

## **O DEVER DE RENEGOCIAR EM TEMPOS DE COVID-19 E COMO LIDAR COM OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.**

### **THE DUTY TO RENEGOTIATE IN COVID-19 TIMES AND HOW TO DEAL WITH ADMINISTRATIVE CONTRACTS**

**Daniel Josy Monteiro Andrade<sup>1</sup>**

**RESUMO:** A COVID-19 trouxe um cenário de paralização global e diante disso surgem dúvidas a respeito de como devem se manter os contratos privados e administrativos e quais são as soluções do direito para o desequilíbrio contratual superveniente. No direito brasileiro, além da resolução e da revisão dos contratos, tem ganhado força na doutrina o dever de renegociar como alternativa para preservar o contrato e prestigiar a consensualidade, a solidariedade e a cooperação. O que se apresenta nesse estudo são as consequências do dever de renegociar e a sua aplicabilidade nos contratos administrativos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Contratos. Onerosidade Excessiva. Dever de Renegociar. Contratos Administrativos.

**ABSTRACT:** COVID-19 brought a scenario of global paralysis which brings doubts about how private and administrative contracts should be maintained and what are the legal solutions for hardship. In Brazilian law, in addition to the resolution and review of contracts, the duty to renegotiate as an alternative to preserve the contract, the consensus, solidarity and cooperation, has increased in doctrine. What is presented in this paper are the consequences of the duty to renegotiate and its applicability in administrative contracts.

**KEYWORDS:** Contracts. Hardship. Duty to Renegotiate. Administrative Contracts.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. Colocação do Problema. 2. O Hardship. 3. Soluções em caso de onerosidade excessiva no direito privado e os princípios do UNIDROIT. 3.1. Resolução do Contrato. 3.2. Revisão do Contrato. 3.3. Dever de renegociar. 4. Consequências da violação ao dever de renegociar. 5. Os contratos da Administração Pública e o dever de renegociar em tempos de COVID-19. 6. Conclusão. Referências.

**SUMMARY:** Introduction. 1. Problem Outline. 2. Hardship. 3. Solutions in case of hardship on private law and UNIDROIT principles. 3.1. Breach of Contract. 3.2. Contract Review. 3.3. Duty to renegotiate. 4. Consequences of breach the duty to renegotiate. 5. Public Administration contracts and duty to renegotiate in COVID-19 times. 6. Conclusion. References.

### **Introdução**

---

<sup>1</sup>Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio. Pós Graduado em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV-Rio. Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado.

Em dezembro de 2019 foi identificado o primeiro caso de uma doença que, em poucos meses, alterou a noção de normalidade e deflagrou um cenário extraordinário em quase todo o mundo.

A denominada COVID-19, pela sua letalidade e pela sua facilidade de propagação, obrigou países a reduzirem as suas atividades econômicas em um contexto semelhante ao ocorrido em tempos guerra. Países como Brasil, Portugal, Estados Unidos, Espanha, Itália, Inglaterra, entre outros, adotaram medidas de recolhimento dos seus cidadãos em maior ou menor escala e restrições em suas fronteiras.

Se nesse momento algumas ciências se destacam, como a Medicina, a Farmácia, a Química e a Economia, em relação ao Direito não poderia ser diferente, pois a pandemia ensejou circunstâncias como, por exemplo, alterações nas relações trabalhistas, mitigações do direito à privacidade<sup>2</sup> e limitações às liberdades individuais de locomoção, que demandam soluções jurídicas ágeis.

Entre os diversos ramos jurídicos que sofrem influências da crise sanitária global, destacam-se os contratos públicos e privados de longo prazo e a sua manutenção diante do desequilíbrio superveniente advindo da crise deflagrada pela COVID-19.

No Brasil, a disciplina que se encarrega da matéria no direito privado está insculpida no art. 478 do Código Civil dentro da seção IV denominada “Da Resolução por Onerosidade Excessiva”. Entretanto, o que se sustenta no presente trabalho é que mais importante do que resolver o contrato diante de um acontecimento extraordinário e imprevisível é manter o ajuste pactuado, reformulando, contudo, as condições do negócio de forma que os efeitos da pandemia não desencadeiem uma sucessão de resoluções contratuais.

Se por um lado a resolução não é o melhor cenário, o pleito de revisão judicial dos contratos em vigor, além de sobrecarregar o judiciário diante da quantidade de contratos que restarão desequilibrados ao mesmo tempo, não prestigia a consensualidade.

Para tanto, faremos uma breve colocação do problema, seguida da identificação da teoria da onerosidade excessiva e da sua evolução histórica, para, posteriormente, indicar as soluções trazidas pelo ordenamento jurídico brasileiro, comparando-as com outros sistemas jurídicos, notadamente o sistema português, o espanhol, o inglês e o norte americano, para, por fim, indicar a sugestão adotada pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado.

---

<sup>2</sup> Informações retiradas do sítio eletrônico, consultado em 25/03/2020. Disponível em: <https://www.publico.pt/2020/03/17/mundo/noticia/israel-vai-controlar-telemoveis-combater-coronavirus-1908099>.

Apresentadas as premissas teóricas acima, identificaremos a solução que entendemos ser a mais adequada para o atual momento e discorreremos sobre a sua aplicabilidade. Adianta-se que a proposta sugerida foge a uma lógica patrimonialista e só pode ser encontrada através da solidariedade que, nos termos do art. 3º, inciso I, da Constituição de 1988, é verdadeiro fundamento da República, a saber:

“Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:  
I - Construir uma sociedade livre, justa e solidária;”<sup>3</sup>

## 1. Colocação do problema.

Regularmente pessoas públicas e privadas celebram contratos de execução continuada ou diferida com o intuito de satisfazer as necessidades pessoais ou satisfazer os interesses da coletividade, no caso da Administração Pública. Ocorre que, em virtude de um acontecimento extraordinário e imprevisível, é possível que aquele negócio jurídico celebrado inicialmente mostre-se desequilibrado de tal forma que as partes não possam mais cumpri-lo da maneira pactuada.

Para o desenvolvimento do presente trabalho parte-se da premissa de que a pandemia deflagrada pela COVID-19 encontra-se em uma zona de certeza positiva acerca do enquadramento como um evento futuro e incerto capaz de gerar um desequilíbrio nas relações negociais.

Desta feita, serão analisados alguns possíveis comportamentos das partes em uma relação jurídica que venha a sofrer com os efeitos do desequilíbrio superveniente em decorrência do advento de um *hardship*.

Como veremos adiante, o direito brasileiro possui expressamente duas soluções para lidar com o desequilíbrio contratual superveniente. A primeira delas é a resolução do contrato por onerosidade excessiva, prevista no art. 478, e a segunda é a revisão judicial do contrato, extraída, por parte da doutrina, do art. 317, ambos do Código Civil. Entretanto, a doutrina, no Brasil e na Europa, sugere uma terceira alternativa que seria o dever de renegociar, positivada em poucos países e consagrada nos princípios do UNIDROIT.

