

REFLEXÕES SOBRE A OBRIGAÇÃO LEGAL DE RENEGOCIAR O CONTRATO: À MARGEM DA REVISÃO DO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO

*THE LEGAL OBLIGATION TO RENEGOTIATE THE CONTRACT:
REFLECTIONS IN THE MARGIN OF THE REVISION OF THE BRAZILIAN
CIVIL CODE*

Matteo Turci¹

PhD candidate – Università degli Studi di Genova (UNIGE, Genova/GE, Itália)

ÁREA(S): direito privado; direito civil; direito contratual; direito italiano; direito comparado.

RESUMO: O ensaio, tomando como ponto de partida as inovações contidas na recente reforma do Código Civil brasileiro, retoma os momentos essenciais do debate doutrinário – agora novamente em vigor à luz da menção expressa no projeto de reforma do Código Civil e do impacto, nos contratos de longo prazo, das normas adotadas após a disseminação do vírus Covid-19 – sobre a existência, no Direito italiano, da suposta obrigação legal de renegociação, da sua natureza e do seu conteúdo.

ABSTRACT: *Drawing inspiration from the innovations contained in the recent reform of the Brazilian Civil Code, the essay traces*

the essential moments of the doctrinal debate – now of a renewed topicality in light of the express mention of the topic in the project of reform of the Civil Code as well as of the impact on contracts of duration, of the regulations adopted after the spread of the Covid-19 virus – regarding the existence, in the Italian legal system, of the affirmed duty of renegotiation of the contract; of its nature and its content.

PALAVRAS-CHAVE: contingências; impossibilidade superveniente; boa-fé; renegociação do contrato.

KEYWORDS: *contingencies; supervening impossibility; good faith; renegotiation of contract.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A obrigação de renegociar o contrato entre as perspectivas de reforma do Código

¹ Doutor em Direito pela Università degli Studi di Genova. Especialista em Direito Privado na Università degli Studi di Genova. *E-mail:* matteo.turci@giuri.unige.it. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/0884058316876073>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8144-1075>.

Civil e as reflexões doutrinárias; 2 A obrigação de renegociação: gestão de risco consensual e conservadora; 3 A obrigação decorrente das cláusulas gerais; 4 O conteúdo da obrigação e o seu incumprimento; 5 Gerenciamento de contingências e medidas de manutenção na experiência brasileira; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The obligation to renegotiate the contract between perspectives of reform of the Civil Code and doctrinaire reflections; 2 The obligation to renegotiate: consensualistic management and conservative management of contractual risk; 3 The obligation to renegotiate based on general clauses; 4 The content of the obligation and its breach; 5 Management of contingencies and maintenance remedies in the Brazilian experience; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A reflexão sobre o tema das contingências contratuais não impossíveis desviou progressivamente o foco da atenção dos estudiosos da investigação da disciplina codificada e de seus problemas de aplicação para o estudo dos chamados recursos de manutenção (ou conservadores) do contrato, na crença de que a preservação do contrato atende melhor às necessidades das partes contratantes do que sua revogação faria².

1 A OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAR O CONTRATO ENTRE AS PERSPECTIVAS DE REFORMA DO CÓDIGO CIVIL E AS REFLEXÕES DOUTRINÁRIAS

As instâncias da doutrina nesta conjuntura parecem ter encontrado, recentemente, apoio nas intenções do legislador, com o agora conhecido

² Assim observa GABRIELLI E., *Doctrines and remedies in the contractual contingency*, em *Riv. dir. priv.*, 2013, I, p. 55 seguintes, e agora em *Jus civile (online)*. O conceito é reiterado, mais recentemente, por ROMEO A., *Recesso e rinegoziazione. Riflessione sui potenziali rimedi nel caso di sopravvenienze nei contratti di durata*, Pisa, 2019, p. 85. Por “contingências contratuais não impossíveis” entendem-se todos aqueles eventos e circunstâncias, materializando-se após a conclusão do contrato e enquanto este estiver em vigor, que, embora não se enquadrem nas hipóteses regidas pelo art. 1.467 do Código Civil italiano, são suscetíveis de causar a caducidade do interesse que uma parte tinha no contrato. Mais genericamente, no que diz respeito ao conceito de contingência contratual, ver OSTI G., *La così detta clausola “rebus sic stantibus” nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 e seguintes. O conceito é posteriormente retomado pelo mesmo autor em *Appunti per una teoria della sopravvenienza. La cosiddetta clausola “rebus sic stantibus” nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 471 seguintes, em particular riferimento a p. 495 e seguintes. Para outras referências, ver as considerações feitas, *infra*, na nota 6.

Projeto de Lei nº 1.151, de 2019, contendo a disciplina de uma lei delegada, anunciada para ser adotada em breve, destinada a dar ao Governo o poder de revisar ou complementar o Código Civil em vigor³. Entre os “princípios e critérios orientadores” listados no texto do Projeto de Lei nº 1.151, na verdade, as disposições do art. 1º, § 1º, letra *i*, que, ao dirigir a atividade de revisão do Código pelo Governo, exige que o produto de tal atividade deva, entre outras coisas, “prever o direito das partes a contratos que se tornaram excessivamente onerosos por razões excepcionais e imprevisíveis de exigir sua renegociação de boa-fé ou, no caso de não se chegar a um acordo, de solicitar em juízo o ajuste dos termos contratuais de forma a restaurar a proporção entre as performances originalmente acordadas pelas partes”⁴, são de particular interesse.

A introdução de tal preceito entre as diretrizes para a revisão do Código Civil parece ser uma indicação da intenção do legislador de adaptar, na esteira do que já foi experimentado em outros sistemas jurídicos⁵, a disciplina do código

³ A Conferência Anual da Associação Italiana de Advogados Civis, realizada em 14 e 15 de junho de 2019 na Universidade de Roma Tre, foi dedicada ao tema. O texto do projeto de lei está disponível, no momento da redação deste artigo, no *site* do Senado da República. O art. 1, primeiro parágrafo, primeira frase, do D. d. l. prevê que “o Governo é delegado a adotar, no prazo de um ano a partir da data de entrada em vigor desta lei, um ou mais decretos legislativos para a revisão e integração do Código Civil, de acordo com os seguintes princípios e critérios orientadores”.

⁴ Em que ver, em particular, SIRENA P., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?* em curso de publicação em *JUS* e consultado com a gentil permissão do autor.

⁵ A referência é ao sistema jurídico francês, que introduziu, no novo art. 1.195 do *Código Civil*, a disciplina de *imprévision* com a *Portaria* nº 2016-131. Sobre a novação do Código Civil francês, favor consultar as observações mais difundidas de DI GREGORIO V., *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel code civil francese*, in *Nuova. giur. civ. comm.*, 2018, p. 392 e seguintes, e TUCCARI E., *Prime considerazioni sulla “révision pour imprévision”*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 130 e seguintes. Ver ALPA G., *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, p. 179 seguintes. Sobre o tema, também, MOSCATI L., *Sulla teoria dell'imprévision tra radici storiche e prospettive attuali*, in *Contr. e imp.*, 2015, p. 423 seguintes. A versão final do novo art. 1.195 do *Código Civil* parece inspirar-se nos *Princípios do Direito Contratual Europeu* redigidos pela Comissão Lando, em particular a referência ao art. 6.111, que introduz a obrigação de as partes entrarem em negociações no caso de um serviço sob o contrato ter se tornado excessivamente oneroso devido a uma mudança nas circunstâncias e, no caso de não se chegar a um acordo dentro de um prazo razoável, habilita o juiz a intervir pronunciando a rescisão ou modificação do contrato (além de qualquer compensação por danos a serem pagos pela parte que tenha agido contrariamente à boa-fé). Sobre os *Princípios do Direito Contratual Europeu* ver, para todos, LANDO O., *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in *American Journal of Comparative Law*, 40, 1992, p. 573 e seguintes, e ZIMMERMANN R., *Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft*, Bonn, 2003. Sobre este tópico, ver, além disso, as notas de MACARIO F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo si rinegoziare*,

de contingências não impossíveis ou, segundo uma parte da doutrina, das chamadas “contingências atípicas” (figura de impressão doutrinária referente a contingências não regidas pelo art. 1.467 do Código Civil)⁶, superando a alternativa obrigatória, imposta pelo art. 1.467 do Código Civil à parte desfavorecida e abrindo uma terceira via que se coloca como *aurea mediocritas*⁷ entre a ablação do contrato que se tornou economicamente desvantajosa (mesmo na possível continuação do interesse na operação a que a transação se destinava) e o suporte da desvantagem, soluções que, diante de contingências como a propagação do vírus conhecido como Covid-19, demonstraram sua inadequação com relação às necessidades impostas pela realidade contemporânea das trocas comerciais⁸.

in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 seguintes, in part. p. 79 seguintes, e *Id.*, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 825 seguintes. Na perspectiva do direito privado europeu, ver, para todos, TRUBIANI F., *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obb. e contr.*, 2012, II, 134 seguintes.

⁶ O conceito de contingência atípica é proposto por SACCO R., em SACCO R., DE NOVA G., *Il Contratto*, 4. ed., Torino, 2016, p. 1708 seguintes, com particular referência à p. 1709: “Não apenas a onerosidade do benefício como tal, mas também o surgimento de novas necessidades e novos critérios de oportunidade podem tornar um contrato que antes era excelente muito ruim”. O autor exemplifica o conceito, referindo-se à possibilidade de que os materiais escolhidos para a construção de uma obra sob contrato possam ter se tornado obsoletos durante sua execução. MAUCERI T., *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 1095 e seguintes, propõe uma distinção entre contingências quantitativas, afetando o preço, e contingências qualitativas, afetando a maneira ou o tipo de benefício. Em particular, nota p. 1099: “De fato, as regras, que regulam a relevância das contingências disruptivas, podem ser organizadas e agrupadas em torno de dois sistemas diferentes: um, que regulamenta as contingências que afetam o contrato como ‘mecanismo de legitimação de um mero intercâmbio de valores (como fonte de uma peculiar disposição quantitativa dos ativos)’, e o outro, que trata das alterações do contrato como ‘modelo de organização da atividade (como fonte de uma peculiar disposição qualitativa dos ativos)’”. Sobre este ponto, note também BRUNO C., *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, 235 seguintes. A gestão de contingências atípicas foi tratada, mais recentemente, por TUCCARI E., *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

⁷ A frase de Horace, *Odes*, II, 10, 5, deve ser entendida em seu próprio significado de “posição intermediária” e “equidistância de excessos opostos”. Ver DE TOLLEMONDE G., *Du Juste milieu: traité général de philosophie et d’art*, Paris, 1910.

