos quais se cogita da aplicação da teoria do fato do príncipe. Em vários casos, a impossibilidade de cumprimento da prestação é apenas momentânea, o que igualmente não justificaria soluções extremas, como a resolução.

Todas essas razões mostram a cautela que deve orientar o tratamento do tema, até porque o pior cenário seria aquele em que a pandemia levasse a descumprimento maciço e indiscriminado de contratos, o que contribuiria para o próprio colapso da economia.

É no cenário acima descrito que se deve analisar a necessidade, a oportunidade e o acerto do Projeto de Lei nº 1.179/2020, ao tentar disciplinar os efeitos da pandemia sobre os contratos, buscando evitar a judicialização excessiva.

Inicialmente, é importante advertir que a intervenção do legislador, em situações de crise, deve ser pontual, provisória e ocorrer apenas quando o sistema jurídico efetivamente não dispõe das devidas soluções para o problema. Sob essa perspectiva, um ponto positivo do projeto é apresentar soluções pontuais e temporárias.

Nesse sentido, prevê o art. 6º que “As consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19) nas execuções dos contratos, incluídas as previstas no art. 393 do Código Civil, não terão efeitos jurídicos retroativos”.

Ora, ao mencionar a inexistência de efeitos jurídicos retroativos, o artigo já traz dificuldade interpretativa inicial, que é a de saber de que retroatividade se trata – da máxima, média ou da mínima –, matéria que é extremamente controversa.

Todavia, a interpretação que pareceria mais coerente – a de que, em contratos de execução sucessiva ou continuada, as prestações vencidas antes da pandemia estariam obviamente resguardadas contra todos os efeitos da crise – é contrariada pela justificativa que consta do relatório votado pelo Senado. Segundo o relatório, a finalidade do art. 6º foi criar marco temporal – o dia 20 de março de 2020 – a fim de determinar que os contratos celebrados antes dele não estariam sujeitos aos efeitos da pandemia e deveriam ser cumpridos tal como foram acordados.

Tal solução, que não se extrai do texto da norma, leva a grandes dificuldades, pois, além do marco temporal ter sido fixado de modo arbitrário, a prevalecer a *mens legislatoris*, estar-se-á diante de solução injustificável e injusta, pois o ideal seria que os contratos anteriores à pandemia pudessem se utilizar das soluções usuais do sistema – tais como o art. 317, 393 e 478 do Código Civil – sempre que presentes os seus pressupostos. Com efeito, é precisamente em relação a eles que a pandemia pode ser vista como um fato imprevisível. Já no tocante aos contratos posteriores à pandemia, pelo menos o evento é certo, ainda que as consequências sejam imprevisíveis.

Por outro lado, ainda que se despreze a *mens legislatoris*, continuarão as divergências a respeito do que pode ou não ser considerado retroatividade, especialmente em situações específicas, como contratos de longa duração cujas

etapas estão intrinsecamente conectadas umas às outras, de forma que o desbalanceamento em uma delas pode implicar o desbalanceamento de todo o programa contratual.

Já no art. 7º, dispõe o projeto que “Não se consideram fatos imprevisíveis, para os fins exclusivos dos arts. 317, 478, 479 e 480 do Código Civil, o aumento da inflação, a variação cambial, a desvalorização ou substituição do padrão monetário”.

Embora a intenção do projeto tenha sido trazer para a lei entendimento jurisprudencial já consolidado em outras crises que já vivemos, considerando os impactos da atual crise, os quais, até o momento, não podem ser nem mesmo vislumbrados, indaga-se em que medida é legítimo equipará-la antecipadamente a crises anteriores.

Para muitos, a atual pandemia é a crise econômica mais grave desde a Grande Depressão dos anos 1930, cujos efeitos ainda são impossíveis de serem vislumbrados. Logo, não faz muito sentido tentar antecipar um futuro que continua a ser absolutamente incerto e em relação ao qual a experiência do passado pode não ser útil ou pertinente.

Assim, conclui-se que os arts. 6º e 7º, apesar da legítima intenção de buscarem segurança jurídica e evitarem o oportunismo excessivo, acabam propondo critérios e diferenciações inadequados e que ainda engessam o tratamento do tema. Nesse cenário, melhor seria que pudessem ser utilizadas as soluções já previstas pelo ordenamento jurídico, diante das especificidades de cada caso concreto.

Ao se arvorar a resolver antecipadamente os problemas contratuais da Covid-19, o projeto ainda estimula a cultura de soluções centralizadas pelo Estado, quando seria melhor criar incentivos para as soluções consensuais, em relação às quais vários consectários de importantes cláusulas gerais, como o dever de renegociar, já oferecem importante suporte.

[1] Advogada e professora de Direito Civil, Comercial e Econômico da Universidade de Brasília (UnB).

[2] Vale ressaltar que o artigo foi finalizado no dia 15 de abril de 2020, quando o projeto de lei, já tendo sido aprovado pelo Senado, aguardava a aprovação pela Câmara dos Deputados. Dessa maneira, o artigo baseou-se na redação aprovada pelo Senado, com base no parecer da senadora Simone Tebet.



[Artigos Processo Civil](#)

Dever de renegociar



[Anderson Schreiber](#)

é Doutor em Direito Privado Comparado. Mestre em Direito Civil. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor. Autor.

[Conheça as obras do autor](#)

0

Comentários

0

likes

por [Anderson Schreiber](#)

16.jan.2018



Realizou-se em Curitiba, o V Congresso do Instituto Brasileiro de Direito Civil, que segue se destacando no país como o *locus* prioritário de discussão do direito privado no Brasil. A comissão organizadora do evento, formada pelos Professores Eroulths Cortiano Júnior, Ana Carla Harmatiuk Mattos e Carlos Eduardo Pianovsky, brilhou na seleção dos temas, todos apresentados em formato de perguntas, como já se tornou tradição nos congressos realizados pelo Instituto.

A mim, coube responder se existe um dever de renegociar. A pergunta, que foi objeto da minha tese de titularidade sobre equilíbrio contratual, não é simples e exige uma revisão aprofundada de importantes fundamentos do direito contratual brasileiro. Compartilho, contudo, com os leitores desta coluna os pontos centrais enfrentados em minha palestra, de forma sintética e em linguagem oral:

1. Vivemos um momento de *supercontratualização*. O modelo contratual estende-se, hoje, a relações antes governadas por outras espécies de estruturas jurídicas e sociais. Assim, (a) o contrato adentra, por exemplo, o Direito das Sucessões, por meio de diferentes técnicas do chamado planejamento sucessório; (b) invade o Direito de Família, por meio dos acordos de convivência e pactos de união estável; (c) prolifera-se no Direito Administrativo, por meio da gradativa migração de técnicas de império (desapropriação etc.) para instrumentos consensuais (v.g., convênios e termos de cooperação), na esteira de algo que Maria João Estorninho denominou, há muitos anos, de “*fuga para o direito privado*”; (d) o contrato invade também o Direito Processual e o exercício da jurisdição, por meio das cláusulas compromissórias e compromissos arbitrais e no próprio processo civil estatal pela novel figura dos negócios jurídicos processuais; e imiscui-se até mesmo (e) no Direito Penal e no Direito Processual Penal, por meio da celebração de acordos de leniência e de acordos de colaboração premiada, tantos deles nascidos aqui mesmo nesta cidade.

1. Essa *supercontratualização* tem muitos efeitos, mas um dos efeitos que nos interessa muitíssimo é a alteração no tempo das contratações. De um lado, o tempo para fechar contratos, para celebrar contratos é cada vez mais curto, temos cada vez menos tempo para formalizar nosso acordo de vontades. De outro lado, temos cada vez menos certeza do futuro, temos cada vez menos segurança com relação ao cenário econômico e existencial do porvir. Nessa combinação caótica entre a correria da vida e a incerteza do amanhã, temos duas possibilidades: (a) ou celebramos contratos curtíssimos, que durem o mínimo, que não nos exponham a risco, uma espécie de *contrato-twitter*, de brevíssima

extensão, e vamos pulando de “contratinho” em “contratinho” com um custo de transação imenso; ou (b) celebramos contratos com outra lógica, “*contratos abertos*”, contratos que funcionem como mera baliza para uma relação contratual que será adaptada, no curso da sua evolução, ao cenário em que se insere. Não se trata exatamente de “*contratos incompletos*”, notem, porque não se destinam a se completar, não lhes falta uma parte. São completos no seu escopo que é um escopo diverso. Como advertiu Gustavo Tepedino na sua conferência de abertura deste congresso: não se trata de revisar as categorias tradicionais, mas de acolher uma racionalidade nova.

1. Hoje, o que estamos fazendo é justamente isso: estamos tentando aplicar categorias do passado a relações contratuais construídas com base em uma lógica nova. Vejamos o caso do desequilíbrio contratual superveniente. Como lidamos com o desequilíbrio contratual superveniente à formação do contrato? Nós dizemos assim: é preciso que haja um fato imprevisível e extraordinário que cause a onerosidade excessiva, nos termos dos artigos 478 e 317 do Código Civil. Sem isso, não há nem direito à resolução do contrato, nem direito à sua revisão. E o que faz nossa jurisprudência? Fica debatendo se os fatos causadores da excessiva onerosidade são ou não fatos imprevisíveis e extraordinários. Por exemplo, temos milhares de processos judiciais no Brasil discutindo se a crise de 2008 é ou não um fato imprevisível e extraordinário para fins de resolução ou revisão de contratos desequilibrados.

1. Essa é uma discussão absolutamente artificial. Entre o desequilíbrio de um contrato específico e o fato geral da crise econômica de 2008, coloca-se uma série de causas sucessivas, como a escassez do crédito, a escassez do produto ou a elevação do preço de um ou mais dos componentes necessários à fabricação do bem que é objeto do contrato, e assim por diante. Quando nossos tribunais, e, antes disso, nossas petições elegem um acontecimento abstrato que julgamos imprevisível e extraordinário, como a “crise econômica de 2008”, em verdade, estamos fazendo uma escolha absolutamente arbitrária. A eleição dessa causa não respeita qualquer parâmetro jurídico: não é causa *direta e imediata*, não é causa *eficiente*, não é causa *adequada*, é uma escolha puramente narrativa.

1. Esse arbítrio fica ainda mais claro quando se percebe que o resultado do juízo de imprevisibilidade poderia ser inteiramente diverso conforme se detalhe mais ou menos o mesmo acontecimento. Por exemplo, o assassinato de uma pessoa é, infelizmente, um acontecimento ordinário; mas o assassinato de uma pessoa que ocupa a Presidência dos Estados Unidos da América é acontecimento extraordinário, porque só quatro mandatários norte-americanos foram assassinados no exercício do cargo em mais de 240 anos de história – ou é, ao contrário, um acontecimento ordinário se, por exemplo, a história norte-americana for comparada à história presidencial do Brasil, país que nunca teve um presidente eleito assassinado no exercício do cargo.

1. O problema não está, notem, só na aplicação arbitrária, está na própria ideia de imprevisibilidade. A teoria da imprevisão, desde sua concepção original no direito administrativo francês, tem como premissa necessária a ideia de que o contratante deu o tratamento que quis a todos os fatos que eram previsíveis no momento da celebração do contrato. Se não contemplou o acontecimento futuro e previsível de nenhuma maneira é porque não quis lhe reservar nenhum efeito no contrato, assumindo para si ou transferindo integralmente ao outro contratante o risco da sua ocorrência. Ora, será que, nos tempos atuais, em que a celebração do contrato é feita de forma cada vez mais dinâmica, nós, como contratantes, vamos parar para refletir sobre todos os acontecimentos futuros previsíveis, a fim de distribuir o risco deles entre as partes do contrato? É evidente que não, pois isso é faticamente impossível. É verdadeira *ficção científica*.

1. Mas, como nós juristas continuamos a professar esse entendimento, os contratantes não se sentem impelidos a adotar nenhuma atitude proativa. No fim do dia, quem terá ou deixará de ter razão não é quem adotou uma certa conduta a partir do desequilíbrio contratual. Ter ou não ter razão dependerá de uma discussão puramente abstrata (e arbitrária como vimos) sobre se o fato era ou não imprevisível, era ou não extraordinário. Nós que falamos tanto em boa-fé, ignoramos completamente o comportamento adotado pelas partes diante do estado de desequilíbrio do contrato e emergimos numa discussão bizantina sobre a atividade premonitória dos contratantes no momento da formação do contrato.

1. Com isso, o que acontece na prática no Brasil é essencialmente o seguinte: quem sofre o desequilíbrio, nada diz, simplesmente aguarda que o outro contratante o constitua em mora para só então, em sede de defesa, alegar o desequilíbrio contratual. E, quando isso não acontece, quando há

uma tentativa por parte do contratante excessivamente onerado de renegociar o contrato, o contratante beneficiado é que silencia, recebendo as notificações sem responder, agindo como se não fosse com ele. Nós estimulamos por meio do direito civil uma postura passiva, inerte, que agrava os prejuízos decorrentes do desequilíbrio do contrato e, não raro, compromete de forma definitiva uma relação contratual que seria recuperável se as partes tivesse agido com mais prontidão e de boa-fé.

1. Na solução dos conflitos contratuais em geral, temos que passar a olhar para frente, e não mais para trás. A ideia de que o instrumento contratual firmado lá na largada da relação contratual é um documento milagroso que irá oferecer resposta a todos os impactos de eventos futuros sobre a relação contratual é uma ideia falsa. Temos que substituir o método *backward-looking* pelo método *forward-looking* no direito dos contratos. E para isso é imprescindível o reconhecimento de um dever de renegociar, entendido não como o dever de revisar o contrato extrajudicialmente ou de aceitar as condições sugeridas pelo contratante que sofre o desequilíbrio, mas sim como um *dever de ingressar em renegociação*, com base na boa-fé objetiva.

10. O dever de renegociar não é, como se vê, o dever de obter um certo resultado, mas sim um *dever de comportamento*. Desdobra-se em dois aspectos fundamentais: (a) para quem sofre o desequilíbrio, o dever de renegociar impõe informar prontamente o desequilíbrio contratual ao outro contratante, formulando um pleito de revisão do contrato; (b) para quem se beneficia do desequilíbrio, o dever de renegociar impõe analisar, com seriedade, o pleito eventualmente apresentado pelo outro contratante e respondê-lo, ainda que para negá-lo – o que, ao menos, indicará ao contratante que sofre a excessiva onerosidade qual o caminho a adotar.

11. Alguns bons exemplos de legislação ao redor do mundo já reconhecem esse dever de renegociar. Cito, para os que quiserem se aprofundar, o artigo 6.2.3 (1) dos *Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, seguindo o qual “em caso de *hardship*, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia.” Em sentido semelhante, os *Princípios de Direito Contratual Europeu* prevêm, em seu artigo 6:111, que, “se o cumprimento do contrato se tornar excessivamente oneroso devido a uma alteração das circunstâncias, as partes estão obrigadas a entrar em negociações, a fim de adaptar o contrato ou extingui-lo.” O Código Civil da República Tcheca, de 2012, §§ 1.764 a 1.766 asseguram a qualquer dos contratantes o direito de pleitear a renegociação do contrato e atribuem à contraparte o dever de responder ao pedido de renegociação. Além disso, o Código Civil tcheco condiciona a admissibilidade do pleito de revisão judicial do contrato à demonstração de que o direito à renegociação foi exercido em “prazo razoável”, chegando a afirmar que tal prazo será de dois meses, salvo prova de que outro prazo decorre das circunstâncias do caso concreto. O Código Civil da Romênia, de 2011, impõe um dever de renegociação às partes em virtude de um desequilíbrio contratual superveniente. Em dispositivo nitidamente inspirado no *Draft Common Frame of Reference*, o artigo 1.271 da codificação romena determina que a revisão judicial do contrato ou sua resolução somente poderão ser pleiteados se o devedor “tenha tentado, dentro de um prazo razoável e de boa fé, negociar a adaptação razoável e equitativa do contrato”.

12. Em todos esses lugares, e também em outros que o esgotamento do tempo me impede de citar, já se reconhece que a violação a esse dever de renegociar gera direito à indenização por danos sofridos pelo contratante em decorrência quer da demora irrazoável em comunicar o desequilíbrio posteriormente pleiteado, quer em decorrência da demora ou inércia do contratante beneficiado pelo desequilíbrio em tentar efetivamente buscar, de comum acordo, uma solução negociada para o problema da excessiva onerosidade da contraparte. No Brasil, estamos ainda lá atrás nessa matéria. Precisamos vencer resistências e avançar. Aqui, vale o verso, que tanto aprecio, de Paulo Lemisky: “Haja hoje para tanto ontem.”

Veja também:

- [Propriedade: o terrível Direito](#)
- [Direito Adquirido em Tempo de Reformas](#)
- [Sucessão do Companheiro no STF](#)

Conheça as obras do autor ([Clique aqui!](#))



[ArtigosCivil](#)

Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar



[Anderson Schreiber](#)

é Doutor em Direito Privado Comparado. Mestre em Direito Civil. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Professor. Autor.

[Conheça as obras do autor](#)

1
Comentários

0
likes

por [Anderson Schreiber](#)

13.mar.2018



Há quase dez anos publiquei nesta mesma Carta Forense um artigo sobre a revisão judicial dos contratos. Aquele texto tinha um caráter predominantemente informativo, mostrando algumas controvérsias suscitadas pela disciplina da revisão contratual trazida pelo Código Civil de 2002. Passada quase uma década, voltei ao tema na minha tese de titularidade, lançada ao público neste mês de dezembro sob o título Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar. No livro, revisito os fundamentos do direito contratual brasileiro, examinando em perspectiva crítica os chamados princípios contratuais. Analiso, em seguida, os pressupostos e as consequências do desequilíbrio contratual no direito brasileiro, em comparação com outros sistemas jurídicos, oferecendo algumas propostas interpretativas que acredito possam contribuir para uma aplicação mais efetiva dos institutos da lesão e do estado de perigo, bem como da resolução contratual e da revisão judicial do contrato por onerosidade excessiva superveniente. Proponho, por fim, o reconhecimento entre nós de um dever de renegociar contratos em desequilíbrio, delineando seus contornos e indicando as consequências da sua violação.

É uma tese ambiciosa, como toda tese de titularidade deve ser. Se alcancei, no todo ou em parte, meus objetivos não sou eu quem dirá, mas o leitor que me dê a honra da sua leitura. O que acho importante destacar neste espaço é a importância do equilíbrio contratual na reconstrução do direito dos contratos na ordem jurídica brasileira. Há, atualmente, enorme confusão em torno do equilíbrio contratual, que começa já pela sua nomenclatura. Alude-se, nesse sentido, a *princípio do equilíbrio das prestações*, *princípio da equivalência material dos contratos*, *princípio do equilíbrio econômico do contrato*, *princípio do equilíbrio econômico-financeiro*, *princípio da igualdade material contratual*, *princípio da justiça contratual*, entre outras designações. Todavia, a esse grande mosaico terminológico corresponde uma produção doutrinária e uma aplicação jurisprudencial absolutamente tímidas, quando se observa o tema sob a ótica de um autêntico *princípio*.

Com efeito, a menção dos tribunais a um princípio do equilíbrio contratual (ou nomes assemelhados) parece limitada a exercer uma função decorativa nos julgados, sendo empregada quase sempre para “introduzir” a aplicação dos institutos específicos da *lesão*, do *estado de perigo* e da *resolução ou revisão por onerosidade excessiva*, institutos que são expressamente disciplinados pelo Código Civil (arts. 156, 157, 317 e 478 a 480) e que, ainda que tragam não poucos desafios ao intérprete, dispensariam, a rigor, uma fundamentação principiológica no âmbito interno da própria codificação civil. Em uma pesquisa jurisprudencial ampla, não será possível encontrar em nossos tribunais uma decisão sequer em que o princípio do equilíbrio contratual tenha desempenhado alguma papel útil, que não aquele de simplesmente “confirmar” a aplicação de normas mais específicas já estabelecidas pelo legislador. Na doutrina, a situação é semelhante: com raras exceções,

os autores festejam o princípio do equilíbrio contratual, mas passam, logo em seguida, a tratar do funcionamento dos institutos específicos (lesão, estado de perigo etc.). O princípio fica, então, “esquecido”, não se lhe atribuindo qualquer utilidade autônoma, como se servisse unicamente como uma espécie de apresentação de temas mais específicos, de aplicação pontual.

Tal cenário explica-se, em larga medida, pelo teor do Código Civil de 2002: ao contrário do que fez com a função social do contrato e com a boa-fé objetiva, noções enunciadas de modo aberto já na inauguração do capítulo dedicado aos contratos em geral (arts. 421 e 422), a codificação civil não aludiu nominalmente ao equilíbrio contratual, ao equilíbrio das prestações ou a qualquer outra expressão semelhante. Tal princípio tem origem na doutrina, ora por dedução dos princípios constitucionais, ora por indução das normas regulamentares (regras) constantes da legislação, em particular daquelas que tratam, na parte geral do Código Civil, da lesão e do estado de perigo (arts. 156 e 157), e daquelas que contemplam, no livro dedicado ao Direito das Obrigações, a resolução e a revisão contratual por onerosidade excessiva (arts. 317 e 478 a 480).

Nesses seis dispositivos legais, o Código Civil brasileiro reprimiu, em alguma medida, o desequilíbrio exagerado do contrato, fornecendo bases normativas específicas para que a doutrina civilista identificasse uma orientação geral da codificação em prol de relações contratuais equilibradas ou, ao menos, não exageradamente desequilibradas. É nessa acepção que os autores brasileiros aludem normalmente a um “princípio” do equilíbrio contratual – não um princípio que o Código Civil de 2002 tenha estampado às claras, como fez com a função social do contrato e a boa-fé objetiva, mas sim um princípio “implícito” extraído do conjunto de dispositivos específicos que reprimem o desequilíbrio originário ou superveniente das prestações. Vê-se que, ao contrário do que ocorre com a boa-fé objetiva e a função social do contrato, o termo *princípio* é usualmente atribuído pela nossa doutrina ao equilíbrio contratual à moda dos tradicionais *princípios gerais de direito*, vistos como fonte de integração de lacunas, e não como diretriz autônoma a incidir mesmo na ausência de uma omissão normativa. Talvez por essa razão, o princípio do equilíbrio contratual acabe surgindo no âmbito civil de modo muito contido, sempre circunscrito aos estreitos limites dessas seis normas regulamentares.

Tal diferença de tratamento normativo entre os três novos princípios contratuais pode ser explicada por razões históricas e ideológicas: a boa-fé objetiva nasce, em certa medida, como uma “concessão” interna ao liberalismo jurídico e econômico, voltada à preservação substancial dos negócios no ambiente comercial; também a função social do contrato, embora destinada à concretização de interesses socialmente relevantes diversos dos interesses individuais dos contratantes, exprime, em sua roupagem jurídica contemporânea, uma espécie de “fórmula intermediária” – noutro contexto já criticada como fruto de “profunda hipocrisia”, como dizia Orlando Gomes – que legitima a liberdade de contratar por meio do reconhecimento de sua utilidade social (supraindividual). Por outro lado, um princípio do equilíbrio contratual, em “estado puro”, poderia ser visto como uma oposição mais frontal ao pensamento liberal, na medida em que não incidiria sobre os comportamentos adotados pelas partes no cumprimento do contrato, nem diria respeito a repercussões externas da avença, mas atuaria sobre o próprio objeto do contrato.

Uma efetiva concretização dos valores constitucionais no campo do Direito dos Contratos depende, contudo, dessa intervenção sobre o objeto contratual. O reconhecimento do equilíbrio contratual como princípio em sentido genuíno pode ser a mola propulsora de uma real transformação do nosso Direito dos Contratos, que não se limite a um papel puramente formal, mas que efetivamente contribua para o estabelecimento de relações contratuais equilibradas e para a preservação deste equilíbrio em todas as fases do itinerário contratual.

Veja também:

- [Dever de renegociar](#)
- [Propriedade: o terrível Direito](#)
- [Direito Adquirido em Tempo de Reformas](#)

Conheça as obras do autor ([Clique aqui!](#))

Construindo um dever de renegociar no Direito brasileiro*

Anderson Schreiber¹

Resumo

O presente artigo examina o tema do dever de renegociar o contrato, investigando sua aplicabilidade, seu fundamento jurídico e as consequências do seu reconhecimento em um cenário de desequilíbrio contratual no direito brasileiro contemporâneo. Atentase, assim, para a relevância da dimensão comportamental dos contratantes no cenário de desequilíbrio, destacando-se a ausência de regulação do tema pelo legislador brasileiro. Em seguida, analisa-se a experiência jurídica estrangeira, para, finalmente, traçar os contornos do dever de renegociar no ordenamento brasileiro.

Palavras-chave: Dever de renegociar; equilíbrio contratual; boa-fé objetiva.

Abstract

This article examines the issue of the duty to renegotiate the contract, investigating its applicability, its legal basis and the consequences of its recognition in a scenario of contractual unbalance in contemporary Brazilian law. The behavior of the contracting parties in the context of contractual unbalance is analyzed, highlighting the absence of regulation of the subject by the Brazilian legislator. Thereafter, the foreign legal experience is examined to formulate the features of the duty to renegotiate in the Brazilian legal system.

Keywords: Duty to renegotiate; contractual balance; objective good faith.

A economia do desequilíbrio

Em uma economia cada vez mais dinâmica, torna-se patente a importância de que o direito desenvolva remédios aptos a lidar com o problema do desequilíbrio contratual. Também parece evidente, diante da utilidade social dos negócios legitimamente celebrados e da necessidade de evitar custos transacionais que onerem as partes, que tais remédios privilegiem o reequilíbrio do contrato

* Para um aprofundamento do tema, seja consentido remeter a SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*. São Paulo: Saraiva, 2018

¹ Professor Titular de Direito Civil da UERJ. Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (Mestrado e Doutorado) da UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Doutor em Direito Privado Comparado pela Università degli studi del Molise (Itália). Mestre em Direito Civil pela UERJ. Pesquisador Visitante do Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Alemanha). Membro da Academia Internacional de Direito Comparado. Membro do Comitê Brasileiro da Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française. Sócio do escritório de advocacia Schreiber, Domingues, Cintra Lins e Silva Advogados.

e a conservação da relação contratual, rompendo o dogma da preferência pelas soluções que conduzem à extinção do vínculo entre as partes (anulação/resolução).

O Código Civil brasileiro, embora tratando da extinção como regra (especialmente nos arts. 156, 157 e 478), permitiu, em diferentes passagens, o afastamento dos remédios terminativos mediante “oferta” de reequilíbrio por parte do contratante favorecido, quer se trate de desequilíbrio originário (art. 157, §2º),² quer se trate de desequilíbrio superveniente (art. 479).³

A referida abordagem legislativa – que encontra paralelo em algumas codificações estrangeiras, como o Código Civil italiano (art. 1467, *in fine*) – tem a virtude de abrir caminho para aquela que seria, para muitos, a solução “mais simples” para o problema do desequilíbrio, na medida em que as próprias partes, por exercício da sua autonomia, estariam contornando-o, de comum acordo, mediante uma revisão convencional do contrato ou, mais precisamente, um reequilíbrio contratual espontâneo.⁴ A ineficiência (e, de certo modo, a contradição valorativa) desse modelo revela-se, contudo, no fato de que acaba por restringir o acesso à via do reequilíbrio contratual, ao condicioná-lo à vontade *exclusiva* de um dos contratantes, restando ao outro o ônus de pleitear a anulação ou resolução do contrato e “torcer” pela oferta da contraparte.⁵ Em suma, na literalidade do Código Civil brasileiro, há uma valorização do reequilíbrio contratual *ma non troppo*: sua obtenção é sempre indireta, dependente que fica da iniciativa do contratante favorecido pelo desequilíbrio.⁶

Daí todo o esforço interpretativo que tem sido conduzido por nossa doutrina e jurisprudência no sentido de admitir o pleito *direto* de revisão judicial

² “Art. 157. [...] §2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito”.

³ “Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”.

⁴ GALLO, Paolo. *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*. Milão: Giuffrè, 1992. p. 364.

⁵ Tal modelo reflete aquele que havia sido adotado pelo legislador italiano de 1942, e já foi considerado “assai strano” e “perfino illogico” em sua terra natal: “É bene mettere subito in evidenza che il nostro sistema avverte chiaramente l’esigenza di un riequilibrio contrattuale, ma la soddisfa in modo assai incompleto e perfino illogico. Risulta infatti assai strano che, in via di principio, il mutamento delle circostanze può condurre, nei contratti corrispettivi, soltanto all’esecuzione del contratto alle condizioni programmate, oppure alla sua risoluzione, essendo riservata la ‘rinegoziazione’ o l’adeguamento del regolamento contrattuale all’iniziativa di una sola delle parti ed, in particolare, all’iniziativa del beneficiario della sopravvenienza” (TERRANOVA, Carlo G. L’eccessiva onerosità nei contratti – artt. 1467-1469. In: SCHLESINGER, Piero (Org.). *Il Codice Civile Commentario*. Milão: Giuffrè, 1995. p. 239).

⁶ Trata-se de um direito potestativo, a exemplo do que ocorre no Código Civil italiano, em que a doutrina destaca: “La riduzione ad equità è un diritto potestativo del convenuto in risoluzione, che questi esercita – nel proprio interesse – quando valuta che l’utilità di conservare il contratto valga più del sovrapprezzo che deve sborsare per ridurlo ad equità” (RICCIO, Angelo. Eccessiva onerosità – Arts. 1467-1469. In: GALGANO, Francesco (Cur.). *Commentario del codice civile*. Bolonha: Zanichelli, 2010. Livro IV. p. 241).

do contrato por parte do contratante prejudicado.⁷ Tal abordagem permite superar a insuficiência da disciplina geral traçada no nosso Código Civil e também harmonizá-la quer com as disposições específicas da própria codificação (arts. 620, 770 etc), quer com as leis especiais, como o Código de Defesa do Consumidor, a Lei do Inquilinato e a Lei de Licitações, que já asseguram, cada qual à sua maneira e em seus próprios limites, o acesso do contratante prejudicado à revisão judicial do contrato. Ainda assim, não é possível ignorar aqui uma dificuldade que a via da revisão judicial do contrato, se não agrava, tampouco contorna: a necessidade de recurso ao Poder Judiciário.

Não se trata apenas de lamentar os custos envolvidos, as formalidades inerentes e o tempo exigido pela solução judicial – ônus que se verificam, de resto, também nas demandas voltadas à anulação ou resolução do contrato –, mas de destacar a particular desarmonia entre o caminho da judicialização e a ideia de reequilíbrio contratual. A propositura de uma demanda judicial, por si só, é usualmente percebida por ambas as partes como um fato perturbador da sua relação contratual e produz, não raro, um acentuado efeito de desestímulo à obtenção do consenso, na medida em que, por sua própria estrutura e por uma certa cultura beligerante do contencioso, o processo costuma acirrar divergências entre as partes.⁸

⁷ Ver, nesse sentido e em caráter pioneiro, CARDOSO, Vladimir Mucury. *Revisão contratual e lesão, revisão contratual e lesão à luz do Código Civil de 2002 e da Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008 p. 408-409: “É necessário, pois, ampliar a norma legal por meio da interpretação, para se autorizar ao juiz realizar a justiça no caso concreto, modificando equitativamente o contrato, com vista a privilegiar o equilíbrio entre as prestações e a satisfação dos legítimos interesses das partes”.

⁸ Nesse sentido, COOLEY, John W. *A advocacia na mediação*. Tradução de René Loncan. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 30: “As partes muitas vezes acham que o processo de julgamento por tribunal perturba significativamente suas vidas pessoais durante longos períodos de tempo e em última análise produz um resultado que as deixa ainda mais polarizadas do que estavam quando do início do processo”. Na mesma direção, WILLIAMS, Gerald R. *Negotiation as healing process*. *Journal of Disput Resolution*, p. 39-40, 1996, destacando que, mesmo em casos em que se logra obter transações em juízo, recomendadas por seus próprios advogados, as partes, por vezes, não superam o estado de divergência: “Once parties are in conflict, there are essentially only two ways out: negotiation or adjudication. Both are ritual processes. Both are intended to end the conflict and permit the parties to get on with their lives. Nevertheless, except for the relatively few cases which require a trial verdict, the most desirable outcome is for both to have a change of heart, to arrive not only at unacceptable compromise, but to also experience a genuine reconciliation. The fundamental principle is this: if both sides do not experience a change of heart, then one or both of them will continue to carry everything that was left unresolved into the indefinite future with little prospect for resolving it short of another conflict. This conclusion is supported by research showing that in many situations, conflicts are not resolved, but continue in an endless cycle until one party or the other is able to ‘exit’, that is, to escape the situation by moving far enough away that the disputants no longer see each other. However, it should be noted that this exit does not really ‘resolve’ the conflict because nothing has really changed in either of the parties. The best prediction is that both parties will soon find themselves in similar conflicts wherever they may end up. More troublesome still, there is research suggesting that even when plaintiffs have retained lawyers and obtained a mutually agreeable settlement (but not a genuine settlement

Há, ainda, que se recordar a resistência à interferência do juiz no objeto do contrato. Mesmo que a intervenção judicial nos contratos na experiência jurisprudencial brasileira afigure-se comedida e criteriosa – com alterações que se limitam, no mais das vezes, a modificar índices de reajuste de preços ou estender prazos de cumprimento, sem revelar ingerência sobre aspectos essenciais do negócio que pudessem comprometer sua utilidade para as partes –, é compreensível que as partes sejam acometidas de certa insegurança quanto ao resultado da sua demanda,⁹ quer pela inevitável falta de *expertise* do magistrado acerca não apenas da atividade econômica que é objeto da contratação, mas também do “mundo dos negócios” em geral, quer pela ampla discricionariedade que a ação de revisão contratual concede ao julgador, que pode, em teoria, modificar qualquer aspecto da relação contratual, a fim de obter o reequilíbrio pretendido.¹⁰

or change of heart), they will continue to suffer from emotional and physical traumas growing out of the original problem”.

⁹ “An adjustment of the contract may be achieved by different methods. It can be qualified as an operation of law, which the courts are called upon to carry out (e.g., the Netherlands, Spain, Sweden). An alternative mechanism is to entitle the burdened party to request adjustment, which is then enforced by the courts (e.g., Germany, Italy). Another option is to combine termination of the contract with a claim of compensation for the party who would have benefited from the contract (e.g., England under the Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943). All the methods of adjustment have in common that they leave wide discretion to the courts in determining a fair allocation of risks related to the unexpected circumstances in accordance with the principle of equity. Therefore, the price of an equitable allocation of the risks is that courts strongly interfere with the parties’ contractual dispositions. Consequently, the parties have little certainty with regards to the outcome of a lawsuit” (HONDIUS, Ewoud; GRIGOLEIT, Hans Christoph (Coords.). *Unexpected circumstances in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011. p. 9).

¹⁰ Em perspectiva internacional, destaca Christoph Brunner, ao tratar da revisão do contrato por cortes estatais e arbitrais: “The court may adjust the contract in a variety of ways. It may: increase or reduce the price or the extent of a performance obligation of a party (e.g., the contract quantity); and/or adjust a particular means or method of performance, e.g., extend the period for performance or due date, change the place of performance or allow for partial performances, or extend or shorten the duration of a contract; and/or order a compensatory payment or monetary adjustment appropriate or adequately allow for the hardship event in view of any other adjustments of the contract” (BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles – Exemption for Non-Performance in International Arbitration*. Austin: Wolters Kluwer, 2009. p. 501). Na Itália, registra, em semelhante direção, ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988. p. 175: “Mas que significa, em concreto, a determinação ‘equitativa’ do regulamento, contemplada pelo art. 1374.º cód. civ.? Parece consistir em o juiz, chamado a definir as situações complexas de direitos e deveres que, para as partes, derivam do regulamento contratual, estar legitimado a atribuir, para esse fim, relevância a todas as *circunstâncias* – externas ao mesmo regulamento, porque não tomadas em consideração naquele e, como tal, não assumidas pelas partes como sua ‘vontade’ contratual – que ele, face ‘a um ponto não resolvido pelo regulamento contratual’, considerará, com a sua valoração discricionária, ‘idóneas a permitir a solução que pareça mais harmônica com a operação desenvolvida no seu conjunto’ (Rodotá): ainda que tal solução não resulte imediatamente do teor das cláusulas acordadas entre as partes”. No Brasil, ver SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. *A atuação do juiz no direito processual civil moderno*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 109: “Segundo essa nova técnica, a aplicação da lei ao caso

Não é por outra razão que, na prática negocial, tornou-se frequente que o contratante prejudicado pelo desequilíbrio tente, antes da propositura da demanda judicial, uma solução consensual com o outro contratante, com base em cláusulas contratuais prevendo a “renegociação de boa-fé” ou mesmo na ausência delas. A doutrina reconhece, por toda parte, que essa tentativa prévia de renegociação do contrato representa, ela sim, “a melhor alternativa” entre aquelas disponíveis para o problema do desequilíbrio contratual ou “o remédio mais eficiente” para lidar com a alteração superveniente do equilíbrio contratual.¹¹ Ocorre que, à falta de cláusula contratual expressa, não há nenhuma “garantia” de que o contratante favorecido responderá à tentativa de renegociação efetuada por quem sofre a excessiva onerosidade, nem o direito brasileiro se ocupa, em qualquer medida, daquilo que se passa nessa fase, mantendo um autêntico *vácuo normativo* em relação àquela que seria a solução mais ágil, eficiente e segura para o desequilíbrio do contrato.

Comportamento dos contratantes diante do desequilíbrio e o silêncio do legislador brasileiro

Examine-se, a título de exemplo, caso concreto que envolveu, de um lado, uma companhia do setor de petróleo e, de outro, uma companhia de navegação que lhe prestava serviços de apoio, no âmbito de um contrato com prazo de dez anos de vigência, renovável por igual período. Após oito anos de fiel cumprimento do contrato e ótima relação negocial, a companhia de navegação informou, por carta, à sua cliente que o contrato havia se tornado desequilibrado por uma série de acontecimentos que elevaram o custo da navegação no Brasil, entre os quais acordos coletivos de natureza trabalhista e mudanças da

concreto depende da valoração dessas expressões de significado mais abrangente, gerando, com isso, aumento no poder de atuação no juiz. Se de um lado o abandono ao sistema fechado abranda, em certa medida, a referida segurança jurídica, de outro serve como instrumento eficaz à busca dos ideais de justiça e equidade, já que permite ao juiz, com base na mesma norma, outorgar tutelas diferenciadas em atenção às peculiaridades de cada caso”.

