



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

CLELTON FELLIPE SANTANA ALCÂNTARA

**O DEVER DE RENEGOCIAR PARA A MANUTENÇÃO DO
EQUILÍBRIO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES PARITÁRIAS
À LUZ DO ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL**

Salvador
2020

CLELTON FELLIPE SANTANA ALCÂNTARA

**O DEVER DE RENEGOCIAR PARA A MANUTENÇÃO DO
EQUILÍBRIO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES PARITÁRIAS
À LUZ DO ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Thiago Carvalho Borges

Salvador
2020

TERMO DE APROVAÇÃO

CLELTON FELLIPE SANTANA ALCÂNTARA

O DEVER DE RENEGOCIAR PARA A MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL NAS RELAÇÕES PARITÁRIAS À LUZ DO ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2020

AGRADECIMENTOS

Primeiramente agradeço à Deus por me permitir viver toda a experiência que a Faculdade me proporcionou.

À minha família, em especial meu pai, minha mãe e minha irmã pelo amor e esforço incondicional para que eu pudesse chegar até aqui. Aos meus avós por sempre me apoiarem e me auxiliarem no que fosse preciso.

Agradeço ao Professor Ermiro Neto que, aprioristicamente, acendeu a luz em mim sobre o tema discorrido no presente trabalho de conclusão de curso. Neste sentido, agradecer ao Professor Thiago Borges, meu orientador, pelo auxílio, presteza e seriedade com que conduziu a orientação.

Aos meus amigos que me acompanharam em todos os desafios que passei nestes 05 anos de Faculdade, em especial Yasmin Dantas, Gabriela Aires, Natan Freire e Alan Diniz.

À minha primeira experiência profissional, que levo os ensinamentos comigo até hoje, a Alfa Consultoria Júnior, e todas as amigas que nela pude fazer e que levarei para toda a vida.

À minha primeira equipe de cortes simuladas, a equipe de processo civil, onde pude me desenvolver profissionalmente e como pessoa, ao lado de pessoas incríveis.

A todos os integrantes da equipe de negociação, em especial à Leticia Brito e Henrique Cardeal por embarcar nessa experiência ímpar e que marcou minha vida.

Ao meu grupo de amigos de Alagoinhas, em especial Cecilia Machado, Gabriela Borges, Hugo Mendes, Pedro Alcântara, Felipe Curcino e João Brito com quem compartilhei minha vida pessoal e acadêmica ao longo destes 5 anos.

À todos, meu muito obrigado!

“A porta da verdade estava aberta
Mas só deixava passar
Meia pessoa de cada vez
Assim não era possível atingir toda a
verdade.
Porque a meia pessoa que entrava
Só trazia o perfil de meia verdade
E a segunda metade
Voltava igualmente como perfil
E os meios perfis não coincidiam.
Arrebentavam a porta, derrubavam a porta,
Chegaram ao lugar luminoso onde a
verdade esplendia seus fogos
Era dividida em metades diferentes uma da
outra
Chegou-se a discutir qual metade mais
bela.
Nenhuma das duas era totalmente bela e
carecia optar.
Cada um optou conforme seu capricho,
sua ilusão, sua miopia”

(Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem por objetivo analisar o dever de renegociar no direito civil brasileiro como meio viável para obter a manutenção ou reequilíbrio de contratos paritários. Mais especificamente como uma consequência da cláusula geral da boa-fé. Para tanto, primeiramente se debruça sobre o instituto da boa-fé, de maneira mais profunda a boa-fé objetiva. Analisa-se seu conceito, seus limites, sua aplicação prática através dos deveres anexos da boa-fé. Em seguida, busca-se entender como funciona o dever de renegociar no âmbito internacional, afim de obter um parâmetro do que seria o referido dever na realidade e como ele se apresenta numa legislação aplicável. Como exemplos se utilizou os Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais, *Draft Common Frame of Reference*, Código Civil Italiano, Princípios de Direito Contratual Europeu, Código Civil e Comercial Argentino e Código Civil da República Tcheca. Adentrou-se nos pormenores de cada princípio e legislação para saber como cada sujeito manuseia o dever de renegociar em suas especificidades. Após, chega-se ao tema principal do presente trabalho, o dever de renegociar à luz do Art. 422 do Código Civil para a manutenção do equilíbrio contratual nos contratos paritários. Inicialmente se faz uma análise do Art. 422 do Código Civil. Em seguida, chega-se ao cerne do trabalho, se discute o que seria o dever de renegociar, uma obrigação de resultado ou de meio. Traz-se os comportamentos esperados para haver a observância do dever de renegociar, bem como os comportamentos dos contratantes diante do desequilíbrio que dificultam a efetividade do dever. Discute-se qual a natureza jurídica do dever de renegociar, além de suas utilidades. Passado este tópico, apresenta-se os contratos que se aplicam o dever de renegociar, bem como cláusulas contratuais que ajudam à tornar o dever de renegociar mais cogente. Por fim, apontam-se as consequências do descumprimento do dever de renegociação, bem como a conclusão da dicotomia do dever de renegociar x acesso à justiça.

Palavras-chave: Negociar. Boa-fé. Equilíbrio Contratual. Negociação. Contratos Paritários.

ABSTRACT

The present monographic work aims to analyze the duty to renegotiate in Brazilian civil law as a viable means to obtain the maintenance or rebalancing of joint contracts. More specifically as a consequence of the general clause of good faith. To do so, it first focuses on the institute of good faith, in a more profound way the objective good faith. Its concept, its limits, its practical application are analyzed through the annexed duties of good faith. Then, it seeks to understand how the duty to renegotiate at the international level works, in order to obtain a parameter of what the duty would be in reality and how it is presented in the applicable legislation. Examples were the Unidroit Principles relating to international commercial contracts, Draft Common Frame of Reference, Italian Civil Code, Principles of European Contract Law, Argentine Civil and Commercial Code and Civil Code of the Czech Republic. It went into the details of each principle and legislation to learn how each subject handles the duty to renegotiate in their specificities. Afterward, the main theme of this work is reached, the duty to renegotiate in the light of Art. 422 of the Civil Code to maintain contractual balance in joint contracts. Initially, an analysis of Art. 422 of the Civil Code is made. Then, you get to the heart of the work, discuss what would be the duty to renegotiate, an obligation of results or means. It brings the expected behaviors to observe the duty to renegotiate, as well as the behavior of the contractors in the face of the imbalance that hinders the effectiveness of the duty. The legal nature of the duty to renegotiate is discussed, in addition to its uses. After this topic, the contracts that apply the duty to renegotiate are presented, as well as contractual clauses that help to make the duty to renegotiate more cogent. Finally, the consequences of non-compliance with the duty to renegotiate are pointed out, as well as the conclusion of the dichotomy of the duty to renegotiate x access to justice.

Keywords: Negotiate; Good faith; Contractual Balance; Negotiation; Joint Contract

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	DA BOA-FÉ CONTRATUAL	12
2.1	EVOLUÇÃO HISTÓRICA.....	12
2.2	A BOA-FÉ COMO UMA CLÁUSULA GERAL	13
2.2.1	Cláusula Geral X Conceito Jurídico Indeterminado	14
2.3	BOA-FÉ OBJETIVA.....	16
2.3.1	A Boa-Fé Objetiva E A Constituição	17
2.3.2	Função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção	18
2.3.2.1	Dever de lealdade e confiança recíprocos	19
2.3.2.2	Dever de assistência.....	20
2.3.2.3	Dever de informação.....	21
2.3.3	Função delimitadora do exercício de direitos subjetivos	22
2.3.4	Função interpretativa da boa-fé objetiva	23
2.3.5	Os limites da boa-fé objetiva	24
3	DEVER DE RENEGOCIAR NO DIREITO INTERNACIONAL	26
3.1	PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS	27
3.2	DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE	29
3.3	CÓDIGO CIVIL ITALIANO	30
3.4	PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL EUROPEU.....	31
3.5	CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL ARGENTINO.....	33
3.6	CÓDIGO CIVIL DA REPÚBLICA TCHECA DE 2012.....	35
4	O DEVER DE RENEGOCIAR COMO CONSEQUENCIA DO ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL	38
4.1	O ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL	38
4.1.1	Há uma incompletude no art. 422 do Código Civil?	39
4.2	O DEVER DE RENEGOCIAR	40
4.2.1	o silêncio do legislador sobre o dever de renegociar	41
4.2.2	A renegociação	43

4.2.2.1 Renegociação Perde-Ganha	44
4.2.2.2 Renegociação Ganha-Ganha.....	44
4.2.3 O dever de renegociar à luz do art. 422 do Código Civil	46
4.2.3.1 Obrigação de meio, resultado ou de garantia?	47
4.2.3.2 Dever de renegociar como um dever anexo?	48
4.3 UTILIDADE DO DEVER DE RENEGOCIAR.....	49
4.3.1 Reequilíbrio ou manutenção do equilíbrio contratual.....	50
4.3.1.1 Do equilíbrio contratual	51
4.3.1.1.1 Teoria da imprevisão.....	53
4.3.1.1.2 Fato extraordinário ou imprevisível	54
4.3.1.1.3 Onerosidade excessiva	55
4.3.2 Função social.....	56
4.3.2.1 Função social nos contratos.....	56
4.3.3 Diminuição das demandas do judiciário	57
4.4 CONTRATOS NOS QUAIS SE APLICA O DEVER DE RENEGOCIAR	59
4.4.1 Contratos incompletos.....	59
4.4.2 Contratos relacionais	60
4.5 CLÁUSULAS CONTRATUAIS SOBRE O DEVER DE RENEGOCIAR.....	61
4.5.1 Cláusulas de <i>hardship</i>	62
4.5.2 Cláusula de melhores esforços.....	62
4.6 CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO DEVER DE RENEGOCIAR	63
4.7 DEVER DE RENEGOCIAR X ACESSO À JUSTIÇA	64
5 CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	71

1 INTRODUÇÃO

O Código Civil de 2002 trouxe consigo a positivação da boa-fé, tanto a subjetiva quanto a objetiva. Com isso, fez com que as relações privadas estivessem obrigatoriamente adstritas a uma conduta pautada na lealdade e na probidade, como bem dispõe o Artigo 422 da legislação civil. Em uma sociedade plural, complexa e globalizada como a que se vive hoje em dia, este artigo ganha especial relevância, uma vez que as tratativas no âmbito do direito privado se tornaram cada vez mais duradouras.

Quando os contratantes agem de acordo com os deveres anexos da boa-fé objetiva a chance da relação negocial dar certo é muito maior. Além disso, o ordenamento jurídico privilegia aquele que age de acordo com a boa-fé.

Sem dúvidas, o Art. 422 do Código Civil é de suma importância em todas as relações obrigacionais.

Ocorre que, uma consequência relevante do caráter duradouro dos contratos é a impossibilidade de se prever fatos que podem acontecer com o passar do tempo. Em geral, no momento de formação dos contratos as partes se preocupam com o momento presente, remotamente tentam prever eventos futuros que podem vir a causar um desequilíbrio contratual que faça com que a obrigação que uma das partes tenha que cumprir se torne excessivamente onerosa.

O “remédio” que o ordenamento jurídico pátrio adota nesses casos é o da revisão ou resolução judicial, ambos os institutos previstos no Código Civil.

No entanto, tais demandas necessitam de um ajuizamento de uma ação judicial, que possivelmente irá gerar gastos de dinheiro e de tempo, dois fatores muito importantes em qualquer cenário normal que se tornam cruciais em um ambiente de crise. Além disso, um deslinde judicial irá afetar a relação negocial, que por muitas vezes é de suma importância para a estabilidade do negócio. Devido aos ônus causados por uma ação judicial, optar por uma revisão ou resolução judicial do contrato tem que ser uma medida bem pensada.

Em algumas legislações internacionais, a resposta para o problema da incapacidade humana para prever eventos futuros que provoquem um desequilíbrio contratual e uma onerosidade excessiva são resolvidos de outra forma.

Quando ocorrer um fato que no momento da formação do contrato as partes não sabiam e que não poderiam saber e que este fato não seja causado por nenhum dos contratantes, surge o dever de renegociar este contrato.

Com o dever de renegociar se entende a notificação da parte privilegiada sobre o desequilíbrio, estando obrigada a respondê-la de maneira rápida, colocando-se à disposição para uma renegociação do contrato de acordo com a boa-fé.

O dever de renegociar não é um dever de resultado e por isso não há obrigatoriedade de se chegar a um acordo. Ocorre apenas o dever de se dialogar sobre a possibilidade de uma nova situação contratual.

No entanto, o Código Civil brasileiro, mesmo sendo recente, em nada falou sobre esse dever de renegociar, fazendo com que o principal meio para se resolver situações de desequilíbrio seja o ajuizamento de ações judiciais.

Esse comportamento tem efeitos práticos notáveis. Os tribunais brasileiros estão lotados de processos e um dos fatores para que isso ocorra é a mentalidade litigiosa dos seus operadores do direito e da própria sociedade.

Acontece que como já falado, o Código Civil trouxe no seu Artigo 422 a cláusula geral da boa-fé, que obriga os contratantes a agir de acordo com a probidade e lealdade.

O presente trabalho tem por objetivo estudar o dever de renegociar à luz do Artigo 422 do Código Civil nas relações paritárias em situações de desequilíbrio contratual. O referido tema é de suma importância no cenário atual, no qual a renegociação dos contratos se tornou uma necessidade.

A problemática que envolve o tema é a seguinte: no Direito brasileiro existe um dever de renegociar contratos desequilibrados? A resposta se dará principalmente através de um estudo da cláusula geral da boa-fé e da análise de legislações internacionais.

Saliente-se que o objetivo do presente trabalho não é esgotar o tema ou abordar todos os desdobramentos possíveis decorrentes do dever de renegociar, mas sim levantar a hipótese da existência de um dever de renegociar implícito na cláusula geral da boa-fé objetiva.

A metodologia aqui utilizada será a de pesquisas bibliográficas realizadas por meio da análise de doutrinas, de legislações nacionais e internacionais e de precedentes. Para a melhor compreensão do tema o presente trabalho foi dividido em três capítulos: no primeiro capítulo o objetivo é analisar a boa-fé objetiva como

cláusula geral e seus deveres anexos; no segundo capítulo ocorre a observância de dispositivos internacionais que versam sobre o dever de renegociar. Diplomas que ajudam a entender como se dá este dever de maneira efetiva no mundo real. No terceiro capítulo o foco é o dever de renegociar à luz do Art. 422 do Código Civil, para isso, aborda-se a explicação do que seria o dever de renegociar, a natureza jurídica deste dever e as implicações do não cumprimento. Além disso, traz-se institutos como o equilíbrio contratual e a função social como consequências da efetivação do dever de renegociar.

Ainda neste sentido, observa-se os contratos nos quais a renegociação deve ser obedecida, bem como cláusulas que podem ser utilizadas para melhor aplicar este dever. Neste contexto, aborda-se a diferenciação dos tipos de negociação e modelos de como se negociar. Por fim, observa-se se ocorre a hipótese de o dever de renegociar ser um óbice ao direito de acesso à justiça.

Assim, diante da omissão do legislador pátrio sobre o tema, de acordo com o entendimento doutrinário e legislativo estudado, chega-se à conclusão para se posicionar acerca do questionamento inicialmente apresentado, como a resposta mais adequada ao problema.

2 DA BOA-FÉ CONTRATUAL

O princípio da boa-fé se traduz em uma matriz principiológica de fundo ético e espectro eficaz jurídico de modo que não se tratam apenas de aspectos morais ou de indicação de modelo de comportamento, mas sim de deveres que as partes são obrigadas a seguir (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2019, p. 99).

No entanto, na visão de Judith Martins-Costa (2015, p. 40-42), embora o agir segundo a boa-fé concretize as exigências de probidade, correção e comportamento leal com enfoque na viabilização de um tráfico negocial adequado à finalidade e utilidade do negócio ao qual as partes estão vinculadas, não há que se falar em um conceito específico para o princípio da boa-fé. Nesse contexto, os juristas chegam ao seu conteúdo através da análise de diferentes situações nas quais os Tribunais encontram a razão de decidir na violação do viés comportamental, levando em consideração as funções da boa-fé de fonte geradora de deveres jurídicos de cooperação, informação e proteção, a função balizadora de posições jurídicas como correções de conteúdo contratual e como principal fonte hermenêutica dos negócios jurídicos obrigacionais.

A boa-fé figura como fonte de deveres anexos e instrumentais de obrigações agindo na integração e na interpretação das cláusulas contratuais, de maneira que a confiança no destinatário da declaração ganha protagonismo e valorização. Por outro lado, ganha forma também o limite de prerrogativas individuais que podem se mostrar maléficas ao bom relacionamento entre as partes. Com esse pensamento, entra em vigor a recodificação de 2002, trazendo consigo a positivação da boa-fé e acolhendo-a como princípio geral das obrigações, sob os ditames de uma cláusula geral, o Art. 422 do Código Civil (PINHEIRO, 2007, p. 172-180).

2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O instituto da boa-fé contratual encontra sua gênese no direito romano, configurando-se um sistema de ações, e não de direitos. Havia assim a *bona fides*, que consistia em exigir que os contratantes atuassem sem dolo e seguindo um critério de relações leais, devendo ocorrer um comportamento honesto positivo. Com o tempo e a necessidade do comércio com outros povos houve a necessidade do incremento do *jus gentium*, aplicável aos romanos e estrangeiros. Assim, o *jus gentium*, nas

relações de consumo estrangeiras propiciou o incremento da *bona fides*, tendo em vista que nas relações informais era fundamental a lealdade à palavra empenhada. Portanto, é possível aferir a proximidade entre os *iudicia binae fidei* e o princípio da boa-fé. Com o passar do tempo, este dispositivo se tornou presente no pensamento jurídico da Igreja. A boa-fé canônica se traduzia na ausência do pecado, ao contrário da boa-fé do direito romano, que seguia a linha das obrigações mercantis. Após isso, apenas se fala sobre boa-fé no código Napoleônico. Porém, é no código Germânico que se desabrocham as potencialidades do princípio da boa-fé. Mais tarde, o Código Civil Italiano de 1942 dispõe em diversos artigos sobre o princípio se tornando modelo para outros diversos ordenamentos. Desta forma, os códigos europeus em sua quase totalidade adotam o princípio da boa-fé (FARIAS, ROSENVALD, 2019, 181-183).