⁸ Como é bem sabido, o Código de 1865, assim como o *Código Civil* Napoleônico, não regulamentava contingências não impossíveis. Não sem um debate acalorado, o legislador de 1942 optou por uma regulamentação inovadora de contingências (naquela época), que levava em conta se elas eram impossíveis ou não, distinguindo entre as que determinavam a impossibilidade de benefício e as de excesso de onerosidade. Para uma visão geral do debate doutrinário sobre a conveniência de introduzir no Código uma disciplina sobre contingências, veja, para todos, TRAIISI F. P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, p. 36 e seguintes, em particular 49 e seguintes. Em geral, sobre contingências e soluções relacionadas, ver: BOSELLI A., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Cedam, Padova, 1952, passim; CABELLA PISU L., *Impossibilità sopravvenuta*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002; TERRANOVA, C. G.

A estrutura atual do Código Civil, na verdade, não estabelece uma obrigação legal geral de renegociar o contrato. Entretanto, antecipando o legislador, a doutrina há muito sentiu a necessidade de oferecer à parte afetada por uma contingência não impositiva uma solução para a manutenção do contrato⁹, a fim de proteger seu interesse na operação para cujo cumprimento

L'ecessiva onerosità nei contratti, Milano, 1995. Sobre a inadequação do art. 1.467 do Código Civil com relação às necessidades dos operadores de mercado atuais, ver, entre outros, GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 24 e seguintes, segundo o qual "a escolha política do legislador de 1942 na previsão da disciplina geral dos contratos com consideração parece clara: não oferecer à parte cobrada instrumentos flexíveis de proteção". Pelo mesmo autor, ver também *Obligation to renegotiate and due act*, in *Studium iuris*, 2006, 1374 e seguintes. Cf. SACCO R., *Il Contratto*, citado acima, p. 1709: "A rescisão mata a relação contratual". "A renegociação deve servir para curá-la". A "inadequação do sistema de recursos codificados" é um problema também sentido por ROPPO V., *Il Contratto*, em IUDICA G., ZATTI P. (Ed.), *Trattato di diritto privato diretto*, 2. ed., Milano, 2011, p. 968 e seguintes. Como aponta GABRIELLI E., *sub. art. 1467*, em NAVARRETTA E., ORESTANO A., (editado por), *Dei contratti in generale - artt. 1425 - 1469-bis*, em GABRIELLI E., *Commentario del codice civile*, UTET, 2011, p. 606 seguintes, em particular p. 664 ss., a investigação prospectiva a favor do princípio de preservação do contrato "encontrou argumentos de apoio no 'Direito Contratual Europeu', dado que seus Princípios, redigidos pela Comissão Lando, preveem (art. 6:111), além da dissolução judicial do contrato, os recursos de renegociação e adaptação judicial (este último opera, como alternativa à dissolução, caso a renegociação, que as partes são obrigadas a fazer, falhe", com esta declaração referindo-se expressamente à Comissão de Direito Contratual Europeu, Princípios de Direito Contratual Europeu. Part I and II, Ital. ed. por CASTRONOVO C., Milano, 2001, p. 361 e seguintes. Pelo mesmo autor, ver também *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. dir. comm.*, 1995, I, p. 21 e seguintes. Ver ALPA G., *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, in *NGCC*, 2000, II, p. 121 e seguintes. Da mesma forma, o *Projeto de Quadro Comum de Referência* (art. III-1:110, *Variation ou rescisão pelo tribunal em caso de mudança de circunstâncias*) é frequentemente referido em estudos sobre o assunto, o que enfatiza a necessidade de preservar as obrigações contratuais em detrimento da rigidez do esquema identificado pelas partes, dando ao tribunal o poder de rescindir ou modificar o contrato após negociações infrutíferas das partes. Sobre este tema, ver ALPA G., IUDICA G., PERFETTI U., ZATTI P. (Ed.), *Il Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009. Para uma pesquisa mais recente sobre o problema da "inadequação do recurso geral de rescisão por superveniência de excesso de onerosidade", ver PISU A., *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017, em parte p. 192 seguintes.

⁹ As primeiras abordagens do problema reconstruíram uma teoria da renegociação do contrato a partir do estudo da cláusula *rebus sic stantibus* e da *reductio ad aequitatem* dos contratos excessivamente onerosos. Ver, entre outros, OSTI G., *Appunti per una teoria della "sopravvenienza"*. *La cosiddetta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 471 seguintes; Id., (voce) "*Clausola rebus sic stantibus*", in *Noviss. Digesto. it.*, III, UTET, 1957, 356; OSILIA E., *La sopravvenienza contrattuale*, em *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 297 e seguintes; ANDREOLI M., *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1938, 309; SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Napoli, 1960.

o contrato afetado foi pré-ordenado, reconstruindo de forma interpretativa a obrigação em falta¹⁰.

Com o objetivo de atenuar o claro contraste entre a rescisão do contrato e a manutenção de uma relação que se tornou injusta, as diferentes teorias passam de um dado comum: a existência no Código Civil de diversas disposições sobre contratos individuais visando, por um lado, sancionar a obrigação de preservar os efeitos do contrato e, por outro, regulamentar o princípio de ajuste da regulação de interesses em consideração ao equilíbrio econômico alterado¹¹, do qual deriva um *favor* geral do Código Civil para a preservação do contrato e para o reequilíbrio dos benefícios das partes contratantes¹².

¹⁰ Quanto ao conceito de recurso de manutenção, ver ROPPO V., *Il Contratto*, citado acima, p. 969 e seguintes.

¹¹ Entre as disposições regulamentares, tanto no Código quanto *fora dele*, deve-se mencionar, por exemplo, o art. 1.623 do Código Civil que, em relação ao aluguel, permite o aumento ou a diminuição do aluguel em caso de mudanças devidas à lei ou medidas tomadas pelas autoridades; os arts. 1.897 e 1.898 do Código Civil relativos aos contratos de seguro, que permitem a diminuição em consideração ou (desistência) em caso de alteração do risco segurado e Art. 3, parágrafo quinto, da Lei 192 de 18 de junho de 1998 que, em matéria de subcontratação, regulamentava o direito do subcontratado de ajustar o preço em caso de eventos que determinem um aumento significativo no preço dos bens ou serviços. 3, quinto parágrafo, da lei nº 192 de 18 de junho de 1998, que, com relação ao subcontrato, regula o direito do subcontratado ao ajuste do preço no caso de eventos que levem a um aumento significativo dos custos, sem esquecer, em matéria de contratos, o art. 1664 cod. civ. e arts. 106, 165 e 175 d.lgs, 18 de abril de 2016, no. 50. A classificação diferente das disposições expressivas do favor geral do legislador ao princípio da renegociação é bem expressa por MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 132 seguintes, onde o autor observa que “a tentativa de reunir os diferentes problemas mencionados acima em um sistema unitário de regulamentação da eficácia e/ou operacionalidade do contrato, baseado no princípio da preservação dos atos jurídicos, pode até ser enganosa, se aceitarmos que discutir a preservação dos efeitos dos atos (e contratos) significa lidar com um problema de reconstrução da vontade com base nos diferentes cânones hermenêuticos”. Seria uma vontade hipotética, destinada a manter os efeitos legais que a escritura pode produzir; enquanto o problema da modificação/adaptação da regulamentação de interesses em consideração ao rearranjo do equilíbrio econômico, que pressupõe – como foi dito – a verificação da justificativa da atribuição patrimonial, permanece fora da discussão”. Para uma reconstrução das diferentes teorias, ver SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contr. e imp.*, 2002, p. 774 seguintes, e em particular p. 796 seguintes.

¹² Neste sentido, entre outros, MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006, p. 108 seguintes. Segundo GABRIELLI E., *Art. 1467*, citado acima p. 665: “Os recursos para a revisão e ajuste do contrato presentes na seção especial são distribuídos e articulados de forma desordenada e não homogênea, mesmo se, como previsto, caracterizam-se por um elemento comum: operam dentro do tipo legal único e, portanto, são afetados pela conotação e caracterização estrutural de cada caso. Deve-se deduzir, portanto, que as técnicas “legais” de revisão e ajuste do contrato não parecem poder prescindir do tipo contratual como principal ponto de referência, pois sempre operam dentro do

A necessidade de um dever de renegociação por parte das partes contratantes, como é bem conhecido, tem sido historicamente sentida em relação a contratos com execução diferida, contínua ou periódica, nos quais a continuação da obrigação contratual ao longo do tempo expõe a interferência de fatores externos, não previstos (ou difíceis de prever) pelas partes contratantes no momento da conclusão da transação¹³.

Apesar de sua multiplicidade e variedade, as principais reconstruções teóricas de uma obrigação legal geral de renegociar o contrato podem ser traçadas a duas famílias¹⁴. O primeiro encontra seu fundamento em uma releitura dos arts. 1.467 e 1.664 do Código Civil¹⁵, onde o segundo é construído a partir das cláusulas gerais (tais como equidade, *nos termos do art. 1.374 do Código*

tipo legal, de acordo com modelos e paradigmas que o próprio sistema legal prevê na definição da disciplina do esquema único”.

“os remédios para a revisão e ajuste do contrato presentes na seção especial são distribuídos e articulados de forma desordenada e não homogênea, mesmo que, como previsto, caracterizem-se por um elemento comum: operam dentro do tipo legal único e, portanto, são afetados pela conotação e caracterização estrutural de cada caso. Deve-se deduzir, portanto, que as técnicas “legais” de revisão e ajuste do contrato não parecem poder prescindir do tipo contratual como principal ponto de referência, pois sempre operam dentro do tipo legal, de acordo com modelos e paradigmas que o próprio sistema legal prevê na definição da disciplina do esquema individual”.

¹³ *Ex plurimis*, ver MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione*, citado acima, p. 9 seguintes, onde o autor limita o alcance de suas reflexões a transações de negociação prolongadas no tempo, em razão da acentuada relevância que a passagem do tempo pode ter com relação a tais transações. A base sobre a qual se desenvolve a reflexão é, posteriormente, mais detalhada, fazendo referência expressa a contratos ligados ao exercício de atividades comerciais, casos em que as partes do contrato confiam na continuidade da relação.