¹¹ SEROZAN, Rona. General report on the effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 23: “Renegotiation is the most efficient remedy for the change of circumstances since it enables the parties to find a mutual resolution. Renegotiation is not an all-or-nothing remedy like the termination of contract since it provides the parties with the full discretion of reallocating the risk and regenerating the contractual balance”. No Brasil, Giovanni Ettore Nanni, tratando das cláusulas contratuais de renegociação, afirma que “a adequação consensual do contrato, fruto de exitoso emprego da cláusula de renegociação, é, sem dúvida, sempre mais eficiente e satisfatória para os contratantes. A prática demonstra que o acordo é celebrado por ambas as partes, ao passo que a decisão judicial usualmente proporciona comemoração só de uma delas. Logo, é recomendável a inclusão de uma cláusula de renegociação nos contratos de duração, o que já acontece com frequência nos negócios internacionais” (NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. *Revista do Advogado*, São Paulo, v. 116, 2012. p. 96).

legislação brasileira que permitiram a concorrência de embarcações estrangeiras em águas nacionais, resultando no aumento dos salários dos trabalhadores do setor marítimo. Argumentava a companhia de navegação que o contrato havia se tornado “excessivamente oneroso”, na medida em que, nos últimos anos, o custo da operação teria sido majorado em proporção muitas vezes maior que aquela esperada à luz da média histórica de aumento de custo do setor. Pleiteava, assim, um reajuste no valor do seu contrato. A carta nunca foi respondida. Novas cartas se seguiram, com solicitação de reuniões para debater o tema, mantendo-se o silêncio. O contrato foi cumprido por mais dois anos, tendo a companhia de navegação informado, então, à sua cliente que não desejava a renovação do prazo de vigência. Nesse momento, foi chamada para renegociar os termos do seu contrato.¹²

Não é raro, na prática brasileira, que, diante de cartas e notificações suscitando desequilíbrio contratual, a parte instada a renegociar os termos do contrato simplesmente silencie, confiando que o custo econômico e o ônus negocial da propositura de uma demanda judicial desestimularão a adoção de qualquer atitude do contratante prejudicado. Tal situação verifica-se, com ainda maior frequência, naquelas situações em que se configura a chamada “dependência econômica”, como no caso de fornecedores que atuam em mercados dominados por um pequeno número de agentes econômicos, que tais fornecedores precisam atender para manter sua viabilidade econômica, ou, ainda, dos distribuidores que atuam por anos a fio em prol do mesmo cliente de tal modo que seu fundo de comércio atrela-se indissociavelmente à oferta de produtos deste último.¹³ Nesse cenário, a inércia do contratante favorecido pelo desequilíbrio torna-se autêntico mecanismo de coerção, que confronta o contratante prejudicado com a “decisão trágica” de propor uma ação judicial – comprometendo sua relação negocial com aquele cliente e quiçá com outros clientes do seu mercado de atuação – ou manter o cumprimento de um contrato que se tornou economicamente injustificável. Por vezes, opta-se pela segunda via, com grave prejuízo para o contratante e para a economia em geral, na medida em que se mantêm preços artificiais por atividades produtivas, freando investimentos e resultando frequentemente na redução da mão de obra ou da qualidade dos serviços.¹⁴

¹² O caso concreto resultou em procedimento arbitral, de caráter sigiloso, razão pela qual se deixa de fornecer detalhes que poderiam resultar na identificação das partes ou do contrato concretamente celebrado.

¹³ Sobre o tema da dependência econômica, ver SOARES, Felipe Ramos Ribas. *O abuso da dependência econômica nos contratos de distribuição: aplicação do remédio do art. 51, §2º, do CDC e a manutenção do equilíbrio econômico do contrato*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. p. 58-90.

¹⁴ Como lembra Paolo Gallo, em perspectiva ligada à análise econômica do direito, “i costi possono infatti essere aumentati a tal punto da rendere il progetto completamente diseconomico in relazione al beneficio che ci si aspettava di trarre da esso” (GALLO, Paolo. *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*. Milão: Giuffrè, 1992. p. 417).

Registre-se, entretanto, que não é apenas o contratante favorecido pelo desequilíbrio que costuma adotar comportamentos pouco transparentes e colaborativos. Não se afigura incomum, no Brasil, que o desequilíbrio contratual seja invocado tardiamente pelo contratante alegadamente prejudicado, a título de defesa em ação judicial movida por força do seu inadimplemento, por vezes como mera estratégia para se livrar de obrigações já assumidas que se revelam, com o passar do tempo, fruto de má escolha comercial. O desequilíbrio do contrato tornou-se, de fato, um argumento recorrente daqueles que querem escapar ao efeito vinculante do contrato e à responsabilidade contratual daí decorrente.

Daí porque a maior parte da doutrina brasileira passou a elencar como requisito negativo para a incidência das normas que disciplinam o desequilíbrio contratual superveniente a mora por parte do contratante que sofre a excessiva onerosidade.¹⁵ Essa é a linha expressamente adotada pelo Código Civil português, cujo art. 438º afirma:

Artigo 438º (Mora da parte lesada). A parte lesada não goza do direito de resolução ou modificação do contrato, se estava em mora no momento em que a alteração das circunstâncias se verificou.

Entre nós, mesmo à falta de norma nesse sentido, argumenta-se que, advindo o fato superveniente após a constituição em mora do devedor, “ele arca com os efeitos da sua inadimplência, inclusive quanto à onerosidade superveniente, aplicando-se o princípio do art. 399 do Código Civil”.¹⁶ A melhor doutrina estrangeira tem destacado que, mesmo quando o desequilíbrio contratual se verifica após a constituição em mora, deve ser admitida a alegação de excessiva

¹⁵ Nesse sentido, AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 191; MARTINS-COSTA, Judith; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 310-311. v. V. t. I; SIDOU, José Maria Othon. *Resolução judicial dos contratos (cláusula rebus sic stantibus) e contratos de adesão: no direito vigente e no projeto de Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 114-115; TABET, Gabriela. Obrigações pecuniárias e revisão obrigacional. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 354; entre outros. Contra: ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A teoria da onerosidade excessiva no direito civil brasileiro: limites e possibilidades de sua aplicação. *Revista AJURIS*, v. 41, n. 134, p. 246-247, jun. 2014, que afirma: “Outro ponto de debate no que concerne aos pressupostos da teoria incide sobre a questão de saber se o devedor em mora pode pleitear a tutela da onerosidade excessiva, na medida em que o Código de 2002 não dispôs expressamente a respeito [...] Diante desta indeterminação legislativa, cumpre adotar posição flexível, no sentido de favorecer o interessado em suscitar a onerosidade excessiva, na medida em que o próprio legislador não indicou a inexistência da mora como requisito necessário para a invocação do benefício”.

¹⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil: da extinção dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 888-889. v. VI. t. II.

onerosidade, desde que a mora do contratante não tenha contribuído *causalmente* para o desequilíbrio do contrato.¹⁷ Pondera-se, nessa direção:

decerto que a parte não pode invocar em seu benefício a alteração das circunstâncias se a sua mora foi causal para que aquela relação fosse atingida por essa alteração; quando, portanto, se tivesse cumprido, a relação estaria já extinta. Pelo contrário, a parte pode prevalecer-se da alteração das circunstâncias que teria sobrevindo de qualquer modo e atuado sobre o contrato, houvesse ou não mora. De outra maneira, a exclusão do efeito da alteração das circunstâncias só por haver mora seria injusta, por ser desproporcionada. A lei estabelece sanções próprias para a mora, que não abrangem a exclusão da invocação da alteração das circunstâncias.¹⁸

Pode ocorrer, todavia, que o fato superveniente seja anterior à mora do contratante, o qual pode ter se tornado impontual justamente em virtude da excessiva onerosidade. Nessa situação, impedir a alegação de onerosidade excessiva pelo contratante em mora equivaleria a referendar o desproporcional sacrifício econômico do contrato, negando ao contratante qualquer instrumento de tutela em face da excessiva onerosidade.¹⁹ Tal circunstância não apenas vai de encontro ao princípio do equilíbrio contratual, mas também desestimula uma efetiva renegociação do contrato, funcionando como fator adicional de coerção sobre o contratante prejudicado pelo desequilíbrio.²⁰ De outro lado, o outro

¹⁷ É, de resto, o que resulta da parte final do art. 399 do Código Civil: “Art. 399. O devedor em mora responde pela impossibilidade da prestação, embora essa impossibilidade resulte de caso fortuito ou de força maior, se estes ocorrerem durante o atraso; salvo se provar isenção de culpa, ou que o dano sobreviria ainda quando a obrigação fosse oportunamente desempenhada”.

¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Alteração das Circunstâncias e Justiça Contratual no Novo Código Civil*. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 25, 2006. p. 66, o qual acrescenta os seguintes exemplos: “Imaginemos que uma empresa se obrigue à reparação de um navio, e atrase-se seis meses em relação ao prazo a que se comprometera. Já no período de mora, desencadeia-se uma guerra que atinge o país de origem das matérias-primas necessárias, o que leva estas a cotações exorbitantes. É nesses casos que a parte em falta não poderá prevalecer-se da alteração das circunstâncias. Não porém na hipótese de, no pagamento de uma dívida em prestações, haver atraso de uma delas, quando ainda faltam outras, pelo que, de todo modo, o contrato seria atingido por aquela alteração das circunstâncias”. No Brasil, em igual sentido, ver BRITO, Rodrigo Toscano de. *Equivalência material dos contratos*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 108: “Se a parte estava em mora ao tempo da alteração das circunstâncias, deve sofrer as consequências da mora, e não se ver proibida de conservar o contrato, desde que possa ser reequilibrado”.

¹⁹ Nessa direção, tem-se admitido na Grécia, por exemplo, a invocação do desequilíbrio contratual pelo contratante em mora, destacando-se, contudo, que “the change in circumstances must be the primary if not sole reason for the default” (DAVRADOS, Nikolaos A. *Financial turmoil as a change of circumstances under Greek Contract Law*. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 152).

²⁰ Fator de coerção especialmente tormentoso, na medida em que, uma vez cumprida a prestação, sua excessiva onerosidade, a não ser que ressalvada anteriormente ao cumprimento,

contratante pode nem sequer ter tido conhecimento do desequilíbrio contratual – especialmente naqueles casos que não resultam em “extrema vantagem” para si –, de tal maneira que a mora não deixa de lhe gerar prejuízos que poderiam ter sido evitados e que exigirão ressarcimento. Para solucionar esse dilema, há quem afirme que o contratante que sofre a excessiva onerosidade teria de propor, ainda que às pressas, ação judicial de revisão ou resolução do contrato, para, em seguida, efetuar o cumprimento da sua obrigação, restando assegurada por meio da prévia invocação do desequilíbrio contratual a discussão do tema.²¹ O cumprimento da obrigação somente deveria ocorrer, portanto, *após* a propositura da ação judicial, o que impõe custos adicionais a ambas as partes e dificulta, ainda mais, a obtenção de uma solução consensual. Daí porque normativas estrangeiras têm, como se verá adiante, imputado ao contratante que sofre a excessiva onerosidade o dever de informar prontamente à contraparte, “sem atrasos indevidos”, a ocorrência do desequilíbrio contratual, atribuindo a essa comunicação extrajudicial o efeito de preservar a discussão em torno do tema mesmo após o cumprimento da obrigação.²²

Tem-se aí apenas um exemplo de como normas comportamentais, relativas à atitude a ser adotada pelos contratantes diante do desequilíbrio contratual, estimulam uma conduta mais transparente e colaborativa entre as partes, auxiliando a busca de uma solução consensuada que evita as dificuldades inerentes à via judicial. É de se lamentar que a nossa codificação civil, promulgada em 2002, tenha deixado de atentar para esse importante aspecto, não trazendo qualquer palavra sobre a renegociação de contratos desequilibrados. Trata-se, porém, de reflexo inevitável do seu silêncio sobre a negociação que antecede a formação dos

não poderia mais ser discutida ao menos em sede de invocação do desequilíbrio contratual; restaria ao contratante prejudicado unicamente a via restitutória, fundada na vedação ao enriquecimento sem causa (MARTINS-COSTA, Judith. A revisão dos contratos no Código Civil brasileiro. *Diritto Romano Comune*, Roma, n. 16, 2003. p. 166, entre outros).

²¹ D'ARRIGO, Cosimo. Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine. In: TOMMASINI, Raffaele (Cur.). *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*. Turim: G. Giappichelli, 2003. p. 556, destaca que isso se deve ao fato de que “se la parte onerata porta a termine l'impegno contrattuale nonostante l'aumento dei costi e senza aver richiesto la rinegoziazione, il suo interesse ad essere tenuta indenne dei maggiori oneri si scontra con l'esigenza della controparte di non sostenere costi per beni o servizi non desiderati, perlomeno a quel prezzo”. A propositura da ação judicial, contudo, pode não assegurar uma genuína discussão do tema, uma vez que é comum, entre nós e em outros países, que os tribunais entendam que “the performance of the obligation already demonstrates that there is not hardship” (BAYSAL, Başal. The adaptation of the contract in Turkish Law. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 323).

²² Era já a opinião de Vaz Serra ao tratar do tema da alteração das circunstâncias no direito português: “Se a boa fé obrigar o contraente que pretende a resolução ou modificação do contrato a avisar disso, com antecedência, o outro contraente, a resolução ou modificação não se aplica à prestação ou prestações, de cuja cessação ou modificação o contraente devia ser avisado, e não o foi” (SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. *Resolução ou modificação dos contratos por alteração das circunstâncias*. Lisboa: [s.n.], 1957. p. 94).

contratos. Com efeito, em injustificado anacronismo, nosso Código Civil optou por reproduzir, em tema de formação do vínculo contratual, o sistema binário que constava da codificação civil de 1916, em que o contrato resulta do encontro de uma proposta pronta e acabada (contendo todos os elementos essenciais do contrato) com uma aceitação, sendo qualquer alteração na proposta entendida como nova proposta, em uma sucessiva troca de atos unilaterais contendo a visão isolada de cada uma das partes, quando, na realidade atual, especialmente em relações empresariais, o contrato resulta não de uma sucessão de atos unilaterais de proposta e aceitação, mas sim de uma negociação continuada em que a delimitação dos elementos essenciais do contrato é atingida por um consenso tão complexo e multifacetado, com influência de tantos fatores e personagens, que se revela praticamente impossível a delimitação de uma proposta e uma aceitação, sendo o contrato redigido frequentemente “à muitas mãos”. O sistema dicotômico e puramente estrutural do Código Civil soa tão artificial quanto ultrapassado, ignorando por completo uma fase de contato social que assume cada vez mais importância nas relações contratuais contemporâneas: a fase da negociação.²³ E, calando sobre a negociação dos contratos, cala também a codificação, por consequência, sobre a renegociação dos contratos, omissões imperdoáveis quando se tem em vista um corpo de normas publicado em 2002, ano em que as tratativas contratuais de elevada complexidade já não eram novidade alguma na realidade brasileira.

Se o silêncio do Código Civil de 2002 pode ser atribuído, em alguma medida, à falta de atualidade do projeto que lhe deu origem, o mesmo não se pode dizer da nossa legislação de direito empresarial, cuja falta de atenção à renegociação dos contratos exprime, a bem da verdade, uma fidelidade excessiva ao *pacta sunt servanda*.²⁴ Há enorme resistência, no campo da doutrina empresarial brasileira, às importantes transformações pelas quais passou o direito contratual contemporâneo. Por exemplo, os novos princípios contratuais – que o Código Civil, mesmo com todas as suas deficiências, não deixou de mencionar, ainda que apenas pontualmente – parecem ter tido pouca influência na produção doutrinária daqueles que se dedicam ao estudo desse ramo jurídico. Boa-fé objetiva, função social do contrato, equilíbrio das prestações ainda são expressões raras no vocabulário dos autores mais influentes do direito da empresa brasileiro. Basta recordar que tramita no Congresso Nacional um projeto de Código Comercial cujo texto afirma expressamente sua imunidade à influência de princípios explícitos ou implícitos da ordem jurídica brasileira, criando uma espécie de “mundo à parte” no sistema jurídico nacional.²⁵

²³ Sobre o tema, ver PEREIRA, Regis Fichtner. *A responsabilidade civil pré-contratual: teoria geral e responsabilidade pela ruptura das relações negociais contratuais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*.

²⁴ Crítica formulada no seguinte ensaio, ao qual se permite remeter: SCHREIBER, Anderson. Existe um dever de renegociar? *Revista da AASP*, n. 131, p. 21-30, out. 2016.

²⁵ Projeto de Lei 1.572/2011 da Câmara dos Deputados: “Art. 8º Nenhum princípio, expresso ou implícito, pode ser invocado para afastar a aplicação de qualquer disposição deste Código

Muito ao contrário, as normas de direito empresarial devem, como todas as demais, exprimir a concretização dos valores constitucionais, aí incluídas a igualdade substancial e a solidariedade, a amparar o controle de merecimento de tutela dos comportamentos adotados por empresários individuais ou sociedades empresárias, entre si ou perante terceiros. Exemplos colhidos em experiências estrangeiras e no cenário internacional reforçam esse entendimento no âmbito do tema do desequilíbrio contratual, especialmente naquele superveniente à formação do contrato.

Dimensão comportamental do desequilíbrio contratual na experiência jurídica estrangeira e internacional

Importante referência no tocante ao comportamento a ser adotado pelas partes em face do desequilíbrio contratual superveniente provém do art. 6.2.3(1) dos *Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais*, que determina:

Art. 6.2.3. [...]

(1). Em caso de *hardship*, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia.²⁶

Esse “direito de pleitear renegociações”, que opera como incentivo à solução extrajudicial do desequilíbrio,²⁷ não suspende o cumprimento do contrato, nem isenta o contratante prejudicado do dever de adimplir suas obrigações,²⁸ como esclarecem textualmente os próprios *Princípios do Unidroit*. Ao referido direito de pleitear renegociações há de corresponder, naturalmente, um dever da contraparte

ou da lei”. Para uma crítica ao mencionado Projeto de Código Comercial, ver SOARES, Felipe Ramos Ribas; MATIELI, Louise Vago; DUARTE, Luciana da Mota Gomes de Souza. Unidade do Ordenamento na Pluralidade de Fontes. In: SCHREIBER, Anderson; KONDER, Carlos Nelson (coords.). *Direito Civil Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2016, pp. 80-86.

²⁶ A *hardship* (em tradução literal, dificuldade) corresponde, *mutatis mutandis*, à excessiva onerosidade contemplada em nossa legislação, como se pode ver do art. 6.2.2 dos Princípios do Unidroit, segundo o qual: “Há *hardship* quando sobrevêm fatos que alteram fundamentalmente o equilíbrio do contrato, seja porque o custo do adimplemento da obrigação de uma parte tenha aumentado, seja porque o valor da contra-prestação haja diminuído, e (a) os fatos ocorrem ou se tornam conhecidos da parte em desvantagem após a formação do contrato; (b) os fatos não poderiam ter sido razoavelmente levados em conta pela parte em desvantagem no momento da formação do contrato; (c) os fatos estão fora da esfera de controle da parte em desvantagem; e (d) o risco pela superveniência dos fatos não foi assumido pela parte em desvantagem” (tradução de Lauro Gama Jr., disponível em: <www.unidroit.org>).

²⁷ O art. 6.2.3(3) deixa claro o caráter extrajudicial do direito de pleitear renegociação do contrato, ao afirmar: “À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal”.

²⁸ “Art. 6.2.3(2). O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução”.

a quem o pleito se dirige, mais especificamente o dever de responder à pretensão de renegociação, adotando o mesmo agir transparente e comunicativo que lhe foi reservado pelo outro contratante. Trata-se, como se vê, de uma regra de comportamento entre os contratantes, evitando-se a disparidade nas atitudes adotadas diante do desequilíbrio que prejudica sensivelmente uma das partes apenas. Referido aspecto resta claro na parte final do art. 6.2.3(1) dos *Princípios do Unidroit*, que impõe ao titular do direito de pleitear renegociações que o faça “sem atrasos indevidos” e indicando os “fundamentos” da sua pretensão.

Note-se que não tem sido raro, na prática negocial brasileira, que contratos nacionais prevejam, em caso de desequilíbrio superveniente, um mecanismo convencional de negociação como primeira via para o saneamento da excessiva onerosidade e, somente em caso de insucesso nessa tentativa inicial, remetam a questão à jurisdição arbitral ou estatal. Em tais situações, é inegável a existência de um direito a pleitear renegociação, nos termos contratualmente ajustados, e de um correspondente dever de responder ao pleito, fruto que serão da própria vontade das partes, sempre nos limites da sua disposição. O que os *Princípios do Unidroit* trazem de instigante é um direito *ex lege* de pleitear a renegociação do contrato em sede extrajudicial, independentemente de previsão contratual nesse sentido.²⁹

Outras normas de *soft law* seguem caminho semelhante. O *Draft Common Frame of Reference*, preparado pelo Grupo de Estudos para um Código Civil Europeu, liderado pelos juristas Christian von Bar, Eric Clive e Hans Schulte-Nölke, prevê em sua seção III, item 1:110, que o contrato pode ser resolvido ou revisto em juízo, desde que o devedor tenha tentado, razoavelmente e de boa-fé, alcançar “by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation”. Confira-se o teor da norma, em tradução livre:

III – 1: 110: Modificação ou extinção judicial por alteração das circunstâncias

(1). Uma obrigação deve ser cumprida mesmo que seu cumprimento tenha se tornado mais oneroso, quer por elevação do custo do cumprimento, quer por redução do valor daquilo que será recebido em contrapartida.

(2). Se, no entanto, o cumprimento de uma obrigação contratual ou de uma obrigação derivada de um ato jurídico unilateral tornar-se excessivamente onerosa por conta de uma excepcional alteração das circunstâncias que seria manifestamente injusto manter o devedor vinculado à obrigação, a corte pode: (a) modificar a obrigação, a fim de torná-la razoável e equitativa

²⁹ A postura inovadora dos *Princípios do Unidroit* explica-se, em parte, pela grande frequência de desequilíbrios supervenientes em contratos internacionais. Nesse sentido, sustenta Christoph Brunner: “This is so because the performance of transborder contracts involves additional risks, and the legal and political framework of international commercial contracts is generally less stable than that of internal contracts” (BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles – Exemption for Non-Performance in International Arbitration*. Austin: Wolters Kluwer, 2009. p. 1).

nas novas circunstâncias; ou (b) extinguir a obrigação em uma data e em condições a serem determinadas pela corte.

(3) O parágrafo (2) aplica-se somente se: (a) a alteração de circunstâncias ocorrer após o momento em que a obrigação foi assumida; (b) o devedor não tiver levado em conta naquele momento, e não poderia razoavelmente dele se esperar que tivesse levado em conta, a possibilidade ou a dimensão dessa alteração de circunstâncias; (c) o devedor não tiver assumido, e não se puder razoavelmente considerar que tivesse assumido, o risco dessa alteração de circunstâncias; e (d) o devedor tenha tentado, de forma razoável e de boa fé, alcançar por meio de negociação um ajuste razoável e equitativo da disciplina da obrigação.³⁰

Como se vê, a tentativa de renegociação do contrato é tratada pelo *Draft Common Frame of Reference* como uma espécie de requisito para a propositura do pleito de resolução ou revisão judicial do contrato por parte do *debtor* (devedor). Assim, diferentemente dos *Princípios do Unidroit* que aludem, mais genericamente, ao “direito a pleitear renegociações”, o *Draft Common Frame of Reference* contempla a tentativa prévia de renegociação como um dever do contratante prejudicado, revelando ambos os conjuntos de normas nítida preferência pela solução negocial.

³⁰ No original: “III. – 1:110: Variation or termination by court on a change of circumstances. (1) An obligation must be performed even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of what is to be received in return has diminished. (2) If, however, performance of a contractual obligation or of an obligation arising from a unilateral juridical act becomes so onerous because of an exceptional change of circumstances that it would be manifestly unjust to hold the debtor to the obligation a court may: (a) vary the obligation in order to make it reasonable and equitable in the new circumstances; or (b) terminate the obligation at a date and on terms to be determined by the court. (3) Paragraph (2) applies only if: (a) the change of circumstances occurred after the time when the obligation was incurred; (b) the debtor did not at that time take into account, and could not reasonably be expected to have taken into account, the possibility or scale of that change of circumstances; (c) the debtor did not assume, and cannot reasonably be regarded as having assumed, the risk of that change of circumstances; and (d) the debtor has attempted, reasonably and in good faith, to achieve by negotiation a reasonable and equitable adjustment of the terms regulating the obligation”. Sobre o *Draft Common Frame of Reference* em geral, ver VON BAR, Christian. The Launch of the Draft Common Frame of Reference. *Juridica International*, 14, p. 4-9, 2008. Especificamente sobre o item 1:110 da sua seção III, ver SCHWENZER, Ingeborg. Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts. *Victoria University of Wellington Law Review*, 39.4, p. 709-726, 2009. Comparando a referida disposição do *Draft Common Frame of Reference* com outras normas, ver URIBE, Rodrigo Momberg. Change of circumstances in international instruments of contract law: the approach of CISG, PICC, PECL and DCFR. *European Review of Private Law*, 15(2), p. 233-266, 2011, o qual conclui que “the rejection of renegotiation as a duty for both parties is against the general trend in European and international contract law. [...] In this sense, the law and the courts should encourage the parties, as far as possible, to find a way to settle their conflict by agreement”.

Merecem destaque, ainda no campo da *soft law*, os *Princípios de Direito Contratual Europeu*,³¹ os quais preveem, em seu art. 6:111, que, diante de uma alteração de circunstâncias que preencha certos requisitos, “as partes estão obrigadas a entrar em negociações” para adaptar o contrato ou resolvê-lo. Confira-se o teor do dispositivo, ainda em tradução livre:

Artigo 6:111: Alteração das circunstâncias [...]

(2) Se, contudo, o cumprimento do contrato se tornar excessivamente oneroso devido a uma alteração das circunstâncias, as partes estão obrigadas a entrar em negociações, a fim de adaptar o contrato ou extingui-lo, desde que: (a) a alteração das circunstâncias tenha ocorrido após o momento de celebração do contrato; (b) a possibilidade de uma alteração de circunstâncias não seja uma que pudesse razoavelmente ter sido levada em conta no momento da celebração do contrato; e (c) o risco da alteração das circunstâncias não seja um que, segundo o contrato, a parte afetada devesse ser chamada a suportar.³²

Interessante notar que os *Princípios de Direito Contratual Europeu* não mencionam “direito a pleitear renegociação”, como fazem os *Princípios do Unidroit*, nem um dever unilateral do contratante prejudicado de ingressar em renegociação como requisito para o pleito de resolução ou revisão judicial, como faz o *Draft Common Frame of Reference*, mas impõem a ambos os contratantes um dever de ingressar em renegociação. Em outras palavras, os *Princípios de Direito Contratual Europeu* não consagram um direito à renegociação por parte do contratante prejudicado, mas um dever mútuo de renegociar os contratos que padeçam de desequilíbrio superveniente.

Não é apenas no campo da *soft law* que o dever de renegociar encontra respaldo. Codificações nacionais mais recentes têm acolhido o dever de renegociar

³¹ Fruto dos trabalhos de uma comissão liderada pelo jurista dinamarquês Ole Lando – e, por isso, conhecida como *Lando Comission* – e formada por membros de todos os países integrantes da União Europeia, os *Princípios de Direito Contratual Europeu* foram publicados em 1995 (primeira parte), 1999 (segunda parte) e 2002 (terceira parte). Trata-se de um conjunto de princípios e regras de caráter não cogente, desprovido de força normativa atribuída por qualquer órgão estatal ou supraestatal. Seus autores pretendem, todavia, que sirva de “base para um futuro Código Europeu de Contratos” (LANDO, Ole; BEALE, Hugh. *Principles of European Contract Law, Parts I and II*. [s.l.]: The Commission on European Contract Law, 2000. p. XXIII).

³² No original: “Article 6:111: Change of circumstances [...] (2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: (a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract, (b) the possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and (c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear”.

contratos em caso de desequilíbrio superveniente. Emblemático, nessa direção, é o Código Civil da República Tcheca, de 2012, cujos §§1.764 a 1.766 asseguram a qualquer dos contratantes o direito de pleitear a renegociação do contrato, atribuindo à contraparte o dever de responder ao pedido de renegociação.³³ Ademais, o Código Civil tcheco condiciona a admissibilidade do pleito de revisão judicial do contrato à demonstração de que o direito à renegociação foi exercido em “prazo razoável”, chegando a afirmar que tal prazo será de dois meses, salvo prova de que outro prazo decorre das circunstâncias do caso concreto.³⁴

Também o Código Civil da Romênia, de 2011, impõe um dever de renegociação às partes em virtude de um desequilíbrio contratual superveniente. Em dispositivo nitidamente inspirado no *Draft Common Frame of Reference*, o art. 1.271 do Código Civil romeno determina que a revisão judicial do contrato ou sua resolução somente poderão ser pleiteados se o devedor “a essayé, dans un délai raisonnable et de bonne confiance, la négociation de l’adaptation raisonnable et équitable du contrat” (tenha tentado, dentro de um prazo razoável e de boa-fé, negociar a adaptação razoável e equitativa do contrato).³⁵ Também aí, portanto, o exercício do dever de renegociação opera como condição prévia para o pleito de revisão judicial ou resolução do contrato.³⁶

Na América Latina, o novo Código Civil e Comercial argentino, de 2014, embora não discipline expressamente um dever de renegociação, afirma que o contratante tem o direito de pleitear “extrajudicialmente, o pedir ante un juez,

³³ “Nevertheless if there is a significant change of circumstances, any of the parties has a right to renegotiate and the other party has to negotiate although it does not even want to. Whereas the standard process of concluding a contract or a change of a contract is based on a free will of both parties, as for hardship, the legal status of the parties is different, because each of the parties has the right to ask for a new negotiation and the other party is obliged to negotiate. However, they do not have to come to an agreement; they are just obliged to negotiate” (SELUCKÁ, Marketa. Elimination of the impacts of financial crisis on legal relationships according to Czech Private Law. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 111-112).

³⁴ Lei nº 89/2012, §1.766. Trata-se, como enfatiza a doutrina tcheca, de uma presunção relativa, podendo a corte estender o prazo em certos casos (FIALA Josef; SELUCKÁ, Marketa. The effects of financial crises on the binding force of contracts in the Czech Republic. *The Lawyer Quarterly*, 2/2014, 1, p. 110. Disponível em: <www.ilaw.cas.cz/tiq>). Ver, também, SELUCKÁ, Marketa. Elimination of the impacts of financial crisis on legal relationships according to Czech Private Law. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 112).

³⁵ Lei nº 71/2011, art. 1.271 (3) (d). DOBREV, Dumitru; ULIESCU, Marlena (Trad.). L’imprévision dans le Nouveau Code Civil roumain enfanté par la crise économique mondiale. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 245.

³⁶ “[...] the negotiation attempt being a condition prior to addressing the court” (POSTOLACHE, Rada. Unforeseeability according to the Regulations of the Romanian Civil Code – Legal Nature. *CKS – Challenges of the Knowledge Society – Private Law*, Bucareste, v. 3, 2013. p. 379).

por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación”.³⁷ A referência ao direito de pleitear “extrajudicialmente” a revisão pode ser interpretada como um direito à renegociação, com o correspondente dever da contraparte de responder à incitação à via negocial, na esteira do chamado “princípio do esforço compartilhado”, forjado nas leis emergenciais promulgadas para aplacar os efeitos da disparidade cambial entre o dólar norte-americano e o peso argentino.³⁸

Em outras experiências jurídicas, mesmo à falta de qualquer previsão normativa explícita, a jurisprudência tem acolhido um dever de renegociação, na esteira da cooperação esperada entre os contratantes em contratos de duração. No Quebec, por exemplo, tem-se destacado que o dever de renegociação pode assumir diferentes papéis na intervenção judicial sobre o contrato.³⁹

³⁷ Tradução livre: “extrajudicialmente, ou pedir perante o juiz, por ação ou como defesa, a resolução total ou parcial do contrato, ou sua adequação”. Na íntegra do original constante do *Código Civil y Comercial de la Nación*, aprovado pela Lei nº 26.994 e promulgado pelo Decreto nº 1.795/2014: “Artículo 1091. Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna excesivamente onerosa, por una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de su celebración, sobrevenida por causas ajenas a las partes y al riesgo asumido por la que es afectada, ésta tiene derecho a plantear extrajudicialmente, o pedir ante un juez, por acción o como excepción, la resolución total o parcial del contrato, o su adecuación. Igual regla se aplica al tercero a quien le han sido conferidos derechos, o asignadas obligaciones, resultantes del contrato; y al contrato aleatorio si la prestación se torna excesivamente onerosa por causas extrañas a su álea propia”.

³⁸ Era a opinião que já se vinha construindo na doutrina argentina com base nas leis especiais, como se pode ver de MIQUEL, Juan L. et al. *El principio del esfuerzo compartido como sustento de la pretensión autónoma de revisión de los contratos en moneda extranjera 'pesificados' celebrados entre particulares*. [s.l.]: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2005. Disponível em: <www.saij.jus.gov.ar>: “De lo expuesto se infiere, que la normativa de emergencia con el principio del esfuerzo compartido insta a las partes a autocomponer sus intereses, a renegociar el contrato; procurando evitar la extinción del mismo”. Entre nós, notícia RENNERT, Rafael. *Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007. p. 140: “No ordenamento jurídico argentino, a obrigatoriedade em revisar os pactos desproporcionais possui previsão legal expressa, por conta da perda de paridade cambial legalmente estipulada entre o peso argentino e o dólar norte-americano. As leis de *emergencia económica* instituíram o *principio do esforço compartilhado*, que convoca as partes a autocompor seus interesses”. Confira-se o teor do art. 11 da Lei nº 25.561, trazido à colação pelo mesmo autor: “Las partes negociarán la reestructuración de sus obligaciones recíprocas, procurando compartir de modo equitativo los efectos de la modificación de la relación de cambio que resulte de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 2º de la presente ley, durante un plazo no mayor a ciento ochenta (180) días. Acordadas las nuevas condiciones, se compensarán las diferencias que, eventualmente, existían entre los pagos dados a cuenta y los valores definitivamente acordados”.

³⁹ Como destacam Élise Charpentier e Nathalie Vézina, em tradução livre do autor: “A renegociação pode ser vista por diferentes ângulos: ela pode ser concebida como uma condição para o exercício dos direitos da parte que seja vítima da alteração das circunstâncias, significando dizer que esta última deve ter tentado renegociar antes de

Assim, no Québec, a busca pela renegociação surge não apenas como um dever cujo cumprimento deve ocorrer previamente à iniciativa judicial, mas também como uma atitude que pode ser exigida das partes ao longo do processo, por meio de incentivo do tribunal estatal ou arbitral. Em qualquer das hipóteses, conclui-se que a renegociação “figure au coeur des modalités d’intervention des tribunaux sur le fondement de l’imprévision” (“figura no coração das modalidades de intervenção dos tribunais com base na imprevisão”).⁴⁰

Na Alemanha, o *BGB*, após a reforma do direito das obrigações, atribui expressa preferência à revisão do contrato (§313).⁴¹ A jurisprudência alemã, todavia, vai além, já tendo o *V Zivilsenat* do *BGH* (*Bundesgerichtshof*) reconhecido expressamente um dever de renegociação por parte do contratante favorecido por uma perturbação na base do negócio (*Störung der Geschäftsgrundlage*). Em decisão de 30.9.2011, ao analisar caso envolvendo a permuta de imóveis entre um município e um particular, em que restou caracterizada a tentativa de renegociação por parte do primeiro e a inércia do último, o *BGH* afirmou:

proposer en juízo uma ação para adaptar ou resolver o contrato. A ausência de tentativa de renegociar de sua parte poderia, então, justificar um desfecho de inadmissibilidade da demanda submetida ao tribunal pelo respectivo lesado a fim de determinar o destino do contrato. Ela (a renegociação) pode também ser vista como um efeito da intervenção judicial, se considerarmos a possibilidade de uma intervenção judicial em duas etapas, primeiro para impor às partes o dever de renegociar, depois para decidir sobre o destino do contrato diante do fracasso da negociação” (CHARPENTIER, Élise; VÉZINA, Nathalie. *Les effets exercés par les crises financières sur la force obligatoire des contrats: certitudes et incertitudes du droit québécois en matière d’imprévision*. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 78).

⁴⁰ É a conclusão alcançada no relatório relativo ao Québec apresentado no XIX Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, em Viena, em 2014 (CHARPENTIER, Élise; VÉZINA, Nathalie. *Les effets exercés par les crises financières sur la force obligatoire des contrats: certitudes et incertitudes du droit québécois en matière d’imprévision*. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 79).