---

<sup>3</sup> Extraído da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20/03/2020.

## 2. O *Hardship*.

O *Hardship* é um conceito que pode ser traduzido como alteração de circunstâncias que ensejam uma onerosidade excessiva e está previsto no ordenamento brasileiro nos artigos 478 a 480 do Código Civil, a saber:

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

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

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”<sup>4</sup>

Amplamente denominada cláusula *rebus sic stantibus*, a possibilidade de resolução do contrato em caso de onerosidade excessiva era desconhecida no direito romano, obteve a sua ascensão no direito medieval e teve seu declínio com a teoria jusnaturalista de viés voluntarista sem ter sido prevista no Código Napoleônico de 1804<sup>5</sup>.

O tema ressurgiu em 1850, quando Windscheid desenvolveu a chamada *teoria da pressuposição* que serviu como base para novas teorias como a teoria da *base do negócio* de Ortmann, desenvolvida em 1921<sup>6</sup>.

É válido ressaltar que a gripe espanhola, que tem sido comparada à pandemia relacionada à COVID-19, data de 1918, dois anos antes da teoria da base do negócio de Ortmann ser aceita pela comunidade jurídica. Nesse contexto, faz sentido que, assim como em 1921, em 2020 os olhos se voltem para os desequilíbrios contratuais supervenientes.

Também influenciou o cenário europeu a teoria da imprevisão desenvolvida pelo *Conselho de Estado Frances* de 1916, formada através da jurisprudência de viés marcadamente administrativista, como ensina Anderson Schreiber:

“Ao lado da sólida tradição alemã, das teorias da pressuposição e da base do negócio, de matriz doutrinária, ergueu-se a tradição francesa, da teoria da imprevisão, de matriz jurisprudencial. Embora a experiência medieval da cláusula *rebus sic stantibus* fosse bem conhecida dos juristas franceses, o forte compromisso do Code com a ideologia liberal, caracterizada pela não interferência do Estado nas relações contratuais, e o

<sup>4</sup> Extraído da lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 05/03/2020.

<sup>5</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp. 136-138.

<sup>6</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., pp. 136-138.

intenso positivismo que se seguiu à sua promulgação levaram a doutrina e a jurisprudência francesa a rejeitar qualquer mitigação da obrigatoriedade dos pactos em virtude de alterações supervenientes.”<sup>7</sup>

O instituto da cláusula *rebus sic stantibus* passou a ser admitido amplamente no direito continental europeu e foi inserido expressamente no Código Civil italiano de 1942, que serviu de inspiração para Código Civil brasileiro de 2002. Nesse sentido, Anderson Schreiber:

“Em matéria de desequilíbrio contratual superveniente, o Código Civil brasileiro de 2002 seguiu um modelo normativo estrangeiro bem definido: o Código Civil italiano de 1942. Com efeito, as disposições dos arts. 478 a 480 do Código Civil brasileiro encontram paralelo praticamente literal nas normas contidas no Livro Quarto, Título II, Capítulo XIV, Seção III, do Código Civil italiano de 1942, dedicadas ao tratamento da “excessiva onerosità”. Assim, o art. 479 da codificação brasileira reproduz na íntegra a parte final do art. 1.467 da codificação italiana. Na mesma direção, o art. 480 do Código Civil brasileiro repete, com pequena diferença de linguagem, o disposto no art. 1.468 do Código Civil italiano. E o art. 478 da codificação brasileira – considerado a principal norma da matéria – reproduz, com algumas poucas diferenças, o disposto na parte inicial do art. 1.467 da codificação italiana.”<sup>8</sup>

Enquanto no direito continental Windscheid desenvolvia em 1850 a teoria da pressuposição, na Inglaterra em 1863, o caso *Taylor v. Caldwell* introduzia a doutrina da *frustration* no direito inglês<sup>9</sup>. Sobre os efeitos da *frustration* no direito inglês são válidas as palavras de Tekla Papp, professora da Faculdade de Direito de Szeged, na Hungria, ao ensinar que:

“In English common law the frustration terminates the contract: if a contract is frustrated, each party is released from any further obligation to perform. The present form of frustration was established in 1863 in *Taylor v Caldwell*, and it currently operates within rather narrow frames. In *J. Lauritzen AS v Wijsmuller BV (The Super Servant Two)* Bingham L. J. set out the following five propositions which describe the essence of the doctrine of frustration:

- a) the doctrine of frustration has evolved ‘to mitigate the rigour of the common law’s insistence on literal performance of absolute promises’;
- b) frustration operates to ‘kill the contract and discharge the parties from further liability under it’;
- c) frustration brings a contract to an end ‘forthwith, without more and automatically’;
- d) ‘the essence of frustration is that it should not be due to the act or election of the party seeking to rely on it’ and it must be some ‘outside event or extraneous change of situation’;
- e) a frustrating event must take place ‘without blame or fault on the side of the party seeking to rely on it’.”<sup>10</sup>

<sup>7</sup>SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 148.

<sup>8</sup>SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., pp. 161-162.

<sup>9</sup>VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: obrigações, vol. II*. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 246-247.

<sup>10</sup>PAPP, Tekla, “*Frustration and hardship in contract law from comparative perspective*”. p. 422. Disponível em: [http://acta.bibl.u-szeged.hu/34808/1/juridpol\\_077\\_421-430.pdf](http://acta.bibl.u-szeged.hu/34808/1/juridpol_077_421-430.pdf). Acesso em: 05/03/2020.

Após o caso *Taylor v. Caldwell*<sup>11</sup>, no qual o direito inglês admitiu, de forma excepcional, a resolução do contrato diante da impossibilidade do seu cumprimento (*impossibility*), a teoria da *frustration* evoluiu através dos denominados *coronation cases*, que flexibilizaram o que se considerava como frustração do contrato<sup>12</sup> para se admitir o instituto em situações em que a execução do contrato não seria impossível, mas análoga à impossibilidade. Sobre os *coronation cases*, são oportunas as palavras de Anderson Schreiber:

“Os fatos eram, em síntese, os seguintes: um grande cortejo fora organizado para os dias 26 e 27 de junho de 1902, a fim de celebrar a coroação do Rei Eduardo VII, a primeira coroação britânica em mais de sessenta anos, havendo sido divulgado que o referido cortejo passaria pela Pall Mall, uma avenida de Londres que se situa a apenas alguns quarteirões do Palácio de Buckingham. Uma semana antes, Mister Krell, proprietário de um apartamento em Pall Mall, aluga a Mister Henry seu imóvel, com vista para a avenida, por um valor significativo. Alguns dias depois, o futuro Rei adoece, adiando-se indefinidamente a coroação. Mister Henry, não tendo mais interesse na locação, recusa-se a efetuar o pagamento do aluguel, o que leva Mister Krell a acioná-lo em juízo. A corte inglesa entendeu que, embora não estivesse exatamente diante de um caso de ‘impossibility’ (impossibilidade) – já que o pagamento do aluguel pelo imóvel continuava se afigurando possível – tratava-se de hipótese análoga à impossibilidade, por ter restado ‘frustrated’ (frustrado) o ‘foundation of the contract’ (fundamento do contrato), consubstanciado na passagem do cortejo.”<sup>13</sup>

Passada essa breve introdução a respeito da caracterização e da evolução histórica do conceito de onerosidade excessiva, pode-se concluir que a pandemia da COVID-19 deflagrou uma alteração de circunstância que poderá desequilibrar diversas relações jurídicas, o que nos leva ao estudo das possíveis soluções para os casos de desequilíbrio superveniente do contrato.

