

RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL

Revista dos Tribunais | vol. 906/2011 | p. 113 - 156 | Abr / 2011
DTR\2011\1311

Nelson Nery Junior

Livre-docente, Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Doutor em Direito Processual Civil pela Friedrich-Alexander Universität Erlangen-Nürnberg (Alemanha). Professor Titular da Faculdade de Direito da PUC-SP e da Faculdade de Direito da Unesp. Advogado.

Thiago Rodvalho dos Santos

Mestrando em Direito das Relações Sociais - Direito Civil pela PUC-SP. Professor de Filosofia do Direito e de Direito Civil do Instituto Superior de Ciências Aplicadas. Advogado.

Área do Direito: Civil

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

Palavras-chave: Contrato - Álea contratual - Vontade - Liberdade contratual - Pacta sunt servanda - Base objetiva do negócio jurídico - Base subjetiva do negócio jurídico - Perturbação do cumprimento das obrigações - Equilíbrio - Confiança - Cooperação - Limite de tolerância - Vícios de origem - Vícios de execução - Dever de renegociação - Abuso de direito - Revisão - Resolução - Sentença determinativa.

Abstract: This study aims to analyze the concept of contractual renegotiation. The evolution and transformation which the idea of contract has undergone will be the examined, including the mitigation (but not suppression) of the principle of pacta sunt servanda, which seeks the preservation of the parties' original intentions at the time the contract was celebrated (objective basis of legal transactions). If the fulfillment of obligations surpasses the typical contractual risk, the duty to renegotiate the contract is imposed to the parties.

Keywords: Contract - Contractual risk - Intention - Contractual freedom - Pacta sunt servanda - Objective and subjective basis of legal transactions - Fulfillment of obligations - Harmony - Trust - Cooperation - Limits of tolerance - Defect - Execution defect - Duty to renegotiate - Abuse of right - Revision - Resolution - Indeterminate sentencing.

Sumário:

1. INTRODUÇÃO. O CONTRATO. MORTE DO CONTRATO OU TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONTRATUAL? CONTRATO COMO RELAÇÃO JURÍDICA DE COOPERAÇÃO - 2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DO DEVER DE RENEGOCIAÇÃO CONTRATUAL. VÍCIOS DE ORIGEM E VÍCIOS DE EXECUÇÃO. PACTA SUNT SERVANDA E BASE OBJETIVA DO NEGÓCIO JURÍDICO - 3. CONCLUSÃO - 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO. O CONTRATO. MORTE DO CONTRATO OU TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONTRATUAL? CONTRATO COMO RELAÇÃO JURÍDICA DE COOPERAÇÃO

Entre as figuras do direito privado, o contrato (ao lado da propriedade) certamente se consubstancia em uma das mais polêmicas, mas é também uma das mais fascinantes. De figura incensada no século XIX à figura profundamente criticada no século XX.¹

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

Para compreender-se essa transformação por que passou o contrato do século XIX para o século XX, duas codificações se apresentam como absolutamente essenciais: o Código Civil francês (Code Napoléon, 1804) e o Código Civil alemão (Bürgerliches Gesetzbuch, BGB, 1900), o primeiro, a codificação burguesa, o segundo, como já pontuamos, o mais perfeito diploma civil já elaborado em todos os tempos.²

Nesse contexto, o contrato, sob a égide inaugural do Code Civil, gozou de um período de pilastra mestra do direito privado (sempre ao lado da propriedade),³ simbolicamente⁴ (mas cuja simbologia revela a força de que gozava o contrato para o Código Civil francês) tido como força de lei entre as partes (art. 1.134 do CC francês "Les conventions légalement formées 'tiennent lieu de loi' à ceux qui les ont faites", destacamos).

Assim o era porque o, na época, novo Código Civil francês, e como expressão da Revolução Francesa, tinha também como objetivo expurgar a antiga sociedade feudal, assentada em um Estado de privilégios e classes sociais estanques (nobreza), procurando centrar a nova sociedade que se inaugurava na França nos ideais da liberdade, igualdade (que se revelou inicialmente uma igualdade meramente formal) e fraternidade.⁵

Essa suplantação da antiga sociedade feudal a que visava a Revolução Francesa (Code Napoléon) explica, em parte, a enorme influência que o Code teve ao redor do mundo, traduzindo-se no Código do século XIX (impacto formal e também de conteúdo),⁶ influenciando tanto novas codificações como sendo, até, simplesmente transposto para outras nações, que o adotavam integralmente [sua influência estendeu-se inclusive à Alemanha, onde também chegou a ser adotado em algumas regiões,⁷ antes da promulgação do BGB em 1896 (que entrou em vigor em 1900)].

Tratava-se de nova codificação fortemente influenciada pelas doutrinas de Domat e Pothier,⁸ na qual o contrato, como exercício da autonomia privada, traduzia-se na maior expressão da liberdade individual,⁹ e isso era tão caro aos franceses que ele, contrato, na célebre expressão de Fouillé, passava a ser identificado com a ideia de justiça (justice contractuelle)¹⁰ (qui dit contractuel dit juste).¹¹

Assim, esse novo Código Civil, que tinha como vigas mestras a propriedade e o contrato, criou o campo jurídico no qual a burguesia pôde desenvolver-se, consolidando as bases e as condições necessárias (ambiente de liberdade) para que o capitalismo se expandisse, traduzindo-se no século (século XIX) em que a Europa enriqueceu-se enormemente.¹²

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

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

Assim, se de um lado o Code Napoléon forneceu as bases necessárias ao desenvolvimento do capitalismo e ao enriquecimento da Europa, por outro lado, essa estrutura fechada do Código Civil francês contribuiu, e muito, para as distorções em matéria contratual (submissão da parte mais fraca), além das graves distorções sociais decorrentes dessa submissão.

E a Revolução Francesa, avessa à magistratura (formada na época por nobres do antigo regime), procurou em um código hermético a segurança jurídica de que precisava,¹³ daí porque a interpretação que se dava, inicialmente, ao Code era literal e exegética.

Em razão disso, o *pacta sunt servanda* foi levado às últimas consequências, de modo que a doutrina francesa interpretava com rigor a expressão segundo a qual o contrato “*tiennent lieu de loi*” entre as partes.¹⁴

Essa concepção excessivamente formal e rigorosa do contrato, ignorando a inexistência, muitas vezes, de igualdade substancial entre as partes, bem como as perturbações que podem afetar o cumprimento das prestações,¹⁵ fazendo com o contrato se tornasse fonte de subjugação do mais fraco, fez com que ele (contrato) fosse fortemente criticado e enfrentasse sua crise,¹⁶ como de uma forma geral enfrentou aquele modelo de codificação hermética como era o Code Napoléon.

Nesse sentido, essa hipertrofia da ideia de contrato e de exagerada liberdade contratual conduziram a enormes injustiças substanciais nos contratos (contratos substancialmente injustos),¹⁷ o que foi agravado com as crises sociais do final do século XIX e começo do século XX, em um tenso ambiente que culminou em duas grandes guerras [1.ª Guerra Mundial (1914/1918) e 2.ª Guerra Mundial (1939/1945)].

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

E foi justamente fechando o século XIX e abrindo o século XX que foi promulgado o BGB (publicado em 1896 e entrando em vigor em 1900),¹⁸ período no qual a influência da doutrina alemã já começava a sobrepujar a doutrina francesa.

O BGB inaugura um novo modelo de Código Civil, agora não mais rígido e fechado, mas um código dotado de certa mobilidade,¹⁹ que lhe é conferida pela presença das cláusulas gerais (*Generalklauseln*),²⁰ ainda que esse modelo móvel traga, em si, um certo grau de incerteza jurídica, exigindo uma postura responsável e prudente da doutrina e, especialmente, da jurisprudência.²¹

Contudo, foi justamente essa mobilidade²² conferida ao sistema de direito privado, pelo BGB e pela doutrina alemã, que contribuiu para a transformação do contrato,²³ incutindo-lhe – a ele, contrato – uma conotação e um sentido também ético e social (*boa-fé*²⁴ e função social do contrato).

Esse período começa a marcar uma migração do individualismo para a socialidade e o Estado de Bem-estar Social (*Welfare State*),²⁵ no qual o fundamento ideológico passa a ser o personalismo ético²⁶ (dignidade da pessoa humana), com uma percepção de que a liberdade extremada que vigia na concepção de contrato do século XIX não condizia mais com essa nova sociedade, de tal sorte que essa publicização ou socialização do direito privado foi especialmente sentida no campo do direito contratual (do *laissez-faire* contratual à publicização do contrato).²⁷

Em razão dessa maior ingerência estatal na vida dos contratos, traçando-lhe limites e delineando a liberdade de contratar, muito se falou, no século XX, em decadência dos contratos ou crise dos contratos ou ainda a morte dos contratos.²⁸

Esses anúncios de decadência ou de morte do contrato são, em verdade, equivocados e exagerados.²⁹ O contrato não morreu nem morrerá; o contrato, sim, é verdade, transformou-se e salvou-se. Houve, assim, uma revisão do conceito jurídico de contrato.

Dizemo-lo que o contrato salvou-se, com essa transformação, posto que, permanecendo aquela concepção exegética e formal de contrato, ela fatalmente levaria ao aniquilamento daquilo que ela própria pretendia proteger: a liberdade. Somente pode haver liberdade onde a manifestação de vontade não se traduz como submissão do mais fraco ao mais forte.³⁰ Nesse caso, não há liberdade e sim mera subjugação.

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

integração do contrato, ³¹justiça contratual), que originariamente não lhe eram tão caros, essa transformação, em verdade, salva o contrato e salva a própria liberdade contratual, permitindo a verdadeira coexistência de liberdades (integração de liberdades coexistentes, equilíbrio das liberdades) ³² e não o mero subjugo (contratual).