⁴¹ “§313 (Perturbação da base do negócio) (1) Se circunstâncias, tornadas base do contrato, alteraram-se profundamente depois da sua celebração, de modo que as partes não o teriam celebrado ou o teriam com outro conteúdo, se houvessem previsto essa alteração, então pode ser exigida a revisão do contrato, na medida em que for inexigível para a parte a manutenção do contrato não modificado, considerando todas as circunstâncias do caso concreto, especialmente a repartição contratual ou legal do risco. [...] (3). Se não é possível a revisão ou se ela não for exigível de uma das partes, então pode a parte prejudicada resolver o contrato. No lugar do direito de resolução dá-se o direito à denúncia, nos casos de relações duradouras” (FRUHSTOCKL, Fernanda Carvalho. *Aspectos da revisão judicial dos contratos no direito civil brasileiro e alemão*. Trabalho (Conclusão de Curso) – Faculdade de Direito Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 15).

a pretensão da parte colocada em desvantagem devido a uma perturbação na base do negócio à revisão (*Anpassung*) do contrato obriga a outra parte a colaborar para a revisão. Caso a colaboração seja recusada, a parte em desvantagem pode pleitear a concordância com a revisão valorada como adequada ou diretamente a prestação que resulta dessa revisão.⁴²

O tribunal acrescentou, na ocasião, que “a violação da obrigação de colaborar para a revisão do contrato pode gerar pretensões indenizatórias conforme o art. 280, par. 1º, do *BGB*”.⁴³

Na mesma direção, o Tribunal de Cassação da Bélgica (*Hof van Cassatie*) já havia reconhecido, em 19.6.2009, a existência de um dever de renegociação derivado da boa-fé objetiva. No célebre caso *Scafom International BV v. Lorraine Tubes S.A.S.*, envolvendo um contrato internacional de aquisição de tubos de aço que havia se tornado desequilibrado em virtude do aumento de 70% no custo da matéria-prima, o *Hof van Cassatie*, invocando de modo inédito os *Princípios do Unidroit* para integrar as lacunas da Convenção de Viena, concluiu que “la partie contractante qui fait appel aux circonstances modifiées perturbant fondamentalement l'équilibre contractuel a le droit de réclamer la renégociation du contrat” (“a parte contratante que invoca a alteração das circunstâncias que perturba fundamentalmente o equilíbrio contratual tem o direito de reclamar a renegociação do contrato”).⁴⁴ A referida decisão suscitou amplo debate na doutrina belga e internacional,⁴⁵ estimulando a busca de fundamentos adicionais para o

⁴² *BGH (Bundesgerichtshof)*, decisão de 30.9.2011 – V Zivilsenat 17/11 (OLG Hamm – Oberlandesgericht Hamm). No original: “Der Anspruch der durch eine Störung der Geschäftsgrundlage benachteiligten Partei auf Vertragsanpassung verpflichtet die andere Partei, an der Anpassung mitzuwirken. Wird die Mitwirkung verweigert, kann die benachteiligte Partei auf Zustimmung zu der als angemessen erachteten Anpassung oder unmittelbar auf die Leistung klagen, die sich aus dieser Anpassung ergibt”.

⁴³ *BGH (Bundesgerichtshof)*, decisão de 30.9.2011 – V Zivilsenat 17/11 (OLG Hamm – Oberlandesgericht Hamm). No original: “Die Verletzung der Verpflichtung, an der Anpassung des Vertrages mitzuwirken, kann Schadensersatzansprüche nach §280 Abs. 1 BGB auslösen”. Não se pode deixar de notar que a decisão despertou algum criticismo em parte da doutrina alemã e internacional. Nessa direção, ver BRUNNER, Christoph. *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles – Exemption for Non-Performance in International Arbitration*. Austin: Wolters Kluwer, 2009. p. 481, para quem “under general contract principles and in the absence of a renegotiation clause, an infringement of the duty to renegotiate by the party which is confronted with a request for renegotiation should generally not result in liability for damages”.

⁴⁴ *Hof van Cassatie/Cour de Cassation* (Belge), 19.6.2009, n. C.07.0289.N, Arr. Cass. 2009 n. 422.

⁴⁵ Tendo sido, inclusive, afirmado que o efeito da violação a tal dever de renegociação, embora à falta de expressa menção da Corte belga, haveria de ser a deflagração do dever de indenizar os prejuízos causados: “In practical terms it granted the seller, as the disadvantaged party, the right to request renegotiations of the price. [...] There is no obligation to reach any agreement but ‘both parties must conduct the renegotiations in a constructive manner’, ‘by refraining from any form of obstruction and by providing all the necessary information’, taking also the duty of cooperation into account [...]. Though not expressly stated, a failure to comply with the above-mentioned provisions

dever de renegociação no âmbito da própria Convenção de Viena, como o dever de mitigar os danos,⁴⁶ expressamente previsto no art. 77 daquela convenção.⁴⁷

Mesmo na França, cuja jurisprudência se mostra tradicionalmente avessa à aplicação da *theorie d'imprévision* aos contratos civis, registra-se que a *Cour de Cassation* “aceitou mais recentemente (no caso Huard e em alguns outros casos) a obrigação de renegociar contratos para reequilibrar deveres contratuais desproporcionais entre as partes”.⁴⁸ Com efeito, no célebre *arrêt Huard*, de 3.11.1992, aquela corte condenou um contratante a indenizar outro, por força da sua recusa em rever um contrato cujo cumprimento conduziu este último à ruína.⁴⁹ Vale destacar que, após a alteração dada pela *Ordonnance* n. 2016-131, o *Code Civil* passou a prever expressamente a *obligation de renégociation*.⁵⁰

should give rise to a right to recover damages in favour of the other party” (VENEZIANO, Anna. Unidroit principles and CISG: change of circumstances and duty to renegotiate according to the Belgian Supreme Court. *Uniform Law Review*, 15.1, p. 144-147, 2010).

⁴⁶ Nesse sentido, DEWEZ, Julie *et al.* The duty to renegotiate an international sales contract under CISG in case of hardship and the use of the unidroit principles. *European Review of Private Law*, 1, 2011. p. 114: “Ensuite, l'idée est é mise qu'une obligation de renégociation du contrat découle de la règle contenue dans l'article 77 de la CVIM obligeant le créancier à prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte résultant de la contravention au contrat. La renégociation des conditions contractuelles pourrait ainsi s'imposer au créancier en raison de son obligation de limiter de son dommage”. Sobre o dever de mitigar os danos no Brasil, ver FRADERA, Vera. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, jul./set, 2004, *passim*, e MORAES, Bruno Terra de. *A aplicação do dever da vítima de mitigar o próprio dano no Brasil: fundamentos e parâmetros*. Dissertação (Mestrado) – UERJ, Rio de Janeiro, 2016, *passim*.

⁴⁷ “Article 77. A party who relies on a breach of contract must take such measures as are reasonable in the circumstances to mitigate the loss, including loss of profit, resulting from the breach. If he fails to take such measures, the party in breach may claim a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated”.

⁴⁸ Em tradução livre do original de SEROZAN, Rona. *General report on the effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 24. Em igual sentido, anota VENEZIANO, Anna. Unidroit principles and CISG: change of circumstances and duty to renegotiate according to the Belgian Supreme Court. *Uniform Law Review*, 15.1, p. 144-147, 2010. p. 148: “Interestingly, however, French law has recently undergone some developments in this field. Scholars have referred to the principle of good faith, cooperation or solidarité in order to found a duty of the parties to renegotiate their terms when the circumstances suffer such an alteration that giving effect to the original contractual terms would be clearly unjust. A similar line of reasoning has been applied by case law”.

⁴⁹ *Bulletin civil de la Cour de Cassation*, IV, n. 338, 1992.

⁵⁰ “Article 1195: Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à

Todos esses exemplos, ainda que examinados perfunctoriamente, revelam que normas estrangeiras e internacionais de elaboração mais recente têm atentado para a conveniência de disciplinar, em alguma medida, o comportamento a ser adotado pelas partes diante do desequilíbrio contratual e, mesmo à falta de norma específica, doutrina e jurisprudência de diversos países têm reconhecido a importância dessa dimensão comportamental no tratamento jurídico da matéria. Trata-se, com efeito, de dimensão essencial para evitar que a tutela do equilíbrio contratual acabe por se revelar pouco eficiente – na medida em que refreada pelos custos e ônus inerentes a uma iniciativa judicial desnecessária – ou excessivamente maleável, a ponto de ser ignorada pela parte favorecida ou invocada tardiamente pela parte prejudicada, como mero artil para escapar ao cumprimento regular do contrato. Referida essencialidade justifica que, mesmo nos ordenamentos jurídicos em que o dever de renegociar carece de explícita consagração, estudiosos e tribunais se esforcem conjuntamente por lhe atribuir contornos vinculantes. Trata-se precisamente do caminho que deve ser seguido no direito brasileiro.

Construção de um dever de renegociar no direito brasileiro

A doutrina brasileira, em sua ampla maioria, ainda alude à renegociação do contrato desequilibrado como mera “faculdade” das partes.⁵¹ Em alguns poucos casos, chega-se a aludir à renegociação como “primeira alternativa” a ser seguida pelas partes, quase sempre no âmbito de contratos relacionais.⁵² O informar o

son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.”

⁵¹ “Antes de cuidarmos dos efeitos propriamente ditos, é oportuno consignar neste passo a importância da postura a ser adotada pela parte prejudicada pela excessiva onerosidade superveniente. Embora deva recorrer ao Judiciário, atentando ainda para não se tornar inadimplente, é certo dizer que antes de qualquer medida deve cientificar a contraparte de sua dificuldade, *facultando-lhe* discutir a contenda amigavelmente, colocando na notificação um prazo para isto” (WELTON, Nelly Maria Potter. *Revisão e resolução dos contratos no Código Civil conforme perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 205).

⁵² São denominados contratos relacionais aqueles “que se caracterizam pelos seguintes elementos: (i) os contratos relacionais tendem a se estender no tempo; (ii) em virtude de sua ligação, busca-se mais a disciplina de questões futuras entre as partes. Ou seja, o contrato não visa a estabelecer apenas regras sobre as trocas em si, mas disciplinar o relacionamento a ser fruído ao longo da vida do contrato. Assim, é comum que, na redação do instrumento, as partes valham-se de termos amplos, sem significado claramente definido no momento da celebração do ato. Lançam-se bases para um futuro comportamento colaborativo, mais do que a ordem específica de obrigações determinadas; (iii) há uma certa interdependência entre os contratantes, uma vez que o sucesso de uma (e do negócio globalmente considerado) reverterá em benefício da outra (i. e., de outras delas)” (FORGIONI, Paula Andrea. *Contratos de distribuição*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 71). Para Antonio Junqueira de Azevedo: “[...] há, no contrato relacional, um contrato de duração e que exige fortemente colaboração. São relacionais todos os contratos que, sendo de duração, têm por objeto colaboração (sociedade, parcerias, etc) e, ainda, os que, mesmo não tendo por objeto a colaboração, exigem-na intensa para atingir seus fins, como os de distribuição e da franquia, já referidos” (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Natureza jurídica do contrato de consórcio (sinalagma indireto)*).

outro contratante prontamente acerca do desequilíbrio tampouco é visto, pela maior parte da nossa doutrina, como um dever jurídico, sendo apresentado, pelos raros autores que tratam do tema, como uma atitude “indicada”⁵³ ou “recomendável”.⁵⁴ Mesmo a escassa doutrina que defende alguma abertura da ordem jurídica brasileira a um dever de renegociação registra que “não há no ordenamento jurídico brasileiro uma norma específica que determine a renegociação dos contratos iníquos”⁵⁵ e que, entre nós, “a jurisprudência e a doutrina não qualificam o comportamento do contratante que se recusa à revisão como abuso”.⁵⁶ Também na experiência estrangeira não faltam vozes contrárias à imposição aos contratantes de um dever de renegociação, que significaria medida “extrema” de violência à autonomia privada.⁵⁷

Onerosidade excessiva em contrato de consórcio. Resolução parcial do contrato. *Novos Estudos e Pareceres de Direito Privado*, São Paulo, p. 355-356, 2009). Nesse mesmo sentido, Ruy Rosado de Aguiar Júnior define o contrato relacional (ou *per relationem*) “como o negócio jurídico perfeito e incompleto, no qual a determinação do seu conteúdo ou de alguns dos seus elementos essenciais se realiza mediante a remissão a elementos estranhos ao mesmo”. E adverte que “o modelo do contrato relacional é o que melhor se adapta à nova sistemática dos contratos de empresa e entre empresas, nas quais a gestão do risco da superveniência é um problema. Essa nova realidade exige a consideração de remédios de manutenção, que conduz à renegociação, ao mesmo tempo em que nos obriga a lidar com cláusulas que, pela concepção tradicional, seriam inválidas, tais como as que ficam intencionalmente em branco, para futura renegociação. Nos contratos relacionais, a primeira alternativa diante da superveniência é a da renegociação; frustrada, cabe a revisão das cláusulas pelo juiz ou pelo árbitro” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Contratos relacionais, existenciais e de lucro. Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 45, p. 98-99, 2011). Ainda sobre o tema, é considerada pioneira a obra de MACEDO, Ronaldo Porto. *Contratos relacionais e a defesa do consumidor*. São Paulo: Max Limonad, 1998, em que, embora o autor não chegue a trazer uma definição muito precisa do que deve ser entendido como contrato relacional, noticia a transformação das relações contratuais em prol de sua maior duração, bem como demonstra o amplo impacto dessa transformação sobre as relações de consumo.

⁵³ ANDRADE, Fábio Siebenechler de. A teoria da onerosidade excessiva no direito civil brasileiro: limites e possibilidades de sua aplicação. *Revista AJURIS*, v. 41, n. 134, p. 246-247, jun. 2014.

⁵⁴ “Ao devedor lesado pela modificação superveniente recomenda-se dê aviso ao credor, inclusive para lhe garantir a possibilidade de propor ainda a tempo útil a modificação das cláusulas do negócio, ou de colaborar na criação das condições que viabilizem a perfeição do contrato” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Extinção dos contratos por incumprimento do devedor*. Rio de Janeiro: Aide, 1991. p. 159).

⁵⁵ RENNEN, Rafael. *Novo direito contratual: a tutela do equilíbrio contratual no Código Civil*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2007. p. 137-138.

⁵⁶ AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Relatório brasileiro sobre revisão contratual apresentado para as Jornadas Brasileiras da Associação Henri Capitant. In: AZEVEDO, Antônio Junqueira de. *Novos estudos e pareceres de direito privado*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 196.

⁵⁷ O termo é empregado descritivamente por TOMMASINI, Raffaele. Dalle logiche di revisione del rapporto alle più articolate forme di gestione. In: TOMMASINI, Raffaele (Cur.). *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*. Turim: G. Giappichelli, 2003. p. 4, para quem a imposição de um dever de renegociação acabaria por permitir a identificação de “un novo significato della espressione che il contratto ha forza di legge tra le parti, nel senso della necessità di una sua conservazione anche quando

Em que pese esse desestimulante cenário, afigura-se não apenas possível, mas imperativa a construção (*rectius*: o reconhecimento) de um dever de renegociação de contratos desequilibrados no direito brasileiro, como expressão do valor constitucional da solidariedade social,⁵⁸ bem como de normas infraconstitucionais daí decorrentes, em particular a cláusula geral de boa-fé objetiva.

Como já afirmado em outra sede, o que o ordenamento jurídico visa com o princípio da boa-fé objetiva é “assegurar que as partes colaborarão mutuamente para a consecução dos fins comuns perseguidos com o contrato”.⁵⁹ Ou, em outras palavras, a boa-fé objetiva “impõe um padrão de conduta a ambos os contratantes no sentido da recíproca cooperação, com consideração dos interesses um do outro, em vista de se alcançar o efeito prático que justifica a existência jurídica do contrato celebrado”.⁶⁰

Nesse sentido, não se pode deixar de notar que tanto o dever de avisar prontamente a contraparte acerca do desequilíbrio contratual identificado, quanto o dever de ingressar em renegociação com vistas a obter o reequilíbrio do contrato constituem deveres de conduta que, conquanto instrumentalizados

vicende sopravvenute sembrano potere rendere inattuabile il rapporto nei termini designati dai contraenti”. Ainda na doutrina italiana, contra a existência de um dever de renegociação, ver GABRIELLI, Enrico. *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*. Turim: G. Giappichelli, 2012. p. 102: “Il tema della rinegoziazione esula, in realtà, da quello dell'eccessiva onerosità, soprattutto se si crede, così come sembra corretto, che l'ordinamento, salvo casi espressamente regolati, non ha previsto un generico obbligo di rinegoziare tra le parti in presenza di una sopravvenienza. Sicché quello offerto dalla rinegoziazione è un profilo di indagine che, pur nella sua utilità, attiene più al diritto degli affari, ed alle sue tecniche di redazione dei contratti, che alla ricostruzione sistematica del diritto comune dei contratti”.

⁵⁸ Expressamente nesse sentido, afirma-se na doutrina estrangeira: “Quest'obbligo sembra avere radici profonde, saldamente ancorate ai principi fondamentali della Costituzione. Difatti, è nel dovere di solidarietà sociale previsto dall'art. 2 Cost. che viene additata la giustificazione del perché il contraente fortunato, che ha tratto beneficio da una imprevista circostanza sopravvenuta, dovrebbe rinegoziare i termini dell'accordo originario, così rinunciando a parte dei vantaggi conseguiti” (D'ARRIGO, Cosimo. Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine. In: TOMMASINI, Raffaele (Cur.). *Soppravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*. Turim: G. Giappichelli, 2003. p. 534).

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. A boa-fé objetiva no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39. Veja-se, também, HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil – Introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987. p. 91: “Por Treu und Glauben entendemos el mandato de justificar en cualquier situación la confianza del otro en que quedarán a salvo la fidelidad y la rectitud, como es usual y necesario entre camaradas alemanes. En el pasado, por ignorancia liberal del Derecho, se entendía parcialmente por Treu und Glauben un arreglo equitativo de los intereses encontrados de las partes contratantes, lo que no era sino una atrofia de su verdadero contenido. La exigencia de fidelidad representa mucho más que una mediocre limitación de los propios intereses; requiere una acción que en ningún momento pierda de vista la penetración con los demás y, por ende, la gran comunidad (nacional) de la que somos responsables”.

⁶⁰ NEGREIROS, Tereza. *Teoria do contrato*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 122-123.

à recuperação do equilíbrio contratual, derivam, a rigor, da necessidade de que as partes cooperem entre si para a concretização do escopo contratual. Assim, é de se concluir que o reconhecimento do dever de renegociar, entre nós, encontra fundamento normativo na cláusula geral de boa-fé objetiva, mais especificamente no art. 422 do Código Civil.⁶¹

Não há, assim, necessidade de norma específica estabelecendo, entre nós, o dever de renegociar.⁶² Com a consagração da boa-fé objetiva no Código Civil – e, mesmo antes disso, no Código de Defesa do Consumidor, bem como na produção doutrinária e jurisprudencial brasileira –,⁶³ o contrato deixa de ser pacto originário

⁶¹ “Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. Sob o ponto de vista dogmático, tem-se, por toda parte, atribuído à boa-fé objetiva uma tríplice função no sistema jurídico, a saber: (i) a função de cânone interpretativo dos negócios jurídicos; (ii) a função criadora de deveres anexos ou acessórios à prestação principal; e (iii) a função restritiva do exercício de direitos. A referida tripartição funcional, inspirada nas funções do direito pretoriano romano, foi modernamente sugerida por Gustav Boehmer, *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, apud Franz Wieacker, *El principio general de la buena fe*, Madrid: Civitas, 1986, p. 50: “[...] *el parágrafo 242 BGB actúa también iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gatia*”. No Brasil esta classificação foi adotada por autorizada doutrina. Ver AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, 2000. p. 7: “Essa mesma tríplice função existe para a cláusula geral de boa-fé no campo contratual, porque justamente a ideia é ajudar na interpretação do contrato, *adjuvandi*, suprir algumas das falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, *supplendi*, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo, *corrigendi*”. No mesmo sentido, AGUIAR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 14, 1995. p. 25, ao tratar especificamente das relações de consumo: “Na relação contratual de consumo, a boa-fé exerce três funções principais: a) fornece os critérios para a interpretação do que foi avençado pelas partes, para a definição do que se deve entender por cumprimento pontual das prestações; b) cria deveres secundários ou anexos; e c) limita o exercício de direitos”.

⁶² Igual entendimento tem sido adotado por parcela da doutrina em países em que a codificação civil é omissa a respeito, como ocorre, por exemplo, na Turquia: “As regards to Turkish law, neither the Court of Appeal nor the legislator addressed at all the renegotiations, as if they are unaware of the subject matter. On the other hand, Article 138 of the Turkish Civil Code does not exclude renegotiation. In our opinion, renegotiation shall be performed not to violate the principle of good faith which is, in fact, the legal ground of the provision” (BAYSAL, Başal. The adaptation of the contract in Turkish Law. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 326-327).

⁶³ É indiscutível marco inicial nesta matéria a obra de SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 30, em que o autor afirmava: “[...] a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao §242 do *BGB* não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta”. Sobre o papel desempenhado pela boa-fé no direito obrigacional brasileiro, ver a obra, também fundamental, de MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado – Sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 381-515, especialmente.

estático para se converter em relação contratual dinâmica, funcionalizada ao atendimento do fim comum que as partes pretendem alcançar com sua mútua cooperação.⁶⁴ Não se quer dizer, note-se, que o mundo dos negócios se torna um ambiente romântico, em que cada contratante deve, altruisticamente, abandonar suas posições de vantagem em benefício do outro. É natural e legítimo que cada contratante busque a realização de seu próprio interesse, mas não se permite mais que essa busca se realize com o sacrifício da finalidade comum que conduziu as partes à contratação. Não se tolera, à luz da boa-fé objetiva, que um contratante esvazie a utilidade do contrato, ou permaneça inerte quando sua atuação se faz necessária para que tal utilidade seja atingida. Impõe-se às partes o agir responsável, tomando em consideração os interesses do outro contratante, respeitando suas legítimas expectativas, tudo em prol da realização efetiva do fim contratual.⁶⁵

Essa profunda transformação operada pela boa-fé objetiva tem íntima relação com o reconhecimento de um dever de renegociar contratos em desequilíbrio.⁶⁶ A dimensão comportamental valorizada pela boa-fé objetiva e consubstanciada na conduta adotada pelas partes ao longo da relação contratual desempenha papel relevantíssimo nos casos de desequilíbrio superveniente das prestações. A partir do momento em que os contratantes são chamados a abandonar posturas de imobilismo para cooperar, de modo leal e transparente, em prol da realização do

⁶⁴ Sobre a boa-fé objetiva e seu impacto no direito contratual, ver SCHREIBER, Anderson. *A proibição de comportamento contraditório – Tutela da confiança e venire contra factum proprium*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016 (especialmente capítulo 2).

⁶⁵ Jacques Mestre chega a aludir, nesse sentido, a uma espécie de *affectio contractus*, a substituir o ferrenho antagonismo entre os direitos do credor e os direitos do devedor (MESTRE, Jacques. *L'évolution du contrat en droit privé français*. In: CARBONNIER, Jean *et al.* *L'évolution contemporaine du Droit des Contrats – Journées René Savatier (Poitiers, 24-25 octobre 1985)*. Paris: Presses Universitaires de France, 1986. p. 51).

⁶⁶ Traçando um panorama da relação entre boa-fé e dever de renegociação, o *General Report* apresentado no XIX Congresso da Academia Internacional de Direito Comparado, em Viena, em 2014, registra: “This recent approach, arising from the general principle of loyalty and good faith, is also observed in the United Kingdom. In Quebec, the principle of good faith is generally recognized and although it has not yet been applied to change of circumstances cases, some authors have suggested it as a tool to enable the courts to temper the principle of *pacta sunt servanda*. The possibility of such a duty to renegotiate is also stated in the Turkish report. According to the Turkish reporter, such duty deduced from the general principle of good faith and the duty of cooperation, would be more consistent with the economic reality, since application to the court in order to invoke other remedies is more expensive and time consuming for both parties. Moreover, in the United States, there is an increasingly liberal attitude towards the way of renegotiation depending on good faith as stated in the national report. This attitude most probably originates from the effects of frustration in the Common Law tradition. Frustration causes namely an automatic (*eo ipso*) release of the parties from the contract and this fact makes it necessary to renegotiate about a new contract with different terms” (SEROZAN, Rona. *General report on the effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 24).

fim contratual, deixa de ser aceitável à luz da ordem jurídica que o contratante que recebe uma proposta de renegociação do contrato, em virtude de um desequilíbrio a que a ordem jurídica atribui relevância (*e.g.*, Código Civil, arts. 317 e 478-480), simplesmente silencie, deixando o contratante prejudicado em situação de insegurança que se prolonga na exata medida em que se agrava o seu prejuízo. Ninguém é obrigado a aceitar propostas de renegociação, mas a boa-fé objetiva impõe que tal proposta seja respondida, em tempo razoável, para que aquele que pleiteia o reequilíbrio possa, eventualmente, recorrer à jurisdição arbitral ou estatal, a fim de corrigir a excessiva onerosidade que o atinge. Tampouco se admite que um dos contratantes guarde para si, tal qual “carta na manga”, eventual desequilíbrio do contrato, esperando para invocá-lo tardiamente, em sede de defesa em ação judicial proposta diante do seu inadimplemento. Impõem-se a pronta comunicação e a interação com a contraparte.

Como se vê, o dever de renegociar consiste, essencialmente, em um dever anexo ou lateral⁶⁷ de comunicação e esforço de superação de um fato significativo na vida do contrato: um excessivo desequilíbrio contratual, nos termos delimitados pela ordem jurídica. Como dever anexo, integra o objeto do contrato independentemente de expressa previsão das partes.⁶⁸ A boa-fé objetiva impõe que, em ocorrendo referido desequilíbrio, que compromete a plena concretização do escopo contratual, empenhem-se as partes em colaborar reciprocamente em busca do reequilíbrio, por meio de uma readequação mutuamente aceitável do contrato.⁶⁹ Doutrina estrangeira chega a aludir nesse sentido a um *principio di*

⁶⁷ Os deveres anexos, também chamados deveres laterais, são deveres impostos pela boa-fé objetiva ao lado das obrigações principais e acessórias pactuadas pelas partes, como explica CORDEIRO, Menezes. *Da boa fé no direito civil*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 605 e ss. Acerca da ampla variabilidade do conteúdo dos deveres criados pela boa-fé, ver SILVA, Clóvis do Couto e. *A obrigação como processo*. São Paulo: José Bushatsky, 1976. p. 113, para quem os deveres anexos “comportam tratamento que abranja toda a relação jurídica. Assim, podem ser examinados durante o curso ou o desenvolvimento da relação jurídica, e, em certos casos, posteriormente ao adimplemento da obrigação principal. Consistem em indicações, atos de proteção, como o dever de afastar danos, atos de vigilância, da guarda de cooperação, de assistência. O objeto de alguns deles é, portanto, fazer ou não fazer, consistindo alguns em declarações de ciência, como nas indicações e comunicações; outros, em atos determinados”.

⁶⁸ Na síntese de Luiz Edson Fachin: “Quem contrata não mais contrata tão-só o que contrata” (Contratos na ordem pública do direito contemporâneo. *In*: TEPELINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Coords.). *O direito e o tempo: embates jurídicos e utopias contemporâneas*. Estudos em homenagem ao Professor Ricardo Pereira Lira. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 458). E, em outra passagem, completa: “Probidade e boa fé são princípios obrigatórios nas propostas e negociações preliminares, na conclusão do contrato, assim em sua execução, e mesmo depois do término exclusivamente formal dos pactos. Desse modo, quem contrata não mais contrata tão só o que contrata, via que adota e oferta um novo modo de ver a relação entre contrato e ordem pública” (p. 460).

⁶⁹ “In questa dimensione le rinegoziazione rappresenta lo strumento attraverso il quale perseguire questa finalità. Il fondamento della sua applicazione risiede nella norma che fissa tra gli obblighi di comportamento quello di esecuzione secondo buona fede che, nel caso di specie, si identifica anche con la legittima esigenza (reciproca) di comportamenti tali da consentire

adequamento (princípio de adequação) do contrato, a ser concretizado pela atuação permanente das partes em prol da sua conformação à realidade social e econômica subjacente.⁷⁰ Rejeita-se, em síntese, a inércia, quer do contratante favorecido, que não pode silenciar diante de uma proposta de renegociação apresentada pelo contratante que alega sofrer a excessiva onerosidade, quer desse último contratante, que não pode se retardar a comunicar o desequilíbrio, invocando-o tardiamente como oportunista justificativa para seu inadimplemento, o qual poderia mesmo ter sido evitado caso a renegociação chegasse a bom termo.⁷¹

O dever de renegociação não tem como objeto a obtenção de um resultado consubstanciado no efetivo acordo para a revisão do contrato, mas sim a conduta a ser adotada pelas partes diante do desequilíbrio contratual. Desdobra-se em duas etapas: (a) o dever de comunicar prontamente a contraparte acerca da existência do desequilíbrio contratual identificado; e (b) o dever de suscitar uma renegociação que possibilite o reequilíbrio do contrato ou de responder a proposta nesse sentido, analisando-a seriamente.⁷²

Assim, o dever de renegociação consubstancia uma abertura adicional à revisão do contrato, mas uma revisão extrajudicial e autônoma, conduzida pelas próprias partes e que pode, eventualmente, fracassar.⁷³ Repita-se: o dever de renegociar não configura um dever de reequilibrar o contrato em sede negocial. Não constitui tampouco um dever de aceitar as novas condições propostas pelo

il regolare svolgimento del rapporto nel tempo” (PARRINELLO, Concetta. *Obbligatorietà del vincolo e squilibrio delle prestazioni nei contratti tra imprenditori: riflessioni sui Principi Unidroit*. In: TOMMASINI, Raffaele (Cur.). *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*. Turim: G. Giappichelli, 2003. p. 480).

⁷⁰ DE MAURO, Antonio. *Il principio di adeguamento nei rapporti giuridici tra privati*. Milão: Giuffrè, 2000, especialmente p. 83.

⁷¹ Nessa direção, D'ARRIGO, Cosimo. *Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine*. In: TOMMASINI, Raffaele (Cur.). *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*. Turim: G. Giappichelli, 2003. p. 535: “In particolare, il principio di buona fede, prevenendo i comportamenti opportunistici – vale a dire, il tentativo di appropriarsi del surplus di profitto inatteso ed immeritato – cui potrebbe dar luogo una sopravvenienza contrattuale, rinsalda la fiducia fra le parti [...]”.

⁷² Nessa direção, MARASCO, Gerardo. *La rinegoziazione*. In: VISINTINI, Giovanna. *Trattato della responsabilità contrattuale*. Pádua: Cedam, 2009. p. 599. v. I: “Al fine di valutare la condotta delle parti possono socorrere le regole elaborate dalla giurisprudenza in relazione alla responsabilità precontrattuale: in questo ambito, la buona fede impone alle parti, in primo luogo, un dovere di reciproca informazione (cosicché ogni contraente è tenuto a dare notizia di fatti e delle circostanze che ritiene rilevanti e di cui la controparte appare non essere informata) e, in secondo luogo, l’obbligo di condurre le trattative nel rispetto dell’altrui affidamento”.

⁷³ Em igual sentido, mas em perspectiva talvez mais otimista, SEROZAN, Rona. *General report on the effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 24: “The opening of the possibility of renegotiation means at the same time the opening of the opportunity to revise the contract. In fact, the process of renegotiation will in most cases lead inevitably to the revision of the contract”.

contratante que alega estar sofrendo a excessiva onerosidade. Não se trata, nesse sentido, de um *dever de revisar* o contrato extrajudicialmente ou, pior, de aceitar um contrato novo.⁷⁴ O contratante favorecido atende ao dever de renegociação analisando e respondendo ao pleito que lhe é apresentado, ainda que simplesmente para rejeitá-lo. O dever de renegociar constitui, em outras palavras, um *dever de ingressar em renegociação*, informando prontamente o fato que a enseja e formulando um pleito de revisão do contrato, ou analisando e respondendo, com seriedade, ao pleito apresentado pelo outro contratante. É, em essência, um dever de comunicar, de pronto, a existência do desequilíbrio contratual e ingressar em tratativas para encontrar a melhor forma de superá-lo, em consonância com a boa-fé objetiva.⁷⁵

Afigura-se inevitável, quanto ao segundo aspecto indicado, algum paralelismo com a incidência da boa-fé objetiva sobre as tratativas pré-contratuais. Na Itália, parte da doutrina chega a apontar como fundamentos do dever de renegociação não apenas o art. 1.375 do Código Civil italiano,⁷⁶ correspondente ao art. 422 do nosso Código Civil, mas também o art. 1.337 da mesma codificação, que impõe que as partes se comportem *secondo buona fede* (segundo a boa-fé) nas tratativas e na formação do contrato⁷⁷ norma que não encontra correspondente na nossa codificação.⁷⁸ Em que pese a ausência, o paralelo auxilia na compreensão quer do conteúdo do dever de negociação, quer da responsabilidade decorrente da sua violação, pois, como observa Cosimo D'Arrigo:

⁷⁴ Nessa direção, embora em passagem de início um tanto ambíguo, registram Rodolfo Sacco e Giorgio De Nova: “Il dovere di negoziare null’altro è, se non un obbligo di contrarre: detto meglio, l’obbligo di essere disponibile a contrarre, nelle condizione che risultano giuste alla stregua (a) dei parametri risultanti dal testo originario del contratto, (b) rivisitati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti” (*Il contratto*. 2. ed. Milão: Giuffrè, 2012. p. 724. t. II).

⁷⁵ Na síntese de Başal Baysal, “the principle of good faith, in the first place, should lead the parties facing difficulty in performing the contractual obligations to come together and to seek a solution” (BAYSAL, Başal. The adaptation of the contract in Turkish Law. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 327).

⁷⁶ “Art. 1375. Esecuzione di buona fede. Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede [...]”.

⁷⁷ “Art. 1337. Trattative e responsabilità precontrattuale. Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede [...]”.

⁷⁸ Ausência que era já criticada pela melhor doutrina antes da promulgação do Código Civil de 2002, como se pode ver de AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de Código Civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 1, 2000. p. 4: “[...] Segunda insuficiência: o art. 421 se limita ao período que vai da conclusão do contrato até sua execução. Sempre digo que o contrato é um ‘processo’ em que há começo, meio e fim. Temos fases contratuais – fase pré-contratual, contratual propriamente dita e pós-contratual. Uma das possíveis aplicações da boa-fé é aquela que se faz na fase pré-contratual; nessa fase, temos as negociações preliminares, as tratativas. É um campo propício para a regra do comportamento da boa-fé, eis que, aí, ainda não há contrato e, apesar disso, já são exigidos aqueles deveres específicos que uma pessoa precisa ter como correção de comportamento em relação a outra”.

Assumiria relevo nesta sede não somente o art. 1.375 do Código Civil – ao qual se reconduz o surgimento da obrigação legal de renegociar –, mas também o art. 1.377 do Código Civil, uma vez que o adimplemento desta obrigação, dando vida a uma nova fase de tratativas para alcançar a restauração da originária razão de troca, sujeita-se também à disciplina da atividade pré-contratual. Em essência, a pactuação de novas condições contratuais proporcionais às superveniências – mesmo que constitua, na perspectiva em exame, objeto de uma precisa obrigação integrativa *ex lege* do conteúdo dos contratos a longo prazo – se concretiza sempre por meio de um acordo entre as partes. Portanto, se os contraentes não encontram um ponto de acordo e as tratativas naufragam por causa não imputável ao promissário, este último não poderá ser considerado inadimplente.⁷⁹

Afirma-se, nessa mesma direção, que o dever de renegociar não consiste em obrigação de resultado, mas “se configura como uma obrigação de meio”.⁸⁰ Parte da doutrina estrangeira chega a descrever o remédio como *invitation to renegotiate* (convite para renegociar), reforçando que o sucesso ou não da renegociação é questão que extrapola o âmbito do dever.⁸¹ O dever de renegociação restringe-se

⁷⁹ Tradução livre do trecho original de D'ARRIGO, Cosimo. Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine. In: TOMMASINI, Raffaele (Cur.). *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*. Turim: G. Giappichelli, 2003. p. 560: “Verrebbe in rilievo in questa sede non soltanto l'art. 1375 c.c. – al quale si riconduce il sorgere dell'obbligo legale di rinegoziare –, ma anche l'art. 1337 c.c., in quanto l'adempimento di quest'obbligo, dando vita ad una nuova fase di trattative per addivenire al ripristino dell'originaria ragione di scambio, soggiace altresì alla disciplina dell'attività precontrattuale. In sostanza, la pattuizione di nuove condizioni contrattuali commisurate alle sopravvenienze – sebbene costituisca, nella prospettiva in esame, oggetto di un preciso obbligo integrativo *ex lege* del contenuto dei contratti a lungo termine – si concretizza pur sempre in un accordo fra le parti. Pertanto, se i contraenti non trovano un punto di intesa e le trattative naufragano per causa non imputabile al promissario, quest'ultimo non potrà esse considerato inadempiente”.

⁸⁰ Como afirma MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione. In: VISINTINI, Giovanna. *Trattato della responsabilità contrattuale*. Pádua: Cedam, 2009. p. 595-596. v. I: “Il dovere di rinegoziazione, in via generale, si configura come una obbligazione di mezzi: i contraenti, al verificarsi di particolari circostanze, sono tenuti ad iniziare e condurre nuove trattative (a svolgere, quindi, una certa attività ed assumere una particolare condotta) al fine di trovare una congrua soluzione al problema delle sopravvenienze. L'obbligo di rinegoziare non impone alle parti il raggiungimento di un accordo (un risultato), ma le impegna semplicemente a mettere in discussione i termini dell'originario contratto nel tentativo ‘serio’ di ricostruire, ove ciò risponda a ragioni di efficienza e di reciproca convenienza economia, l'alterato equilibrio contrattuale”.

⁸¹ “The legal remedies provided in light of the theoretical instruments justifying an intervention in cases of unexpected and burdensome financial developments are as follows: (a) invitation to renegotiate, regarding the possible means in order to find a compromising solution against the suddenly changed circumstances [...]” (SEROZAN, Rona. General report on the effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision. In: BAŞOĞLU, Başak (Ed.). *The effects of financial crises on the binding force of contracts: renegotiation, rescission or revision*. Nova Iorque: Springer, 2016. p. 23).

à tentativa “séria” de reconstruir o equilíbrio contratual.⁸² De fato, a renegociação deve ser “séria, propositiva, cooperativa e de boa-fé”, mas pode fracassar, hipótese na qual restará a via da revisão heterônoma do contrato, a ser realizada pelo juiz ou pelo árbitro.⁸³

Conclusão

Como fruto da boa-fé objetiva, o dever de renegociar não se limita a incidir sobre momentos pontuais ou específicos, mas se espalha por todo o *iter* da relação contratual. Assim, embora se imponha a pronta comunicação do desequilíbrio contratual, tem-se aí apenas o primeiro passo de um amplo e recíproco *colaborar* (*mitzuwirken*, na expressão tão utilizada pelos juristas alemães) que não se esgota em uma estrutura simplista e binária de *aviso* e *contra-aviso* – como no mencionado exemplo da antiquada disciplina do nosso Código Civil em torno da *proposta* e *aceitação* na formação do contrato –, mas se pretende contínua e permanente, nunca preclusa aos contratantes, que não restam dispensados em nenhum momento do seu mútuo cumprimento.