2.2A BOA-FÉ COMO UMA CLÁUSULA GERAL

A cláusula geral é indicativa de uma estrutura normativa vaga cujo conteúdo não está previamente descrito. Além de poder abrigar uma grande quantidade de conteúdo, a cláusula geral pode ser de três tipos: restritivas, regulatórias e extensivas. No tipo restritivo a cláusula geral opera com uma série de limites a permissões como no caso de restrição à liberdade contratual. No que tange ao tipo regulatório, a cláusula geral atua regulando algumas situações, como é o caso da regulação da responsabilidade por culpa, ou mesmo o direcionamento da conduta contratual, este mais ligado ao princípio da boa-fé. Por último, tem-se o tipo extensivo, de maneira que a aplicação da cláusula geral se dá no sentido de ampliar uma determinada regulamentação por meio da possibilidade de se utilizar princípios e regras que se encontram em outros textos como a codificação do consumidor que assegura aos seus destinatários direitos previstos em acordos e tratados internacionais.

Segundo Judith Martins-Costas (1998, p. 6):

As cláusulas gerais, mais do que um “caso” da teoria do direito – pois revolucionam a tradicional teoria das fontes (11) – constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de standards, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e

deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos meta- -jurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.

À vista disso, a utilização das normas gerais aumentou com o tempo, de forma que se pode citar a título exemplificativo o Art. 7º do Código de Defesa do Consumidor (norma de extensão da tutela assegurada ao consumidor), no Código Civil brasileiro, tem-se os artigos 187 (cláusula geral da ilicitude no modo de exercício jurídico), como antes exposto, o Art. 422 (cláusula geral da boa-fé contratual), Art. 927 (cláusula geral da responsabilidade civil), Art. 1.511 (cláusula geral da comunhão plena de vida, no casamento) (MARTINS-COSTA, 2015, p.127).

Nota-se no caráter regulatório da cláusula geral, uma íntima ligação com o princípio da boa-fé. Tendo em vista que o Art. 422 do Código Civil é uma cláusula geral e nele há uma determinação de como deve ser o comportamento dos contratantes, qual seja, de forma proba e de acordo com a boa-fé objetiva.

A vagueza que é encontrada nas cláusulas gerais não é um equívoco ou uma falta de esmero do legislador. A cláusula geral se trata de uma técnica legislativa que tem por objetivo a possibilidade de diversos tipos de fatos que ocorrem no dia a dia a serem enquadrados nesse tipo de norma, conferindo atualidade e efetividade aos ditames legais.

2.2.1 Cláusula Geral X Conceito Jurídico Indeterminado

Além de ser uma cláusula geral, o Art. 422 do Código Civil também contém conceitos jurídicos indeterminados. Faz-se necessário distinguir os institutos. Como visto anteriormente, a cláusula geral é uma técnica de redação de um enunciado normativo. Por outro lado, conceito jurídico indeterminado é o elemento do texto normativo que pode estar presente na elaboração de uma cláusula geral, embora não haja nenhuma restrição sobre sua utilização em outros tipos de cláusula normativa (DIDIÉ, 2010, p. 2).

A utilização dos conceitos jurídicos indeterminados aumenta o poder criativo do juiz, afastando-o da estrita legalidade, dado que o sentido que terá o termo jurídico indeterminado será decidido pelo próprio julgador. O próprio termo “boa-fé” se refere a um conceito jurídico indeterminado (BERNARDES; THOMÉ, 2013, p. 55),

uma vez que não há algo específico caracterizador da boa-fé, cabendo ao juiz no caso concreto determinar se houve ou não um comportamento baseado neste dispositivo.

Não obstante, questiona-se se o fato das cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados oferecerem ao juiz a possibilidade de interpretar a cláusula e adaptá-la ao caso concreto em razão dos contextos social, econômico, político e cultural da localidade, seria uma ultrapassagem do papel dos magistrados, tornando-se legisladores ao aplicarem esses institutos ou proferirem decisões ativistas, mesmo que os juízes não tenham sido eleitos pelo processo democrático para legislar.

Ocorre que a modificação das relações sociais e econômicas do estado, da população, do processo cultural e do ambiente, ao passar do tempo exigem uma constante atualização da lei, o que, em suma, demanda um certo lapso temporal. Por conta disso se faz necessário o exercício interpretativo dos juízes na hora da aplicação do direito, de forma a contextualizar a norma positivada sempre de acordo com a Constituição e orientado pelos precedentes e pela jurisprudência. Este poder criativo do juiz efetiva os próprios fundamentos e objetivos estabelecidos na própria Constituição da República, com o intuito de aproximar a lei da realidade social (BERNARDES; THOMÉ, 2013, p. 56-67).

Portanto, o poder criativo do magistrado provocado pela existência de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados são válidos desde que estejam adstritos à Constituição e à legalidade.

2.3 BOA-FÉ SUBJETIVA

A boa-fé se divide em boa-fé subjetiva e boa-fé objetiva. A boa-fé subjetiva, também chamada de aspecto psicológico da boa-fé, trata-se da consciência do indivíduo e do conhecimento ou ignorância do sujeito a respeito de determinado fato. (GONÇALVES, 2019, p. 54).

Ela consiste numa análise subjetiva do estado de consciência do agente, com a avaliação de um dado comportamento. Envolve-se uma “aparência” da realidade intuída por este. Pode-se citar como exemplos da boa-fé subjetiva no Código Civil os artigos 309, 686, 1.201 e 1242 (MOLINARO; MILHORANZO, 2008, p.46).

Além dos artigos falados anteriormente há outras situações ligadas à boa-fé subjetiva, como a tutela da aparência, ligada a eficácia do casamento putativo e outras situações de crença errônea. Nesses casos, existe a proteção da crença

legítima de certos fatos e comportamentos. É esclarecedora a seguinte fórmula apresentada por Judith Martins-Costa (2015, p.262):

Pela expressão boa-fé subjetiva trata-se ou de designar um fato pelo qual o um sujeito tem a convicção, ainda que errônea, de estar a respeitar o Direito, pois crê na legalidade da situação, ou de indicar a situação a um terceiro que deve ser protegido porque confiou – legitimamente – na aparência de certo ato.

Portanto, a boa-fé subjetiva é consequência da crença de que a pessoa está se comportando de acordo com o direito, quando, em verdade, pode estar ou não estar.

2.3 BOA-FÉ OBJETIVA

No Código Civil de 1916 não havia espaço para vislumbrar qualquer direito acessório. O pacto negocial e a boa-fé objetiva eram considerados efetivados quando ocorria o fiel cumprimento do contrato nos moldes em que ele foi acordado. No Código Civil de 2002, com uma nova realidade em voga, com a formação de grandes conglomerados empresariais e a adoção cada vez maior dos contratos de adesão, fez-se necessário uma releitura da boa-fé objetiva (NOVAES, 2012, p.38-41).

Este dispositivo no atual código busca uma atuação dos contratantes não se atentando apenas para o adimplemento do que foi acordado, faz-se necessário uma atenção às condutas praticadas, as informações passadas, não somente no âmbito da prestação, mas também nas tratativas iniciais e posteriores, respeitando os deveres anexos da boa-fé.

A boa-fé objetiva traz um critério de interpretação dos negócios jurídicos através das normas de conduta que impõem aos contratantes, um agir baseado na lealdade, colaboração e consideração dos legítimos interesses da outra parte. Nesse cenário, o que se busca é um comportamento positivo de cooperação, ou seja, esse princípio em verdade é uma fonte normativa impositiva de comportamento que os contratantes devem se pautar (MARTINS-COSTA, 2002, p. 612).

Quando se fala em boa-fé objetiva logo se pensa em um comportamento fiel e leal, com a atuação de cada uma das partes a fim de garantir respeito à outra. Observa-se a boa-fé objetiva em todo sistema jurídico, devendo ser respeitada em

todas as relações que existem, de modo a ser concretamente verificável (NUNES, 2019, p.331-332).

Com comportamento fiel e leal, entende-se a adoção de uma postura que vá de encontro à má-fé, evitando o compartilhamento de informações imprecisas, práticas que dificultem o adimplemento contratual e todas as atitudes que venham a prejudicar a relação de maneira dolosa.

É de suma importância a valorização da vontade dos contratantes nos negócios, valorização esta que apenas é possível mediante análise à luz da boa-fé objetiva. Caso o contrato se apresente omissivo ou ambíguo, será necessária a sua integração, ou seja, o preenchimento das lacunas eventualmente existentes, visto que nem sempre as partes preveem de forma expressa todos os efeitos de suas declarações. Neste momento incide também o princípio da boa-fé, que determina que a relação deve se desenvolver com base na segurança, cooperação e lealdade das partes, proporcionando a elas dados corretos e completos (BORGES, PASQUAL, 2016, p.4).

2.3.1 A Boa-Fé Objetiva E A Constituição

O surgimento da boa-fé objetiva levou o particular a ser obrigado a atuar de acordo a probidade e eticidade. O ordenamento jurídico passa a inspirar e fundamentar a relação obrigacional em todas as suas fases: tratativas iniciais, conclusão, execução e pós-encerramento do contrato (VELTEN, 2008, p. 44).

O protagonismo desses novos princípios resulta na reinvenção do direito privado, que tem a importante missão de concretizar os valores fundamentais da Constituição nas relações privadas. Todas essas evidências comprovam a proposição de que: “o Direito não está recluso em si mesmo, e que, por isso, tanto quanto outros ramos, o direito civil responde às demandas sociais, e estas, uma vez alteradas, resultam em correspondentes, alterações nos institutos jurídicos” (NEGREIROS, 2006, p.7).

Assim, as normas constitucionais deixam de ser essencialmente dirigidas à estrutura estatal e assumem características de aplicação imediata, mesmo no direito privado. Este se vê grandemente influenciado pela Constituição (VELTEN, 2008, p. 46). Nas palavras de Judith Martins-Costa (2002, p. 625):

(...) no que concerne ao direito privado, os dados do projeto oitocentista foram subvertidos. Hoje não é concebível visualizar-se o direito privado reduzindo-o ao Código Civil, ao Código Comercial e a uma ou outra “lei extravagante”. Não é mais concebível entender-se o direito privado como um conjunto de regras de consultas neutras, apolíticas e técnicas, isto é, regras tão-somente instrumentais, possíveis de ser postas, criadas e desenvolvidas por autoridade estatal onisciente, totalitária e totalizante e, neste sentido, divorciada da criadora experiência cotidiana dos usos da sociedade civil e dos valores fundamentais consagrados na, ou deduzidos da Constituição”.

Na concepção da constitucionalização do direito civil, os contratos ganham uma dimensão que ultrapassa a autonomia privada. Nesse contexto, afirma Teresa Negreiros (2006, p.107):

A leitura do direito civil sob a ótica constitucional atribui novos fundamentos e conseqüentemente, novos contornos à liberdade contratual. Em meio ao processo de despatrimonialização ou de funcionalização do direito civil, a noção de autonomia da vontade sofre profundas modificações no âmbito do contrato, sistematizadas na afirmação de que a autonomia negocial, diferentemente das liberdades existenciais, não constitui em si mesma um valor. Ao contrário, a livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, o que significa, no quadro de valores apresentado pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento.

Necessário salientar que, por mais que a autonomia privada seja uma garantia constitucional, esta também pode sofrer intervenções estatais visando promover o equilíbrio das relações jurídicas e afastando atos lesivos à boa-fé (VELTEN, 2008, p. 56).

2.3.2 Função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção

Até o mês de janeiro de 2003 o ordenamento brasileiro apenas mantinha a boa-fé objetiva no âmbito das relações consumeristas. Conquanto, a jurisprudência já aplicava a boa-fé objetiva nas relações cíveis.

O Código Civil de 2002 veio corrigir essa tendência, aplicando a boa-fé também nas relações paritárias regradas pela legislação Civil. O novo Código estabeleceu parâmetros de conduta que seriam o desejado para compor o conteúdo da cláusula geral da boa-fé, tarefa essa que foi deixada na mão do julgador ao analisar o caso concreto, levando em consideração a honestidade e lealdade que se espera dos contratantes.

Uma das funções da boa-fé objetiva é a criação de deveres anexos, estes deveres que formam o núcleo da cláusula geral de boa-fé objetiva e se impõe de forma positiva, exigindo determinados comportamentos dos contratantes de forma negativa ou ativa (SCHREIBER; TEPEDINO, 2003, p.145).

Tais deveres poderão ser classificados como primários e secundários. Os primários são aqueles deveres decorrentes da vontade das partes, enquanto os secundários são independentes da vontade das partes. Estes deveres secundários se caracterizam como verdadeiros deveres de conduta, cooperação ou de proteção, direcionados para os integrantes da relação jurídica, ocasionando na consequente satisfação dos interesses globais envolvidos. Sempre é considerada uma conduta ética e harmônica de acordo com as circunstâncias da situação fática (PETREL, 2009, 77-78).

A função criadora de deveres jurídicos anexos ou de proteção ocorre na exigência de atuação em conformidade com a lealdade, assistência, informação.

2.3.2.1 Dever de lealdade e confiança recíprocos

O dever de lealdade e confiança recíprocos se perfaz no estabelecimento de relações calculadas na transparência, havendo coerência entre a vontade manifestada e a conduta praticada, não ocorrendo espaços para condutas dolosas (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO 2019, 105).

A parte deve agir não prejudicando intencionalmente e sem motivos a outra, prezando pela lealdade e honestidade. Neste sentido, impõe-se o dever de lealdade não apenas aos contratantes, tal conduta é devida em todas as relações jurídicas, podendo ser tanto no campo obrigacional quanto na seara processual (PRETEL, 2009, p. 79-80).

O dever de lealdade, calcado na boa-fé objetiva, figura como a raiz do negócio. Não se trata de “sentimentos puros da alma”, tais quais amor, compaixão ou caridade. O dever de lealdade se traduz numa conduta, que, caso descumprida, poderá causar diversos abusos (ALVES; GOLDEBERG, 2017, p. 477).

Além de não prejudicar intencionalmente a outra parte, o contratante também deve evitar agravar os danos que a outra parte venha a receber. Este é o instituto do *duty to mitigate the loss*. O instituto do *duty to mitigate the loss* surge da seguinte indagação: poderá sofrer indenização o credor ou a vítima pelos prejuízos

que eles poderiam ter evitado? No Brasil, determinou-se que o credor empregue esforços para minimizar os prejuízos decorrentes do inadimplemento sob pena de indenizar os danos que poderiam ter sido evitados. O ordenamento jurídico brasileiro vislumbra no dever de mitigar um corolário da boa-fé objetiva como forma de reprimir o abuso do direito (LOPES, 2011, p. 178).

2.3.2.2 Dever de assistência

A respeito do dever de assistência ou cooperação, nasce a obrigação de haver a ajuda mútua entre os contratantes, visando o cumprimento do contrato.

O dever de cooperação obriga as partes o impedimento de qualquer ação capaz de falsear o objeto do negócio ou desequilibrar as prestações por elas combinadas. Além disso, o dever de cooperação não se limita apenas a uma atuação omissiva no sentido de não dificultar o cumprimento da obrigação. A colaboração intersubjetiva poderá se dar de forma ativa, de maneira que as partes facilitem mutuamente a entrega de documentos e a execução de serviços relevantes para o adimplemento da obrigação principal (FARIAS; ROSENVALD, 2019, 198-199).

Ainda que na situação em que o credor esteja diante de um não cumprimento de deveres do devedor, o dever de cooperação obriga o credor a tomar todas as providências necessárias e que estiverem ao seu alcance para limitar os prejuízos decorrentes do não cumprimento. Isto porque, ainda que se esteja polarizada devido ao período patológico do descumprimento, a relação contratual se encontra permanente pelo objetivo do atendimento a finalidade fim do contrato. Em nada ajudaria punições vindicativas ou agravamentos arbitrários da situação do devedor faltante. Nessa situação cabe ao credor analisar com cuidado a situação do seu parceiro atendendo também aos seus interesses negociais.

Por outro lado, sob a ótica do devedor, também é necessária uma atuação de acordo com o dever da cooperação, no sentido de haver um alargamento da sua vinculação negocial para além da literalidade da prestação principal acordada no contrato, adotando posturas que garantem ao credor o aproveitamento efetivo visado (FARO, 2009, 26-27).

No momento de constituição do contrato, os contratantes devem agir de forma a manterem-se fiéis à finalidade contratual e às expectativas legítimas da parte mais fraca, evitando dificultar a atuação do outro contratante. Este dever de

cooperação se verifica desde o momento das negociações preliminares porque nesse ambiente pode surgir uma expectativa de uma proposta e por consequência um contrato. Nasce já nessa fase uma responsabilidade civil caso haja o descumprimento dos ditames do princípio da boa-fé capazes de gerar danos negativos.

Já na fase de execução contratual o dever de cooperação ou assistência ganha grande relevância. O contratante não pode inviabilizar o cumprimento da obrigação pela outra parte, dificultando o adimplemento apesar de esforços do devedor, criando empecilhos evitáveis.

Por outro lado, no polo do devedor, este tem o dever de assumir uma conduta que possibilite o resultado almejado pelo negócio, adimplindo a dívida e se comportando de forma a não prejudicar o bom desenvolvimento da relação. Vale ressaltar que o dever de cooperação não necessariamente precisa estar descrito de forma explícita no contrato, dessa forma os contratantes estão obrigados a agir de acordo com o dever de assistência independente de previsão contratual (BORGES; PASQUAL, 2016, p.2-7).

2.3.2.3 Dever de informação

O dever de comunicar a outra parte sobre qualquer característica ou circunstância acerca do negócio se perfaz no dever de informação. Este nasce de um déficit em que uma pessoa possui uma informação e a outra a necessita. A informação produz transparência no mercado e é essencial para o seu bom funcionamento. Quanto menos dados tiverem os contratantes mais incompleto estará o contrato e mais conflituosa será essa relação. Devido a proporcionalidade, exclui-se do dever de esclarecimento os fatos notórios. Além disso, o direito à privacidade pode ser um limite ao dever de informação. A privacidade que tem como espécie a intimidade que se converte em uma garantia de reserva isenta da interferência alheia. Por isso ocorre a necessidade de se averiguar caso a caso a necessidade da informação (FARIAS, ROSENVALD, 2019, p. 200-201).

Por intimidade se entende uma proteção constitucional que visa a proteção dos particulares modos de ser da pessoa humana mostrados apenas em relações privadas e reservadas a si mesmo e aos que o cercam de modo afeiçoado, de jeito que o conhecimento do titular é inacessível ao público (MABILIA MARTINS, 2002, p.338).