Essa compreensão é importante para termos o contrato não como morto e sim como revigorado, ³³ haja vista que ele, contrato, se traduz em uma das mais importantes formas de criação e circulação de riquezas. ³⁴ Mais do que isso, o contrato é expressão da liberdade humana, guardando o princípio da liberdade contratual estreita relação com o próprio princípio da democracia, sendo, por isso, constitucionalmente protegido. ³⁵

Por isso, essa transformação e revisão do conceito de contrato não têm o condão de traduzir-se em negação da autonomia privada e, por consequência, da liberdade contratual, ³⁶ mas sim a funcionalização ³⁷ (função social) da autonomia privada e da liberdade contratual [igualmente como se passou com a funcionalização (função social) da propriedade], ³⁸ delineando-lhe contornos a fim de evitarem-se abusos, ³⁹ viabilizando, assim, a coexistência de liberdades (integração de liberdades coexistentes, equilíbrio das liberdades) que marca um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

Nesse contexto, a relação jurídica contratual (como expressão máxima da relação jurídica obrigacional) passa a ser vista como uma relação jurídica de cooperação entre as partes, ⁴⁰ de equilíbrio e proporção, ⁴¹ permeada pela boa-fé ⁴² e pela ideia de equidade (executada de boa-fé), traduzindo-se em um processo, e polarizada pelo seu fim ⁴³ (cumprimento da prestação principal e consequente liberação das partes).

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

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

Os vícios de origem são aqueles que maculam o contrato já em seu nascimento, como aqueles que viciam a consentimento, como o erro, o dolo, a coação, o estado de perigo, a lesão. A proteção contra os vícios de origem também podem ser percebidas na proteção que o ordenamento jurídico confere à parte mais fraca (como ocorre, por exemplo, na proteção ao consumidor, ou na proteção ao aderente, em contratos de adesão), traçando regras protetivas para tornar mais paritária a celebração de um contrato. ⁴⁴

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

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

Nesse contexto, são naturalmente os contratos de execução diferida ou de longa duração (contratos de trato sucessivo) aqueles que se sujeitam a essas perturbações. ⁴⁵

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

Contudo, diversamente, os contratos de execução diferida ou de longa duração se protraem no tempo e, justamente por isso, sofrem forte influência das alterações que as

circunstâncias originais podem experimentar ao longo desse tempo de vida do contrato.

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

Naquela visão inicial do Code Napoléon, o vinculum iuris formado pelo contrato celebrado entre as partes não poderia ser rompido senão pelo mútuo consenso, o que transformava o contrato de execução diferida ou de longa duração em fonte de incertezas e temores.

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

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

Sendo assim, aquela nova concepção de relação jurídica contratual, compreendida como relação jurídica de cooperação, situa as partes não mais como adversárias, em polos absolutamente antagônicos, e sim como contratantes que visam a um objetivo comum: o fiel cumprimento do contrato. Dizemo-lo fiel cumprimento do contrato, pois exigir o cumprimento do contrato exatamente como pactuado – ignorando a sensível ou drástica perturbação causada pela alteração das circunstâncias – não se consubstancia em execução fiel do acordado e sim pretender exigir mais do que se afigure digno de exigir,⁴⁶ afastando-se inclusive da vontade [objetivada (base objetiva)] original das partes, quando celebraram o contrato.

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

Evidentemente que quando se fala que a relação jurídica obrigacional (da qual a relação jurídica contratual é a expressão por excelência) consubstancia-se em relação jurídica de cooperação, não se ignora que as partes celebram um contrato tendo em vista seus interesses próprios e específicos, mas, ao celebrarem o contrato, passam a ter também um interesse jurídico comum, que se traduz justamente no interesse a que o contrato atinja a sua finalidade, com o seu fiel cumprimento.⁴⁷

Sendo assim, as partes não voltam seus olhos apenas para o seu fim específico, como se independessem do outro; ao revés, pressupõe e determina o ordenamento jurídico que ambas as partes irão cooperar para que a finalidade do contrato, tal como acordado entre elas, seja atingida e para que ambas possam usufruir das benesses advindas dessa relação contratual (= função social do contrato).

Essa é a razão pela qual a relação contratual – especialmente a relação contratual advinda de um contrato de execução diferida ou de longa duração – ser vista como processo, em sua totalidade, como um sistema de processos encadeados para viabilizar a consecução das finalidades pretendidas, o que faz nascer para as partes outras

obrigações (obrigações laterais) diversas da prestação principal.

Deste modo, esse dever de cooperação implica um “dever de consideração para o alter”.⁴⁸ Cooperar é, assim, “um dever de conduta do parceiro contratual segundo a boa-fé. É o simples agir com lealdade, é colaborar com o ‘outro’, para que possa cumprir com suas obrigações e possa alcançar suas expectativas legítimas e interesses naquele tipo contratual”.⁴⁹

Decorrente desse dever de consideração para [com] o alter imposto pela boa-fé e pelo dever de cooperação é que exsurtem para as partes deveres laterais (secundários, anexos),⁵⁰ pois como acentua Clóvis do Couto e Silva “Todos os deveres anexos podem ser considerados deveres de cooperação”.⁵¹ E entre esses deveres laterais de cooperação se insere também o dever (leal) de renegociação contratual (dever de lealdade) toda vez que a perturbação causada ao contrato de longa duração ou de execução diferida tenha o condão de sensivelmente alterar-lhe a base objetiva sobre a qual foi pactuado.

À primeira vista, quando se fala em dever lateral de renegociação contratual (oriundo da – boa-fé que deve presidir as relações obrigacionais e do dever de cooperação)⁵² surge um conflito com a ideia do *pacta sunt servanda*. Contudo, tal conflito, como pontua Marasco, é um conflito solo aparente.⁵³

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

Como o afirmamos acima, a relação contratual é polarizada pelo seu fim e pelo seu cumprimento. Os contratos são celebrados para serem cumpridos! Essa é uma afirmação que ainda é atual. É preciso haver, evidentemente, seriedade na palavra empenhada. Não se defende, aqui, a mera supressão do princípio do *pacta sunt servanda*. Este princípio ainda se traduz na razão de ser dos contratos (*ratio essendi*), consubstanciando-se na alma e na vida dos contratos.⁵⁴

O *pacta sunt servanda* é expressão do princípio da confiança que deve presidir as relações obrigacionais.⁵⁵ E a ideia da confiança (*Vertrauenstheorie*) é tão cara ao direito obrigacional que o ordenamento jurídico atribui responsabilidade à palavra dada antes mesmo da celebração de um contrato, falando-se, por exemplo, em culpa in contrahendo⁵⁶ e em eficácia vinculativa das cartas de intenções⁵⁷ [ambas tutelas das relações jurídicas das negociações contratuais (*Rechtsverhältnis der Vertragsverhandlungen*)].

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

Contudo, não se defende a supressão do princípio do “ *pacta sunt servanda*”. O dever de renegociação contratual não conflita com o princípio do *pacta sunt servanda* (do contrário, admitir que o princípio do *pacta sunt servanda* conflita com o dever de renegociação, equivaleria a defender uma contradição interna no próprio ordenamento jurídico, no Código Civil, haja vista que ele, ao mesmo tempo, prescreve a vinculação contratual, mas também admite a sua resolução por onerosidade excessiva).⁵⁸

Em verdade, a vinculação contratual nos contratos de longa duração é, em razão da influência do fator tempo no conteúdo das prestações, mais complexa.⁵⁹ Assim, o dever de renegociação contratual pode surgir [e somente assim o surge] quando desaparecida ou substancialmente modificada a base objetiva sobre a qual o negócio jurídico foi edificado, a fim de neutralizar os efeitos dessa perturbação ao contrato e restabelecer o originalmente acordado entre as partes, é dizer, restabelecer o equilíbrio original do sinalagma.⁶⁰

Sendo assim, em não havendo mais a base objetiva sobre a qual o negócio jurídico foi pactuado, inexistente, verdadeiramente, a base contratual que se pretende executar, daí o surgimento do dever de renegociação (obrigação de colaboração e cooperação na gestão do risco contratual nos contratos de longa duração),⁶¹ inclusive como expressão da boa-fé que deve presidir a execução do contrato.

Todo contrato que é celebrado possui duas bases jurídicas: (a) uma subjetiva; (b) e outra objetiva.

A primeira, a base subjetiva do negócio jurídico, interessa ao momento originário do contrato (motivos e vícios da vontade – campo das invalidades do negócio jurídico = vícios da vontade ou sociais do negócio jurídico).⁶²

Já a segunda, a base objetiva do negócio jurídico, que mais nos interessa para esse estudo, consubstancia-se justamente no complexo de circunstâncias externas ao negócio jurídico, cuja persistência deve ser razoável e objetivamente pressuposta para que se mantenha o escopo do contrato.⁶³

O conceito de base objetiva do negócio jurídico se traduziu em uma evolução das antigas teorias da *rebus sic stantibus*⁶⁴ e da pressuposição,⁶⁵ inicialmente delineada com originalidade e brilhantismo por Paul Oertmann⁶⁶ e depois aprimorada por Karl Larenz.⁶⁷

67

Inicialmente, a teoria delineada por Oertmann ainda era presa a uma certa subjetividade (representação mental que uma das partes tinha no momento da conclusão do negócio jurídico e que era conhecida em sua totalidade e não obstaculizada pela outra, ou a comum representação das diversas partes contratantes sobre a existência ou aparição de certas circunstâncias, nas quais se funda a vontade negocial),⁶⁸ o que acarretava certa insegurança jurídica.⁶⁹

Em sua obra *Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung*, Larenz procura dar uma conceituação mais objetiva, evitando os problemas advindos de um conceito que se prendesse a caracteres subjetivos. Assim, Larenz conceitua a base objetiva do negócio jurídico como sendo “o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência está devidamente pressuposta no contrato – soubessem-no ou não as partes –, já que, se assim não fosse, não se atingiria a finalidade do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria sentido, fim nem objeto”.⁷⁰

Deste modo, a análise das circunstâncias objetivas que compuseram a base negocial nada tem a ver com imprevisão (situação psicológica ou subjetiva dos contratantes), devendo ser aferida objetivamente.⁷¹ Era justamente o elemento subjetivo que fazia com que as teorias da imprevisão ou da pressuposição não pudessem responder adequadamente os problemas práticos que se surgiam no curso do cumprimento dos contratos de execução diferida ou de longa duração.⁷²