O conteúdo do dever de renegociação somente pode, portanto, ser precisamente determinado à luz da concreta relação contratual e das específicas circunstâncias de que deriva a necessidade de renegociar, mas é possível, a título meramente exemplificativo, arrolar alguns comportamentos que podem vir a compor o conteúdo desse dever, como (a) pronta e detalhada comunicação à contraparte sobre o desequilíbrio contratual, indicando fundamentadamente a presença dos seus pressupostos; (b) resposta da contraparte em tempo razoável a essa comunicação, informando pronta e fundamentadamente se não considerar presentes aqueles pressupostos; (c) qualquer proposta, bem como contraproposta de revisão extrajudicial do contrato, deve ser apresentada de modo detalhado e justificado, evitando-se a lógica do “pegar ou largar”; (d) no curso da renegociação cada parte deve fornecer à outra todas as informações úteis para avaliar a oportunidade e o conteúdo de uma eventual revisão extrajudicial do contrato; (e) as partes devem igualmente manter reserva sobre dados e informações obtidos

⁸² GORNI, Alfredo. Le clausole di rinegoziazione. In: VACCÀ, Cesare. *Il conflitto del Golfo e i contratti di impresa: esecuzione, adattamento e risoluzione in uno scenario di crisi – Quaderni per l'arbitrato e per i contratti internazionali*. Milão: EGEEA, 1992. p. 56. v. 5.

⁸³ A lição é de Ruy Rosado de Aguiar Júnior, embora em passagem restrita aos contratos relacionais: “As considerações acima foram feitas para ensejar a conclusão de que, no tema da onerosidade excessiva e da teoria da imprevisão relativamente aos contratos relacionais, a aplicação do regime legal de onerosidade excessiva deve ser posterior à fase de renegociação do risco da superveniência. Fracassando essa tentativa, abre-se a oportunidade para a intervenção heterônoma, do juiz ou do árbitro, para a redefinição que o fato novo determina. Nos contratos relacionais, a primeira alternativa diante da superveniência é a renegociação, que deve ser séria, propositiva, cooperativa e de boa-fé; frustrada, cabe a revisão das cláusulas pelo juiz ou pelo árbitro” (AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao Novo Código Civil: da extinção dos contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 896. v. VI. t. II).

no curso da renegociação, evitando sua divulgação a terceiros; (f) nenhuma das partes deve se recusar injustificadamente a manter renegociações ou interrompê-las de modo abrupto e imotivado; e (g) o insucesso da renegociação não deve ser considerado por qualquer das partes como razão para se recusar a analisar propostas de solução consensual no âmbito de eventual processo judicial ou arbitral subsequente.⁸⁴

O dever de renegociação nasce, como se vê, no afã de permitir uma solução extrajudicial do problema do desequilíbrio contratual, mas, fracassada tal tentativa, estende-se, inclusive, sobre um eventual processo judicial ou arbitral a que os contratantes necessitem recorrer. Nesse sentido, a doutrina italiana admite, mesmo, que uma oferta formulada em fase de renegociação possa ser reapresentada em juízo no âmbito de ação de resolução promovida pelo outro contratante, como oferta destinada a evitar o fim do contrato,⁸⁵ nos termos da norma contida na parte final do art. 1.467 do Código Civil italiano,⁸⁶ correspondente ao art. 479 do Código Civil brasileiro.⁸⁷ Confirma-se, assim, que o dever de renegociar incide sobre ambos os contratantes, podendo qualquer deles deflagrar ou retomar o processo de renegociação,⁸⁸ que consubstancia autêntico *favor contractus*, assumindo preferência em relação aos possíveis remédios terminativos oferecidos pela ordem jurídica.

⁸⁴ Sobre o tema, ver MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione. In: VISINTINI, Giovanna. *Trattato della responsabilità contrattuale*. Pádua: Cedam, 2009. p. 600-601. v. 1.

⁸⁵ Afirma expressamente Cosimo D'Arrigo que "l'offerta di riconduzione ad equità già formulata prima dell'inizio della lite, potrà essere riproposta nel giudizio promosso dall'onerato per la risoluzione del contratto" (D'ARRIGO, Cosimo. Il controllo delle sopravvenienze nei contratti a lungo termine. In: TOMMASINI, Raffaele (Cur.). *Sopravvenienze e dinamiche di riequilibrio tra controllo e gestione del rapporto contrattuale*. Turim: G. Giappichelli, 2003. p. 560).

⁸⁶ "Art. 1.467. [...] La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto".

⁸⁷ "Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato".

⁸⁸ No mesmo sentido, MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione. In: VISINTINI, Giovanna. *Trattato della responsabilità contrattuale*. Pádua: Cedam, 2009. p. 597. v. 1, destacando, inclusive, que a renegociação pode ser deflagrada não só pelo contratante excessivamente onerado, mas também por aquele que não sofre o efeito negativo do desequilíbrio contratual: "Si tratta di un'obbligazione che, in egual misura, investe entrambi i contraenti. Al verificarsi dei richiesti presupposti, uno dei contraenti potrà dare impulso alla rinegoziazione (l'iniziativa, nella generalità dei casi, viene assunta dalla parte che vi ha interesse, ma nulla toglie che il procedimento rinegoziativo venga avviato dall'altro contraente)".

(<https://www.espacovital.com.br/>)



O dever de renegociação por desequilíbrio contratual

Publicação em 22.05.20



É dever de ambos os contratantes se oferecer,
estar disposto à renegociação das obrigações.

Por Rodrigo Ribeiro Sirangelo, advogado (OAB-RS nº 41.667) e juiz leigo no Poder Judiciário do RS.

Sirangelo@benckesirangelo.com.br

Nos contratos em geral, além dos deveres principais relacionados com o objeto central da contratação, há obrigações acessórias, complementares, como garantias e penalidades - e que dependem das obrigações principais.

Ao lado dessas obrigações, existem também os chamados deveres anexos derivados da cláusula geral da boa-fé insculpida no artigo 422 do Código Civil. Ali se insere o dever de renegociar, e de buscar o reequilíbrio do negócio jurídico de natureza cativa, de longo prazo, de execução continuada quando, em razão de fatos supervenientes, as circunstâncias que serviram de base à contratação tenham se alterado substancialmente, inviabilizando o cumprimento regular.

Mitiga-se, reduz-se a força obrigatória do contrato para que o negócio jurídico não se resolva, não acabe e continue cumprindo a sua finalidade do modo mais substancial possível.

Nessa perspectiva, neste momento de crise obrigacional por conta da pandemia, uma vez modificadas as bases de um determinado contrato pela situação superveniente e imprevisível - pelas consequências concretas experimentadas pelo devedor em

decorrência do isolamento social determinado por autoridades governamentais e seu efetivo impacto na (in)capacidade de cumprir a sua obrigação - é de rigor que as partes busquem e ajam no sentido de encontrar o reequilíbrio do negócio.

Ao devedor cabe procurar o credor, apresentando uma proposta de renegociação do valor e/ou da forma de cumprimento, instando o segundo a exercer o seu dever de renegociar, enquanto o credor deve estar aberto às conversações, e disponível para verificar o estado das coisas em comparação com a época da contratação. Constatada a presença dos elementos citados (fato superveniente, extraordinário, imprevisível, desequilíbrio, onerosidade excessiva), deve renegociar.

A relutância de uma das partes, notadamente do credor, em aferir, em conferir e, sendo o caso, em confirmar a presença dos elementos necessários ao reequilíbrio contratual, à renegociação de uma determinada obrigação visando à manutenção do negócio, pode vir a consistir em abuso de direito e, como tal, em responsabilidade pelo inadimplemento da prestação.

Quer dizer, a recusa expressa, o silêncio ou, mesmo, a demora excessiva do credor em agir pode ensejar não apenas a judicialização do contrato pelo devedor, mas também a própria revisão judicial do negócio. Então o Estado-Juiz agirá, visando preservar o pacto do modo mais equilibrado possível, imputando ao credor a mora e a responsabilidade por descumprir a obrigação de renegociar.

Isto é, o inadimplemento do dever de renegociar, pelo credor, verificadas as circunstâncias para tanto, remete a questão ao Poder Judiciário. Este, cogentemente, determinará ao credor que renegocie ou, em última análise, com olhos na preservação do negócio e no seu cumprimento do modo mais substancial possível, estabelecerá o resultado prático pretendido pelo devedor mediante a modificação da prestação de modo equitativo e equilibrado, com o afastamento da onerosidade excessiva.

Por fim, se os elementos concretos não viabilizarem sequer a preservação do negócio, restará então a resolução do contrato. Neste caso, se tiver havido abuso de direito do credor diante da sua recusa em se apresentar para uma solução renegociada, poderá haver a sua responsabilidade pela frustração definitiva do negócio, imputando-se a ele eventuais multa e/ou perdas e danos.

Em conclusão, é dever de ambos os contratantes se oferecer, estar disposto à renegociação das obrigações que, diante dos efeitos da pandemia, não mais puderam ser cumpridas conforme originalmente contratadas. Destaca-se, em caso de recusa do credor, a possibilidade da sua própria responsabilização, por abuso de direito, não apenas quanto à revisão ou resolução do contrato, mas também por eventuais danos experimentados pelo devedor a partir da relutância abusiva de seu “*parceiro*” contratual.

(<https://www.espacovital.com.br/enviar?id=37936&tipo=noticia>)

A PALAVRA DO LEITOR

Se você quiser esclarecer, comentar, detalhar, solicitar correção e/ou acréscimo, etc. sobre alguma publicação feita pelo *Espaço Vital*, envie sua manifestação.

[CLIQUE AQUI PARA COMENTAR](#)

Notícias Relacionadas



[Chargista Duke - Dom Total](#)

(<https://www.espacovital.com.br/publicacao-38345-boiada-contra-o-consumidor>)

Boiada contra o consumidor

(<https://www.espacovital.com.br/publicacao-38345-boiada-contra-o-consumidor>)

Artigos | 22.09.20

“Medidas de secretaria nacional causam prejuízos a milhões de pessoas. Criou-se no governo um conselho nacional, camuflado de ‘defesa do consumidor’, cuja prioridade é a defesa dos interesses das empresas”. Artigo de Marilena Lazzarini, presidente do IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor.

[Imagens: Freepik/Google- Montagem: EV](#)



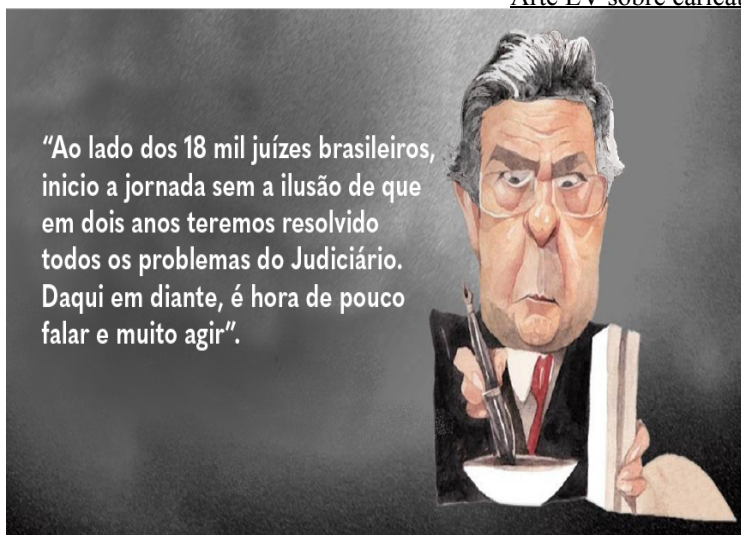
(<https://www.espacovital.com.br/publicacao-38327-a-quem-interessa-a-exclusao-da-advocacia>).

A quem interessa a exclusão da advocacia? **(<https://www.espacovital.com.br/publicacao-38327-a-quem-interessa-a-exclusao-da-advocacia>)**

Artigos | 18.09.20

“A promoção de diálogo acontece entre partes regularmente constituídas e com equilíbrio de forças para que a conversação e a troca de ideias aconteçam”. Artigo de Alessandra Camarano, presidente da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas.

Arte EV sobre caricatura de O Estado de S. Paulo



<https://www.espacovital.com.br/publicacao-38326-devemos-contas-a-sociedade-brasileira>

Devemos contas à sociedade brasileira

(<https://www.espacovital.com.br/publicacao-38326-devemos-contas-a-sociedade-brasileira>)

Artigos | 15.09.20

“Não se justifica que sejamos a Corte Suprema que mais julga processos no mundo. Em 2019, foram 115.603 processos, em contraposição aos 70 casos julgados pela Suprema Corte americana”. Artigo de Luiz Fux, presidente do STF.

Imagem: Acervo EV



<https://www.espacovital.com.br/publicacao-38320-justica-do-trabalho-nao-brinque-com-a-advocacia-gaucha>

Justiça do Trabalho, não brinque com a advocacia gaúcha!

(<https://www.espacovital.com.br/publicacao-38320-justica-do-trabalho-nao-brinque-com-a-advocacia-gaucha>)

Artigos | 15.09.20

“O TRT da 4ª Região criou um grupo para a implementação das medidas de retorno gradual ao trabalho presencial. Ele é formado por duas desembargadoras, cinco juízes, e nove servidores. São 16 pessoas num grupo de alto quilate. Nenhum advogado foi convidado”. Artigo da advogada Bernadete Kurtz (OAB/RS nº 6.937).

(STF/Divulgação) - Arte EV



<https://www.espacovital.com.br/publicacao-38318-rito-de-impeachment-nos-estados-um-debate-necessario-para-proteger-a-democracia>

Rito de impeachment nos Estados: um debate necessário para proteger a democracia

(<https://www.espacovital.com.br/publicacao-38318-rito-de-impeachment-nos-estados-um-debate-necessario-para-proteger-a-democracia>)

Artigos | 15.09.20

“Quatro questões jurídicas de notável relevância constitucional. É necessário que os ministros do STF esclareçam quais são as regras para se instaurar e julgar um processo que pode afastar do cargo de governador de Estado, o representante legitimamente eleito pelos cidadãos”. Artigo de Alisson de Bom de Souza, procurador-geral do Estado de Santa Catarina

Grupo de trabalho formado pelo TRT-4
(<https://www.espacovital.com.br/publicacao-38316-grupo-de-trabalho-formado-pelo-trt4>)

Artigos | 14.09.20

As informações que o leitor obtém no *Espaço Vital* não são - nem pretendem ser - aconselhamento jurídico. Consulte um advogado de sua preferência e/ou confiança, para obter orientação individual em relação à sua situação.

O DEVER DE RENEGOCIAR COMO PRÉ-REQUISITO PARA O AJUIZAMENTO DE AÇÕES DE REVISÃO E RESCISÃO CONTRATUAL EM TEMPOS DE PANDEMIA DE CORONAVÍRUS

O dever de renegociar como pré-requisito para o ajuizamento de ações de revisão e rescisão contratual em tempos de pandemia de Coronavírus

Por:



Gustavo Henrique
Ellerbrock
OAB/PR 90.226



Jean Luís Lima
Coelho
OAB/PR 73.602

Por Drs. Jean Luís Lima Coelho e Gustavo Henrique Ellerbrock, advogados do setor de Direito Imobiliário do Casillo Advogados.

As medidas adotadas pelo poder público com o fito de diminuir os efeitos do Novo Coronavírus, como a determinação de fechamento do comércio e o isolamento social, por exemplo, atingiram em cheio a economia e o cumprimento de contratos de forma geral.

O cenário sem precedentes de instabilidade social, econômica e política tem gerado a necessidade de reequilibrar as obrigações pactuadas e, em casos extremos, ocasionado até mesmo a extinção de contratos.

Não conseguindo sustentar ou manter as prestações assumidas ou os próprios vínculos contratuais – seja por impossibilidade de cumprimento por caso fortuito/força maior, onerosidade excessiva ou qualquer outro fundamento jurídico eventualmente aplicável –, muitos contratantes têm buscado o Poder Judiciário para ver sanados ou ao menos mitigados seus problemas.

É nesse contexto de busca pela jurisdição estatal que surge o questionamento acerca da possibilidade de *judicialização desses conflitos* e a existência de possíveis *condições de ingresso e procedibilidade das ações* – para além das condições da ação historicamente exigidas pela lei processual.

Será que, partindo do princípio da boa-fé objetiva, existiria um *dever prévio de renegociação* que possa ser exigido da parte, bem como a obrigatoriedade de demonstrar que, antes de recorrer ao Poder Judiciário, o contratante teria ao menos tentado engatar *tratativas extrajudiciais* com a outra parte, para resolver de forma amigável a contenda?

Para que as questões sejam admitidas em juízo e adequadamente enfrentadas, seria exigida prova do envio de notificação extrajudicial à contraparte e da resposta negativa? Seria imprescindível a comprovação de tentativas de conciliação ou mediação para a solução do conflito?

À primeira vista, pode parecer que não, inexistindo qualquer requisito ou pressuposto nesse sentido ou qualquer necessidade de comprovação de tratativas prévias e frustradas. Afinal, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal inclui no rol de direitos fundamentais e garante a todos o *amplo acesso ao Judiciário*, sem exceção ou distinção, e sem qualquer exigência ou imposição de condição para procedibilidade da ação.

Ocorre que o cenário atual foge muito à normalidade e apresenta uma excepcionalidade nunca vista no período pós segunda guerra mundial, demandando, assim, soluções que também se revelem extravagantes e, por que não dizer, inovadoras.

Diante dessa inegável necessidade, a doutrina especializada tem trabalhado – sem abandonar o bom senso e a busca pela preservação dos contratos – no desenvolvimento de um critério para conferir aplicabilidade prática aos conceitos de ***dever de renegociar*** e de ***solidariedade contratual***, alçando-os à condição de pré-requisitos para autorizar a judicialização dos conflitos que envolvam obrigações e contratos.

Muito embora a lei processual atual não exija a demonstração desse esforço prévio como condição de ingresso/procedibilidade de demandas judiciais, é certo que o dever de renegociar exsurge da interpretação e aplicação do ***princípio da boa-fé objetiva***, previsto no artigo 422 do Código Civil (“*Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé*”), e do ***princípio da justiça contratual***, que preza pela função de interpretação das normas contratuais, sempre em busca do bem comum e da igualdade material.

Pode-se entender então que na atual conjuntura seria não apenas recomendado, mas exigível que a parte que se sente prejudicada ou em posição de desvantagem na relação contratual, busque pela via administrativa a renegociação com a contraparte, a fim de viabilizar uma solução e evitar a judicialização do conflito, que poderia ampliar ainda mais o abarrotamento e, eventualmente, causar o colapso do sistema judiciário.

Portanto, é plenamente possível defender que o dever de renegociar deve ser observado em todas as etapas contratuais (pré-contratual, contratual e pós-contratual) e, ainda que a lei não tenha tratado o assunto de maneira expressa, como uma exigência para procedibilidade de ação, até porque são os próprios contratantes que possuem melhores aptidões de avaliar as condições contratuais e evitar a judicialização em massa de processos que poderiam ser resolvidos amigavelmente ou por mediação.

O presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha, manifestou-se sobre o tema em painel virtual realizado no dia 27/05/2020 pela TV ConJur, com o título “Impactos da Pandemia no Sistema Financeiro” [1]. Ao final do debate – que envolveu também advogados, desembargadores e autoridades do mercado financeiro –, concluiu-se que ***“a tentativa de renegociação deveria ser uma condição sine qua non de procedibilidade da ação de revisão e resolução contratual em tempos de Covid-19”***.

Mesmo os autores que não defendem expressamente a elevação do dever de renegociar à condição de pressuposto processual, entendem que o descumprimento de referido dever constitui violação à boa-fé objetiva e poderá ser utilizado para, no campo do mérito da ação, implicar na improcedência da pretensão modificativa ou extintiva.

Especificamente na esfera do direito privado, já se visualizam decisões recentes que bebem da mesma fonte para, por exemplo, negar pretensão revisional de locatário de imóvel comercial que, em sede de tutela provisória, requereu moratória para suspender totalmente a cobrança dos encargos da locação, sob o argumento de que referida medida deveria ser objeto de negociação pelas partes (vide Agravo de Instrumento nº 2063701-03.2020.8.26.0000, de relatoria do Desembargador Arantes Theodoro, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo).

Entendimento semelhante também já vinha sendo aplicado em ações de matéria previdenciária, por exemplo, onde o Supremo Tribunal Federal, em julgados recentes, definiu que o interessado que demandar por um benefício previdenciário precisa, necessariamente, comprovar que houve recusa anterior pelo órgão administrativo, de forma que o requisito de cooperação seria perfeitamente compatível com o *princípio do acesso à justiça*.

De todo modo, no presente momento ainda não é possível afirmar com segurança se referida interpretação será aplicada de maneira análoga às pretensões de revisão ou rescisão contratual. Não obstante, seria de bom senso, em tempos de pandemia e crise mundial, que antes de recorrer ao Poder Judiciário com a judicialização de um conflito que poderia ser evitado, as partes – devidamente assistidas por banca especializada de advogados, sempre que necessário – devem dedicar-se a buscar a preservação dos contratos e o cumprimento das obrigações, sempre tendo em vista a *solidariedade contratual* e o *dever de renegociar*.

[1] TV CONJUR. Segurança na crise – Impactos da Pandemia no Sistema Financeiro. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=TzGvQ9UBPHA> [<https://www.youtube.com/watch?v=TzGvQ9UBPHA>]. Acesso em 28.05.2020.

28 DE MAIO DE 2020 POR CASILLO

Share this entry



Gostou do nosso Conteúdo?

Nome*

Email*

Cadastrar

O DEVER DE RENEGOCIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO¹

Thiago Rodovalho

Resumo: Trata-se de estudo que tem por escopo analisar o instituto jurídico da *renegociação contratual*. Para tanto, analisar-se-á a evolução e a transformação por que passou, ao longo dos anos, a própria idéia de contrato, mitigando-se (mas não se suprimindo) em determinadas circunstâncias o princípio do *pacta sunt servanda*, a fim de preservar a vontade original das partes com a contratação (base objetiva do negócio jurídico), inserindo-se, nesse contexto, o *dever de renegociação contratual* que se impõe às partes quando a perturbação ao cumprimento das obrigações ultrapasse a *álea contratual típica*.

Palavras-Chave: contrato – álea contratual – vontade – liberdade contratual – *pacta sunt servanda* – base objetiva do negócio jurídico – base subjetiva do negócio jurídico – perturbação do cumprimento das obrigações – equilíbrio – confiança – cooperação – limite de tolerância – vícios de origem – vícios de execução – dever de renegociação – abuso de direito – revisão – resolução – sentença determinativa

Abstract: This study aims to analyze the concept of *contractual renegotiation*. The evolution and transformation which the idea of contract has undergone will be the examined, including the

¹ Esse trabalho já foi publicado anteriormente no Peru e no Brasil, correspondendo especificamente à versão peruana, mais recente e atualizada, e que contou inclusive com a revisão de alguns posicionamentos anteriores: Thiago RODOVALHO. *O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro*, in Roger Vidal Ramos. (Org.). *Libro de Ponencias del IX° Congreso Nacional de Derecho Civil*, Lima: Lex & Iuris, 2014, pp. 83/114; e Thiago RODOVALHO e Nelson NERY JUNIOR. *Renegociação contratual*, in *Revista dos Tribunais*, v. 906, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 113/155.

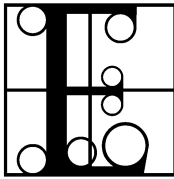
mitigation (but not suppression) of the principle of *pacta sunt servanda*, which seeks the preservation of the parties' original intentions at the time the contract was celebrated (objective basis of legal transactions). If the fulfillment of obligations surpasses the *typical contractual risk*, the *duty to renegotiate the contract* is imposed to the parties.

Keywords: Contract – contractual risk – intention – contractual freedom – *pacta sunt servanda* – objective and subjective basis of legal transactions – fulfillment of obligations – harmony – trust – cooperation – limits of tolerance – defect – execution defect – duty to renegotiate – abuse of right – revision – resolution – indeterminate sentencing

Sumário: 1. Introdução. O contrato. Morte do contrato vs. transformações do direito contratual. Contrato como relação jurídica de *cooperação*.- 2. Fundamentos jurídicos do dever de renegociação contratual. Vícios de *origem* e vícios de *execução*. *Pacta sunt servanda* e base objetiva do negócio jurídico.- 2.1. Notas e considerações acerca do dever de renegociação contratual.- 2.1.1. Cláusula de renegociação [cláusula *hardship*].- 2.1.2. O dever de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro. Princípio geral dos contratos de execução diferida ou de longa duração.- 2.1.3. Conteúdo do dever de renegociar. Adimplemento e inadimplemento do dever de renegociar.- 2.1.4. Abuso de direito no exercício do direito à renegociação.- 2.1.5. Distinção entre *renegociação* e *intervenção judicial nos contratos (revisão judicial do contrato e resolução contratual por onerosidade excessiva)*.- 2.1.6. Cláusula ou dever de renegociação contratual e intervenção do juiz no contrato. Sentença determinativa.- 3. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO. O CONTRATO. MORTE DO CONTRATO VS. TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONTRATU-

AL. CONTRATO COMO RELAÇÃO JURÍDICA DE COOPERAÇÃO.



ntre as figuras do direito privado, o contrato (ao lado da propriedade) certamente se consubstancia em uma das mais polêmicas, mas é também uma das mais fascinantes. De figura incensada no século XIX à figura profundamente criticada no século XX.²

Deste modo, para compreendermos como se situa, atualmente, o *dever de renegociação* nos contratos de execução diferida ou de longa duração, convém tecer breves considerações a essa transformação por que passou a concepção jurídica do contrato.

E para compreender-se essa transformação por que passou o contrato do século XIX para o século XX, duas codificações se apresentam como absolutamente essenciais: o Código Civil francês [*Code Napoléon*, 1804] e o Código Civil alemão [*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB, 1900], o primeiro, a codificação burguesa, o segundo, o mais perfeito diploma civil já elaborado em todos os tempos.³

² António PINTO MONTEIRO. *Discurso*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução* (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991), Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 21: “O contrato é uma daquelas figuras que convoca ao debate temas sempre presentes nas preocupações da ciência jurídica. Ele espelha, de modo exemplar, na sua regulamentação jurídica, as tendências económicas, o modelo social, os postulados filosóficos, culturais e políticos de cada época [...] De «invenção admirável» a «frasco de perfume vazio»; de mecanismo privilegiado do relacionamento económico a instrumento de domínio; de expressão da personalidade humana a meio de opressão; de paradigma da justiça a veículo de abusos e iniquidade – eis alguns dos juízos antagónicos que o contrato suscita. Porventura residirá aí algo do seu fascínio”.

³ Nelson NERY JUNIOR. *Da proteção contratual*, in Ada Pellegrini GRINOVER et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 9.^a ed., São Paulo: Forense Universitária, 2007, p. 507. A esse respeito, v. também Franz WIEACKER. *História do direito privado moderno*, 3.^a ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, § 25, IV, 3, p. 554: “De facto, como contribuição da

Nesse contexto, o contrato, sob a égide inaugural do *Code Civil*, gozou de um período de pilastra mestra do direito privado [sempre ao lado da propriedade],⁴ *simbolicamente*⁵ [mas cuja simbologia revela a força de que gozava o contrato para o Código Civil francês] tido como *força de lei entre as partes* [CC fr. 1134 “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*” (destacamos)].

Assim o era porque o, na época, novo código civil francês, e como expressão da Revolução Francesa, tinha também como objetivo expurgar a antiga *sociedade feudal*, assentada em um Estado de privilégios e *classes sociais estancadas* [nobreza], procurando centrar a nova sociedade que se inaugurava na França nos ideais da *liberdade, igualdade* [que se revelou inicialmente uma igualdade meramente *formal*] e *fraternidade*.⁶

técnica jurídica, o Código Civil Alemão constitui uma obra prima; então ele era a ordem jurídica mais jovem e mais moderna da Europa. Na realidade, ele foi saudado como o código mais progressivo de todo o mundo da época e passou a constituir, e não apenas na Europa, uma peça do mesmo nível do Code Civil, até então tomado como modelo exclusivo”.

⁴ O Código Civil era *le palladium de la propriété*, na expressão de Portalis [Jean-Etienne-Marie PORTALIS. *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, Bordeaux: Confluences, 1999, p. 15]. O próprio contrato, como observa Enzo Roppo, ocupava, de certa maneira, uma posição não autônoma, servil ao direito de propriedade, estando inserido, no *Code*, no capítulo referente aos *diversos modos de aquisição da propriedade* [Enzo ROPPO. *O contrato*, Coimbra: Almedina, 2009, § 4.2, p. 42].

⁵ Dizemos *simbolicamente* na atual compreensão que se tem dado à expressão *força de lei*. Nesse sentido, cfr. Giorgio CIAN e Alberto TRABUCCHI, em comentário ao CC ita. 1372 [“*Efficacia del contratto. Il contratto ha forza di legge tra le parti*”], cuja redação é inspirada na do CC fr. 1134: “*l’espressione «il contr. ha forza di legge tra le parti» avrebbe carattere enfatico, e non un preciso significato giur.*” [Giorgio CIAN e Alberto TRABUCCHI. *Commentario breve al codice civile*, 9.^a ed. (a cura di Giorgio Cian), Padova: CEDAM, 2009, coment. I CC ita. 1372, p. 1437].

⁶ Cfr. Claus-Wilhelm CANARIS. *A liberdade e a justiça contratual na «sociedade de direito privado»*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991)*, Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997, p. 52. V. ainda Jean-Etienne-Marie PORTALIS. *Discours*, cit., p. 61: “*la nation française, qui a su conquérir la liberté*

Essa suplantação da antiga *sociedade feudal* a que visava a Revolução Francesa [*Code Napoléon*], explica, em parte, a enorme influência que o *Code* teve ao redor do mundo, traduzindo-se no *código do século XIX* [impacto *formal* e também de *conteúdo*],⁷ influenciando tanto novas codificações como sendo, até, simplesmente transposto para outras nações, que o adotavam integralmente [sua influência estendeu-se inclusive à Alemanha, onde também chegou a ser adotado em algumas regiões,⁸ antes da promulgação do BGB em 1896 (que entrou em vigor em 1900)].

Tratava-se de nova codificação fortemente influenciada pelas doutrinas de DOMAT e POTHIER,⁹ na qual o *contrato*, como exercício da autonomia privada, traduzia-se na maior expressão da liberdade individual,¹⁰ e isso era tão caro aos fran-

pars les armes, saura la conserver et'affermir par le lois".

⁷ Cfr. Franz WIEACKER. *História*³, cit., § 19, IV, 3, p. 391: "O Code Civil é um código de direito privado de primeira plana. Na sua estrutura rigorosa e transparente, na sua linguagem clara e epigramática, na qual um Stendhal reconheceu ter-se inspirado, ele é superior a qualquer dos anteriores códigos alemães; a racionalidade e razoabilidade das normas jurídicas partilha-a ele com os restantes dois. A sua forte tensão política confere-lhe uma coesão e uma pureza de estilo que, nos outros, acaba por ser mais característica do ALR, ainda proveniente de uma concepção do Estado do antigo regime, do que do ABGB".

⁸ Sobre a influência do *Code Civil* no direito alemão, cfr., entre outros Franz WIEACKER. *História*³, cit., § 19, III e IV, pp. 385 *et seq.*, especialmente p. 389; e Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP e Martin WOLFF. *Tratado de derecho civil – parte general*, tomo I (Introducción, derecho objetivo, derechos subjetivos, sujeto del derecho e objeto del derecho), 2.^a ed., Barcelona: Bosch, 1953, § 9, III, p. 28.

⁹ Na obra de Pothier, cfr., por exemplo, Robert Joseph POTHIER. *Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro das consciencia, e do foro externo*, trad. de José Homem CORRÊA TELLES, t. I, Rio de Janeiro-Paris: H. Garnier, 1906, § 3, p. 4, e § 85, pp. 58 *et seq.*

¹⁰ Alfred FOUILLEE. *La science sociale contemporaine*, 2.^a ed., Paris: Librairie Hachete et Cie., 1885, III, p. 53 e V, p. 352: "La civilisation n'a fait que développer les vertus dont le contract dépend et qui sont les vertus sociales par excellence : le souci de la liberté personnelle, le respect pour la liberté des autres, la fidélité à sa parole, la confiance dans la parole d'autrui" [...] "La liberté individuelle est le point de départ, l'union fraternelle des libertés est le point d'arrivée". V. também Enzo ROPPO. *O contrato*, cit., § 2.3, pp. 28/29.

ceses que ele, contrato, na célebre expressão FOUILLÉ, passava a ser identificado com a idéia de *justiça* (*justice contractuelle*)¹¹ [*qui dit contractuel dit juste*].¹²

Assim, esse novo código civil, que tinha como vigas mestres a *propriedade* e o *contrato*, criou o campo jurídico no qual a burguesia pôde desenvolver-se, consolidando as bases e as condições necessárias [ambiente de liberdade] para que o capitalismo se expandisse, traduzindo-se no século [século XIX] em que a Europa enriqueceu-se enormemente.¹³

A crítica que se faz – correta e necessariamente – ao *Code* e ao século XIX é a de que, conquanto liberdade e a igualdade [ainda que meramente formal] tenham se efetivado, o ideal da fraternidade [bem como a igualdade *substancial*] jamais se operou de fato.

Nesse cenário *jurídico* e *fático* em que se contentava com a mera igualdade formal e sem que se concretizasse o ideal da fraternidade, a estrutura hermética do *Code* não foi suficiente para dar as respostas necessárias exigidas pela sociedade.

Assim, se de um lado o *Code Napoléon* forneceu as bases necessárias ao desenvolvimento do capitalismo e ao enri-

¹¹ Cfr. Alfred FOUILLÉE. *La science*², cit., III, pp. 45/47. Essa expressão *justice contractuelle* ganha nova roupagem na doutrina francesa moderna; cfr. Jacques GHESTIN e Christophe JAMIN. *Le juste et l'utile dans les effets du contrat*, in Antônio PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., pp. 123 *et seq.*

¹² Alfred FOUILLÉE. *La science*², cit., VI, p. 410: “*En définitive, l'idée d'un organisme contractuel est identique à celle d'une fraternité réglée par la justice, car qui dit organisme dit fraternité, et qui dit contractuel dit juste*”; na tradução para o espanhol, cfr. Alfred FOUILLÉE. *La ciencia social contemporánea*, Madrid: La España Moderna, 1922, VI, p. 404: “*En definitiva, la idea de un organismo contractual es idéntica á la de una fraternidad reglada por la justicia, pues quien dice organismo dice fraternidad, y quien dice contractual dice justo*”. V, ainda, estudo do autor sobre a *fraternidade* (e dignidade da pessoa humana), Alfred FOUILLÉE. *La science*², cit., V, pp. 323 *et seq.*, especialmente p. 329.

¹³ Nesse sentido, cfr. José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *Função social da propriedade*, in Débora GOZZO, José Carlos MOREIRA ALVES e Miguel REALE. *Principais controvérsias no novo código civil*, São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 18/19. *A idade de ouro da liberdade absoluta* (John GILISSEN. *Introdução histórica ao direito*, 3.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 738)

quecimento da Europa, por outro lado, essa estrutura *fechada* do código civil francês contribuiu, e muito, para as distorções em matéria contratual [submissão da parte mais fraca], além das graves distorções sociais decorrentes dessa submissão.

E a Revolução Francesa, avessa à magistratura [formada na época por nobres do antigo regime], procurou em um código hermético a segurança jurídica de que precisava,¹⁴ daí porque a interpretação que se dava, inicialmente, ao *Code* era literal e exegética.

Em razão disso, o *pacta sunt servanda* foi levado às últimas consequências, de modo que a doutrina francesa interpretava com rigor a expressão segundo a qual o contrato “*tiennent lieu de loi*” entre as partes.¹⁵

Essa concepção excessivamente formal e rigorosa do contrato, ignorando a inexistência, muitas vezes, de igualdade substancial entre as partes, bem como as perturbações que po-

¹⁴ V. CC fr. 5.º “*Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises*”. Cfr., ainda, V. ainda Jean-Etienne-Marie PORTALIS. *Discours*, cit., pp. 22 e 25: “*Quand la loi est claire, il faut la suivre ; quand elle est obscure, il faut en approfondir les dispositions. Si l’on manque de loi, il faut consulter l’usage ou l’équité [...] les lois commandent; il sert de boussole et les lois de compas*”.

¹⁵ Nesse sentido, cfr. a exaltação de Demolombe, ao comentar o CC fr. 1134: “*Et d’abord, que toute convention, légalement formée, doive tenir lieu de loi aux parties, cela est d’evidence! cet effet-là est essentiel! puisque, autrement, la convention elle-même n’existerait pas*” [Jean-Charles Florent DEMOLOMBE. *Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles*, v. XXIV (t. 1.º do Tratado), Paris: A. Lahure, 1880, § 387, p. 372]; e François LAURENT. *Cours élémentaire de droit civil*, t. II (arts. 711 a 1233), Bruxelles: Bruylant-Christophe et Cie., 1881, § 544, p. 391: “*La loi est l’expression de la volonté générale; elle oblige non-seulement les citoyens, elle oblige aussi le pouvoir chargé d’exécuter les lois et le pouvoir chargé de les appliquer. Toute considération d’équité est subordonnée à la loi ; le juge doit l’appliquer, alors même qu’elle lui paraîtrait injuste: il n’a pas pour mission de juger la loi, il doit juger d’après la loi [...] Le juge aussi est lié par les conventions des parties, il ne peut pas les modifier au nom de l’équité*”. A esse respeito, v., ainda, Marcel PLANIOL. *Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit*, t. II, 9.ª ed., Paris: LGDJ, 1923, §§ 1164/1167, pp. 393/394.

dem afetar o cumprimento das prestações,¹⁶ fazendo com o contrato se tornasse fonte de subjugação do mais fraco, fez com ele [contrato] fosse fortemente criticado e enfrentasse sua *crise*,¹⁷ como de uma forma geral enfrentou aquele modelo que codificação hermética como o era o *Code Napoléon*.

Nesse sentido, essa hipertrofia da idéia de contrato e de exagerada liberdade contratual, conduziram a enormes injustiças *substanciais* nos contratos [*contratos substancialmente injustos*],¹⁸ o que foi agravado com as crises sociais do final do século XIX e começo do século XX, em um tenso ambiente que culminou em duas grandes guerras [1.ª Guerra Mundial (1914/1918) e 2.ª Guerra Mundial (1939/1945)].