¹⁴ A primeira das teses doutrinárias é imputável ao pensamento de BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. e dir. priv.*, 2003, p. 480 seguintes. Ele fundamenta a obrigação de renegociação no art. 1.374 do Código Civil. SACCO R., em SACCO R., DE NOVA G., *Il Contratto*, citado acima, p. 1709: “Nada nos obriga a acreditar que o artigo 1374 não pode gerar mais recursos equitativos, no que diz respeito à rescisão e redução”, embora o autor não conteste a possibilidade de que tal recurso encontre sua fonte no princípio da boa-fé *sob os arts. 1.366 e 1.375 do Código Civil*: “Com a primeira ou a segunda técnica chegamos a implementar uma regra de justiça não escrita”. A reconstrução do dever de renegociar o contrato com base na boa-fé contratual é uma característica marcante, em particular, da proposta argumentativa de MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione*, citado acima, *passim*.

¹⁵ BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, citado acima, e MAUCERI T., *Sopraevenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, citado acima, p. 1095 e seguintes, cujas reflexões se baseiam na distinção entre conformação “qualitativa” e “quantitativa” dos ativos introduzida por BELFIORE A., *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, 276 ss; e *Id.*, *Risoluzione del contratto per inadempimento (voce)*, in *Enc. dir.* XL, Milano, 1989, 1326.

Civil, e boa-fé nos termos dos arts. 1.366 e 1.375 do Código Civil), como fontes suplementares do contrato¹⁶. A análise das elaborações doutrinárias mencionadas *supra*, que serão levadas em consideração nos parágrafos seguintes, encontra nova relevância na perspectiva da anunciada “codificação” da obrigação legal de renegociação mencionada antes¹⁷.

2 A OBRIGAÇÃO DE RENEGOCIAÇÃO: GESTÃO DE RISCO CONSENSUAL E CONSERVADORA

A primeira das teorias mencionadas *supra* parte da introdução da distinção entre “dois regimes de risco diferentes inspirados por dois modelos diferentes de gestão de contingência”¹⁸. Uma inspirada por uma gestão definida como gestão de risco consensual baseada no art. 1.467 do Código Civil e a outra informada por uma chamada gestão de risco conservadora, visando a uma alocação eficiente de recursos e baseada no art. 1.664 do Código Civil¹⁹.

O modelo de gestão consensual, no qual “as razões de eficiência econômica personificadas pelo devedor do serviço rendem-se às razões da autodeterminação do credor”²⁰, oferece à parte afetada pela contingência a única solução ablativa, deixando à contraparte a oportunidade de salvar o contrato, oferecendo-se para restaurá-lo à equidade. Em tal estrutura, a parte inadimplente não poderia impor à sua contraparte uma revisão do arranjo de interesses delineado pelo contrato, uma vez que não poderia vinculá-la a um benefício diferente daquele originalmente aceito. A disposição do art. 1.467 do Código Civil, portanto,

¹⁶ Ver, em particular, CESARO M.V., *Clausola di rinegoiazione*, citado acima; GAMBINO F., citado acima; MACARIO F., *Adeguamento e rinegoiazione*, citado acima; MARASCO G., citado acima; Um reconhecimento de ambas as orientações acima mencionadas é feito por ROMEO A., *Recesso e rinegoiazione*, citado acima, p. 98 seguintes, onde o autor credita como dominante a orientação que baseia a obrigação legal de renegociação no dever de solidariedade sob o art. 2º da Constituição e no dever de boa-fé contratual sob o art. 1.375 do Código Civil.

¹⁷ Deve-se notar, entretanto, que o fato de o legislador ter sentido a necessidade de introduzir tal obrigação no Código Civil parece implicar que o legislador não reconheceu a existência real, atualmente, de tal obrigação de forma implícita ou não expressa e, portanto, o repúdio às perspectivas teóricas discutidas.

¹⁸ Com estas palavras BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoiazione*, citado acima, p. 491.

¹⁹ *Ibidem*. Mais recentemente, na mesma linha de pensamento, TUCCARI E., *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, citado acima, *passim*.

²⁰ Estas são as palavras usadas por BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoiazione*, citado acima, p. 492.

garantiria a adequação da troca, mas não a permanência do acordo, nem a utilidade do mesmo. Sob esse perfil foi destacado, em particular, que

a alternativa de rescisão é assim constituída exclusivamente por uma reconstrução do equilíbrio contratual original atribuível em igual medida à «*vontade*» de ambas as partes: à da parte prejudicada pelo excesso de onerosidade acima, uma vez que a modificação das condições contratuais nada mais faz do que restaurar o equilíbrio inicialmente aceito por ela; e à da parte favorecida, uma vez que o aumento quantitativo de seu benefício remonta à sua própria oferta (de redução à equidade).²¹

Pelo contrário, o modelo conservador de gestão “salva” o contrato, preservando seus efeitos após o reequilíbrio do benefício, em nome de uma alocação eficiente dos recursos. Nessa hipótese, portanto, tanto a congruência da troca quanto a certeza da operação são garantidas ao devedor do benefício afetado, “enquanto o risco é integralmente atribuído ao credor do benefício, independentemente de seu consentimento”, tudo por causa de uma escolha de política legislativa destinada a oferecer “proteção dos investimentos pré-ordenados à execução do contrato e no incentivo que ele introduz à sua execução na medida economicamente ótima”²².

O art. 1.664 do Código Civil italiano, sendo influenciado por sua colocação sistemática no Capítulo VII do Título III, dedicado ao contrato, seria de fato sensível, por um lado, às dificuldades de realocação no mercado do serviço prestado pelo contratante e, por outro lado, à relação entre o risco mencionado antes e a esfera do cliente, visando estabelecer uma conexão entre a possibilidade, oferecida ao cliente, de se beneficiar de um serviço “sob medida” e o risco de perda do que é necessário para atingir o resultado desejado²³.

²¹ BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, citado acima, p. 491-492, que continua dizendo que “em tal modelo, as razões de eficiência econômica impostas pelo devedor do serviço dão lugar às razões da autodeterminação do credor”.

²² BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, citado acima, p. 493.

²³ Neste sentido, as observações de MAUCERI T., *Sopravvenienze perturbative*, citado acima, p. 1110, que destaca a influência que as peculiaridades do contratante parecem ter tido na regulamentação das contingências contidas no art. 1.664 do Código Civil: “Mas, sobretudo, as regras que atribuem ao cliente poderes relevantes de interferência na atividade do contratante (art. 1.656, 1.659, 1.662

Os diferentes regimes para a gestão de contingências assim declinados governariam, portanto, duas famílias diferentes de contratos. O regime consensual seria aplicado aos chamados contratos de câmbio pontuais²⁴, nos quais a execução apresenta características de generalidade e fungibilidade e cujo processo de produção não requer um investimento particular do devedor: é um contexto em que a salvação do contrato passa necessariamente pela preservação da estrutura dos respectivos interesses sobre os quais as partes contratantes acordaram *originalmente*, cristalizados no vínculo contratual, prevendo a confiscação do vínculo como única solução.

O regime conservador, ao contrário, seria mais adequado com relação aos contratos de câmbio em que se destaca a existência de um serviço especializado, que é alcançado no final de um processo de produção que implica um investimento, sob qualquer forma, por parte do devedor e que, por suas próprias características, não está disponível no mercado²⁵. Circunstâncias em presença das quais as razões de alocação eficiente de recursos sugerem (*rectius*: impor) a salvação do vínculo contratual em detrimento da preservação do equilíbrio de interesses alcançada pelas partes no momento da conclusão da transação.

A fim de superar o obstáculo de natureza sistemática constituído pela colocação não homogênea das duas regras diferentes em que se baseariam os diferentes regimes de gestão de contingências, uma inserida na parte geral do contrato, a outra na disciplina de uma transação típica, os proponentes da reconstrução em questão assumem que “o sistema jurídico moderno não se constitui em torno de essências estruturadas por gênero e espécie, mas se desenvolve em torno de tipos normativos de problemas e recursos adequados”, razão pela qual a apreciação do valor normativo de uma disposição desceria não

Código Civil), de variação da execução devida por este último (art. 1.661) e de retirada (art. 1.671) são decisivas”.

²⁴ BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, citado acima, p. 494, define a troca pontual como uma troca “cujo benefício não pressupõe ou implica qualquer interferência duradoura nas esferas de propriedade das partes contratantes e qualquer condicionamento recíproco de seus programas econômicos adicionais”.

²⁵ BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, citado acima, p. 459, fala de “troca integrativa”. De acordo com MAUCERI T., *Sopravvenienze perturbative*, citado acima, pp. 1110-1111: “Nos encontramos diante de uma atividade empresarial que consiste não em colocar no mercado (em dar) produtos feitos de forma autônoma, mas em realizar (em fazer) trabalhos ou serviços com uma individualidade específica na comissão do receptor” e novamente “vemos então como o risco de que o serviço não possa ser transferido para outro comprador é muito marcado”.

da colocação sistemática escolhida pelo legislador, mas do tipo de problema que o legislador pretendia enfrentar e resolver com ela, levando, em síntese extrema, a negar que entre os arts. 1.467 e 1.664 do Código Civil italiano existe uma relação de gênero, à exceção apenas em razão da alocação sistemática²⁶.

Com base nessa premissa, a teoria em exame propõe uma “particularização” do art. 1.467 do Código Civil italiano, um termo com o qual se resume o conceito de que o princípio expresso por tal regra não deve ser visto da mesma forma que uma disciplina geral de contingências “quantitativas”, mas como uma disciplina particular do risco “quantitativo” com respeito aos chamados contratos de câmbio “pontuais” apenas, tendo que ser desaprovado na totalidade dos casos não imputáveis a tal âmbito; e, paralelamente, uma “generalização” do art. 1.664 do Código Civil italiano, o que significa, especularmente, que a regra aí contida não deve ser feita para operar como uma disciplina particular de contingências no contrato, mas como uma disciplina geral do risco, tanto “quantitativo” quanto, em parte, “qualitativo”, para os chamados contratos de troca suplementar, devendo ser aplicada a todos os contratos que, independentemente do tipo regulatório ao qual estejam atribuídos, apresentam, em relação às contingências, os problemas típicos das chamadas trocas suplementares²⁷.

Apesar do charme indubitável dos argumentos propostos, a reconstrução esboçada *supra* não parece ser totalmente convincente, pois não consegue superar o limite da suposta generalização de uma regra especial, que nunca poderia ser colocada como base de uma regra de aplicabilidade geral. Não apenas: se a possibilidade de desaprovar o art. 1.467 do Código Civil parece sustentável sob um princípio geral do sistema, como o da boa-fé²⁸, é muito mais difícil justificá-lo em virtude da aplicação de uma regra particular.

²⁶ Neste sentido ele se expressa, lembrando o que é discutido em maior profundidade pelo mesmo autor em *Diritto, sistema e senso. Limites de uma teoria*, Torino, 1996, p. 103 e seguintes, BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, citado acima, p. 496: “Na realidade – como ficou claro em outro lugar – o dispositivo de regra/exceção interpretativa pertence a uma representação essencialista do sistema jurídico que deve ser considerado obsoleto com a metafísica da qual é a descendência”.