Essa concepção objetivada da perturbação ao cumprimento dos contratos de execução diferida ou de longa duração [alteração da base do negócio jurídico] é consentânea com o recente BGB § 313, cuja introdução se deu por meio da Lei de Modernização do Direito das Obrigações (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts), de 2000.⁷³

Deste modo, nem o dever de renegociação nem a teoria da base objetiva do negócio jurídico encerram em si a ideia de supressão do princípio do “ *pacta sunt servanda*”, e sim compatibilizam esse princípio com a causa, a função e a finalidade que o contrato inicialmente perseguia.⁷⁴

A necessidade de modificação ou adequação dos contratos de execução diferida ou de longa duração é, assim, a consequência jurídica do desaparecimento das circunstâncias (objetivas) sobre as quais o contrato foi edificado.⁷⁵

Nos contratos de execução diferida ou de longa duração é impossível a pretensão de imutabilidade nas circunstâncias fáticas durante toda a execução e duração do contrato.⁷⁶

Em verdade, não é a teoria da base objetiva do negócio jurídico nem a teoria do dever de renegociação que trazem em si insegurança contratual, mas sim, ao revés, é justamente a pretensão da imutabilidade nas circunstâncias fáticas nos contratos de execução diferida ou de longa duração que acarreta insegurança, tornando esse contrato uma "loteria", fonte de incertezas para as partes contratantes, que, em última análise, limitaria ou mesmo impediria que contratos com períodos mais longos pudessem ser pactuados.⁷⁷

É evidente que a celebração de todo e qualquer contrato traz, em si, a assunção de riscos, de tal sorte que se pode dizer que todo contrato tem em si uma álea⁷⁸ (um campo de incerteza), de modo que as perturbações que ocorrerem dentro dessa álea do contrato, álea normal do contrato, na feliz expressão do art. 1.467 do CC italiano,⁷⁹⁸⁰ não ensejam a revisão (renegociação ou judicialmente) ou a resolução do contrato (trata-se de uma onerosità tollerabile).⁸¹

Porém, essa assunção de riscos deve ser compatibilizada com a lembrança de que o contrato é sempre, em qualquer circunstância, uma operação jurídico-econômica que visa a garantir ambas as partes o sucesso de suas lícitas e legítimas pretensões.⁸² Há, assim, um limite de sacrifício (Opfergrenze) tolerado dentro da ideia de assunção de riscos, dentro da álea normal do contrato (rapporto di tolleranza ou zona di immunità o di tolleranza), cujo limite é variável e deve ser compatível conforme o tipo de contrato, sua causa e suas peculiaridades (alea contrattuale típica).⁸³ A álea normal do contrato constitui, assim, um critério a ser observado quando se analisa, in concreto, a necessidade de adequação (adequamento), revisão ou resolução de contratos de longa duração.⁸⁴

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

2.1 Notas e considerações acerca do dever de renegociação contratual

2.1.1 Cláusula de renegociação (cláusula hardship)

As cláusulas de renegociação (ou cláusulas hardship) se consubstanciam na previsão contratual celebrada entre as partes prevendo a possibilidade de renegociação do contrato caso sobrevenha significativa alteração das circunstâncias (perturbação da base objetiva), de sorte a afetar o equilíbrio econômico-jurídico contratual originalmente pactuado, visando a restabelecê-lo.⁸⁵

Em nosso sentir, a ausência da cláusula de renegociação não inviabiliza nem impede o dever legal (obrigação ex lege) de renegociar, bem como não impede a incidência legal da resolução contratual, caso sobrevenha a frustração ou o incumprimento da cláusula, ao contrário, compatibiliza-se com a determinação legal.⁸⁶

Contudo ela tem a vantagem de não só traduzir-se em desejo das partes, mas também de franquear-lhes a possibilidade de delinear os contornos e os campos de atuação da referida cláusula e, especialmente, a forma (método) a ser observada no esforço conjunto de readequar o contrato às suas bases originais.⁸⁷

Assim, por meio da cláusula de renegociação as partes podem discriminar as regras sobre como se desenvolverá o procedimento da renegociação, é dizer,

exemplificativamente, como se iniciará o procedimento, como se dará a comunicação entre as partes, prazos de comunicação (v.g. , respostas), tempo em que o procedimento deverá desenvolver-se etc.

Podem, ainda, como de fato tem se intensificado nos últimos tempos, recorrer à arbitragem como meio eleito para readequar o contrato, elegendo a Câmara de Arbitragem e árbitros, v.g.⁸⁸

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

2.1.2 Dever legal [obrigação ex lege] de renegociar. Princípio geral dos contratos de execução diferida ou de longa duração

Se as relações obrigacionais – especialmente as duradouras – traduzem-se, como vimos, em relações de cooperação, a boa-fé, por sua vez, apresenta-se como “el clima o el ambiente dentro del cual la relación patrimonial debe desenvolverse”,⁸⁹ criando um ambiente de confiança (trust).⁹⁰

E nesse ambiente de confiança recíproca que marca as relações de longa duração nasce para os contratantes um ambiente de renegociação permanente (cooperação renegociadora continuada),⁹¹ na busca de soluções de adequação ou readequação que permitam a conservação do contrato (princípio da conservação dos contratos, que se consubstancia em princípio fundamental do ordenamento jurídico e do qual o dever de renegociação contratual é clara expressão),⁹² sempre que essa relação duradoura sofra sensível perturbação nas prestações que lhe destrua base do negócio.

E nesse ambiente (de confiança recíproca)⁹³ no qual a relação jurídica patrimonial de longa duração deve desenvolver-se, a boa-fé passa a funcionar mais do que como standard comportamental⁹⁴ (bitola de comportamento); ela, boa-fé, passa a integrar o contrato (eficácia integrativa),⁹⁵ sendo fonte de direitos e deveres para as partes-contratantes.

É justamente como expressão dessa eficácia integrativa da boa-fé que surge o dever (obrigação ex lege) de renegociação contratual, consubstanciando-se a readequação do contrato (adequamento) como verdadeiro princípio geral dos contratos de execução diferida ou de longa duração,⁹⁶ de tal sorte que a fonte primeira do dever de renegociação contratual é a própria lei⁹⁷ (as obrigações devem ser executadas de boa-fé),⁹⁸ daí falar-se em obrigação legal de renegociar (= dever de renegociação).⁹⁹

Assim sendo, antes de contratual (caso as partes tenham previsto cláusula hardship) o dever de renegociação contratual se traduz em obrigação legal.

Nesse ínterim, em suma, a renegociação do contrato se afigura como a solução mais óbvia e preferível para o correto enfrentamento do problema da alteração das circunstâncias,¹⁰⁰ garantindo a sobrevivência do contrato (princípio da conservação dos contratos), o que está em consonância justamente com as modernas disciplinas que os Princípios Unidroit¹⁰¹ e o Código Europeu dos Contratos¹⁰² têm dado aos contratos.

102

2.1.3 Conteúdo do dever de renegociar. Adimplemento e inadimplemento do dever de renegociar

O dever de renegociar, seja advindo de previsão contratual, seja advindo da obrigação legal, prescreve, sempre, um dever de mútuo esforço das partes -contratantes no sentido de obterem a readequação do contrato, restabelecendo-se o equilíbrio

originalmente pactuado.

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

Trata-se, pois, de um dever de procedimento (dever procedimental = dever de cooperar para que a readequação seja possível), e não um dever de resultado. Conquanto, evidentemente, esse dever de procedimento seja orientado pelo resultado visado pelas partes (readequação do contrato), sua obrigação é de esforçar-se séria e efetivamente (esforçar-se de boa-fé; tentativa séria) nesse sentido (obrigação de meio), mas não se traduzindo, contudo, em uma obrigação de resultado (= efetivo êxito na renegociação).¹⁰³

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

Deste modo, a simples frustração no esforço de readequar o contrato não se traduz em inadimplemento do dever de renegociar (legal ou contratual).¹⁰⁴

Em verdade, o adimplemento das obrigações decorrentes do dever de renegociar se verifica no comportamento sério, ativo e de boa-fé das partes-contratantes no curso do procedimento de readequação do contrato. Sendo assim, da mesma forma que o próprio dever de renegociação nasce do princípio da boa-fé na execução das obrigações, essa mesma boa-fé se apresenta como o critério fundamental para indicar se o comportamento da parte durante o procedimento de readequação do contrato consubstanciou-se em comportamento cooperativo efetivo (sério e ativo) ou não.¹⁰⁵

Exemplificativamente, podem (não necessariamente caracterizam, posto que a caracterização efetiva acerca de eventual inadimplemento do dever de renegociação dependerá da avaliação in concreto do comportamento das partes durante o processo de renegociação, segundo a boa-fé objetiva) caracterizar inadimplemento do dever de renegociar: a recusa imotivada em participar ou dar curso ao procedimento de renegociação (procedimento de readequação contratual); o incumprimento em responder em tempo hábil (ou mesmo tempestivamente, em caso de obrigação de renegociação decorrente de cláusula hardship, haja vista que as partes podem estabelecer contratualmente os prazos de resposta); incumprimento do dever de examinar seriamente a proposta do outro, motivando a recusa (e, até mesmo, se possível efetuando contraproposta); silêncio da parte acerca da proposta do outro.¹⁰⁶

O inadimplemento no dever de renegociar pode dar margem (além, evidentemente, da possibilidade de revisão judicial do contrato ou de resolução do contrato por onerosidade excessiva) a eventual indenização por perdas e danos, caso a parte prejudicada com impossibilidade de conservar o contrato (em razão do incumprimento do dever de renegociar) demonstre e comprove ter efetivamente experimentado danos decorrentes desse inadimplemento (perda de uma chance, v.g.).¹⁰⁷

2.1.4 Abuso de direito no exercício do direito à renegociação

Um “risco” trazido pelo dever de renegociação é o desvirtuamento de sua finalidade, traduzindo-se em hipótese de mera protelação indevida do cumprimento das obrigações assumidas contratualmente.¹⁰⁸

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

Esse comportamento, que se consubstancia em efetivo abuso de direito [rectius:

exercício abusivo de posição (ou prerrogativa) jurídica ou abuso no exercício de posição jurídica], ¹⁰⁹ deve ser coibido, sancionando-se (punindo-se) esse comportamento desleal da parte.