Nesse período, em matéria *contratual*, o *Code* e sua interpretação exegética não eram mais aptos a fornecer as respostas adequadas.

E foi justamente *fechando* o século XIX e *abrindo* o século XX que foi promulgado o BGB (publicado em 1896 e entrando em vigor em 1900),¹⁹ período no qual a influência da doutrina alemã já começava a sobrepujar a doutrina francesa.

O BGB inaugura um novo modelo de código civil, agora não mais rígido e fechado, mas um código dotado de certa *mobilidade*,²⁰ que lhe é conferida pela presença das cláusulas

¹⁶ Embora, curiosamente, tenha sido a França um dos primeiros países, no começo do século XX, a editar leis admitindo a resolução de contratos em razão da perturbação nas prestações ocasionada pela situação de guerra. V. Loi Faillot, de 21 de janeiro de 1918.

¹⁷ Críticas essas que encontravam eco na doutrina francesa, como se pode observar em Georges RIPERT. *O regimen democrático e o direito civil moderno*, São Paulo: Saraiva, 1937, pp. 271 *et seq.*

¹⁸ Enzo ROPPO. *O contrato*, cit., § 3.3, p. 38.

¹⁹ Sobre os trabalhos de elaboração do BGB, cfr., entre outros, Franz WIEACKER. *História*³, cit., § 25, pp. 536 *et seq.*; e Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP e Martin WOLFF [revisto por Hans Carl Nipperdey]. *Tratado*², t. I, cit. § 11, pp. 29 *et seq.*

²⁰ Um código que é um *sistema*, mas que não é *fechado*, que também não é *aberto*, e que é, sim, *móvel* [dotado de mobilidade a ensejar aperfeiçoamento por intermédio do exercício, da aplicação e da interpretação das cláusulas gerais]; Nelson NERY JUNIOR. *A base do negócio jurídico e a revisão do contrato*, in Selma Negrão Pereira dos REIS (coord.) *et al. Questões de direito civil e o novo código*, São Paulo:

gerais (*Generalklauseln*),²¹ ainda que esse modelo *móvel* traga, em si, um certo grau de incerteza jurídica, exigindo uma postura *responsável e prudente* da doutrina e, especialmente, da jurisprudência.²²

MPSP/Imprensa Oficial, 2004, p. 48. V. também Claus-Wilhelm CANARIS. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, 4.ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, § 4.º, pp. 127 *et seq.*

²¹ Sobre o tema, v. amplamente Fabiano MENKE. *A interpretação das cláusulas gerais: a subsunção e a concreção dos conceitos*, in Claudia LIMA MARQUES. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 50, São Paulo: Revista dos Tribunais, Abril-2004, pp. 9 *et seq.* V., ainda, Nelson NERY JUNIOR. *Contratos no código civil – apontamentos gerais*, in Domingos Franciulli Neto *et al.* *O novo código civil – homenagem ao professor Miguel Reale*, 2.ª ed., São Paulo: LTr, 2007, pp. 421/423; e Franz WIEACKER. *História*³, cit., § 25, III, pp. 545 *et seq.* A esse respeito, cfr. também Michele GIORGIANNI. *La morte del codice ottocentesco*, in ‘Rivista di diritto civile’, Padova: CEDAM, 1980, I, p. 52/55, em especial p. 53: “*Il codice dell’800 non solo è al tramonto – dicevo – ma è morto. È morto perché è cambiato l’ambiente culturale in cui esso era sorto, perché è morta quella civiltà che esso era chiamato a disciplinare [...] Il codice dell’800, come è stato ricordato ieri, operava in una società che esaltava l’individuo. La società attuale all’individuo deve necessariamente aggiungere una qualificazione che richiama il gruppo economico a cui appartiene*”.

²² Nelson NERY JUNIOR. *Contratos*, in Domingos FRANCIULLI NETO *et al.* *O novo código civil – homenagem ao professor Miguel Reale*², cit., § 22, pp. 430/431; e Karl LARENZ. *Derecho civil – parte general*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, § 1.º, IV, pp. 33/34. A esse respeito, cfr. também Michele GIORGIANNI. *La morte del codice ottocentesco*, in ‘Rivista di diritto civile’, cit., p. 55: “*La nuova tecnica normativa fa talora gridare che è finita la certezza del diritto, mas in realtà, è la fine di un certo tipo di certezza, no la fine della certezza. Certo la nuova técnica finisce con l’attribuire al giudice maggiori poteri. Ma l’esperienza dimostra che il giudice – anche allorché operava in un campo lo costringeva a minore latitudine interpretativa – non è stato mai sordo ai richiami dell’ambiente in cui vivera. L’idea di un giudice che operasse in un ambiente che lo isolava dalla luce e dai rumori esterni, è sicuramente fuori della realtà*”. Na Alemanha, como noticia Franz WIEACKER. *História*³, cit., § 25, III, 3, pp. 545/546, esse sistema *móvel* que conclama o juiz à auto-responsabilidade, encontrou (na Alemanha) uma jurisprudência civilista que se mostrou “*suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à «obediência inteligente» do juiz (Heck) quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou, com uma calma reflectida e ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social*”. No Brasil, onde esse modelo de *código civil aberto* ainda é relativamente novo [o atual CC bra. é de 2002], a jurisprudência ainda vem evoluindo entre a tensão da *segurança jurídica* e o uso responsável das *cláusulas gerais*; a esse respeito, como pontuou José Oliveira ASCENSÃO, em entrevista ao *sítio eletrônico* Consultor Jurídico, em

Contudo, foi justamente essa *mobilidade*²³ conferida ao sistema de direito privado, pelo BGB e pela doutrina alemã, que contribuiu para a *transformação* do contrato,²⁴ incutindo-lhe – a ele, contrato – uma conotação e um sentido também *ético e social* [*boa-fé*²⁵ e *função social do contrato*].

Esse período começa a marcar uma migração do *individualismo* para a *socialidade* e o *Estado de Bem-estar Social* [*Welfare State*],²⁶ no qual o fundamento ideológico passa a ser

12.10.2009 [http://www.conjur.com.br/2009-out-12/entrevista-jose-oliveira-ascensao-professor-direito-civil]: “A situação do Brasil é muito paradoxal. No século XIX e grande parte do século XX, o Brasil viveu numa situação de positivismo jurídico. Considerava-se que as leis deviam ser aplicadas cegamente. Ainda assim, havia e há uma discrepância entre o que dizem as leis e o que se aplica. É um problema de formação jurídica. É preciso que as pessoas que aplicam a lei tenham a formação jurídica adequada para manusear as leis que agora já não são rígidas, não são mais aqueles instrumentos que tiravam do juiz a possibilidade de procurar algo mais perfeito. Se o juiz não é capaz de utilizar esse instrumento, o resultado não é bom. Tenho esperança de que o Código Civil seja um estímulo ao reforço da formação jurídica. Portanto, estamos entre uma potencialidade e um risco. Vamos ver o que acontece”.

²³ Mobilidade essa que é responsável pela sobrevivência do BGB até os dias de hoje; Nelson NERY JUNIOR. *Contratos*, in Domingos FRANCIULLI NETO et al. *O novo código civil – homenagem ao professor Miguel Reale*², cit., § 4, p. 421; e Orlando GOMES. *A caminho dos micro-sistemas*, in ‘Novos temas de direito civil’, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 42.

²⁴ E, como acentua Guido Alpa, o BGB é um dos poucos códigos a dar uma disciplina analítica aos contratos [declaração da vontade (§§ 116/144), contrato em geral (§§ 145/185), e obrigações contratuais (§§ 305/361)] (Guido ALPA. *Princípios gerais e direito dos contratos. Um inventário de dicta e de questões*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 102).

²⁵ Embora o CC fr. 1134 3.ª parte já contivesse preceito preconizando que os contratos deveriam ser executados de boa-fé [*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*], a interpretação hipertrofiada que se dava ao contrato na exegética francesa impediu que essa previsão tivesse gozado do impacto e da relevância do BGB § 242 [*Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*], no espanhol “*El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico*”].

²⁶ Cfr. CF mex. (1917) Art. 4.º: “*El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o*

o personalismo ético²⁷ [dignidade da pessoa humana], com uma percepção de que a liberdade extremada que vigia na concepção de contrato do século XIX não condizia mais com essa nova sociedade, de tal sorte que essa *publicização* ou *socialização* do direito privado foi especialmente sentida no campo do direito contratual [do *laissez-faire contratual* à *publicização do contrato*].²⁸

Em razão dessa maior ingerência Estatal na vida dos contratos, traçando-lhe limites e delineando a liberdade de contratar, muito se falou, no século XX, em *decadência dos contratos*²⁹ ou *crise dos contratos* ou ainda *a morte dos contra-*

el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa”; e Constituição de Weimar (1919) Art. 152: “*Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig*” [“*Freedom of contract is the foundation of economic transactions, according to the laws. Usury is prohibited. Legal transactions offending good manners are invalid*”] (tradução livre: “Em matéria econômica vigora a liberdade contratual, conforme estabelece a lei. A usura é proibida. Os negócios jurídicos contrários aos bons costumes são nulos”). Sobre o movimento social pioneiro do México, com o surgimento de sua Constituição Federal de 1917, v. amplamente Jorge CARPIZO. *La constitución mexicana de 1917*, 6.ª ed., México: Porrúa, 1983, pp. 21/58, em especial: “*La Constitución Mexicana de 1917 es el fruto del primer movimiento social que vio el mundo en el siglo XX*” (p. 21). Cfr. também José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *Função social da propriedade*, in Débora GOZZO, José Carlos MOREIRA ALVES e Miguel REALE. *Principais controvérsias no novo código civil*, São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20

²⁷ Karl LARENZ. *Derecho civil*, cit., § 2.º, pp. 44 *et seq.*

²⁸ Mário Júlio de ALMEIDA COSTA. *Direito das obrigações*, 11.ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, § 23, p. 203; António PINTO MONTEIRO. *Discurso*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 21. É a decadência do voluntarismo jurídico, que substituiu o *dogma* da «autonomia da vontade» pelo conceito de «autonomia privada» (*Privatautonomie*) [Orlando GOMES. *Contrato de adesão (condições gerais dos contratos)*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, p. 30]. Essa transformação não foi sentida apenas nos países de *Civil Law*, mas igualmente nos países de *Common Law* (para uma ampla perspectiva no direito inglês, v., entre outros, P. S. ATIYAH. *The rise and fall of freedom of freedom of contract*, New York: Oxford, 2003, pp. 572 *et seq.*, especialmente pp. 716 *et seq.*). V., ainda, Ary Barbosa GARCIA JUNIOR. *O declínio da autonomia privada*, in Carlos Alberto BITTAR (Org.). *Os contratos de adesão e o controle de cláusulas abusivas*, São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 25 *et seq.*

²⁹ Cfr. José Ignacio Cano Martínez de VELASCO. *La decadencia del contrato – el*

tos.³⁰

Esses anúncios de *decadência* ou de *morte* do contrato são, em verdade, equivocados e exagerados.³¹ O contrato não morreu nem morrerá; o contrato, sim, é verdade, *transformou-se* e salvou-se. Houve, assim, uma *revisão do conceito jurídico de contrato*.

Dizemo-lo que o contrato *salvou-se*, com essa transformação, posto que, permanecendo aquela concepção exegética e formal de contrato, ela fatalmente levaria ao aniquilamento daquilo que ela própria pretendia proteger: a liberdade. Somente pode haver *liberdade* onde a manifestação de vontade não se traduz como *submissão* do mais fraco ao mais forte.³² Nesse caso, não há liberdade e sim mera subjugação.

Quando o ordenamento jurídico, no século XX, começa a revisar o conceito de contrato, introduzindo-lhe novos e essenciais preceitos [tais como *cooperação, deveres laterais, equilíbrio e proporção, boa-fé, função social, ordem pública, equidade como critério de determinação ou integração do con-*

derecho robot, Barcelona: Bosch, 2011, *passim*.

³⁰ Cfr. Grant GILMORE. *La morte del contratto* (com prefácio de Guido Alpa), Mila-
no: Giuffrè, 1999, *passim*, especialmente pp. 49 *et seq*, no qual o autor prega a morte
do contrato (“*il contratto sia morto*”), pretendendo substituí-lo pela Teoria da *Consi-*
deration [v. pp. 3/4]. A esse respeito, cfr. também Fernando ARAÚJO. *Teoria*
econômica do contrato, Coimbra: Almedina, 2007, § 47, pp. 706 *et seq*.

³¹ Fernando ARAÚJO. *Teoria*, cit., § 47, p. 707; Mário Júlio de ALMEIDA COSTA.
*Direito das obrigações*¹¹, cit., § 23, pp. 201/203; e João de Matos ANTUNES VARELA.
Das obrigações em geral, v. 1, 10.^a ed. (5.^a reimp.), Coimbra: Almedina, 2000, § 53,
nota 1, pp. 211/212.

³² Cfr. Claus-Wilhelm CANARIS. *A liberdade*, in António PINTO MONTEIRO (coord).
Contratos: actualidades e evolução, cit., § 2, pp. 51 e 61. V., ainda, Heinrich Ewald
HÖRSTER. *A parte geral do código civil português – teoria geral do direito civil*,
Coimbra: Almedina, 2009 (5.^a reimp), § 90, p. 55: “*De outro modo, uma autonomia*
privada, baseada numa igualdade formal sem limitações, conduziria, em etapas
sucessivas, à eliminação dos mais fracos pelos mais fortes e à eliminação da pró-
pria autonomia privada. No entanto, ‘a autonomia privada não está à disposição da
*autonomia privada’ (Bernd RÜTHERS. *Allgemeiner Teil des BGB*, 8.^a ed. München,
1991, n. 40, ver também n. 24; Helmut KÖHLER. *BGB Allgemeiner Teil*, 21.^a ed.,
München, 1991, pp. 105/106)”.*

trato,³³ *justiça contratual*, *abuso de direito*, *lesão*, *enriquecimento sem causa*,³⁴ *revisão do contrato*, *onerosidade excessiva*, *direito à renegociação contratual*,³⁵ *responsabilidade pré-contratual (culpa in contrahendo)*,³⁶ *violação positiva do contrato*³⁷ etc.³⁸], que originariamente não lhe eram tão caros, essa transformação, em verdade, *salva o contrato e salva a própria liberdade contratual*, permitindo a verdadeira *coexistência de liberdades [integração de liberdades coexistentes, equilíbrio das liberdades]*³⁹ e não o mero subjugo [contratual].

³³ Cfr. CC ita. 1374: “*Integrazione del contratto. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità*”. V., ainda, Fabrizio CRISCUOLO. *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell’arbitro (o del Giudice) di equità*, in ‘Rivista dell’Arbitrato’, Milano: Giuffrè, 1999, p. 73.

³⁴ A vedação ao enriquecimento sem causa é preceito *basilar* do direito, que se traduz em questão de *ordem pública*, sendo, para alguns, *princípio geral de direito* (Pietro TRIMARCHI. *L’arricchimento senza causa*, Milano: Giuffrè, 1962, pp. 3/8) ou *cláusula geral* (Giovanni Ettore NANNI, *Enriquecimento sem causa*, São Paulo: Saraiva, 2005, pp. 186/193)

³⁵ Sobre o tema, cfr. Giovanni Ettore NANNI. *A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro*, in Associação dos Advogados de São Paulo. *Revista do Advogado*, n.º 116, julho de 2012, pp. 88/97; Thiago RODOVALHO. *Obrigações e riscos*, in Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais (coord. José Horácio Halfeld Rezende Ribeiro), n. 62, São Paulo: Revista dos Tribunais/IASP, out./dez de 2013, pp. 165/196; e Thiago RODOVALHO. *O caso da soja e a base objetiva do negócio jurídico – vícios de origem e vícios de execução*, in Instituto dos Advogados de São Paulo. *Revista Letrado*, v. 101, 2012, pp. 38/39.

³⁶ Cfr. Rudolf von IHERING. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, Coimbra: Almedina, 2008, *passim*.

³⁷ V. Herman STAUB. *Le violazioni positive del contratto*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001, *passim*; e JORGE CESA Ferreira da Silva. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007 (2ª. tiragem), *passim*.

³⁸ Todos *fundamentos «morais» do direito privado* (a esse respeito, cfr. James GORDLEY. *Los fundamentos morales del Derecho Privado*, trad. César Edwin Moreno More, in Revista Ius et Veritas, Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, n.º 47, Dezembro de 2013, pp. 16/34).

³⁹ Immanuel KANT. *Metafísica dos costumes – princípios metafísicos da doutrina do direito*, Parte I, Lisboa: Edições 70, 2004, pp. 36/37: O Direito é, pois, “*o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um se pode harmonizar com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal [...] uma acção que, ou cuja máxima, permite à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos, de acordo com*

Essa compreensão é importante para termos o contrato não como *morto* e sim como revigorado,⁴⁰ haja vista que ele, contrato, se traduz em uma das mais importantes formas de *criação e circulação de riquezas*.⁴¹ Mais do que isso, o contrato é *expressão da liberdade humana*, guardando o *princípio da liberdade contratual* estreita relação com o próprio *princípio da democracia*, sendo, por isso, constitucionalmente protegido.⁴²

Por isso, essa *transformação e revisão do conceito de contrato* «não» têm o condão de traduzir-se em negação da «autonomia privada» [i.e., o *poder de criar normas jurídicas*

uma lei universal”.

⁴⁰ António PINTO MONTEIRO. *Discurso*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 21: “*Diagnosticou-se a «crise» do contrato, apregooou-se o seu «declínio», anunciou-se a sua «morte» - mas é a sua vitalidade jurisgénica que ressalta*”. V. também João de Matos ANTUNES VARELA. *Das obrigações*¹⁰, v. 1, cit., § 59, pp. 228/229.

⁴¹ Enzo ROPPO. *O contrato*, cit., § 1.2, pp. 10/15; António PINTO MONTEIRO. *Discurso*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 21.

⁴² Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Código Civil Comentado*, 7.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, coments. 3 e 7 CC 421, pp. 529/530; Heinrich Ewald HÖRSTER. *A parte geral*, cit., § 83, p. 52. Dissertando sobre relevância da liberdade contratual para a sociedade de direito privado e sobre a estreita relação entre ela [liberdade contratual] e o princípio da democracia, v. Claus-Wilhelm CANARIS. *A liberdade*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., pp. 51 e 56. Ainda sobre a importância da *liberdade contratual* para a Democracia, vale registrar que a Rússia, após o fim do Comunismo, passou a proteger, já na abertura de seu atual código civil, a liberdade contractual, bem como reconhecer as garantias da liberdade individual, direito de propriedade; CC rus. 1.º: “*The civil legislation shall be based on recognizing the equality of participants in the relationships regulated by it, the inviolability of property, the freedom of agreement, the inadmissibility of anybody’s arbitrary interference into the private affairs, the necessity to freely exercise the civil rights, the guarantee of the reinstatement of the civil rights in case of their violation, and their protection in the court*” (destacamos) [a esse respeito, cfr. Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, pp. 133/141; na tradução para o espanhol: Thiago RODOVALHO. *Abuso del derecho y derecho subjetivos*, traducción de Juan Carlos Panes Solórzano y César Edwin Moreno More, Lima: Ara Editores, 2014, pp. 139/145].

«dentro dos limites» impostos pelo ordenamento jurídico],⁴³ e, por consequência, da liberdade contratual,⁴⁴ mas sim a *funcionalização*⁴⁵ [função social] da autonomia privada e da liberdade contratual [igualmente como se passou com a *funcionalização* (função social) da propriedade⁴⁶], delineando-lhe contor-

⁴³ Luigi FERRI. *L'autonomia privata*, Milano: Giuffrè, 1959, p. 5: “*L'autonomia privata non è espressione di una mera liceità o facoltà, ma manifestazione di potere e precisamente del potere di creare, entro limiti posti dalla legge, delle norme giuridiche*”. Em sentido próximo, cfr. Ana PRATA. *A tutela constitucional da autonomia privada*, Coimbra: Almedina, 1982, p. 11: “*A autonomia privada ou liberdade negocial traduz-se pois no poder reconhecido pela ordem jurídica ao homem, prévia e necessariamente qualificado como sujeito jurídico, de juridicizar a sua actividade (designadamente, a sua actividade económica), realizando livremente negócios jurídicos e determinando os respectivos efeitos*”. V., ainda, Judith MARTINS-COSTA. *O método da concreção e a interpretação dos contratos: primeiras notas de uma leitura suscitada pelo código civil*, in Mario Luiz DELGADO e Jones Figueirêdo ALVES. *Novo Código Civil – Questões controvertidas no direito das obrigações e dos contratos*, v. 4, São Paulo: Método, 2005, p. 131; Eduardo Silva da SILVA. *Arbitragem e direito da empresa – dogmática e implementação da cláusula compromissória*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, pp. 57/70; Rosa Maria de ANDRADE NERY. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, pp. 238/239; e Orlando GOMES. *Novos temas de direito civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 81

⁴⁴ Claus-Wilhelm CANARIS. *A liberdade*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 56: “*Se se quer responder à questão da razão da legitimação da liberdade contratual, é preciso ter sempre em conta que, no fundo, só existe uma alternativa: a elaboração dos negócios jurídicos pelo Estado, através dos meios do poder público. Portanto, só em comparação com esta alternativa é que se pode dar um testemunho razoável sobre a validade ou a futilidade da liberdade contratual*”.

⁴⁵ Cfr. Norberto BOBBIO. *Da estrutura à função – novos estudos de teoria do direito*, Barueri: Manole, 2007, especialmente Cap. 4, pp. 53 *et seq.* V., ainda, Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 1.º, pp. 25 *et seq.*, e § 3.1.5, pp. 104/115; na tradução para o espanhol: Thiago RODOVALHO. *Abuso del derecho y derecho subjetivos*, traducción de Juan Carlos Panez Solórzano y César Edwin Moreno More, Lima: Ara Editores, 2014, § 1.º, pp. 33 *et seq.*, e § 3.1.5, pp. 108/120.

⁴⁶ Cfr. Constituição de Weimar (1919) Art. 153: “*Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen*

nos a fim de evitarem-se abusos,⁴⁷ viabilizando, assim, a *coexistência de liberdades* [*integração de liberdades coexistentes, equilíbrio das liberdades*] que marca um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a relação jurídica *contratual* [como expressão máxima da relação jurídica obrigacional] passa a ser vista como uma relação jurídica de *cooperação entre as partes*,⁴⁸ de *equilíbrio e proporção*,⁴⁹ permeada pela *boa-fé*⁵⁰ e

Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste”. [“Property is guaranteed by the constitution. Laws determine its content and limitation. Expropriation may only be decreed based on valid laws and for the purpose of public welfare. It has to be executed with appropriate compensation, unless specified otherwise by Reich law. Regarding the amount of the compensation, the course of law at general courts has to be kept open in case of a controversy, unless Reich laws specify otherwise. Expropriations by the Reich at the expense of the states, communities or charitable organizations may only be executed if accompanied by appropriate compensation. Property obliges. Its use shall simultaneously be service for the common best”] (tradução livre: “A propriedade é garantida pela Constituição. Seus conteúdos e suas limitações decorrem das leis. A desapropriação somente poderá ser feita se atender ao bem comum e exista base legal para isso. Far-se-á sempre mediante adequada indenização, salvo se a lei do Reich dispuser em contrário. Caso haja litígio o valor da indenização poderá ser discutido nos tribunais ordinários, salvo se as leis do Reich dispuserem diversamente. O Reich somente poderá desapropriar os Estados, Municípios e coletividades de interesse geral mediante indenização. A propriedade obriga. Seu uso deve constituir, ao mesmo tempo, um serviço no mais alto interesse público”).

⁴⁷ Limite *negativo* (o que não se pode fazer), Claus-Wilhelm CANARIS. *A liberdade*, in Antônio PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 58. V. também Heinrich Ewald HÖRSTER. *A parte geral*, cit., §§ 107/108, pp. 65/66.

⁴⁸ Emilio BETTI. *Teoria general de las obligaciones*, t. I, trad. de José Luis de Los Mozos, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969, pp. 2 *et seq*: “la idea de cooperación es el hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las cuestiones más importantes del Derecho de obligaciones” [p. 3]. No mesmo sentido, Judith MARTINS-COSTA. *Comentários ao novo código civil – do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420)*, v. V, t. II, Coord. Sálvio de Figueiredo TEIXEIRA, Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 20/30; e Thiago RODOVALHO. *Algumas considerações sobre o perfil atual do direito das obrigações*, in ‘Revista de Direito Privado’, n. 37, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2009, p. 261. V., ainda, Francesco MACARIO. *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli: Jovene,

pela idéia de *equidade* [executada de boa-fé], traduzindo-se em um *processo*, e polarizada pelo seu *fim*⁵¹ [cumprimento da prestação principal e conseqüente liberação das partes].

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DEVER DE RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL. VÍCIOS DE *ORIGEM* E VÍCIOS DE *EXECUÇÃO*. *PACTA SUNT SERVANDA* E BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO.

Deste modo, nesse novo cenário em que se delineou uma nova concepção da relação jurídica contratual, *os contratantes* passaram a gozar, em suma, de dois momentos de proteção na vida contratual: (i) proteção contra os vícios na *origem*; e (ii) proteção contra os vícios na *execução*.

Os vícios de *origem* são aqueles que maculam o contrato já em seu nascimento, como aqueles que viciam a *consentimento*, como o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão. A proteção contra os vícios de *origem* também podem ser percebidas na proteção que o ordenamento jurídico confere à parte mais fraca [como ocorre, por exemplo, na proteção ao consumidor, ou na proteção ao aderente, em contratos de adesão], traçando regras protetivas para tornar mais paritária a

1996, p. 410, que faz referência à *obrigação de cooperação* como expressão da solidariedade recíproca existente nos *contratos relacionais*.

⁴⁹ Rosa Maria Barreto Borriello de ANDRADE NERY. *Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) – uma análise histórica e cultural*, Tese de Livre-Docência, São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho, 2004, pp. 199/210.

⁵⁰ A boa-fé se consubstancia no *princípio fundamental* da relação jurídica obrigacional [e por via de consequência da relação jurídica contratual] (Karl LARENZ. *Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958, § 10, p. 142 *et seq.*).

⁵¹ Clovis Veríssimo do COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, Rio de Janeiro: FGV, 2007, p. 17: “*O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim*”. No mesmo sentido, JOÃO CALVÃO da Silva. *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, §§ 14/15, p. 62, e § 17, p. 70.

celebração de um contrato.⁵²

Por sua vez, os denominados vícios de *execução*, que são justamente aqueles que mais nos interessam para a análise da *renegociação contratual*, consubstanciam-se nas perturbações que ocorrem *supervenientemente* à celebração do contrato, ou seja, que ocorrem na constância de sua execução e de seu cumprimento.

Esses vícios são precisamente aqueles que mais careciam de uma resposta do ordenamento jurídico, ante a insuficiência que a interpretação exegética da obrigatoriedade contratual.

Nesse contexto, são naturalmente os contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* [contratos de trato sucessivo] aqueles que se sujeitam a essas perturbações.⁵³

É evidente que os contratos de execução *imediate* se submetem a vícios originários, é dizer, que lhes maculam o surgimento, haja vista que não sofrem influência do tempo hábil a causar-lhes perturbações em seu cumprimento.

Contudo, diversamente, os contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* se protraem no tempo e, justamente por isso, sofrem forte influência das alterações que circunstâncias originais podem experimentar ao longo desse tempo de vida do contrato.

A forma como o ordenamento jurídico passou a lidar com essa perturbação ao contrato *execução diferida* ou de *longa duração* ocasionada pela alteração das circunstâncias alterou-se profundamente do *Code* para a revisão do conceito de relação de jurídica contratual.

Naquela visão inicial do *Code Napoléon*, o *vinculum iu-*

⁵² Cfr., entre outros, Nelson NERY JUNIOR. *Da proteção contratual*, in Ada Pellegrini GRINOVER *et al.* CDC⁹, cit., pp. 504 *et seq*; Cesare MASSIMO BIANCA. *Técnicas de formación del contrato y tutela del contrante débil: el principio de buena fe en el derecho privado europeo*, in Marcos M. Córdoba (director). *Tratado de la buena fe en el derecho*, Buenos Aires: La Ley, 2005 (1.ª reimp.), t. II, Cap. X, pp. 189 *et seq*; e Cesare MASSIMO BIANCA. *Diritto civile*, v. 3 (Il contratto), 2.ª ed., Milano: Giuffrè, 2000, pp. 373 *et seq*.

⁵³ Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., pp. 12/13 e 73.

ris formado pelo contrato celebrado entre as partes não poderia ser rompido senão pelo mútuo consenso, o que transformava o contrato de *execução diferida* ou de *longa duração* em fonte de incertezas e temores.

A relação jurídica contratual, contudo, não pode ter o condão de traduzir-se em espécie de “*loteria*”, ficando a cargo da *sorte* ou da *aleatoriedade* [à exceção feita aos contratos aleatórios, evidentemente], como se a parte contratante – que celebrasse um contrato de *execução diferida* ou de *longa duração* – tivesse sobre sua cabeça uma verdadeira “espada de Dâmocles”, sem saber se poderá ou não cumprir com o contrato, caso sobrevenha sensível alteração das circunstâncias [= base objetiva do negócio jurídico].

É evidente, e não se nega, que sempre haverá *bons* e *maus* contratos celebrados [dentro da *legítima* negociação entre as partes (sem que ocorra qualquer dos vícios da vontade ou sociais que podem macular o negócio jurídico)], bem como perturbações ao contrato que não dão azo à *revisão* do contrato ou à *resolução* do contrato, ou seja, perturbações que se inserem dentro da *álea* «*normal*» do contrato. Mas em se tratando de perturbação que sobeje a *álea normal* do contrato, a situação jurídica deve ser enfrentada de maneira diferente, impondo-se-lhe a *revisão* do contrato [quer por meio de *renegociação* entre as partes, quer por meio de *revisão* judicial] ou, mesmo, caso não seja possível a conservação do contrato, que se proceda à sua *resolução*.

Sendo assim, aquela nova concepção de relação jurídica contratual, compreendida como *relação jurídica* de «cooperação» situa as partes não mais como *adversárias*, em polos absolutamente antagônicos, e sim como contratantes que visam a um objetivo comum: o fiel cumprimento do contrato. Dizemo-lo «*fiel*» cumprimento do contrato, pois exigir o cumprimento do contrato exatamente como pactuado – ignorando a sensível ou drástica perturbação causada pela alteração das circunstân-

cias – não se consubstancia em *execução fiel* do acordado e sim pretender *exigir mais do que se afigure digno de exigir*,⁵⁴ afastando-se inclusive da vontade [*objetivada* (base objetiva)] «original» das partes, quando celebraram o contrato.

Em todo e qualquer contrato, com especial relevo para os contratos de *longa duração* ou de *execução diferida*, a cooperação entre as partes para a consecução das finalidades almeçadas é elemento absolutamente essencial, elemento que lhe, pois, é *inerente*.

Evidentemente que quando se fala que a relação jurídica *obrigacional* [da qual a relação jurídica *contratual* é a expressão por excelência] consubstancia-se em *relação jurídica cooperação* não se ignora que as partes celebram um contrato tendo em vista seus interesses próprios e específicos, mas, ao celebrarem o contrato, passam a ter também um interesse jurídico *comum*, que se traduz justamente no interesse a que o contrato atinja a sua finalidade, com o seu fiel cumprimento.⁵⁵

Sendo assim, as partes não voltam seus olhos apenas para o seu *fim* específico, como se independessem do outro; ao revés, pressupõe e determina o ordenamento jurídico que ambas as partes irão *cooperar* para que a finalidade do contrato, tal como acordado entre elas, seja atingida e para que ambas

⁵⁴ Rosa Maria Barreto Borriello de ANDRADE NERY. *Vínculo obrigacional*, cit., p. 118.

⁵⁵ Clovis Veríssimo do COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, cit., p. 19: “Dentro dessa ordem de cooperação, credor e devedor não ocupam mais posições antagônicas, dialéticas e polêmicas. Transformando o status em que se encontravam, tradicionalmente, devedor e credor, abriu-se espaço ao tratamento da relação obrigacional como um todo”. Dissertando sobre a *reciprocidade* que deve haver nas relações duradouras, com fundamento na *Regra de Ouro* (*não façam aos outros o que não queres que te façam a ti*), v. Fernando ARAÚJO. *Teoria*, cit., § 26-D, p. 389; e fazendo inclusive referência à figura do *abuso de direito* na recusa a cooperar para que o contrato possa realizar seu interesse comum, v. Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., p. 423. Defendendo a importância dessa *reciprocidade* [*recíproca atitude de compreensão*] na *dinâmica* e na *evolução periódica* dos contratos de longa duração, v. Augusto M. MORELLO. *Contrato y proceso – aperturas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990, p. 47. Cfr., ainda, Júlio GOMES. *Cláusulas de hardship*, in Antônio PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 179.

possam usufruir das benesses advindas dessa relação contratual [= função social do contrato].

Essa é a razão pela qual a relação contratual – especialmente a relação contratual advinda de um contrato de *execução diferida* ou de *longa duração* – ser vista como *processo*, em sua totalidade, como um sistema de processos encadeados para viabilizar a consecução das finalidades pretendidas, o que faz nascerem para as partes outras obrigações [obrigações laterais] diversas da prestação principal.

Deste modo, esse dever de «cooperação» implica um “*dever de consideração para o alter*”.⁵⁶ Cooperar é, assim, “*um dever de conduta do parceiro contratual segundo a boa-fé. É o simples agir com lealdade, é colaborar com o ‘outro’, para que possa cumprir com suas obrigações e possa alcançar suas expectativas legítimas e interesses naquele tipo contratual*”.⁵⁷

Decorrente desse *dever de consideração para* [com] o alter imposto pela boa-fé e pelo dever de cooperação é que *ex-surgem* para as partes deveres laterais [secundários, anexos],⁵⁸ pois como acentua CLOVIS DO COUTO E SILVA “*Todos os deveres anexos podem ser considerados deveres de cooperação*”.⁵⁹ E entre esses deveres laterais de cooperação se insere também o *dever* [leal] *de renegociação contratual* [*dever de lealdade*]

⁵⁶ Clovis Veríssimo do COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, cit., p. 33. No mesmo sentido, Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412; e Judith MARTINS-COSTA. *Comentários*, v. V, t. II, cit., p. 42.

⁵⁷ Cláudia LIMA MARQUES. *Contratos no código de defesa do consumidor – o novo regime das relações contratuais*, 5.^a ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1024.

⁵⁸ Sobre deveres laterais decorrentes da boa-fé, cfr., entre outros, Clovis Veríssimo do COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, cit., pp. 91/98; Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007 (2.^a tiragem), pp. 75/119; Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé*, cit., pp. 437/454; Ruy Rosado de AGUIAR JUNIOR. *A boa-fé na relação de consumo*, in ‘Revista de Direito do Consumidor’, n. 14, São Paulo: Revista dos Tribunais, abr./jun. 1995, pp. 26/27; Teresa NEGREIROS. *Teoria do contrato – novos paradigmas*, 2.^a edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 150/156.

⁵⁹ Clóvis Veríssimo do COUTO E SILVA. *A obrigação como processo*, cit., p. 96.

toda vez que a perturbação causada ao contrato de *longa duração* ou de *execução diferida* tenha o condão de sensivelmente alterar-lhe a base objetiva sobre a qual foi pactuado.

À primeira vista, quando se fala em *dever lateral de renegociação contratual* [oriundo da *boa-fé* que deve presidir as relações obrigacionais e do *dever de cooperação*]⁶⁰ surge um conflito com a idéia do *pacta sunt servanda*. Contudo, tal conflito, como pontua MARASCO, é *un conflitto solo apparente*.⁶¹

Esse *aparente conflito* não é verdadeiro; trata-se, em verdade, de um *falso* conflito. *Falso*, pois o *dever de renegociação contratual* não conflita com o princípio do *pacta sunt servanda*, ao contrário, sobreleva-o.

Como o afirmamos acima, a relação contratual é *polarizada* pelo seu *fim* e pelo seu *cumprimento*. Os contratos são celebrados para serem cumpridos! Essa é uma afirmação que ainda é atual. É preciso haver, evidentemente, seriedade na palavra empenhada. Não se defende, aqui, a mera supressão do princípio do *pacta sunt servanda*. Este princípio ainda se traduz na *razão de ser* dos contratos [*ratio essendi*], consubstanciando-se na *alma* e na *vida* dos contratos.⁶²

O *pacta sunt servanda* é expressão do *princípio da confiança* que deve presidir as relações obrigacionais.⁶³ E a idéia da *confiança* [*Vertrauenstheorie*] é tão cara ao direito obrigaci-

⁶⁰ Cfr. Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., p. 152, segundo o qual a *correttezza* e a *boa-fé* que devem presidir a execução do contrato expressam o caráter *cooperativo* dos contratos de longa duração.

⁶¹ Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione del contratto – strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, Padova: CEDAM, 2006, pp. 1 e *et seq.* É igualmente *aparente* o conflito da *renegociação contratual* com o *princípio da autonomia privada*, nesse sentido, cfr. Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., pp. 232 e 322 [a esse respeito, v. também Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., pp. 97/98].

⁶² José Manoel de ARRUDA ALVIM Netto. *A função social dos contratos no novo código civil*, in Nelson PASINI *et al.* *Simpósio sobre o novo código civil brasileiro*, São Paulo (s/e), 2003, p. 89. V., também, JOÃO CALVÃO da Silva. *Cumprimento*⁴, cit., § 16, p. 69, e § 35, p. 159.

⁶³ Cfr. João de Matos ANTUNES VARELA. *Das obrigações*¹⁰, v. 1, cit., § 58, B, p. 227.

onal que o ordenamento jurídico atribui *responsabilidade* à palavra dada antes mesmo da celebração de um contrato, falando-se, por exemplo, em *culpa in contrahendo*⁶⁴ e em *eficácia vinculativa das cartas de intenções*⁶⁵ [ambas tutelas das relações jurídicas das negociações contratuais (*Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen*)].

Deste modo, defender-se a supressão *princípio do pacta sunt servanda* e ao mesmo tempo tutelar o *princípio da confiança* [*Vertrauenstheorie*] encerra, em si mesmo, *contradição*.