Para deixar mais claro sobre o que se trata o dever de informação, deve ser levado em consideração que este dever não se faz necessário de ser invocado para se saber determinada informação apenas por saber, no sentido de tão somente ampliar o conhecimento, isso não é suficiente.. Além disso, a informação não necessariamente terá que ser profunda, cheia de detalhes, mas sim adequada ao caso concreto (FABIAN, 2002, p. 78-79).

Ainda sobre este dever, é de suma importância que seja obedecido não apenas no decorrer da vigência do contrato, mas também nas fases pré-contratual e pós-contratual. Na primeira fase (pré-contratual) é importante a análise do contexto histórico vigente para se ter de fato a vontade real dos contratantes; isso se dá através da informação. Portanto, na fase pré-contratual, o negócio jurídico e a realidade estão estritamente ligados. O dever de informação está implícito nos contratos devendo ser observado no caso concreto (MORAIS, 2015, 25-27).

Verifica-se assim a importância de se manter os contratantes informados, tanto na fase pré-contratual quanto no decorrer da vigência do contrato, respeitando o dever de privacidade, quando necessário.

2.3.3 Função delimitadora do exercício de direitos subjetivos

Em relação a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos, visa-se evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Por isso, não se pode mais admitir as chamadas cláusulas leoninas ou abusivas, cabendo a boa-fé essa função delimitadora (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO 2019, p.109).

A origem da boa-fé como controle ou limite ao abuso de direito teria se dado na França com a teoria do abuso do direito, no início do século XIX, logo após a promulgação do Código Napoleônico. Entretanto, seria o Código Civil suíço, de 1907, o pioneiro na consagração do abuso de direito ligado à boa-fé objetiva, hoje claramente abarcado pelas legislações da Itália, Alemanha, Grécia, Espanha, Portugal e Argentina. Acrescenta-se a isso que a função delimitadora do exercício de direitos subjetivos encontra influências também nas teorias da aparência, *venire contra factum proprium* e a *supressio* (PETREL, 2009, p.84).

A função delimitadora do exercício dos direitos subjetivos ganha protagonismo com o advento do Art. 187 do Código Civil: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo excede manifestamente os limites impostos

pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Neste artigo, o princípio serve como balizador para se verificar a presença de abuso do direito (BORGES; PASQUAL, 2016, p.4).

O supracitado Art. 187 do Código Civil tem origem no Art. 331 do Código Civil português, cuja redação expressa: “é legítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites opostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou econômico desse direito”. Ao inspirar-se no código português, o Art. 187 traz uma inegável aproximação entre a boa-fé objetiva e o abuso do direito no âmbito das relações contratuais ao afirmar que o exercício de um direito só é legítimo se for realizado dentro da boa-fé. Essa ligação anteriormente citada é identificada na medida em que se complementam, uma vez que aquela opera como parâmetro de valoração e comportamento dos contratantes. O ato abusivo é aquele consubstanciado na quebra de confiança e frustração de legítimas expectativas. Nesse cenário também se identifica a atuação da boa-fé objetiva no controle de cláusulas contratuais abusivas (BRITO, 2011, p.183).

2.3.4 Função interpretativa da boa-fé objetiva

O Código Civil de 2002 tem suas bases estruturais calcadas em três princípios: eticidade, socialidade e operabilidade. Estes princípios influenciam a interpretação de todos os dispositivos que compõem o texto legal, posto que houve uma adequação às reivindicações de cidadania da sociedade em respeito à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais do Homem. Não ficam de fora da influência desses três princípios as relações jurídicas de direito privado, as quais devem se desenvolver em obediência à boa-fé, probidade, função social do contrato e da propriedade, proibição de onerosidade excessiva contratual, respeito à manifestação de vontade sem vício e na confiança entre as partes. Não há que se falar em direito sem ética, direito sem conteúdo de socialidade (DELGADO, 2004, p. 1-3). Essa característica do Código Civil de 2002 ganha matéria com o texto expresso no Art. 113.

Art. 113 Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.
§ 1º A interpretação do negócio jurídico deve lhe atribuir o sentido que:
I - for confirmado pelo comportamento das partes posterior à celebração do

negócio;
 II - corresponder aos usos, costumes e práticas do mercado relativas ao tipo de negócio;
 III - corresponder à boa-fé;
 IV - for mais benéfico à parte que não redigiu o dispositivo, se identificável; e
 V - corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.
 § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.

Aqui, a boa-fé é apresentada como uma norma de interpretação dos negócios jurídicos, de modo a ser exigida do intérprete e do aplicador da lei. Nota-se que o referido artigo não se trata de simples indicação ou norteamto de conduta, mas sim de uma imposição cogente, natureza absoluta, imperativa: “os negócios jurídicos devem ser interpretados...”. Destarte, não há espaço para o intérprete fugir da vinculação imposta a essa conduta (DELGADO, 2004, p. 16-17). Observa-se ainda na redação do artigo a importância dada aos costumes do lugar onde foi celebrado o contrato. O Art. 113 auxilia o juiz na análise do contrato para saber se este foi cumprido de acordo com a boa-fé ou não.

Importante observar com mais atenção a mensagem passada pelo legislador no inciso V do referido artigo, ao dispor da seguinte forma:

Corresponder a qual seria a razoável negociação das partes sobre a questão discutida, inferida das demais disposições do negócio e da racionalidade econômica das partes, consideradas as informações disponíveis no momento de sua celebração.

O legislador traz aqui um conceito de negociação razoável que serve como base para interpretar o contrato.

Vê-se uma necessidade do magistrado utilizar da imaginação para supor como seria uma negociação razoável entre os contratantes para poder melhor corrigir o contrato que restou desequilibrado.

O próprio legislador traz um indício de que uma negociação seria um caminho aconselhável para os contratantes, sendo que até mesmo quando ocorre a ida ao judiciário, o julgador precisa ter em mente o cenário ideal para se pensar a resolução da disputa, no caso, uma negociação.

2.3.5 Os limites da boa-fé objetiva

A discussão acerca dos limites da boa-fé objetiva se dá perante os seus deveres anexos. Dessa forma seu início e seu limite se encontram na própria cláusula geral. Basta lembrar que os deveres criados pela cláusula são deveres ligados ao contrato, ou seja, estão em jogo os interesses comuns às partes, objetivamente consagrados no contrato. Portanto, os limites da boa-fé objetiva se dão pela própria função social e econômica do contrato.

No exemplo de uma venda de automóvel, é válido e esperado que haja informações claras sobre o estado do carro, sobre vícios que o bem possa ter, sobre o contrato de compra e venda em si; tudo isso na medida que tais informações se relacionem com a função social e econômica do contrato.

Todavia, não é admissível a alegação de violação do dever de informação pelo comprador sob o argumento que o vendedor não o relatou suas preferências políticas e religiosas.

Ainda neste sentido, não se deve confundir a colaboração com a convergência de interesses. Na negociação de um contrato de aluguel, por exemplo, enquanto o locador terá interesse em chegar ao maior valor possível, o locatário estará interessado em chegar ao menor valor possível. Isso não quer dizer que não houve cooperação (SCHREIBER, TEPEDINO, 2003, p. 148).

Dessarte, o exercício e a exigência do cumprimento das condutas pautadas na boa-fé têm certo limite, uma vez que todo direito exercido de maneira irrazoável gera abuso, conduta vedada pela própria boa-fé objetiva.

3 DEVER DE RENEGOCIAR NO DIREITO INTERNACIONAL

Muito antes do início da vigência do Código Civil de 2002, mais especificamente no ano de 1958, já observava Karl Larenz (p.39):

Ahora bien, por el hecho mismo de que en toda relación de obligación late el fin de la satisfacción del interés en la prestación del acreedor, puede y debe considerarse in relación de obligación como un proceso. Está desde un principio encaminada a alcanzar un fin determinado y a extinguirse con la obtención de ese fin. Y precisamente la obtención del fin puede exigir alguna modificación; así acontece cuando la prestación debida se haya hecho imposible, pero el interés del deudor en la prestación pueda ser satisfecho de otra forma, mediante indemnización. La satisfacción del acreedor se produce normalmente mediante cumplimiento del deber de prestación; pero puede producirse de otra forma, mediante compensación (de modo que el acreedor compensado extingue una deuda propia) o mediante prestación subsidiaria concedida por el acreedor (...).¹

Com isso, Karl Larenz constrói a concepção de articulação dos diversos e complexos vínculos resultantes de uma relação estrutural de processos articulada em uma necessária colaboração funcional e finalística das partes em prol da relação obrigacional (MARTINS-COSTA, 2003, p. 21).

Uma das formas de concretizar a boa-fé objetiva no âmbito contratual é fazer com que as partes se comuniquem quando houver qualquer tipo de desequilíbrio ou mesmo mudança de ambiente que interfira na relação. Abre-se a possibilidade de rever os termos acordados anteriormente, mantendo-se assim o equilíbrio desejado por ambas as partes ou gerando uma nova situação de equilíbrio contratual. Nesse contexto, o dever de renegociar é um dispositivo muito utilizado em legislações internacionais. São elas, a título exemplificativo, os Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais, o *Draft Common Frame of Reference*, Código Civil Italiano, os Princípios de Direito Contratual Europeu, o Código Civil da República Tcheca e o Código Civil e Comercial Argentino. Cada uma com suas particularidades,

¹Agora, pelo simples fato de que em toda relação de obrigação está latente o fim da satisfação do interesse do credor na prestação, pode e deve considerar-se a relação de obrigação como um processo. Está desde o princípio encaminhada a alcançar um fim determinado e a extinguir-se com a obtenção deste fim. E precisamente a obtenção deste fim pode exigir alguma modificação; assim acontece quando a prestação devida se tenha feito impossível, mas o interesse do credor possa ser satisfeito de outra forma, mediante indenização. A satisfação do credor produz normalmente mediante o cumprimento do dever de prestação, mas pode produzir-se de outra forma, por exemplo, mediante compensação (de modo que o credor compensado extingue uma dívida própria) ou mediante prestação subsidiária concedida pelo credor (LARENZ, 1958, p. 39, tradução livre)

mas com o mesmo intuito de trazer para as partes do conflito a responsabilidade de resolvê-lo.

3.1 PRINCÍPIOS UNIDROIT RELATIVOS AOS CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS

Os princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais versam sobre normas gerais sobre contratos. Como se tratam de normas internacionais, procura-se ter ligação com a maioria dos institutos jurídicos vigentes no mundo. Além disso, visa-se promover as soluções mais adaptadas às soluções do comércio internacional (GAMA JR, 2002, p.104).

O Instituto Internacional para Unificação do Direito Privado (Unidroit) tem a finalidade de pesquisar formas de harmonizar as relações de direito privado entre os países com vistas a preparar uma legislação internacional de direito privado-contratual uniforme e unificada (MORAIS, 2015, p. 28).

Em seu Art. 6.2.3(1) ficou estabelecido que: *(1) In case of hardship the disadvantaged party is entitled to request renegotiations. The request shall be made without undue delay and shall indicate the grounds on which it is based.*²

O termo “*Hardship*”, na prática internacional, significa a alteração de fatores políticos, econômicos, financeiros, legais ou tecnológicos que causem algum tipo de dano econômico aos contratantes (FARIAS, ROSENVALD, 2019, p.282)

Em casos de *hardship* há uma exceção ao princípio da obrigatoriedade do vínculo presente nos princípios do Unidroit. Essas situações são definidas como aquelas em que a ocorrência de determinados eventos altera fundamentalmente o equilíbrio econômico do contrato, seja porque houve aumento do custo relativo ao cumprimento da obrigação pelo devedor ou porque houve redução do valor da prestação devida ao credor.

Então o *hardship* é considerado por condição geral em que há uma superveniência de eventos que alteram fundamentalmente o equilíbrio das prestações por quatro condições suplementares, sendo elas: que tais eventos tenham ocorrido ou que tenha havido conhecimento da parte lesada após a celebração do contrato;

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

que a parte que foi lesada não tenha podido, à época da celebração, de maneira razoável levar em consideração esse evento; que não haja controle da parte lesada sobre o acontecimento; e que o risco da ocorrência destes eventos não tenha sido assumido pela parte lesada. É nessas hipóteses que ganha protagonismo o art. 6.2.3 anteriormente citado.

No contexto apresentado, a parte pode pleitear a renegociação do contrato com vistas a um acordo com a outra parte, restaurando assim o reequilíbrio econômico. O pleito da negociação deverá ser feito o quanto antes e deverá estar justificado.

No entanto, não pode a parte requerente da negociação suspender as suas atividades relacionadas ao cumprimento da sua obrigação. No caso de insucesso da renegociação, o pleito poderá ser analisado por um tribunal estatal ou arbitral (GAMA JR, 2012, 692-693).

No tocante ao “direito de pleitear renegociação”, vislumbra-se um incentivo à solução extrajudicial. Encontra-se no direito de pleitear a renegociação, mais especificamente, o dever da contraparte de responder prontamente, evidenciado na parte final do dispositivo com: “(...) o pleito deverá ser respondido sem atraso” (SCHEIBER, 2018, p. 284).

Ainda sobre o Instituto Internacional para Unificação do Direito privado (Unidroit), vale ressaltar a aceitação do dispositivo em solo nacional, por meio de decreto presidencial. Segundo o Decreto de nº 884/93 em seu art. 1º: “O Estatuto Orgânico do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), adotado em Roma, em 15 de março de 1940, apenso por cópia ao presente decreto, será cumprido tão inteiramente como nele se contém.”

Os princípios podem ser escolhidos pelas partes como sistema normativo do contrato, afastando a aplicação de direitos nacionais na disciplina da relação jurídica. Esta eleição também pode se dar tacitamente pelas circunstâncias que envolvem o contrato. Caso se escolham os princípios como direito aplicável incumbirá ao árbitro ou ao juiz, a quem o caso estiver submetido.

Além disso, os princípios do Unidroit podem auxiliar árbitros e juízes na aplicação do direito nacional e, ocorrendo isso, os princípios surgem como forma de preencher as lacunas da lei, dando uma colocação internacional às regras do direito interno (GAMA JR, 2002, p. 447-455).

Os Princípios da Undroit têm como traços fundamentais a liberdade contratual, consensualismo, força obrigatória dos contratos, primazia das regras imperativas, natureza dispositiva dos princípios, internacionalidade e uniformidade, a boa-fé e lealdade negocial, vedação ao *venire contra factum proprium*, primazia dos usos e práticas, *favor contractus* e sanção aos comportamentos desleais (GAMA JR, 2012, 677-678).

Destarte, no âmbito internacional a maneira mais adequada para a solução dos conflitos é a renegociação do contrato que se tornou desequilibrado, não ocorrendo a ida direta aos métodos heterocompositivos e trazendo a capacidade de solução da controvérsia para a mão dos próprios contratantes. Além disso, com esses dispositivos, ocorre a formação de uma cultura não litigante e sim de negociação, preservando o relacionamento, o qual certamente seria abalado em um deslinde judicial.

3.2 DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE

No que tange ao *Draft Common Frame of Reference*, em sua seção III, item 1:110 afirma:

(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.³

³ (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; 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 circunstâncias

No *Draft Common Frame of Reference*, a renegociação é vista como uma espécie de pressuposto para a instauração de um processo judicial. Diferentemente dos princípios da Unidroit, o *Draft Common Frame of Reference* traz uma questão mais objetiva sobre um dever de renegociar (SCHREIBER, 2018, p. 286).

O referido dispositivo traz a possibilidade de se revisar o contrato judicialmente. Porém, apenas após se tentar uma negociação. Isso fica claro ao dispor da seguinte forma:” (3) O parágrafo (2) aplica-se somente se (...) (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.

Para que se fale em modificação das circunstâncias do contrato ou mesmo a extinção deste, é necessário que antes seja tentada uma negociação entre as partes com ínterim de ocorrer a resolução do conflito de maneira autônoma.

3.3CÓDIGO CIVIL ITALIANO

O Código Civil Italiano, em seu Artigo 1.467, dispõe:

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

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

La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.⁴

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 dimensão dessa alteração de circunstância; (c) o devedor não tiver assumido, e não se puder razoavelmente considerar que tivesse assumido, o risco dessa alteração contratual; 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. (tradução livre).

⁴ Nos contratos com execução contínua ou periódica ou com execução diferida, se o desempenho de uma das partes se tornar excessivamente oneroso devido à ocorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve prestar esse serviço poderá solicitar a rescisão do contrato, com os efeitos estabelecidos pela 'arte. 1458 (at. 168).

A rescisão não pode ser questionada se o ônus oneroso se enquadra no escopo normal do contrato. A parte contra a qual a resolução é solicitada pode evitá-la oferecendo uma alteração justa das condições do contrato.

Nota-se que no final do referido artigo há um incentivo do legislador para que haja uma renegociação dos termos do contrato. A afirmação: “a parte contra a qual a resolução é solicitada pode evitá-la oferecendo uma alteração justa das condições do contrato”, nada mais é do que o Código dando a oportunidade do contratante que estaria no polo passivo de uma demanda revisional ou resolutive entrar em negociação com a parte que sofreu o desequilíbrio contratual com o intuito de achar uma solução autônoma.

3.4 PRINCÍPIOS DO DIREITO CONTRATUAL EUROPEU

Houve uma necessidade por parte da União Europeia de se ter uma infraestrutura capaz de dar uniformidade relativa à área do direito dos contratos. Dessa forma nascem os Princípios do Direito Contratual Europeu que se limitam a regras gerais sobre as obrigações contratuais. Porém, não lidam com tipos específicos de contrato. Uma das funções dos Princípios do Direito Contratual Europeu é a de auxiliar as partes no processo de negociação de contratos e assim encontrar maneiras adequadas de solucionar o litígio (COSTA, 2017, p.4-7).

Com isso, os princípios de Direito Contratual Europeu também trazem um dever de renegociar:

Art. 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.⁵

⁵ (tradução livre) Art. 6:111: Alteração das circunstâncias

(...)

(2) Se, contudo, o cumprimento do contrato se tornar excessivamente oneroso devido a uma alteração das circunstâncias, as partes estarão obrigadas a entrar em negociação, a fim de adaptar o contrato ou extingui-lo, desde que: (a) a alteração das circunstâncias tenha ocorrido após o momento da 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 (tradução livre).

Nota-se uma semelhança dos Princípios do Direito Contratual Europeu com os princípios do Unidroit. Ambos têm como pré-requisito para a renegociação a alteração das circunstâncias após o momento da celebração do contrato e essa alteração dos fatos não poderia ter sido levada em consideração no momento da celebração do contrato.

A maioria das legislações da Europa adota os mesmos mecanismos para corrigir desequilíbrios causados por situações futuras que as partes não poderiam prever de maneira razoável quando fizeram o contrato, um deles é a cláusula de *hardship*. É necessário se deixar claro que os Princípios do Direito Contratual Europeu não são normas cogentes, cabe aos países segui-los ou não.