²⁷ As palavras são, mais uma vez, as de BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, citado acima, p. 480 seguintes. A hipótese de uma gestão de contingências atípicas confiada a uma “generalização” do art. 1.664 do Código Civil é o objeto da análise detalhada realizada por TUCCARI E., *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, citado acima, p. 163 e seguintes.

²⁸ Para isso, consulte o próximo parágrafo.

3 A OBRIGAÇÃO DECORRENTE DAS CLÁUSULAS GERAIS

A consciência da ausência, no Código Civil italiano, de uma regra específica dedicada ao estabelecimento de uma obrigação legal de renegociar o contrato, negou a possibilidade de ampliar o âmbito de aplicação de regras especiais, como o art. 1.664 do Código Civil levou alguns intérpretes a se perguntarem sobre a possibilidade de basear a referida obrigação nas disposições de uma regra geral, por meio de uma operação de exegese evolutiva²⁹.

Uma primeira teorização argumenta a partir do art. 1.374 do Código Civil³⁰. Partindo de uma concepção segundo a qual, em virtude das disposições do referido artigo, as partes de uma obrigação contratual se vinculariam, através da estipulação, não apenas ao que foi estabelecido por seu acordo, mas também às demais e diferentes consequências determinadas pela lei e, em particular, pela equidade, alguns autores consideram possível implicar, em contratos não executados instantaneamente, uma cláusula de renegociação³¹. Nessa perspectiva, portanto, a equidade assumiria a função subsidiária de estender as consequências legais do contrato, complementando seu conteúdo³².

Para completar a estrutura teórica, existe o corolário segundo o qual as partes contratantes, ao celebrarem o contrato, têm a possibilidade de excluir por acordo a aplicação da cláusula “implícita” ou “subentendida”, adotando uma cláusula de “não revisão expressa”³³.

Embora tenha o mérito indubitável de reconstruir um dever geral das partes de renegociar o contrato afetado pela contingência, superando o *impasse*

²⁹ Entre as muitas reflexões que se basearam nas considerações e perguntas destacadas, lembramos as do CESARO M. V., *Clausola di rinegoziatione*, citado acima; GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, citado acima; G. MARASCO, *La rinegoziatione del contratto: strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale*, citado acima; GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, citado acima, *passim*.

³⁰ No qual nos referimos, para todos, a GAZZONI F., *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, *passim*; e RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, *passim*.

³¹ Sobre esse ponto, SACCO R., *Il contratto*, citado acima, p. 1709, segundo o qual tal cláusula preencheria a necessidade de substituir os dados que se tornaram obsoletos e não mais funcionais para a prossecução da transação originalmente concebida pelas partes contratantes. Ver MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziatione*, citado acima, p. 312 e seguintes.

³² GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, citado acima, que continua a especificar que, de acordo com essa linha de pensamento, a questão das contingências seria, portanto, aumentada pela aplicação de “outros recursos equitativos”.

³³ SACCO R., *Il contratto*, citado acima, p. 1711; e MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziatione*, citado acima, p. 314.

lógico-sistemático da extensão do âmbito de aplicação das regras de caráter particular e apesar da autoridade de seus partidários, a teoria em questão não parece ser convincente. A equidade, considerada isoladamente, não parece oferecer uma base suficientemente sólida para encontrar a suposta obrigação, pois poderia, no máximo, representar o critério que as partes devem seguir para restaurar o equilíbrio sinalagmático perturbado pela contingência.

A fonte normativa necessária para fundamentar a integração de contratos de longo prazo³⁴, por meio da inserção da cláusula de renegociação implícita³⁵, foi identificada de forma mais convincente na cláusula geral de boa-fé *conforme* os arts. 1.366 e 1.375 do Código Civil³⁶, com uma solução interpretativa que está em continuidade com as posições doutrinárias que valorizaram tal cláusula geral³⁷.

³⁴ Na categoria de contratos de longo prazo, no silêncio do código, a doutrina tem sido gasta em longo prazo. Sem qualquer pretensão de exaustividade, mencionamos aqui as reflexões de: OPPO G., *I contratti di durata*, em *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 e seguintes, p. 227 e seguintes, e, *lú*, 1944, I, p. 17 e seguintes, que leva à categoria acima somente contratos de benefício contínuo e periódico. A nomenclatura “contratos de longo prazo” adotada no presente texto foi introduzida, partindo de premissas semelhantes às que inspiraram as reflexões do autor citado acima, por MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione*, citado acima p. 9ff., com a intenção de enfatizar a projeção temporal da relação contratual.

Em tempos mais recentes, retomando observações de OPPO G., *I contratti di durata*, citado acima, e de GRANIERI M., *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007, p. 25 seguintes, MARCHETTI G., *La nullità “dinamica” dei contratti di durata*, in *Riv. dir. civ.* A categoria “contratos de longa duração”, 2018, p. 1258 e seguintes, em particular p. 1264 e nota de rodapé 18, sublinhando os possíveis mal-entendidos decorrentes do uso polivalente que foi feito na doutrina do termo “contratos de duração”, distingue a categoria de “contratos de longa duração”, incluindo apenas contratos com benefício contínuo ou periódico, da categoria de “contratos de duração”, que inclui tanto contratos de longa duração quanto contratos com benefício diferido.

³⁵ De acordo com o que foi sustentado com autoridade por RODOTÀ S., citado acima, p. 118 e seguintes, na verdade, a lista contida no art. 1.374 do Código Civil italiano é de natureza peremptória, permitindo sua extensão somente por uma disposição legal. Da mesma forma, TERRANOVA C. G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, citado acima, p. 248 e seguintes, afirma que, na ausência de um acordo específico sobre este ponto pelas partes contratantes, “o espaço para uma obrigação de renegociar o contrato poderia surgir do princípio da boa fé no benefício, em conexão com o da heterointegração”.

³⁶ Quanto à interpretação do contrato, ver, entre muitos outros, GALGANOF., *Interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371*, in *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1992, *passim*; e BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto*, in *Commentario Schlesinger*, Milano, 2013, p. 209 seguintes. Sobre a execução do contrato, para todos, ver FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, II, em *Commentario Schlesinger*, 2013, Milano, p. 171 e seguintes.

³⁷ Entre os muitos, lembramos GALGANO F., *Liberdade de contrato e justiça de contrato*, em *Contr. e impr. eur.*, 2005, p. 509 seguintes; ROPPO V., *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della*

A boa-fé contratual tornar-se-ia, portanto, a fonte legal subjacente à obrigação de renegociar o contrato em caso de contingências, obrigando as partes a cooperar, a fim de restabelecer o equilíbrio sinalagmático perturbado entre as partes, em virtude de um princípio geral aplicável a todos os contratos que não sejam instantâneos.

O núcleo da proposta teórica afirma que as partes, se tivessem tido conhecimento do evento externo ocorrido, teriam formado o seu acordo em conformidade (tendo, em hipótese, de considerar irracional um comportamento diferente), razão pela qual a recusa de renegociar se encaixaria como comportamento oportunista, contrário ao preceito do art. 1.375 do Código Civil e, portanto, insuscetível de proteção (e, na verdade, sancionada) pelo sistema³⁸.

Em tempos muito recentes, a doutrina autoritária invocou a obrigação de renegociação como um instrumento adequado para preservar a economia das relações contratuais perturbada por aquela contingência particular constituída pelo estado de emergência que atingiu o sistema jurídico italiano (mas não só) após a disseminação do vírus Covid-19, especificando como o fundamento de tal obrigação “pode ser facilmente rastreado na boa-fé contratual na função integradora e que se oferece às partes como um instrumento eficiente, não invasivo e muito razoável, já que permite que o contrato viva sua ‘emergência’, deixando-o livre, uma vez passada a tempestade, para retomar o fluxo regular, na estrutura originalmente acordada”³⁹, concluindo, portanto, que “a lei das obrigações e contratos contém os anticorpos necessários para enfrentar a emergência provocada pelo vírus Covid-19, graças à ductilidade das cláusulas

teoria del contratto?, em *Pol. dir.*, 2007, p. 451 seguintes; AMADIO G., *Il terzo contratto, il problema*, em GITTI G., VILLA G., *Il terzo contratto*, Bolgna, 2008, p. 9 e seguintes.

³⁸ MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziatione*, citado acima, p. 321, depois reiterado em *Rischio contrattuale e rapporti di durata del nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, citado acima, p. 82 e seguintes. Ver, também, as observações de PATTI F. P., *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, p. 571 e seguintes, em particular p. 578-580.

³⁹ Assim, BENEDETTI A. M., NATOLI R., *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*. Disponível em: www.dirittobancario.it, p. 3 e seguintes. O recurso ao instrumento da obrigação legal de renegociação, para contratos com execução contínua ou periódica, como solução para contratos que se tornaram desequilibrados como consequência da difusão do chamado coronavírus, foi evocado também por MACARIO F., *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, em *Giustiziavielle.it*, e por VERZONI S., *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, *ivi*. De um ponto de vista diferente, veja também as ricas sugestões de TUCCARI E., *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, em *JusCivile*, 2020, p. 465 e seguintes.

gerais (boa-fé), declinou, especialmente em uma época de emergência, à luz do princípio constitucional da solidariedade⁴⁰.

A interpretação resumida *supra*, cabe ressaltar, parece ser sustentável somente se for aceita uma concepção econômico-legal da cláusula de boa-fé e do dever de cooperação entre as partes contratantes, onde uma abordagem rigidamente dogmática inevitavelmente leva à teorização a entrar em conflito, de um lado, com a eficácia reconhecida ao contrato pelo art. 1.372 do Código Civil, e, de outro (e acima de tudo), com o princípio da autonomia contratual privada⁴¹.

⁴⁰ BENEDETTI A. M., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, em NGCC, 2020, p. 68 e seguintes, em particular a p. 72, onde o autor especifica como o princípio de preservação do contrato equilibrado não pode ser considerado um valor em si mesmo (lembrando sobre este ponto o reflexo de ROPPO V., *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in *Contratti*, 2017, p. 441 seguintes), mas sim um objetivo de política econômica para o qual “uma lei contratual que não seja insensível nem cínica” pode contribuir.