Contudo, não se defende a supressão *princípio do pacta sunt servanda*. O *dever de renegociação contratual* «não» conflita com o princípio do *pacta sunt servanda* [do contrário, admitir que o princípio do *pacta sunt servanda* conflita com o *dever de renegociação*, equivaleria a defender uma *contradição* interna no próprio ordenamento jurídico, no Código Civil, haja vista que ele, ao mesmo tempo, *prescreve* a vinculação contratual, mas também admite a sua resolução por onerosidade excessiva].⁶⁶

Em verdade, a *vinculação contratual* nos contratos de longa duração é, em razão da influência do *fator tempo* no con-

⁶⁴ Cfr. Rudolf von JHERING. *Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição*, Coimbra: Almedina, 2008, pp. 18 *et seq.* V., ainda, Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁷, cit., coment. 24 CC 422, p. 539.

⁶⁵ Fabiana D'Andrea RAMOS. *O efeito vinculativo das cartas de intenções: possibilidade de execução específica de seus termos*, in Stefan GRUNDMANN e Margarida dos SANTOS (coords.). *Direito contratual entre liberdade e protecção dos interesses e outros artigos alemães-lusitanos = Vertragsrecht Zwischen Freiheit und Schutzinteressen und andere Deutsch-Lusitanische Beiträge*, Coimbra: Almedina (Associação de Juristas Alemã-Lusitana), 2008, pp. 155 *et seq.*

⁶⁶ Cfr., no Peru, CC per. 1361 e 1440. V. Manuel de la PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general (Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, t. I, 2.^a ed., Lima: Palestra, 2003 (reimp.), coments. CC per. 1361, pp. 311 *et seq.*, e Manuel de la PUENTE Y LAVALLE. *El contrato en general (Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, t. II, 2.^a ed., Lima: Palestra, 2003 (reimp.), coments. CC per. 1440, pp. 593 *et seq.*; na Itália, cfr. CC ita. 1372 e 1467. V. Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., p. 4.

teúdo das prestações, mais complexa.⁶⁷ Assim, o *dever de renegociação contratual* pode surgir [e somente assim o surge] quando desaparecida ou substancialmente modificada a *base objetiva* sobre o qual o negócio jurídico foi edificado, a fim de *neutralizar* os efeitos dessa perturbação ao contrato e restabelecer o *originalmente* acordado entre as partes, é dizer, restabelecer o *equilíbrio* «original» do sinalagma.⁶⁸

Sendo assim, em não havendo mais a *base objetiva* sobre o qual o negócio jurídico foi pactuado, inexistente, verdadeiramente, a base contratual que se pretende executar, daí o surgimento do *dever de renegociação* [*obrigação de colaboração e cooperação* na gestão do risco contratual nos contratos de longa duração⁶⁹], inclusive como expressão da boa-fé que deve presidir a execução do contrato.

Todo contrato que é celebrado possui duas bases jurídicas: (i) uma *subjetiva*; (ii) e outra *objetiva*. A primeira, a base *subjetiva* do negócio jurídico, interessa ao momento *originário* do contrato [motivos e vícios da vontade (campo das invalidades do negócio jurídico = vícios da vontade ou sociais do negócio jurídico)].⁷⁰

Já a segunda, a base *objetiva* do negócio jurídico, que mais nos interessa para esse estudo, consubstancia-se justamente no complexo de circunstâncias *externas* ao negócio jurídico, cuja persistência deve ser razoável e objetivamente pressuposta para que se mantenha o escopo do contrato.⁷¹

⁶⁷ Fernando ARAÚJO. *Teoria*, cit., § 26-A, pp. 376/378; e Júlio GOMES. *Cláusulas*, in Antônio PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., p. 183.

⁶⁸ Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., pp. 2 e 4.

⁶⁹ Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., p. 213.

⁷⁰ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁷, cit., coments. 26/27 CC 422, p. 540; e Karl LARENZ. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956, Cap. 1.º, IV, p. 38.

⁷¹ Giorgio CIAN e Alberto TRABUCCHI. *Commentario*⁹, cit., coment. VIII CC ita. 1353, p. 1420; e Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁷, cit., coments. 28 CC 422, p. 540.

O conceito de *base «objetiva» do negócio jurídico* se traduziu em uma evolução das antigas teorias da *rebus sic stantibus*⁷² e da *pressuposição* (WINDSCHEID),⁷³ inicialmente delineada com originalidade e brilhantismo por PAUL OERTMANN⁷⁴ e depois aprimorada por KARL LARENZ.⁷⁵

Inicialmente, a teoria delineada por OERTMANN ainda era presa a uma certa *subjetividade (representação «mental»* que uma das partes tinha no momento da conclusão do negócio jurídico e que era conhecida em sua totalidade e não obstaculizada pela outra, ou a comum representação das diversas partes contratantes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias, nas quais se funda a vontade negocial), o que acarretava certa *insegurança jurídica*.⁷⁶

Em sua obra *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, LARENZ procura dar uma conceituação mais *objetiva*, evitando os problemas advindos de um conceito que se pren-

⁷² Que remonta ao direito romano. Sobre a cláusula *rebus sic stantibus*, v., entre outros, José Maria OTHON SIDOU. *A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic stantibus; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 4/23.

⁷³ Bernhard WINDSCHEID. *Diritto delle pandette*, trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa, Torino: Unione Tipografico Editrice, 1887, § 97, pp. 394/397.

⁷⁴ A sua teoria sobre a *base objetiva do negócio jurídico* é brevemente referida em sua obra traduzida para o espanhol: Paul OERTMANN. *Introducción al derecho civil*, Barcelona: Labor, 1933, § 55, pp. 302/305 [em especial: “*Por ello no sería demasiado atrevimiento considerar la presuposición, tomada en ese sentido, como base del negocio y elemento esencial, por consiguiente, para la existencia del mismo, aunque no se hubiera estipulado expresamente – cosa que raramente sucede en tales casos – que había de producir esos efectos. El incumplimiento o la desaparición de esta base dará, por lo general, al interesado en el negocio un derecho de resolución o de denuncia del mismo. Esta teoría ha sido desenvuelta en detalle por el autor de este libro en su monografía sobre «La base del negocio» (Geschäftsgrundlage), tiene muchos puntos de apoyo en el Código (por ejemplo, arts. 321, 610, 459, 569-570, 779) y últimamente ha sido aceptada más de una vez por el Tribunal Supremo*” (p. 305)].

⁷⁵ Karl LARENZ. *Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato*, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956; e Karl LARENZ. *Derecho de obligaciones*, t. I, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958.

⁷⁶ Karl LARENZ. *Base del negocio jurídico*, cit., Cap. 1.º, II, pp. 20 *et seq.*

desse a caracteres subjetivos. Assim, LARENZ conceitua a base *objetiva* do negócio jurídico como sendo “o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência está devidamente pressuposta no contrato – soubessem-no ou não as partes –, já que, se assim não fosse, não se atingiria a finalidade do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria ‘sentido, fim nem objeto’”.⁷⁷

Deste modo, a análise das circunstâncias «objetivas» que compuseram a base negocial nada tem a ver com *imprevisão* [situação psicológica ou subjetiva dos contratantes], devendo ser aferida *objetivamente*.⁷⁸ Era justamente o elemento *subjetivo* que fazia com que as teorias da *imprevisão* ou da *pressuposição* não pudessem responder adequadamente os problemas práticos que se surgiam no curso do cumprimento dos contratos de *execução diferida* ou de *longa duração*.⁷⁹

Essa concepção objetivada da perturbação ao cumprimento dos contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* [alteração da base do negócio jurídico] é consentânea com o recente BGB § 313, cuja introdução se deu por meio da Lei de Modernização do Direito das Obrigações [*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*], de 2000.⁸⁰

⁷⁷ Na tradução espanhola: “el conjunto de circunstancias cuya existencia o persistencia presupone debidamente el contrato – sépanlo o no los contratantes –, ya que, de no ser así, no se lograría el fin del contrato, el propósito de las partes contratantes y la subsistencia del contrato no tendría ‘sentido, fin u objeto’” (Karl LARENZ. *Base del negocio jurídico*, cit., Cap. 1.º, IV, p. 37).

⁷⁸ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁷, cit., coments. 28 CC 422, p. 540.

⁷⁹ Nelson NERY JUNIOR. *A base do negócio jurídico*, in Selma Negrão Pereira dos REIS (coord.) et al. *Questões*, cit., p. 61.

⁸⁰ BGB § 313: “*Störung der Geschäftsgrundlage. (1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. (2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche*

Deste modo, nem o *dever de renegociação* nem a teoria da *base objetiva do negócio jurídico* encerram em si a idéia de supressão do *princípio do pacta sunt servanda*, e sim *compatibilizam* esse princípio com a *causa*, a *função* e a *finalidade* que o contrato inicialmente perseguia.⁸¹

A necessidade de *modificação* ou *adequação* dos contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* é, assim, a consequência *jurídica* do desaparecimento das circunstâncias (objetivas) sobre as quais o contrato foi edificado.⁸²

Nos contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* é impossível a pretensão de imutabilidade nas circunstâncias fáticas durante toda a execução e duração do contrato.⁸³

Em verdade, não é a teoria da *base objetiva do negócio jurídico* nem a teoria do *dever de renegociação* que trazem em si *insegurança contratual*, mas sim, ao revés, é justamente a pretensão da imutabilidade nas circunstâncias fáticas nos contratos de *execução diferida* ou de *longa duração* que acarreta

Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen. (3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung” [Perturbação da base do negócio jurídico. (1) Quando, depois da conclusão contratual, as circunstâncias que constituíam a base do contrato se tenham consideravelmente alterado e quando as partes, se tivessem previsto esta alteração, não o tivessem concluído ou o tivessem feito com outro conteúdo, pode ser exigida a adaptação do contrato, desde que, sob consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, e em especial a repartição contratual ou legal do risco, não possa ser exigível a manutenção inalterada do contrato. (2) Também se verifica alteração das circunstâncias quando representações essenciais que tenham sido base do contrato se revelem falsas. (3) Quando uma modificação do contrato não seja possível ou surja inexistível para uma das partes, pode a parte prejudicada resolver o contrato. Nas obrigações duradouras, em vez do direito de resolução tem lugar o direito de denúncia]. A esse respeito, cfr. António Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO. *Da modernização do direito civil*, v. I (Aspectos gerais), Coimbra: Almedina, 2004, § 6.º, pp. 97/116.

⁸¹Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., pp. 8/9.

⁸²Cfr. Karl LARENZ. *Base del negocio jurídico*, cit., Cap. 4.º, p. 171 *et seq.*

⁸³Nelson NERY JUNIOR. *A base do negócio jurídico*, in Selma Negrão Pereira dos REIS (coord.) *et al. Questões*, cit., p. 69.

insegurança, tornando esse contrato uma “*loteria*”, fonte de incertezas para as partes contratantes, que, em última análise, limitaria ou mesmo impediria que contratos com períodos mais longos pudessem ser pactuados.⁸⁴

É evidente que a celebração de todo e qualquer contrato traz, em si, a assunção de *riscos*, de tal sorte que se pode dizer que todo contrato tem em si uma «*álea*»⁸⁵ (um campo de incerteza), de modo que as perturbações que ocorrerem *dentro* dessa *álea* do contrato, *álea «normal» do contrato*, na feliz expressão do CC ita. 1467,⁸⁶⁻⁸⁷ não ensejam a revisão [*renegociação* ou *judicialmente*] ou a resolução do contrato [trata-se de uma *onerosità tollerabile*].⁸⁸

Porém, essa assunção de riscos deve ser compatibiliza-

⁸⁴ Sobre os riscos da relação duradoura, cfr. Fernando ARAÚJO. *Teoria*, cit., § 26-C, p. 385

⁸⁵ Em verdade, até mesmo o contrato *aleatório*, que é caracterizado pela *incerteza*, situa-se também dentro de uma certa *álea* aceita pelas partes. Assim, se por exemplo alguém faz uma aposta em uma loteria, paga, por isso, um preço, e esse contrato é, a toda evidência, um contrato *aleatória*, caracterizado pela *incerteza*, pois ele adimpliu com a sua obrigação [pagamento do valor da aposta], sem saber se virá ou não a ser o sorteado. Contudo, embora se tratando de um contrato *aleatório*, é preciso ao menos que essa *álea* seja *possível* de ocorrer, de tal sorte que se a loteria é extinta, antes do jogo ser realizado, ainda que se trate de contrato aleatório, ele deve ser desfeito, com a devolução dos valores ao apostante, sob pena de caracterizar enriquecimento sem causa.

⁸⁶ CC ita. 1467:

“*Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 (att. 168).*

La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto.

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto (962, 1623, 1664, 1923)”.

⁸⁷ Em sentido diverso, entendendo não ser a expressão adequada, cfr. Aldo BOSELLI. *Rischio, alea ed alea normale del contratto*, in ‘*Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*’, Milano: Giuffrè, 1948, p. 769/795 [cfr. p. 795].

⁸⁸ Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., p. 4; e Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., p. 275.

da com a lembrança de que o contrato é *sempre*, em qualquer circunstância, uma operação jurídico-econômica que visa a garantir a ambas as partes o sucesso de suas lícitas e legítimas pretensões.⁸⁹ Há, assim, um *limite de sacrifício* [*Opfergrenze*] tolerado dentro da idéia de assunção de riscos, dentro da *álea normal do contrato* [*rapporto di tolleranza* ou *zona di immunità o di tolleranza*], cujo limite é variável e deve ser compatível conforme o *tipo* de contrato, sua *causa* e suas *peculiaridades* [*alea contrattuale tipica*].⁹⁰ A *álea normal do contrato* constitui, assim, um *critério* a ser observado quando se analisa, *in concreto*, a necessidade de adequação (*adeguamento*), revisão ou resolução de contratos de longa duração.⁹¹

Nesse contexto, a teoria da *base objetiva do negócio jurídico* na realidade confere *maior segurança às relações duradouras*, pois os contratantes sabem, de antemão, que ficam, sim, vinculados ao contrato, mas enquanto permanecer inalterada a sua base objetiva contratual, de tal sorte que se essa for sensivelmente perturbada, *ultrapassando a fronteira [objetiva] dos riscos assumidos* [*álea normal do contrato*], haverá *revisão* [*renegociação* ou *judicialmente*; a fim de restabelecer o *originalmente acordado*] ou *resolução* desse contrato.

2.1. NOTAS E CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DEVER DE RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL.

2.1.1. CLÁUSULA DE RENEGOCIAÇÃO [CLÁUSULA *HARDSHIP*].

⁸⁹ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁷, cit., coments. 2 CC 478, p. 579. V., também, Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., p. 32.

⁹⁰ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁷, cit., coments. 3 CC 478, p. 580; Aldo BOSELLI. *Rischio*, cit., p. 794; e Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., p. 12/17. V. também Giorgio CIAN e Alberto TRABUCCHI. *Commentario*⁹, cit., coment. V CC ita. 1467, p. 1552.

⁹¹ Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., p. 240.

As *cláusulas de renegociação* [ou cláusulas *hardship*] se consubstanciam na previsão contratual celebrada entre as partes prevendo a possibilidade de *renegociação do contrato* caso sobrevenha significativa alteração das circunstâncias [perturbação da base objetiva], de sorte a afetar o equilíbrio econômico-jurídico contratual originalmente pactuado, visando a restabelecê-lo.⁹²

Em nosso sentir, a ausência da *cláusula de renegociação* não inviabiliza nem impede o *dever de renegociar*, decorrente da *equidade* e da *boa-fé objetiva*,⁹³ bem como a presença de *cláusula de renegociação* não impede a possibilidade de *resolução contratual*, caso sobrevenha a frustração ou o incumprimento dessa cláusula.⁹⁴

Contudo, ela tem a vantagem de não só traduzir-se em *desejo das partes*, mas também de franquear-lhes a possibilidade de delinear os *contornos* e os *campos de atuação* da referida cláusula e, especialmente, a «*forma*» [«*método*»] a ser observada no esforço conjunto de readequar o contrato às suas bases originais.⁹⁵

Assim, por meio da *cláusula de renegociação* as partes podem discriminar as regras sobre como se desenvolverá o *procedimento* da renegociação, é dizer, exemplificativamente, como se iniciará o procedimento, como se dará a comunicação entre as partes, prazos de comunicação [v.g., respostas], tempo em que o procedimento deverá desenvolver-se etc.

⁹² Cfr. Júlio GOMES. *Cláusulas de hardship*, in Antônio PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., pp. 167 e 188/189; e Vincenzo Maria CESÀRO. *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, § 1.º, pp. 10 et seq.

⁹³ Giovanni Ettore NANNI. *A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro*, in Associação dos Advogados de São Paulo. *Revista do Advogado*, n.º 116, julho de 2012, p. 95.

⁹⁴ Sobre a compatibilização entre a *cláusula de renegociação contratual* e a disciplina legal da *resolução contratual*, v. Vincenzo Maria CESÀRO. *Clausola di rinegoziazione*, cit., § 5.º, pp. 71 et seq.

⁹⁵ Júlio GOMES. *Cláusulas de hardship*, in Antônio PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., pp. 167 e 189/190.

Podem, ainda, como de fato tem se intensificado nos últimos tempos, recorrer à Arbitragem como meio eleito para readequar o contrato, elegendo a Câmara de Arbitragem e Árbitros, ou recorrer à Mediação, ou, ainda, ao auxílio de negociadores, v.g.⁹⁶

Deste modo, as *cláusulas de renegociação*, ao contrário de traduzirem-se em supressão do *dever de renegociação contratual* decorrente da *equidade* e da *boa-fé objetiva*, consubstanciam-se em exercício da *liberdade contratual* e da *autonomia privada*, fixando as partes *contornos* e *procedimentos* que a renegociação contratual deve observar, caso sobrevenham perturbações das prestações e alteração das circunstâncias [base objetiva] a ponto de desequilibrar a relação contratual, conforme originalmente contratada.

2.1.2. O DEVER DE RENEGOCIAR NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. PRINCÍPIO GERAL DOS CONTRATOS DE EXECUÇÃO DIFERIDA OU DE LONGA DURAÇÃO.

Se as relações obrigacionais – especialmente as *dura-douras* – traduzem-se, como vimos, em *relações de cooperação*, a *boa-fé*, por sua vez, apresenta-se como “*el clima o el ambiente dentro del cual la relación patrimonial debe desenvolverse*”⁹⁷, criando um *ambiente de confiança* [trust].⁹⁸

⁹⁶ Júlio GOMES. *Cláusulas de hardship*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., pp. 196/199; Vincenzo Maria CESÀRO. *Clausola di rinegoziazione*, cit., § 2.º, pp. 26/28; e Michael Joachim BONELL. *La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?*, in ‘Rivista del diritto commerciale’, Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Villardi, anno LXXXVI (setembro/outubro), 1978, pp. 315 *et seq.*

⁹⁷ Luis DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos del derecho civil patrimonial – introducción, teoría del contrato, las relaciones obligatorias*, 1.º v., Madrid: Tecnos, 1972 [reimp.], Cap. I, § 2.º, 11, p. 46. A *boa-fé objetiva* se traduz, assim, em *bitola de comportamento*; António Manuel da Rocha e MENEZES CORDEIRO. *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 2007 (3ª. reimp), pp. 162/170.

⁹⁸ Fernando ARAÚJO. *Teoria*, cit., § 26-A, p. 380.

E nesse *ambiente de confiança recíproca* que marca as relações de longa duração nasce para os contratantes um *ambiente de renegociação permanente* [cooperação renegociadora continuada],⁹⁹ na busca de *soluções de adequação* ou *readequação* que permitam a conservação do contrato [*princípio da conservação dos contratos*, que se consubstancia em *princípio fundamental do ordenamento jurídico* e do qual o dever de renegociação contratual é clara expressão¹⁰⁰], sempre que essa *relação duradoura* sofra sensível perturbação nas prestações que lhe destrua base do negócio.

E nesse *ambiente* [de confiança recíproca¹⁰¹] no qual a relação jurídica patrimonial de longa duração deve desenvolver-se, a boa-fé passa a funcionar mais do que como *standard comportamental*¹⁰² [*bitola de comportamento*], ela, boa-fé, passa a *integrar* o contrato [*eficácia integrativa*],¹⁰³ sendo «fonte

⁹⁹ Sobre a necessidade de *renegociação permanente*, cfr. Augusto M. MORELLO. *Contrato*, cit., pp. 43/54.

¹⁰⁰ Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., p. 41.

¹⁰¹ Nesse sentido, Erich DANZ. *A interpretação dos negócios jurídicos*, São Paulo: Saraiva, 1941, tradução de Fernando de MIRANDA, § 19, pp. 186/187: “Segundo o § 157.º do Cód. Civil, os negócios jurídicos devem interpretar-se como o requeira a boa fé, atendendo aos usos sociais ... As palavras ‘boa fé’ significam confiança, segurança e honorabilidade baseadas nela, pelo que se refere, sobretudo, ao cumprimento da palavra dada; especialmente a palavra ‘fé’, fidelidade, quer dizer que uma das partes se entrega confiadamente à conduta leal da outra no cumprimento das suas obrigações, confiando em que esta não a enganará”.

¹⁰² Cfr. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁷, cit., coment. 12 ao CC 422, p. 536. V. também Judith MARTINS-COSTA. *Comentários*, v. V, t. II, cit., p. 42: para quem a boa-fé constitui, “em sua aceção objetiva, uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte”.

¹⁰³ Nelson NERY JUNIOR. *Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo*, in ‘Revista de Direito Privado’, n. 5, São Paulo: Revista dos Tribunais, jan./mar. 2001, p. 201; Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁷, cit., coment. 8 ao CC 422, p. 535; no mesmo sentido, Judith MARTINS-COSTA. *A boa-fé no direito privado – sistema e tópica no processo obrigacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 412; Fabrizio CRISCUOLO. *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell’arbitro (o del Giudice) di equità*, in ‘Rivista dell’Arbitrato’, Milano: Giuffrè, 1999, p. 76; Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., p. 110; Francesco

de direitos e deveres» para as partes-contratantes.

É justamente como *expressão* dessa «*eficácia integrativa da boa-fé*» que surge o *dever de renegociação contratual*, consubstanciando-se a *readequação do contrato* [*adequamento*] em verdadeiro «*princípio geral dos contratos de execução diferida ou de longa duração*»,¹⁰⁴ extraído do ordenamento jurídico, tendo-se como *fonte primeira* do dever de renegociação contratual a «*boa-fé*»¹⁰⁵ [*as obrigações devem ser executadas de boa-fé*],¹⁰⁶ daí falar-se em «*obrigação*» de *renegociar* [= *dever de renegociação*].¹⁰⁷

Assim sendo, antes de *contratual* [caso as partes tenham previsto *cláusula hardship*], o *dever de renegociação contratual* se traduz em «*obrigação*» *decorrente da equidade e da boa-fé objetiva*, como expressão do *dever de cooperação dos contratantes*, consubstanciando-se em um *dever lateral de conduta*.¹⁰⁸

Nesse ínterim, em suma, a renegociação do contrato se afigura como a *solução mais óbvia e preferível* para o correto enfrentamento do problema da alteração das circunstâncias,¹⁰⁹ garantindo a sobrevivência do contrato [*princípio da conservação dos contratos*], o que está em consonância justamente com

MACARIO. *Adequamento*, cit., pp. 147 *et seq.*, 314 (*equidade integrativa*), e 330 (*valorização do princípio da boa-fé em suas dimensões interpretativa e integrativa*). V. CC ital. 1175, 1374 e 1375.

¹⁰⁴ Francesco MACARIO. *Adequamento*, cit., pp. 93 *et seq.*

¹⁰⁵ No direito italiano, cfr. Francesco MACARIO. *Adequamento*, cit., p. 149, com base no CC ita. 1374: “*Integrazione del contratto. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità*”.

¹⁰⁶ Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., pp. 127/128.

¹⁰⁷ Francesco MACARIO. *Adequamento*, cit., pp. 311 *et seq.* (especialmente p. 314); e Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., pp. 113 e 121 *et seq.*

¹⁰⁸ Giovanni Ettore NANNI. *A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro*, in Associação dos Advogados de São Paulo. *Revista do Advogado*, n.º 116, julho de 2012, pp. 95/96.

¹⁰⁹ Fernando ARAÚJO. *Teoria*, cit., § 45-A, p. 676; Francesco MACARIO. *Adequamento*, cit., p. 22.

as modernas disciplinas que os Princípios *Unidroit*¹¹⁰ e o Código Europeu dos Contratos¹¹¹ têm dado aos contratos.

¹¹⁰ SEZIONE 2: *HARDSHIP*

ARTICOLO 6.2.1

(Obbligatorietà del contratto)

Se l'adempimento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto previsto dalle seguenti disposizioni sull'*hardship*.

ARTICOLO 6.2.2

(Definizione di hardship)

Ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e

- (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto;
- (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto;
- (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e
- (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata.

ARTICOLO 6.2.3

(Effetti dell'hardship)

(1) In caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata.

(2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione.

(3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice.

(4) Il giudice, se accerta il ricorrere di un'ipotesi di *hardship*, può, ove il caso,

- (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure
- (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

Cfr. João Baptista VILLELA (editor responsável) et al. *Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais/2004* [versão em língua portuguesa], São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 193 et seq.

¹¹¹ Art. 157. *Rinegoziazione del contratto*

1. Se si sono verificati degli avvenimenti straordinari e imprevedibili, quali indicati nell'art. 97 comma 1, la parte che intende avvalersi della facoltà prevista da tale norma deve indirizzare alla controparte una dichiarazione che contenga le necessarie indicazioni e inoltre precisi - a pena di nullità della richiesta - quali diverse condizioni ella propone per mantenere in vita il contratto stesso. A tale dichiarazione si applicano le disposizioni di cui agli artt. 21 e 36 comma 2.

2. Nessuna azione può essere iniziata prima che siano decorsi sei (tre) mesi dal ricevimento della dichiarazione indicata nel comma precedente, per dar modo alle

2.1.3. CONTEÚDO DO DEVER DE RENEGOCIAR. ADIMPLEMENTO E INADIMPLEMENTO DO DEVER DE RENEGOCIAR.

O *dever de renegociar*, seja advindo de *previsão contratual*, seja advindo da «*obrigação*» *decorrente da equidade e da boa-fé objetiva*, prescreve, sempre, um dever mútuo *esforço* das partes-contratantes no sentido de obterem a readequação do contrato, restabelecendo-se o equilíbrio originalmente pactuado.

Não estipula, por evidente, a *obrigatoriedade de êxito* na renegociação, mas apenas e tão somente o *esforço – sério* [efetivo] e de boa-fé – de renegociar.

Trata-se, pois, de um dever de *procedimento* [*dever procedimental = dever de cooperar para que a readequação seja possível*], e não um *dever de resultado*. Conquanto, evidentemente, esse *dever de procedimento* seja *orientado* pelo resultado visado pelas partes [readequação do contrato], sua

parti di comporre stragiudizialmente la questione. E' fatta salva la facoltà, in caso di urgenza, di chiedere al giudice le misure di cui all'art. 172.

3. Se si verifica il caso di cui al comma 1 che precede, la controparte può intimare, al soggetto legittimato ad esercitare la facoltà ivi prevista, di dichiarare entro un termine non inferiore a sessanta giorni se egli intende chiedere o meno la rinegoziazione del contratto. Decorso inutilmente tale termine, si considera ad ogni effetto che il soggetto medesimo abbia rinunciato a procedervi. Alla predetta intimazione si applicano le disposizioni di cui agli artt. 21 e 36 comma 2.

4. Se entro il termine di cui al comma 2 che precede le parti non raggiungono un accordo, il soggetto legittimato ha l'onere nei sessanta giorni successivi, a pena di decadenza, di formulare la sua richiesta al giudice osservando le norme processuali in vigore nel luogo in cui il contratto deve essere eseguito.

5. Il giudice, valutate le circostanze e tenuto conto degli interessi e delle richieste delle parti, può, ricorrendo eventualmente ad una consulenza tecnica, modificare o risolvere il contratto nel suo complesso o nella parte ineseguita, e, se del caso e ciò gli venga richiesto, ordinare le restituzioni dovute e condannare al risarcimento del danno.

Cfr. Naiara POSENATO e Paulo NALIN (orgs. do volume traduzido). *Código europeu dos contratos – projeto preliminar* (Livro primeiro – Dos contratos em geral), Curitiba: Juruá, 2008, pp. 73/74.

obrigação é de *esforçar-se* «séria» e «efetivamente» [*esforçar-se de boa-fé; tentativa séria*] nesse sentido [*obrigação de meio*], mas não se traduzindo, contudo, em uma *obrigação de resultado* [= efetivo êxito na renegociação].¹¹²

Impõe-se, assim, uma obrigação de *participar* «ativamente» e «seriamente» das negociações de readequação [comportamento sério e ativo, como, por exemplo, analisar seriamente a proposta do outro, responde-la em tempo hábil, efetuar contrapropostas sérias etc.]; em suma, caracteriza-se em dever de *renegociar de boa-fé* e não em uma obrigação de concluir positivamente o acordo de renegociação.

Deste modo, a simples frustração no esforço de readequar o contrato não se traduz em inadimplemento do *dever de renegociar*.¹¹³

Em verdade, o *adimplemento* das obrigações decorrentes do dever de renegociar se verifica no comportamento sério, ativo e de boa-fé das partes-contratantes no curso do *procedimento de readequação* do contrato. Sendo assim, da mesma forma que o próprio dever de renegociação nasce do princípio da boa-fé na execução das obrigações, essa mesma *boa-fé* se apresenta como o *critério fundamental* para indicar se o comportamento da parte durante o procedimento de readequação do contrato consubstanciou-se em *comportamento cooperativo efetivo* [sério e ativo] *ou não*.¹¹⁴

Exemplificativamente, podem [não necessariamente *caracterizam*, posto que a caracterização efetiva acerca de eventual inadimplemento do dever de renegociação dependerá da avaliação *in concreto* do comportamento das partes durante o processo de renegociação, segundo a boa-fé objetiva] caracterizar inadimplemento do *dever de renegociar*: a recusa imotiva-

¹¹² Júlio GOMES. *Cláusulas de hardship*, in António PINTO MONTEIRO (coord). *Contratos: actualidades e evolução*, cit., pp. 167 e 192; Gerardo MARASCO. *La rinegozi-azione*, cit., pp. 134 e 147; e Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., p. 343 *et seq.*

¹¹³ Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., p. 350.

¹¹⁴ Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., p. 352.

da em participar ou dar curso ao procedimento de renegociação [procedimento de readequação contratual]; o incumprimento em responder em tempo hábil [ou mesmo *tempestivamente*, em caso de obrigação de renegociação decorrente de *cláusula hardship*, haja vista que as partes podem estabelecer contratualmente os prazos de resposta]; incumprimento do dever de examinar seriamente a proposta do outro, motivando a recusa [e, até mesmo, se possível efetuando contraproposta]; silêncio da parte acerca da proposta do outro.¹¹⁵

O inadimplemento no dever de renegociar pode dar margem [além, evidentemente, da possibilidade de *revisão judicial do contrato* ou de *resolução do contrato por onerosidade excessiva*] a eventual indenização por perdas e danos, caso a parte prejudicada com impossibilidade de conservar o contrato [em razão do incumprimento dever de renegociar] demonstre e comprove ter efetivamente experimentado danos decorrentes desse inadimplemento [perda de uma chance, v.g.].¹¹⁶

2.1.4. ABUSO DE DIREITO NO EXERCÍCIO DO DIREITO À RENEGOCIAÇÃO.

Um “*risco*” trazido pelo *dever de renegociação* é o *desvirtuamento de sua finalidade*, traduzindo-se em hipótese de mera *protelação* indevida do cumprimento das obrigações assumidas contratualmente.¹¹⁷

Infelizmente, todas as regras do ordenamento estão sujeitas a que se lhes pretenda dar mau uso, desviando-se de suas finalidades, servindo-se delas para fins e interesses que não são juridicamente protegidos.

Esse comportamento, que se consubstancia em efetivo

¹¹⁵ Francesco MACARIO. *Adeguamento*, cit., pp. 349/350; e Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., pp. 147 e 168.

¹¹⁶ Cfr. Gerardo MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., pp. 170 *et seq.*

¹¹⁷ Fernando ARAÚJO. *Teoria*, cit., § 45-A, p. 676.

abuso de direito [*rectius: exercício abusivo de posição* (ou prerrogativa) *jurídica* ou *abuso no exercício de posição jurídica*],¹¹⁸ deve ser coibido, sancionando-se [*punindo-se*] esse comportamento *desleal* da parte.

O abuso de direito se consubstancia em *ilicitude de meios* ou *ilicitude no exercício*, de tal sorte que não é o *direito* em si mesmo que é ilícito, mas a «forma» *disfuncional* [o *modus operandi*] como o foi exercido que caracteriza a sua *abusividade*, sendo que o *abuso de direito* se traduz em ato ilícito [*ilícito* «objetivo»], exurgindo-se-lhes os consectários legais decorrentes de todo e qualquer ato ilícito.¹¹⁹

Deste modo, *abusando* a parte de seu direito de pleitear a renegociação contratual [como, v.g., tão somente para proterlar o cumprimento de suas obrigações], esse abuso caracteriza ato ilícito objetivo, devendo ser punido pelo juiz, como, por exemplo, impondo-lhe o dever de ressarcir ou indenizar a outra parte, prejudicada com o seu comportamento abusivo.

2.1.5. DISTINÇÃO ENTRE *RENEGOCIAÇÃO E INTERVENÇÃO JUDICIAL NOS CONTRATOS (REVISÃO JUDICIAL DO CONTRATO E RESOLUÇÃO CONTRATUAL POR ONEROSIDADE EXCESSIVA)*.

O *dever de renegociação contratual*, conquanto guarde íntima relação, não se confunde com os institutos da *revisão*

¹¹⁸ Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 3.2, pp. 116/123; na tradução para o espanhol: Thiago RODOVALHO. *Abuso del derecho y derechos subjetivos*, traducción de Juan Carlos Panéz Solórzano y César Edwin Moreno More, Lima: Ara Editores, 2014, § 3.2, pp. 120/127.

¹¹⁹ Cfr., entre outros, Thiago RODOVALHO. *Abuso de direito e direitos subjetivos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, § 2.8, pp. 84/87, § 3.5.3, p. 169, e § 3.7, pp. 175 *et seq*; na tradução para o espanhol: Thiago RODOVALHO. *Abuso del derecho y derechos subjetivos*, traducción de Juan Carlos Panéz Solórzano y César Edwin Moreno More, Lima: Ara Editores, 2014, § 2.8, pp. 89/92, § 3.5.3, pp. 178/179, e § 3.7, pp. 185 *et seq*.

judicial do contrato e da *resolução do contrato por onerosidade excessiva*.

Nesse contexto, os dois últimos – *revisão judicial do contrato* e *resolução do contrato por onerosidade excessiva* – consubstanciam-se em *intervenções «judiciais»* nos contratos de execução diferida ou de longa duração, ao passo que o *dever de renegociação contratual* se traduz em tentativa [«esforço» *efetivo e concreto*] das *partes-contratantes* em buscar uma readequação do contrato, de modo a restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico contratual originalmente pactuado entre elas.

Assim sendo, as formas de intervenção judicial nos contratos de execução diferida ou de longa duração são *consequência* da *frustração* ou do *incumprimento* do dever de renegociar existente entre as partes-contratantes [quer por expressa previsão contratual (cláusulas *hardship*) quer como decorrência da «obrigação» *decorrente da equidade e da boa-fé objetiva*].

Deste modo, *frustrando-se* os objetivos da renegociação contratual [é dizer, as partes *efetivamente* se esforçaram na busca da readequação contratual, porém não lograram êxito no intento] ou, então, *incumprindo-se* o dever de renegociação [a parte sequer *tentou* ou não se esforçou *seriamente* (de boa-fé) no *processo de renegociação contratual*] abre-se margem para a intervenção judicial no contrato.

Nesse íterim, em sendo possível a *conservação do contrato* [é dizer, caso seja possível conservar e conciliar o interesse (*original* e *objetivo*) das partes], o juiz, preservando-o, procede à *revisão judicial* do contrato; sendo inviável ou impossível a conservação do contrato, alternativa não restará, ao juiz, senão a *resolução* do contrato.

Portanto, a *revisão judicial do contrato* aproxima-se, e muito, ao *dever de renegociação*; contudo, enquanto a aquela readequação é feita pelo juiz [*sentença determinativa*], essa última é tentada pelas próprias partes-contratantes. Já a *resolução do contrato por onerosidade ex-*

cessiva de traduz na *extinção «judicial»* do contrato, ante a *alteração das circunstâncias* e da *impossibilidade* de conservar-se o contrato.¹²⁰

2.1.6. CLÁUSULA OU DEVER DE RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL E INTERVENÇÃO DO JUIZ NO CONTRATO. SENTENÇA DETERMINATIVA.

Em havendo *frustração* ou *inadimplemento* do dever de renegociação contratual, como vimos, *duas* situações tornam-se possíveis: (i) a *revisão judicial do contrato*; e (ii) a *resolução do contrato por onerosidade excessiva*.

Se houve *inadimplemento* do dever de renegociar, mais ainda justifica-se a tentativa, agora *judicial*, de conservar o contrato, adequando-o, em razão da alteração das circunstâncias.

Contudo, mesmo em se tratando em *frustração* do dever de renegociar, é dizer, as partes tentaram *renegociar*, mas não lograram êxito em chegar a um consenso, tal fato, por si só, não exclui nem impede que o juiz, mesmo assim, tente conservar o contrato, revendo-o para readequá-lo. É evidente que, em se tratando de *frustração* do dever de renegociar, a possibilidade de *revisão judicial do contrato* já se apresenta como uma tarefa mais difícil, exigindo maior *cautela* do juiz para que não se substitua às partes, violando a autonomia privada.

Mesmo com essas dificuldades, ainda assim, antes de proceder-se a uma *resolução do contrato*, deve ser analisada, *in concreto*, pelo juiz, a possibilidade de conservá-lo, nele intervindo [*revisão judicial do contrato*].

O *limite* dessa *revisão judicial do contrato* é a própria *autonomia privada*.¹²¹ Contudo, em sendo possível conciliar,

¹²⁰ Sobre *revisão judicial do contrato* e *resolução do contrato por onerosidade excessiva*, cfr. Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁷, cit., coments. 2 e 4 CC 478, pp. 579/580.

