

Construindo um dever de renegociar no Direito brasileiro*

Anderson Schreiber¹

Resumo

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

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

Abstract

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

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

A economia do desequilíbrio

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Dimensão comportamental do desequilíbrio contratual na experiência jurídica estrangeira e internacional

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

Art. 6.2.3. [...]

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Construção de um dever de renegociar no direito brasileiro

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Conclusão

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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