### **3. Soluções em caso de onerosidade excessiva no direito privado e os princípios do UNIDROIT.**

---

<sup>11</sup> Sobre o caso *Taylor v. Caldwell* ensina Dário Moura Vicente, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: “O caso dizia respeito ao arrendamento de um imóvel para a realização de uma série de concertos. Pouco antes da data prevista para estes, o imóvel foi destruído por um incêndio. Os arrendatários demandaram os proprietários do imóvel pelos danos sofridos em consequência do alegado incumprimento por estes do contrato. O juiz Blackburn decidiu, porém, que a existência do imóvel era uma condição implícita da execução do contrato. Tendo o mesmo sido destruído sem culpa de qualquer das partes, ambas teriam ficado exoneradas das suas obrigações. Esta jurisprudência foi posteriormente desenvolvida na decisão proferida em 1903 pelo Court of Appeal num dos *coronation cases* suscitados pelo adiamento da coroação de Eduardo VII” in VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: obrigações, vol. II*, cit., p. 246-247.

<sup>12</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 152.

<sup>13</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 152.

Uma vez desequilibradas as relações jurídicas, podem surgir, ao menos, três soluções jurídicas para lidar com o desequilíbrio. São elas: i) a resolução do contrato por onerosidade excessiva; ii) a revisão contratual através do judiciário; e iii) o dever de renegociar o contrato.

Nota-se que as primeiras duas espécies de solução [(i) resolução e (ii) revisão], são previstas nos ordenamentos de matriz romano-germânica como regra. Por sua vez, nos sistemas de *Common Law*, caso, excepcionalmente, verifique-se a *frustration*, admite-se a exoneração do devedor em virtude da resolução<sup>14</sup>, como nos Estados Unidos e na Inglaterra.

Pretendendo harmonizar o direito privado diante das diferenças existentes entre as famílias e os ordenamentos jurídicos, o Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), uma organização intergovernamental independente com sede em Roma, editou os chamados Princípios do UNIDROIT<sup>15</sup>.

O instituto, criado em 1926 como um órgão da Liga das Nações, passou a ser, em 1940, uma entidade autônoma. É composto atualmente por sessenta e três Estados, entre eles Brasil, Portugal, Inglaterra, Estados Unidos, Espanha, Itália, dentre outros<sup>16</sup>.

O UNIDROIT tem como objetivo a preparação de estudos que podem servir de base para a orientação na elaboração de normas em outros países, funcionando como uma espécie de doutrina internacional acerca de determinados temas<sup>17</sup>.

Diante deste cenário, os Princípios do UNIDROIT, tentando unificar o direito privado para facilitar a resolução de controvérsias internacionais, trouxeram expressamente o dever de renegociar como alternativa para enfrentar a onerosidade excessiva.

Note-se que os Princípios do UNIDROIT não possuem caráter vinculante, mas podem ser considerados como *softlaw*<sup>18</sup>. Em outras palavras, assim como a doutrina, os Princípios do UNIDROIT servem para orientar as legislações e decisões mundo afora, servindo como orientação interpretativa sobre o direito privado internacional. Assim, a orientação dos princípios pode auxiliar o direito brasileiro na difícil missão de enfrentar os desequilíbrios contratuais supervenientes<sup>19</sup>.

---

<sup>14</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: obrigações*, vol. II, cit., pp. 246-248.

<sup>15</sup> Informações retiradas do sítio eletrônico. Disponível em: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>. Acesso em: 25/03/2020

<sup>16</sup> Informações retiradas do sítio eletrônico. Disponível em: <https://www.unidroit.org/about-unidroit/overview>. Acesso em: 25/03/2020

<sup>17</sup> GAMA JUNIOR, Lauro. “Internacionais, os princípios UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos”, 2006. p. 99. Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXXIII\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2006\\_Lauro\\_Gama\\_Jr.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Lauro_Gama_Jr.pdf). Acesso em: 20/03/2020.

<sup>18</sup> VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado*, vol. I. Coimbra: Almedina, 2018, p. 29.

<sup>19</sup> Nesse sentido, como explicita Ana Maria Guerra Martins: “Entende-se por soft law o conjunto de regras de

Destarte, passa-se ao estudo da resolução, da revisão e da renegociação dos contratos.

### 3.1. Resolução do contrato.

Previsto na grande maioria dos ordenamentos de matriz romano-germânica e nos Princípios do UNIDROIT, a resolução do Contrato é um dos pontos semelhantes entre os países que adotam os sistemas de *Civil Law* e *Common Law*, ainda que nesse último tenha uma aplicação restrita e muito mais excepcional, diante da verificação de uma frustração do contrato (*frustration*), como ocorre na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Atualmente, no direito brasileiro, a previsão legal que trata da onerosidade excessiva prevê, em caso de alteração das circunstâncias, a possibilidade de resolução do contrato de forma expressa. Essa é a regra que pode ser extraída do art. 478 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 478: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”<sup>20</sup>

No direito português, por sua vez, pela leitura do art. 437.º do Código Civil, fica evidente que foram adotadas, como soluções para o caso de onerosidade excessiva, a resolução e a revisão do contrato, a saber:

“Artigo 437.º  
(Condições de admissibilidade)  
1. Se as circunstâncias em que as partes fundaram a decisão de contratar tiverem sofrido uma alteração anormal, tem a parte lesada direito à resolução do contrato, ou à modificação dele segundo juízos de equidade, desde que a exigência das obrigações por ela assumidas afecte gravemente os princípios da boa fé e não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.  
2. Requerida a resolução, a parte contrária pode opor-se ao pedido, declarando aceitar a modificação do contrato nos termos do número anterior.”<sup>21</sup>

---

conduta que, em princípio, não tem força vinculativa do ponto de vista jurídico, mas que, na prática, produzem efeitos jurídicos.” *in* MARTINS, Ana Maria. *Manual de direito da união europeia*. Coimbra: Almedina, 2019, p. 503.

<sup>20</sup> Extraído da lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 05/03/2020

<sup>21</sup> Extraído Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. Código Civil português. Disponível em: [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=775&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis). Acesso em: 05/03/2020



Essa mesma sistemática se reproduz em larga escala na Europa continental, que tende a admitir expressamente a revisão e a resolução do contrato como mecanismos aptos a lidar com o desequilíbrio contratual superveniente em caso de *hardship*<sup>22</sup>.