O abuso de direito se consubstancia em ilicitude de meios ou ilicitude no exercício, de tal sorte que não é o direito em si mesmo que é ilícito, mas a forma disfuncional (o modus operandi) como o foi exercido que caracteriza a sua abusividade, sendo que o abuso de direito se traduz em ato ilícito (ilícito objetivo), exurgindo-se-lhes os consectários legais decorrentes de todo e qualquer ato ilícito. ¹¹⁰

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

2.1.5 Distinção entre renegociação e intervenção judicial nos contratos (revisão judicial do contrato e resolução contratual por onerosidade excessiva)

O dever de renegociação contratual (contratual ou legal), conquanto guarde íntima relação, não se confunde com os institutos da revisão judicial do contrato e da resolução do contrato por onerosidade excessiva.

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

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

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

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

Portanto, a revisão judicial do contrato aproxima-se, e muito, ao dever de renegociação; contudo, enquanto aquela readequação é feita pelo juiz (sentença determinativa, essa última é tentada pelas próprias partes-contratantes. Já a resolução do contrato por onerosidade excessiva se traduz na extinção judicial do contrato, ante a alteração das circunstâncias e da impossibilidade de conservar-se o contrato. ¹¹¹

2.1.6 Cláusula ou dever de renegociação contratual e intervenção do juiz no contrato. Sentença determinativa

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

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

circunstâncias.

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

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

O limite dessa revisão judicial do contrato é a própria autonomia privada.¹¹² Contudo, em sendo possível conciliar, judicialmente, os interesses originais das partes-contratantes (objetivamente considerados)¹¹³ com a readequação do contrato, deve o juiz, em respeito ao princípio da conservação dos contratos, proceder à revisão do contrato e não à sua resolução.

Nessa hipótese (revisão judicial do contrato), o juiz não substitui a vontade das partes, mas integra e participa do negócio jurídico (integra a relação jurídica material controvertida), proferindo sentença determinativa (festsetzendes Urteil),¹¹⁴ isto é, integrativa do negócio jurídico, na qual ele pode rever e modificar cláusulas contratuais [função criadora (Richterrecht)], a fim de restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico global do contrato, conforme originalmente pactuado entre as partes-contratantes (restabelecendo a base objetiva do negócio jurídico). Os parâmetros dados ao juiz para rever e reescrever as cláusulas contratuais afetadas pela alteração das circunstâncias são os próprios parâmetros que integram a base objetiva do negócio jurídico.¹¹⁵

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

3. CONCLUSÃO

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

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

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

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. Revista de Direito do Consumidor. vol. 14. p. 20-27. São Paulo: Ed. RT, abr.-jun. 1995.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

ALPA, Guido. Princípios gerais e direito dos contratos. Um inventário de dicta e de

questões. In: PINTO MONTEIRO, António (coord.). *Contratos: actualidades e evolução* (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

ANSCHÜTZ, Gerhard. *Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919* (ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis). 14. ed. Berlin: Verlag von Georg Stilke, 1933.

ANTUNES VARELA, João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2000. vol. 1.

ARAÚJO, Fernando. *Teoria econômica do contrato*. Coimbra: Almedina, 2007.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Função social da propriedade*. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel. *Principais controvérsias no novo Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2006.

—-. *A função social dos contratos no novo Código Civil*. In: PASINI, Nelson et al. *Simpósio sobre o novo Código Civil brasileiro*. São Paulo, 2003.

BETTI, Emilio. *Teoria general de las obligaciones*. Trad. José Luis de Los Mozos. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1969. t. I.

BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função – Novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.

BONELL, Michael Joachim. *La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato?* *Rivista del diritto commercial*. ano 76. Milano: Casa Editrice Dr. Francesco Villardi, set.-out. 1978.

BOSELLI, Aldo. *Rischio, alea ed alea normale del contratto*. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 1948.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de direito privado"*. In: PINTO MONTEIRO, António (coord.). *Contratos: actualidades e evolução* (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

—-. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

—-. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts). 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1983.

CESARO, Vincenzo Maria. *Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. A cura di Giorgio Cian. 9. ed. Padova: Cedam, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis do. *A obrigação como processo*. Rio de Janeiro: FGV, 2007.

CRISCUOLO, Fabrizio. *Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del Giudice) di equità*. *Rivista dell'Arbitrato*. Milano: Giuffrè, 1999.

DANZ, Erich. *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte* (zugleich ein Beitrag zur Rechts – und Tatfrage). 3. ed. Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1911.

—-. *A interpretação dos negócios jurídicos*. São Paulo: Saraiva, 1941.

DEMOLOMBE, Jean-Charles Florent. Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles. Paris: A. Lahure, 1880. vol. 24. t. I.

DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial – Introducción, teoría del contrato, las relaciones obligatorias. Reimpressão. Madrid: Tecnos, 1972. vol. 1.

ENNECCERUS, Ludwig; NIPPERDEY, Hans Carl. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. In: ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts). 15. ed. rev. e atual. por Hans Carl Nipperdey (Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte). Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1959. vol. 1, t. I.

—; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts (Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts). 15. ed. rev. e atual. por Hans Carl Nipperdey, (Allgemeine Lehren, Personen, Rechtsobjekte). Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1959. vol. 1, t. I.

—; —; —. Tratado de derecho civil – Parte general. Introducción, derecho objetivo, derechos subjetivos, sujeto del derecho e objeto del derecho. 2. ed. rev. e atual. por Hans Carl Nipperdey. Barcelona: Bosch, 1953. t. I.

FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. A boa-fé e a violação positiva do contrato. 2. tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

—-. Adimplemento e extinção das obrigações. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). Biblioteca de direito civil – Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 6.

FOUILLÉE, Alfred. La science sociale contemporaine. 2. ed. Paris: Librairie Hachete et Cie, 1885.

—-. La ciencia social contemporánea. Madrid: La España Moderna, 1922.

GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe. Le juste et l'utile dans les effets du contrat. In: PINTO MONTEIRO, António (coord.). Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

GILMORE, Grant. La morte del contratto (com prefácio de Guido Alpa). Milano: Giuffrè, 1999.

GIORGIANNI, Michele. La morte del Codice Ottocentesco. Rivista di diritto civile. vol. 1. p. 52-55. Padova: Cedam, 1980.

GOMES, Júlio. Cláusulas de hardship. In: PINTO MONTEIRO, António (coord.). Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

GOMES, Orlando. A caminho dos microssistemas. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

—-. Transformações gerais do direito das obrigações. São Paulo: Ed. RT, 1967.

HÖRSTER, Heinrich Ewald. A parte geral do Código Civil português – Teoria geral do direito civil. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2009.

JHERING, Rudolf von. Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Veträgen. Geammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Aalen: Scientia, 1981.

vol. 1. reimp. da edição de Jena, 1881.

—-. Culpa in contrahendo ou indemnização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Coimbra: Almedina, 2008.

KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes – Princípios metafísicos da doutrina do direito. Parte I. Lisboa: Edições 70, 2004.

LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956.

—-. Derecho civil – Parte general. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978.

—-. Derecho de obligaciones. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958. t. I.

—-. Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung (Die Bedeutung "veränderter Umstände" im Zivilrecht). 3. ed. München-Berlin: Verlag C. H. Beck, 1963.

—-. Lehrbuch des Schuldrechts, (Allgemeiner Teil). 14. ed. München: C. H. Beck Verlag, 1987. vol. 1.

—-; WOLF, Manfred. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 9. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2004.

LAURENT, François. Cours élémentaire de droit civil(arts. 711 a 1233). Bruxelles: Bruylant-Christophe et Cie., 1881. t. II

MACARIO, Francesco. Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine, Napoli: Jovene, 1996.

MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione del contratto – Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale. Padova: Cedam, 2006.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado – Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. RT, 1999.

—-. Comentários ao novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 5, t. II.

MASSIMO BIANCA, Cesare. Diritto civile(Il contratto). 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. vol. 3.

—-. Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio de buena fe en el derecho privado europeo. In: CÓRDOBA, Marcos M. (dir.). Tratado de la buena fe en el derecho. 1. reimp. Buenos Aires: La Ley, 2005.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da boa fé no direito civil. 3. reimp. Coimbra: Almedina, 2007.

—-. Da modernização do direito civil. Aspectos gerais. Coimbra: Almedina, 2004. vol. 1.

MORELLO, Augusto M. Contrato y proceso – Aperturas. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1990.

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

NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) – Uma análise histórica e cultural, Tese de Livre-Docência, São Paulo, PUC-SP/Faculdade Paulista de Direito, 2004.

NERY JUNIOR, Nelson. A base do negócio jurídico e a revisão do contrato. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos et al (coords.). Questões de direito civil e o novo Código. São Paulo: MPSP/Imprensa Oficial, 2004.

—-. Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETO, Domingos et al. O novo Código Civil – Homenagem ao Professor Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2007.

—-. Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo. Revista de Direito Privado. vol. 5. p. 192-222. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2001.

—-. Da proteção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007.

—-; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código Civil comentado. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009.

OERTMANN, Paul. Die Geschäftsgrundlage: eine neuer Rechtsbegriff, A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl. Leipzig-Erlangen, 1921.

—- . Introducción al derecho civil. Barcelona: Labor, 1933.

OTHON SIDOU, José Maria. A revisão judicial dos contratos e outras figuras jurídicas: a cláusula rebus sic stantibus; dos efeitos da fiança; empresa individual de responsabilidade limitada. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

PINTO MONTEIRO, António. Discurso. In: —- (coord.). Contratos: actualidades e evolução (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de novembro de 1991). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997.

