

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.

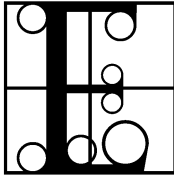
mitigation (but not suppression) of the principle of *pacta sunt servanda*, which seeks the preservation of the parties' original intentions at the time the contract was celebrated (objective basis of legal transactions). If the fulfillment of obligations surpasses the *typical contractual risk*, the *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 faça 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 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* [*Vertrauenslehre*] 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 *subjéctiva*; (ii) e outra *objetiva*. A primeira, a base *subjéctiva* 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 António 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 íterim, 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.