Por sua vez, nos sistemas de *Common Law*, a possibilidade de resolução ou modificação dos contratos são mais restritas, sendo excepcionalmente admitida a resolução, caso seja verificada a *frustration*, diante da intangibilidade da liberdade dos contratantes. Nesse sentido, Dário Moura Vicente, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ensina que:

“No confronto com os sistemas de *Civil Law*, os de *Common Law* são muito mais restritivos no tocante à admissibilidade da resolução ou modificação do contrato por alteração de circunstâncias: o princípio de que se parte é, com efeito, o da *sanctity of contracts*, por força do qual só em situações excepcionais é permitido ao devedor exonerar-se das suas obrigações contratuais.”<sup>23</sup>

Cumprido ressaltar, contudo, que a resolução do contrato por onerosidade excessiva não se adequa perfeitamente ao conceito de *frustration* que, para a sua caracterização, requer a ocorrência de um evento superveniente, imprevisto e que comprometa o propósito fundamental de uma das partes. Nesse sentido explica Dário Moura Vicente:

“Algumas das funções desempenhadas pela base do negócio no Direito alemão são, é certo, levadas a cabo nos sistemas jurídicos de *Common Law* pelo instituto da *frustration of contract*. Não são despiciendas, contudo, as diferenças entre estas duas figuras. Com efeito, a *frustration* tem lugar quando um evento superveniente e imprevisto compromete o propósito fundamental de uma das partes ao celebrar o contrato, desde que ambas as partes o conhecessem ao tempo da celebração.

(...)

A mera alteração superveniente do equilíbrio financeiro de uma transação, que torne mais oneroso o cumprimento das obrigações a cargo de uma das partes (*‘hardship’*), não constitui, assim, causa de *frustration*. O que não deve surpreender, pois, como já foi anotado na doutrina, a *hardship* é filha da boa-fé e esta, consoante já sabemos, não encontrou até hoje grande favor no Direito inglês. (...) a *frustration* cobre fundamentalmente as situações que nos sistemas romanísticos integram o conceito de impossibilidade superveniente da prestação.

Por outro lado, o efeito precípua da ocorrência de um *frustrating event* consiste na exoneração (*‘discharge’*) do devedor em virtude da resolução (*‘termination’*). Pode haver ainda lugar à restituição de quantias recebidas e à compensação de despesas realizadas.”<sup>24</sup>

No que se refere ao direito brasileiro, a onerosidade excessiva, como disposto no art. 478, faz menção somente à resolução. Nesse caso, o resultado será a extinção do contrato e o retorno ao *status quo* anterior, salvo se o réu oferecer modificar equitativamente as condições

<sup>22</sup>VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: obrigações, vol. II*, cit., pp. 227-252.

<sup>23</sup>VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: obrigações, vol. II*, cit., p. 245.

<sup>24</sup>VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: obrigações, vol. II*, cit., pp. 246-248.

do negócio.

Entretanto, a resolução do Contrato, apesar de ser um ponto semelhante entre alguns países que adotam os sistemas de *Civil Law* e de *Common Law*, pode ser considerada uma medida extrema diante do término da relação contratual. Por esse motivo, sustenta-se que a resolução do ajuste pactuado, em prestígio ao princípio da preservação dos contratos, só deve ser utilizada em último caso, quando efetivamente se tornar insustentável a manutenção da relação jurídica. Nesse mesmo sentido, inclusive, dispõe o enunciado 176 elaborado na II Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, a saber:

“176 – Art. 478: Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual.”<sup>25</sup>

Sendo assim, passa-se ao estudo da revisão do contrato.

### 3.2 Revisão do contrato.

A revisão contratual é um instituto que tem sido encontrado nos sistemas de matriz romano-germânica, fundado no princípio da solidariedade e positivado em grande parte dos países da Europa continental<sup>26</sup>.

No Brasil, nada obstante o artigo 478 do Código Civil fazer referência exclusiva à possibilidade de resolução do contrato em caso de *hardship*, a doutrina e a jurisprudência, em sua ampla maioria, admitem o reequilíbrio do contrato com base no art. 317<sup>27</sup>, a saber:

“Art. 317: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”<sup>28</sup>

Nesse sentido são válidas as palavras de Anderson Schreiber:

---

<sup>25</sup>Extraído de Jornadas de Direito Civil I, II, III, IV e V do Conselho da Justiça Federal. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/corregedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/jornadas-cej/EnunciadosAprovados-Jornadas-1345.pdf>. Acesso em: 28/03/2020.

<sup>26</sup>VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: obrigações*, vol. II, cit., pp. 227-252.

<sup>27</sup>SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., pp. 163 e 184.

<sup>28</sup>Extraído da lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 05/03/2020.

“Por fim, merece registro a existência do art. 317 do Código Civil brasileiro, que não encontra correspondência na codificação italiana. Tal dispositivo, embora inspirado no combate à desvalorização monetária, como se verá adiante, foi redigido em termos amplos o suficiente para adquirir, por esforço doutrinário e jurisprudencial, papel relevante no âmbito da proteção contra o desequilíbrio superveniente, especialmente ao abrir portas ao sistema jurídico brasileiro à revisão judicial do contrato, conforme também será detalhado mais à frente.”<sup>29</sup>

Na legislação brasileira, além do artigo 317, que versa sobre o reequilíbrio em caso de desproporção superveniente e manifesta, existe previsão expressa sobre a possibilidade de reequilíbrio contratual no Código de Defesa do Consumidor no art. 6º, inciso V, *in verbis*:

“Art. 6.º: São direitos básicos do consumidor:  
V - A modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”<sup>30</sup>

Por sua vez, como exemplo de previsão do instituto da revisão no sistema europeu continental, vale mencionar que o artigo 437º do Código Civil Português de 1966 prevê a figura da revisão pautada na boa-fé.

No mesmo sentido, os Princípios do UNIDROIT admitem a revisão do Contrato, nos seguintes termos:

“À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal. (4) Caso o Tribunal considere a existência de hardship, poderá, se for razoável, (a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou (b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio.”<sup>31</sup>

Ou seja, os Princípios do UNIDROIT, diante da configuração de *hardship*, adotam uma postura mais conectada aos países que adotam o sistema de *Civil Law* do que aos países que adotam o sistema de *Common Law*.

Sem embargo, se o instituto da revisão do contrato tem como vantagem a preservação da relação negocial, apresenta a desvantagem de admitir a substituição da vontade das partes pela vontade do julgador no reequilíbrio contratual.

Assim, ainda que o instituto da revisão admita a necessidade de intervenção na

---

<sup>29</sup>SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 163.

<sup>30</sup>Extraído da lei n.º 8.088, de 31 de outubro de 1990. Código de Defesa do Consumidor brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8088consol.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8088consol.htm). Acesso em: 05/03/2020.