O autor Ole Lando (2000, p. 326) tece os seguintes comentários sobre os Princípios do Direito Contratual Europeu no que tange ao dever de se renegociar:

“(...) and the excepcional nature of the intervention is reinforced by the word “However” with introduces the rule on renegotiation in paragraph (2). The mere fact that contract has become more onerous than expected is not enough: to adopt the frase used by the Italian Civil Code, Art. 1467, the contract must have become “excessively” burdensome(...)⁶

Ainda sobre o referido dever, o autor elenca alguns outros pré-requisitos para que ocorra o dever de renegociar:

- (i) *Performance Excessively Onerous*
The first condition follows directly from the first subscrition: the change in circusntances must have brought about a major imbalance in the contract. Any contract, especially one of a long duration, is made in a particular economic contexto which may not last (...)
- (ii) *Time Factor*
The second condition is tha change of circustances must have occurred after the contract was made If unknown to either party circumstances which make it contract excessively onerous for onde of them already existed at that date, the rule on mistake will aply(...)
- (iii) *Circustances could not have been taken into account*
Thirdly, the change of circunstances should not have resonably been taken into account by the parties. This condition is paralel to that applicable to impossibility of performance and should be intérpreted in the same way (...)⁷

⁶ (tradução livre). E a natureza excepcional da intervenção é reforçada pela palavra “Contudo”, que introduz o parágrafo 2. O mero fato de o contrato ter restado mais oneroso do que o previsto não é o bastante, para se adotar o previsto no Código Civil Italiano no Artigo 1467. O contrato tem que se tornar excessivamente oneroso.

⁷ (i) Desempenho excessivamente oneroso

Ao se referir especificamente sobre o momento de renegociar:

Like many expressly agreed clauses, Article 6:111 envisages at the outset a process of a negotiation to reach an amicable agreement varying the contract. Under the general duty of good Faith, the party which will suffer the hardship must initiate the negotiation within a reasonable time, specifying the effect the changed circumstances have had upon the contract. The other party, if it is concerned about maintaining the contractual relationship, may also seek to open negotiation. The negotiations must be conducted in good Faith, that to say, they must not be either protected or broken off abusively. There will be bad Faith if one party continues to negotiate after it has already entered another, incompatible contract with a third party. Normally the principle of good Faith will require that every point of dispute between the parties should be brought up in the negotiation.⁸

Fica clara a opção dos sistemas europeus por resoluções autocompositivas de suas tratativas. A renegociação figura como principal forma de tratar o limite racional humano existente no momento de criação dos contratos. Desde que ocorra o chamado *hardship*, as partes devem renegociar os termos contratuais.

3.5 CÓDIGO CIVIL E COMERCIAL ARGENTINO

Na América Latina, o Código Civil e Comercial Argentino representa bem essa tendência de resolução extrajudicial dos conflitos. Diferentemente dos outros, ele não fala expressamente do dever de renegociar. Em seu art. 1.091 afirma que:

Imprevisión. Si en un contrato conmutativo de ejecución diferida o permanente, la prestación a cargo de una de las partes se torna

A primeira condição segue diretamente a partir da primeira assinatura: a mudança nas circunstâncias deve ter causado um grande desequilíbrio no contrato. Qualquer contrato, especialmente de longa duração, é feito em um contexto econômico específico que pode não durar (...)

ii) Fator de tempo

A segunda condição é que a mudança de circunstâncias deve ter ocorrido após a celebração do contrato. Apenas se qualquer uma das partes não souberem que o contrato é excessivamente oneroso nas circunstâncias da formação do contrato, pois quando já existiam nessa data, a regra do erro será aplicada (...)

(iii) Circunstâncias não poderiam ter sido levadas em consideração

Em terceiro lugar, a mudança de circunstâncias não deveria ter sido levada em consideração pelas partes. Essa condição é paralela àquela aplicável à impossibilidade de desempenho e deve ser interpretada da mesma maneira (...)

⁸ Como as cláusulas expressamente acordadas, o Artigo 6: 111 desde o início, prevê o processo de uma negociação para alcançar um acordo amigável variando o contrato, sob o dever geral de boa fé. A parte que sofrerá as dificuldades devem iniciar a negociação dentro de um prazo razoável, especificando o efeito que as circunstâncias alteradas tiveram sobre o contrato. A outra parte, se estiver preocupada em manter a relação contratual, também pode procurar abrir negociações. As negociações devem ser conduzidas com boa-fé, ou seja, não devem ser protestadas nem interrompidas de maneira abusiva. Haverá má fé se a parte continuar a negociar depois de já ter assinado outro contrato incompatível com uma terceira parte. Normalmente, o princípio da boa fé exigirá que todos os pontos de disputa entre as partes sejam levados em conta na negociação.

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.⁹

Sobre o instituto da imprevisão e da revisão judicial e extrajudicial dos contratos no Código Civil e Comercial Argentino, versa Gustavo Caramelo (2016, p. 486):

Para que pueda aplicarse la imprevisión a una situación de alteración de la relación de onerosidad de un contrato, se requiere: 1) una alteración extraordinaria de las circunstancias existentes al tiempo de la celebración; 2) que esa alteración sea sobreviniente al nacimiento del vínculo contractual, en el que deben subsistir obligaciones pendientes de cumplimiento al tiempo del planteo; 3) que sea ajena a la parte afectada, quien no debe haberla provocada por su dolo o culpa ni debe, en razón de su mora relevante, haber privado a la contraria de la oportunidad de adoptar medidas de seguridad o de resguardo idóneas; 4) que genere una excesiva onerosidad sobreviniente que afecte el cumplimiento de las obligaciones a cargo de, al menos, una de las partes; y 5) que el hecho sea ajeno al riesgo asumido por la afectada, quien puede haber renunciado a la invocación de la teoría en forma general o particularizada para determinados supuestos (...)¹⁰

Ocorrida a imprevisão, o legislador argentino deu a oportunidade de as partes resolverem a tratativa de maneira judicial ou extrajudicial, neste sentido afirma:

⁹ (tradução livre). Imprevisão. Se em um contrato comutativo de execução diferida ou permanente, a provisão por uma das partes se torna excessivamente onerosa, devido a uma alteração extraordinária das circunstâncias existentes no momento de sua conclusão, devido a causas fora do controle das partes e ao risco assumido para o qual é afetado, tem o direito de propor extrajudicialmente, ou pedir a um juiz, por ação ou como exceção, a resolução total ou parcial do contrato ou sua adequação. A mesma regra se aplica ao terceiro a quem os direitos foram conferidos, ou atribuídos obrigações, resultantes do contrato; e ao contrato aleatório se o benefício se tornar excessivamente oneroso por razões alheias à sua própria ala.

¹⁰ Para que a imprevisibilidade se aplique a uma situação de alteração do índice de onerosidade de um contrato, é necessário: 1) uma alteração extraordinária das circunstâncias existentes no momento da conclusão; 2) que essa alteração é superveniente no nascimento do vínculo contratual, na qual as obrigações pendentes de cumprimento devem subsistir no momento da proposta; 3) que seja alheio à parte afetada, que não deveria ter causado por causa de sua intenção ou culpa, nem deveria, devido à sua falta relevante, ter privado o oponente da oportunidade de adotar medidas adequadas de segurança ou salvaguarda; 4) que gera uma superveniência onerosa excessiva que afeta o cumprimento das obrigações encarregadas de, pelo menos, uma das partes; e 5) que o fato é estranho ao risco assumido pela parte afetada, que pode ter renunciado à invocação da teoria de maneira geral ou específica para certas premissas (...) (CAMELO, 2016, p. 486)

Pero el ccyc, en forma innovadora, reconoce expresamente legitimación para formular planteos vinculados con las soluciones previstas en la norma para las situaciones de excesiva onerosidad sobreviniente al tercero a quien, en el contrato, le han sido conferidos derechos o asignadas obligaciones — cuestión que, más allá de lo aquí específicamente previsto, debe regirse por lo establecido en los arts. 1021, 1022 y 1026 a 1028 ccyc—. el planteo puede ser hecho en el ámbito extrajudicial o en proceso judicial y, en este caso, por acción iniciada por el afectado para lograr de su contraparte una revisión de los términos del contrato, o por medio de una excepción por ella interpuesta ante una demanda de cumplimiento planteada por la otra parte¹¹

O contratante lesado pelo desequilíbrio que tornou o contrato excessivamente oneroso, já que este não tinha como prever essa onerosidade, ganha a possibilidade de propor a resolução total ou parcial de modo extrajudicial. Obrigando assim a comunicação entre os contratantes.

3.6 CÓDIGO CIVIL DA REPÚBLICA TCHECA DE 2012

Ainda no sentido do dever de renegociar, pode-se citar o Código Civil da República Tcheca de 2012, que em seus §§ 1.764 a 1.766, garante a ambos os contratantes o direito de pleitear a renegociação do contrato, devendo a outra parte prontamente respondê-la.

*If, after concluding a contract, circumstances change to the extent that the performance arising from the contract becomes more onerous for one of the parties, it does not affect the party's duty to discharge the debt. This does not apply in cases provided under Sections 1765 and 1766.*¹²

Nota-se que aqui se preserva o *pacta sunt servanda*, no sentido de que não deve ocorrer o não cumprimento da obrigação e sim as medidas expressamente previstas nos artigos seguintes, quais sejam o 1.765 e 1.766, a respeito do §1.764:

If there is such a substantial change in circumstances that it creates a gross disproportion in the rights and duties of the parties by disadvantaging one of

¹¹ Mas o cc, de maneira inovadora, reconhece expressamente a legitimidade para formular propostas relacionadas às soluções previstas na norma para situações de onerosidade excessiva provenientes do terceiro a quem, no contrato, foram conferidos direitos ou obrigações - matéria que, além do que é especificamente fornecido aqui, deve ser regido pelas disposições dos arts. 1021, 1022 e 1026 a 1028 cc - a solicitação pode ser feita na esfera extrajudicial ou em processo judicial e, nesse caso, por ação iniciada pela parte afetada para obter uma revisão dos termos do contrato de sua contraparte ou por por meio de uma exceção registrada por ela em resposta a um pedido de conformidade apresentado pela outra parte (CARAMELO, 2016, p. 488).

¹² (tradução livre). Se, após a conclusão de um contrato, as circunstâncias mudarem na medida em que o desempenho resultante do contrato se tornar mais oneroso para uma das partes, isso não afetará o dever da parte de quitar a dívida. Isso não se aplica nos casos previstos nas Seções.

them either by disproportionately increasing the cost of the performance or disproportionately reducing the value of the subject of performance, the affected party has the right to claim the renegotiation of the contract with the other party if it is proved that it could neither have expected nor affected the change, and that the change occurred only after the conclusion of the contract or the party became aware thereof only after the conclusion of the contract. Asserting this right does not entitle the affected party to suspend the performance.¹³

Já no §1.765 é disposto a consequência de uma falta de acordo proveniente da sessão de negociação prevista no dispositivo anterior:

Upon failure to reach agreement within a reasonable time limit, a court may, on the application of any of them, decide to change the contractual obligation by restoring the balance of rights and duties of the parties, or to extinguish it as of the date and under the conditions specified in the decision. The court is not bound by the applications of the parties.¹⁴

Vê-se aqui a importância que o Código dá ao dever de renegociar. No caso de não haver efetividade no processo de negociação, ou seja, quando a consequência não for um acordo, um tribunal estará apto a julgar o conflito.

Seja no Código Civil da República Tcheca, no Código Civil e Comercial argentino, no *Draft Common Reference of Law*, nos Princípios do Direito Contratual Europeu ou nos princípios da Unidroit, o dever de renegociar figura como principal solução para situações nas quais o contrato se torna excessivamente oneroso ao longo do tempo, de sorte que o contratante não poderia saber no momento da contratação ou mesmo não teve participação ativa para que isso ocorresse.

Nota-se que esses mesmos pressupostos, quais sejam, a onerosidade excessiva e a imprevisão são tratadas no Brasil como fundamento para a revisão ou resolução judicial do contrato. Nota-se uma semelhança muito grande entre as chamadas *hardships* e a teoria da imprevisão. No entanto, não há no Código Civil brasileiro um dispositivo expresso que disponha sobre o dever de renegociar visando

¹³ (tradução livre). Se houver uma mudança tão substancial nas circunstâncias que crie uma desproporção grosseira nos direitos e deveres das partes, desfavorecendo uma delas ou aumentando desproporcionalmente o custo do desempenho ou reduzindo desproporcionalmente o valor do objeto do desempenho, os afetados a parte tem o direito de reivindicar a renegociação do contrato com a outra parte se for provado que ela não poderia ter esperado nem afetado a mudança, e que a mudança ocorreu somente após a conclusão do contrato ou a parte tomou conhecimento somente após a conclusão do contrato. A afirmação desse direito não autoriza a outra parte a suspender suas obrigações.

¹⁴ (tradução livre). Na falta de acordo dentro de um prazo razoável, um tribunal pode, a pedido de qualquer das partes, decidir alterar a obrigação contratual restaurando o equilíbrio de direitos e deveres das partes ou extingui-lo a partir de a data e nas condições especificadas na decisão. O tribunal não está vinculado pelos pleitos das partes.

o reequilíbrio ou manutenção do equilíbrio contratual. Consequência dessa omissão legislativa é a grande quantidade de processos que estão em vigor no âmbito do judiciário brasileiro.

4 O DEVER DE RENEGOCIAR COMO CONSEQUENCIA DO ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL

Como demonstrado anteriormente, o principal recurso adotado nas codificações internacionais apresentadas é a negociação para a recuperação ou manutenção do equilíbrio contratual.

Com esse mecanismo ao invés de se depositar a capacidade de decidir nas mãos de um terceiro, seja ele um juiz estatal ou um árbitro, ocorre a transferência da resolução da controvérsia para quem mais têm conhecimento sobre o objeto do contrato, os próprios contratantes. Além do mais, aumenta-se a chance de preservação do relacionamento comercial.

Sem embargo, mesmo com o amplo recebimento deste dever de renegociar no âmbito internacional, o Código Civil brasileiro de 2002 nada mencionou sobre este instituto.

Porém, o advento do art.422 desta legislação abriu margem de discussão sobre a possibilidade de se extrair um dever de renegociar através da cláusula geral da boa-fé, devido a esta prever que as partes estão obrigadas a agir de acordo com a boa-fé e probidade, sendo o dever de renegociar consequência dos deveres anexos já existentes ou o dever de renegociar como um novo dever anexo.

4.1 O ART. 422 DO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil de 2002 traz em seu art. 422 a cláusula geral da boa-fé. Com cláusula geral, procura-se moldar o conflito à situação concreta sob uma compreensão social e histórica, tendo o emprego de expressões e termos vagos como elemento caracterizador (VENOSA, 2004, p. 588).

As cláusulas gerais têm função instrumentalizadora, não é princípio nem regra de interpretação, é também norma jurídica, fonte criadora de direitos e obrigações (MARTINS-COSTA, 1992, p.51).

Este dispositivo ultrapassa o tecnicismo jurídico, tornando-se um princípio ético pelo qual os indivíduos devem se orientar nas tratativas contratuais. Nesse contexto, a boa-fé objetiva se extrai de condições psicológicas, almejando se concretizar em pressupostos a serem seguidos em qualquer negócio (LISBOA, 2006, p. 467).

Dentre as vantagens da cláusula geral, encontra-se a possibilidade de dar maior mobilidade ao sistema jurídico, abrandando a rigidez da norma tradicional, deixando o sistema mais vivo e sempre mais atualizado.

Atende-se às necessidades da vida econômica, social e jurídica, evitando o engessamento da lei civil. Por outro lado, a cláusula geral confere certo grau de incerteza, podendo o juiz criar a norma pela determinação dos conceitos e preencher o seu conteúdo (NERY JR, 2003, 410-411).

O Art. 422 dispõe: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.” (Art. 422, CC).

Encontram-se na lei não apenas uma indicação de forma de comportamento, mas uma imposição de que os contratantes são obrigados a agir de acordo com a boa-fé a probidade.

4.1.1 Há uma incompletude no art. 422 do Código Civil?

Há uma criticidade acerca do referido artigo ao se questionar sobre a sua completude. Nota-se que o legislador falhou ao prever que a boa-fé somente seria observável quando da conclusão e durante a execução do processo quando na realidade deveria incidir mesmo antes e após a execução do contrato, em suas fases pré e pós-negocial (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO 2019, p. 110).

Com este entendimento, as relações contratuais não se esgotam apenas em sua execução e conclusão, mas também devem ser levadas em consideração as tratativas pré-negociais e pós-negociais.

A fase de nascimento do vínculo é precedida por diversas tratativas, aí já há tutela do direito, impondo deveres de correção e de comportamento dos negociadores. O princípio da boa-fé na fase pré-contratual e pós-contratual tem a função de gerar nos seus participantes deveres específicos, diferentemente dos poderes da prestação, afastando os danos que poderiam ocorrer justamente pelo fato de não se ter ainda um contrato concluído ou mesmo por já se ter concluído uma relação contratual.

Tais deveres são gerados pelo grau de aproximação, os chamados deveres de proteção e a eventual violação destes gerará responsabilidade civil.

Os deveres de proteção na fase das tratativas são o de proteção aos legítimos interesses e de respeito à confiança legitimamente despertada, aqui englobada a lealdade, vedação à contradição, sigilo, confiança, correção de conduta, informação e esclarecimento. Caso violados esses deveres, nasce a responsabilidade civil. (MARTINS-COSTA, 2015, p.386).

O Enunciado nº 24 da Jornada de Direito Civil dispõe claramente: “O art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação pelo julgador do princípio da boa-fé nas fases pré-contratual e pós-contratual.”

Já na fase pós-contratual nasce o dever dos contratantes de não inviabilizarem o pactuado, sobram assim os deveres jurídicos de proteção, embora já tenham cessados os direitos de prestação. Tem-se por exemplo o dever de confiabilidade ou de abstenção de condutas que possam por em risco o objeto do contrato (MARTINS-COSTA, 2015, p.434).

Há também quem entenda pela completude do referido artigo. Nessa ótica, mesmo com redação insuficiente, estão compreendidas no art. 422 do CC as tratativas preliminares que antecedem o contrato bem como as obrigações derivadas do contrato, mesmo que já executado (NERY JR., 2003, 432-433).