PLANIOL, Marcel. Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit. 9. ed. Paris: LGDJ, 1923. t. II.

PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. Discours préliminaire au premier projet de Code Civil. Bordeaux: Confluences, 1999.

POSENATO, Naiara; NALIN, Paulo (orgs. do volume traduzido). Código europeu dos contratos – Projeto preliminar (Livro primeiro – Dos contratos em geral). Curitiba: Juruá, 2008.

POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro da consciencia, e do foro externo. Trad. José Homem Corrêa Telles. Rio de Janeiro/Paris: H. Garnier, 1906. t. I.

PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. El contrato en general (Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil. 2. ed. reimp. Lima: Palestra, 2003. t. I e II.

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

RASELLI, Alessandro. Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze. In: TRABUCCHI, Alberto (org.). Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti (diritto processuale). Padova: Cedam, 1950. vol. 2.

RIPERT, Georges. O regime democrático e o direito civil moderno. São Paulo: Saraiva, 1937.

ROPPO, Enzo. O contrato. Coimbra: Almedina, 2009.

ROPPO, Vincenzo. Istituzioni di diritto privato. 5. ed. Bologna: Monduzzi, 2005.

—. Rimedi. 2. vol. 5. In: — (dir.). Trattato del contratto. Milano: Giuffrè, 2006.

SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Abuso de direito. Dissertação de mestrado, São Paulo, PUC-SP/Faculdade Paulista de Direito, 2009.

—. Algumas considerações sobre o perfil atual do direito das obrigações. Revista de Direito Privado. vol. 37. p. 258-272. São Paulo: Ed. RT, jan.-mar. 2009.

SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

TARTAGLIA, Paolo. L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie. Milano: Giuffrè, 1987.

TRABUCCHI, Alberto. Istituzioni di diritto civile. A cura di Giuseppe Trabucchi. 44. ed. Padova: Cedam, 2009.

TRAISCI, Francesco Paolo. Sopravvenienze contrattuali e rinegoziatione nei sistemi di civil e di common law. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

VILLELA, João Baptista (editor responsável) et al. Princípios Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais/2004. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

WIEACKER, Franz. História do direito privado moderno. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

—. Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung). 2. reimpr. inalterada da 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996.

WINDSCHEID, Bernhard. Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Basel, 1850.

—. Die Voraussetzung. Archiv für die civilistische Praxis. 1892. vol. 78. p. 161-202, republicado em —. Kleine Schriften, Reden und Rezensionen. Zentralantiquariat der Deutschen Demokratischen Republik. Leipzig, 1984 (1859-1892). vol. 2.

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

2 NERY JUNIOR, Nelson. Da protecção contratual. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al.

Código brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto. 9. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2007. p. 507. A esse respeito, v. também WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung)*. 2.^a reimpr. inalterada da 2. ed. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1996, § 25, IV, 3, p. 483: "Denn als fachjuristische Leistung ist das Bürgerliche Gesetzbuch ein Meisterwerk: damals die jüngste und modernste der europäischen Rechtsordnungen. In der Tat wurde es als das zur Zeit fortgeschrittenste Gesetzbuch der Welt begrüßt und trat nicht nur in Europa fast ebenbürtig neben den bisher allein vorbildlichen Kodifikationstyp des Code civil"; WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, § 25, IV, 3, p. 554: "De facto, como contribuição da técnica jurídica, o Código Civil alemão constitui uma obra prima; então ele era a ordem jurídica mais jovem e mais moderna da Europa. Na realidade, ele foi saudado como o Código mais progressivo de todo o mundo da época e passou a constituir, e não apenas na Europa, uma peça do mesmo nível do Code Civil, até então tomado como modelo exclusivo".

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

4 Dizemos simbolicamente na atual compreensão que se tem dado à expressão força de lei. Nesse sentido, cfr. Giorgio Cian e Alberto Trabucchi, em comentário ao CC italiano, art. 1.372 ("Efficacia del contratto. Il contratto ha forza di legge tra le parti"), cuja redação é inspirada no art. 1.134 do CC francês: "l'expression 'il contr. ha forza di legge tra le parti' avrebbe carattere enfatico, e non un preciso significato giur". (CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. *Commentario breve al Codice Civile*. 9. ed. (a cura di Giorgio Cian). Padova: Cedam, 2009, coment. I, art. 1.372 do CC italiano, p. 1437).

5 Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade e a justiça contratual na "sociedade de direito privado". In: PINTO MONTEIRO, António (coord.). *Contratos: actualidades e evolução* (Actas do Congresso Internacional organizado pelo Centro Regional do Porto da Universidade Católica Portuguesa de 28 a 30 de Novembro de 1991). Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1997. p. 52. V. ainda PORTALIS, Jean-Etienne-Marie. *Op. cit.*, p. 61: "la nation française, qui a su conquérir la liberté par les armes, saura la conserver et'affermir par le lois".

6 Cfr. WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte cit.*, § 19, IV, 3, p. 344: "Der Code civil ist ein Privatrechtsgesetzbuch höchsten Ranges. Im straffen und durchsichtigen Aufbau und der klaren epigrammatischen Sprache, an der sich ein Stendhal inspiriert zu haben bekannte, ist er beiden deutschen Gesetzbüchern seiner Zeit überlegen; die 'Vernünftigkeit' und Rationalität der Rechtsnormen teilt er mit ihnen. Sein starkes politisches Pathos gibt ihm eine geistige Geschlossenheit und Stilreinheit, wie sie eher noch dem au seiner älteren Staatsidee hervorgegangenen ALR eigen ist als dem ABGB"; WIEACKER, Franz. *História cit.*, § 19, IV, 3, p. 391: "O Code Civil é um Código de direito privado de primeira plana. Na sua estrutura rigorosa e transparente, na sua linguagem clara e epigramática, na qual um Stendhal reconheceu ter-se inspirado, ele é superior a qualquer dos anteriores Códigos alemães; a racionalidade e razoabilidade das normas jurídicas partilha-a ele com os restantes dois. A sua forte tensão política confere-lhe uma coesão e uma pureza de estilo que, nos outros, acaba por ser mais característica do ALR, ainda proveniente de uma concepção do Estado do antigo regime, do que do ABGB".

7 Sobre a influência do Code Civil no direito alemão, cfr., entre outros WIEACKER, Franz. *Privatrechtsgeschichte cit.*, § 19, III e IV, p. 338 et seq, especialmente p. 342; WIEACKER, Franz. *História cit.*, § 19, III e IV, p. 385 et seq, especialmente p. 389; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*

(Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts). 15. ed. rev. e atual. por Hans Carl Nipperdey) p. 40-41; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. Tratado de derecho civil – Parte general. (Introducción, derecho objetivo, derechos subjetivos, sujeto del derecho e objeto del derecho). 2. ed. Barcelona: Bosch, 1953. t. I, § 9, III, p. 28.

8 Na obra de Pothier, cfr., por exemplo, POTHIER, Robert Joseph. Tratado das obrigações pessoais e recíprocas nos pactos, contractos, convenções, etc. que se fazem a respeito de fazendas ou dinheiro, segundo as regras do foro das consciências, e do foro externo. Trad. José Homem Corrêa Telles. Rio de Janeiro/Paris: H. Garnier, 1906. t. I, § 3.º, p. 4, e § 85, p. 58 et seq.

9 FOUILLÉE, Alfred. La science sociale contemporaine. 2. ed. Paris: Librairie Hachete et Cie., 1885, III, p. 53 e V, p. 352: “La civilisation n’a fait que développer les vertus dont le contract dépend et qui sont les vertus sociales par excellence: le souci de la liberté personnelle, le respect pour la liberté des autres, la fidélité à sa parole, la confiance dans la parole d’autrui (...) La liberté individuelle est le point de départ, l’union fraternelle des libertés est le point d’arrivée”. V. também ROPPO, Enzo. Op. cit., § 2.3, p. 28-29.

10 Cfr. FOUILLÉE, Alfred. Op. cit., III, p. 45-47. Essa expressão justice contractuelle ganha nova roupagem na doutrina francesa moderna; cfr. GHESTIN, Jacques; JAMIN, Christophe. Le juste et l’utile dans les effets du contrat. In: PINTO MONTEIRO, António (coord.). Op. cit., p. 123 et seq.

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

12 Nesse sentido, cfr. ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. Função social da propriedade. In: GOZZO, Débora; MOREIRA ALVES, José Carlos; REALE, Miguel. Principais controvérsias no novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 18-19.

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

14 Nesse sentido, cfr. a exaltação de Demolombe, ao comentar o art. 1.134 do CC francês: “Et d’abord, que toute convention, légalement formée, doit tenir lieu de loi aux parties, cela est d’évidence! Cet effet-là est essentiel! Puisque, autrement, la convention elle-même n’existerait pas” (DEMOLOMBE, Jean-Charles Florent. Cours de Code Napoléon. Traité des contrats ou des obligations conventionnelles. Paris: A. Lahure, 1880. vol. 24. t. I do Tratado, § 387, p. 372); e LAURENT, François. Cours élémentaire de droit civil(arts. 711 a 1.233). Bruxelles: Bruylant-Christophe et Cie., 1881. t. II, § 544, p. 391: “La loi est l’expression de la volonté générale; elle oblige non-seulement les citoyens, elle oblige aussi le pouvoir chargé d’exécuter les lois et le pouvoir chargé de les appliquer. Toute considération d’équité est subordonnée à la loi; le juge doit l’appliquer, alors même qu’elle lui paraît injuste: il n’a pas pour mission de juger la loi, il doit juger d’après la loi (...) Le juge aussi est lié par les conventions des parties, il ne peut pas les modifier au nom de l’équité”. A esse respeito, v., ainda, PLANIOL, Marcel. Traité

élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des facultés de droit. 9. ed. Paris: LGDJ, 1923. t. II, §§ 1164/1167, p. 393-394.