<sup>31</sup>GAMA JUNIOR, Lauro. “UNIDROIT. princípios unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais 2010”. Tradução Professor Lauro Gama Jr., p.18. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf> Acesso em:19/03/2020.

relação contratual, essa atitude altamente invasiva à vontade das partes tem sido evitada pelos tribunais brasileiros e europeus. Salvo em momentos de crise evidente, os tribunais têm sido tímidos em imiscuir-se na vontade das partes para reequilibrar os contratos. Nesse sentido são pertinentes as palavras de Menezes Cordeiro, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa:

“A crise financeira e económica de 2009/2014 suscitou um ciclo de aplicação da alteração das circunstâncias. Os tribunais foram, desta feita, mais permeáveis do que o ocorrido em 1974/1975: quiçá por a crise ter sido menos grave do que o sucedido com a descolonização e com as nacionalizações. Grosso modo, podemos afirmar que os tribunais entenderam a crise como uma realidade apta a provocar a intervenção dos tribunais, ex 437.º/1. Todavia, rodearam-se de diversas cautelas, com relevo para a natureza dos riscos em jogo, para a causalidade entre a crise e os danos e para a própria possibilidade de certas ocorrências para só com moderação, usar dos remédios permitidos pela lei.”<sup>32</sup>

Dessarte, no mesmo sentido dos Princípios do UNIDROIT, o que se sustenta no presente trabalho é que antes da resolução ou da revisão do contrato as partes possuem o *dever* de renegociar. Tal solução prestigia a consensualidade, a solidariedade e a preservação dos contratos, bem como evita uma sobrecarga do poder judiciário.

### 3.3 Dever de renegociar.

Se a resolução é um mecanismo drástico no que se refere a manutenção das relações jurídicas, a revisão contratual coloca a solução nas mãos de um terceiro que não necessariamente possui capacidade plena para considerar todo o contexto negocial existente para substituir a vontade das partes. Assim, sustenta-se que a melhor saída, como passamos a demonstrar, é o *dever* de renegociar.

É necessário registrar que renegociar qualquer contrato é sempre um direito das partes nos contratos privados e é, inclusive, uma alternativa nos contratos administrativos, como dispõe o art. 65, inciso II, alínea ‘d’, da lei 8.666/93. Entretanto, o que se sustenta, na linha apresentada por Anderson Schreiber em “Equilíbrio Contratual e o Dever de Renegociar”<sup>33</sup>, é que o direito de renegociar se torne um *dever* e implique em um ônus para àquele que se furtou a uma renegociação de boa-fé.

---

<sup>32</sup> CORDEIRO, António Meneses. *Tratado de direito civil: direito das obrigações cumprimento e não-cumprimento transmissão modificação e extinção*, vol. IX. Coimbra: Almedina, 2017, pp. 694-695.

<sup>33</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Como mencionado, o dever de renegociar não pode ser extraído de forma expressa do ordenamento brasileiro, português, ou de grande parte do sistema europeu, como é o caso da Itália e da Espanha.

Entretanto, os Princípios do UNIDROIT preveem o instituto, a saber:

“ARTIGO 6.2.3 (Efeitos da hardship) (1) Em caso de hardship, a parte em desvantagem tem direito de pleitear renegociações. O pleito deverá ser feito sem atrasos indevidos e deverá indicar os fundamentos nos quais se baseia. (2) O pleito para renegociação não dá, por si só, direito à parte em desvantagem de suspender a execução. (3) À falta de acordo das partes em tempo razoável, cada uma das partes poderá recorrer ao Tribunal. (4) Caso o Tribunal considere a existência de hardship, poderá, se for razoável, (a) extinguir o contrato, na data e condições a serem fixadas, ou (b) adaptar o contrato com vistas a restabelecer-lhe o equilíbrio.”<sup>34</sup>

É válido observar que os princípios do UNIDROIT trazem como uma das hipóteses de solução o direito de pleitear renegociações, sem atrasos, indicando os fundamentos, durante um tempo razoável, de forma que, caso as partes não cheguem a um acordo, possam pleitear uma solução ao tribunal. Em outras palavras, o dever de renegociar implica uma condicionante ao exercício do direito de revisão jurisdicional ou resolução do contrato por onerosidade excessiva.

Como mencionado, esse posicionamento, ainda que não seja expresso no ordenamento brasileiro, pode ser aplicado e extraído do dever anexo de cooperação que permeia as relações contratuais através dos influxos da boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil, a saber:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”<sup>35</sup>

Confirmando esse entendimento podemos apresentar como exemplo a doutrina de países, como a Espanha, que admitem o dever de renegociar como decorrência da boa-fé, ainda que sem previsão normativa, como ensina Liliann Orellana da Faculdade de Valencia:

“Siguiendo las nuevas tendencias em el Derecho contractual europeo y em los principales textos internacionales de unificación del Derecho de obligaciones y contratos, el presente trabajo tiene por objeto plantear la hipótesis que em base al principio de buena fe, es viable y conveniente que em el ordenamento del contrato a

---

<sup>34</sup>GAMA JUNIOR, Lauro. “UNIDROIT. princípios unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais 2010”. Tradução Professor Lauro Gama Jr., p.18. Disponível em: <https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>. Acesso em: 19/03/2020.

<sup>35</sup> Extraído da lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 05/03/2020

fin de modificar los términos inicialmente pactados, cuando el cumplimiento de la prestación de una de las partes há devenido excessivamente oneroso, debido a uma alteración imprevisible de las circunstancias que altera fundamentalmente el equilibrio económico de las prestaciones.”<sup>36</sup>

No mesmo sentido explicita Pedro Del Olmo García da Universidade Carlos III de Madrid:

*“A causa de la crisis económica que empieza a manifestarse en España a partir de 2007, la figura de lo que para abreviar podemos llamar cláusula rebus sic stantibus há pasado a ocupar in primer plano en el interés de los operadores jurídicos, de la doctrina y de la jurisprudencia. La conexión entre la figura de la cláusula rebus y la renegociación de los contratos es evidente en los textos legales de distintos sistemas, en el llamado soft law y en el Derecho que se proyecta para nuestro país. Por ejemplo, esa conexión está muy clara en los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, en los que se se puede comprobar que la primeira consecuencia jurídica de la aparición de circunstancias sobrevenidas que destruyen las condiciones del intercambio es, precisamente, la apertura de una fase de renegociación del contrato.”<sup>37</sup>*

A premissa básica é a de que as partes, sempre que quiserem, são livres para negociar e renegociar seus contratos de acordo com as suas conveniências. Entretanto, diante de um contrato firmado em que ocorre um desequilíbrio superveniente, é possível que apenas uma das partes tenha interesse em alterar as condições do ajuste pactado. Diante deste cenário, o dever de renegociar surge como uma ferramenta para compelir a contraparte a, em boa-fé, buscar o reequilíbrio consensual.