4.2O DEVER DE RENEGOCIAR

O dever de renegociar se configura basicamente em duas vertentes: 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. Assim, ocorre uma revisão do contrato de maneira extrajudicial, coordenada pelas próprias partes, e que pode, eventualmente, falhar, uma vez que este dever não configura uma necessidade de reequilíbrio do contrato em sede negocial, tampouco um dever de aceitar as condições do outro contratante.

Dessa forma, o dever de renegociar se torna uma abertura adicional à revisão do contrato. No entanto, uma revisão de caráter extrajudicial e autônoma. (SCHREIBER, 2018, p. 297).

De forma mais detalhada, pode-se vir a compor o conteúdo de uma relação calcada no dever de renegociar: a) pronta e detalhada comunicação à contraparte sobre o desequilíbrio contratual, indicando os motivos de maneira fundamentada, b)

resposta do outro contratante em tempo hábil e razoável para que haja essa comunicação, c) qualquer proposta ou contraproposta de possibilidade de revisão extrajudicial do contrato deverá ser bem detalhada e justificada, evitando-se a lógica o “pegar ou largar”, d) no curso da renegociação cada parte deve fornecer à outra todas as informações úteis para que possa haver uma avaliação da oportunidade de eventual revisão extrajudicial do contrato, e) o sigilo entre as partes sobre os dados trocados no âmbito na renegociação é de fundamental importância, de modo a evitar a divulgação à terceiros, d) nenhum dos contratantes devem se recusar, de maneira injustificada, a manter a renegociação ou interrompe-la de modo abrupto e imotivado e g) os contratantes não devem considerar o insucesso de uma renegociação como razão para se recusar a análise de propostas de solução consensual do conflito em âmbito de eventual processo judicial ou arbitral subsequente (SCHREIBER, 2018, p.300)

4.2.1 o silêncio do legislador sobre o dever de renegociar

Como falado anteriormente, diferentemente do adotado em algumas partes do mundo, o legislador brasileiro nada falou sobre o dever de renegociar. Este silêncio contribui para que os contratantes adotem posturas que vão de encontro às condutas desejadas pela boa-fé objetiva.

Não é raro na prática brasileira, que ao se deparar com cartas e notificações que suscitam o desequilíbrio contratual, a parte que deveria responder à notificação simplesmente silencie, confiando que os custos e ônus de uma propositura judicial irão desestimular a outra parte a ingressar no judiciário.

Tais situações ganham ainda mais protagonismo quando se configura a chamada “dependência econômica”, como por exemplo fornecedores que precisam dialogar com determinado mercado para manter a sua viabilidade econômica.

Nesse caso, a inercia do contratante favorecido pelo desequilíbrio contratual acaba por obrigando a outra parte a ajuizar uma ação judicial, prejudicando o vínculo negocial.

No entanto, não é apenas o contratante favorecido pelo desequilíbrio contratual que costuma adotar comportamentos pouco leais e transparentes. O desequilíbrio contratual pode ser invocado pela parte que o sofreu tardiamente, com

o intuito de argumentação para explicar o seu próprio inadimplemento, como forma de estratégia para se livrar de obrigações que assumiu ao longo do tempo. Obrigação esta que surgiu de uma má escolha comercial.

Assim, o desequilíbrio se tornou um argumento daqueles que querem se distanciar do cumprimento de certas obrigações (SCHREIBER, 2018, p. 279-280).

Ocorre que os tribunais superiores vêm barrando cada vez mais este tipo de comportamento, de modo a fazer com que ambos os contratantes, mesmo em situação de desequilíbrio contratual, hajam de acordo com a boa-fé objetiva.

No recurso especial de número 758.518. O Superior Tribunal de Justiça entendeu da seguinte forma:

DIREITO CIVIL. CONTRATOS. BOA-FÉ OBJETIVA. STANDARD ÉTICO-JURÍDICO. OBSERVÂNCIA PELAS PARTES CONTRATANTES. DEVERES ANEXOS. DUTY TO MITIGATE THE LOSS. DEVER DE MITIGAR O PRÓPRIO PREJUÍZO. INÉRCIA DO CREDOR. AGRAVAMENTO DO DANO. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. RECURSO IMPROVIDO

1. Boa-fé objetiva. Standard ético-jurídico. Observância pelos contratantes em todas as fases. Condutas pautadas pela probidade, cooperação e lealdade

2. Relações obrigacionais. Atuação das partes. Preservação dos direitos dos contratantes na consecução dos fins. Impossibilidade de violação aos preceitos éticos insertos no ordenamento jurídico.

3. Preceito decorrente da boa-fé objetiva. Duty to mitigate the loss: o dever de mitigar o próprio prejuízo. Os contratantes devem tomar as medidas necessárias e possíveis para que o dano não seja agravado. A parte a que a perda aproveita não pode permanecer deliberadamente inerte diante do dano. Agravamento do prejuízo, em razão da inércia do credor. Infringência aos deveres de cooperação e lealdade. (...)

O julgado em tela trata de situação onde ocorre responsabilização de uma empresa do ramo imobiliário por ter ficado inerte, agravando assim o dano que a outra parte viria a sofrer. Esta empresa, mesmo sofrendo um ato ilícito, uma vez que o contrato de promessa de compra e venda na qual figurava como promitente vendedora foi inadimplido, foi responsabilizada civilmente, pois não exerceu o seu direito de ação logo quando ciente do inadimplemento contratual.

Esse lapso temporal, causado pela inercia da promitente vendedora causou um dano relevante ao promitente comprador. Dessa forma houve responsabilização cível e o valor da indenização recebida pela empresa pelo inadimplemento contratual foi mitigado do valor que ela agora deve ao promitente comprador. Houve no caso a compensação dos valores devidos.

Afirma o ministro relator Vasco Della Giustina:

Embora o contratante inadimplente cause danos com o seu comportamento, a contraparte também tem deveres, mesmo sendo vítima de um ato ilícito. Ela não pode concorrer para o agravamento dos prejuízos: tão logo se inteire do ocorrido, deve embora sem esforços excepcionais, procurar evitar ao máximo outras repercussões danosas, adotar prontamente as medidas necessárias à proteção dos seus interesses.

Ganha protagonismo assim um instituto chamado *Duty to mitigate the loss*. Não há dúvidas de que deve ocorrer indenização à vítima quando houver ato ilícito ou inadimplemento causador de dano. Mas também há responsabilidade de não agravar os danos que a outra parte já está sofrendo, mesmo que esta parte tenha cometido ilegalidades.

Como no julgado alhures, o contratante que se beneficia com o desequilíbrio não pode restar inerte diante dessa situação. Nem mesmo a parte que sofre o desequilíbrio pode ficar silente. A partir do momento que o desequilíbrio contratual foi notificado, surge o dever de responde-lo, dando-se início ao processo de renegociação.

4.2.2 A renegociação

Para que a renegociação tenha bons resultados é necessário que as partes estejam dispostas a negociar de acordo com a boa-fé, respeitando os deveres anexos. Uma negociação positiva é aquela na qual ambas as partes conseguem atingir os seus interesses, com um acordo exequível que mantenha a relação negocial e que seja melhor que a alternativa dos contratantes.

Com alternativa, entende-se a opção que os contratantes tem caso a negociação não dê certo, no caso, ir ao judiciário.

Diante das novidades que assolam o sistema judiciário, surge a necessidade do operador do direito se moldar ao novo paradigma proposto. Necessário que este desenvolva habilidades para a efetivação dos processos autocompositivos. Há hoje uma necessidade que promotores, procuradores e advogados compreendam as técnicas de negociação, mais especificamente o modelo não adversarial, apresentado de maneira agressiva. Isso pode significar o fim da negociação (AZEVEDO, 2001, p.16).

4.2.2.1 Renegociação Perde-Ganha

Na negociação perde-ganha os contratantes têm em mente que se alguém sair ganhando da mesa de negociação, necessariamente o outro estará perdendo. As posturas adotadas normalmente são pouco flexíveis, não há muita comunicação e inexistem opções para resolver os problemas.

O que acontece é o foco em determinada proposta e caso esta não seja aceita, não haverá acordo. O negociador firme enxerga a negociação como uma queda de braço na qual vence quem assume as posições mais extremas e se mantém firme por mais tempo.

Quando não ocorrem posições muito rígidas que acabam por inviabilizar o negócio, a negociação perde-ganha assume um caráter de concessões e barganhas que acabam em um acordo não tão efetivo para os contratantes. A negociação baseada em posições gera entraves no possível acordo.

Cabe aqui a diferenciação entre as posições e os interesses. De maneira simples e sucinta, a posição é tudo aquilo que o contratante quer, o que a parte pede na negociação. Por outro lado, o interesse é tudo aquilo que leva a pessoa a querer e pedir determinada coisa na negociação. (URY; FISHER; PATTON, 2018, p. 26).

Ao passo que negociar posições gera entraves, uma vez que o objeto é determinado e específico, a negociação visando interesses abre um leque de opções capazes de satisfazer o que a parte realmente quer e precisa. Com base na negociação de interesses, é possível se chegar à renegociação ganha-ganha.

4.2.2.2 Renegociação Ganha-Ganha

A título exemplificativo, pode-se citar o método de Harvard de negociação. Este método visa a preservação dos laços entre as partes, e por isso o resultado pretendido é um acordo onde as duas partes podem sair ganhando.

Como falado anteriormente, uma negociação baseada em posições provavelmente resultará na inviabilização da negociação, em um acordo onde uma parte sairá muito lesada, o que prejudica a relação. Ou em um acordo em que nenhuma das partes saem felizes.

Para que isso não aconteça, é necessário haver a negociação baseada em interesses. Para chegar ao interesse da pessoa, deve-se procurar saber o que levou

ela a querer aquilo. Para ilustrar o que seria uma negociação baseada em posições e uma baseada em interesses segue a seguinte história:

two siblings who had what they perceived as a purely distributive dispute over how to divide an orange. Each claimed the right to the entire orange, and after much haggling they decided to compromise and cut the orange in two. Each went her separate way with half an orange. One ate the fruit of her half and threw the peel in the trash. The other went home to the kitchen, peeled her half of the orange, used the peel to flavor a cake, and tossed the juicy pulp in the garbage¹⁵

A lição que se tira é que a posição adotada pelos irmãos é querer a laranja, ao passo que o interesse que eles tinham era um chupar o sumo da fruta e o outro apenas raspar a casca para dar mais sabor ao bolo que estava fazendo.

Se houvesse a pergunta de para que eles queriam a laranja, uma comunicação clara, um poderia chupar uma quantidade maior e o outro poderia ter mais cascas para dar sabor ao bolo. (MNOOKIN; TULUMELLO; SCOTT, 2000, p. 17).

Após a detecção dos interesses, é necessário elaborar opções que possam ser úteis. Nesse momento, a comunicação e a informação entre as partes ganham protagonismo.

Para que haja senso de justiça, é importante que as opções geradas façam sentido para ambas as partes, e para que se evite a sensação de lesão, estabelecer critérios objetivos para estas opções é um bom recurso. Exemplo de critério objetivo é a inflação, lei, valor de mercado. Estes critérios independem da vontade da parte e geram uma sensação de justiça.

Deve-se levar em consideração também as alternativas. Com alternativa se entende a opção do contratante caso não haja acordo. Nos negócios que se tornaram excessivamente onerosos, por fatores extraordinários e imprevisíveis, caso não haja acordo na renegociação, a possível alternativa dos contratantes é recorrer a um método heterocompositivo, através de um juiz ou de um árbitro.

No entanto, deve-se fazer uma reflexão se essa é a melhor saída, uma vez que as medidas supracitadas são morosas e custosas.

¹⁵ Dois irmãos estavam em uma disputa distributiva para poder dividir uma laranja. Cada um reivindicou o direito a toda a laranja e, após muita discussão, eles decidiram cortar a laranja em duas. Cada um seguiu seu caminho separado com meia laranja. Um deles comeu o fruto da metade e jogou a casca no lixo. O outro foi para a cozinha, descascou metade da laranja, usou a casca para dar sabor a um bolo e jogou a polpa suculenta no lixo (Tradução livre).

Por fim, após detectar os interesses e elaborar opções baseadas em critérios objetivos que sejam melhores que as alternativas das partes, os contratantes devem se certificar que podem arcar com o compromisso, tornando o acordo exequível.

Uma renegociação baseada na boa-fé deve seguir os ditames da ajuda recíproca, e o método ganha-ganha é o que melhor atende à finalidade da cláusula geral da boa-fé objetiva.

A mudança de paradigma decorrente da nova sistemática processual evidencia a necessidade de formação de um operador do direito atinente à essa área de autocomposição, de forma menos adversarial e mais propensa à utilização criativa de instrumentos jurídicos já existentes.

Criou-se a necessidade de um profissional do direito que aborde questões como um solucionador de problemas, de modo que a pergunta deixou de ser “que órgão devo acionara”, para ser “como devo abordar essa questão para que os interesses do meu cliente sejam atingidos de modo eficiente”. (AZEVEDO, 2001, p. 23).

4.2.3 O dever de renegociar à luz do art. 422 do Código Civil

No entanto, mesmo que internacionalmente o dever de renegociar esteja difundido, seja em princípios *soft laws* ou em legislações, o Código Civil brasileiro de 2002 não previu tal dever. Porém, há de se extrair esse dever de renegociar da cláusula geral de boa-fé contratual (SCHREIBER, 2018, p.294; PRATO, 2019, p.5).

Além de cumprir com o dever de cooperação, decorrente da boa-fé objetiva, ao negociar as partes abrem a possibilidade de resolver seus conflitos de maneira autônoma, economizando nos custos totais (COSTA, 2016, p. 27).

O dever de renegociar com base na boa-fé ganha protagonismo com o advento da crise causada pelo vírus SARS-CoV-2, causador da doença conhecida como Covid-19. Nesse cenário, onde houve o isolamento da população, com apenas os serviços tidos como essenciais, muitos contratos se tronaram desequilibrados. A vinda de uma pandemia é um fato imprevisível que as partes não poderiam saber à época da formação de diversos contratos e não podiam fazer nada para acabar com o vírus ou impedir que ele aparecesse.

Pode-se claramente entender a pandemia causada pelo Corona vírus como uma *hardship*, ocorrendo o dever de se renegociar independente de cláusula que o tenha previsto.

Por não haver essa disposição no Código Civil, muitas pessoas procuram o judiciário para resolver tais questões. O próprio Poder Judiciário já reconhece que medidas autocompositivas são a melhor saída. Em decisão do desembargador Eustáquio de Castro, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, no processo de número 0707596-27.2020.8.07.0000, após revisar o contrato de aluguel que se tornou desequilibrado com a vinda do Covid-19, deixa claro o seguinte: “Conclamo as partes à autocomposição, pois elas mesmas têm o conhecimento exato de suas capacidades econômicas e de mitigação de prejuízo, para fins de manutenção, ao fim, do Contrato.”

Com essa indagação, o juiz reconhece a força que uma negociação entre as partes tem. Torna-se necessário entender a execução do contrato incluindo os deveres anexos da boa-fé, deveres estes que continuam existindo no momento de desequilíbrio.

A renegociação é vista pela maioria dos doutrinadores nacionais como uma simples alternativa a ser seguida pelas partes. Ocorre que o dever de renegociar é a materialização do princípio da boa-fé objetiva, no momento mais crítico da relação, quando o contrato se torna de difícil execução e, por isso, deve ser levado em consideração (SHREIBER, 2018, p.291).

4.2.3.1 Obrigação de meio, resultado ou de garantia?

Na obrigação de resultado, ocorre uma necessidade de se produzir um resultado esperado e especificado. É o que acontece em um contrato de transporte em que o devedor, no caso transportador, obriga-se a levar o passageiro com segurança até o local desejado.

Caso não haja o cumprimento da obrigação haverá responsabilidade civil ressalvadas as hipóteses de quebra do nexo causal por eventos fortuitos de força maior. Na obrigação de meio, o contratante se obriga apenas a empreender determinada atividade, sem garantia de resultado específico.

Por outro lado, têm-se as obrigações de garantia que possuem por conteúdo afastar os riscos sobre o credor reparando suas consequências. Como, por exemplo, uma seguradora (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2020, p. 315-316).

A renegociação se trata de uma obrigação de meio e não de resultado, ou mesmo de garantia. Em definitivo, esse dever de renegociar não garante um resultado objetivo, a não ser a certeza de que irá se tentar uma condução de uma tratativa segundo a boa-fé. Levando em consideração que o equilíbrio contratual deve ser analisado de uma maneira dinâmica, a renegociação proporciona uma nova circunstância que será o novo parâmetro de equilíbrio contratual, não se contentando com o equilíbrio contratual originário (PRATO; ANDRADE, 2019, p. 5).

Visto isso, o dever de renegociar não tem como objeto a confecção de um efetivo acordo para a revisão do contrato, mas sim a conduta a ser adotada pelas partes diante do desequilíbrio contratual (SCHREIBER, 2018, p. 297).

Dessarte, caso não haja a confecção de um acordo através da negociação ambos os contratantes poderão adentrar no judiciário para resolver a demanda sem prejuízo da possibilidade de autocomposições futuras, de forma autônoma, pela mediação ou conciliação.

4.2.3.2 Dever de renegociar como um dever anexo?

Surge assim a seguinte dúvida, o que seria este dever de renegociar, uma consequência dos deveres anexos já existentes, uma forma de materializar a função integrativa da boa-fé ou seria em si um novo dever anexo consequência da boa-fé objetiva?

O dever de renegociar está estritamente ligado ao dever anexo de cooperação. Isto porque a obrigação de renegociar se presta à readequação de contratos de longo prazo e é nestes contratos que a relação de confiança ganha protagonismo. Além disso, o dever de renegociar pode ser utilizado como balizador hermenêutico no momento de interpretação pelo juiz ou arbitro, porque é delicado entender se a frustração da negociação se deu por um dos contratantes ou pelo ambiente em que se deu a negociação.

É possível recorrer à função integrativa da boa-fé. Tendo em vista que o dever de renegociar se presta a apresentação de uma proposta séria e fundada para a outra parte, também deve estar em consonância com a lealdade, outro dever anexo,

não podendo se apresentar a outra parte um pedido infundado sem a ocorrência de novos fatos (ANDRADE, PEREIRA, 2018, p. 7-8). Por essa visão, o dever de renegociar seria uma consequência dos deveres anexos já existentes.

Por outro lado, nas palavras de Anderson Schreiber, (2018, p. 297): o dever de renegociação constitui um dever anexo imposto pela boa-fé objetiva a ambos os contratantes. Assim, tendo em vista que os deveres anexos da boa-fé objetiva não são um rol taxativo imutável, figura-se o dever de renegociar como uma espécie de dever anexo.