⁴¹ A esse respeito, ver MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione*, citado acima, p. 322, onde o autor atribui aos deveres de cooperação entre as partes contratantes o efeito de equilibrar a autonomia contratual e o dever de renegociar. Sobre esse ponto, da mesma forma, SACCO R., *Il Contratto*, citado acima, p. 1709-1710, segundo o qual a renegociação baseada na boa-fé segue a hipotética vontade contratual das partes se elas tivessem contratado tendo conhecimento do fato ocorrido. Ver GALLO P., *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992, em particular, p. 368 e seguintes; GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004, p. 62 e seguintes, onde o autor destaca, recordando a suposição proposta por BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, passim, segundo a qual a renegociação do contrato é um ato expressivo de autonomia privada a par da condução de negociações para uma nova transação, aponta o contraste irreconciliável que existiria entre a autonomia contratual e a obrigação de renegociar. Outras críticas são levantadas por BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione*, citado acima, p. 485 e seguintes, onde o autor destaca o estabelecimento de um contraste entre o art. 1.375 Código Civil e o art. 1.467 Código Civil, devido, em parte, à evasão do “princípio da imodifiabilidade”, estabelecido pelo próprio art. 1.467 Código Civil, determinado pela aplicação do art. 1.375 Código Civil aos casos não referenciáveis ao art. 1.467 do Código Civil, e em outra parte pelo diferente tratamento oferecido às contingências qualitativas (art. 1.375 do Código Civil) e às contingências quantitativas (art. 1.467 Código Civil), em detrimento destas últimas; SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, citado acima, p. 807 e seguintes, e *Rinegoziazione (voce)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. II*, Torino, 2003, p. 1200 e seguintes, segundo a qual a referência às circunstâncias em que foi celebrado não seria persuasiva, quando o acordo cristalizado no contrato representaria o risco que as partes queriam correr com a negociação: “Afirmar que, uma vez mudadas as circunstâncias, trata-se apenas de redefini-lo (o contrato, ed.) levando em conta, por exemplo, o ‘equilíbrio específico alcançado pelas partes na negociação do contrato’, do ‘equilíbrio específico alcançado pelas partes no acordo original’ significa considerar que as partes teriam feito a mesma escolha também nesta nova situação. Mas esta opção, além de negar ex post a função estratégica das escolhas econômicas específicas e avaliar uma ‘vontade hipotética’ inexistente das partes contratantes, leva à conclusão da equivalência necessária dos serviços com relação aos valores expressos com base na relação original entre os próprios serviços, que, no entanto, nunca é uma relação objetiva, mas o resultado de uma barganha, ou seja, de escolhas irrepetíveis”. A opinião de GENTILI A., *La replica della*

4 O CONTEÚDO DA OBRIGAÇÃO E O SEU INCUMPRIMENTO

A obrigação de renegociar, que pode bem ser lida, da perspectiva da parte cujo benefício é afetado pela contingência, como o direito de ter os termos do contrato que se tornou desequilibrado rediscutido, deve ser mais bem detalhada, a fim de poder identificar quaisquer violações do mesmo e as consequentes soluções destinadas a garantir a eficácia da obrigação (ou direito) *supra*.

O conteúdo do dever de renegociar parece estar mais corretamente configurado como a obrigação imposta às partes de realizar todos aqueles atos que, em relação ao caso concreto, lhes permitiriam chegar a um acordo sobre as condições para a revisão dos termos contratuais, ajustando-os às mudanças intermédias (e não chegar a um acordo de renegociação, o não cumprimento que pode desconsiderar a boa-fé das partes no início e na condução das negociações)⁴². A obrigação, imputável aos deveres de equidade e cooperação entre as partes contratantes, também exige que a parte que solicita a renegociação cumpra o cânon da boa-fé, invocando a solução somente quando as condições existirem⁴³.

Segundo alguns estudiosos, o não cumprimento da obrigação, que pode tomar a forma de uma recusa radical de renegociar os termos do contrato ou de

stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto, in *Contr. e imp.*, 2003, p. 710 e seguintes, concorda, onde o autor sublinha, além disso, a insustentabilidade do dever de renegociar também sobre a força de razões eficientes, enquanto que uma proteção dos “improvisadores” encorajaria sua ousadia. Mais recentemente, foram feitas críticas à abordagem ilustrada por ROMEO A., *Recesso e rinegoziazione*, citado acima, p. 102 e seguintes, onde o autor sublinha como “numa inspeção mais próxima, uma ênfase excessiva no princípio da boa fé, interpretada à luz dos princípios mais gerais da solidariedade social, tem um forte impacto sobre a regra central do sistema que é o art. 1.322 do Código Civil”. Oferece uma resposta às críticas sobre este ponto PISU A., *L’adeguamento dei contratti*, citado acima, p. 199 e seguintes, onde o autor expõe que “a invasão temida na esfera da autonomia privada, que gera a atitude hostil de parte da doutrina em relação à figura da obrigação legal de renegociar, na realidade, ocorre, se é que ocorre, apenas na esfera de uma das partes contratantes (a induzida a especular sobre as novas condições produzidas pela contingência em detrimento da parte acusada), mas justifica-se como preço a ser pago para assegurar a conclusão do programa de negociação em conformidade com o equilíbrio econômico originalmente acordado pelas partes e desta forma, acidentalmente, também a proteção da parte desfavorecida, portadora de interesses dignos de proteção” (ver p. 203).

⁴² Nesse sentido, MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione*, citado acima, p. 343, refere-se à doutrina alemã. Como recorda DI GREGORIO V., *Rinegoziazione e adeguamento*, citado acima, p. 401-402, “se se considerar que a obrigação consiste em conduzir as negociações de boa fé com vistas à conclusão do acordo, segue-se que, na ausência de acordo, as partes não podem ser automaticamente responsabilizadas pelo não cumprimento”.

⁴³ Ver PATTI F.P., *Obbligo di rinegoziare*, citado acima, p. 579.

negociações impróprias⁴⁴, pode ser combatido invocando tanto as medidas para o não cumprimento⁴⁵ quanto também as medidas sinalagmáticas⁴⁶. Como tem sido argumentado com autoridade, a fim de assegurar a prossecução dos fins econômicos aos quais o contrato se destina, é necessário garantir a continuidade do contrato, interpolado com os “ajustes necessários para superar os problemas e dificuldades que surgiram” por meio de soluções para a manutenção do contrato que determinam sua conservação⁴⁷.

A hipótese de que a vítima da violação da obrigação de renegociar pode efetivamente invocar o recurso de forma específica *sob* o art. 2.932 do Código Civil encontrou alguma resistência na doutrina. De fato, foi observado que a aplicabilidade de tal recurso exigiria que o juiz justificasse a escolha da reorganização dos interesses das partes contratantes escolhidas, em comparação com os muitos abstratos possíveis e igualmente respeitosos da cláusula de boa-fé: uma tarefa que se traduziria na prova de que a partir de uma negociação conduzida de acordo com a equidade teria sido possível chegar a um único e unificado dos interesses envolvidos (o adotado)⁴⁸. A essa consideração foi acrescentada a anotação de que a obrigação de renegociar deve ser vista como uma obrigação de meios, e não de resultado, à qual o art. 2.932 do Código Civil, destinado aos casos em que as partes estão vinculadas à conclusão de um contrato, e não apenas à execução de negociações, não seria, portanto, aplicável⁴⁹.

⁴⁴ Ibidem. Ver DI GREGORIO V., *Rinegoziatione e adeguamento*, citado acima, p. 402.

⁴⁵ De acordo com BENEDETTI A. M., NATOLI R., *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, citado acima, p. 4-5: “Se a renegociação não começar por causa da recusa da parte que tem interesse em preservar o conteúdo contratual original, pode-se invocar o art. 1.460 do Código Civil”. De fato, não parece excêntrico predicar o não cumprimento da parte que recusa a renegociação; nem parece excêntrico considerar legítima a autorredução do próprio benefício (até o ponto em que, por mútuo consentimento e solidariedade, pudesse ser acordado) feita pela parte que é vítima da emergência sanitária, onde já foi demonstrado que é possível invocar a exceção de não cumprimento mesmo quando a obrigação não cumprida é uma obrigação *ex fide bona*. Sobre esse ponto, ver BENEDETTI A. M., *Le autodifese contrattuali*, Milano, 2011, p. 30 e seguintes.

⁴⁶ Cf. MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziatione*, citado acima, p. 402 seguintes.

⁴⁷ ROPPO V., *Il contratto*, citado acima, p. 970.

⁴⁸ Assim, GENTILI A., *La replica della stipula*, citado acima, p. 715 e seguintes.

⁴⁹ Nesse sentido, ver FICI A., *Il contratto “incompleto”*, Torino, 2005, p. 209 e seguintes.

Apesar dessas objeções, a admissibilidade desse recurso é aceita pela doutrina vigente⁵⁰ e encontrou apoio nas decisões muito isoladas que afirmaram a existência de uma obrigação legal de renegociar⁵¹.

Pelo contrário. Autores autorizados têm colocado a hipótese de que, naqueles casos em que, embora as negociações tenham começado, “uma reescrita dos termos do contrato inspirada na justiça não é alcançada”, “uma modificação unilateral dos termos do contrato, feita em autodefesa pela parte em dificuldade”⁵², deve ser admitida.

Como foi adquirido pela jurisprudência e doutrina que as obrigações de cooperação e solidariedade contratual baseadas na boa-fé encontram um limite no sacrifício econômico (ou pessoal) apreciável que seria exigido da parte contratante para proteger o interesse de sua contraparte contratual⁵³, também a obrigação legal de renegociação é considerada sujeita ao mesmo limite, pelo qual o cumprimento da obrigação não resultaria necessariamente na manutenção da mesma utilidade marginal para as duas partes contratantes⁵⁴.

⁵⁰ Isto é apoiado por MACARIO F., *Adaptação e Renegociação*, citado acima, p. 426 e seguintes, que aponta que o juiz deve ter à sua disposição todos os elementos com base nos quais estabelecer as obrigações que teriam surgido a partir da boa condução da negociação, especificando como é fácil encontrar tais índices com respeito a contratos de longa duração, nos quais haveria muitos índices disponíveis para o juiz. CESARO V. M., *Clausola di rinegoziazione e preservação do equilíbrio contratual*, Napoli, 2000, p. 264 e seguintes. Também concorda sobre esse ponto ROPPO V., *Il contratto*, citado acima, p. 973, segundo o qual a solução é a “obrigação de contratar as modificações do contrato básico sugeridas pela razoabilidade e boa fé”. Sobre esse ponto, ver, também, MARASCO P. G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e imp.*, 2005, p. 539 e seguintes. A tese foi reiterada recentemente por F. MACARIO, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di “coronavirus”*, citado acima, a respeito daquela contingência particular constituída pelo vírus Covid-19.