¹²¹ Vincenzo Maria CESÀRO. *Clausola di rinegoziazione*, cit., § 1.º, p. 20; Gerardo

judicialmente, os *interesses originais das partes-contratantes [objetivamente considerados]*¹²² com a *readequação do contrato*, deve o juiz, em respeito ao princípio da conservação dos contratos, proceder à *revisão do contrato* e não à sua *resolução*.

Nessa hipótese [*revisão judicial do contrato*], o juiz não *substitui a vontade das partes*, mas *integra e participa* do negócio jurídico [*integra a relação jurídica material controvertida*], proferindo *sentença determinativa [festsetzendes Urteil]*,¹²³ isto é, *integrativa* do negócio jurídico, na qual ele pode *rever e modificar* cláusulas contratuais [*função criadora (Richterrecht)*], a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico global do contrato, conforme originalmente pactuado entre as partes-contratantes [*restabelecendo a base objetiva do negócio jurídico*]. Os parâmetros dados ao juiz para rever e reescrever as cláusulas contratuais afetadas pela alteração das circunstâncias são os próprios parâmetros que integram a base objetiva do negócio jurídico.¹²⁴

Entretanto, em não sendo possível a conciliação dos *interesses originais das partes-contratantes [objetivamente considerados]* com a *readequação do contrato*, alternativa não resta ao juiz senão a *resolução do contrato* por onerosidade excessiva.

MARASCO. *La rinegoziazione*, cit., pp. 53 e 182.

¹²² Cfr. Jorge Cesa FERREIRA DA SILVA. *Adimplemento e extinção das obrigações*, in Miguel REALE e Judith MARTINS-COSTA (coord). *Biblioteca de direito civil – estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale*, v. 6, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 63/64.

¹²³ Sobre *sentenças determinativas*, cfr., entre outros, Alessandro RASELLI. *Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze*, in Alberto TRABUCCHI (org.). *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, v. 2 (Diritto Processuale), Padova: CEDAM, 1950, pp. 567/623.

¹²⁴ Nelson NERY JUNIOR e Rosa Maria de ANDRADE NERY. *CC comentado*⁷, cit., coment. prelim. 24 CC 1.º, pp. 197/198, coments. 31/32 CC 422, p. 541, e coments. 4/5 CC 478, p. 580; Alessandro RASELLI. *Le sentenze determinative*, in Alberto TRABUCCHI (org.). *Scritti*, v. 2, cit., pp. 602 *et seq.*, especialmente pp. 605/606.

3. CONCLUSÃO.

A *renegociação contratual* tem se consubstanciando, modernamente, em tema que tem ganhado, cada vez mais, a atenção da doutrina, da jurisprudência e, inclusive, das modernas legislações [como, por exemplo, os Princípios *Unidroit* e do Código Europeu dos Contratos].

Isso se deve, como vimos, às exigências que as complexas relações contratuais modernas têm exigido, com grande volume de celebração de contratos de execução diferida ou de longa duração, inclusive internacionalmente, de modo a sujeitar cada vez mais as partes-contratantes às intempéries que o tempo pode ocasionar à execução e ao fiel cumprimento do contrato celebrado, perturbando-lhe as prestações e a base objetiva.

Deste modo, sem ter a pretensão de traduzir-se em trabalho exaustivo sobre o tema, objetivamos tecer breves considerações sobre o *dever de renegociação contratual*, para servir de auxílio à compreensão do tema.



See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/341385920>

A OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR E AS CONSEQUÊNCIAS DE SEU INADIMPLEMENTO The obligation to renegotiate and the consequences of its default

Revista de Direito Civil

Article · June 2018

CITATIONS

0

READS

55

2 authors:



Fabio Queiroz Pereira

Federal University of Minas Gerais

9 PUBLICATIONS 6 CITATIONS

SEE PROFILE



Daniel de Pádua Andrade

Universidade Federal de Viçosa (UFV)

6 PUBLICATIONS 3 CITATIONS

SEE PROFILE



A OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR E AS CONSEQUÊNCIAS DE SEU INADIMPLEMENTO

The obligation to renegotiate and the consequences of its default
Revista de Direito Civil Contemporâneo | vol. 15/2018 | p. 209 - 237 | Abr - Jun / 2018
DTR\2018\16224

Fabio Queiroz Pereira

Professor Adjunto de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Doutor em Direito Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mestre em Direito Civil pela Universidade de Coimbra.
fabio.queiroz@gmail.com; fabioqueiroz@ufmg.br

Daniel de Pádua Andrade

Professor Substituto de Direito Civil e Prática Jurídica na Universidade Federal de Viçosa – UFV. Mestrando em Direito Civil pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMinas. danieldepaduaandrade@gmail.com

Área do Direito: Internacional; Civil

Resumo: O estabelecimento de uma obrigação de renegociar constitui importante mecanismo de readaptação contratual em face de alterações de circunstâncias. Trata-se de instrumento usual nas relações empresariais de longa duração, especialmente internacionais, por meio do uso das cláusulas de hardship. No ordenamento jurídico brasileiro, contudo, evidenciam-se controvérsias relacionadas às consequências do descumprimento da obrigação de renegociar. O enfrentamento dessa questão tangencia a releitura contemporânea do direito obrigacional e os contornos de incidência da boa-fé objetiva. Busca-se, assim, por meio de uma investigação de vertente jurídico-teórica, propor uma reflexão sobre o adequado enquadramento dogmático do inadimplemento e de suas consequências na obrigação contratual de renegociar.

Palavras-chave: Obrigação de renegociar – Cláusula de Hardship – Inadimplemento – Boa-fé – Responsabilidade civil

Abstract: The establishment of an obligation to renegotiate is an important mechanism of contractual retrofitting in the light of changing circumstances. It is a usual tool in long-term business relationships, especially international ones, through the use of hardship clauses. In the Brazilian legal system, however, there are controversies related to the consequences of non-compliance with the renegotiation obligation. The confrontation of this issue touches the contemporary rereading of the law of obligations and the contours of the incidence of objective good faith. Thus, through a legal-theoretical research, the study aims to propose a reflection on the adequate dogmatic configuration of default and its consequences in the contractual obligation to renegotiate.

Keywords: Obligation to renegotiate – Hardship Clause – Default – Good faith - Civil liability

Sumário:

1 Introdução - 2 Cláusula de renegociação e obrigação de renegociar - 3 A boa-fé objetiva e sua relação com a obrigação de renegociar - 4 O inadimplemento da obrigação de renegociar e as suas consequências - 5 Conclusão - 6 Referências

1 Introdução

De acordo com François Ost, “o direito temporaliza ao passo que o tempo institui”¹. No âmbito contratual, o direito busca temporalizar as relações travadas entre as partes, prevendo, por exemplo, termos para o cumprimento das obrigações ou cláusulas de



extinção ou início de eficácia de um negócio jurídico. No entanto, como assinalado por Ost, o tempo institui e, desse modo, atua sobre os conteúdos pactuados, gerando não raramente desproporções ou desequilíbrios que ensejam a necessidade de readequação do conteúdo acordado.

Uma das características intrínsecas ao contrato é a garantia de que as partes vão cumprir as suas obrigações levadas a termo. Tornar-se-ia de todo desnecessária a utilização dos desenhos contratuais se as partes pudessem a qualquer momento optar pelo não cumprimento do conteúdo pactuado. O princípio do *pacta sunt servanda* continua sendo regra de extrema importância nesse âmbito, devendo ser mitigado somente diante de casos de marcada excepcionalidade. No entanto, o contrato, enquanto instituto jurídico, não opera apartado do elemento temporal. Contrariamente, é no tempo que um acordo de vontades vem a produzir os seus efeitos e é o tempo a base sobre a qual ocorrem mudanças circunstanciais capazes de produzir desequilíbrios e desproporções na execução de um determinado ajuste².

A complexa relação entre tempo e direito encontra, assim, nos contratos, uma de suas mais importantes concretizações, pois o ato de contratar se traduz como uma moeda de duas faces no que concerne aos riscos ligados ao fenômeno temporal. Por um lado, concretizar uma avença tem por intenção uma proteção natural contra as intempéries do tempo; modificações estão sempre a ocorrer e, grande parte das vezes, a contratação efetiva-se justamente em razão de um resguardo com relação ao futuro. Por outro lado, o decurso do tempo pode trazer consigo severas modificações das circunstâncias em que se deu a avença original, extravasando, assim, os riscos inerentes a uma determinada contratação³.

Contratar significa assumir riscos que emanam do próprio termo pactuado. Certas conjunturas negociais devem ser compreendidas como resultado da assunção de determinados riscos, sendo inerentes à própria estrutura contratual. A título de exemplo, um contrato pode se dar em razão de um determinado índice, que tem em sua variação um elemento aleatório assumido pelas partes. Como regra, esses riscos assumidos não têm a capacidade de ordenar uma revisão ou uma resolução por alteração de circunstâncias. Algumas modificações, no entanto, são dotadas de grande extraordinariedade e, por vezes, justificam a readequação do conteúdo contratual, pois extravasam os riscos aventados pelas partes.

Como forma de solucionar os problemas originados das bruscas mudanças do cenário contratual, variados ordenamentos jurídicos proporcionam normas a tratar especificamente de ajustamento, revisão ou resolução de avenças. No Brasil, por exemplo, o Código Civil (LGL\2002\400) faz duas previsões quanto aos problemas ocasionados pelo tempo no âmbito das relações obrigacionais, quais sejam o art. 317⁴ e o art. 478⁵. No entanto, em paralelo às soluções de ordem legal, é possível se utilizar de instrumentos resultantes da autonomia contratual para tentar equalizar os efeitos gerados por uma alteração de circunstâncias. Comumente, são utilizadas, em ajustes de maior vulto ou com maior duração no tempo, cláusulas contratuais que preveem a necessidade de primeiramente ser buscado algum método de autocomposição ou disposições que objetivem salvaguardar as partes de eventos específicos, ligados à própria execução do ajuste.

Nesse contexto, surge a denominada obrigação de renegociar, que busca conduzir as partes à readequação dos termos contratuais em decorrência de uma alteração de circunstâncias. As fontes desse vínculo podem ser identificadas no próprio contrato, por meio da previsão de cláusulas particulares, que intentam dar solução ao problema da superveniência. Há, ainda, quem identifique a obrigação de renegociar na própria função integrativa da boa-fé objetiva, compondo uma das facetas do dever de cooperação que deve marcar a relação existente entre as partes envolvidas.

Resta, no entanto, amplo campo de incerteza sobre a utilização das cláusulas de renegociação e sobre as consequências do inadimplemento de uma obrigação de



renegociar. Assim, por meio de uma investigação jurídico-teórica, busca-se compreender as formas pelas quais se pode solucionar, por meio da autonomia da vontade, o problema da alteração de circunstâncias, bem como identificar em que medida a boa-fé objetiva intervém no aludido processo obrigacional. Além disso, demonstram-se necessárias ponderações acerca dos contornos dogmáticos do inadimplemento da obrigação de renegociar, de modo a se oferecer bases sólidas para o enquadramento dos efeitos por ele produzidos.

2 Cláusula de renegociação e obrigação de renegociar

Como forma de tentar se salvar dos eventos futuros, às partes é possibilitado, no exercício da própria autonomia contratual, prever mecanismos de readaptação ou renegociação do conteúdo avençado, diante de alguma alteração de circunstâncias. Desse modo, os problemas originados no decurso da execução de um contrato podem encontrar solução na própria estrutura contratual, originalmente, prevista pelas partes quando da sua pactuação. São vários os mecanismos que podem ser utilizados pelas partes na prevenção de acasos futuros. Judith Martins-Costa apresenta uma síntese dos modelos de readaptação do contrato que podem ser utilizados:

No rol das fórmulas de adaptação entre o contrato e a realidade provindas da fonte negocial costuma-se distinguir: há (a) cláusulas de adaptação automática, cuja atuação ocorre quando o evento previsto se realiza (exemplificativamente, as cláusulas de reajuste de preço por ato das partes, indexadas a tal ou qual valor); (b) cláusulas que preveem uma adaptação semi-automática, como as que estipulam a 'resolução-salv guarda' ou chamadas 'cláusulas de alinhamento' (por exemplo, pela oferta de um concorrente, ou a chamada 'cláusula de cliente mais favorecido'); e, finalmente, (c) as cláusulas não automáticas, que implicam a obrigação de renegociação do contrato, para – mediante a renegociação – alcançar-se a revisão que possibilitará o reequilíbrio do contrato, ferido pelas circunstâncias supervenientes que vieram a modificar o seu equilíbrio global⁶.

As cláusulas de renegociação, também chamadas de hardship clauses, são disposições negociais que estabelecem o dever de revisão do contrato em razão da alteração das circunstâncias em que o negócio foi pactuado. São aquelas cláusulas contratuais que têm, por objetivo precípuo, resguardar as partes com relação à eventual modificação do panorama em que se imaginou o cumprimento da avença. Busca-se, por meio do seu uso, tornar possível o cumprimento do contrato, diante de um cenário de brusca alteração conjuntural, resultando em uma tentativa de minorar os riscos inerentes ao decurso do tempo. A referida construção se afasta da noção clássica de contrato, permitindo compreender o acordo de declaração de vontades como uma realidade em permanente construção⁷.

Traçando-se um paralelo com as disposições legais que intentam reger a alteração de circunstâncias, observa-se que o uso das hardship clauses é uma manifestação da tentativa de se regular, autonomamente, os efeitos oriundos de uma modificação futura. Essas verdadeiras cláusulas de renegociação são instrumentos jurídicos de fonte negocial que tencionam afastar as vicissitudes dos fatos que são verificados posteriormente à celebração do termo⁸.

Essa tipologia tem sua origem no Direito Internacional Privado. A necessária celeridade, que circunscreve as relações de comércio internacional, exige mecanismos que visem à conformação dos conteúdos avençados. Com o uso das hardship clauses, busca-se esgotar, no próprio instrumento contratual, a solução de eventual controvérsia na execução do pactuado, estabelecendo um dever de renegociação, em razão de modificação substancial de conjunturas⁹. Como forma de se resguardarem, as partes contratantes transferem para a sua própria esfera de autonomia privada os casos em que se deve realizar a revisão do conteúdo levado a termo. Observa-se que seu nascimento, no âmbito dos contratos internacionais, pode ser explicado pela ausência de uniformidade entre as leis das mais variadas ordens jurídicas internacionais. Visto que



não se estava diante de leis uniformes que padronizassem um eventual processo de revisão e renegociação do conteúdo avençado, as partes passaram a utilizar de tal artifício no escopo de facilitar o cumprimento e o adimplemento dos termos contratuais¹⁰

O termo *hardship* pode ser traduzido com os significados de necessidade ou apuro¹¹. O uso da expressão se refere, assim, às complicações oriundas da modificação do ambiente contratual de formação. Diante das dificuldades que podem surgir em razão do prolongamento do contrato no decurso do tempo, as partes optam por prever a solução de controvérsias no próprio instrumento pactuado.

As referidas disposições são, normalmente, dotadas de caráter geral e, de forma corrente, são acompanhadas de uma cláusula penal para o caso de não cumprimento do estabelecido. Trata-se de um desenho que busca estabelecer uma técnica de renegociação¹². Desse modo, uma adequada cláusula de *hardship* prescreve, inicialmente, sob que condições deverá ser realizada uma renegociação do conteúdo pactuado. Em um segundo momento, observa-se a prescrição do procedimento a ser adotado pelas partes para sanar a eventual problemática nascida da modificação das circunstâncias. E, por último, tem-se a especificação das respectivas sanções diante da possibilidade de uma das partes se negar a realizar a conformação do contrato à nova realidade.

Nessa contenda, a obrigação de renegociar representa o aspecto mais característico e inovador da cláusula de *hardship*, ao permitir configurar o contrato como uma realidade em permanente construção¹³. Essa renegociação deve ser sempre realizada tendo por intuito adequar as condições aos anseios de ambas as partes. Normalmente, serão estabelecidos mecanismos de proposta e contraproposta, objetivando coadunar as vontades dos contratantes. A própria cláusula poderá conduzir a adequação do conteúdo contratual a parâmetros de equidade. Em todos os casos, todavia, é necessário estar atento aos juízos de razoabilidade no exercício de manutenção do contrato.

Quanto às modalidades de cláusulas de *hardship*, observa-se certa variedade: a) podem enunciar uma fórmula geral, tomando por base aspectos relevantes de naturezas política, financeira ou econômica; b) podem partir de algo pontual, por exemplo, dar relevância a novos custos fiscais, restrições oriundas de políticas ambientais ou variações de taxas de câmbio; c) podem estabelecer que as partes renegociem o contrato dentro de certo lapso temporal ou se submetam a procedimento arbitral; d) podem permitir que a parte prejudicada resolva o contrato e se desligue do termo avençado¹⁴.

É importante destacar que existem diferenças basilares entre o uso das cláusulas de *hardship* e as aplicações fáticas – com supedâneo legislativo ou não – oriundas das teorias que intentam regular a alteração de circunstâncias. Uma primeira diferença cinge-se à origem dos regramentos de revisão ou resolução. No caso das *hardship clauses*, a proveniência do dispositivo encontra-se na própria autonomia privada. São as partes que optam em inseri-la no instrumento contratual. Paralelamente, no que concerne à aplicação da imprevisão, observa-se que ela nasce de elementos externos, sejam esses legais ou principiológicos. Uma segunda diferença marcante entre essas duas figuras centra-se nos critérios que serão utilizados para se rever o contrato. Utilizando-se das cláusulas de *hardship*, é possível estabelecer a forma e os elementos que irão perfilar o exercício revisional do termo ajustado. Já as aplicações de teorias ou normas jurídicas devem seguir, exatamente, o prescrito na própria inteligência teórica ou no regramento legal que intenta regular a matéria.

Um problema concernente às cláusulas de *hardship* reside em verificar se existe a possibilidade de coadunar seu conteúdo com o teor emanado da legislação correlata à matéria, em cada um dos ordenamentos jurídicos existentes. A doutrina tem assinalado no sentido de que as disposições legais acerca do tema não são dotadas de caráter imperativo¹⁵. Buscar-se-ia, primeiramente, a solução dentro do que dispõe o próprio



ajuste contratual, para só depois se recorrer às normas que objetivam tratar da matéria. Esse parece ser o entendimento mais consentâneo com a própria natureza das cláusulas. Compreender o contrário seria afastar o conteúdo e o efeito do uso desse instrumento jurídico¹⁶.

Nesse ponto, é importante observar que o uso das hardship clauses tem o intuito primeiro de retornar à autonomia privada a possibilidade de ajustar o conteúdo outrora pactuado. Como as partes são as maiores conhecedoras da matéria ajustada, nada melhor que sejam elas próprias, em conjunto, as responsáveis por encontrar os meios mais satisfatórios para sanar eventuais problemas surgidos com o decurso do tempo. Além disso, ao se transpor para as partes o poder-dever de efetuar uma renegociação do conteúdo pactuado, permite-se o desafogamento das vias jurisdicionais. A lide passa a ser solvida no âmbito privatístico, prescindindo, como regra, de uma necessária solução judicial, que, por vezes, tenderia a perpassar pelas vias resolutivas¹⁷.

Como já assinalado, a obrigação de renegociar é a principal característica presente no uso das cláusulas de hardship. Sobre sua qualificação, Giovanni Ettore Nanni sustenta que "a obrigação de renegociar consiste na atribuição imposta às partes de tornar a negociar os alicerces originários do contrato, os quais sofreram significativas modificações no curso de sua execução, em função de circunstâncias alheias à sua vontade"¹⁸.

A base conceitual apresentada precisa, no entanto, ser acompanhada de um adequado enquadramento dogmático para que se possa verificar a ocorrência de uma situação de inadimplemento, bem como as suas consequências. Nesse sentido, revela grande importância a qualificação da obrigação de renegociar enquanto obrigação de meio ou obrigação de resultado. A inserção em uma das referidas tipologias permite dar respostas, por exemplo, às hipóteses em que as partes se furtam a renegociar ou aos casos em que efetivamente não conseguem chegar a um consenso no que concerne à readequação do contrato.

Um posicionamento que qualifique a obrigação de renegociar como uma obrigação de resultado revela em si a necessidade de se alcançar um acordo, ou seja, enquanto as partes não chegam a um consenso relativamente aos termos da renegociação, não há adimplemento contratual. Em contrapartida, qualificar o tipo obrigacional em análise enquanto obrigação de meio leva à necessidade de as partes renegociarem (necessariamente adstritas aos deveres laterais originados do princípio da boa-fé objetiva), sem, no entanto, que lhes seja exigido um novo acordo de vontades. Os meios – isto é, dispor-se a renegociar, comparecer às reuniões, oferecer-se para o cumprimento dos compromissos assumidos na cláusula de hardship – devem ser concretizados, sem que se exija como resultado a readequação do conteúdo contratual ou o consenso entre as partes sobre novos parâmetros do negócio jurídico realizado. Nesse sentido, Júlio Gomes afirma "que a cláusula de hardship não acarreta o dever de concluir um acordo, mas tão só o dever de renegociar de boa-fé, configurando-se como uma obrigação de meios, pela qual uma parte apenas incorre em responsabilidade se se provar que teve culpa no insucesso das negociações"¹⁹.

Há, ainda, quem defenda que a cláusula de renegociação gera uma obrigação dupla. Esse é o posicionamento de Anne-Sophie Laborderie, que sustenta que, de um lado, as partes têm que entrar em discussão, configurando uma obrigação de resultado, e, de outro, a obrigação de discutir de maneira construtiva se revela como obrigação de meio, acompanhada de perdas e danos²⁰. No mesmo sentido, abordando especificamente a questão da cláusula escalonada com previsão de mediação ou conciliação, discorre Selma Ferreira Mendes:

Uma cláusula prévia de mediação ou conciliação pode ser analisada quanto à sua eficácia contratual e estar constituída de duas obrigações. Uma de resultado quanto à sua origem, ou seja, faz nascer a necessidade de se instruir um procedimento de mediação, determinando que as partes sejam pró-ativas na indicação do mediador ou conciliador,



que disponham sobre as regras do procedimento de conciliação, que diligenciem no sentido de auxiliar o mediador ou conciliador, de fornecer os documentos necessários, de designar reuniões de trabalhos etc. E, uma vez constituída a mediação ou a conciliação, procurar com lealdade e boa-fé uma solução para o conflito que deriva do contrato principal, tendo uma atitude construtiva, representando uma obrigação de meio²¹.

Analisadas as possíveis qualificações, resta concluir pela configuração da obrigação de renegociar enquanto obrigação de meio, pois esta se apresenta mais consentânea à sua realidade jurídica. Não parece ser possível exigir que as partes cheguem a um acordo quanto aos novos contornos que o contrato deverá ter. Um problema prático pode ser facilmente constatado: a quem se deve imputar o inadimplemento quando as partes não chegam a um consenso, mas ambas se comportam em consonância com os deveres acessórios da boa-fé objetiva? Não parece ser possível identificar o causador do inadimplemento e, portanto, não se pode imputar as consequências previstas no art. 389 do Código Civil (LGL\2002\400)²² a qualquer dos envolvidos. Além disso, diante de uma controvérsia judicializada, a qualificação da obrigação de renegociar enquanto obrigação de resultado abriria espaço para o juiz atuar, suprindo a vontade das partes e concedendo uma tutela específica. Essa intervenção do Poder Judiciário em um espaço de exercício de autonomia das partes parece ser desmedida e mesmo autoritária. Diante de uma cláusula de hardship, somente as partes podem decidir sobre a readaptação do conteúdo clausulado, não cabendo, aprioristicamente, a terceiros a interferência naquela esfera relacional. Conclui-se, assim, que a qualificação enquanto obrigação de meio apresenta limites que traduzem efetivamente o desígnio das partes ao clausularem o tipo de disposição contratual em análise.

3 A boa-fé objetiva e sua relação com a obrigação de renegociar

O princípio da boa-fé objetiva ocupa papel de destaque na compreensão jurídica contemporânea. Seu desenvolvimento enquanto padrão de conduta²³ alcançou os mais diversos ordenamentos e relações jurídicas. Como não poderia deixar de ser, a construção teórica e prática da obrigação contratual de renegociar recebeu influxos dessa evolução. Nesse contexto, portanto, revela-se a importância de examinar as nuances da interface entre a boa-fé objetiva e a obrigação de renegociar.

De início, contudo, cabe alertar para os perigos da "mitificação"²⁴ da boa-fé objetiva. Como assinala Anderson Schreiber, muito embora a boa-fé objetiva goze de consolidado reconhecimento doutrinário e jurisprudencial, sua invocação, por vezes excessiva, tem acarretado um indesejável esvaziamento conceitual²⁵. Com efeito, no estudo do tema, não se deve perder de vista a relevância dos parâmetros dogmáticos e dos aspectos concretos envolvidos.

A boa-fé objetiva opera como cláusula geral, ou seja, como norma de conteúdo aberto, a ser fixado pelo juiz no caso concreto, sempre de maneira contextualizada e fundamentada. No campo contratual, a doutrina identifica didaticamente três diferentes funções realizadas por essa concretização: a função interpretativa, a função limitativa (ou de controle) e a função integrativa²⁶.

Na função interpretativa, as balizas éticas da boa-fé objetiva são utilizadas como apoio hermenêutico, com vistas à adequada compreensão do sentido e do alcance dos negócios jurídicos. Já na função limitativa, o standard comportamental, estabelecido pela boa-fé objetiva, repele o exercício inadmissível de posições jurídicas, nomeadamente o abuso de direito. Na função integrativa, por fim, o programa contratual é complementado por deveres heterônomos denominados anexos, acessórios ou instrumentais e incidentes durante todo o relacionamento dos contratantes. Tais deveres objetivam a manutenção de condutas conforme a boa-fé objetiva e são objeto de variadas tipificações, entre as quais figura a classificação de Menezes Cordeiro em deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade²⁷.

Para o presente estudo importa, sobretudo, o reflexo da boa-fé objetiva no direito das



obrigações. Nessa área específica, a incidência da boa-fé objetiva favoreceu a releitura da concepção tradicional da obrigação como mero “vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra”²⁸. Essa noção clássica, arraigada na teorização romana da obligatio e na sujeição do devedor ao credor, retrata um modelo obrigacional simples e estático. A consideração da boa-fé objetiva, de modo contrário, contribuiu para uma compreensão complexa e dinâmica do fenômeno obrigacional.

Em detrimento de uma pretensa simplicidade, a relação obrigacional abrange diversas situações e interesses jurídicos, como os ditames ligados à boa-fé objetiva. Tudo isso forma um amálgama representado pela noção de totalidade ou complexidade intraobrigacional. Nas palavras de Menezes Cordeiro, o vínculo obrigacional não se resume a “um simples dever de prestar, simétrico a uma pretensão creditícia, mas antes vários elementos jurídicos dotados de autonomia bastante para, de um conteúdo unitário, fazerem uma realidade composta”²⁹. Assim, a valorização da boa-fé objetiva franqueou a transição de uma percepção estática para uma percepção dinâmica da obrigação. A tutela das legítimas expectativas impõe a consideração da obrigação à luz da persecução de sua finalidade. Dessa forma, revela-se insuficiente uma análise meramente estrutural, que não capture a dimensão finalística das obrigações. Clóvis do Couto e Silva, em sua obra *A obrigação como processo*, retrata bem essa realidade ao conceituar “a relação obrigacional como algo que se encadeia e se desdobra em direção ao adimplemento”³⁰.

Na síntese de Menezes Leitão:

Conclui-se que a obrigação constitui no fundo uma relação complexa, onde se encontra algo mais que a simples decomposição dos seus elementos principais como o direito à prestação e o dever de prestar. Abrange ainda deveres acessórios, sujeições, poderes ou faculdades e exceções. Fala-se nestes casos em ‘relação obrigacional complexa’. Através desta expressão, a doutrina faz referência ao facto de uma obrigação não poder ser reconduzível estruturalmente apenas aos elementos do direito de crédito e do dever de prestação, mas incluir também um conjunto de situações jurídicas que se unem num fim que é a realização do próprio interesse do credor, sendo este o fim da obrigação³¹.

Mas quais seriam, para além das repercussões gerais no campo obrigacional, as manifestações específicas da boa-fé objetiva na obrigação de renegociar? Um bom exemplo se revela na incidência mais intensa do dever anexo de cooperação. Isso porque, precipuamente, a obrigação de renegociar se presta à readequação de contratos de longo prazo. Nesses contratos, exatamente pelo maior depósito de confiança e pelo acentuado viés relacional, justifica-se “uma análise mais rigorosa do dever de cooperação”³².

Outra relevante consubstanciação da boa-fé objetiva diz respeito ao preenchimento do conteúdo da obrigação de renegociar prevista de maneira incompleta no contrato. Diante de controvérsia judicial ou arbitral, cabe ao julgador a tormentosa tarefa de avaliar, casuisticamente, se a obrigação de renegociar foi efetivamente cumprida ou, por outro lado, se houve inadimplemento. Em situações limítrofes, contudo, é difícil diferenciar a frustração da renegociação por culpa de uma parte da frustração da renegociação por mera ausência de acordo. Como pondera Júlio Gomes, “o ponto mais delicado a apreciar no caso de uma ruptura de negociações respeita à questão de saber se a proposta rejeitada era razoável de acordo com as circunstâncias do caso”³³. Na omissão do contrato, e considerando que se trata de uma obrigação procedimental, é imprescindível definir exatamente quais as condutas legitimamente esperadas das partes em uma renegociação³⁴. Para tanto, é possível recorrer à função integrativa da boa-fé-objetiva.

Conquanto a resposta só se mostre no caso concreto, a doutrina esboça alguns critérios para a aferição do adequado cumprimento da obrigação de renegociar³⁵. Durante a renegociação, a boa-fé objetiva impõe às partes o dever de “formular as proposições de forma séria e correta (‘proba’, na linguagem do art. 422 do CC/2002 (LGL\2002\400)),



com relação ao contrato e às circunstâncias atuais de sua economia”³⁶. Renegociar conforme a boa-fé objetiva significa “participar ativamente e seriamente das negociações de readequação (comportamento sério e ativo, como, por exemplo, analisar seriamente a proposta do outro, respondê-la em tempo hábil, efetuar contrapropostas sérias etc.)”³⁷. Em outras palavras, exige-se das partes “a apresentação de propostas sérias, que não sejam irrisórias ou desproporcionais, que estejam de acordo com a realidade dos fatos”³⁸.

A boa-fé objetiva também se materializa na obrigação de renegociar por meio da repressão ao abuso de direito no exercício do direito à renegociação. A deflagração da renegociação pela parte prejudicada pela alteração de circunstâncias “não pode ser invocada como escudo para justificar manobras protelatórias nem suspensões de cumprimento do contrato”³⁹. Além disso, o pedido de renegociação deve conter um nível suficiente de detalhamento e deve ser feito sem atraso injustificado⁴⁰. Afasta-se, dessa forma, “a postura do contratante que ‘guarda na manga’ o desequilíbrio para alegá-lo tão somente em sede de defesa após o silencioso inadimplemento de suas prestações”⁴¹. É vedado, ainda, à parte mais favorecida, utilizar-se da prerrogativa para se enriquecer ainda mais em detrimento de seu parceiro, pois a renegociação não pode ser a fonte de um novo desequilíbrio⁴². Assim, a função limitativa da boa-fé objetiva impede o desvirtuamento da finalidade da obrigação de renegociar⁴³.

A postura cooperativa exigida das partes na renegociação, entretanto, deve ser compreendida com prudência. Na definição de Anne-Sophie Laborderie, a boa-fé objetiva limita a obrigação de renegociar a um comportamento leal e razoável⁴⁴. Não se pode exigir das partes, por exemplo, a avaliação de pedidos de renegociação manifestamente infundados, bem como a realização de reavaliações na ausência de novos fatos⁴⁵. Ademais, o imperativo de cooperação não acarreta a obrigação de aceitar propostas de readequação contratual, ainda que reputadas equitativas⁴⁶. Não existe um dever de resgatar a outra parte de disposições contratuais desvantajosas, mas, sim, um dever de agir com honestidade e decência⁴⁷.

Em suma, a incidência da boa-fé objetiva é responsável pela contextualização, delimitação e densificação da obrigação de renegociar contida nas hardship clauses. Sem prejuízo do protagonismo da autonomia privada, a obrigação de renegociar incorpora um padrão de comportamento heterônomo. Quanto mais lacunosa a previsão contratual, maior a atuação colmatadora da boa-fé objetiva.

Por fim, cumpre mencionar a atual controvérsia a respeito da “existência de um dever de renegociar nos contratos de longa duração, mesmo na ausência de cláusula de hardship”⁴⁸, decorrente diretamente da função integrativa da boa-fé objetiva. Parte substancial da doutrina internacional acredita que modificações supervenientes em pactos de duração justificam o surgimento de um duty to renegotiate, independentemente de qualquer manifestação de vontade das partes⁴⁹. Nesse sentido, elencam-se diversos fundamentos adicionais, como a incompletude contratual, a alteração de circunstâncias⁵⁰, a perenidade contratual⁵¹ ou até considerações de eficiência e de autonomia⁵². Contrariamente, argumenta-se que a imposição heterônoma de um dever geral de renegociar vulneraria os princípios da liberdade privada e da segurança jurídica, além de incentivar comportamentos oportunistas.

No Brasil, Nelson Nery Junior e Thiago Rodvalho Santos defendem a existência de uma obrigação ex lege de renegociação⁵³. Em sentido contrário, Giovanni Ettore Nanni entende se tratar na verdade de um dever lateral de conduta⁵⁴. Este último entendimento aparenta maior razoabilidade. Por um lado, ainda que ausente qualquer cláusula nesse sentido, o ideal de cooperação justifica a incidência de um “dever de comunicação/informação acerca da proposta de renegociação apresentada”⁵⁵. Por outro lado, à míngua de previsão legal ou contratual específica, não se pode depreender a configuração de uma obrigação em sentido estrito, sob pena de comprometer a estabilidade do tráfego negocial⁵⁶. Essa questão, entretanto, extrapola o enfoque ora proposto, adstrito à análise das obrigações de renegociar estabelecidas expressamente



no contrato.

4 O inadimplemento da obrigação de renegociar e as suas consequências

A análise do contexto da obrigação contratual de renegociar, bem como de sua qualificação e sua conformação à luz da boa-fé objetiva, culmina no problema da caracterização e das consequências de seu inadimplemento. Trata-se de tema relevante na prática, mas nebuloso na teoria. Seu enfrentamento demanda uma breve digressão a respeito da compreensão hodierna do (in)adimplemento.

O adimplemento, "modo natural de extinção de toda relação obrigacional"⁵⁷, é tradicionalmente conceituado pela doutrina como "o exato cumprimento da obrigação pelo devedor"⁵⁸. Para esse entendimento clássico, essencialmente formalista, o cumprimento obrigacional se resume ao pagamento da prestação principal, conforme as circunstâncias convencionadas. Em sua estreiteza, entretanto, a leitura tradicional "não se coaduna com a rica multiplicidade de interesses subjacentes aos mecanismos obrigacionais da atualidade"⁵⁹. Com efeito, a noção de adimplemento (e consequentemente a de inadimplemento) deve ser perspectivada na releitura contemporânea do direito obrigacional capitaneada pela boa-fé objetiva⁶⁰.

O reconhecimento da complexidade e da dinamicidade da relação obrigacional justifica a preocupação com um "adequado adimplemento"⁶¹, que não se restrinja ao simples cumprimento da prestação principal. Atualmente, portanto, o adimplemento pode ser redefinido como "o cumprimento da prestação devida, presente a realização dos deveres derivados da boa-fé que se fizerem instrumentalmente necessários para o atendimento satisfatório do escopo da relação, em acordo ao seu fim e às circunstâncias concretas"⁶².

Vista a questão pelo ângulo oposto, a contrariedade à boa-fé objetiva caracteriza "cumprimento defeituoso"⁶³ da obrigação. Aqui, insere-se o polissêmico instituto da violação positiva do contrato ou do crédito, originalmente desenvolvido na Alemanha por Hermann Staub, com vistas a tratar das hipóteses lacunosas entre o inadimplemento absoluto e a mora no BGB⁶⁴. No Brasil, Jorge Cesa Ferreira da Silva define "a violação positiva do contrato como o inadimplemento decorrente do descumprimento culposo de dever lateral, quando este dever não tenha uma vinculação direta com os interesses do credor na prestação"⁶⁵. O Enunciado 24 aprovado na I Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, a seu turno, dispõe que "em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil (LGL\2002\400), a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa". Sem embargo das vacilações conceituais, observa-se uma tendência ampliadora da concepção de inadimplemento⁶⁶.

Transpondo essa evolução para o campo da cláusula de renegociação, pode-se dizer que haverá inadimplemento tanto no caso de descumprimento das obrigações autonomamente estabelecidas quanto no caso de violação dos deveres anexos heteronomamente incidentes. Não obstante o protagonismo da declaração negocial, há um imbricamento entre autonomia privada e boa-fé objetiva para fins de caracterização do inadimplemento da obrigação de renegociar. É o que sustenta Judith Martins-Costa:

[O] inadimplemento culposo estará caracterizado não apenas pela recusa, direta ou disfarçada sob a forma de proposições inaceitáveis pela outra parte (considerados os dados objetivos da economia contratual e os subjetivos, atinentes à pessoa dos contraentes): também estará configurado se a negociação tiver ocorrido de modo discordante ao que direciona o princípio da boa-fé.[...] nessa hipótese, co-implicam-se o princípio da autonomia privada e o da boa-fé: a fonte primária do dever violado é o contrato, é dizer, a declaração negocial, ato de autonomia privada. Porém, a recusa a renegociar ou a deslealdade por ocasião das negociações importa numa concomitante violação à confiança derivada do ato de autonomia privada e à boa-fé como standard do comportamento contratual. Assim, a boa-fé é chamada não como fonte primária da obrigação de renegociar, mas como parâmetro da conduta devida no momento da



execução do contrato, incluso o processo renegociatório (boa-fé in executivis) [...] ⁶⁷.

Ademais, ressalte-se que a frustração do reajustamento por ausência de consenso não caracteriza inadimplemento. A obrigação contratual de renegociar, enquanto obrigação de meio, impõe apenas o comprometimento procedimental das partes em prol da realização de um novo acordo em face da ocorrência de fato predeterminado. Não há, contudo, garantia quanto à efetiva obtenção da adaptação contratual desejada. Evidentemente, o impasse na renegociação devidamente intentada poderá embasar a aplicação de outros dispositivos contratuais ou legais, situação que não se confunde, todavia, com o inadimplemento obrigacional.