Sobre o dever de renegociação são oportunas as palavras de Judith Martins-Costa:

“Nesse caso, as partes estão adstritas a formular proposições sérias, relativas ao contrato, às suas bases originárias, às circunstâncias atuais e à economia contratual globalmente considerada. A renegociação há de ser procedida segundo a boa-fé, devendo as partes, portanto, formular as suas proposições de forma séria e correta (‘proba’), com relação ao contrato e às circunstâncias atuais de sua economia, ‘que não sejam nem derrisórias nem desproporcionadas’. Se a parte a quem a circunstância superveniente aproveita dissimula a recusa sob a forma de proposições absolutamente inaceitáveis pela outra (tendo em conta os dados objetivos da economia contratual), há pretensão indenizatória e, conforme o caso, resilitória, ou ambas, na forma do art. 475 do Código Civil. Porém, se as negociações são procedidas segundo a boa-fé, e embora todos os esforços reconhecidamente sérios das partes em chegar a bom termo, mesmo assim a renegociação não seja bem-sucedidas, enseja-se, então, o desfazimento da relação sem as consequências do inadimplemento. A hipótese aproxima-se, então, analogicamente, à impossibilidade não imputável na execução de obrigação de fazer (Código Civil, art. 248, primeira parte).”<sup>38</sup>

<sup>36</sup>MENDEZ, César Hornero et al. *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*. Pamplona: Thomson Reuters Proview, 2016, p. 437.

No mesmo sentido vide SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

<sup>37</sup>MENDEZ, César Hornero et al. *Derecho de contratos*, cit., pp. 421-422.

<sup>38</sup>MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, E-book, Capítulo Quarto, §38, 18.

Em outros termos, o *dever* de renegociar consiste em apresentação de propostas, e contra propostas, proporcionais e de boa-fé, diante do desequilíbrio superveniente. Nesse mesmo sentido, Liliann Orellana:

*“En lo que aquí nos interesa, el deber de renegociación del contrato podría fundamentarse en el deber de cooperación, que se traduce en la colaboración que debe existir entre las partes para que ejecuten sus respectivas prestaciones y con ello lograr el interés común esperado, es decir, los beneficios recíprocos derivados del acuerdo, de tal manera que no se frustre el contrato dando como resultado un aprovechamiento injustificado que agrave la situación de uno de los contratantes.”<sup>39</sup>*

Note-se que o dever de renegociar não implica um dever de que as partes cheguem a um acordo, mas tão somente de que atuem de forma leal e honesta no sentido de buscar uma posição proporcional. O que se sustenta é que essa seja a primeira alternativa antes de pleitear a revisão ou a resolução do contrato, seguindo a orientação dos Princípios do UNIDROIT.

#### **4. Consequências da violação ao dever de renegociar.**

Dúvidas surgem diante do inadimplemento do dever de renegociar. Isso porque, diante de um *dever* de renegociar, ainda que não se possa falar em “dever de se chegar a um acordo”, extrai-se um *direito* a renegociar. Em outras palavras, o que se conclui é que o não cumprimento de um dever jurídico deve trazer àquele que o descumpre um ônus pelo seu descumprimento.

O que se sustenta é que o dever de renegociar possui natureza de obrigação contratual decorrente do dever anexo de cooperação que se extrai da cláusula geral da boa-fé objetiva, prevista no art. 422 do Código Civil<sup>40</sup>. Ainda que o fundamento seja legal, sem previsão expressa pelas partes no contrato, entende-se que o dever anexo de cooperação é qualificado pela relação negocial preexistente, não sendo possível falar em um dever genérico de abstenção, mas em um dever obrigacional específico que deflui do contrato, sendo, portanto, uma obrigação acessória implícita existente em todos os contratos, caso se verifique um *hardship*.

Por fim, é de se destacar que caso uma das partes pretenda renegociar e a outra mantenha-se inerte ou responda com propostas desarrazoadas, violadoras da boa-fé, há um

---

<sup>39</sup>MENDEZ, César Hornero et al. *Derecho de contratos*, cit., p. 446.

<sup>40</sup>SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., pp. 309-310.

inadimplemento contratual relativo, configurado pela falha na *forma* de executar o contrato e pela violação ao dever anexo de cooperação, nos termos do art. 394 e 395 do Código Civil, *in verbis*:

“Art. 394. Considera-se em mora o devedor que não efetuar o pagamento e o credor que não quiser recebê-lo no tempo, lugar e forma que a lei ou a convenção estabelecer. Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.”<sup>41</sup>

Feitas essas considerações, as consequências do inadimplemento, via de regra, são: i) a reparação pelas perdas e danos, acrescida de juros e correção monetária (art. 395), ii) a resolução do Contrato, nos termos do art. 475<sup>42</sup> e iii) a exceção de Contrato não cumprido, como previsto no art. 476<sup>43</sup>, todos do Código Civil.

Apesar de se admitir a reparação pelas perdas e danos e a exceção de contrato não cumprido quando violado o dever de renegociar, não parece coerente admitir a resolução do contrato como alternativa, uma vez que o fundamento de existência do dever de renegociar é justamente o princípio da cooperação e preservação dos contratos. Sendo assim, seria uma contradição que o instrumento para preservar o contrato fosse, de forma transversa, responsável pela sua resolução<sup>44</sup>.

Sendo assim, restam duas alternativas legais para a violação ao dever de renegociar que seriam a reparação acrescida dos acréscimos moratórios e a exceção de contrato não cumprido.

A respeito da reparação dos danos patrimoniais e extrapatrimoniais sofridos pela parte prejudicada são válidas as palavras de Anderson Schreiber:

“Nessa direção, a responsabilidade civil por descumprimento do dever de renegociar restaria, a exemplo do que ocorre no rompimento injustificado das tratativas pré-contratuais, limitada ao ressarcimento correspondente ao chamado interesse contratual negativo, consubstanciado no reembolso de despesas efetuadas e ganhos razoavelmente perdidos com a tentativa de iniciar a renegociação frustrada pelo silêncio da contraparte ou com o processo de renegociação injustificadamente

---

<sup>41</sup> Extraído da lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 05/03/2020

<sup>42</sup> Art. 475. A parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos. Extraído da lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em 05/03/2020.

<sup>43</sup> Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

Extraído da lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil brasileiro. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 05/03/2020

<sup>44</sup> SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 310.



interrompido ou artificialmente conduzido pelo contratante que viole o dever de renegociar.”<sup>45</sup>

Por fim, afora as medidas cíveis, sustenta-se que o dever de renegociar enseja uma medida de natureza processual, qual seja, uma condição para o exercício do direito de ação pela falta de interesse de agir. Assim, no mesmo sentido dos Princípios do UNIDROIT, o dever de renegociar deve ser uma condição ao exercício do direito de resolução ou revisão judicial do Contrato.

Feitas essas considerações a respeito do dever de renegociar nas relações privadas, passa-se ao estudo dos efeitos do dever de renegociar os contratos administrativos.