Tem-se na doutrina posicionamentos divergentes sobre de onde vem o dever de renegociar, como uma consequência dos deveres anexos já existentes ou como um dever anexo autônomo. O fato é que independente da gênese do dever de renegociar, este existe.

4.3 UTILIDADE DO DEVER DE RENEGOCIAR

São inúmeras as vantagens de haver um processo de negociação entre os contratantes. Em primeiro lugar, é uma resposta ao problema da racionalidade limitada do ser humano, assim entendendo a falta de capacidade dos contratantes de preverem, ao tempo da celebração do contrato, todas as coisas que podem ocorrer ao longo da relação contratual, sendo o dever de renegociar um estímulo a confecção de contratos duradouros.

Além disso, a prática da renegociação diminui os custos de transação, tendo em vista que aumenta a possibilidade de ocorrer acordos extrajudiciais. Ainda há um melhor cumprimento contratual com o dever de renegociar tendo que o contratante excessivamente onerado não mais ficará inseguro quanto a eventual reequilíbrio, podendo ficar mais tranquilo, não se limitando ao simples adimplemento contratual, fazendo investimentos de melhoria na prestação do serviço porque sabe que haverá uma renegociação (SCHREIBER, 2018, p. 302).

Pode-se citar dois motivos pelos quais a busca da negociação como meio de composição das controvérsias vem aumentando. A primeira delas é que houve a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão de ser um agente pacificador em razão de fatores como a sobrecarga dos tribunais, as elevadas despesas causadas pelos litígios e o excessivo formalismo processual. A segunda é que tem se

aceitado o fato de que o maior escopo social do Estado é eliminar conflitos através de critérios justos, ao mesmo tempo em que a tendência do processo e do exercício da jurisdição é abandonar as fórmulas exclusivamente jurídicas (DINAMARCO, 2000, P. 161).

Ao se estudar esse conceito de “abandono de fórmulas exclusivamente jurídicas”, o que se propões na verdade é a implementação ao ordenamento jurídico-processual de mecanismos que efetivamente contemplem o sistema instrumental com vista a melhor atingir os seus escopos fundamentais (AZEVEDO, 2001, p. 15).

Por mais que no âmbito da mediação ou da conciliação haja as técnicas de negociação, o que se observa aqui é o uso da negociação direta ou resolução colaborativa cada vez mais como uma forma comum de resolução de conflitos, sendo ela realizada de maneira informal entre as próprias partes do conflito ou com os seus representantes (CABRAL, CUNHA, 2016, p. 5).

Com a renegociação, além do reequilíbrio contratual, vai se atingir o cumprimento da função social do contrato, tendo em vista que um contrato desequilibrado em nada serve à sociedade. Com a crescente mudança de mentalidade da sociedade, tornando-a menos litigante, a tendência com o dever de renegociação é diminuir o número de processos que assolam o judiciário brasileiro.

4.3.1 Reequilíbrio ou manutenção do equilíbrio contratual

O que o ordenamento jurídico procura com a Boa-fé é assegurar uma atuação colaborativa das partes de forma mútua para a consecução dos fins comuns objetivados no contrato (TEPEDINO, SCHEIBER, 2005, p. 39).

Perante uma situação de mudança de contexto ou mesmo de desequilíbrio contratual, a renegociação entre os contratantes figura como meio adequado para efetivar essa atuação colaborativa das partes, bem como possibilita a chegada aos fins comuns do contrato.

A renegociação atua assim como uma forma de concretizar contratos duradouros, sendo uma opção a limitação racional existente no ser humano, que é incapaz de prever especificadamente os acontecimentos futuros (SCHREIBER, 2018, 301).

Devido ao dinamismo nítido dos contratos ao longo do tempo além das constantes, velozes e repentinas mudanças na economia nacional ou internacional,

um contrato diferente do que foi acordado inicialmente é o resultado do passar do tempo dado que até então eram imprevisíveis os desdobramentos, configurando assim a teoria da imprevisão (FERREIRA, 1999, p.130-131).

4.3.1.1 Do equilíbrio contratual

Com a presença dos artigos 317, 478 e 480, o Código Civil procura reprimir o desequilíbrio contratual fornecendo bases normativas específicas para que a doutrina pudesse identificar uma orientação geral da codificação em prol de relações contratuais equilibradas ou ao menos não totalmente desequilibradas.

No Código Civil não há uma menção expressa ao princípio do equilíbrio contratual, como há com a função social do contrato ou mesmo o princípio da boa-fé, mas sim um princípio implícito extraído de um conjunto de dispositivos específicos que reprimem o desequilíbrio contratual.

Cumprido salientar que o equilíbrio contratual não se trata de um mecanismo de redistribuição de riquezas que permita ao intérprete reordenar de acordo com a sua própria concepção de justiça as transferências patrimoniais que integram o contrato. Observando-se que por um lado essa discricionariedade permitiria mais celeridade na diminuição de desigualdades sociais, acabaria inevitavelmente por autorizar e estimular a interpretação tendenciosa dos contratos.

Não se trata de reequilíbrio de posições subjetivas do contrato, concedendo ao intérprete a possibilidade de majorar ou reduzir vantagens asseguradas ao contrato, com o escopo de compensar situações de desvantagem em que as partes possam estar inseridas por características próprias que trazem consigo.

Por equilíbrio contratual se entende o equilíbrio do objeto do contrato. Como objeto do contrato não se entende apenas a somatória das prestações principais e acessórias, mas todo o complexo conjunto de direitos, faculdades, obrigações, ônus e outras situações jurídicas derivadas do contrato (SCHREIBER, 2018, p. 52).

Em matéria de desequilíbrio contratual, o Código Civil brasileiro tem forte influência da Itália. Pode-se perceber quando comparados os artigos 478 e 480 do Código Civil brasileiro com os artigos 1467 e 1468 do Código Italiano. Ao passo que nosso art. 478 versa:

Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

O Art. 1467 do Código Civil Italiano de 1942 dispõe:

Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art. 1458¹⁶

Enquanto o art. 480 do Código Civil Brasileiro afirma: “Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.” O art. 1468 do Código Civil Italiano dispõe:

Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, se si tratta di un contratto nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, questa può chiedere una riduzione della sua prestazione ovvero una modificazione nelle modalità di esecuzione, sufficienti per ricondurla ad equità.¹⁷

Apesar de o Código Civil de 2002 no que tange ao desequilíbrio contratual ter claramente se baseado no italiano, ocorrem algumas diferenças. No Código Civil brasileiro o legislador entendeu por bem acrescentar aos requisitos necessários à configuração do direito à resolução o requisito da extrema vantagem para a contraparte, elemento este que restou ausente na codificação italiana.

Ainda sobre as diferenças entre os códigos, merece destaque a existência do art. 317 do Código Civil brasileiro que não tem correspondência italiana: “Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”

¹⁶ Tradução livre. Nos contratos de execução continuada ou periódica ou, ainda, de execução diferida, se a prestação de uma das partes torna-se excessivamente onerosa pela ocorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, a parte que deve tal prestação pode pleitear a resolução do contrato com os efeitos estabelecidos no Art. 1458.

¹⁷ Tradução livre. Nas hipóteses previstas no artigo antecedente, em se tratando de contrato no qual apenas uma das partes assumiu obrigações, esta pode pedir uma redução da sua prestação ou uma modificação nas modalidades de execução, suficiente para reconduzi-la à equidade.

Interessante perceber a discrepância temporal entre os códigos. Enquanto o italiano é de 1942, o brasileiro é de 2002, e mesmo assim, algumas regras são bem parecidas, como mostrado anteriormente (SCHREIBER, 2018, p. 162-163).

4.3.1.1.1 Teoria da imprevisão

Nota-se aqui que o artigo 478 do CC acima mencionado faz expressa indicação aos contratos de execução continuada ou diferida. Por contrato de execução diferida se entende aquele em que a prestação das partes não se dá de uma só vez, não ocorrendo a extinção enquanto não se completar todo o ciclo de prestações.

Por outro lado, por contrato de prestação continuada se entende aquele em que o fato de haver os pagamentos não gera uma extinção da obrigação, que renasce, de sorte que a continuidade da obrigação não é simplesmente suportada pelos contratantes, mas sim desejada. (SCHREIBER, 2018, p. 165). Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 50) “a teoria da imprevisão consiste, portanto, na possibilidade de desfazimento ou revisão forçada do contrato quando, por eventos imprevisíveis e extraordinários, a prestação de uma das partes torna-se exageradamente onerosa”.

Os pressupostos para se aplicar a teoria da imprevisão são: a) imprevisibilidade; b) excepcionalidade a álea; e c) o desequilíbrio entre as prestações (FARIAS, ROSENVALD, 2019, p. 274). Além disso, considera-se extraordinário o fato que se afastar do curso ordinário das coisas será imprevisível caso as partes não possam prever, por maior diligência que tiverem feito.

Já a onerosidade excessiva das prestações é matéria a ser analisada no caso concreto, não podendo se dar de maneira aleatória ou mesmo subjetiva. Há ainda o entendimento para que haja essa revisão; o devedor não pode estar em mora no que diz respeito às cláusulas contratuais não atingidas pela imprevisão (VENOSA, 2004, p.675).

Porém, o próprio Código Civil em seu art. 479 prevê uma alternativa à resolução contratual: “a resolução contratual poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato”. Caso no decorrer da ação judicial o réu concordar com o pedido do autor poderá se oferecer para modificar equitativamente o contrato. Ganha protagonismo então a figura da conciliação no bojo

do processo judicial, conquanto cabe ao juiz delimitar essa modificação contratual em sua decisão (VENOSA, 2004, p.479).

4.3.1.1.2 Fato extraordinário ou imprevisível

Com fato extraordinário o legislador buscou nomear eventos que escapem do fluxo normal de acontecimentos, de maneira diferente ao que acontece normalmente na vida ordinária (DIAZ, 2004, p. 205).

Com esse entendimento, pode-se concluir que catástrofes naturais, guerras, epidemias em países que isso não é comum, constituiriam fatos extraordinários e imprevisíveis (SCHREIBER, 2018, p. 169).

Cumprido distinguir o que seria um fato imprevisível ou extraordinário. Fato imprevisível tem relação com a natureza relativa e identifica-se pela capacidade dos contratantes representarem a ocorrência futura de um determinado evento; já o evento de caráter extraordinário assume caráter objetivo, vinculando-se a um evento estatisticamente impossível. Ocorre que essa diferenciação vem perdendo força na doutrina.

A grande discussão acerca dessa diferenciação está em determinar o que seria algo imprevisível. De um lado há autores que acham que a aferição da imprevisibilidade deve ser aferida por meio do exame da capacidade subjetiva dos contratantes específicos, levando em consideração suas aptidões pessoais. Outra parcela de autores entende que é imprevisível apenas aquele acontecimento que não pudesse ser previsto por qualquer pessoa. Para estes, o parâmetro que se utiliza é de “Homem médio”, dessa forma seria imprevisível aquele fato que ocorrer e que não possa ser percebido anteriormente por um “Homem normal”.

O grande embate entre as duas correntes deu luz a uma terceira hipótese. Esta última mistura a aptidão subjetiva dos contratantes com fatores objetivos, como a natureza do contrato, as condições do mercado, o objeto da prestação, o conjunto de informações disponíveis às partes nos momentos da celebração do contrato. Imprevisível seria apenas aquilo que não poderia ser legitimamente esperado pelos contratantes nos momentos dos ajustes, levando em consideração as suas atribuições e aptidões subjetivas, pessoais, mas também as objetivas e circunstanciais em que o contrato está envolvido (SCHREIBER, 2018, p. 170-175).

4.3.1.1.3 Onerosidade excessiva

Não ocorre no Código Civil de 2002 uma determinação de um parâmetro para se determinar o que seria uma onerosidade excessiva, cabe ao juiz à luz do caso concreto decidir o que seria uma prestação excessivamente onerosa.

Essa onerosidade excessiva poderá ser classificada como direta ou indireta. Na onerosidade excessiva direta, que é a qual a maior parte da doutrina se refere, trata-se do desequilíbrio contratual superveniente. A título exemplificativo, pode-se citar um transportador que tem que percorrer um caminho diferente para entregar a mercadoria por conta do fechamento de uma estrada, tornando o trabalho muito mais custoso. Pode-se citar também o empreiteiro que por conta das fortes chuvas terá que empregar mais recursos para o prosseguimento da obra.

Em todas as situações há uma obrigação ainda pendente do cumprimento, preenchendo-se o quesito temporal. Além disso, em todas essas situações existe um agravamento claro do sacrifício econômico que o adimplemento do contrato impõe ao devedor, essas situações tratam a onerosidade excessiva direta.

A onerosidade excessiva indireta é aquela que o contratante não assiste o agravamento da situação econômica através de uma obrigação pendente, mas sim de uma diminuição excessiva do benefício econômico representado pela sua obrigação recíproca. Como exemplo se pode citar os casos em que a contraprestação esperada tem seu valor significativamente reduzido através da desvalorização monetária (SCHREIBER, 2018, p.236-237).

Contudo é importante lembrar que não basta a simples onerosidade excessiva para se revisar ou resolver um contrato. O Código Civil também exige o evento imprevisível e extraordinário. Evento importante também ocorre quando o afetado pela onerosidade excessiva não é apenas um contratante, mas os dois. Aqui ocorre a dupla onerosidade excessiva. Nessa situação não há um desequilíbrio contratual vertical, mas sim horizontal, na qual ambas as partes ficam sujeitas a sacrifícios econômicos maiores do que os que existiam no momento da formação do contrato. Para resolver essa tratativa, no momento da revisão contratual não poderá haver a transferência do ônus para a outra parte, uma vez que esta também estará sendo atingida pela onerosidade. A saída é a alteração das obrigações recíprocas (SCREIBER, 2018, p. 269).

4.3.2 Função social

O Código Civil de 2002 além de se preocupar com o instituto da boa-fé também preconiza que os contratantes devem atender a função social dos contratos. A função social tem três significados: o primeiro deles é de sentido amplo, uma vez que significa “finalidade”, “papel”. O art. 187 do Código Civil, dispõe: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” O segundo significado da função social se relaciona com um serviço realizado em função de outrem. Consiste na exigência de que o exercício de um direito seja também uma prestação de serviço em benefício da sociedade.

É uma relação em que de um lado há o titular de um direito subjetivo, que tem direito em face de uma pessoa, da sociedade ou do Estado. Esses têm a obrigação de se sujeitar perante esse poder e respeitar este espaço. Do outro lado, o titular do direito subjetivo tem a obrigação de cumprir com determinados deveres de ação e omissão em face de terceiros. O terceiro significado da função social tem relação com a responsabilidade social. Têm-se como exemplo as empresas, que têm como obrigação a preservação da natureza, financiamento de atividades culturais, combate a problemas sociais, trabalho infantil trabalho escravo e prostituição infantil (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 198-200).

4.3.2.1 Função social nos contratos

A função social está presente em diversos institutos do Código Civil. Nos contratos ela está disposta no *caput* do art. 421: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. A função social estrita dos contratos busca determinados fins. Não é suficiente que o contrato produza efeitos que dele se espera e que não causa danos a outrem. Além de tudo isso, requer-se a concretização de determinados resultados ou de vantagens concretas à sociedade.

Em 2002 o Conselho Nacional de Justiça organizou a Iª Jornada de Direito Civil. Em relação à função social do contrato, foram proferidos os enunciados nº 21, 22 e 23:

“21 - A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, a impor a revisão do princípio da relatividade dos efeitos do contrato em relação a terceiros, implicando a tutela externa do

crédito. 22 – A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, constitui cláusula geral, que reforça o princípio de conservação do contrato, assegurando trocas úteis e justas. 23 – A função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana.” (TOMASEVICIUS FILHO, 2005, p. 204).

Vislumbra-se através destes enunciados que a função social representa trocas justas em prol interesses da sociedade em geral. Em nada beneficia a comunidade um contrato desequilibrado que as prestações se tornam difíceis de adimplir e uma das partes ou ambas estão sendo oneradas excessivamente.

A renegociação dos contratos faz com que ocorra a possibilidade de reequilíbrio contratual, de jeito que as obrigações serão revistas e as prestações se tornarão novamente exequíveis. Ocorre assim o cumprimento da função social do contrato através do dever de renegociar. Importante salientar que a função social não elimina a autonomia privada, mas esta não pode ser exercida sem limites.

4.3.3 Diminuição das demandas do judiciário

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, no ano de 2017 o sistema judiciário tinha um total de 80 milhões de processos, sendo a maioria destes processos concentrados no primeiro grau de jurisdição.

Um possível responsável por tantas ações é a mentalidade litigiosa que se formou nos operadores do direito no Brasil. Ocorre que o sistema não pode mais continuar incentivando esse comportamento. Aos poucos vão se adotando medidas que dão protagonismo para as resoluções extrajudiciais do conflito. A título exemplificativo, pode-se citar a resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça. Esta dispõe sobre a política pública de tratamento adequado dos conflitos e interesses.

Percebe-se que ao utilizar a palavra “adequado”, em vez de “alternativo”, o próprio sistema judiciário reconhece que não há mais espaço para a judicialização de todas as tratativas. Dentre suas disposições, têm-se:

Art. 7º Os tribunais deverão criar, no prazo de 30 dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Núcleos), coordenados por magistrados e compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

- I - desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, estabelecida nesta Resolução;
- II - planejar, implementar, manter e aperfeiçoar as ações voltadas ao cumprimento da política e suas metas;
- III - atuar na interlocução com outros Tribunais e com os órgãos integrantes da rede mencionada nos arts. 5º e 6º;
- IV - instalar Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania que concentrarão a realização das sessões de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, dos órgãos por eles abrangidos;
- V - incentivar ou promover capacitação, treinamento e atualização permanente de magistrados, servidores, conciliadores e mediadores nos métodos consensuais de solução de conflitos;
- VI - propor ao Tribunal a realização de convênios e parcerias com entes públicos e privados para atender aos fins desta Resolução;
- VII - criar e manter cadastro de mediadores e conciliadores, de forma a regulamentar o processo de inscrição e de desligamento; (Incluído pela Emenda nº 2 de, 08.03.16)
- VIII - regulamentar, se for o caso, a remuneração de conciliadores e mediadores, nos termos do art. 169 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 13 da Lei de Mediação. (...)