⁵¹ Tribunal de Bari, 14 de junho de 2011, em *Contratti*, 2012, p. 571 seguintes, com nota de PATTI F. P., *Obbligo di rinegoziare*, citado acima. Quanto ao reconhecimento da obrigação legal de renegociar, ver Tribunal de Bari, 31 de julho de 2012, em *NGCC*, 2013, p. 117 seguintes, com nota de PATTI F. P., *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, e em *Foro it.*, 2013, I, I, 375 seguintes.

⁵² Nesses termos, BENEDETTI A. M.; NATOLI R., *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*, citado acima p. 5.

⁵³ Para todos eles, ver BIANCA C. M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 209 seguintes e, em jurisprudência, *ex multis*, Cass. civ., 27 de abril de 2011, nº 9404, in *NGCC*, 2011, p. 1258 seguintes; e Cass. civ., 19 de setembro de 2005, nº 18450, in *Dir. e Formazione*, 2006, 3, p. 334 seguintes.

⁵⁴ PATTI F. P., *Obbligo di rinegoziare*, citado acima, p. 582.

5 GERENCIAMENTO DE CONTINGÊNCIAS E MEDIDAS DE MANUTENÇÃO NA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A disciplina de contingências não impossíveis não só envolveu juristas europeus. Já, com o novo *Código Civil*, adotado em 2002, a legislação brasileira introduziu uma disciplina específica de contingências contratuais, contida nos arts. 478, 479 e 480, incluídos no Título V “Dos contratos em geral”, Capítulo II “Da extinção do contrato”, Seção IV “Da resolução por onerosidade excessiva”⁵⁵.

A rescisão por superveniência de excesso de onerosidade tem sido favoravelmente recebida e celebrada como expressão dos valores de *socialidade*, *eticidade* e *operabilidade* que marcam o momento de passagem da lógica individualista e dogmática-formalista do *Código Civil* de 1916 para aquela *relação* inspiradora do legislador de 2002⁵⁶, que encontra expressão solene no princípio da função social do contrato fixado pelo art. 421⁵⁷.

Os três artigos que compõem a Seção IV preveem que se, em contratos de execução contínua ou diferida, a execução de uma das partes, *em virtude de circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis*, se tornou excessivamente onerosa *com vantagem extrema para a outra*, o devedor da execução afetada poderá solicitar a rescisão do contrato (art. 478). O credor beneficiado pela contingência pode, entretanto, evitar a rescisão, *oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato* (art. 479). Se o benefício afetado for objeto de um contrato com obrigações assumidas por apenas uma parte, então o devedor tem o direito de solicitar a redução do benefício ou a modificação de seus termos, *a fim de evitar a onerosidade excessiva* (art. 480)⁵⁸.

⁵⁵ “Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

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

Art. 480. 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.”

⁵⁶ CALDERALE A., *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Bari, 2005, p. 281 e seguintes.

⁵⁷ DE CASTILHO PEREIRA, *A teoria da imperversão e os limites sociais do contrato no novo Código Civil. Implicações no direito do trabalho*, in FRANCIULLI NETTO, FERREIRA MENDES, GRANDA DA SILVA MARTINS FILHO (Coord.), *O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*, São Paulo, 2003, p. 388 seguintes.

⁵⁸ Sobre esse ponto, ver as reflexões de EL MUREDEN E., *La sopravvenienza contrattuale nel nuovo codice civile brasiliano*, in NGCC, 2003, II, 236 seguintes.

Essas disposições são claramente inspiradas nos arts. 1.467 e seguintes do Código Civil⁵⁹ e, portanto, representam um terreno perfeito para a comparação entre os sistemas jurídicos italiano e brasileiro sobre um assunto, como a gestão de contingências contratuais não impossíveis, que tem sido constantemente examinada por estudiosos do direito e legisladores em ambos os sistemas jurídicos, a fim de alinhar a regulamentação com os interesses das partes contratantes no contexto evolutivo do comércio e das trocas⁶⁰.

Indo além das afinidades óbvias entre as regras italianas e brasileiras de superveniência excessiva⁶¹ e entrando em uma comparação exegética, surgem os pontos de desconexão entre os dois regulamentos. Chama-se imediatamente a atenção do estudioso italiano para a presença de uma referência à vantagem extrema feita pelo art. 479, totalmente alheia à disciplina ditada pelos arts. 1.467 e seguintes do Código Civil ou, mais precisamente, como a cuidadosa doutrina tem apontado, conhecida do sistema jurídico italiano no contexto diferente da rescisão do contrato⁶².

Por outro lado, entretanto, na disciplina do *Código Civil* falta qualquer referência ao risco normal do contrato e uma disposição que estabeleça a

⁵⁹ JOSE FIGUEIREDO ALVES, *Com. sub. art. 478*, in REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (Coord.), *Código Civil comentado*, 6. ed., São Paulo, 2008, p. 436 seguintes. Na doutrina italiana, ver CALDERALE A., *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto luso-brasiliano*. Disponível em: www.comparazioneaddirittocivile.it, 20; GABRIELLI E., *Doctrines and remedies in the contingency of contract*, citado acima, 2; e EL MUREDEN E., *La sopravvenienza contrattuale nel nuovo codice civile brasiliano*, citado acima, p. 235.

⁶⁰ Sobre esse ponto, ver GABRIELLI E., *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, citado acima, 21.

⁶¹ De fato, tanto o escopo de aplicação da disciplina (contratos com execução contínua ou periódica e contratos com obrigações a serem assumidas por apenas uma parte) quanto a referência a eventos imprevisíveis e extraordinários que determinam a contingência contratual são similares. Idêntica, finalmente, é a possibilidade para o contratante beneficiado pela contingência de evitar a rescisão, oferecendo a modificação das condições contratuais. Sobre esse ponto ver, para todos, GABRIELLI E., *Poteri del giudice ed equità del contratto*, em *Contr. e imp.*, 1991, II, p. 479 em diante; e DI MAJO A., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e "reductio ad aequitatem"*, em *Cor. giur.*, 1992, p. 662 em diante.

⁶² Assim, GABRIELLI E., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e "reductio ad aequitatem"*, citado acima, 1. Foi apontado que a referência a esse elemento poderia prejudicar a proteção em favor da parte contratante, também por causa das óbvias dificuldades em termos do ônus da prova. Ver GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil: contratos*, São Paulo, 2005, v. 4, t. 1, p. 307. De acordo com CALDERALE A., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e "reductio ad aequitatem"*. Disponível em: www.comparazioneaddirittocivile.it, p. 20, além do mais, "empurra para um ajuste insatisfatório do contrato, tornando a consideração do novo quadro econômico determinado pela superveniência improvável".

referência além da qual a onerosidade excessiva se torna relevante⁶³, assim como não há nenhuma disposição que, como o art. 1.469 do Código Civil, exclua contratos ao acaso do âmbito de aplicação da *resolução por onerosidade excessiva*⁶⁴.

Já desde sua introdução, a nova legislação tem suscitado críticas intensas, as mais urgentes das quais dirigidas à mesma escolha básica feita pelo legislador e que consistem em oferecer, como primeira resposta a contingências não impossíveis, a rescisão do contrato mesmo quando o interesse das partes contratantes visa à preservação do contrato, e não a sua rescisão, como muitas vezes acontece nas relações de duração⁶⁵. Observação sustentada tanto pela disposição do art. 317 do Código que, sobre o tema das obrigações pecuniárias, prevê que, *quando, por razões 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*, e do art. 6 do Código de Defesa do Consumidor, que permite apenas ao consumidor solicitar a revisão do contrato que se tornou excessivamente oneroso para ele, bem como o fato de que a modificação do contrato que se tornou excessivamente

⁶³ EL MUREDEN E., *La sopravvenienza contrattuale nel nuovo codice civile brasiliano*, citado acima, p. 236 seguintes; CALDERALE A., *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto luso-brasiliano*. Disponível em: www.comparazionedirittocivile.it, p. 20.

⁶⁴ Si veja, ancora, GABRIELLI E., *Dottrine e rimedi nella sopravvenienza contrattuale*, citado acima, p. 1. No Código Civil, os contratos por acaso são regulados especificamente nos arts. 458 a 461: “Art. 458. Se o contrato for aleatório, por dizer respeito a coisas ou fatos futuros, cujo risco de não virem a existir um dos contratantes assuma, terá o outro direito de receber integralmente o que lhe foi prometido, desde que de sua parte não tenha havido dolo ou culpa, ainda que nada do avençado venha a existir. Art. 459. Se for aleatório, por serem objeto dele coisas futuras, tomando o adquirente a si o risco de virem a existir em qualquer quantidade, terá também direito o alienante a todo o preço, desde que de sua parte não tiver concorrido culpa, ainda que a coisa venha a existir em quantidade inferior à esperada. Parágrafo único. Mas, se da coisa nada vier a existir, alienação não haverá, e o alienante restituirá o preço recebido. Art. 460. Se for aleatório o contrato, por se referir a coisas existentes, mas expostas a risco, assumido pelo adquirente, terá igualmente direito o alienante a todo o preço, posto que a coisa já não existisse, em parte, ou de todo, no dia do contrato. Art. 461. A alienação aleatória a que se refere o artigo antecedente poderá ser anulada como dolosa pelo prejudicado, se provar que o outro contratante não ignorava a consumação do risco, a que no contrato se considerava exposta a coisa”.

Sobre o assunto, ver, para todos, BALESTRA L., *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000, passim; GABRIELLI E., *Alea* (voce), em *Enc. giur. Treccani, Agg., Ed. Enc. it., 2000*; DI GIANDOMENICO G., *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987, passim.

⁶⁵ A preferência pela resposta ablativa à contingência onerosa deriva da sistematização dos artigos que veem no art. 478 a resolução e no art. 479 a possibilidade de revisão. Sobre esse ponto, ver JOSE FIGUEIREDO ALVES, *Com. sub. art. 478*, citado acima, p. 437.

oneroso devido a circunstâncias imprevisíveis é um princípio consagrado nos contratos administrativos⁶⁶.

Por analogia com os esforços hermenêuticos feitos pela doutrina italiana, os estudiosos reconstruíram a obrigação de revisar o contrato de forma interpretativa.

Uma primeira reconstrução dogmática baseia o poder não oficial do juiz para pronunciar uma *revisão do contrato* nos princípios da boa-fé contratual⁶⁷ e da função social do contrato a que se refere o art. 421⁶⁸. Deve-se notar que essa primeira abordagem não visa identificar uma obrigação das partes de renegociar o contrato, passível de execução específica em caso de incumprimento, como alega a doutrina italiana, mas tende a retirar a gestão da contingência da autonomia privada para confiá-la ao juiz⁶⁹.