15 Embora, curiosamente, tenha sido a França um dos primeiros países, no começo do século XX, a editar leis admitindo a resolução de contratos em razão da perturbação nas prestações ocasionada pela situação de guerra. V. Loi Faillot, de 21.01.1918.

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

17 ROPPO, Enzo. Op. cit., § 3.3, p. 38.

18 Sobre os trabalhos de elaboração do BGB, cfr., entre outros, WIEACKER, Franz. Privatrechtsgeschichte cit., § 25, p. 468; _____. História cit., § 25, p. 536 et seq; e ENNECERUS, Ludwig; NIPPERDEY Hans Carl. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. In: _____. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts cit., § 11, p. 42 et seq; ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin [revisado por Hans Carl Nipperdey]. Tratado cit., t. I, § 11, p. 29 et seq.

19 Um Código que é um sistema, mas que não é fechado, que também não é aberto, e que é, sim, móvel [dotado de mobilidade a ensejar aperfeiçoamento por intermédio do exercício, da aplicação e da interpretação das cláusulas gerais]; NERY JUNIOR, Nelson. A base do negócio jurídico e a revisão do contrato. In: REIS, Selma Negrão Pereira dos (coord.) et al. Questões de direito civil e o novo Código. São Paulo: MPSP/Imprensa Oficial, 2004. p. 48. V. também, CANARIS, Claus-Wilhelm. Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts). 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1983, § 4, p. 74 et seq; _____. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008, § 4.º, p. 127 et seq.

20 NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. In: FRANCIULLI NETO, Domingos et al. O novo Código Civil – Homenagem ao Professor Miguel Reale. 2. ed. São Paulo: Ed. LTr, 2007. p. 421-423; e WIEACKER, Franz. Privatrechtsgeschichte cit., § 25, III, p. 474 et seq; _____. História cit., § 25, III, p. 545 et seq. A esse respeito, cfr. também GIORGIANNI, Michele. La morte del Codice Ottocentesco. Rivista di diritto civile. Padova: Cedam, 1980. vol. 1, p. 52-55, em especial p. 53:

“Il codice dell’800 non solo è al tramonto – dicevo – ma è morto. È morto perché è cambiato l’ambiente culturale in cui esso era sorto, perché è morta quella civiltà che esso era chiamato a disciplinare (...) Il codice dell’800, come è stato ricordato ieri, operava in una società che esaltava l’individuo. La società attuale all’individuo deve necessariamente aggiungere una qualificazione che richiama il gruppo economico a cui appartiene.”

21 NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais. O novo Código Civil – Homenagem ao professor Miguel Reale cit., § 22, p. 430-431; LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 9. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2004, § 3, VI, 2, n. 84, p. 65-66; LARENZ, Karl. Derecho civil – Parte general. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1978, § 1.º, IV, p. 33-34.

A esse respeito, cfr. também GIORGIANNI, Michele. Op. cit., p. 55: “La nuova tecnica normativa fa talora gridare che è finita la certezza del diritto, mas in realtà, è la fine di un certo tipo di certezza, no la fine della certezza. Certo la nuova técnica finisce con l’attribuire al giudice maggiori poteri. Ma l’esperienza dimostra che il giudice – anche allorché operava in un campo lo costringeva a minore latitudine interpretativa – non è stato mai sordo ai richiami dell’ambiente in cui vivera. L’idea di un giudice che operasse in un ambiente che lo isolava dalla luce e dai rumori esterni, è sicuramente fuori della

realtà”.

Na Alemanha, como noticia WIEACKER, Franz. Privarechtsgeschichte... cit., § 25, III, 3, p. 476-477; _____. História... cit., § 25, III, 3, p. 545-546, esse sistema móvel que conclama o juiz à autorresponsabilidade, encontrou (na Alemanha) uma jurisprudência civilista que se mostrou “suficientemente adulta para satisfazer as exigências que as cláusulas gerais colocam à ‘obediência inteligente’ do juiz (Heck) quando ela, a partir das crises da primeira guerra mundial, começou, com uma calma reflectida e ponderação, a preencher as cláusulas gerais com uma nova ética jurídica e social”.

No Brasil, onde esse modelo de Código Civil aberto ainda é relativamente novo (o atual Código Civil brasileiro é de 2002), a jurisprudência ainda vem evoluindo entre a tensão da segurança jurídica e o uso responsável das cláusulas gerais; a esse respeito, como pontuou ASCENSÃO, José Oliveira, em entrevista ao sítio eletrônico Consultor Jurídico, em 12.10.2009

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

22 Mobilidade essa que é responsável pela sobrevivência do BGB até os dias de hoje; NERY JUNIOR, Nelson. Contratos no Código Civil – Apontamentos gerais cit., § 4, p. 421; e GOMES, Orlando. A caminho dos microsistemas. Novos temas de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1983. p. 42.

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

24 Embora o art. 1.134 do CC francês, 3.^a parte, já contivesse preceito preconizando que os contratos deveriam ser executados de boa-fé (“Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi”), a interpretação hipertrofiada que se dava ao contrato na exegética francesa impediu que essa previsão tivesse gozado do impacto e da relevância do BGB § 242 (“Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”, no espanhol “El deudor está obligado a efectuar la prestación como exigen la fidelidad y la buena fe en atención a los usos del tráfico”).

25 Cfr. Constituição mexicana (1917) art. 4.^o: “El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa”; e Constituição de Weimar (1919) Art. 152: “Im Wirtschaftsverkehr gilt Vertragsfreiheit nach Maßgabe der Gesetze. Wucher ist verboten. Rechtsgeschäfte, die gegen die guten Sitten verstoßen, sind nichtig” (“Em matéria econômica vigora a liberdade contratual, conforme estabelece a lei. A usura é proibida. Os negócios jurídicos contrários aos bons costumes são nulos”). V. ANSCHÜTZ, Gerhard. Die Verfassung des Deutschen Reichs

vom 11. August 1919 (ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis). 14. ed. Berlin: Verlag von Georg Stilke, 1933, coment. art. 152, p. 701 et seq .

26 LARENZ, Karl. Op. cit., § 2.º, p. 44 et seq.

27 ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Direito das obrigações. 11. ed. Coimbra: Almedina, 2008. § 23, p. 203; PINTO MONTEIRO, António. Op. cit., p. 21.

28 Cfr. GILMORE, Grant. La morte del contratto (com prefácio de Guido Alpa). Milano: Giuffrè, 1999. passim, especialmente p. 49 et seq, no qual o autor prega a morte do contrato ("il contratto sia morto"), pretendendo substituí-lo pela Teoria da Consideration (v. p. 3-4). A esse respeito, cfr. também ARAÚJO, Fernando. Teoria econômica do contrato. Coimbra: Almedina, 2007. § 47, p. 706 et seq.

29 ARAÚJO, Fernando. Op. cit., § 47, p. 707; ALMEIDA COSTA, Mário Júlio de. Op. cit., § 23, p. 201-203; e ANTUNES VARELA, João de Matos. Das obrigações em geral, vol. 1, 10. ed. (5. reimp.). Coimbra: Almedina, 2000. § 53, nota 1, p. 211-212.

30 Cfr. CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade... cit., § 2, p. 51 e 61. V., ainda, HÖRSTER, Heinrich Ewald. A parte geral do Código Civil português – Teoria geral do direito civil. 5. reimp. Coimbra: Almedina, 2009. § 90, p. 55: "De outro modo, uma autonomia privada, baseada numa igualdade formal sem limitações, conduziria, em etapas sucessivas, à eliminação dos mais fracos pelos mais fortes e à eliminação da própria autonomia privada. No entanto, 'a autonomia privada não está à disposição da autonomia privada' (RÜTHERS, Bernd. Allgemeiner Teil des BGB, 8. ed. München, 1991, n. 40, ver também n. 24; KÖHLER, Helmut. BGB Allgemeiner Teil. 21. ed. München, 1991. p. 105-106)".

31 Cfr. art. 1.374 do CC italiano: "Integrazione del contratto. Il contratto obbliga le parti non solo a quanto e nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità".

V., ainda, CRISCUOLO, Fabrizio. Equità e buona fede come fonti di integrazione del contratto. Potere di adeguamento delle prestazioni contrattuali da parte dell'arbitro (o del Giudice) di equità. Rivista dell'Arbitrato. Milano: Giuffrè, 1999. p. 73.

32 KANT, Immanuel. Metafísica dos costumes – Princípios metafísicos da doutrina do direito. Parte I. Lisboa: Edições 70, 2004. p. 36-37: O Direito é, pois, "o conjunto de condições sob as quais o arbítrio de um se pode harmonizar com o arbítrio do outro, segundo uma lei universal (...) uma acção que, ou cuja máxima, permite à liberdade do arbítrio de cada um coexistir com a liberdade de todos, de acordo com uma lei universal".

33 PINTO MONTEIRO, António. Op. cit., p. 21: "Diagnosticou-se a 'crise' do contrato, apregou-se o seu 'declínio', anunciou-se a sua 'morte' – mas é a sua vitalidade jurisdicção que ressalta". V. também ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., § 59, p. 228-229.

34 ROPPO, Enzo. Op. cit., § 1.2, p. 10-15; PINTO MONTEIRO, António. Op. cit., p. 21.

35 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código Civil comentado. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2009. comentários 3 e 7 ao art. 421 do CC/2002, p. 529-530; HÖRSTER, Heinrich Ewald. Op. cit., § 83, p. 52. Dissertando sobre relevância da liberdade contratual para a sociedade de direito privado e sobre a estreita relação entre ela (liberdade contratual) e o princípio da democracia, v. CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade... cit., p. 51 e 56.

Ainda sobre a importância da liberdade contratual para a Democracia, vale registrar que a Rússia, após o fim do Comunismo, passou a proteger, já na abertura de seu atual Código Civil, a liberdade contractual, bem como reconhecer as garantias da liberdade

individual, direito de propriedade; 1.º do CC russo:

“The civil legislation shall be based on recognizing the equality of participants in the relationships regulated by it, the inviolability of property, the freedom of agreement, the inadmissibility of anybody’s arbitrary interference into the private affairs, the necessity to freely exercise the civil rights, the guarantee of the reinstatement of the civil rights in case of their violation, and their protection in the court” (destacamos).