Percebe-se com o referido artigo a importância dada aos métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. Como exemplo a resolução traz a mediação e a conciliação. O Conselho Nacional de Justiça também demonstra preocupação e atenção ao nível de preparação das pessoas que estarão à frente das mediações e conciliações. Em seu Artigo 12, dispõe:

Nos Centros, bem como todos os demais órgãos judiciários nos quais se realizem sessões de conciliação e mediação, somente serão admitidos mediadores e conciliadores capacitados na forma deste ato (Anexo I), cabendo aos Tribunais, antes de sua instalação, realizar o curso de capacitação, podendo fazê-lo por meio de parcerias.

O Código de Processo Civil dispõe no seu artigo 165:

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Tais centros deverão cumprir alguns padrões, como, por exemplo, a obrigatoriedade de participação de conciliadores e mediadores devidamente capacitados para o atendimento à população.

A mediação e a conciliação são métodos diferentes, mas têm algo em comum. Ambos trabalham com a negociação como principal ferramenta. Não há que se falar em mediação ou em conciliação sem se tocar em renegociação. Vê-se então

que o caminho para a diminuição das demandas judiciais são os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos. Métodos esses que encontram apoio no próprio Judiciário, como mostrado através da resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

A possibilidade de renegociação dos contratos de maneira extrajudicial proporciona maior celeridade na resolução da tratativa aos contratantes, evitando o ingresso no judiciário e contribuindo para a mudança de mentalidade vigente que ainda é a litigiosa.

4.4 CONTRATOS NOS QUAIS SE APLICA O DEVER DE RENEGOCIAR

Existem tipos contratuais nos quais o dever de renegociar se aplica com mais efetividade. Os contratos de execução instantânea, como o próprio nome já diz, são aqueles que cumprem o seu papel, ou seja, há a execução do objeto do contrato em um só ato. Exemplo deste tipo de contrato é o de compra e venda à vista. Cumprida a celebração, extingue-se a obrigação.

Nestes tipos de contrato o dever de renegociar não são efetivos, sendo que a relação se extinguiu após o cumprimento da obrigação. O dever de renegociar ganha maior relevância nas relações que serão continuadas ao longo do tempo e nos contratos que as regulam.

4.4.1 Contratos incompletos

Não haveria a necessidade de se ter contratos incompletos se as pessoas, ao contratar, tivessem informações sobre todos os efeitos produzidos pelos contratos e que não houvesse eventos externos que pudessem afetar as prestações. Além disso, que os contratantes, por estarem numa posição de igualdade, embora essa igualdade em muitos casos não exista, sendo meramente formal, não implicassem custos de negociação.

Caso o judiciário não fosse fonte de custos resolvendo eventual inadimplemento facilmente, não haveria a necessidade dos contratos incompletos. O reconhecimento também por parte dos economistas de que existem custos de transação envolvendo todos esses aspectos numa negociação, leva a considerar que

os contratos merecem ser analisados por outra perspectiva em prol do resultado econômico.

Levando em consideração que em geral existe a assimetria de informações, pode ocorrer a desmotivação de contratações socialmente interessantes, práticas oportunistas e comportamentos indesejáveis. Com o reconhecimento que os contratos têm custos, ocorreu a necessidade de meios que os reduzam. Ora, ocorreu-se que as pessoas não têm informações completas e que as decisões jurídicas levam tempo e esforço, outra fonte de custo que de forma direta ou indireta afeta o desempenho econômico (SZTAJN, 2006, p. 172). Nesse contexto, nascem os contratos incompletos.

O contrato incompleto é uma técnica de confecção contratual que busca uma nova forma de revisão jurídica, já que os custos de transação e a racionalidade limitada humana inviabilizam a elaboração de um contrato completo (CAMINHA, LIMA, 2014, p. 164).

Na redação de contratos de longo prazo é difícil descrever, com perfeição, as prestações a que se obrigam as partes ao longo do prazo de duração do contrato, as atitudes que os contratantes possam tomar. Dessarte, é comum que as cláusulas contratuais sejam apresentadas de maneira mais genérica, permitindo que ao longo do tempo sejam feitas as especificações necessárias (SZTAJN, 2006, p. 176).

Em suma, os contratos são incompletos, de forma que as partes possam, de maneira não proposital, esquecer de incluir alguma contingência, pois há uma complexidade de se especificar algo por escrito todas as regras que prevalecerão caso haja alguma contingência, além da dificuldade de se observar e prever a existência destas.

É racional e aconselhável ter contratos incompletos, devendo se atentar para o nível de incompletude. O nível ótimo de lacunas contratuais irá depender dos riscos e custos envolvidos no contrato. A função da norma contratual é exatamente diminuir esses riscos, sem implicar em custos elevados (PINHEIRO, 2005, p. 7).

4.4.2 Contratos relacionais

A multiplicação das relações jurídicas complexas e de longa duração é fenômeno importante no início do século XXI. Este contexto favorece o

desenvolvimento de teorias contratuais que regulam as mudanças da realidade econômica.

A teoria relacional nasce com esse intuito. O objeto dela não é a criação de novas espécies contratuais, mas sim apresentar uma nova abordagem nas dinâmicas contratuais contemporâneas. Esta busca ampliar a visão utilizada no estudo do contrato, focando em todos os atos da relação e que estas são, na realidade, muito mais complexas do que as normas pressupõem (PESSOA, 2013, p. 43).

Com isso, os contratos relacionais são marcados por características subjetivas como o relacionamento e a ligação entre as partes. Essas características subjetivas possuem um destaque importante e determinam posturas diferenciadas por parte dos contratantes.

Vale ressaltar que o fato de um contrato ser relacional não quer dizer que ele não seja incompleto ou vice-versa. Muito pelo contrário, a maioria dos contratos relacionais são incompletos. Um contrato pode ter mais de uma característica. É nesse contexto que ganha protagonismo os deveres anexos da boa-fé objetiva, moldando o comportamento das partes, incentivando o comportamento cooperativo para que haja eficiência no cumprimento do pactuado. Deveres anexos estes que constituem um dever legal.

É razoável que o direito contratual fomente a cooperação com uma maior intensidade nos contratos duradouros. No entanto, não se deve confundir a cooperação nos contratos relacionais como mera filantropia ou solidariedade. Além da legalidade já mencionada, o comportamento cooperativo deve ser apoiado porque resultam em efetivos ganhos às partes envolvidas (SCHUNCK, 2013, p.215).

4.5 CLÁUSULAS CONTRATUAIS SOBRE O DEVER DE RENEGOCIAR

O dever de renegociar é válido independente de cláusula que o expresse no contrato. No entanto, quando os contratantes se atentam para a elaboração de uma cláusula dessa natureza as chances de que se cumpra o dever de renegociar são maiores. Para isso, existem algumas cláusulas que versam sobre este dever pois elas podem dispor sobre modelos de conduta aplicáveis às partes deixando a relação com mais segurança de que os contratantes realmente vão agir de acordo com a boa-fé objetiva.

Tais cláusulas são muito importantes nos contratos citados anteriormente nos quais a relação entre as partes ganha protagonismo e as prestações são contínuas durando por mais tempo.

4.5.1 Cláusulas de *hardship*

As cláusulas de *hardship* são colorarias do direito contratual internacional, de modo que quando houver mudança de caráter político, financeiro, econômico e social, estão as partes obrigadas a readequar os contornos do contrato antes desequilibrado. São cláusulas de cunho flexibilizador dotadas de dinamicidade, facilitando a adaptação ao novo cenário não previsto. Assim, são requisitos tradicionais da cláusula de *hardship*: a) alteração fundamental das condições econômicas podendo decorrer do aumento dos custos envolvidos ou da diminuição do valor da contraprestação; b) superveniência do evento, sendo consequência do movimento inesperado do mercado, especialmente da economia; e c) imprevisibilidade do evento, no sentido de que os eventos que são aptos a causar o *hardship* estejam fora do controle das partes, além de nenhum dos contratantes assumir o risco de que viesse a acontecer (FARIAS, ROSENVALD, 2019, p.282).

4.5.2 Cláusula de melhores esforços

A cláusula de melhores esforços é considerada uma cláusula aberta, vaga. Porém, não se trata de falta de atenção na confecção do contrato e sim de estratégia contratual. Implica um padrão flexível e necessariamente adaptável a diversos contextos, conforme o caso concreto, além de servir como opção para preenchimento de possíveis lacunas. Dessa forma, encontram-se os contratantes obrigados a atuarem com os melhores esforços possíveis, indo ao encontro do princípio da boa-fé (COSTA, 2016, p. 20).

Seja no âmbito internacional, por meio da cláusula de *hardship*, ou mesmo nos contratos nacionais por meio das cláusulas de melhores esforços, observa-se uma possibilidade de dar formato ao princípio da boa-fé contratual no mundo dos fatos, de modo que se delimita o comportamento esperado das partes ao longo da relação.

4.6 CONSEQUÊNCIAS DA VIOLAÇÃO DO DEVER DE RENEGOCIAR

Caso o dever de renegociar não seja cumprido, trata-se de um inadimplemento de uma obrigação e nesse sentido defende Enrico del Prato (2019, p.6):

Um critério adequado de solução pode ser encontrado ao se considerar que a renegociação – apesar de conduzida em boa-fé, isto é, salvaguardando o interesse do outro contraente nos limites em que não é prejudicado um interesse próprio juridicamente apreciável – não garante um resultado útil, mas somente a sua perspectiva. Isso induz a considerar a solução da perda de uma chance – proporcional à oportunidade e que a parte beneficiada pela renegociação perdeu em decorrência do inadimplemento da outra.

Assim, há que se considerar que: a) que teria havido um resultado vantajoso para a parte interessada, quem foi prejudicado pela superveniência; b) que deve haver a prova do fato em que consistiu o prejuízo também em relação à irressarcibilidade do prejuízo evitável com diligência ordinária; e c) que a recomposição deve ser objeto de liquidação mediante a equidade.

O descumprimento de cláusula de renegociação ocasiona o reembolso de despesas efetuadas e os ganhos razoavelmente perdidos com a tentativa de iniciar a renegociação frustrada com o silêncio da contraparte (SCHREIBER, 2018, p. 310). Nos casos em que o contrato não tenha uma cláusula de renegociação, ainda assim quando houver a violação a este dever haverá a possibilidade de responsabilidade civil. Segundo o Enunciado nº 24 da Jornada de Direito Civil: “Em virtude do princípio da boa-fé, positivado no art. 422 do novo Código Civil, a violação dos deveres anexos constitui espécie de inadimplemento, independentemente de culpa.”. Com o entendimento de que o dever de renegociar seja um desdobramento do Art. 422 do Código Civil, a cláusula geral da boa-fé objetiva, o seu descumprimento implica em responsabilidade objetiva.

Na maioria dos cenários internacionais apresentados anteriormente o dever de renegociar é um pleito necessário à propositura de uma demanda judicial, não versando claramente sobre uma possível indenização pela não renegociação.

No entanto, nos Princípios de Direito Contratual Europeu na parte final do art. 6:111 (3):

If the parties fail to reach agrément within a resonable period, the court may:
 a) end the contract at a date and on terms to be determined by the court or
 b) adapt the contract in order to distributive between th parties in a just and equitable manner the loses and gains resulting from the change of circumstances.

If either case, the court may award damages for loss sufferes through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good Faith and dair dealing.¹⁸

Quando os Princípios Gerais de Direito Contratual Europeu fazem menção a uma reparação sobre o descumprimento do dever de renegociar, abre-se a possibilidade de ocorrer essa aplicação nos códigos que já dispõem sobre o dever de renegociar, mas restaram omissos em relação à indenização.

Dessa forma, tem-se visto que mesmo em países que não versaram sobre esse tipo de responsabilização, a indenização por não renegociação ou negociação de má-fé vem sido reconhecida. O maior problema envolvendo uma responsabilidade civil pela não observância do dever de renegociar diz respeito a necessidade de se liquidar o valor da indenização, tendo em vista que não se trata de obrigações de resultado e sim de meio.

Destarte responsabilidade civil se limitaria ao chamado interesse contratual negativo, o que significa que deverá ser levado em conta o reembolso de despesas efetuadas e ganhos razoavelmente perdidos pela omissão em negociar do outro contratante ou pelo processo de negociação abruptamente interrompido sem justificativa viável. Competirá ao juiz analisar as circunstâncias do caso concreto (SCHREIBER, 2018, p. 307-313).

4.7 DEVER DE RENEGOCIAR X ACESSO À JUSTIÇA

O acesso à justiça é um dever constitucional. O Artigo 5º da Constituição Federal dispõe da seguinte forma: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Ocorre que a garantia que os direitos da população sejam resguardados não significa necessariamente um deslinde judicial.

¹⁸ (Tradução livre) Se as partes fracassarem em alcançar um acordo dentro de um lapso temporal razoável, a corte pode: a) extinguir o contrato em data e em condições a serem determinadas pela corte, ou

b) adaptar os contratos a fim de distribuir entre as partes de maneira justa e equitativa as perdas e ganhos resultantes da alteração das circunstâncias. Em qualquer dos casos, a corte pode conceder indenização pelos danos sofridos em virtude da recusa de uma das partes à renegociar ou de ruptura das negociações contrariamente à boa-fé e aos bons costumes.

Estes poderão também ser resolvidos pelos meios alternativos ou em algumas situações, mais adequados, de resolução de conflitos.

Antigamente, nos séculos XVIII e XIX, a solução de litígios representava um comportamento individualista. Como acesso à justiça se entendia o mero ingresso em juízo, o simples fato de ajuizar uma ação. Existindo o advento dos direitos humanos através da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o caráter coletivo das ações, o modelo individualista foi perdendo espaço (NETO; LIMA. BENEVIDES, 2017, p. 146-147).

Segundo Mauro Cappelletti (2002, p. 31) existiram três ondas do acesso à justiça. A primeira onda estava voltada para a acessibilidade dos pobres para com o acesso ao judiciário. A presença de um advogado é essencial e indispensável para a propositura de uma ação, mostrando que a assistência jurídica é destinada àqueles que não têm condições financeiras de custear o processo.

A segunda onda é voltada para o melhoramento do acesso à justiça, com foco nos direitos difusos. Procura-se transformar o papel do juiz, visto que o caráter individualista das demandas agora assumia um papel coletivo, ocorrendo o protagonismo das ações de sociedade de classe e de interesses públicos.

A terceira onda consiste na efetivação das ondas anteriores a partir de práticas efetivas que a tornem tangíveis. Além das ondas do acesso à justiça, houve períodos caracterizadores.

O primeiro período diz respeito ao Poder Judiciário com uma resposta tempestiva, ou seja, era esperado que a Justiça desse uma resposta em um tempo hábil. No segundo período, complementando o primeiro, além de uma decisão hábil é esperado uma solução efetiva para o conflito por meio da participação do Estado. Não basta ter uma resposta tempestiva, mas também terá que ser efetiva. O terceiro período consiste no abandono de fórmulas prontas e exclusivamente positivadas, já que o Estado percebeu uma falha recorrente na missão de pacificar as relações sociais provenientes das altas demandas de ações, alto custo das despesas judiciais e o excessivo formalismo processual. Esse cenário passa a mensagem para a sociedade de que é necessário dar enfoque e importância nas resoluções autocompositivas. Para que isso ocorra, faz-se necessário uma mudança de mentalidade dos operadores do Direito, deixando um pouco de lado o viés litigioso (NETO; LIMA. BENEVIDES, 2017, p. 150-152).

A renegociação ganha protagonismo com a o terceiro período do acesso à justiça com o incentivo à resolução de conflitos de maneira autocompositiva, evitando ao máximo um deslinde judicial - a renegociação figura como um método efetivo e tangível.

Não há que se falar na renegociação como um óbice ao acesso à justiça. Além da renegociação efetivar o intuito do terceiro período do período do acesso à justiça, incentivando a resolução extrajudicial, a possibilidade de renegociar não implica necessidade de acordo. No caso de não acontecer um resultado comum e satisfatório para os contratantes, os métodos heterocompositivos estarão aptos a julgar as demandas, seja por um juiz de direito ou um árbitro.

O acesso à justiça, sob o prisma da autocomposição, tem por objetivo estimular, educar e difundir seus usuários a resolver seus próprios conflitos de maneira comunicativa. Surge a compreensão que o usuário do Poder Judiciário não é só aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se no polo ativo ou passivo de uma demanda jurídica processual. O usuário do Poder Judiciário também é todo aquele que tenha a capacidade de aprender a resolver melhor seus conflitos por meio de comunicações eficientes, com intervenção de um terceiro, nos casos de mediação e conciliação, ou de modo direto, na negociação.

O real acesso à justiça abrange não só a prevenção e reparação de direitos, mas também a realização de soluções negociadas e fomento da mobilização da sociedade para que esta possa participar ativamente dos métodos de resolução de demandas sem a interferência do judiciário (GENRO, 2011, p.13).

5 CONCLUSÃO

Como restou demonstrado inicialmente, o Código Civil de 2002 está calcado nos ditames da boa-fé, principalmente a boa-fé objetiva. Através desse instituto o legislador buscou efetivar direitos fundamentais constitucionais. Por meio de uma cláusula geral formada por conceitos indeterminados as partes ficam obrigadas a agirem de acordo com os deveres anexos da boa-fé. Por outro lado, o juiz encontra balizas para identificar no caso concreto condutas praticadas de acordo com a este dispositivo.

Ainda sobre este instituto, delimitou-se seus limites. Todo direito exercido em desmedida gera o abuso e com o instituto da boa-fé não é diferente. Para tratar dos limites deve-se falar em deveres anexos da boa-fé. O dever de informação, cooperação e assistência são deveres que são obrigatórios nas relações contratuais, mas se limitam ao objeto do contrato, da relação.

Superado o tema da boa-fé objetiva, adentra-se ao dever de renegociar no âmbito internacional. A títulos exemplificativos foram trazidos para a análise os Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais, *Draft Common Frame of Reference*, Código Civil Italiano, Princípios de Direito Contratual Europeu, Código Civil e Comercial Argentino e Código Civil da República Tcheca.

Em todas estas legislações e normas de *soft law*, o legislador demonstra sua preocupação com resoluções extrajudiciais de conflito, utilizando para isso um dever de renegociar contratos desequilibrados.

Em todos os exemplos, para que ocorra o dever de renegociar não basta apenas um contrato desequilibrado, mas que haja a chamada *hardship*. Uma situação que mude completamente o estado em que os contratantes estão, que não seja causada pelos próprios, que não fossem incentivados ou que pudessem ser evitados pelas partes, gerando desequilíbrio contratual.

O dever de renegociar se apresentava de forma diferente para cada instituto. Em alguns como nos Princípios Unidroit, servia como principal forma de resolução de conflitos. Já em outros como no *Draft Common Frame of Reference*, o dever de renegociar figurava como uma espécie de pressuposto processual. A parte deverá adentrar ao Judiciário apenas após de tentar uma renegociação extrajudicial.