Por outro lado, uma segunda orientação, mais atenta ao papel da autonomia privada no campo contratual, com um raciocínio que se sobrepõe ao feito por nossa doutrina, reconstruiu um *favor* geral do Código em relação à preservação do contrato⁷⁰, em virtude do qual permite que mesmo a parte que sofre os efeitos negativos da contingência possa solicitar a renegociação dos termos do contrato⁷¹. Em apoio a essa teoria também foi argumentado como o poder de solicitar a rescisão do contrato, concedido pelo art. 478 à parte afetada pela contingência, seria mais amplo do que o poder de solicitar a revisão do contrato e, portanto, o incluiria, permitindo que ambas as partes o exercessem⁷².

⁶⁶ Lei nº 8.666, de 1995, art. 65.

⁶⁷ Prevista dall'art. 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé".

⁶⁸ NELSON NERY JUNIOR, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código Civil comentado*, 6. ed., São Paulo, 2008, p. 544 seguintes.

⁶⁹ Sobre esse ponto, ver, em maior extensão, CALDERALE A., *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto luso-brasiliano*, citado acima, p. 22, onde são feitas referências mais amplas na doutrina.

⁷⁰ Ancora in analogia con l'esperienza italiana, la dottrina brasiliana ha fondato il principio di conservazione del contratto sull'art. 620 del codice il quale, analogamente all'art. 1664 cod. civ., prevede che *Se ocorrer diminuição no preço do material ou da mão-de-obra superior a um décimo do preço global convencionado, poderá este ser revisto, a pedido do dono da obra, para que se lhe assegure a diferença apurada*.

⁷¹ JOSÉ OLIVEIRA ASENCAO, *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, in DELGADO, FIGUEIREDO, ALVES, *Questões controvertidas*, São Paulo, v. 2, 2004, p. 181 seguintes.

⁷² Deve-se notar que, apesar da afinidade dos ditames normativos, esse engenhoso estratagemas interpretativo parece estranho à experiência da doutrina italiana. Ver, sobre esse ponto, MARIA

Com base nas elaborações *supra*, dois projetos de lei foram apresentados (o primeiro em 2002 e o segundo em 2007), com o objetivo de codificar a predominância da solução de manutenção com relação à solução de revogação, no caso de contingência onerosa⁷³.

Arquivada sem acompanhamento das opções de reforma mencionadas antes, a abertura do sistema jurídico brasileiro para as soluções de preservação de contratos, e, em especial, a renegociação, foi impactada pela reforma muito recente que, em 2019, afetou o *Código Civil*⁷⁴.

Com a *Medida Provisória* nº 881, de 2019⁷⁵, de fato, foi introduzida a seguinte redação ao art. 421 do Código: “Nas relações contratuais privadas, prevalece o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer de suas competências, e a revisão do contrato determinada por uma fonte externa às partes será excepcional”⁷⁶.

Já, em um primeiro exame de tal intervenção, de fato, foi observado como a interpolação mencionada *supra* do texto normativo do Código, no próprio artigo que estabelece o princípio da função social do contrato sobre o qual a doutrina lançou as bases da reconstrução interpretativa do poder do juiz para rever o contrato que se tornou injusto por causa de uma onerosidade excessiva⁷⁷, parece marcar uma clara escolha de campo – e de sinal contrário – em relação

HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 19. ed. São Paulo, 2003, p. 39 e seguintes.

⁷³ As leis são o *Projeto de Lei* nº 6.960, de 2002, e o *Projeto de Lei* nº 276, de 2007. É curioso notar que o objetivo das propostas de reforma já foi sublinhado pela própria sistemática do código proposto, que teria previsto a introdução de uma seção dedicada à revisão do contrato e, só mais tarde, a seção dedicada à sua rescisão. Sobre esse ponto, ver CALDERALE A., *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto luso-brasiliano*, citado acima, p. 23.

⁷⁴ A reforma foi feita pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, que converteu (com emendas) a Medida Provisória nº 881, de 2019.

⁷⁵ Medida Provisória nº 881, de 30 de abril de 2019: *institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica, estabelece garantias de livre mercado, análise de impacto regulatório, e dá outras providências*.

⁷⁶ Assim, o texto completo do art. 421 da Medida Provisória nº 881/2019: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerá o princípio da intervenção mínima do Estado, por qualquer dos seus poderes, e a revisão contratual determinada de forma externa às partes será excepcional”.

⁷⁷ NELSON NERY JUNIOR, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código Civil comentado*, citado acima, p. 544 ff.

às exigências das quais a doutrina tem sido a promotora desde os primeiros momentos de força do novo *Código Civil*, reafirmando e institucionalizando o princípio *pacta sunt servanda*⁷⁸.

Mesmo que se duvidasse de que a opção tomada pelo legislador de 2019 visasse não a negar que os recursos de manutenção poderiam ter uma casa no contexto do direito civil brasileiro, mas a limitar as possibilidades de intervenção externa do Estado no terreno contratual, colocando o recurso de renegociação à disposição exclusiva das partes contratantes, as emendas feitas pela Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, convertendo (com emendas) a Medida Provisória nº 881, de 2019, para esclarecer o campo de qualquer dúvida. O ditado normativo do art. 421 do *Código Civil*, na redação resultante da conversão, de fato, prevê que: “A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato. Parágrafo único. Nas relações contratuais privadas, prevalecerão o princípio da intervenção mínima e a excepcionalidade da revisão contratual”.

A nova formulação parece assim abandonar o conceito de revisão operada por uma fonte externa às partes, sancionando a excepcionalidade do recurso *tout court*: prova disso é também a redação do § 3º do art. 421-A, que, com referência específica aos contratos civis e comerciais, afirma que “a revisão contratual somente ocorrerá de maneira excepcional e limitada”⁷⁹. O § 1º do art. 421-A, finalmente, ao salvar a possibilidade de as partes estabelecerem parâmetros objetivos para a interpretação das cláusulas de negociação e de suas hipóteses de revisão ou rescisão, parece convidar as partes contratantes a cristalizarem no regulamento contratual o mecanismo de revisão ou renegociação do contrato,

⁷⁸ APARECIDO QUINAIA, *Revisão contratual, pacta sunt servanda e a MP 881 de 2019*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301929,21048-Revisao+contratual+pacta+sunt+servanda+e+a+MP+881+de+2019>, que questiona os possíveis efeitos de tal desembarque normativo em matéria de contratos bancários, área em que a renegociação havia encontrado um lar graças às interpretações do Supremo Tribunal de Justiça, bem como sobre o Código do Consumidor, que, como visto, prevê no art. 6º a possibilidade de solicitar a revisão do contrato para o consumidor afetado pela onerosa contingência. Sobre esse ponto, ver, também, DE ÁVILA BORGARELLI, *Contrato, função social e reforma legislativa: notas sobre o art. 421 do Código Civil após a MP da liberdade econômica*. Migalhas, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/304368/contrato-funcao-social-e-reforma-legislativa-notas-sobre-o-art-421-do-codigo-civil-apos-a-mp-da-liberdade-economica>.

⁷⁹ Deve-se notar que a reforma do Código Civil brasileiro, em contraste com a intervenção de 2002, parece reintroduzir uma diferenciação entre as noções de contrato civil e comercial.

quando elas consideram que tal solução pode proteger melhor seus interesses subjacentes à operação de negociação⁸⁰.

CONCLUSÃO

Referindo-se à doutrina e à jurisprudência brasileiras, a oportunidade de compartilhar (ou negar) estas breves considerações sobre a capacidade inovadora dos arts. 421 e 421-A do *Código Civil*, deve-se notar que a confirmação das intenções expressas pelo legislador italiano com o Projeto de Lei nº 1.151⁸¹ está prestes a marcar um significativo ponto de distanciamento entre a experiência jurídica italiana, empenhada em “prever o direito das partes a contratos que se tornaram excessivamente onerosos devido a causas excepcionais e imprevisíveis de exigir sua renegociação de boa fé ou, no caso de falta de acordo, buscar em juízo o ajuste dos termos contratuais para que seja restabelecida a proporção entre os benefícios originalmente acordados entre as partes”, e o brasileiro, que circunscreveu à excepcionalidade as possibilidades de revisão do contrato.

REFERÊNCIAS

ALPA G., *Note sul progetto francese di riforma del diritto dei contratti*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2015, p. 179 seguintes.

_____, *La seconda versione dei Principles of European Contract Law*, in *NGCC*, 2000, II, p. 121 e seguintes.

_____, IUDICA G., PERFETTI U., ZATTI P. (Ed.), *Il Draft common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009.

⁸⁰ Com relação às cláusulas de renegociação, ver, mais recentemente, E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contr. e impr.*, 2018, p. 843 e seguintes, em particular p. 864 seguintes. Também vale a pena mencionar a rica experiência do direito contratual internacional no campo da chamada *cláusula de dificuldade*, sobre a qual se vê, para todos, MASKOW D., *Hardship and Force Majeure*, em *Am. J. Comp. Law*, 1992, 40, p. 667 e seguintes; e FRIGNANI A., *Hardship clause (voce)*, in *App. Noviss. Dig. it.*, III, 1982, p. 1180 e seguintes. No que diz respeito à interpretação do contrato, vale mencionar a emenda feita ao art. 113 do *Código Civil*, cujo texto foi enriquecido por uma lista de critérios que o juiz deve seguir na *interpretação do negócio jurídico*. Estes incluem, em particular, o comportamento das partes após a conclusão do contrato; costumes e práticas de mercado relacionados com o tipo de contrato e boa-fé: conceitos já familiares à experiência jurídica italiana.

⁸¹ Deve-se notar que a partir de 17 de janeiro de 2020 o projeto de lei delegado relativo à revisão do Código Civil, embora tenha sido atribuído à Comissão competente por algum tempo, ainda não parece ter sido objeto de um calendário de audiências e, portanto, nenhum exame do mesmo foi iniciado na sessão de referência.

AMADIO G., *Il terzo contratto, il problema*, em GITTI G., VILLA G., *Il terzo contratto*, Bolgna, 2008, p. 9 e seguintes.

ANDREOLI M., *Revisione delle dottrine sulla sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1938, 309 e seguintes.

APARECIDO QUINAIA, *Revisão contratual, pacta sunt servanda e a MP 881 de 2019*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI301929,21048-Revisao+contratual+pacta+sunt+servanda+e+a+MP+881+de+2019>.

BALESTRA L., *Il contratto aleatorio e l'alea normale*, Padova, 2000.