## **5. Os contratos da Administração Pública e o dever de renegociar em tempos de COVID-19.**

Nas palavras de Flávio Amaral Garcia, os Contratos administrativos são:

“Aqueles celebrados entre um ente público e um particular na consecução de um interesse público, submetem-se a um regime jurídico próprio, que permite a utilização das cláusulas exorbitantes, que seriam consideradas ilícitas em uma relação contratual privada. A presença das cláusulas exorbitantes se dá em função da supremacia do interesse público sobre o interesse privado.”<sup>46</sup>

Os contratos administrativos se diferenciam dos contratos privados da administração nos quais o Poder Público atua no mesmo plano jurídico e em que as cláusulas exorbitantes não se aplicam.

Nesse contexto, pode-se dizer que para os contratos privados da administração pública as mesmas orientações acima a respeito das renegociações se aplicam, pois são relações muito semelhantes aos contratos privados.

Assim considerado, ilustraremos como o dever de renegociação se aplicaria na prática nos contratos em que a Administração Pública atua despida de suas prerrogativas. Para tanto, trazemos a baila a carta aberta, elaborada pelos Governadores dos Estados brasileiros, que solicitou à Presidência da República, com fundamento na solidariedade, algumas medidas negociais, *in verbis*:

---

<sup>45</sup>SCHREIBER, Anderson. *Equilíbrio contratual e dever de renegociar*, cit., p. 310.

<sup>46</sup>GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos polêmicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 225.

“Para cumpri-los precisamos de solidariedade do governo federal e de apoio urgente com as seguintes medidas (muitas já presentes na Carta dos Governadores assinada em 19 de março de 2020):

Suspensão, pelo período de 12 meses, do pagamento da dívida dos Estados com a União, a Caixa Econômica Federal, o Banco do Brasil, o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, e organismos internacionais como Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), bem como abertura da possibilidade de quitação de prestações apenas no final do contrato, além da disponibilização de linhas de crédito do BNDES para aplicação em serviços de saúde e investimentos em obras (...).”<sup>47</sup>

Neste sentido, em relação ao BNDES, Banco do Brasil e Caixa Econômica Federal, que são Pessoas Jurídicas de Direito Privado e que integram a Administração Pública Indireta Federal, caberia a cada Estado, individualmente, pleitear fosse estabelecido um canal de renegociação da relação jurídica então pactuada.

Por sua vez, às estatais mencionadas, surgiria uma obrigação de responder ao pleito, de forma leal e honesta, acatando o pedido ou ao menos realizando uma contraproposta proporcional. Caso as partes não chegassem a um consenso, seria o caso de se socorrerem ao judiciário para pleitear a revisão ou a resolução do contrato, a depender do caso.

Contudo, caso alguma delas, por exemplo, se recusasse a estabelecer uma renegociação ou fizesse uma contraproposta descabida, deveria o Estado pleitear uma reparação pelos danos sofridos diante da recusa ou suspender as suas obrigações alegando exceção de contrato não cumprido. Frise-se que a indenização não equivaleria a uma solução idêntica àquela pretendida na renegociação, mas ao menos uma indenização pelos investimentos feitos na tentativa de renegociar.

Por sua vez, em relação aos contratos administrativos *stricto sensu* incide o regime de direito público que confere à Administração Pública o direito de, por exemplo, alterar unilateralmente o contrato. Essa afirmação pode ser extraída do art. 58, inciso I e II, da Lei 8.666/93, a saber:

“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;

II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;”<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Informações retiradas do sítio eletrônico. Disponível em: <https://blogs.oglobo.globo.com/lauro-jardim/post/governadores-pedem-em-carta-que-bolsonaro-suspenda-por-um-ano-o-pagamento-das-dividas-dos-estados-com-uniao.html>. Acesso em: 25/03/2020

<sup>48</sup> Extraído da lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 29/03/2020.

Assim, não faria sentido e violaria o interesse público, imaginar que a Administração Pública, podendo determinar verticalmente uma alteração no Contrato, se submetesse a uma renegociação.

Ocorre, contudo, que o parágrafo 1º, do artigo 58, da lei 8.666/93 limita a possibilidade de alteração unilateral dos contratos administrativos, determinando que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias do contrato só possam ser alteradas com a concordância do contratado, *in verbis*:

“§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.”<sup>49</sup>

O artigo 65, inciso II, alínea ‘d’, da lei de licitações, por sua vez, admite que, por acordo, as partes possam alterar o Contrato para reestabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente, a saber:

“Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”<sup>50</sup>

Ou seja, através da interpretação dos referidos artigos é possível vislumbrar a possibilidade de a Administração Pública renegociar o contrato administrativo em caso de onerosidade excessiva. Entretanto, dos dispositivos mencionados não se extrai expressamente a possibilidade de se impor um *dever* de renegociar, mas tão somente um *poder*.

O que se sustenta, contudo, é que, além do *poder* de renegociar os contratos, a Administração Pública tenha o *direito* de exigir que seja estabelecido um canal de renegociação em caso de *hardship*, seguindo a lógica apresentada para as relações privadas. Isso porque o dever de renegociar se extrai da cláusula geral da boa-fé objetiva, mais precisamente do dever anexo de cooperação, sendo que os mesmos princípios também podem ser aplicados aos contratos administrativos *stricto sensu*.

<sup>49</sup> Extraído da lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 29/03/2020.

<sup>50</sup> Extraído da lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm). Acesso em: 29/03/2020.

Sobre aplicação da teoria da *resolução por onerosidade excessiva* advinda do Código Civil aos contratos administrativos, ensina José dos Santos Carvalho Filho, a saber:

“Registre-se, por oportuno, que, em bom momento, o novo Código Civil tratou expressamente da matéria, intitulando-a de “resolução por onerosidade excessiva”. Segundo os dizeres do art. 478 desse novo diploma civilístico, nos contratos de execução continuada ou diferida, o devedor pode pedir a resolução do contrato quando sua prestação se tornar excessivamente onerosa, com vantagem extrema para a outra parte, em decorrência de eventos extraordinários e imprevisíveis. A resolução, todavia, poderá ser evitada se a parte beneficiada pelo evento imprevisível modificar equitativamente as condições do contrato (art. 479). Tais normas possuem caráter genérico e, portanto, aplicam-se integralmente em qualquer forma de contratação, inclusive nos contratos administrativos.”<sup>51</sup>

Por outro lado, em relação à aplicação da cláusula geral da boa-fé aos contratos administrativos, vale citar Flavio Amaral Garcia:

“Os Contratos Administrativos devem pautar-se, dentre outros, pelos princípios da boa-fé e do equilíbrio econômico financeiro.

(...)