Independente da forma como o dever de renegociar é utilizado, o fato é que ele existe e é útil em diversas legislações internacionais, como demonstrado no segundo capítulo do presente trabalho.

Após a análise das legislações internacionais, adentra-se ao estudo do dever de renegociar no Brasil como consequência do art. 422 do Código Civil, a cláusula geral da boa-fé.

A priori se fez necessário tecer um estudo mais específico sobre o art. 422, trazendo a reflexão sobre a sua completude, uma vez que dispõe que apenas há a obrigatoriedade de comportamento leal e probo na execução e na conclusão. Discussão válida, tendo em vista que, como demonstrado, os deveres anexos da boa-fé objetiva devem ser observados também nas fases pré-negociais e pós-negociais.

Foram apresentadas as consequências causadas pelo silêncio do legislador pátrio sobre o dever de renegociar, pois os contratantes se sentem confortáveis para silenciar diante de uma proposta de renegociação, uma vez que sua situação se tornou confortável com o desequilíbrio. Por outro, a parte que sofreu o desequilíbrio o guarda para si para justificar o inadimplemento.

Nessa linha de pensamento foi feita uma distinção entre uma negociação perde-ganha e uma negociação ganha-ganha, esta última sendo o método mais aconselhável à negociação calcada na boa-fé objetiva.

Superado os temas anteriormente falados, chega-se ao ponto principal do trabalho. O dever de renegociar à luz do art. 422 do Código Civil. Seguindo o entendimento do doutrinador Anderson Schreiber, este trabalho entende que haja um dever de renegociar advindo da cláusula geral da boa-fé, dever este que não se dá de maneira geral e aberta, visto que há tipos específicos de contratos e de situações que tal dever irá incidir. Neste ponto se delimitou o que seria este dever na prática. Quais atitudes e comportamentos se esperam dos contratantes para que haja o cumprimento do dever de renegociar de forma específica.

Ainda sob o ponto central da monografia, estudamos qual a espécie de obrigação do dever de renegociar, chegando à conclusão que se trata de uma obrigação de meio, não se vinculando, portanto, à resultados pré-estabelecidos.

Restava, portanto, saber qual a natureza jurídica do dever de renegociar. Ele seria um novo dever anexo ou uma consequência dos deveres anexos já existentes?

Na doutrina se encontram opiniões diversas sobre este tema. No entanto, este trabalho entende que o dever de renegociar hoje no Brasil seria um novo dever anexo decorrente da cláusula geral.

Embora seja fato que dentro do dever de renegociar encontram-se os deveres de cooperação, informação e lealdade - não se pode identificar o instituto como uma simples consequência destes deveres anexos já existentes.

O dever de renegociar é complexo, merece um aprofundamento individual e tem suas próprias características e seus próprios pré-requisitos para que ocorra. Como falado anteriormente, não é qualquer relação contratual que irá haver o dever de renegociar. Caso se entendesse como uma simples consequência dos deveres anexos já existentes, o dever de renegociar seria aplicável em todas as relações cíveis, como ocorre com a cooperação e a lealdade, por exemplo.

Passado pelo tema principal do trabalho, abordam-se as utilidades do dever de renegociar. Elencam-se o reequilíbrio contratual, o cumprimento da função social dos contratos e a diminuição de demandas do Judiciário. Todos os efeitos devidamente explicados em seus respectivos tópicos.

Logo após foram vistos os contratos em que o dever de renegociar é aplicável. Entende-se que os instrumentos contratuais que perduram ao longo do tempo e que há uma ligação entre os contratantes são os que melhor se adequam ao dever de renegociar. Trazem-se então os contratos incompletos e os contratos relacionais.

Além disso, por mais que o dever de renegociar exista independente de cláusula que o preveja, para que haja uma maior segurança jurídica, cláusulas que versem sobre este dever foram citadas, de modo que podem ser utilizadas no bojo do contrato, são elas cláusulas de melhores esforços e de *hardship*.

Por fim, abordam-se as consequências da violação do dever de renegociar e a questão do dever de renegociar frente ao direito constitucional do acesso à justiça.

Sobre o primeiro, defende-se que a violação do dever de renegociar gera indenização, uma vez que houve violação à deveres anexos da boa-fé objetiva. A grande problemática surge em como quantificar essa indenização. Traz-se a possibilidade de se levar em consideração as perdas causadas pela inércia do chamado à negociação e os gastos causados pela tentativa de renegociação, o chamado interesse contratual negativo, cabendo ao contratante demonstrar esses valores em juízo.

Sobre a segunda tratativa se apresentou uma visão de acesso à justiça, não como apenas o acesso ao poder de ação, mas como o direito de ter o problema resolvido. O que pode plenamente ser alcançado com o dever de renegociar. Portanto, não há que se falar no dever de renegociar como um entrave ao acesso à justiça. Além disso, a existência de um dever de se renegociar não obsta a posterior entrada no judiciário, nem a confecção de posterior acordo judicial.

Conclui-se assim a plena existência de um dever de renegociar no direito brasileiro. O art. 422 é claro ao utilizar a palavra “obrigados” para demonstrar que os contratantes devem atuar de acordo com a lealdade probidade. Sabe-se que este comportamento é desejável em todas as fases do contrato, inclusive quando este resta desequilibrado.

No entanto, mesmo que este trabalho entenda pela existência do referido dever, acredita também que pela falta de disposição legislativa não há ainda nos dias atuais a coerção necessária para que este dever seja cumprido efetivamente pelos contratantes, por isso, mesmo entendendo o dever de negociar como um dever anexo da boa-fé objetiva, entende que seria necessária uma determinada disposição legal sobre o tema.

Todavia, ciente da mora causada pelos trâmites legislativos, vislumbra como solução para que ocorra a efetividade do dever de renegociar a sua publicização por meio de advogados mais especializados em negociação, com uma mente menos litigante. Por consequência, a doutrina deve se debruçar de maneira mais profunda sobre o tema e aos poucos os tribunais reconhecerem este dever em suas decisões, formando uma jurisprudência sólida neste sentido.

REFERÊNCIAS

ALVEZ, Alexandre Ferreira de Assumpção; GOLDEBERG, Ilan. O dever de lealdade e os abusos do direito de sócio em sociedades. **Revista Eletrônica do curso de direito da Universidade Federal de Santa Maria**. v. 12, n. 2. 2017. P. 477. Disponível em: file:///C:/Users/clelt/AppData/Local/Temp/24912-136122-1-PB.pdf. Acesso em: 30 maio 2020.

AZEVEDO, André Gomma de. In O processo de negociação: Uma breve apresentação de inovações epistemológicas em meios autocompositivos. **Revista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios**, Brasília. N 11, Jul/Dez, 2001.

BERNARDES, Júlio Cesar; THOMÉ, João Batista. Cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados – o poder criador dos juízes e a legitimidade democrática das decisões judiciais. **Revista Justiça do direito**. V. 27, n. 1, jan/jun, 2013.

BORGES, Gustavo Silveira; PASQUAL, Cristina Stringari. O dever de cooperação nas relações contratuais. **Revista dos Tribunais**. V. 971. 2016.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Art. 422, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 22 out. 2019.

BRASIL. **Decreto nº884/93**. Câmara dos deputados, 1993. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1993/decreto-884-2-agosto-1993-336677-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 25 out. 2019.

BRASIL. **Recurso Especial n. 758518 - Proc. 2005/0096775-4**. Superior Tribunal de Justiça. Recorrente: Muretama Edificações e Empreendimentos LTDA. Recorrido: Sérgio Meca de Lima. Relator: Min Vasco Della Giustina. Brasília. DJ 28 de jun de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=758518&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 26 maio 2020.

BRASIL. **Agravo de Instrumento n. 0707596-27.2020.8.07.0000**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Agravante: PAULO FRANCISCO VEIL. Agravado: MULTIMOB SOLUCOES E INTERMEDIACOES IMOBILIARIAS LTDA. Des. Eustáqui de Castro. Brasília. DJ 04 de maio de 2020. Disponível em: <https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/DetalheProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=aec2a82644250990dceab939ec98a4fa58ff75beac85adc1>

BRITO, Andréa Carvalho de. **A boa-fé objetiva como critério delimitador do abuso do direito na teoria contratual contemporânea**. Dissertação de mestrado. UFBA. Salvador-BA, 2011. Orient: Washington Luiz da Trindade. p.183.

CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Negociação direta ou resolução colaborativa de disputas (colaborative law): "mediação sem mediador". **Revista de Processo**, v. 259, 2016. P. 5.

CAMINHA, Uinie; LIMA, JuliaDes:na Cardoso. Contrato incompleto: uma nova perspectiva entre direito e economia para contratos de longo tempo. **Revista de direito FGV**, São Paulo, p. 155-200, 2014.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

CARAMELO, Gustavo. Comentários ao Art. 1.091. In: HERRERA, Marisa; PICASSO, Sebastian. **Código Civil y Comercial de la Nación Comentado**. Tomo III, Libro Tercero Artículos 724 a 1250. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Argentina. 2016. p. 486. Disponível em: http://www.saij.gov.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_TOMO_3_FINAL_completo_digital.pdf. Acesso em: 02 jun. 2020.

COSTA, Guilherem Oliveira e. **Dimensão Econômica e social do direito privado**. 2017. Disponível em: http://cedis.fd.unl.pt/wp-content/uploads/2017/10/CEDIS-working-paper_DESDiP_Uma-an%C3%A1lise-dos-Princ%C3%ADpios-do-Direito-Europeu-dos-Contratos.pdf. Acesso em: 30 out. 2019.

COSTA, Marcio Henrique da. **A cláusula de melhores esforços (best efforts) na prática jurídica brasileira**: uma nova perspectiva. 2016. Dissertação. (Mestrado em direito) - FGV - Fundação Getúlio Vargas.

DELGADO, José Augusto, A ética e a boa-fé no novo código civil. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). **Questões controvertidas no novo código civil**. São Paulo: Método, 2004.

DIAZ, Julio Alberto. A teoria da imprevisão no Código Civil Brasileiro. **Revista de Direito Privado**, n. 20. São Paulo: Revista dos Tribunais, out/dez 2004. P.205.

DIDIER JR, Fredie. **Editorial 107**. 2010 p 2. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/editorial/page/10/> Acesso em: 05 maio 2020.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000. P. 161.

FABIAN, Cristhop. O dever de informar no direito civil. **Revista dos tribunais**, São Paulo, p. 78-79, junho 2002. P. 78-79.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso De Direito Civil**. 9 ed. V. 4. Salvador: Juspodivm, 2019.

FARO, Frederico Kastrup de. A boa-fé e dever de cooperação: uma análise sob as óticas do exercício da autonomia privada e da execução do contrato. **Revista trimestral de direito civil**, Rio de Janeiro, v. 38, p. 26-27, Abril-junho 2009.

FERREIRA, Carlos Alberto. Equilibrio contratual. In: LOFUTO, Renan; LIMONAD, Max. **Direito civil constitucional**. 1999. P. 130-131.

GAGLIANO, Pablo Stolze.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. 2. ed. **Novo curso de direito civil**. V. 4. São Paulo: Saraiva, 2019.

GAMA JR, Lauro da. Os princípios do unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do mercosul. In: RODAS, João Grandino. **Contratos Internacionais**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GAMA JR, Lauro . Os princípios do Unidroit relativos aos contratos do comércio internacional e o direito brasileiro. In: BAPTISTA, Luiz Olavo.; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Doutrinas essenciais direito internacional**. V. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

GENRO, Tarso. Prefácio da primeira edição. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, PNUD, 2011. P. 13.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro, contratos e atos unilaterais**. 16 ed. V. 3 São Paulo: Saraiva, 2019. P. 54.

ITALIA, **Código Civile. Art. 1467.** Disponível em: http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/Lib4.htm. Acesso em: 05 jun. 2020.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **I Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>. Acesso em: 01 maio 2020.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. **Dados estatísticos**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>. Acesso em: 04 abr. 2020.

LANDO, Ole. **Principles of European Contract Law**. Parts I and II. Kluwer Law International. 2000. p. 326. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=hAA8dgieR3IC&oi=fnd&pg=PR11&dq=ole+lando+principles+of+european+contract+law&ots=4V6Zym5FtO&sig=m-mTj3ib41bDrATvzRZwfSBEhqq#v=snippet&q=6%3A111&f=false>. Acesso em: 02 jun. 2020.

LARENZ, Karl. **Derecho de Obligaciones**. Madrid: Edersa, 1958, tomo 1. P.39. Tradução livre.

LISBOA, Roberto Sesini. Art. 422. In: CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti; TALAVERA, Glauber Moreno; *et al.* **Comentários ao Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. P. 467.

LOPES, Christian Sahl Batista. **A mitigação dos prejuízos no direito contratual**. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2011. Disponível em: <https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS->

8MQG8H/1/tese__christian_s_b_lopes__a_mitiga__o_dos_preju_zos_no_direito__contratual.pdf . Acesso em 22 out. 2013. P. 178.

MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. **Revista dos tribunais**, São Paulo, v. 680, p. 51, junho 1992.

MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um “sistema em construção” as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro**. Brasília. a. 35, n. 139, jul/set. 1998. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/383/r139-01.pdf>. Acesso em: 30 mai 2020. P. 6.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para sua aplicação. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2015, reimpressão 2016.

MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil, do inadimplemento das obrigações**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. P. 21

MARTINS-COSTA, Judith;. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS COSTA, Judith. **A reconstrução do direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Luciana Mabilia;. O direito civil à privacidade e à intimidade. In: MARTINS COSTA, Judith. **A reconstrução do direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 338.

MNOOKIN, Robert H; TUUMELLO, Andrew S; SCOTT, Peppet R. **Beyond Winning, negotiating to create value in deals and disputes**. United States of America: Belknap Harvard, 2000. P. 17.

MOLINARO, Carlos Alberto; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. Anotações sobre o princípio da boa-fé (subjativa e objetiva) no direito contratual e sobreprincípio da boa-fé processual. In: PAIXÃO, Marco Antônio Coutinho.; AIQUEL, Luiz Antonio Duarte. **Revista Jurídica**. Porto Alegre: Notadez, 2008. P. 46.

MORAIS, Ezequiel. As tratativas, a plena informação no âmbito pré-contratual e a importância dos deveres anexos. **Revista Magister de direito civil e processual civil**, Porto Alegre, v. 67, p. 25-27, junho-agosto 2015.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato**: Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NERY JR, Nelson. Contratos no código civil. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **O novo código civil, estudos em homenagem ao professor Miguel Reale**. São Paulo: Ltr, 2003.

NETO, Zaiden Geraige; LIMA, Ticiani Garbellini Barbosa; BENEVIDES, Jonatas Ribeiro. O desafio do acesso à justiça no Brasil e a comparação com o direito português. **Revista Direito e Justiça**. Ano XVII, nº 28, maio 2017.

NOVAES, Grechen. Lückeroth. A boa-fé objetiva no direito civil. **Revista da Faculdade de direito do sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 28, p. 38-41, janeiro-junho 2012.

NUNES, Rizzato. A boa-fé objetiva como paradigma da conduta na sociedade capitalista contemporânea. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 1000, p. 331-332, Fevereiro 2019.

PEREIRA, Fabio Queiroz.; ANDRADE, Daniel de Pádua. A obrigação de renegociar e as consequências de seu indimplemento. **Revista de direito civil contemporâneo**, v. 15, p. 209-237, abril-junho 2018.

PESSOA, Carlos Levi Costa. **A boa-fé nos contratos relacionais**: Análise da solução cooperativa para a preservação do equilíbrio os contrato bancários. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal do Ceará. Orientadora: Prof. Unie Caminha. 2013, p. 43. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudosite/F1066348538/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 23 maio 2020.

PETREL, Mariana Petrel e. **A boa-fé objetiva e a lealdade no processo civil brasileiro**. Porto Alegre: Niria Fabris, 2009.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Segurança jurídica, crescimento e exportações**. Texto para discussão nº 1125. Rio de Janeiro, Instituto de pesquisa econômica aplicada IPEA, 2005. P. 7.

PRATO, Enrico del; ANDRADE, Fabio Siebeneichler. Sobre as cláusulas de renegociação do contrato. **Revista de Processo**, v. 61, p. 5, 2019.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. A boa-fé "um mar sem fronteiras" e a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 392, p. 172-180, julho-agosto 2007.

REPÚBLICA TCHECA. **Lei nº 89 de 2012**. Código Civil da República Tcheca. Disponível em: <http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Civil-Code.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

SCHREIBER, Anderson. **Equilíbrio contratual e dever de renegociar**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SCHREIBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo,. **A boa-fé no código de defesa do consumidor e no código civil (Art. 113, 187 e 422)**. Obrigações, estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. P. 39.

SCHREBER, Anderson; TEPEDINO, Gustavo. Os efeitos da Constituição em relação a cláusula da boa-fé no código de defesa do consumidor e no código civil. **Revista da EMERJ**. Rio de Janeiro. v.6, n.23, p.145 e 148, 2003.

SCHUNCK, Giuliana Bonanno. **Contratos de longo Prazo e dever de cooperação**. Tese de doutorado. Orient. LOPEZ, Teresa Ancona. Universidade de São Paulo.

2013. P. 215. Disponível em: https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-28032014-144357/publico/Giuliana_Bonanno_Schunck_Versao_Parcial.pdf. Acesso em: 13 jun. 2020.

SZTAJN, Rachel. Sociedades e contratos incompletos. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo. v. 101, 172, recuperado em: <http://www.periodicos.usp.br/rfdusp/article/view/67703>.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. A função social do contrato, conceitos e critérios de aplicação. **Revista de informação legislativa**, Brasília. a 42, n 168, p.198-200, out/dez 2005.

TRANS-LEX.ORG. **Draft Common Frame of Reference**. Disponível em: https://www.trans-lex.org/400725/_/outline-edition-/#head_53. Acesso em: 25 out. 2019.

UNIDROIT. **Principles**. 1994. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2010/403-chapter-6-performance-section-2-hardship/1057-article-6-2-3-effects-of-hardship>. Acesso em: 25 out. 2019.

URY, Willian; FISHER, Roger; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim, como negociar acordos sem fazer concessões**. Tradução de Rachel Agavino. Rio de Janeiro, 2018. P. 26.

VELTEN, Paulo Sérgio. **A exceção do contrato não cumprido fundada na violação do dever lateral**. Dissertação de Mestrado em Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. PUC-SP. Orientação: Renan Lotufo. 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004.