36 *Idem*, p. 56: “Se se quer responder à questão da razão da legitimação da liberdade contratual, é preciso ter sempre em conta que, no fundo, só existe uma alternativa: a elaboração dos negócios jurídicos pelo Estado, através dos meios do poder público. Portanto, só em comparação com esta alternativa é que se pode dar um testemunho razoável sobre a validade ou a futilidade da liberdade contratual”.

37 Cfr. BOBBIO, Norberto. Da estrutura à função – Novos estudos de teoria do direito. Barueri: Manole, 2007. especialmente Capítulo 4, p. 53 et seq. V., ainda, Santos, Thiago Rodovalho dos. Abuso de direito. Dissertação de Mestrado, São Paulo, PUC-SP/Unip, 2009. § 1.º, p. 17 et seq, e § 3.1.5, p. 77-86.

38 Cfr. Constituição de Weimar (1919), art. 153:

“Das Eigentum wird von der Verfassung gewährleistet. Sein Inhalt und seine Schranken ergeben sich aus den Gesetzen. Eine Enteignung kann nur zum Wohle der Allgemeinheit und auf gesetzlicher Grundlage vorgenommen werden. Sie erfolgt gegen angemessene Entschädigung, soweit nicht ein Reichsgesetz etwas anderes bestimmt. Wegen der Höhe der Entschädigung ist im Streitfalle der Rechtsweg bei den ordentlichen Gerichten offen zu halten, soweit Reichsgesetze nichts anderes bestimmen. Enteignung durch das Reich gegenüber Ländern, Gemeinden und gemeinnützigen Verbänden kann nur gegen Entschädigung erfolgen. Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste” (“A propriedade é garantida pela Constituição. Seus conteúdos e suas limitações decorrem das leis. A desapropriação somente poderá ser feita se atender ao bem comum e exista base legal para isso. Far-se-á sempre mediante adequada indenização, salvo se a lei do Reich dispuser em contrário. Caso haja litígio o valor da indenização poderá ser discutido nos tribunais ordinários, salvo se as leis do Reich dispuserem diversamente. O Reich somente poderá desapropriar os Estados, Municípios e coletividades de interesse geral mediante indenização. A propriedade obriga. Seu uso deve constituir, ao mesmo tempo, um serviço no mais alto interesse público”). V. ANSCHÜTZ, Gerhard. Op. cit., coment. art. 153, p. 703-721.

39 Limite negativo (o que não se pode fazer), CANARIS, Claus-Wilhelm. A liberdade... cit., p. 58. V. também HÖRSTER, Heinrich Ewald. Op. cit., §§ 107/108, p. 65-66.

40 BETTI, Emilio. Teoria general de las obligaciones. Trad. José Luis de Los Mozos. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1969. t. I, p. 2 et seq: “la idea de cooperación es el hilo conductor que sirve para orientar al jurista a través de las cuestiones más importantes del Derecho de obligaciones” [p. 3]. No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. Comentários ao novo Código Civil – Do inadimplemento das obrigações (arts. 389 a 420). Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2003. vol. 5, t. II, p. 20-30; e SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Algumas considerações sobre o perfil atual do direito das obrigações. RDPriv 37/261 . V., ainda, MACARIO, Francesco. Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine. Napoli: Jovene, 1996. p. 410, que faz referência à obrigação de cooperação como expressão da solidariedade recíproca existente nos contratos relacionais.

41 NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Vínculo obrigacional: relação jurídica de razão (técnica e ciência de proporção) – Uma análise histórica e cultural. Tese de Livre-Docência, São Paulo, PUC-SP/Faculdade Paulista de Direito/Departamento de Direito Civil, Processual Civil e do Trabalho, 2004. p. 199-210.

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

43 COUTO E SILVA, Clóvis do. A obrigação como processo. Rio de Janeiro: FGV, 2007. p. 17: "O adimplemento atrai e polariza a obrigação. É o seu fim". No mesmo sentido, SILVA, João Calvão da. Cumprimento e sanção pecuniária compulsória. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2007. §§ 14/15, p. 62 e § 17, p. 70.

44 Cfr, entre outros, NERY JUNIOR, Nelson. Da proteção contratual. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. CDC cit., p. 504 et seq; MASSIMO BIANCA, Cesare. Técnicas de formación del contrato y tutela del contratante débil: el principio de buena fe en el derecho privado europeo. In: CÓRDOBA, Marcos M. (dir.). Tratado de la buena fe en el derecho. Buenos Aires: La Ley, 2005. 1. reimp., t. II, Cap. X, p. 189 et seq; e MASSIMO BIANCA, Cesare. Diritto civile. (Il contratto). 2. ed. Milano: Giuffrè, 2000. vol. 3 p. 373 et seq.

45 MACARIO, Francesco. Op. cit., p. 12-13 e 73.

46 NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Vínculo obrigacional... cit., p. 118.

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

48 COUTO E SILVA, Clóvis do. Op. cit., p. 33. No mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado – Sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 412; _____. Comentários... cit., p. 42.

49 MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor – O novo regime das relações contratuais. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2006. p. 1024.

50 Sobre deveres laterais decorrentes da boa-fé, cfr., entre outros, COUTO E SILVA, Clóvis do. Op. cit., p. 91-98; FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. A boa-fé e a violação positiva do contrato. 2.^a tir. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 75-119; MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé... cit., p. 437-454; AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. A boa-fé na relação de consumo. RDC 14/26 -27; NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato – Novos paradigmas. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 150-156.

51 COUTO E SILVA, Clóvis do. Op. cit., p. 96.

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

53 MARASCO, Gerardo. La rinegoziazione del contratto – Strumenti legali e convenzionali a tutela dell'equilibrio negoziale. Padova: Cedam, 2006. p. 1 et seq. É igualmente

aparente o conflito da renegociação contratual com o princípio da autonomia privada, nesse sentido, cfr. MACARIO, Francesco. Op. cit., p. 232 e 322 (a esse respeito, v. também MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 97-98).

54 ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. A função social dos contratos no novo Código Civil. In: PASINI, Nelson et al. Simpósio sobre o novo Código Civil brasileiro. São Paulo, 2003. p. 89. V., também, SILVA, João Calvão da. Op. cit., § 16, p. 69, e § 35, p. 159.

55 Cfr. ANTUNES VARELA, João de Matos. Op. cit., § 58, B, p. 227.

56 Cfr. JHERING, Rudolf von. Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Veträgen. Gesammelte Aufsätze aus den Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts. Aalen: Scientia, 1981. vol. 1 (reimpressão da edição de Jena, 1881), p. 327-425; podendo ser consultado também na tradução portuguesa, JHERING, Rudolf von. Culpa in contrahendo ou indenização em contratos nulos ou não chegados à perfeição. Coimbra: Almedina, 2008. p. 18 et seq. V., ainda, NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barrieto Borriello de Andrade. Código Civil comentado cit., coment. 24 CC 422, p. 539.

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

58 Cfr., no Peru, arts. 1.361 e 1.440 do CC peruano. V. PUENTE Y LAVALLE, Manuel de la. El contrato en general (Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil). 2. ed. Lima: Palestra, 2003. t. I, (reimp.), coments. CC peruano, art. 1.361, p. 311 et seq, e idem, art. 1.440 do CC peruano, p. 593 et seq; na Itália, cfr. arts. 1.372 e 1.467 do CC italiano. V. MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 4.

59 ARAÚJO, Fernando. Op. cit., § 26-A, p. 376-378; e GOMES, Júlio. Cláusulas. Op. cit., p. 183.

60 MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 2 e 4.

61 MACARIO, Francesco. Op. cit., p. 213.

62 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barrieto Borriello de Andrade. Código Civil comentado cit., coments. 26/27 ao art. 422, CC/2001, p. 540; e LARENZ, Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956. Cap. 1, IV, p. 38.

63 CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., coment. VIII CC italiano, art. 1.353, p. 1420; e NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado cit., coments. 28 ao art. 422 do CC/2002, p. 540.

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

65 WINDSCHEID, Bernhard. Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung. Basel, 1850; _____. Die Voraussetzung. Archiv für die civilistische Praxis (AcP) (1892). vol. 78, p. 161-202. republicado em WINDSCHEID Bernhard. Kleine Schriften, Reden und Rezensionen. Zentralantiquariat der Deutschen Demokratischen Republik. Leipzig, 1984. vol. 2 (1859-1892), p. 457-498.

66 OERTMANN, Paul. Die Geschäftsgrundlage: eine neuer Rechtsbegriff. A. Deichert'sche Verlagsbuchhandlung Dr. Werner Scholl. Leipzig-Erlangen, 1921. passim. A sua teoria sobre a base objetiva do negócio jurídico é brevemente referida em sua obra traduzida para o espanhol: _____. Introducción al derecho civil. Barcelona: Labor, 1933. § 55, p. 302-305 [em especial: "Por ello no sería demasiado atrevimiento considerar la presuposición, tomada en ese sentido, como base del negocio y elemento esencial, por consiguiente, para la existencia del mismo, aunque no se hubiera estipulado expresamente – cosa que raramente sucede en tales casos – que había de producir esos efectos. El incumplimiento o la desaparición de esta base dará, por lo general, al interesado en el negocio un derecho de resolución o de denuncia del mismo. Esta teoría ha sido desenvuelta en detalle por el autor de este libro en su monografía sobre 'La base del negocio' (Geschäftsgrundlage), tiene muchos puntos de apoyo en el Código (por ejemplo, arts. 321, 610, 459, 569-570, 779) y últimamente ha sido aceptada más de una vez por el Tribunal Supremo" (p. 305)].

67 LARENZ, Karl. Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung (Die Bedeutung "veränderter Umstände" im Zivilrecht). 3. ed. München-Berlin: Verlag C. H. Beck, 1963 (obra traduzida para o espanhol: LARENZ Karl. Base del negocio jurídico y cumplimiento del contrato. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1956); e LARENZ, Karl. Lehrbuch des Schuldrechts. (Allgemeiner Teil). 14. ed. München: C. H. Beck Verlag, 1987. vol. 1, § 21, II, p. 320 et seq (igualmente com tradução espanhola: LARENZ, Karl. Derecho de obligaciones cit.).