Desta noção de parceria pode-se extrair a importância da solidariedade entre contratante e contratado durante a execução do ajuste administrativo. Apesar de cada parte ter um interesse próprio (a prestação de um serviço adequado, do lado do contratante- Administração Pública, e a busca do lucro justo, do outro lado), é possível identificar, também, a existência de uma finalidade comum, revelada no interesse solidário de as partes executarem o próprio contrato.”<sup>52</sup>

O que se conclui é que não há justificativa para não se admitir que a mesma lógica construída para vislumbrar um dever de renegociar os contratos privados não se aplique aos contratos administrativos em relação às cláusulas econômico-financeiras.

O *dever* de renegociar garante à Administração Pública, nesse momento de crise global, o direito de se reunir com os seus fornecedores, concessionários, permissionários e prestadores de serviço, para pleitear, por exemplo, que os contratados reduzam os seus lucros, ou até os aniquilem temporariamente em troca de eventual prorrogação ou outra espécie de compensação, de forma a viabilizar a manutenção e continuidade do serviço público, reduzindo os custos para a população, sem que nesse momento tal atitude impacte os cofres públicos.

Nesse sentido, a medida seria consentânea à função social da empresa, como aduz André Santa Cruz:

“Quando se fala em função social da empresa faz-se referência à atividade empresarial em si, que decorre do uso dos chamados bens de produção pelos empresários. (...) o exercício da empresa (atividade econômica organizada) também deve cumprir uma

---

<sup>51</sup>CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018, E-book, XIV, Capítulo 5, 3., 3.1.

<sup>52</sup>GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos*, cit., p. 301.

função social específica, a qual, segundo Fábio Ulhôa Coelho, estará satisfeita quando houver criação de empregos, pagamento de tributos, geração de riqueza, contribuição para o desenvolvimento econômico, social e cultural do entorno, adoção de práticas sustentáveis e respeito aos direitos dos consumidores.”<sup>53</sup>

Por óbvio que as renegociações devem ser pautadas pela impessoalidade, moralidade e publicidade, não podendo ser fundamentadas na satisfação de interesses outros que não o interesse público. Entretanto, o *direito* de pleitear uma renegociação é um ótimo caminho para que através da solidariedade a Administração Pública consiga, ainda que momentaneamente, repartir os custos sociais com os concessionários, permissionários e prestadores de serviço para superar a crise.

## 6. Conclusão:

Ante todo o exposto o que se percebe é que a pandemia causada pela COVID-19 gerará uma crise na manutenção dos contratos de duração continuada ou diferida.

Assim, o direito brasileiro, na mesma linha de outros sistemas de *Civil Law*, possui como alternativa expressa para a solução dessa questão a possibilidade de resolução contratual ou a revisão judicial do contrato.

Apesar de ambas as possibilidades serem expressamente admitidas no ordenamento, a resolução contratual não se coaduna com o princípio da preservação dos contratos e deve ser adotada somente em casos em que se caracterize uma verdadeira impossibilidade de o contrato ser cumprido.

Por outro lado, a revisão judicial do contrato, apesar de preservar a relação contratual, possui o inconveniente de relegar a solução do reequilíbrio a um terceiro que não participa da relação contratual, o que, inclusive, gera uma postura tímida dos tribunais no Brasil e na Europa continental na verificação da presença dos requisitos necessários ao reequilíbrio judicial.

Desta forma, o que se sustenta no presente trabalho, na linha do que indicam os Princípios do UNIDROIT, é que, antes de se pleitear a revisão ou a resolução do Contrato, as partes tenham o *direito* de pleitear a renegociação dos termos contratuais pactuados, para que, em boa-fé alcancem uma posição consensual.

---

<sup>53</sup>SANTA CRUZ, André. *Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019, p. 48.

Ao mesmo tempo, como consequência do *direito* de pleitear a renegociação, surge para a outra parte um *dever* de renegociar, sob pena de i) reparar os danos causados ou de ii) permitir à parte que pleiteou a renegociação o direito de suscitar a exceção de contrato não cumprido, nos termos da lei.

Por fim, é possível considerar que o dever de renegociar pode ser considerado como condição ao regular exercício do direito de ação, na qualidade de interesse de agir, como sugerem os Princípio do UNIDROIT.

É de se destacar, ainda, que algumas soluções aplicáveis aos contratos privados podem ser aplicadas aos contratos públicos, sejam os contratos privados da administração ou os contratos administrativos *stricto sensu*.

Se nos contratos privados da administração a regra deve ser a mesma dos contratos estabelecidos pelos particulares, nos contratos administrativos *stricto sensu*, o dever de renegociar ganha relevância nas cláusulas de ordem econômico-financeira e monetária, uma vez que estas cláusulas, por força do art. 58, §1º, da lei 8.666/93, não se submetem à alteração unilateral da administração.

Dessa forma o *dever* de renegociar o contrato diante de um *hardship* impõe o ônus de que o contratado abra um canal de negociação sobre as cláusulas de ordem econômico-financeira, de forma a negociá-las de boa-fé. Nesse momento, deve prevalecer o princípio da solidariedade, previsto no art. 3º, inciso I, da Constituição, sobre os eventuais interesses patrimoniais individuais para que o país possa superar a crise econômica e social que se anuncia.

## Referências.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2018.

CORDEIRO, António Meneses. *Tratado de direito civil: direito das obrigações cumprimento e não-cumprimento transmissão modificação e extinção*, vol. IX. Coimbra: Almedina, 2017.

GAMA JUNIOR, Lauro. “Internacionais, os princípios UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos.” Disponível em: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXXIII\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2006\\_Lauro\\_Gama\\_Jr.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIII_curso_derecho_internacional_2006_Lauro_Gama_Jr.pdf). Acesso em: 20/03/2020.

GAMA JUNIOR, Lauro. “UNIDROIT. Princípios Unidroit Relativos Aos Contratos Comerciais Internacionais 2010”. Tradução Professor LAURO GAMA JR. Disponível em:

<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/translations/blackletter2010-portuguese.pdf>. Acesso em: 19/03/2020.

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e contratos administrativos: casos polêmicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARTINS, Ana Maria. *Manual de direito da união europeia*. Coimbra: Almedina, 2019.

MÉNDEZ, César Hornero, Manuel Espejo Lerdo de Tejada, Francisco Olivia Blázquez e Juan Pablo Murga Fernandez. *Derecho de contratos: nuevos escenarios y nuevas propuestas*. Pamplona: Thomson Reuters Proview, 2016.

PAPP, Tekla, “*Frustration and hardship in contract law from comparative perspective*,” p. 422. Disponível em: <[http://acta.bibl.u-szeged.hu/34808/1/juridpol\\_077\\_421-430.pdf](http://acta.bibl.u-szeged.hu/34808/1/juridpol_077_421-430.pdf)>. Acesso em: 05/03/2020>.

SANTA CRUZ, André. *Direito empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

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

VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado, vol. I*. Coimbra: Almedina, 2018.

VICENTE, Dário Moura. *Direito comparado: obrigações, vol. II*. Coimbra: Almedina, 2017.

Recebido em: 29/03/2020  
Aprovado pelo Conselho Editorial