Delineada a configuração do inadimplemento da obrigação de renegociar, parte-se para o problema de suas consequências. Nesse ponto, o principal desafio reside na insuficiência das cláusulas de hardship. Antevendo dificuldades, as partes podem pré-estabelecer contratualmente uma série de efeitos da violação da cláusula de renegociação, como penalidades contratuais, faculdades de resolução ou intervenção de terceiros (conciliador, mediador, perito ou árbitro). Na omissão de previsão contratual específica, entretanto, aplicar-se-ão as regras gerais sobre o inadimplemento. No direito brasileiro, essa disciplina encontra-se, principalmente, no Código Civil de 2002. A regulamentação legal, por sua vez, não impede a profusão de posicionamentos heterogêneos.

Para o presente estudo, importa destacar algumas peculiaridades da aplicação concreta desse panorama normativo no caso específico do inadimplemento da obrigação de renegociar. Veja-se, por exemplo, a questão das perdas e danos. Tanto no caso de inadimplemento absoluto quanto no caso de inadimplemento relativo, a lei prevê a possibilidade de responsabilização civil contratual do devedor (art. 389 ⁶⁸ e art. 395 ⁶⁹ do Código Civil (LGL\2002\400)). Na prática, no entanto, a quantificação da indenização se mostra extremamente complexa. Isso porque, como assinalado, a obrigação de renegociar constitui uma obrigação de meio, ou seja, de empenhar os melhores esforços para a realização de um acordo que é, contudo, incerto. Assim, não há como precisar, seguramente, o prejuízo advindo da frustração culposa da renegociação, pois a obtenção do acordo, bem como seu eventual conteúdo, não passa de mera conjectura ⁷⁰. Destarte, resta em aberto a dificuldade da tradução das legítimas expectativas em termos econômicos ⁷¹. Nesse ponto, a construção teórica da reparação civil por perda de uma chance tem muito a oferecer para a solução do problema apresentado.

Também é discutível a possibilidade de oposição da exceção do contrato não cumprido no caso de inadimplemento da obrigação contratual de renegociar. O artigo 476 do Código Civil de 2002 dispõe que “nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. A interpretação literal desse dispositivo indica que o simples descumprimento da obrigação de renegociar por uma parte autorizaria a outra a suspender provisoriamente a execução de suas obrigações ⁷². Na omissão do contrato, contudo, faz-se necessária uma análise de proporcionalidade. A *exceptio non adimpleti contractus* se volta à manutenção substancial do sinalagma e só se justifica nas hipóteses de efetiva perturbação da correspondência das contraprestações. Certamente, a parte prejudicada pela frustração culposa da obrigação de renegociar poderá recorrer a outros remédios contratuais ou legais eventualmente mais adequados ao caso concreto. Dessa forma, a regra deve ser a não interrupção do contrato, sob pena de viabilizar comportamentos oportunistas baseados em uma utilização abusiva da cláusula de hardship. Ao encontro desse entendimento, tem-se a conclusão doutrinária de que a invocação da renegociação, por si só, não provoca a suspensão do programa contratual ⁷³.

Outra polêmica se relaciona à possibilidade de tutela específica da obrigação contratual de renegociar inadimplida. Há quem defenda que “[o] inadimplemento da obrigação de renegociar [...] autoriza a parte lesada a pedir a execução específica” ⁷⁴. Afinal, um contratante pode ser compelido judicialmente a entabular negociações? O enfrentamento dessa questão exige um maior detalhamento conceitual no campo do direito processual



civil brasileiro.

A satisfação executiva da obrigação de fazer compreende duas modalidades: o cumprimento forçado da prestação na forma prevista no respectivo título (tutela específica); ou a execução do equivalente econômico (tutela substitutiva ou subsidiária)⁷⁵. Atualmente, o ordenamento jurídico brasileiro prestigia a primeira, em virtude da consagração do princípio da primazia da tutela específica, também chamado de princípio da maior coincidência possível ou princípio do resultado⁷⁶. Excepcionalmente, haverá tutela substitutiva quando essa for a vontade do exequente, bem como nos casos de impossibilidade material ou jurídica de obtenção da tutela específica⁷⁷. Ademais, existem dois meios técnicos para o desenvolvimento de qualquer execução: o Estado-juiz pode substituir a vontade do executado (execução direta ou por sub-rogação); ou o Estado-juiz pode pressionar o executado (execução indireta ou por coerção)⁷⁸. Em complemento, a obrigação de fazer exequenda pode ser classificada em: fungível (impessoal), se puder ser cumprida por outros sujeitos além do devedor; ou infungível (personalíssima), se somente o devedor puder cumpri-la⁷⁹. Logo, considerando que a obrigação contratual de renegociar constitui uma obrigação de fazer infungível, cumpre analisar se nesse tipo obrigacional é cabível o pedido de cumprimento específico (tanto por execução direta quanto por execução indireta).

Na tutela específica das obrigações de fazer infungíveis (entre as quais se insere a obrigação contratual de renegociar), é pacífica a impossibilidade de execução direta. Isso porque a infungibilidade do facere inviabiliza a utilização de técnicas sub-rogatórias, como a realização da prestação por terceiros às custas do devedor ou a obtenção de resultado prático equivalente. Há controvérsia, entretanto, quanto à possibilidade de execução indireta nesse caso. Doutrina⁸⁰ e jurisprudência⁸¹ majoritárias defendem o cabimento de técnicas coercitivas (como a multa cominatória ou astreinte) no sentido de pressionar o devedor a cumprir a obrigação de fazer infungível. Em sentido contrário, destaca-se o posicionamento minoritário segundo o qual os artigos 247 do Código Civil (LGL\2002\400)⁸² e 821 do Código de Processo Civil de 2015⁸³ afastariam em absoluto a tutela específica da obrigação de fazer infungível ao impor tão somente a solução da tutela substitutiva ou subsidiária no caso de resistência⁸⁴. Nesse contexto, evidencia-se que o ordenamento jurídico brasileiro tem admitido a execução específica da obrigação de renegociar inadimplida, porém apenas mediante técnicas coercitivas. Na prática, todavia, são extremamente questionáveis os benefícios reais de um provimento dessa natureza⁸⁵.

Um último tema tormentoso é o da possibilidade de intervenção judicial motivada pelo inadimplemento da obrigação contratual de renegociar. A maior dificuldade, repise-se, apresenta-se nas hipóteses em que a cláusula de renegociação prevê apenas genericamente o respectivo procedimento. Nessa situação, frustradas as tratativas, discute-se a competência do Judiciário para revisar ou resolver o contrato. No Brasil, Giovanni Ettore Nanni sustenta que "a recusa da contraparte a renegociar devolve ao juiz a competência para intervir equitativamente com o objetivo de restabelecer o equilíbrio"⁸⁶. Indo além, Nelson Nery Junior e Thiago Rodvalho Santos entendem que tanto o descumprimento da obrigação de renegociar quanto o impasse nas renegociações justificam a intervenção judicial para revisar e, subsidiariamente, resolver o contrato⁸⁷. No mesmo sentido, parte considerável da doutrina internacional admite que a falha na obtenção de um novo acordo em tempo razoável autoriza o pedido de resolução (termination) ou revisão (adaptation) ao tribunal arbitral ou judicial⁸⁸. A perspectiva favorável à intervenção judicial no caso de malogro da obrigação contratual de renegociar vale-se de variados argumentos, como o princípio do equilíbrio ou justiça contratual, o princípio da conservação ou preservação dos contratos, a vedação ao enriquecimento sem causa, a boa-fé objetiva e até analogias com dispositivos legais que permitem a adaptação forçada dos contratos.

À míngua de previsão normativa específica, entretanto, a revisão ou resolução judicial embasada na mera frustração da obrigação contratual de renegociar consubstancia uma solução excessiva. O estabelecimento de uma cláusula de renegociação, por si só, não



acarreta uma autorização implícita para intervenção judicial no caso de ausência de consenso⁸⁹, mas tão somente implica o comprometimento recíproco dos contratantes no sentido de buscar um novo acordo em determinadas situações. Na qualidade de obrigação de meio, a obrigação de renegociar guarda um resultado incerto. Trata-se, contudo, de risco calculável que é considerado e alocado pelos contratantes na barganha original⁹⁰. Nesse contexto, a substituição da parte recalcitrante pela vontade do Estado-juiz contraria a liberdade contratual e prejudica a segurança jurídica, ainda que o magistrado se apoie em avaliações técnicas⁹¹. Na síntese de Paula A. Forgioni:

Não tendo as partes investido terceiro do poder de complementar os termos do acordo, assumiram o risco de seu aborto na ausência de futuro consenso. Agiram para preservar seu poder de conduzir suas próprias estratégias comerciais: 'sem acordo, sem negócio'. Os prejuízos sistêmicos que adviriam do ataque ao princípio do pacta sunt servanda e da liberdade de contratar não parecem compensados por eventual ganho decorrente na preservação forçada. É preciso abandonar certo 'preconceito progressista' que presume ser o respeito ao pacto asserção própria apenas ao contexto social e econômico do século XVIII. Trata-se de um dos principais pilares do sistema mercantil; sem ele ruiria o mercado. Exceções devem ser tomadas cum grano salis e se alçam não a partir da vontade do julgador, daquilo que ele entende ser 'correto', e sim da prática de mercado e da preservação da legítima expectativa⁹².

Isso não significa, todavia, condenar as partes a uma relação contratual desequilibrada. Pelo contrário, o insucesso na renegociação poderá servir como suporte fático para a incidência de diversas construções dogmáticas, autônomas ou heterônomas, voltadas à readaptação ou ao encerramento do contrato. O que não se admite é a imposição de revisão ou resolução judicial motivada isoladamente pelo inadimplemento da obrigação contratual de renegociar.

5 Conclusão

Uma adequada estruturação da cláusula de hardship repele em grande parte as controvérsias aqui analisadas. O detalhamento contratual do procedimento a ser adotado no caso de alteração das circunstâncias resulta em maior previsibilidade e segurança para as partes contratantes. A inerente incompletude das convenções e a inafastabilidade das normas de ordem pública, entretanto, evidenciam a necessidade de referenciais teóricos e práticos bem definidos. Com efeito, faz-se necessário um aprofundamento dos contornos dogmáticos da obrigação contratual de renegociar no ordenamento jurídico brasileiro, em especial no que diz respeito à caracterização e à determinação dos efeitos de seu inadimplemento.

Nesse contexto, destaca-se a necessária interface entre a obrigação de renegociar e a boa-fé objetiva em suas funções interpretativa, limitativa e integrativa. Sem prejuízo da autonomia privada, deve-se reconhecer a incidência de um padrão heterônimo de conduta que contextualiza, densifica e delimita a renegociação pretendida no contrato. O dever de cooperação imposto pela boa-fé objetiva, contudo, demanda uma prudente consideração, sob pena de legitimar intervenções judiciais excessivas e desarrazoadas.

O direito obrigacional contemporâneo reconstruiu e expandiu a noção de (in)adimplemento. Nesse sentido, observa-se o inadimplemento da obrigação contratual de renegociar não apenas na situação de descumprimento direto, mas também no caso de cumprimento defeituoso em virtude de desconformidade com a boa-fé objetiva. Por outro lado, a natureza de obrigação de meio afasta a configuração de inadimplemento no caso de frustração da renegociação devidamente intentada.

Ressalta-se, por fim, que as particularidades da obrigação contratual de renegociar exigem uma reflexão especial no que diz respeito à determinação das consequências de seu inadimplemento. Em outras palavras, a mera transposição do regime geral se mostra insuficiente e inadequada. Efeitos jurídicos, como a responsabilização por perdas e danos, a oponibilidade de exceção do contrato não cumprido e a possibilidade de

execução específica, assumem contornos próprios que devem ser observados pelo intérprete na hipótese de inadimplemento da obrigação de renegociar.

6 Referências

ALTERINI, Atilio Aníbal. Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship. Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina, Roma, ano XIII, parte II, 2002. p. 53-70.

ASSIS, Araken de. Manual da execução. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 1. jan.-mar. 2000. p. 3-12.

BRUNNER, Christoph. Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration. [S.l.]: Kluwer Law International, 2008.

CENTER FOR TRANSNATIONAL LAW (CENTRAL). Transnational law digest and bibliography (TLDB). Cologne: [s.n.], 2008.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2015.

COMMISSION OF EUROPEAN CONTRACT LAW. The principles of european contract law (PECL). [S.l.]: [s.n.], 2002.

DIDIER JR., Fredie et al. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5.

FERNANDES, Luís A. Carvalho. Teoria da imprevisão no direito civil português. Lisboa: Quid Juris, 2001.

FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

GAVAZZONI, Adriana. A renegociação e adaptação do contrato internacional. Curitiba: Juruá, 2006.

GALLETTO, Tomaso. Clausola rebus sic stantibus. Digesto delle discipline privatistiche: Sezione Civile. Torino, UTET, 1988. v. II.

GALLO, Paolo. Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto. Milano: Giuffrè, 1992.

GOMES, Júlio. Cláusulas de hardship. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). Contratos: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

GOMES, Orlando. Obrigações. 17. ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). UNIDROIT principles of international commercial contracts. Rome: [s.n.], 2010.

LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. La pérennité contractuelle. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações: introdução. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010. v. I.

LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e

arbitragem. In: FIKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan; CASADO FILHO, Napoleão (Org.). Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. Revista de arbitragem e mediação, ano 7, n. 25, abr.-jun. 2010. p. 11-39.

MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil (LGL\2002\400): do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. V. t. I.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 15, 1998. p. 129-154.

MCKENDRICK, Ewan. The regulation of long-term contracts in englishlaw. In: BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel (Edit.). Good faith and fault in contract law. Oxford: Claredon Press, 1997.

MONTEIRO, António Pinto. GOMES, Júlio. A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento). In: LOPES, José Azeredo (Coord.). Juris et de jure: nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998.

NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. Revista do advogado, São Paulo, ano XXXII, n. 116, jul. 2012. p. 88-97.

NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho. Renegociação contratual. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 100, v. 906, abr. 2011. p. 113-155.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: v. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OST, François. O tempo do direito. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PEARSALL, Judy; TRUMBLE, Bill (Ed.). The Oxford English Reference Dictionary. New York: Oxford University Press, 1995.

SCHREIBER, Anderson. A tríplce transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 32, out.-dez. 2007. p. 3-27.

SCHREIBER, Anderson. Existe um dever de renegociar?: reflexões iniciais sobre as consequências do desequilíbrio contratual. Revista do advogado, São Paulo, ano XXXVI, n. 131, out. 2016. p. 21-30.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Contratos de longo prazo e dever de cooperação. São Paulo: Almedina, 2016.

SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: execução forçada, processos nos tribunais, recursos, direito intertemporal. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III.



1 OST, François. O tempo do direito. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 14.

2 Observa-se que a questão é parte de um fenômeno mais amplo, marcado pelas recíprocas influências existentes entre o tempo e o direito, assim descrito por François Ost: "Trata-se, pois, de uma relação dialética profunda e não de relações que se entrecruzam entre o direito e o tempo. O tempo não permanece exterior à matéria jurídica, como um simples quadro cronológico no seio do qual a sua ação se desenrolaria; da mesma forma, o direito não se limita a impor ao calendário alguns atrasos normativos deixando o tempo desenrolar-se normalmente para tudo o resto. Pelo contrário, é do interior que direito e tempo trabalham mutuamente" (OST, François. O tempo do direito. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 2001. p. 14).

3 O prolongamento da relação jurídica no tempo é reforçado ainda pela incompletude dos termos contratuais. Mesmo contratos muito minuciosos podem deixar lacunas relativamente a eventos futuros. Sobre o referido problema, sustenta Paula Forgionique "na maioria das vezes, as partes não detêm todas as informações relacionadas ao negócio que pretendem celebrar. Nesse contexto, surge como natural a incompletude dos contratos, ainda mais quando desenhados para terem longa duração. A doutrina especializada costuma apontar as seguintes causas dessa incompletude: [i] impossibilidade de previsão do futuro; [ii] improbabilidade do acontecimento de certos fatos [...] [iii] imprecisão da expressão do acordo" (FORGIONI, Paula A. Teoria geral dos contratos empresariais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 71-72).

4 Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

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

6 MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. Revista de Arbitragem e Mediação, ano 7, n. 25, abr.-jun. 2010. p. 14-15.

7 Sobre as cláusulas de hardship e a contestação da noção clássica de contrato, discorre Júlio Gomes: "As cláusulas de hardship – entendendo-se como tais aquelas que estabelecem um dever de renegociar o contrato em determinadas circunstâncias – têm sido apresentadas como uma ameaça ao conceito de contrato e, em grande medida, a perplexidade que suscitam é, precisamente, consequência da noção clássica de contrato. Este conceito que reduz o contrato a um acordo de vontades tem sido, amiúde, criticado, por um lado porque escamoteia quaisquer elementos objectivos tais como equivalência entre os deveres das partes ou os conceitos de causa e de consideration e, por outro lado, em virtude da sua própria generalidade e abstração, pode converter-se em um obstáculo à compreensão de que certas categorias de contratos – como, por exemplo, os contratos de longa duração – colocam problemas específicos" (GOMES, Júlio. Cláusulas de hardship. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). Contratos: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 167).

8 Cf. FERNANDES, Luís A. Carvalho. Teoria da imprevisão no direito civil português. Lisboa: Quid Juris, 2001. p. 316.

9 Nesse sentido: MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento). In: LOPES, José Azeredo

(Coord.). *Juris et de jure: nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Porto, 1998. p. 21.

10 Justificando a aplicação das hardship clauses em direito internacional, aduz Tomaso Galletto: "I contratti internazionali, infatti, caratterizzati generalmente da una lunga durata, e dalla complessità dei rapporti negoziali, sono potenzialmente soggetti ad essere incisi dalla sopravvenienza in misura largamente superiore a quanto accade con riferimento ai contratti che esauriscono i loro effetti all'interno di un unico ordinamento" (GALLETTO, Tomaso. *Clausola rebus sic stantibus*. Digesto delle discipline privatistiche: Sezione Civile. Torino, UTET, 1988. v. II. p. 394).

11 Segundo "The Oxford English Reference Dictionary", a expressão inglesa hardship pode ser compreendida por: "1. Severe suffering or privation. 2. The circumstance causing this" (PEARSALL, Judy; TRUMBLE, Bill (Ed.). *The Oxford English Reference Dictionary*. New York: Oxford University Press, 1995. p. 641).

12 Paolo Gallo chega a afirmar que os instrumentos de revisão previstos pelas partes, normalmente, apresentam-se insuficientes para solucionar os problemas concretos de superveniência de eventos que afetam o equilíbrio contratual. GALLO, Paolo. *Sopraavvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 365.

13 MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento). In: LOPES, José Azeredo (Coord.). *Juris et de jure: nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Porto, 1998. p. 24.

14 ALTERINI, Atilio Aníbal. Teoría de la imprevisión y cláusula de hardship. Roma e America. *Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, Roma, ano XIII, parte II, 2002. p. 62.

15 António Pinto Monteiro e Júlio Gomes, ao abordarem a matéria tendo por escopo o ordenamento jurídico português, asseveram: "Também o art. 437.º do Código Civil não parece constituir norma absolutamente imperativa, podendo ser, designadamente, afastado pela vontade das partes, tanto mais que não se aplica a contratos aleatórios. Assim sendo, parece dever dar-se primazia às soluções que as próprias partes encontraram em sede de mecanismos para a renegociação do contrato" (MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento). In: LOPES, José Azeredo (Coord.). *Juris et de jure: nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Porto, 1998. p. 39).

16 Em mesma perspectiva, também tendo por embasamento a ordem jurídica portuguesa, afirma Carvalho Fernandes: "Em geral situando-se no domínio do Direito privado, onde domina o princípio da autonomia; se as partes puderem celebrar validamente o negócio, não haverá, em regra, obstáculo a que elas próprias se vinculem a renegociá-lo, ocorridas determinadas circunstâncias. Nem o facto de o sistema jurídico português contemplar um regime específico para as consequências derivadas, em negócios de longa duração, da alteração das circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar, justifica resposta diferente da acima sustentada" (FERNANDES, Luís A. Carvalho. *Teoria da imprevisão no direito civil português*. Lisboa: Quid Juris, 2001. p. 317).

17 Cf. MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento). In: LOPES, José Azeredo (Coord.). *Juris et de jure: nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, Porto, 1998. p. 35.



18 NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. Revista do Advogado, São Paulo, ano XXXII, n. 116, jul. 2012. p. 89.

19 GOMES, Júlio. Cláusulas de hardship. In: Contratos: actualidade e evolução. MONTEIRO, António Pinto (Coord.). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 167.

20 "La renégociation revêt une double obligation. D'une part, les parties doivent entrer en discussion, ce qui constitue une obligation de résultat. D'autre part, l'obligation de discuter de manière constructive apparaît comme une obligation de moyens sanctionnée par des dommages-intérêts" (LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. La pérennité contractuelle. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. p. 125).

21 LEMES, Selma Ferreira. Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem. In: FIKELSTEIN, Cláudio; VITA, Jonathan; CASADO FILHO, Napoleão (Org.). Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e direito brasileiro. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 173.

22 Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

23 Nesse sentido, sustenta Judith Martins-Costa: "A boa-fé como regra de conduta, fundada na honestidade, na retidão, na lealdade, e, principalmente, na consideração para com os interesses do alter, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado" (MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, v. 15, 1998. p. 148).

24 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2015. p. 41.

25 SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 32, out.-dez. 2007. p. 4-5.

26 "[...] a regra da boa-fé tem funções que chamo de "pretorianas" em relação ao contrato. O chamado "direito pretoriano", no direito romano, foi aquele que os pretores introduziram para ajudar, suprir, e corrigir o direito civil. Havia o direito civil estrito (direito civil mais rigoroso); o direito pretoriano veio adjuvandi, supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia. Essa mesma tríplice função existe para a cláusula geral da boa-fé no campo contratual, porque justamente a idéia é ajudar na interpretação do contrato, adjuvandi, suprir algumas das falhas do contrato, isto é, acrescentar o que nele não está incluído, supplendi, e eventualmente corrigir alguma coisa que não é de direito no sentido de justo, corrigendi. Esse é o papel da cláusula geral de boa-fé na fase estritamente contratual" (AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Insuficiências, deficiências e desatualização do projeto de código civil na questão da boa-fé objetiva nos contratos. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 1, jan.-mar. 2000. p. 7).

27 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2015. p. 603-608.

28 GOMES, Orlando. Obrigações. 17. ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 15.

29 CORDEIRO, António Manuel da Rocha e Menezes. Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 2015. p. 586.

30 SILVA, Clóvis do Couto e. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2006. p. 17.

31 LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Direito das obrigações: introdução. 9. ed. Coimbra: Almedina, 2010. v. I. p. 126.

32 SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Contratos de longo prazo e dever de cooperação. São Paulo: Almedina, 2016. p. 244.

33 GOMES, Júlio. Cláusulas de hardship. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.). Contratos: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 192.

34 "Em todo o caso, revela-se delicada a tarefa de apreciar a razoabilidade do comportamento das partes durante o processo de renegociação. Uma sugestão apresentada por alguns autores consiste em aplicar aqui os princípios desenvolvidos em sede de responsabilidade pré-contratual, não faltando sequer quem considere que tal aplicação se justifica, neste domínio, por maioria de razão e com maior intensidade" (MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento). In: LOPES, José Azeredo (Coord.). Juris et de jure: nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998. p. 24). No mesmo sentido: GOMES, Júlio. Cláusulas de hardship. In: MONTEIRO, António Pinto (Coord.) Contratos: actualidade e evolução. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 193; LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. La pérennité contractuelle. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. p. 409.

35 "The party which is confronted with a request may not refuse to negotiate or break off negotiations contrary to good faith and fair dealing. As it may not unreasonably refuse to examine the changed circumstances invoked by the aggrieved party, it is not allowed to plainly reject any renegotiations without having previously considered the arguments advanced in support of the request by the aggrieved party. In order to secure proof, the relevant party may want to document its assessment of the request, e.g., by means of an opinion rendered by outside counsel" (BRUNNER, Christoph. Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration. [S.l.]: Kluwer Law International, 2008. p. 469).

36 MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. Revista de arbitragem e mediação, ano 7, n. 25, , abr.-jun. 2010. p. 26.

37 NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodvalho. Renegociação contratual. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 100, v. 906, abr. 2011. p. 143.

38 GAVAZZONI, Adriana. A renegociação e adaptação do contrato internacional. Curitiba: Juruá, 2006. p. 121.

39 NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. Revista do advogado, São Paulo, ano XXXII, n. 116, jul. 2012. p. 96.

40 BRUNNER, Christoph. Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration. [S.l.]: Kluwer Law International, 2008. p. 470.

41 SCHREIBER, Anderson. Existe um dever de renegociar?: reflexões iniciais sobre as consequências do desequilíbrio contratual. Revista do advogado, São Paulo, ano XXXVI, n. 131, out. 2016. p. 30.

42 LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. La pérennité contractuelle. Paris: Librairie

Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. p. 413.

43 NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho. Renegociação contratual. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 100, v. 906, abril. 2011. p. 144.

44 LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. La pérennité contractuelle. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. p. 409.

45 BRUNNER, Christoph. Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration. [S.l.]: Kluwer Law International, 2008. p. 469.

46 MCKENDRICK, Ewan. The regulation of long-term contracts in english law. In: BEATSON, Jack; FRIEDMANN, Daniel (Edit.). Good faith and fault in contract law. Oxford: Claredon Press, 1997. p. 315-316.

47 GAVAZZONI, Adriana. A renegociação e adaptação do contrato internacional. Curitiba: Juruá, 2006. p. 35.

48 MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento). In: LOPES, José Azeredo (Coord.). Juris et de jure: nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998. p. 39.

49 CENTER FOR TRANSNATIONAL LAW (CENTRAL). Transnational law digest and bibliography (TLDB). Cologne: [s.n.], 2008. n. IV.5.8 – Duty to renegotiate; COMMISSION OF EUROPEAN CONTRACT LAW. The principles of european contract law (PECL). [S.l.]: [s.n.], 2002. Article 6:111 (ex art. 2.117) – Change of Circumstances, (2); INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). UNIDROIT principles of international commercial contracts. Rome: [s.n.], 2010, Article 6.2.3 (Effects of hardship), (1).

50 SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Contratos de longo prazo e dever de cooperação. São Paulo: Almedina, 2016. p. 192.

51 LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. La pérennité contractuelle. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. p. 407.

52 BRUNNER, Christoph. Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration. [S.l.]: Kluwer Law International, 2008. p. 467.

53 “É justamente como expressão dessa eficácia integrativa da boa-fé que surge o dever (obrigação ex lege) de renegociação contratual, consubstanciando-se a readequação do contrato (adequamento) como verdadeiro princípio geral dos contratos de execução diferida ou de longa duração, de tal sorte que a fonte primeira do dever de renegociação contratual é a própria lei (as obrigações devem ser executadas de boa-fé), daí falar-se em obrigação legal de renegociar (= dever de renegociação)” (NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodovalho. Renegociação contratual. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 100, v. 906, abril. 2011. p. 141).

54 “A evolução da teoria contratual, especialmente nos pactos de duração, abre caminho no sentido de se considerar imperativa a renegociação com apoio no princípio da boa-fé e no dever de cooperação, porém, não como obrigação legal específica, mas como um dever lateral de conduta, mesmo na ausência de cláusula de renegociação” (NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. Revista do advogado, São Paulo, ano XXXII, n. 116, jul. 2012. p. 95).



55 SCHREIBER, Anderson. Existe um dever de renegociar?: reflexões iniciais sobre as consequências do desequilíbrio contratual. Revista do advogado, São Paulo, ano XXXVI, n. 131, out. 2016. p. 30.

56 "O dever lateral de conduta não pode trazer ao contratante um ônus ou um peso que não aquele normalmente esperado do contratante naquele tipo específico de contratação, considerando-se todas as suas particularidades. Não se pode transferir ao contratante determinada obrigação tão gravosa que deixa de ser acessória, lateral, e passa a ser algo que deveria ter sido parte do rol das prestações das partes, inclusive para que custos fossem alocados tendo por base tal obrigação" (SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Contratos de longo prazo e dever de cooperação. São Paulo: Almedina, 2016. p. 243).

57 GOMES, Orlando. Obrigações. 17. ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 109.

58 GOMES, Orlando. Obrigações. 17. ed. Atual. Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 111.

59 SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 32, out.-dez. 2007. p. 6.

60 Segundo Anderson Schreiber, assiste-se hoje a uma "tríplice transformação do adimplemento", relativa, simultaneamente, ao seu momento de verificação (temporal), às condições para sua configuração (conceitual) e aos efeitos que dele decorrem (consequencial). Em cada um desses aspectos, evidenciam-se "novas figuras e construções que vêm sendo vinculadas, direta ou indiretamente, à boa-fé objetiva, como o inadimplemento antecipado, a violação positiva do contrato, o adimplemento substancial e a responsabilidade pós-contratual" (SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 32, out.-dez. 2007. p. 7).

61 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. V. t. I. p. 55.

62 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. V, t. I. p. 96.

63 MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. V, t. I. p. 99.

64 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 42.

65 SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. A boa-fé e a violação positiva do contrato. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 268.

66 SCHREIBER, Anderson. A tríplice transformação do adimplemento: adimplemento substancial, inadimplemento antecipado e outras figuras. Revista trimestral de direito civil, Rio de Janeiro, v. 32, out.-dez. 2007. p. 15.

67 MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. Revista de arbitragem e mediação, ano 7, n. 25, abr.-jun.



2010. p. 26-27.

68 Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

69 Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado. Parágrafo único. Se a prestação, devido à mora, se tornar inútil ao credor, este poderá enjeitá-la, e exigir a satisfação das perdas e danos.

70 "A quantificação do dano sofrido, mesmo quando os restantes pressupostos da responsabilidade civil estão reunidos, é, ela também, uma operação difícil. Não só pode ser quase impossível calcular o conteúdo hipotético do acordo a que as partes teriam eventualmente chegado, como, também, tal acordo nunca passa precisamente disso mesmo, quer dizer, de uma eventualidade, pois que mesmo que as partes tivessem negociado de boa fé não é certo que tivessem chegado a um consenso. Por tudo isto, as cláusulas de hardship são frequentemente acompanhadas de cláusulas penais e é frequente o recurso a meios alternativos de resolução de conflitos" (MONTEIRO, António Pinto; GOMES, Júlio. A hardship clause e o problema da alteração das circunstâncias (breve apontamento). In: LOPES, José Azeredo (Coord.). *Juris et de jure: nos 20 anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998. p. 24).*

71 "A indenização deve abranger o dano emergente e o lucro cessante derivados, causalmente, da recusa injustificada em negociar (arts. 389, 393, 394, 395, 402 a 407, do CC/2002). Sinal-se, ainda deve-se ter em conta, no cálculo do montante da indenização, o fato de as partes, no "balanceamento de interesses" que antecede a conclusão contratual – isto é, no cálculo dos pesos e contrapesos, riscos e garantias, vantagens e ônus mútuos – terem assumido a expectativa legítima à readequação, tal qual pactuada e como é próprio dos "contratos evolutivos", Essa expectativa legítima pode ser traduzida em termos econômicos, pois, certamente, impacta na estipulação do preço contratual. Fiado na possibilidade de renegociar preços, em caso de hardship, o contraente pode ter deixado de "embutir" valores que compensassem, ou quando menos mitigassem, o risco assumido" (MARTINS-COSTA, Judith. A cláusula de hardship e a obrigação de renegociar nos contratos de longa duração. *Revista de arbitragem e mediação, ano 7, n. 25, abr.-jun. 2010. p. 34).*

72 NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. *Revista do advogado, São Paulo, ano XXXII, n. 116, jul. 2012. p. 94.*

73 INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). UNIDROIT principles of international commercial contracts. Rome: [s.n.], 2010, Article 6.2.3 (Effects of hardship), (2); BRUNNER, Christoph. Force majeure and hardship under general contract principles: exemption for non-performance in international arbitration. [S.I.]: Kluwer Law International, 2008. p. 471; GAVAZZONI, Adriana. A renegociação e adaptação do contrato internacional. Curitiba: Juruá, 2006. p. 129. LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. *La pérennité contractuelle*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. p. 125.

74 NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. *Revista do advogado, São Paulo, ano XXXII, n. 116, jul. 2012. p. 94.*

75 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil: execução forçada, processos nos tribunais, recursos, direito intertemporal*. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III. p. 205.

76 DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 71.



77 Nesse sentido dispõe o art. 499 do Código de Processo Civil de 2015: “[a] obrigação somente será convertida em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente”.

78 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: v. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.752-1.753.

79 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: v. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.756.

80 “[...] a astreinte representa meio executório poderoso, aplicável vantajosamente para executar de modo específico obrigação de fazer infungível” (ASSIS, Araken de. Manual da execução. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 570). No mesmo sentido: DIDIER JR., Fredie et al. Curso de direito processual civil: execução. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. v. 5. p. 582; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil: v. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 1.756.

81 “É cabível, mesmo contra a Fazenda Pública, a cominação de multa diária (astreintes) como meio executivo para cumprimento de obrigação de fazer (fungível ou infungível) ou entregar coisa” (STJ, T4, AgRg no AgRg no REsp 1.108.445/MS, Min. rel. Maria Isabel Gallotti, j. 04.08.2015, d.p. 10.08.2015). No mesmo sentido: STJ, T1, AgRg no AREsp 23.782/RS, Min. rel. Benedito Gonçalves, j. 20.03.2012, d.p. 23.03.2012; STJ, REsp 6.314/RJ, T3, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 25.02.1991, d.p. 25.03.1991.

82 Art. 247. Incorre na obrigação de indenizar perdas e danos o devedor que recusar a prestação a ele só imposta, ou só por ele exequível.

83 Art. 821. Na obrigação de fazer, quando se convencionar que o executado a satisfaça pessoalmente, o exequente poderá requerer ao juiz que lhe assinasse prazo para cumpri-la. Parágrafo único. Havendo recusa ou mora do executado, sua obrigação pessoal será convertida em perdas e danos, caso em que se observará o procedimento de execução por quantia certa.

84 “Se houver recusa ou mora de sua parte, outra solução não há, senão a de converter a obrigação personalíssima em perdas e danos (obrigação subsidiária) (art. 821, parágrafo único). Nesse caso, não tem cabimento a aplicação da multa cominatória (astreinte). O próprio direito material determina como sanção aplicável às prestações personalíssimas, ou infungíveis, a substituição por perdas e danos (Código Civil de 2002, art. 247)” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil: execução forçada, processos nos tribunais, recursos, direito intertemporal. 47. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. v. III. p. 455).

85 “[...] fazendo uso da obrigatoriedade de renegociar que prevê uma cláusula de hardship, a parte poderá recorrer ao Judiciário na tentativa de obrigar seu oponente a entabular negociações. Obrigar alguém a negociar não parece muito sábio. Certamente aquele que foi levado às negociações fará tudo para que essas não sejam bem-sucedidas, do ponto de vista da parte que as propôs” (GAVAZZONI, Adriana. A renegociação e adaptação do contrato internacional. Curitiba: Juruá, 2006. p. 201-202).

86 NANNI, Giovanni Ettore. A obrigação de renegociar no direito contratual brasileiro. Revista do advogado, São Paulo, ano XXXII, n. 116, jul. 2012. p. 94.

87 “[...] frustrando-se os objetivos da renegociação contratual (é dizer, as partes efetivamente se esforçaram na busca da readequação contratual, porém não lograram êxito no intento) ou, então, incumprindo-se o dever de renegociação [a parte sequer tentou ou não se esforçou seriamente (de boa-fé) no processo de renegociação contratual] abre-se margem para a intervenção judicial no contrato. Nesse ínterim, em

sendo possível a conservação do contrato [é dizer, caso seja possível conservar e conciliar o interesse (original e objetivo) das partes], o juiz, preservando-o, procede à revisão judicial do contrato; sendo inviável ou impossível a conservação do contrato, alternativa não restará ao juiz, senão a resolução do contrato” (NERY JUNIOR, Nelson; SANTOS, Thiago Rodvalho. Renegociação contratual. Revista dos tribunais, São Paulo, ano 100, v. 906, abril. 2011. p. 146).

88 CENTER FOR TRANSNATIONAL LAW (CENTRAL). Transnational law digest and bibliography (TLDB). Cologne: [s.n.], 2008. n. IV.5.8 – Duty to renegotiate. n. VIII.1 – Definition and legal consequences of Hardship, (b); COMMISSION OF EUROPEAN CONTRACT LAW. The principles of european contract law (PECL). [S.I]: [s.n.], 2002. Article 6:111 (ex art. 2.117) – Change of Circumstances, (3); INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW (UNIDROIT). UNIDROIT principles of international commercial contracts. Rome: [s.n.], 2010, Article 6.2.3 (Effects of hardship), (3) e (4).

89 “Le juge ne doit pas se substituer aux parties en cas d’échec de la renégociation des contractants” (LABORDERIE, Anne-Sophie Lavefve. La pérennité contractuelle. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2005. p. 415).

90 “Adivinhar o que as partes teriam contratado se houvessem previsto determinado fato à época da contratação mostra-se, no mais das vezes, inadequado. No processo de negociação, não é incomum que as empresas, deliberadamente, evitem enfrentar pontos controvertidos que aumentariam seus custos de barganha. Com esse proceder, assumem riscos que não podem ser ignorados pelo intérprete. Impor obrigação não contratada pode significar a neutralização do risco assumido pelo agente econômico. Lacunas não são um “defeito” do negócio jurídico, mas sua característica” (FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 274).

91 “[...] ainda que o juiz requeira a realização de perícia e se cerque de profissionais capacitados sobre a questão contratual de fundo, que até tenham, em tese, condições técnicas de sugerir o reequilíbrio do contrato, fato é que nos parece total afronta aos princípios contratuais obrigar a parte a aceitar condições que ela não deseja” (SCHUNCK, Giuliana Bonanno. Contratos de longo prazo e dever de cooperação. São Paulo: Almedina, 2016. p. 199).

92 FORGIONI, Paula A. Contratos empresariais: teoria geral e aplicação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 275.