68 OERTMANN, Paul. Die Geschäftsgrundlage cit., § 4.º, p. 37.

69 LARENZ, Karl. Geschäftsgrundlage cit., Erstes Kapitel, I, p. 5 et seq; _____. Base del negocio jurídico cit., Cap. 1, II, p. 20 et seq.

70 "(...) die Gesamtheit der Umstände, deren Vorhandensein oder Fortdauer 'sinngemäß' in ihm vorausgesetzt ist – mögen sich die Vertragsparteien dessen bewußt gewesen sein oder nicht –, da andernfalls der Vertragszweck, die Intention der Vertragsparteien nicht verwirklicht werden kann und die Fortgeltung des Vertrages daher 'sinn-, zweck- oder gegenstandslos' ist oder wird" (LARENZ, Karl. Geschäftsgrundlage cit., Erstes Kapitel, III, p. 17).

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

71 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado cit., coments. 28 ao art. 422 do CC/2002, p. 540.

72 NERY JUNIOR, Nelson. A base do negócio jurídico cit., p. 61.

73 BGB § 313:

"Störung der Geschäftsgrundlage.

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung“

[Alteração da base do negócio jurídico.

1. Se as circunstâncias que existiam como fundamento do contrato forem profundamente alteradas depois de sua estipulação, circunstâncias que fariam com que as partes não concluíssem o contrato ou o concluíssem com outro conteúdo se tivessem previsto essa modificação, pode-se exigir a modificação e adequação do contrato, se e enquanto, tendo em conta as referidas circunstâncias do caso concreto, e em particular os riscos previstos pelo contrato ou pela lei, não se possa razoavelmente impor a uma das partes permanecer vinculada a um contrato de conteúdo não modificado.

2. É equiparada à modificação sucessiva das circunstâncias as hipóteses em cujas representações essenciais, que se constituíam como fundamento do contrato, revelarem-se erradas depois da estipulação do contrato.

3. Se a modificação e adequação do contrato não for possível ou não possa ser razoavelmente imposta a uma das partes, a parte que ficar em posição desvantajosa pode pleitear a rescisão (rescisão, revogação e distrato) do contrato. Nas relações contratuais de longa duração, no lugar do direito de rescisão (Rücktrittsrechts) pode-se exercer o direito de denúncia (Kündigung)].

A esse respeito, cfr. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código Civil comentado cit., coments. 16 CC 422, p. 537; e MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. Da modernização do direito civil. (Aspectos gerais). Coimbra: Almedina, 2004. vol. 1, § 6.º, p. 97-116.

74 MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 8-9.

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

76 NERY JUNIOR, Nelson. A base do negócio jurídico cit., p. 69.

77 Sobre os riscos da relação duradoura, cfr. ARAÚJO, Fernando. Op. cit., § 26-C, p. 385.

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

79 Art. 1.467 do CC italiano:

“ Contratto con prestazioni corrispettive. Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall’art. 1.458 (att. 168).

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

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

80 Em sentido diverso, entendendo não ser a expressão adequada, cfr. BOSELLI, Aldo. Rischio, alea ed alea normale del contratto. Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile. p. 769-795 (cfr. p. 795).

81 MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 4; e MACARIO, Francesco. Op. cit., p. 275.

82 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código Civil comentado cit., coments. 2 ao art. 478 do CC/2002, p. 579. V., também, MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 32.

83 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código Civil comentado cit., coments. 3 ao art. 478 do CC/2002 (LGL\2002\400), p. 580; BOSELLI, Aldo. Op.cit., p. 794; e MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 12-17. V. também CIAN, Giorgio; TRABUCCHI, Alberto. Op. cit., coment. V CC ita. 1.467, p. 1552.

84 MACARIO, Francesco. Op. cit., p. 240.

85 Cfr. GOMES, Júlio. Cláusulas de hardship. Op. cit., p. 167 e 188-189; e CESÀRO, Vincenzo Maria. Clausola di rinegoziazione e conservazione dell'equilibrio contrattuale. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000. § 1.º, p. 10 et seq.

86 Sobre a compatibilização entre a cláusula de renegociação contratual e a disciplina legal da resolução contratual, v. CESÀRO, Vincenzo Maria. Op. cit., § 5.º, p. 71 et seq.

87 GOMES, Júlio. Cláusulas de hardship. Op. cit., p. 167 e 189-190.

88 Idem, p. 196-199; CESÀRO, Vincenzo Maria. Op. cit., § 2.º, p. 26-28; e BONELL, Michael Joachim. La revisione dei contratti ad opera di terzi: una nuova forma di arbitrato? Rivista del diritto commerciale. anno LXXVI. p. 315 et seq.

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

90 ARAÚJO, Fernando. Op. cit., § 26-A, p. 380.

91 Sobre a necessidade de renegociação permanente, cfr. MORELLO, Augusto M. Op. cit., p. 43-54.

92 MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 41.

93 Nesse sentido, DANZ, Erich. Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (zugleich ein Beitrag zur Rechts – und Tatfrage). 3. ed. Jena: Verlag von Gustav Fischer, 1911. § 19, 1, p. 152-153:

"Nach § 157 BGB soll die Auslegung von Rechtsgeschäften geschehen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es esfordern. (...) Die Worte 'Treu und Glauben' bedeuten: Vertrauen und darauf begründete Zuverlässigkeit und Ehrlichkeit, namentlich auch in Erfüllung einer Zusage; das Wort 'Treu' speziell in truglosem Tun und Leisten zuverlässig sich bewährend, so daß der Trauende nicht getäuscht wird".

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

94 Cfr. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado cit., coment. 12 ao art. 422 do CC/2002, p. 536. V. também MARTINS-COSTA, Judith. Comentários cit., p. 42: para quem a boa-fé constitui, “em sua acepção objetiva, uma norma de conduta que impõe aos participantes da relação obrigacional um agir pautado pela lealdade, pela consideração dos interesses da contraparte”.

95 NERY JUNIOR, Nelson. Defesa do consumidor de crédito bancário em juízo. RDPriv 5/201 ; NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado cit., coment. 8 ao CC 422, p. 535; no mesmo sentido, MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado cit., p. 412; CRISCUOLO, Fabrizio. Op. cit., p. 76; MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 110; MACARIO, Francesco. Op. cit., p. 147 et seq, 314 (equidade integrativa), e 330 (valorização do princípio da boa-fé em suas dimensões interpretativa e integrativa). V. arts. 1.175, 1.374 e 1.375 do CC italiano.

96 MACARIO, Francesco. Op. cit., p. 93 et seq.

97 Idem, p. 149.

98 MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 127-128.

99 MACARIO, Francesco. Op. cit., p. 311 et seq (especialmente, p. 314); e MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 113 e 121 et seq.

100 ARAÚJO, Fernando. Op. cit., § 45-A, p. 676; MACARIO, Francesco. Op. cit., p. 22.

101 “Sezione 2: hardship

Articolo 6.2.1

(Obbligatorietà del contratto)

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

Articolo 6.2.2

(Definizione di hardship)

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

(a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto;

(b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto;

(c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e

(d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata.

Articolo 6.2.3

(Effetti dell'hardship)

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

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

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

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

(a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure

(b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio."

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

102 "Art. 157. Rinegoziazione del contratto

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

2. Nessuna azione può essere iniziata prima che siano decorsi sei (tre) mesi dal ricevimento della dichiarazione indicata nel comma precedente, per dar modo alle parti di comporre stragiudizialmente la questione. E' fatta salva la facoltà, in caso di urgenza, di chiedere al giudice le misure di cui all'art. 172.

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

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

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

Cfr. POSENATO, Naiara; NALIN, Paulo (orgs. do volume traduzido). *Código europeu dos contratos – Projeto preliminar* (Livro primeiro – Dos contratos em geral). Curitiba: Juruá, 2008. p. 73-74.

103 GOMES, Júlio. Op. cit., p. 167 e 192; MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 134 e 147; e MACARIO, Francesco. Op. cit., p. 343 et seq.

104 MACARIO, Francesco. Op. cit., p. 350.

105 Idem, p. 352.

106 Idem, p. 349-350; e MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 147 e 168.

107 Cfr. MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 170 et seq.

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

109 SANTOS, Thiago Rodovalho dos. Abuso de direito... cit., § 3.2, p. 87-92.

110 Cfr., entre outros, idem, § 2.8, p. 62-65, § 3.5.3, p. 130, e § 3.7, p. 137 et seq.

111 Sobre revisão judicial do contrato e resolução do contrato por onerosidade excessiva, cfr. NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código Civil comentado cit., coments. 2 e 4 ao art. 478 do CC/2002, p. 579-580.

112 CESÀRO, Vincenzo Maria. Op. cit., § 1.º, p. 20; MARASCO, Gerardo. Op. cit., p. 53 e 182.

113 Cfr. FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesa. Adimplemento e extinção das obrigações. In: REALE, Miguel; MARTINS-COSTA, Judith (coords.). Biblioteca de direito civil – Estudos em homenagem ao Professor Miguel Reale. São Paulo: Ed. RT, 2007. vol. 6, p. 63-64.

114 Sobre sentenças determinativas, cfr., entre outros, RASELLI, Alessandro. Le sentenze determinative e la classificazione generale delle sentenze. In: TRABUCCHI, Alberto (org.). Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti (diritto processuale). Padova: Cedam, 1950. vol. 2, p. 567-623.

115 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código Civil comentado cit., coment. preliminar 24 ao art. 1.º do CC/2002, p. 197-198, coments. 31/32 ao art. 422 do CC/2002, p. 541, e coments. 4/5 ao art. 478 do CC/2002, p. 580; RASELLI, Alessandro. Op. cit., p. 602 et seq, especialmente p. 605-606.