BARCELLONA M., *Appunti a proposito di obbligo di rinegoziazione e gestione delle sopravvenienze*, in *Eur. e Dir. Priv.*, 2003, p. 480 e seguintes.

BELFIORE A., *Risoluzione del contratto per inadempimento (voce)*, in *Enc. Dir.* XL, Milano, 1989, p. 1326 e seguintes.

_____, *Risoluzione per inadempimento e obbligazioni restitutorie*, in *Scritti in Onore di G. Auletta*, II, Milano, 1988, p. 276 e seguintes.

BENEDETTI A. M., *Stato di emergenza, immunità del debitore e sospensione del contratto*, em NGCC, 2020, p. 68 e seguintes.

_____, *Le autodifese contrattuali*, Milano, 2011.

_____, NATOLI R., *Coronavirus, emergenza sanitaria e diritto dei contratti: spunti per un dibattito*. Disponível em: www.dirittobancario.it.

BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953.

BIANCA C. M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, 209 e seguintes.

BIGLIAZZI GERI L., *L'interpretazione del contratto*, In *Commentario Schlesinger*, Milano, 2013.

BOSELLI A., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità*, Cedam, Padova, 1952, *passim*.

BRUNO C., *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. Civ.*, 2010, 235 e seguintes.

CABELLA PISU L., *Impossibilità sopravvenuta*, In *Commentario Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2002.

CALDERALE A., *Diritto privato e codificação in Brasile*, Bari, 2005, p. 281 e seguintes.

_____, *Mutamento delle circostanze ed eccessiva onerosità sopravvenuta nelle proposte di riforma del diritto dei contratti in Francia e nel diritto luso-brasiliano*. Disponível em: www.comparazonedirittocivile.it.

CASTRONOVO C., *I Principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1995, I, p. 21 e seguintes.

CESARO V. M., *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*, Napoli, 2000.

DE ÁVILA BORGARELLI, *Contrato, função social e reforma legislativa: notas sobre o art. 421 do Código Civil após a MP da liberdade econômica*. Migalhas, 14 jun. 2019. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/304368/contrato--funcao-social-e-reforma-legislativa--notas-sobre-o-art-421-do-codigo-civil-apos-a-mp-da-liberdade-economica>.

DE CASTILHO PEREIRA, *A teoria da imperversão e os limites sociais do contrato no novo Código Civil. Implicações no direito do trabalho*, In FRANCIULLI NETTO, FERREIRA MENDES, GRANDA DA SILVA MARTINS FILHO (Coord.), *O novo Código Civil. Estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*, São Paulo, 2003, 388 seguintes.

DE TOLLEMONDE G., *Du Juste milieu: traité général de philosophie et d'art*, Paris, 1910.

DI GIANDOMENICO G., *Il contratto e l'alea*, Padova, 1987.

DI GREGORIO V., *Rinegoziazione e adeguamento del contratto: a margine dell'introduzione dell'imprévision nel Code Civil francese*, in *Nuova. Giur. Civ. Comm.*, 2018, p. 392 e seguintes.

DI MAJO A., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e "reductio ad aequitatem"*, em *Cor. Giur.*, 1992, p. 662 e seguintes.

E. TUCCARI, *La (s)consolante vaghezza delle clausole generiche per disciplinare l'eccessiva onerosità sopravvenuta*, in *Contr. e Impr.*, 2018, p. 843 e seguintes.

EL MUREDEN E., *La sopravvenienza contrattuale nel nuovo codice civile brasiliano*, in *NGCC*, 2003, II, 236 seguintes.

FICI A., *Il contratto "incompleto"*, Torino, 2005.

FRANZONI M., *Degli effetti del contratto*, II, em *Commentario Schlesinger*, 2013, Milano.

FRIGNANI A., *Hardship clause (voce)*, in *App. Noviss. Dig. it.*, III, 1982, p. 1180 e seguintes.

GABRIELLI E., *Alea (voce)*, em *Enc. Giur. Treccani, Agg., Ed. Enc. it.*, 2000.

_____, *Doctrines and remedies in the contractual contingency*, em *Riv. Dir. Priv.*, 2013, I, p. 55 seguintes e agora em *Jus Civile (online)*.

_____, *Poteri del giudice ed equità del contratto*, em *Contr. e Imp.*, 1991, II, p. 479 e seguintes.

_____, *Sub. art. 1467*, em NAVARRETTA E., ORESTANO A., (editado por), *Dei contratti in generale - artt. 1425 - 1469-bis*, em GABRIELLI E., *Commentario del codice civile*, UTET, 2011, p. 606 e seguintes.

GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, *Novo curso de direito civil: contratos*, São Paulo, 2005.

GALGANO F., *Interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371*, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1992.

_____, *Liberdade de contrato e justiça de contrato*, em *Contr. e impr. eur.*, 2005, p. 509 e seguintes.

GALLO P., *Sopervenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano, 1992.

GAMBINO F., *Problemi del rinegoziare*, Milano, 2004.

GAZZONI F., *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970.

GENTILI A., *La replica della stipula: riproduzione, rinnovazione, rinegoziazione del contratto*, in *Contr. e imp.*, 2003, p. 710 e seguintes.

GRANIERI M., *Il tempo e il contratto. Itinerario storico-comparativo sui contratti di durata*, Milano, 2007.

JOSE FIGUEIREDO ALVES, *Com. sub. art. 478*, in REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA (Coord.), *Código Civil comentado*, 6. ed., São Paulo, 2008, p. 436 seguintes.

JOSÉ OLIVEIRA ASENCAO, *Alteração das circunstâncias e justiça contratual no novo Código Civil*, in DELGADO, FIGUEIREDO, ALVES, *Questões controvertidas*, São Paulo, v. 2, 2004, p. 181 seguintes.

LANDO O., *Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation*, in *American Journal of Comparative Law*, 40, 1992, p. 573 e seguintes.

MACARIO F., *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 132 seguintes.

_____, *Per un diritto dei contratti più solidale in epoca di "coronavirus"*, em *Giustiziacivile.it*.

_____, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, in *Giust. civ.*, 2014, p. 825 e seguintes.

_____, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presunzione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 e seguintes.

MARASCO G., *La rinegoziazione del contratto*, Padova, 2006.

_____, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e imp.*, 2005, p. 539 e seguintes.

MARCHETTI G., *La nullità "dinamica" dei contratti di durata*, in *Riv. dir. civ. A categoria "contratos de longa duração"*, 2018, p. 1258 e seguintes.

MARIA HELENA DINIZ, *Curso de Direito Civil: Teoria das obrigações contratuais e extracontratuais*, 19. ed., São Paulo, 2003, p. 39 e seguintes.

MASKOW D., *Hardship and Force Majeure*, em *Am. J. Comp. Law*, 1992, 40, p. 667 e seguintes.

MAUCERI T., *Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto*, in *Eur. e dir. priv.*, 2007, p. 1095 e seguintes.

MOSCATI L., *Sulla teoria dell'imprévision tra radici storiche e prospettive attuali*, in *Contr. e imp.*, 2015, p. 423 seguintes.

NELSON NERY JUNIOR, ROSA MARIA DE ANDRADE NERY, *Código Civil comentado*, 6. ed., São Paulo, 2008, p. 544 seguintes.

OPPO G., *I contratti di durata*, em *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 e seguintes, p. 227 e seguintes, e, *lá*, 1944, I, p. 17 e seguintes.

OSILIA E., *La sopravvenienza contrattuale*, em *Riv. dir. comm.*, 1924, I, p. 297 e seguintes.

OSTI G., (voce) "*Clausola rebus sic stantibus*", in *Noviss. Digesto. it.*, III, UTET, 1957, 356.

_____, *Appunti per una teoria della "sopravvenienza". La cosiddetta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno*, in *Riv. dir. civ.*, 1913, p. 471 e seguintes.

_____, *La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico*, in *Riv. dir. civ.*, 1912, p. 1 e seguintes.

PATTI F. P., *Collegamento negoziale e obbligo di rinegoziazione*, em *NGCC*, 2013, p. 117 seguintes.

_____, *Obbligo di rinegoziare, tutela in forma specifica e penale giudiziale*, in *Contratti*, 2012, p. 571 e seguintes.

PISU A., *L'adeguamento dei contratti tra ius variandi e rinegoziazione*, Napoli, 2017.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

ROMEO A., *Recesso e rinegoziazione. Riflessione sui potenziali rimedi nel caso di sopravvenienze nei contratti di durata*, Pisa, 2019, p. 85.

ROPPO V., *Giudizialità e stragiudizialità della risoluzione per inadempimento: la forza del fatto*, in *Contratti*, 2017, p. 441 seguintes.

_____, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, em *Pol. dir.*, 2007, p. 451 seguintes.

_____, *Il Contratto*, em IUDICA G., ZATTI P. (Ed.), *Trattato di diritto privato diretto*, 2. ed., Milano, 2011, p. 968 e seguintes.

SACCO R., em SACCO R., DE NOVA G., *Il Contratto*, 4. ed., Torino, 2016, p. 1708 e seguintes.

SCALFI G., *Corrispettività e alea nei contratti*, Napoli, 1960.

SICCHIERO G., *La rinegoziazione*, in *Contr. e imp.*, 2002, p. 774 seguintes.

_____, *Rinegoziazione (voce)*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., Agg. II*, Torino, 2003, p. 1200 e seguintes.

SIRENA P., *Eccessiva onerosità sopravvenuta e rinegoziazione del contratto: verso una riforma del codice civile?* em curso de publicação em JUS e consultado com a gentil permissão do autor.

TERRANOVA, C. G. *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano, 1995.

TRAISCI F. P., *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli, 2003, p. 36 e seguintes.

TRUBIANI F., *La rinegoziazione contrattuale nel diritto privato europeo*, in *Obb. e contr.*, 2012, II, 134 e seguintes.

TUCCARI E., *Prime considerazioni sulla "révision pour imprévision"*, in *Persona e mercato*, 2018, p. 130 e seguintes.

_____, *Sopravvenienze e rimedi al tempo del Covid-19*, em *JusCivile*, 2020, p. 465 e seguintes.

_____, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Padova, 2018.

VERZONI S., *Gli effetti, sui contratti in corso, dell'emergenza sanitaria legata al Covid-19*, em *Giustiziacivile.it*.

ZIMMERMANN R., *Die Principles of European Contract Law als Ausdruck und Gegenstand europäischer Rechtswissenschaft*, Bonn, 2003.

Submissão em: 13.04.2021

Avaliado em: 28.07.2021 (Avaliador A)

Avaliado em: 08.08.2021 (Avaliador B)

Aceito em: 09.08.2021